НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ

ІНСТИТУТ ДЕРЖАВИ І ПРАВА ім. В.М. КОРЕЦЬКОГО

На правах рукопису

ПРОЦЕНКО Ірина Миколаївна

УДК 347.7

**ПРИВАТНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГОВЕЛЬНИХ ВІДНОСИН В НІМЕЧЧИНІ**

Спеціальність 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес;

сімейне право; міжнародне приватне право

**Дисертація**

на здобуття наукового ступеня

 кандидата юридичних наук

Науковий керівник –

**ДЕНИСОВ Володимир Наумович**,

доктор юридичних наук, професор

## Київ - 2016

**ЗМІСТ**

|  |  |
| --- | --- |
| **Перелік умовних позначень**………………………………………………….. | 3 |
| **Вступ** | ……………………………………………………………………… | 4 |
| **Розділ 1** | **Торгівля в Західній Європі та її правове регулювання в часи Середньовіччя і в Новий час……………………………..** | 14 |
|  | 1.1 Загальна характеристика торговельних відносин в Західній Європі в часи Середньовіччя, як основної передумови для відродження правового регулювання торгівлі………………….. | 14 |
|  | 1.2 Загальна характеристика правового регулювання торговельних відносин у Західній Європі в часи Середньовіччя  | 30 |
|  | 1.3 Правове регулювання торгівлі в Німеччині в умовах становлення капіталістичних відносин………………………….. | 47 |
|  | **Висновки до розділу 1**…………………………………………… | 76 |
| **Розділ 2** | **Характерні риси торговельного права Німеччини** **в період ХІХ - на початку ХХІ століть**……………………… | 80 |
|  | 2.1. Німецький митний союз 1834 року як передумова кодифікації торговельного права Німеччини…………………… | 80 |
|  | 2.2 Ознаки торговельного права Німеччини відповідно до приписів Загальнонімецького торговельного кодексу 1861 року………………………………………………………………… | 93 |
|  | 2.3 Тенденції розвитку приватно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині у ХХ – на початку ХХІ століть……………………………………………………………… | 109 |
|  | **Висновки до розділу 2**……………………………………........... | 128 |
| **Розділ 3** | **Сучасні засади приватно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині**…………………………... | 132 |
|  | 3.1 Основні принципи приватного права Німеччини………… | 127 |
|  | 3.2 Добросовісність як основоположна засада правового регулювання приватних відносин у Німеччині…………………. | 158 |
|  | 3.3 Правове регулювання специфічних потреб торговельного обігу нормами цивільного та торговельного права Німеччини .. | 182 |
|  | **Висновки до розділу 3**…………………………………………… | 199 |
| **Висновки**  | ……………………………………………………………………… | 203 |
| **Список використаних джерел** | ………………………………………... | 208 |

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ**

ГКУ – Господарський кодекс України

ЄС – Європейський Союз

ЗТК – Загальнонімецький торговельний кодекс 1861 року

НМС – Німецький митний союз 1834 року

ОЗ ФРН – Основний закон ФРН

ПЗУ – Прусське земське уложення 1794 року

ТКН – Торговельний кодекс Німеччини 1900 року

ТКФ – Торговельний кодекс Франції 1807 року

ЦКН – Цивільний кодекс Німеччини 1900 року

ЦКУ – Цивільний кодекс України від 2004 року.

ЦКФ – Цивільний кодекс Франції 1804 року (так званий «Кодекс Наполеона»)

ФВСН – Федеральний верховний суд Німеччини

**ВСТУП**

**Актуальність теми.** З часів виникнення та становлення товарного виробництва торгівля була важливою галуззю економіки, покликаною постачати товари людям, які потребують їх. Водночас в Західній Європі до ХVІII ст. вона сприймалася навіть як основне джерело формування багатства країн і внутрішня та зовнішня політика держав орієнтувалися на всебічну підтримку торгівлі, приділяючи значно менше уваги іншим галузям економіки, зокрема, виробництву товарів. Однак і в умовах постіндустріального суспільства, в яких функціонує економіка сучасних західноєвропейських країн, торгівля не втрачає своїх ключових позицій, виконуючи функцію забезпечення споживача як товарами, так і послугами.

Спеціальні правові норми в сфері торгівлі (спочатку переважно морської) були відомі державам Західної Європи ще з часів Середньовіччя. Більшість країн даного регіону в той чи інший період свого історичного розвитку формували або ж запозичували окремі нормативні акти, скеровані на регулювання специфічних проявів торговельних відносин та, згодом, ввели до власних систем права окрему галузь – торговельне право. На фоні цивільного права, яке, наприклад, у Франції до початку ХІХ століття, а в Німеччині – до кінця ХІХ століття було архаїчним та партикулярним, торговельне право завжди було готове вдосконалюватися, швидко змінюватися й оновлюватися, у зв’язку з чим саме в його надрах формувалися нові та вдосконалювалися існуючі принципи та інститути, що сьогодні сприймаються передусім як цивільно-правові (наприклад, формальна рівність, свобода договору, свобода зайняття підприємницькою діяльністю тощо). Однак розвиток систем права країн Західної Європи врешті-решт призвів до того, що цивільне право посіло належне йому центральне місце в регулюванні приватних правовідносин й вже в ХХ столітті воно разом з торговельним правом виступає основним регулятором торговельних відносин. Тим не менш і на початку ХХІ століття, ряд країн (серед них Німеччина та Франція) продовжують дотримуватися традиції регулювання торговельних відносин за допомогою норм двох галузей права – цивільного та торговельного, зберігаючи так званий «дуалізм» приватного права.

В українському правознавстві бракує глибокого та комплексного вивчення основ сучасного приватно-правового регулювання торговельних відносин в такій державі, як Німеччина, хоча ця країна уособлює одну з класичних систем побудови принципів та норм цього регулювання й до того ж на сьогоднішній день є найпотужнішою економікою Європейського Союзу (ЄС), чий досвід правового регулювання торговельних відносин, безперечно, може бути корисним при реформуванні приватного права України. Необхідність проведення досліджень приватно-правового регулювання торговельних відносин Німеччини додатково обумовлюється й тим, що Україна прагне стати членом ЄС, а отже необхідно вже сьогодні вивчати правові традиції його держав-членів, тим більше, що в рамках цього Союзу постійно робляться спроби створити єдине приватне право ЄС, яке б базувалося на основі уніфікації принципів та норм приватного права його держав-членів.

Теоретичним підґрунтям для дослідження приватно-правових засад регулювання торговельних відносин Німеччини стали праці німецьких правознавців як класиків (В. Ендеманна, Л. Еннекцеруса, Г. А. Гайзе, Л. Гольдшмідта, О. фон Гірке, К. Леманна, В. Рінга, І.-Г. Теля тощо), так і сучасних німецьких дослідників цивільного та торговельного права (У. Айзенхарта, Ю. Базедова, В. Бергманна, Г. Брокса, П. Бюлова, К. В. Канаріса, Р. Кніпера, Х. Кьотца, Д. Медікуса, Ю. Мейера, Х. Откера, П. Раїша, К. Цвайгерта, Р. Циммерманна, П. Хофманна, Я. Шаппа, К. Шмідта, П. Юнга тощо).

Основу дисертаційного дослідження також становили праці видатних правознавців кінця ХІХ ст.-початку ХХ ст., а саме: Д. І. Азаревича, В. М. Гордона, А. І. Камінки, Н. Й. Нересова, С. В. Пахмана, І. О. Покровського, В. А. Удінцева, О. Ф. Федорова, П. П. Цитовича, Г. Ф. Шершеневича; радянських вчених М. І. Брагінського, В. В. Вітрянського, Д. М. Генкіна, В. М. Корецького, М. І. Кулагіна, В. І. Лісовського, В. П. Мозоліна, Р. Л. Наришкіної, С. І. Раєвича, Є. О. Суханова, К. К. Яічкова; сучасних російських дослідників зарубіжного приватного права В. В. Безбаха, Г. Т. Бекназар-Юзбашева, О. О. Богатих, А. Ю. Бушева, Ю. Є. Булатецького, Є. О. Васильєва, А. Е. Жалінського, І. О. Зеніна, О. С. Іоффе, Р. А. Курбанова, А. О. Кабанова, О. С. Комарова, О. Л. Лисенко, О. О. Макарової, С. Г. Михайлова, В. Ф. Попондопуло, В. К. Пучинського, С. Ю. Пятіна, А. А. Рьорихт, М. М. Рассолова, О. А. Сорокіної А. В.  Трояновського В. А. Язєва тощо.

Вагоме значення для опанування принципів цивільно-правового регулювання торговельних відносин в Україні мали роботи українських цивілістів Д. В. Бобрової, Т. В. Боднар, О. В. Дзери, О. О. Кармази, В. М. Коссака, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця, Р. А. Майданика, Н. І. Майданик, Л. А. Музики, Д. Г. Павленко, О. А. Підопригори, З. В. Ромовської, В. Д. Примака, Р. О. Стефанчука, Г. П. Тимченка, Р. Ю. Ханик-Посполітак, Я. М. Шевченко тощо; а також роботи цивілістів, що в порівняльному аспекті досліджували окремі принципи та інститути цивільного та торговельного права України й зарубіжних країн, а саме: Ю. Ю. Дахно, Ю. І. Дмитрієвої, Н. М. Квіт, В. К. Мамутова, П. А. Меденцева, О. О. Мережко, І. С. Канзафарової, О. О. Чувпило, С. І. Шимон та інших.

Таким чином, не заперечуючи важливості праць всіх вищезгаданих авторів, варто відмітити, що у вітчизняній літературі бракує спеціальних робіт комплексного характеру, присвячених дослідженню особливостей приватно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині. Все вищезазначене обумовило актуальність та доцільність здійснення комплексного аналізу приватно-правових засад правового регулювання торговельних відносин у Німеччині.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами.** Дисертаційне дослідження є складовою науково-дослідної роботи відділу міжнародного права та порівняльного правознавства Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України «Міжнародно-правові проблеми співробітництва України з світовими та європейськими інституційними структурами» (номер державної реєстрації 0101U007291), що здійснювалася у рамках вивчення проблеми «Україна у системі сучасного міжнародного правопорядку: теорія і практика».

**Мета і задачі дослідження.** Метою дослідження є теоретична розробка приватно-правових засад, що лежать в основі цивільно-правового та торговельно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині.

Поставлена мета обумовила постановку і вирішення таких наукових завдань:

* прослідкувати розвиток торговельних відносин на території Західної Європи, починаючи з часів Середньовіччя й до теперішнього часу та виявити економічні, політичні й інші чинники, що в різні історичні періоди впливали на зародження і подальший розвиток торговельного права в Західній Європі, зокрема в Німеччині, а також прослідкувати в цьому процесі стан розвитку цивільного права і його основних принципів;
* дослідити основоположні засади та характерні риси jus mercatorum (права купців) та його наступника jus mercatoria (права торгівлі), що діяли в країнах Західної Європи, в тому числі в Німеччині;
* на основі аналізу норм Загальнонімецького торговельного кодексу 1861 року (ЗТК), що був першим кодифікаційним актом Німеччини в сфері торгівлі, розкрити зміст основних ознак правового регулювання торговельних відносин в цей період;
* дослідити вплив сучасної внутрішньо- та зовнішньоекономічної політики ФРН на розвиток основних засад регулювання торговельних відносин;
* на основі аналізу норм сучасного Торговельного кодексу Німеччини 1900 року (ТКН) охарактеризувати сучасне торговельне право Німеччини як особливу галузь приватного права;
* проаналізувати сутність ключових принципів сучасного приватного права Німеччини (принципу формальної рівності, принципу приватної автономії та його підвиду – свободи договору) та їх вплив на регулювання торговельних відносин в ній;
* визначити зміст, юридичну силу «добросовісності», передбаченої ст. 242 Цивільного кодексу Німеччини 1900 року (ЦКН) та дослідити її роль в регулюванні торговельних відносин;
* вивчити специфіку застосування окремих інститутів цивільного права Німеччини для регулювання особливих потреб торговельного обігу.

*Об’єктом* дисертаційного дослідженняє правовідносини, що функціонують в Німеччині у сфері торгівлі.

*Предметом*дослідження є приватно-правові принципи та норми регулювання торговельних відносин у Німеччині.

**Методи дослідження.** З метою одержання найбільш достовірних наукових результатів дослідження застосовувався комплекс філософських, загальнонаукових і спеціально-наукових методів, що сприяло єдності гносеологічного, соціально-філософського та порівняльного аналізу особливостей приватно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині.

При написанні дисертації широко використовувався історичний та герменевтичний методи, а саме при вивченні економічних, соціальних, політичних та науково-технічних процесів, що проходили в країнах Західної Європи, зокрема в Німеччині, й вплинули на виникнення та розвиток торговельного права. Порівняльний метод також став ключовим при проведенні дослідження, використання якого дало змогу виявити прогалини цивільного законодавства України. Системний метод застосовувався при дослідженні місця торговельного права в системі сучасного приватного права Німеччини та його співвідношення з цивільним правом. Діалектичний метод, що застосовувався через аналіз та синтез, індукцію та дедукцію, використовувався при визначенні особливих ознак торговельного права як окремої галузі приватного права Німеччини, а також при виокремленні ключових методів приватного права. Формально-юридичний метод використовувався при аналізі правового змісту базових актів торговельного права, а саме: Французького торговельного кодексу 1807 року, ПЗУ, ЗТК, ЦКН, ТКН та при визначенні юридичної сили ст. 242 ЦКН, що запроваджує «добросовісність» в якості основи правового регулювання договірних зобов’язань. Логіко-юридичний метод дав можливість сформулювати пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства України.

Емпіричну базу дослідження, крім нормативно-правових актів Німеччини, становить практика розгляду приватно-правових спорів місцевими судами земель Німеччини та Федеральним верховним судом Німеччини, а також ряд справ, розглянутих Федеральним конституційним судом Німеччини щодо відповідності окремих норм ЦКН та ТКН Основному закону ФРН.

**Наукова новизна одержаних результатів** полягає в тому, що вперше у вітчизняній юридичній літературі на монографічному рівні досліджено приватно-правове (цивільно-правове та торговельно-правове) регулювання торговельних відносин у Німеччині. Найсуттєвіші результати дисертаційного дослідження, які були отримані автором особисто і характеризують його наукову новизну, полягають, зокрема, у такому:

*вперше*:

1) показано, що під час підготовки наприкінці ХІХ ст. проекту діючого нині ЦКН, торговельне право Німеччини не було об’єднано з цивільним правом в силу суб’єктивних чинників, а саме небажання ускладнити законодавцю роботу над підготовкою ЦКН, та прагнення зберегти ТКН як символ єдності Німеччини, залишивши в цих умовах дуалізм приватного права в якості моделі правового регулювання торговельних відносин;

2) встановлено особливості сучасної структури та змісту торговельного права Німеччини, зокрема, показано, що присутність у ТКН деяких норм трудового та сімейного права, а також норм, що мають публічно-правовий характер, зумовлено особливостями історичного розвитку торговельного права в цій країні, а отже формально воно не є комплексною галуззю права й сприймається в доктрині та практиці як приватно-правова галузь;

3) охарактеризовано ознаки торговельного права Німеччини: наявність комерсанта як основного суб’єкта торговельного права; самостійне становище торговельного права в системі права ФРН; приналежність торговельного права до приватного права; гнучкість та універсальність торговельного права.

4) доведено, що відповідно до законодавства ФРН комерсант не ототожнюється із підприємцем, оскільки його правовий статус регулюється іншими галузями права Німеччини, хоча підприємець може набути статус комерсанта шляхом державної реєстрації в торговельному реєстрі;

5) показано, що на всіх історичних етапах приватно-правове регулювання торгівлі в країнах Західної Європи, включаючи й Німеччину, базувалося на таких цивільно-правових принципах, як принцип формальної рівності та принцип приватної автономії (який у сфері торговельних відносин діяв у вигляді свого підвиду – свободи договору), хоча їх зміст певною мірою відрізнявся від сучасного їх розуміння в силу особливостей соціального та політичного устрою держав Західної Європи, включаючи й Німеччину;

6) обґрунтовано, що під впливом «презумпції професійної підготовки комерсанта», що становить одну з підвалин правового регулювання торговельних відносин Німеччини за участю комерсантів, має місце розширення сфери дії принципу приватної автономії, що виражено в свободі «змісту договору» (комерсанти, зокрема, можуть встановлювати неустойку будь-якого розміру за неналежне виконання чи невиконання договору та без права перегляду судом її розміру за клопотанням боржника) та в «свободі форми» договору (певні види договорів можуть укладатися комерсантами не в письмовій формі);

7) виділено положення, згідно яких допускається зменшення надмірного розміру договірної неустойки, а саме: в силу диспозитивного характеру ст. 348 ТКН розмір неустойки може бути переглянутий за згодою сторін; суд, виходячи зі ст. 138 ЦКН та 242 ЦКН, може переглянути умови так званих індивідуальних договорів, в тому числі й ті, що стосуються неустойки, на предмет їх відповідності добрим звичаям та добрій совісті; умови типових договорів можуть бути переглянуті в ході так званого «судового контролю», передбаченого ст. 307 ЦКН; судовою практикою Німеччини встановлюються випадки, коли сторони договору мають встановлювати граничний розмір неустойки, оскільки, згідно з діючими в судовій практиці Німеччини правилами, неустойка не може служити додатковим джерелом збагачення кредитора;

*дістали подальшого розвитку наступні положення*:

8) становлення торговельного права в епоху Середньовіччя в країнах Західної Європи, включаючи Німеччину, свідчить, що формування його як окремої галузі права значною мірою обумовлено не тільки потребами організації та функціонування торговельних відносин, а також середньовічними традиціями суспільного устрою та відсутністю відповідного правового регулювання, яке б задовольняло торговельний обіг, що зростав;

9) протягом XVI–XVIІ ст.ст. в торговельному праві країн Західної Європи відбулися зміни: воно втратило свою інтернаціональну природу і набуло ознак внутрішньої галузі права у кожній конкретній державі і його норми почали встановлюватися переважно в державних актах, що стало результатом історичних перетворень, які відбулися в цих країнах (зокрема, централізація держав, посилення влади абсолютних монархій, втілення політики меркантилізму, запровадження єдиного загальнодержавного правового регулювання торгівлі);

10) категорія добросовісності, передбачена ст. 242 ЦКН, сприймається німецькими цивілістами як «загальне застереження», у зв’язку з чим ст. 242 ЦКН отримала більш широку сферу застосування, вдосконаливши тим самим приватно-правове (цивільно-правове та торговельно-правове) регулювання торговельних відносин, а саме заповнила прогалини в цивільному праві щодо: так званої «переддоговірної відповідальності»; правового регулювання проблем, які можуть виникнути у зв’язку із докорінною зміною обставин; доповнення інституту недопустимості зловживанням цивільними правами; та доповнення договорів купівлі-продажу так званими «додатковими обов’язками» продавця;

11) необхідності доповнення Цивільного кодексу України (ЦКУ) нормами, що передбачають: обов’язок всіх учасників правовідносин діяти добросовісно; обов’язок сторони правовідносин виконувати встановлені судом додаткові обов’язки за договором, що має сприяти удосконаленню правового регулювання договірних зобов’язань у сфері торговельних відносин;

*удосконалено наступні положення:*

12) створення та функціонування Німецького митного союзу 1834 року стало передумовою для кодифікації торговельного права Німеччини в його рамках, зокрема для створення єдиних для німецьких земель актів торговельного права – ЗТКі Загальнонімецького вексельного статуту 1847 року;

13) спираючись на досвід Німеччини в сфері подолання колізії між нормами ЦКН та ТКН, відповідно до якого норми першого застосовуються лише у випадках, не передбачених в ТКН або в Ввідному законі до нього (ст. 2 Ввідного закону до ТКН) пропонується врегулювати колізії норм ЦКУ та Господарського кодексу України (ГКУ) шляхом внесення змін і доповнень до ст. 9 ЦКУ, а саме, в речення перше частини другої перед словом «законом» внести фразу «іншими кодексами та» і доповнити ч. 2 ст. 9 ЦКУ реченням такого змісту: «При регулюванні майнових відносин у сфері господарювання норми ЦКУ застосовуються лише тоді, коли інше не встановлено кодексами та законами, що передбачають особливості регулювання таких відносин».

**Практичне значення одержаних результатів.** Практичне значення одержаних результатів полягає у тому, що сформульовані в дисертації теоретичні та практичні положення, висновки і пропозиції можуть бути використані в подальшій:

* науково-дослідній роботі із дослідження теоретичних і практичних аспектів приватно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині;
* правотворчій діяльності – при законодавчому вдосконаленні та доповненні положень ЦКУ й при подоланні проблем його співвідношення із ГКУ;
* навчальному процесі при вдосконаленні лекційних курсів з навчальних дисциплін «Цивільне право зарубіжних країн», «Комерційне право зарубіжних країн», «Міжнародне торговельне право».

**Апробація результатів дослідження**. Основні положення роботи викладені у доповідях на науково-практичних конференціях: Міжнародній науковій конференції «Європа – Японія – Україна: шляхи демократизації державно-правових систем» (м. Київ, 17-20 жовтня 2000 року); Міжвузівській науковій студентській конференції «Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку» (м. Косів, Івано-Франківська область, 27 січня – 2 лютого 2001 року); Міжвузівській науковій студентській конференції «Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку» (м. Косів, Івано-Франківська область, 25-30 січня 2002 року); Науково-практичній конференції «Становлення і розвиток правової системи України» (м. Київ, 21 березня 2002 року); Українсько-німецькому правовому семінарі «Україна – Німеччина: розвиток законодавства в рамках європейського права» (м. Київ, 21-22 вересня 2005 року); Міжнародній науково-практичній конференції «Наукові читання, присвячені пам’яті В. М. Корецького» (м. Київ, 19 лютого 2008 року); ІІІ Міжнародній науково-практичній конференції «Сучасні проблеми правової системи України» (м. Київ, 24 листопада 2011 року); Міжнародній науково-практичній конференції «V Наукові читання присвячені пам’яті В. М. Корецького» (м. Київ, 16 лютого 2012 року).

**Публікації.** За темою дисертації опубліковано: один розділ колективної монографії, шість статей у фахових виданнях України, одна – у іноземному фаховому виданні, дві – у науково-практичних виданнях; одна – у Великому енциклопедичному юридичному словнику та вісім тез доповідей на міжнародних та національних науково-практичних конференціях.

**РОЗДІЛ 1**

**ТОРГІВЛЯ В ЗАХІДНІЙ ЄВРОПІ ТА ЇЇ ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ В ЧАСИ СЕРЕДНЬОВІЧЧЯ І В НОВИЙ ЧАС**

**1.1 Загальна характеристика торговельних відносин в Західній Європі в часи Середньовіччя, як основної передумови для відродження правового регулювання торгівлі**

Сучасний рівень правового регулювання торговельних відносин в Німеччині є результатом тривалого історичного розвитку, протягом якого з властивостей, характерних у різні часи для торгівлі, права, економіки, політики, релігії та культури держав, що здійснювали широкомасштабну торговлю, сформувалася система правової регламентації торговельних відносин.

В історичному плані основи правового регулювання торговельних відносин почали формуватися доволі рано, вже на початкових етапах розвитку торгівлі, коли вона здійснювалася у простій, міновій формі, більше на міжнародному рівні, ніж на внутрішньодержавному. Наприклад, у містах-державах Стародавньої Греції, що володіли численними колоніями, між якими відбувалася жвава торгівля, існувала система звичаїв, присвячених правовому регулюванню окремих питань торгівлі та торговельного мореплавства. Про здобутки давньогрецьких юристів в області правового регулювання комерційних відносин писали, зокрема, С. Ф. Кечекьян в роботі «Держава і право Давньої Греції» [1, С. 56-58] та С. А. Муромцев [2, С. 237].

Поруч з цим, торговельний обіг Стародавньої Греції сформував власні норми права, які регулювали відносини, характерні саме для торгівлі. Найвизначнішими серед них на сьогодні визнаються: інститут бодмереї та норми, що регулювали питання про предмети, які викидалися із судна в море під час аварії (останній містився в законі острова Родос). Сучасні вчені вбачають в них зародки страхування, а бодмерея розглядається і як морська застава.

Після занепаду Стародавньої Греції її правовими надбаннями, так же, як і науковими, філософськими, культурними та промисловими, скористалася інша держава – Римська Імперія. Ця країна, увібравши позитивний досвід правової регламентації торгівлі інших країн і народів та надавши йому більш довершеного вигляду, продемонструвала високий рівень усвідомлення сутності правового регулювання цієї сфери суспільних відносин та створила ряд витончених правових конструкцій, які застосовуються для регламентації майнових відносин і сьогодні. «Класичне римське приватне право характеризується такими блискучими ознаками, похвальними епітетами, яких, мабуть, не заслуговувала жодна правова система» [3, С. 11]. Зокрема, римське приватне право спиралося на ряд важливих для функціонування торговельних відносин принципів, а саме: свободи особи розпоряджатися своїм майном, переваги інтересів римського громадянина над всіма іншими, включаючи і державні, формальної рівність всіх вільних осіб в галузі приватного права (більш точніше його слід назвати принцип формальної рівності правоздатності вільних осіб), державного невтручання в сферу приватних відносин. Правові засади регулювання торговельних відносин у Стародавньому Римі докладно розкриті Проценко І. М. у статті «Основи правового регулювання торговельних відносин у Стародавньому Римі» [4, С. 420-425].

Історія формування правового регулювання торговельних відносин в Стародавньому Римі стала одним із перших прикладів глибокого впливу товарно-грошових відносин на цей процес і показала, що потреби торгівлі відіграють велику роль при формуванні власної правової регламентації. „Розвитку римського права, тому, що воно набуває „класичного завершення”, сприяло багато обставин. Передусім, проявився високий рівень товарних відносин, досягнутий Римом в періоди пізньої республіки та принципату” – зазначає з цього приводу З. М. Черніловський [5, С. 78].

Розпад Римської імперії знаменував занепад рабовласницького ладу в усьому світ. Однак доробок римських юристів став довічною основою правового регулювання приватних відносин в країнах Західної Європи. А принцип індивідуалізму, принцип доброї совісті й справедливості, принцип рівності всіх вільних громадян, принцип свободи договору, принцип доцільного формалізму, принцип посиленої відповідальності учасників торговельного обігу та диференційований підхід до оцінки належної поведінки контрагента, розроблені римським правом, стали класичною основою правового регулювання торговельних відносин.

Після розпаду Римської імперії, в епоху зародження феодалізму з його натуральним виробництвом, торговельні відносини на території Західної Європи були незначними, а відповідне правове регулювання не розвивалося взагалі. Існували міста, ярмарки, ринки, але вони ледь жевріли. Продовжувала здійснюватися морська торгівля, однак і вона не знаходила значного поширення: поодинокі купці-мандрівники торгували деякими сільськогосподарськими продуктами, вони ж купували й продавали дрібні предмети розкоші й продукцію місцевих виробників.

Єдиним вогнищем жвавої культури, промислової діяльності, торгівлі, науки й мистецтва в ті часи була спадкоємиця Римської імперії – Візантія. Ця держава продовжила і навіть вдосконалила виробничі, культурні та правові традиції Стародавнього Риму. Її економічна система будувалась на феодальних підвалинах, а приватні відносини регулювалися нормами створеного у першій половині VI ст. Зводу римського цивільного права – Corpus juris civilis. Для подальшого розвитку права і, зокрема, правового регулювання торговельних відносин це джерело відіграло особливо велике значення, оскільки, шляхом рецепції його норм, воно стало основою цивільного права майже всіх країн європейського континенту і слугує людству й дотепер. Звід цивільних законів був «безцінним майном, що також і після падіння Риму міг й надалі діяти у світі» [6, S. 34] – так, наприклад, оцінює цю кодифікацію німецький історик-правознавець Г. Кьоблер.

Успіх Corpus juris civilis значною мірою був обумовлений способом формування його норм: укладачі виходили з необхідності продовжити римські правові традиції й одночасно створити закон, який би став надійною основою для регулювання тогочасних і майбутніх суспільних відносин. Кодифікації було піддано все накопичене право – цивільне, преторське, імператорське, твори юристів, а прогалини заповнювалися новими приписами імператора. Рішуче відкидалися застарілі норми, спрощувалися надмірно складні приписи і сміливо вводилися необхідні зміни й доповнення. В результаті було створено порівняно просте, не обтяжене зайвим формалізмом і технічно зріле право.

В період існування Візантії Західна Європа не знала розвиненого правового регулювання приватних відносин, оскільки, як вже зазначалося вище, в умовах становлення феодального ладу, коли панувало дрібноселянське натуральне господарство, для цього не було достатніх підстав. Тодішні тенденції суспільного розвитку повною мірою відобразилися в тогочасних джерелах права, так званих варварських правдах — збірках звичаєвого права племен, що заселяли континент (наприклад, Вестготська правда (ІІ пол. V ст.), Салічна правда (кін. V ст.), Бургундська правда (кін. V ст. – поч. VІ ст.), Рипуарська правда (VІ – VІІ ст.ст.), Баварська правда (серед. VІІІ ст.) та ін.). Їх зміст складали переважно норми кримінального права та процесу, правове регулювання приватних відносин обмежувалося різними аспектами власності (зокрема, приватної власності) на землю, сімейними відносинами. Норми ж, присвячені правовій регламентації договірних зобов’язань, які б стали в нагоді для регламентації торговельних відносин, були розрізнені, не систематизовані і своїм змістом засвідчували нерозвиненість цих відносин у суспільстві. Хоча на думку окремих істориків права, певні основоположні принципи договірного права все ж таки закріплювалися цими нормативними актами. Наприклад, в Салічній правді «вільне волевиявлення сторін припускалося при укладенні таких договорів, як купівля-продаж, міна, поклажа, застава, позика, дарування. Волевиявлення здійснювалося шляхом вкидання іншій особі «до поли стебла»…» [7, С. 290]. Однак щодо цього варто зауважити, що Салічна правда прямо такого розгорнутого переліку договорів не давала і про свободу волевиявлення чітко говорила тільки в титулі XLVI «Про передачу майна» [8, С. 46-47], який регулював процедуру призначення спадкоємців та процедуру передачі їм майна. Свобода волевиявлення тут виражалась лише в тому, що коло спадкоємців не обмежувалось членами родини і спадкодавець міг передати спакове майно будь-кому. Вподальшому, згідно Капітулярія VII від 819 р., правила спадкування, передбачені титулом XLVI поширювались вже й на договори дарування. Отже, висновки істориків права є сумнівними і існує більше підстав для ствердження, що зміна суспільного ладу, яка відбулася в Західній Європі після падіння Римської імперії, не створила умов для розвитку товарообміну і, відповідно, його правового регулювання.

Умови для формування системи правового регулювання приватних відносин, в тому числі і торговельних, у Західній Європі з’явилися тільки в ХІ ст. Насамперед ними були чинники економічного характеру, оскільки в цей період зросла продуктивність сільськогосподарського виробництва, збільшився обсяг виготовлення сировини й продовольства феодальними маєтками, розпочався процес розподілу праці і перш за все відокремилося ремесло від землеробства. Ремісники почали переселялися в міста, кількість яких невпинно збільшувалася: «поруч із відродженням старих міст, заснованих у часи Римської імперії, виникали нові міські поселення, як правило на перетині сухопутних і водних транспортних шляхів, у стін феодальних замків та крупних монастирів» [9, С. 94]. Якість виготовленої ремісниками продукції також поліпшувалася, ремісниче виробництво зростало і, як наслідок, виник бурхливий товарообмін між мешканцями міст та селянами. Усе це, а також Хрестові походи, подальші географічні відкриття та технічні винаходи сприяли розвитку торгівлі, як окремої, самостійної сфери економічної діяльності. Як підсумовує Г. Кьоблер: «Торгівля почала бурхливо пожвавлюватися, починаючи з ХІ століття, після того, як усе більше людей потребувало товарів, які вони не могли самостійно виготовити, і, навпаки, все більше людей були в змозі такі товари здобувати за винагороду» [10, С. 112]. Отже, саме в історичних умовах Середньовіччя торгівля відродилася та виділилася в окрему галузь економічних відносин, характерними властивостями якої на той час стали інтернаціональність торговельних зв’язків та станово-корпоративний характер організації торговельного промислу. Ці властивості сформувалися під впливом відповідних історичних реалій і відіграли суттєву роль у формуванні сутності та змісту правового регулювання торговельних відносин.

Якщо говорити про інтернаціональність торговельних зв’язків, то спочатку надзвичайно популярна в ХІ-ХІІІ стст. торгівля зі Сходом, принесла в Західну Європу економічний занепад і зубожіння (оскільки ввезена продукція носила споживчий характер, дорого коштувала, не мала виробничого призначення і була розрахована на королівські двори та багатих феодалів). У зв’язку з цим європейські купці в решті-решт почали продавати товари, необхідні для внутрішньоєвропейської промисловості, яка також розвивалася. Це призвело до повної зміни асортименту товару та географії торговельних відносин. Починаючи з ХІІІ-XIV стст. торгівлею більш активно займаються купці з Півночі Європи і спеціалізуються вони вже не на предметах розкоші, а на сировині для промислового виробництва: металі, сукні, льоні, прядиві, салі, воску, худобі, хлібі, хутрі, шкірі, деревині, рибі й ін. І відповідно ринок відтепер переміщається в Центральну та Північну Європу, де розвиваються різні галузі промисловості: сукнарство, металообробка, гірнича справа, друкарство, виготовлення шовкової та льняної тканини й барвників для них. Отже, торговельні відносини за часів Середньовіччя не обмежувалися кордонами окремого міста чи держави, вони були дійсно інтернаціональними.

Однак поруч із відкритістю торгівлі для будь-яких географічних регіонів, займатися нею могла далеко не кожна людина. Торгівля, після остаточного виділення в окрему сферу економічних відносин, реалізувалася тільки купцями – особами, що займалися виключно торгівлею і були фахівцями в цій справі. Купці осіли в містах і, слідуючи тогочасній традиції суспільного устрою, сформували окремий стан та об’єдналися в гільдії, внаслідок чого цей вид економічної діяльності став недоступним для інших соціальних прошарків.

Отже, організація торговельного промислу в Західній Європі здійснювалася на станово-корпоративній основі: для того, щоб займатися продажем певного виду товару особа мала належати до купецького стану і бути членом певної гільдії. При чому гільдії в організації торгівлі виступали керівними осередками, що надало їм великої ваги в суспільстві. Перш за все в їх компетенцію входило створення належних умов торгівлі: вони влаштовували перевезення товарів караванами чи флотиліями, забезпечували їх необхідну охорону, створювали заїжджі двори у ярмаркових центрах, домагалися митних та інших привілеїв тощо. Належність купця до окремої гільдії гарантувала йому право здійснювати продаж певного виду продукції у місті на монопольній основі. І попри те, що в боротьбі з постійно зростаючою конкуренцією, купецькі гільдії вдавалися до жорстких, таких, що суперечать правилам вільної торгівлі, заходів, вони, як вважав Г. Гіббінс, разом із ремісничими цехами «здійснили найсприятливіший вплив на первісне виробництво, адже, не зважаючи на свій монопольний характер, ... вони, все ж таки, гарантували доброякісність продукту, і сприяли виникненню промислових центрів, у всіх більш-менш зручних пунктах» [11, С. 41].

Згодом акумуляція в руках купецьких гільдій значного капіталу допомогла підвищити їх авторитет і у сфері політики: гільдії фінансували військові походи феодалів, державну колоніальну політику, сприяли економічному й політичному становленню міста, а також, як стверджує, наприклад, Г. Кьоблер, вплинули на формування його правового статусу. Зокрема, він зазначає: «Виникнення міст у правовому розумінні почалося разом із тим, як купці, починаючи з 11 століття понад свою безпосередню діяльність були нагороджені значними привілеями, переданими на початку 12 століття також іншим жителям міста (особистими правами, спадковими правами, правом на землю, процесуальними правами)» [10, S. 110]. Внаслідок цього купецькі гільдії перетворилися на могутні політико-економічні одиниці міста, що мали значний вплив на муніципалітети, феодалів і державну владу.

Посівши значне місце в містах і суспільстві та концентруючи у своїх руках могутню владу, купецькі гільдії одержали можливість займатися нормотворчою роботою та виконувати судові функції. Кожна окрема гільдія розробляла і запроваджувала правила торгівлі певними видами товарів, які охоплювали, наприклад, питання про: «умови навчання та прийому до членів гільдії, календарі робочих днів та свят, стандарти якості робіт, мінімальні ціни, відстані між торговельними та виробничими приміщеннями, узгодження умов продажу з метою обмежити конкуренцію в середині гільдії та зрівняти обсяги продажу, заборону продажу в кредит окрім як членам гільдії, обмеження імпорту, імміграції та інші протекціоністські заходи» [12, С. 366]. Отже, гільдії, для упорядкування торговельної діяльності купців, створювали правові норми, що було першим кроком на шляху формування системного, підпорядкованого єдиному предмету, правового регулювання торговельних відносин у Західній Європі. Поруч з цим керівники купецьких гільдій, так звані «купецькі консули», створювали третейські суди, які працювали за особливою процедурою й стали провісником торговельного судочинства.

Отже, гільдії були вагомими політичними та економічними одиницями міста, а також нормотворчими та судовими органами. Починаючи з ХІ ст. вони стали ядром організації торгівлі та торговельних відносин в містах Західної Європи, однак подальше зростання їх економічної могутності обумовило потребу в пошуку нових ринків збуту. Купці мандрували по всьому континенту, налагоджуючи ділові відносини з торговцями інших країн та з місцевими виробниками, але розширенню їх діяльності перешкоджали численні перепони: міста встановлювали для чужоземних купців високі збори за торгівлю, місцеві гільдії використовували різноманітні заходи боротьби з іноземними конкурентами, феодали запроваджували мито за проїзд по своїх землях, пірати та розбійники грабували каравани з товарами. Тому, для захисту своїх інтересів на іноземних територіях, купці та гільдії окремих міст вимушені були формувати більш могутні, ніж гільдії, утворення. Спочатку вони об’єднувалися у своєрідні товариства, головна мета яких полягала у створенні безпечних та рівноправних умов торгівлі на території певного регіону. Згодом ці товариства переросли в союзи міст, які, в умовах відсутності сильної центральної влади та у зв’язку з концентрацією в їх руках значних матеріальних благ, стали могутніми економічними монополіями з великим політичним і військовим потенціалом. Значення цих союзів було настільки великим, що вони могли диктувати свою волю королям, а отже союзи міст відігравали велику роль у формуванні внутрішньої політики цілої Європи.

Одним із найпотужніших союзів часів Середньовіччя був Союз північних міст – Ганза, сформований на основі договору, укладеного у 1241 р. між Любеком та Гамбургом для охорони торговельних шляхів, що поєднували Балтійське море з Північним. В середині XІV ст. до Союзу належало вже близько 70 міст, в результаті чого велика територія вздовж цих морів підпорядковувалася ганзейським правилам торгівлі. А домігшись численних привілеїв та поступок від північних королів, Ганза „захопила у свої руки всю зовнішню торгівлю Данії, Прусії, Росії та Скандинавії” [13, С. 60]. Таким чином, Ганзейський союз монополізував посередницьку торгівлю між Росією, Скандинавією, Нідерландами та Англією, налагодивши у цих межах постачання та торгівлю великого обсягу й асортименту товарів. Наприклад, із Росії та північних країн ганзейські купці вивозили хліб, хутро, шкіру, мед, віск, сіль, рибу, ліс, руду, із західних країн – сукно, металеві вироби, вина, також Ганза торгувала привезеними зі сходу пряностями. Продаж товарів у таких обсягах та асортименті сприяв розвитку економіки в Європі, в результаті, «там, де торгували останні (ганзейці – І.П.) промисловість розвивалася та процвітала» [13, С. 62].

Безперечним є факт, що у розвитку економічного потенціалу Ганзи ключовим фактором виступала здійснювана нею торговельна політика. Вона грунтувалася на незмінному прагненні Союзу розширити власні ринки збуту та створити на них найсприятливіші умови торгівлі і реалізувалася за допомогою системи різноманітних торговельних пільг та заборон, хоча їх обсяг і зміст в тій чи іншій ситуації не завжди був однаковим. «Прагматизм та незамінність німецької торгівлі принесли з собою те, що її носії, нижньонімецькі комерсанти, до початку XIV ст. нагороджувалися усілякими привілеями для їх представництв, торговими та митними пільгами, перевагами для перевезень в різних державах в їх (тобто ганзейських купців – І.П.) зоні руху» [13, С. 5]. На нашу думку, наявність та практичне застосування цих заходів свідчило про високий рівень організації торгівлі, оскільки вони упорядковували даний вид економічних відносин уже в межах цілого регіону – в межах Північної Європи. У зв’язку з цим, наприклад, австрійські вчені П. Фішер та Х. Ф. Кьок відмітили, що Ганзейський союз «може розглядатися як попередник сьогоднішнього, існуючого з 1994 року Європейського Економічного Простору» [14, С. 64].

Вивчаючи економічну політику Ганзейського союзу, перш за все слід відмітити торговельні привілеї, якими держави-члени наділялися у межах самого Союзу: вони мали право самостійно вести торгівлю, карбувати монету, зводити міські фортеці, ловити рибу, молоти зерно, організовувати ярмарки, вводити деякі власні закони. В рамках союзу, як правило, скасовувалися всі внутрішні мита, запроваджувалися єдині правила торгівлі та єдина система міри й ваги, в рамках створеного у 1379 р. Вендського монетного союзу, що охоплював ряд ганзейських міст, обертатися єдина валюта – віттен. Для належного збереження товарів закордоном, Союз створював склади та гостинні двори не лише в кожному місті-члені, а й у власних іноземних представництвах (факторіях).

Поруч із цим, за допомогою переважно дипломатичних, але й іноді військових заходів Ганзейський союз здобував торговельні привілеї у містах і державах, що не входили до його складу. «Найвищий принцип купецької політики полягав в забезпеченні максимальних прибутків при мінімальних ризиках. Тому цілком природно, що ганзейська дипломатія віддавала перевагу мирним переговорам над воєнними діями і економічному тиску над територіальними захопленнями» [15, С. 64]. Наприклад, вельми запекла боротьба велася ганзейцями за одержання торговельних переваг на території Англії. В 1303 р. король цієї держави Едуард І видав документ, під назвою Carta mercatoria (Купецька хартія), яким встановлювалися єдині мита за ввезення чи вивезення перелічених в Хартії товарів. Розмір цих митних зборів був доволі високим, але натомість іноземні купці одержували ряд вагомих привілеїв. По-перше, вказані збори купець сплачував один раз і більше їх не можна було стягувати, навіть якщо він мандрував з товаром по всій Англії. По-друге, він звільнявся від сплати інших, запроваджених в королівстві, мит (як наприклад, за ремонт міських стін, мостів чи обкладення вулиць бруківкою). По-третє, іноземні торгівці могли вільно приїжджати на територію Англії з яким завгодно товаром, селитися в будь-якому місті, подорожувати по країні. По-четверте, купці мали право на власний розсуд розпоряджатися своїм крамом, тому суворо заборонялося захоплення їх товару та здирництво з них грошей.

Ряд положень Купецької хартії торкалися питань укладення контрактів, судового розгляду купецьких спорів та вибору права, що має застосовуватися для їх розгляду. Приміром, нею приписувалося, що будь-який контракт, укладений між купцями та іншими людьми повинен бути „непорушним і нерозривним, щоб жоден купець не зміг відмовитися від укладеного раніше контракту чи розірвати його після того, як сторони, що домовляються, дали та отримали «божий пенс» (тобто уклали договір – І.П.)» [16].

Відносно судового розгляду купецьких спорів, Хартія приписувала, що його мали здійснювати або міський чи ярмарковий чиновник або суддя разом із присяжними й встновлювала правила обрання присяжних. Також Хартія, керуючись інтересами торговельного обігу, встановлювала, що чиновники ярмарок та міст повинні «надавати цим купцям кожен день швидке правосуддя» [16], отже таким чином забезпечувався швидкий та компетентний розгляд торговельних спорів.

Стосовно права, яке слід було використовувати для розгляду справ за участю іноземних купців, Хартія запровадила два правила: загалом, потрібно було керуватися купецьким правом (при цьому Хартія не вказувала, про яке саме купецьке право йдеться), однак у спорах, що виникали з приводу контрактів, застосовувалися правила та звичаї тих ярмарок і міст, де їх було укладено.

В результаті прийняття Купецької хартії «з 1302 р. корона наділила однаковим сприятливим правовим становищем не тільки Ганзу, а й всіх іноземних торгівців, зокрема також важливі лондонські колонії італійців. В такий спосіб корона створила на початку 14 століття єдине право іноземців для всіх іноземних купців і підвищувала при можливості мито» [17, S. 51]. Однак надання сприятливих умов для здійснення чужоземцями свого торговельного промислу звичайно ж не влаштовувало місцевих купців. Тому, під їх натиском, Хартію було скасовано Едуардом ІІ. Втім ганзейські купці, будучи вельми зацікавленими в одержанні на іноземній території торговельних переваг, за допомогою всіляких дипломатичних заходів поновлювали для себе її дію.

Однак, лондонські мешканці ніяк не погоджувалися з наданням чужеземним купцям таких значних привілеїв, а тому торгівля оплутувалася інтригами, бойкотами та сутичками. Остаточно привілеї ганзейських купців на території Англії були затверджені Утрехтським мирним договором, укладеним в 1474 р. між Ганзейським союзом та Королем Англії, яким, зокрема, було обумовлено: «за вирахуванням англійських втрат від каперської війни, ганзейцями відшкодовувалися їх збитки і надавалося право на відкриття Стальних дворів (мова йде про так звані „Steelyard” – своєрідні колонії ганзейських купців в Англії – І.П.) у Лондоні, Лінні та Бостоні. Скорочувалися розміри сплачуємого ними мита. … Англійська торгівля в ганзейських містах здійснювалася в тих же правових рамках, що й ганзейська в Англії, але, на відміну від останньої, без митних привілеїв» [15, С. 113].

Водночас, намагаючись одержати якомога більше привілеїв в іноземних містах і державах, союзи міст, як справжні монополії, вели запеклу боротьбу з чужоземною конкуренцією. В. М. Корецький, аналізуючи політику середньовічних торговельних центрів, відмічав, що після накопичення ними свого економічного потенціалу, «виступили обмежувальні заходи, які мали на меті забезпечити панування в даному центрі своєї торгово-капіталістичної групи» [18, С. 143]. Ганза, наприклад, неодноразово вживала заходів щодо усунення човнів іноземних купців з ринків в середині союзу (наприклад, грабуючи чи топлячи їх). Широковживаним способом боротьби з іноземною конкуренцією виступав так званий Stapelzwang, який полягав у тому, що кожне місто могло зобов’язати іноземних купців протягом певного строку продати на місцевому ринку привезений ними товар. Ганзейські міста в такий спосіб намагалися не допускати іноземних конкурентів на власні ринки збуту. Приміром, місто Брюгге, що було факторією Ганзи, змушувало купців з Голландії продавати на своєму ринку привезене ними сукно, оскільки ганзейці, що також торгували цим товаром, не хотіли пропускати конкурентів в район Балтійського моря. Іноді Stapelzwang виражався в тому, що купців примушували перевантажувати свій крам на міські кораблі чи повозки, які здійснювали їх подальше перевезення до місця призначення. Водночас слід зауважити, що дуже часто середньовічні міста вдавалися до Stapelzwang й для того, щоб задовольнити потреби місцевих споживачів в необхідних їм товарах.

В часи Середньовіччя цей спосіб боротьби з іноземною конкуренцією та ряд інших (наприклад, запровадження різноманітних мит, чи встановлення таких заходів, як Strassenzwang, тобто заборони іноземним купцям обходити місто; чи проведення міської межі, в середині якої не можна було створювати конкуренцію місцевим ремісникам) набули надзвичайно широкого застосування. Однак, зустрічні антиконкурентні дії з боку іноземних міст і держав, змусили Ганзу та інші торговельні центри будувати взаємовідносини на партнерських началах, що супроводжувалося укладенням відповідних договорів. Зрозуміло, що їх предметом нерідко виступало скасування різноманітних антиконкурентних заходів, зокрема Stapelzwang.

Загалом, міжнародні договори з містами, їх союзами чи іноземними монархами стали важливим джерелом правового регулювання торговельних відносин в Західній Європі, оскільки предметом їх регламентації часто виступали питання правового статусу іноземних купців. Так, приміром, в договорі, укладеному між містом Кельн та англійським королем Генріхом ІІ у 1157 р., купцям Кельну обіцялося надання аналогічного відношення (тобто, національного режиму) [6, С. 321]. Зокрема, в результаті цього Договору «всі громадяни Кельну з усім їх майном, торговим крамом та власністю як мої власні люди (тобто підданим Генріха ІІ – І. П.) та друзі захищатимуться, підтримуватимуться та охоронятимуться» [19, S. 721]. А В. І. Лісовський, підкресливши, що «практика укладення міжнародних торговельних договорів почала розширюватися в Західній Європі з XV ст.» окремо відмічав, що «до XV ст. відноситься і включення до міжнародних торговельних договорів умов про принцип найбільшого сприяння» [20, С. 11]. Зокрема, відповідно до Привілеїв, наданих Генріхом ІІ купцям Кельну у 1157 р. їх лондонські купецькі доми, зали гільдій, майно, торгові товари чи їх особливе майно «мали користуватися повним миром, жити за їх власним правом і не могли обкладатися новими особливими зборами чи приписами» [19, S. 721]. Отже, правове регулювання торговельних відносин здійснювалося на основі міжнародних торговельних договорів, якими запроваджувалися для купців певні правові режими: національний та найбільшого сприяння.

Економічні успіхи Ганзейського союзу підтримувалися й іншими заходами вже мирного характеру. Наприклад, «в 1390 р. укладений з герцогом Саксен-Лауенбургу Еріхом IV договір дозволяв представникам Любеку прокласти на території герцогства судоходний водний шлях від Ельби до Мольненського озера» [21, S. 22]. Через сім років було побудовано Штекніц канал, по якому в м. Любек доставлялася спочатку сіль, а згодом дерево, вапно, продукти харчування. Цей канал суттєво зменшив шлях між Північним морем та Балтикою та замінив тривале, незручне перевезення товарів возами, більш швидким та потужнім водним перевезенням, зробивши таким чином імпорт сипучих та інших масових вантажів із Східної Європи в Західну більш вигідним.

Таким чином, Ганзейський союз був величезним, політично, економічно та військово потужнім утворенням, який, водночас, протягом усього свого існування зберіг комерційну спрямованість діяльності і не перетворився на державу. Ганзейський союз не мав постійного правителя чи центрального органу управління, єдиної столиці (хоча центром й вважався Любек, однак інші міста також володіли значним авторитетом), конституції, спільної казни, його міста-члени не втрачали своєї самостійності та будували взаємовідносини на рівноправній основі. Причиною такого внутрішнього устрою Ганзи було те, що єдиною та незмінною основою всіх уживаємих нею заходів була необхідність створити умови для ефективного здійснення купцями свого торговельного промислу.

Втім слід пам’ятати, що могутність Ганзи ґрунтувалася не лише на впровадженні нею вдалих політичних, економічних та військових заходів, значною опорою слугував створений у її межах правопорядок. Його основи закладалися перш за все рішеннями так званих Ганзатагів – загальних зборів представників ганзейських міст. Ці збори не мали усталеного порядку роботи: вони скликалися лише в разі необхідності і розв’язували найважливіші, вагомі для всіх членів Ганзи, питання. Зокрема, ці збори ратифікували укладені Ганзою міжнародні договори, відправляли своїх послів до інших держав чи міст, визначали напрямки проведення переговорів з іноземними містами чи правителями, вирішували питання війни та миру, запроваджували блокади. Ганзтаги також займалися питаннями членства в Союзі: вони приймали рішення щодо включення окремих міст до Союзу чи їх виключення, розв’язували конфлікти між містами. Звичайно, в компетенцію загальних зборів входили й проблеми економічної діяльності Ганзи: вони вирішували питання щодо встановлення чи відміни торговельних привілеїв, вжиття різних фінансових чи військових заходів, затверджували всілякі економічні приписи і т. ін. Незважаючи на нерегулярне проведення Ганзатагів та на не обов’язкову участь всіх ганзейських міст у їх засіданнях, рішення, що ними приймалися були обов’язковими для всіх членів Союзу. В разі їх невиконання на „міста-правопорушники” накладалися серйозні економічні санкції: їх могли виключити зі складу Союзу або піддати бойкоту (тобто, позбавити купців цих міст права торгувати на території інших членів Союзу та користуватися конторами й складами Ганзи за кордоном). Для розв’язання конкретних регіональних проблем, на територіях ганзейських міст чи представництв скликалися збори чи ради купців. Ці засідання володіли значною політичною могутністю, адже на них могли приймалися рішення з надзвичайно важливих питань, єдиною вимогою до яких було лише їх відповідність загальним постановам Ганзатагів та збереження прибутковості торгівлі.

Отже, в межах Ганзи був створений власний правопорядок, який сприяв підвищенню її економічної могутності. Як відмітив Г. Гіббінс „... ганзейський союз, ..., надав Європейській цивілізації дуже значну послугу, ... привчаючи громадян до підкорення законам та уряду” [11, С. 62]. При цьому слід відмітити, що торгівля в Союзі, зокрема морська, регулювалася запозиченими уніфікованими правовими актами. Спочатку ним використовувалося Вісбійське морське право (Wisbysches Seerecht), збірка норм, присвячена регулюванню питань морської торгівлі і морського страхування. Правда, фахівці з торговельного права (наприклад, П. П. Цитович [22, С. 40], Г. Ф. Шершеневич [23, С.  32]) звертали увагу на те, що вона не містила нічого нового в порівнянні з Roles d'Oleron та Consulatо del mare. Д. Коломбос з цього приводу також відмічав, що так звані «Закони Вісбі» «це збірник, який склається з трьох частин, одна з якої являє собою другу редакцію Олеронських правил поруч з витягами із законів міста Амстердам та статутів ганзейського міста Любека» [24, С. 41]. Також Ю. Абрахам, коротко характеризуючи Вісбійське морське право, охарактеризував його так: «це записані фламандською у 1400 р. за ініціативи ганзейського міста Брюгге трансформовані Олеронські правила, які є збіркою висловлювань морського суду острову Олерон 12-13 століть» [25, S. 7].

Зчасом в Союзі було видано єдину Збірку морського права Ганзи, яка, з одного боку, здобула значно вищої оцінки вчених, оскільки її описували як таку, що «охоплювала більш широку область торговельних відносин» [23, С. 32]. Однак, дана Збірка з’явивилась занадто пізно, її було видано у 1614 р. (у 1667 р. доктор Куріке здійснив неповне перевидання цієї збірки під назвою «Jus Martimum Hanseaticum», яке переважно й використовується для вивчення права Ганзи). Зокрема, виходячи з видання Куріке 1667 р., зрозуміло, що Збірка морського права Ганзи регулювала наступні питання: будівництво кораблів, повноваження власників судна, обов’язки капітана, найм моряків, бодмерею, адміралтейство, морські аварії, корабельні аврії та знахідки на морі та інші види шкоди на морі, рятування кораблів та товарів, особливі нагороди вірних найманців [26].

У XVII ст. Ганза переживала вже часи занепаду, а тому її кодекс морського права не знайшов широкого практичного застосування. Загалом, існування цих збірок (особливо якщо врахувати їх компілятивну природу) стало свідченням того, що на території Західної Європи торговельне мореплавство знайшло єдину регламентацію. Отже, в результаті запозичення іноземних звичаїв, Ганза, по-перше, упорядкувала торговельне мореплавство в своїх межах, а, по-друге, забезпечила купцям одноманітне правове регулювання відповідних відносин в різних куточках Європи.

**1.2 Загальна характеристика правового регулювання торговельних відносин у Західній Європі в часи Середньовіччя**

Починаючи з ХІ ст. на теренах Західної Європи сформувалася інтенсивно функціонуюча система торговельних зв’язків та відносин, що поставило питання про запровадження відповідної системи правової регламентації. В тодішніх писаних джерелах права необхідні правові норми були відсутні, римське право – майже забуте, а сильна монархічна влада, яка б змогла ввести у вжиток потрібні правові приписи – ще не сформована. Тому учасники торговельних відносин, на основі власної практики, самотужки розробляли необхідні їм норми. В результаті вони створили цілу систему торговельних звичаїв, які згодом, у сукупності з приписами, взятими з інших галузей права права, викристалізувалися в самостійну систему норм — jus mercatorum (право купців) [27, С. 428-429]. Отже, однією з причин формування jus mercatorum виступала, безумовно, відсутність у середньовічних європейських держав та міських союзів єдиної, внутрішньо вивіреної системи правових норм, що охопила б своїм регулюванням новітні торговельні відносини. Як відмітив, Г. Дж. Берман: «ні нововідкрите римське цивільне право, ні ледь живе римське звичаєве право, включаючи jus gentium, були не взмозі вирішити ті внутрішні та міжнародні торгові проблеми, що виникли в Західній Європі в кінці ХІ-ХІІ ст.» [12, С. 321].

Серед історичних причин формування jus mercatorum, як окремої галузі права, перш за все необхідно назвати специфіку суспільного устрою часів Середньовіччя. Адже, поділ суспільства на замкнуті стани вимагав створення для кожного з них особливого правового регулювання, яке б відображало їх роль та становище у суспільстві. Тому в цей період поділ правових норм на галузі відбувався виходячи не з предмету регулювання, а з того, відносини якого стану вони регламентували. Наприклад, в праві Німеччини можна було виокремити ленне, земське, міське, канонічне право, кожне з яких, «регулювали одні і ті ж відносини (поземельні, майнові, шлюбно-сімейні, спадкові) по-різному, залежно від станової приналежності суб’єкта права...» [7, С. 319]. За таких умов зовсім не дивно, що купецький стан (який, як показано вище, володів великою силою в суспільстві) мав власне право, що одержало відповідну назву – jus mercatorum, тобто право купців. Англійський вчений Г. Дж. Берман з цього приводу також відмітив, що «нова сукупність торгового права була розроблена для задоволення потреб передусім цього нового купецького стану. ... Виникнення стану купців було необхідною передумовою розвитку нового торговельного права» [12, С. 316].

Отже, формування окремої галузі права не можна розглядати як неодмінно необхідну для організації та функціонування торговельних відносин умову, оскільки з самого початку торговельне право виникло не в силу специфічних потреб торговельного обороту, а, по-перше, в силу середньовічних традицій суспільного устрою і по-друге, у зв’язку з відсутністю правового регулювання, яке б задовольняло зростаючий торговельний обіг. Справедливість даного висновку підтверджується аналогічними міркуваннями різних вчених-дослідників. Приміром, ще наприкінці ХІХ ст. німецький правознавець В. Ендеманн писав: ”Згідно з правовою ідеєю минулого, право взагалі й також право обороту мало бути єдиним для всіх. Якщо все ж таки виділити частину економічної діяльності і створити для цих відносин спеціальне право торгівлі, то своєрідність торговельних відносини не зможе взяти з цього ні достатніх внутрішніх підстав, ні чітких меж. Існування особливого права торгівлі можна обґрунтувати лише виходячи з історичного розвитку економічних і соціальних умов та через обумовлені цим правові положення” [28, S. 7]. Про це також йшлося у І. М. Проценко «Становлення правового регулювання торгівлі в Західній Європі в умовах Середньовіччя» [29, С. 213].

Переходячи до змісту та структури jus mercatorum відразу слід відмітити, що його можна було охарактеризувати як комплексну систему норм, оскільки як зазначив В. А. Удінцев: «зміст середньовічних статутів, а разом з тим купецького права (jus mercatorum), стосується всіх сторін міського життя, організації автономного правління, суда, поліції, злочинів та приватноправових відносин» [30, С. 53]. Таким чином, jus mercatorum об’єднувало в своїх межах юридично різнорідний правовий матеріал, частину якого можна було закріпити в сфері приватного права (зокрема, в цивільному праві), а частину – в сфері публічного права (а саме, в кримінальному (поліцейському) та адміністративному праві).

Водночас, з даного висновку можна вивести ряд особливих засад правового регулювання торговельних відносин. Одна з них полягає в тому, що не зважаючи на скерованість jus mercatorum на регламентацію виключно купецьких відносин, воно активно взаємодіяло з іншими галузями права і було завжди готовим запозичити у них необхідні для належного врегулювання торговельних відносин норми. Цьому до речі сприяли певні історичні фактори. А саме те, що, по-перше, в ХІ ст. на території Європи торгівля не виникла, а відродилася, і почався цей процес на території Італії, що призвело до відновлення норм, розроблених римським правом, по-друге, в комерційних відносинах, окрім купців, брали участь й інші особи, які, будучи зацікавленими в ефективності торговельного обороту, також займалися розробкою відповідних норм (наприклад, міські жителі, церква) і по-третє, в інших галузях права вже існували норми, що могли бути використані jus mercatorum (наприклад, норми міського приватного чи ярмарочного права). У зв’язку з цим можна стверджувати, що jus mercatorum не можна сприймати як згусток новітніх, прогресивних засад, принципів та норм, розроблених виключно купцями спеціально для регулювання торгівлі. Сама його сутність, як спеціального права, що повинно забезпечити належну регламентацію торговельних відносин, сформувалася дійсно в цей період під тиском потреб торговельного обороту, але за своїм змістом jus mercatorum не було повністю оригінальним і запозичувало в інших галузях права необхідні норми. Як відмітив, приміром, Г. Дж. Берман: «Наше твердження, що основні поняття та інститути західного торговельного права нового часу сформувалися в період кінця ХІ-ХІІ ст., зовсім не означає ігнорування того факту, що творці цих понять та інститутів були в боргу перед римським правом в тому вигляді, в якому воно відобразилося в заново відритих текстах Юстиніана. ... Воно (торговельне право — І.П.) існувало окремо від церковного, феодального, маноріального, міського та королівського, хоча й мало особливо тісні зв’язки з міським та з церковним правом» [12, С. 321-322].

Додатково варто зазначити, що в даний період норми публічного характеру розроблялися переважно купцями (а отже, безпосередньо торговельним оборотом), норми ж приватні jus mercatorum запозичував з інших систем норм, сформованих під впливом загального цивільного обороту (цивільного, ярмаркового, міського права). Як відмітив, наприклад, В. А. Удінцев: «...найважливішу та найістотнішу частину середньовічних міських та купецьких статутів складали норми поліцейського характеру. Вони – головна та переважна тема праворозвитку в сфері торгівлі ... Інша, важлива для нас частина змісту статутів – приватне право – занадто бідна, якщо прив’язувати її до купецьких статутів. Але вона ж виявиться багатою та у вищій мірі розвиненою, якщо вивести її з вузької області торгівлі та спостерігати протягом всього нового міського обороту» [30, С. 58].

Справедливість зроблених В. А. Удінцевим висновків підтверджувалася міркуваннями ряду інших вчених. Наприклад, Г. Міттайс, описуючи процес зростання міст та внутрішнього ринку, відмітив: „Ринок – це закритий (замкнутий) організм, який потребував керівного регулювання. Тому заборонялася скупка та продаж перед воротами, контролювалися ціна, маса та вага, міський маклер сприяв та забезпечував виконання, повернення та забезпечення прав, що гарантувало безперешкодний оборот ринкових операцій; тут лежала основа багатьох правил нашого торговельного права” [31, S. 208].

Факт формування торговельним оборотом публічно-правових норм підтверджувався й змістом джерел jus mercatorum, зокрема статутів купецьких гільдій, в яких основна увага приділялася питанням так званого публічного торговельного права, а саме: правилам щодо місця торгівлі, щодо якості та кількості товарів, одиниць їх вимірювання, щодо статусу торговця та його відповідальності. Гільдія не брала на себе обов’язок захищати купців, що не входять до її складу; під час спільних свят купці мали притримуватися ряду правил, запроваджених цим документом, а в разі їх порушення слід було сплачувати штраф [31, С. 382-384].

Таким чином, сам торговельний обіг, який потребував міцних, організованих купецьких гільдій та захисту від іноземної конкуренції та інших перешкод (шахрайства, підробок тощо) визначав межі імперативного втручання в сферу вільної торгівлі, що на той час, за умови відсутності сильної державної влади, було найбільш могутнім регулятором відносин на ринку та найбільш надійним способом захисту комерційних інтересів торговців. Норми ж приватні запозичувалися jus mercatorum з інших галузей права, присвячених регулюванню загального міського обороту. Як відмітив В. А. Удінцев: «Той праворозвиток в області приватного права, який спостерігаємо ми в середні віки, є праворозвитком не торговим і навіть не торговим переважно, а міським взагалі» [30, С. 68]. Отже, середньовічне jus mercatorum оперувало системою приватно- та публічно-правових інструментів, що використовувалися з одного боку для сприяння розвитку вільної торгівлі, а з іншого – для стримання хаотичних її проявів.

Отже, jus mercatorum не була самодостатньою, цілком відокремленою від інших галузей права системою норм. Навпаки, виходячи з інтересів комерційного обороту воно було завжди готовим запозичити необхідні норми. Але при цьому jus mercatorum не обмежувалося системою права одного міста, союзу міст чи держави, а навпаки, завдяки притаманному для торгівлі тих часів інтернаціоналізму, охоче сприймало необхідні для регламентації даного виду економічних відносин принципи, методи та норми з інших систем права. Дана обставина обумовила формування такої властивості jus mercatorum, як універсальність, тобто можливість застосування його норм для регламентації торговельних відносин на території будь-якого міста чи держави Західної Європи. Як відмітив Г. Дж. Берман: «Починаючи з кінця ХІ століття, права та обов’язки за торговельним правом стали значно більше одноманітними і менше різнорідними, більш спільними і менше місничними» [12, С. 322], що було «надійним захистом проти обмеження в правах іноземців за місцевим правом, та й взагалі проти примх місцевих законів та звичаїв» [12, С. 328]. Далі автор відмічає: «торговельне право на заході в кінці ХІ, ХІІ та на початку ХІІІ століття набуло вигляду цілісної системи принципів, понять, норм та процедур. Різноманітні права та обов’язки, пов’язані з комерційними відносинами, стали свідомо тлумачитися як складові частини цілої сукупності права, lex mercatoria» [12, С. 328]. Г.Ф. Шершеневич з цього приводу також писав, що „торговельне право пронизане космополітичним духом» [23, С. 21-22]. Отже, характерною рисою середньовічного права купців була його універсальність, що дозволило сформувати в межах Західної Європи єдиний правовий простір для становлення та розвитку міжнародної торгівлі.

Особливий погляд на універсальність середньовічного торговельного права висловив В. М. Корецький в своїй фундаментальній праці «Очерки международного хозяйственного права». Вивчаючи особливості правового регулювання економічних відносин в часи Середньовіччя, вчений встановив, що універсальність торговельного права цього періоду мала певні особливості. Зокрема, він відмітив: «не було єдиних світових торговельних звичаїв, але звичаї, що застосовувалися в тих чи інших торговельних центрах, застосовувалися до всіх торговельних угод, що укладалися в даному центрі, незалежно від того, хто був учасником угоди – місцевий чи іноземний купець. Звичаї викристалізовувалися в найбільших вузлових пунктах міжнародної торгівлі та поширювалися в сфері торговельного впливу правотворчих центрів» [18, С. 143-144]. Отже, складається враження, що вчений стверджував, що кожний торговельний центр мав власне торговельне право, яке поширювалося на підпорядковані йому території і застосовувалося, як до власних купців, так і до іноземних. І дійсно, зростання економічної могутності надавало торговельному центру можливість відігравати провідну роль в різних сферх суспільних відносин (включаючи й правотворення) та диктувати правила поведінки підлеглим територіям. Однак виникає запитання: чи можна на основі даного висновку В. М. Корецького, стверджувати, що на території Західної Європи діяли абсолютно різні системи торговельних звичаїв, запроваджені різними економічними центрами, тобто, приміром, торговельні звичаї Ломбардської ліги, торговельні звичаї Ганзейського союзу, торговельне право різних європейських міст?

Для відповіді на це запитання перш за все слід усвідомити, що твердження вченого про відсутність за часів Середньовіччя єдиних світових торговельних звичаїв є беззаперечним. Торгівля тих часів не обмежувалася лише кордонами Західної Європи, активну участь в ній брали купці й з інших регіонів – Східної Європи, Азії. Однак в цих регіонах правове регулювання торговельних відносин формувалося незалежно від аналогічних процесів, що проходили в Західній Європі. Про єдність правового регулювання можна було говорити лише на територіях зі спільними релігійними та культурними традиціями.

Відносно ж існування різних систем торговельного права можна зазначити, що на території Західної Європи торговельні центри в часовому просторі, як правило, одночасно не існували, а змінювали один одного. Після втрати могутності їх здобутки (зокрема, першість в торгівлі та формуванні її правової регламентації) запозичувалися новими торговельними центрами, які вдосконалювали їх, пристосовуючи до новітніх потреб суспільного розвитку. Так, правове регулювання сформоване одним торговельним центром і поширене на підлеглі йому території передавалося до іншого торговельного центру. В. М. Корецький, продовжуючи свою вищенаведену думку також писав: «Ми знаємо про тривале панування торговельних звичаїв італійських міст оскільки пануванню їх звичаїв відповідало їх торговельне панування. В період та в сфері торгового панування Ганзи звичаї, що привилися в її торговельних відносинах, вона прагнула перетворити на міжнародні звичаї, обов’язкові для всіх її контрагентів. Англійське торговельне панування принесло „англізацію” міжнародних торговельних звичаїв» [18, С. 144]. Результатом цього стало формування такого явища: «Кожна країна, ледь не кожне місто, мала свій власний різновид торговельного права, однак, все це були різновиди одного і того ж роду. Керівні принципи та найважливіші правила були всюди однаковими та мали тенденцію до однаковості» [12, С. 323].

Отже, jus mercatorum оперувало системою єдиного, однакового для купців різних держав Західної Європи правового регулювання міжнародних торговельних відносин, яке, керуючись потребами торговельного обороту та специфікою середньовічних історичних умов, включало в себе норми як приватно-правового, так і публічно-правового характеру і було об’єднано в окрему галузь права.

Jus mercatorum, у регулюванні відносин між купцями спиралося на ряд принципів, зокрема: рівність учасників торговельного обігу, свобода підприємництва, еквівалентність обміну, особлива довіра між партнерами, усунення зайвого формалізму, безпека торговельного обігу, підвищена відповідальності купців, їх захищеність та можливість розв’язання спорів в судах спеціальної юрисдикції.

Якщо говорити про рівність учасників торговельного обігу, як про правовий принцип, то слід враховувати, що в закінченому вигляді він звичайно ж не був закріплений в писаних джерелах права. Даний принцип застосовувався як звичай, причому основним мотивом для його реалізації виступали потреби торговельного обороту. Водночас, виникає запитання, чи не вплинув на зміст даного принципу дух відповідного історичного періоду, коли суспільство, держава, релігія, система права та правосвідомість будувалися на засадах нерівноправності, залежності людей? Даючи відповідь на це запитання, з одного боку, можна зауважити, що говорити про рівноправність учасників торговельного обігу можна тому, що, купці належали до одного стану (як відомо, в часи Середньовіччя члени окремого стану визнавалися рівноправними між собою) і по-друге, структурною одиницею цього прошарку суспільства була гільдія, устрій якої ґрунтувався на засадах братерства. Однак з іншого боку, значно обмеженими в правах та залежними від купців були їх помічники. Якщо в часи становлення торгівлі учні комерсантів, після проходження навчання та роботи помічником могли стати членами купецького стану, то згодом, із зростанням чисельності торговців (адже торговельна діяльність часто здійснювалася цілими родовими фаміліями і членство в купецькому стані передавалося в спадок) торговельні помічники почали утискатися в правах та втрачати можливість вступити до купецького стану. «Вся економічна діяльність здійснювалася в рамках домашньої спільноти, в якій ремісник та підмайстер, селянин та його челядь, гуртовий торговець та торговий службовець створювали одне ціле. Ці життєві спільноти мали ієрархічну будову та визначалися через антитезу пан та батрак» [31, S. 220]. Але, на нашу думку, даний аспект жодним чином не відобразився на змісті принципу рівності учасників торговельних відносин, оскільки помічники торговця ніколи не були самостійними суб’єктами торгівлі і не мали права діяти в цій сфері на власний розсуд.

Водночас далеко не всі особи, які визнавалися купцями були рівноправними. Обсяг прав іноземних торговців як правило відрізнявся від обсягу прав, якими наділялися місцеві купці, причиною чого були економічні інтереси купців. Часто місцеві купці прагнули не допускати до окремих джерел доходів іноземців. Тому, в збірках міського права запроваджувалися приписи, які обмежували права чужеземців. Вони, наприклад, могли здійснювати тільки гуртову торгівлю, а більш прибутковою на той час торгівлею в роздріб займалися виключно місцеві купці. Наприклад, в Аугсбургзькій конституції, виданій в ХІІ ст. містилися такі правила: «Якщо бюргер поставить сюди оселедці, які він не зможе продати гуртом, він має право без дозволу бургграфа розпродати їх в своєму будинку по 50 штук і не менше цього. Якщо ж оселедці сюди поставлені гостем, останній повинен продати всю партію, і бургграф не вправі дозволяти йому продаж меншої кількості оселедців. Якщо бюргер доставить сюди смокву на стеблах, він повинен продати їх гуртом, якщо зможе. Коли ж він не зможе цього зробити, то з дозволу бургграфа він має право розпродати їх на ринку і ніхто не повинен йому заважати. І право бургграфа одержати (при цьому) вісім стебел з кіпи. Якщо ж гість поставить сюди смокву на стеблах, він повинен продавати їх не інакше, як кіпами» [32, С. 381]. Хоча про повне усунення іноземців з внутрішніх ринків як правило не йшлося, оскільки завжди існував попит на продукцію, не характерну для даної місцевості та потреба продавати місцеву продукцію в значній кількості.

Доречно відмітити, що бували випадки, коли іноземні купці урівнювалися в правах з місцевими купцями, а іноді ще й одержували значні привілеї. Так, приміром, в Грамоті про дружбу та взаємний правовий захист, укладеній близько 1230  р. між містами Гамбург та Любек встановлювалося, що «... наші права повинні бути і вашими правами, та навпаки; внаслідок цього ваші міські жителі та їх товари, що ввозяться до нас безперешкодно, повинні користуватися тим же миром та тією ж безпекою, якими користуються наші міські жителі з їх товарами» [33, С. 116]. Таким чином, даний нормативний акт запроваджував на територіях Гамбурга та Любека рівні умови здійснення торгівлі купцями цих міст.

Привілейоване ж становище одержували як правило ті іноземні торговці, які належали до економічно потужних міських союзів, наприклад, до Ганзи. Вище вже наводилися положення Купецької хартії Едуарда І (Carta mercatoria), якою ганзейським купцям надавалися значні переваги. В подальшому англійський король Едуард ІІ неодноразово позбавляв ганзейців їх привілеїв, однак, завдяки дипломатичній спритності, вони постійно повертали собі їх. Наприклад, в Грамоті, даній аглійським королем Едуардом ІІ німецьким купцям, що належать до складу німецького двору в Лондоні від 1317 р. йшлося про те, щоб ці купці на території всього королівства «довіку були вільними від мостового, дорожнього та міського зборів» [33, С. 120]. Таким чином, для ганзейських торговців на території Англії були створені більш сприятливі умови, ніж для місцевих купців.

Звичайно, що введення таких заходів пояснювалося економічними мотивами: купці позбавлялися певних прав не тому, що вони проживали на іншій території чи були менш заможними, а для зменшення чи взагалі усунення конкурентного тиску на певному ринку та упорядкування торговельної діяльності. Отже, дані заходи, коли вони вводилися для всіх іноземних купців, незалежно від їх основного місця проживання/місцяперебування слід сприймати як економічні механізми регулювання торгівлі, а не як обмеження принципу рівності торговельних партнерів. Сучасні держави, прагнучи збалансувати внутрішню торгівлю, вдаються майже до аналогічних дій коли запроваджують, наприклад, квотування чи ліцензування експортно-імпортних операцій. Однак, у випадку, коли пільги і привілеї запроваджувалися тільки для купців з певного регіону є прямим порушенням принципу рівноправності учасників торговельного обороту, яке нерідко призводило до запровадження аналогічних заходів у відповід. Також, часто купці утискалися в правах з релігійних мотивів. Як відмічав Г. Кьоблер «з часів Хрестових походів погіршується становище євреїв, які часто жахливо переслідувалися і позбавлялися своїх успішно здійснюваних підприємств купцями-християнами (наприклад, заборона християнами позик)» [10, S. 139], а це було серйозним обмеженням прав купців.

Поруч з можливістю на рівних засадах реалізувати права, купці повинні були мати змогу вільно виявляти свої підприємницькі здібності. За часів Середньовіччя принцип свободи підприємництва значно еволюціонував і з часом за його допомогою відбулася руйнація замкнутості купецької професії. Сприяючим фактором для становлення даного принципу безумовно було те, що за своїм соціальним статусом купці були вільними людьми. Г. Міттайс, характеризуючи стан бюргерів, до яких він відносив і осіб, що займалися торгівлею, говорив: «його ознакою, з часів розквіту міст, є свобода («міське повітря робить вільним»)» [31, S. 220]. При цьому слід відмітити, що свобода купців була абсолютно не характерним для середньовічного станового суспільства явищем, якому більш властиво наділяти таким привілеєм персон «благородних». Однак купці, хоча й не відносилися до родовитих громадян, були не лише вільними, позбавленими від феодальних повинностей особами, а й наділялися покровительством королів та князів, причиною чого, як зазначалося вище, була їх участь у фінансуванні різних заходів, що вживалися місцевою владою. Отже економічна могутність купців змушувала правлячих осіб формувати таку торговельну політику, яка б забезпечувала як їх власне благополуччя, так і процвітання купців. Як відмітив Г. Кьоблер: «Саме в них (купцях – І.П.) були особливо зацікавлені міські господарі та засновники міст, тому королі особливо охороняли купців, єпископи 11 століття надавали їм перші особливі права...» [6, S. 110]. Отже, державна влада не лише не обмежувала купців у реалізації ними власних комерційних задумів, а й створювала для цього сприятливі умови.

Зародки правового закріплення принципу свободи підприємництва можна знайти вже в джерелах ХІІ ст., зокрема, в параграфі 17 розділу ХІV «Якими є права бюргерів у місті та кожного цеха в своєму ремеслі» Аугсбургзької конституції ХІІ ст. містилося цікаве правило: «Якщо хто-небудь побажає стати крамарем, хай стає ним без будь-яких перешкод, і ніхто не може і не повинен примушувати його вести торгівлю з твердої лавки всупереч його бажанню» [33, С. 382].

Однак, все одно в часи Середньовіччя абсолютної свободи підприємництва, якою б змогла скористатися будь-яка фізична особа, не існувало. В цей період підприємництво обмежувалася і здійснювалося це, перш за все, для упорядкування торговельної діяльності та усунення конкуренції (як відомо ці ж мотиви виступали підставою для обмеження принципу рівності торговельних партнерів). Водночас додатковою причиною обмеження свободи підприємництва були специфічні потреби внутрішнього устрою гільдії – купці не бажали допускати до джерел своїх доходів не лише іноземних торговців, а й представників інших станів. Тому все частіше в джерелах торговельного права закріплювалися приписи, аналогічні параграфу 33 Статуту купців Кельна, що торгують сукном вроздріб від 1344 р. в якому говорилося, що «ніхто не має права продавати чи купувати в рядах сукно, якщо завчасно не набуде прав нашого братства» [34, С. 86]. Отже, особа вільно могла займатися підприємництвом лише після вступу до певної гільдії (в даному випадку вона називається братством). Далі цей же нормативний акт закріплює правила вступу до братства роздрібних торговців сукном, які є надзвичайно складними, що говорить про те, що замкнутість купецького стану поступово зростала паралельно із підвищенням популярності цієї професії. Однак згодом купці усвідомлять неефективність та шкідливість їх об’єднання в окремі гільдії та зроблять купецьку професію відкритою для всіх. А поки що прагнення захистити внутрішні інтереси братства значно утискали можливість проявити свої підприємницькі здібності не лише представниками інших станів, а й самими купцями. Уявімо наскільки негативними могли бути, зокрема, такі правила вищенаведеного Статуту: членам гільдії заборонялося брати гроші у людини, яка не входила до складу братства з метою зробити його учасником в своїх прибутках та витратах (параграф 43); два компаньйони могли мати лише одну лавку (параграф 44); цікавим є й наступне правило: «ми підтверджуємо те, що завжди дотримувалися в силу споконвічного звичаю та права: якщо будь-який брат має дві лавки, одна проти іншої, то він зобов’язується одну з них закрити» [34, С. 87]. Отже, як видно, намагаючись усунути конкуренцію, купецькі гільдії значно утискали свободу купців вільно реалізувати свої підприємницькі здібності.

Водночас, багато правил, закріплених в джерелах купецького права скеровувалися на створення безпечних умов для здійснення торговельної діяльності. Купці завжди розуміли, що безпека, прозорість умов торгівлі є основою її успішності. Однак досягти повної безпеки та прозорості торгівлі можливо було лише шляхом вжиття комплексних заходів: звичайно, перш за все, необхідно було боротися з піратськими та розбійницькими нападами і це завдання брали на себе купецькі гільдії, міста, союзи міст. По-друге, необхідно було боротися з крадіжками та недобросовістністю самих купців. Тривалий час вважалося, що ефективним способом боротьби з цими вадами є укладення угод в присутності свідків та в супроводженні клятв і вчиненні інших символічних дій, а також суворі кримінальні покарання. Наприклад, «Саксонське зерцало» містить дуже багато посилань на різні дії «обрядового» характеру, вчинення яких мало свідчити про виникнення, наявність чи припинення певного юридичного факту. Наприклад, в ст. 7 цього джерела міститься наступний припис: «хто в якості поручителя чи іншим чином зобов’язався, той має виконати і твердо дотриматися слова відносно обіцяного. Якщо той, хто обіцяв згодом має намір це заперечувати, то він може очиститися перед противником своєю присягою в тому випадку, коли обіцянка не була дана перед судом. Те, що він урочисто [перед судом] зобов’язався, його противник доводить двома свідками, і суддя повинен бути третім» [35, С. 20]. Загалом, дослідниця «Саксонського зерцала» Г. П. Гуменюк відмітила, що його «укладач прагнув також до реалізації низки нових значущих і цінних передових гуманістичних ідей – удосконалення діючого права. Ейке проводить у правовому збірнику ідею безумовної непорушності права, думку про загальну підпорядкованість праву, наголошує на принциповому відторгненні свободи. У збірнику вміщені положення, спрямовані на обмеження феодального свавілля, охорону особистості від насилля, грабежу й інших форм несправедливості, в тому числі соціальної. Значне місце посідають норми, спрямовані на раціональне врегулювання та надання стабільності господарським відносинам…» [36, С. 7]

Однак, торгівля, яка потребувала швидкості, оскільки часто здійснювалася між купцями різних міст, не могла бути захищеною за допомогою клятв, свідків, інших символічних дій, які лише гальмували розвиток торговельного обороту. Тому необхідно було розробляти інші заходи, які б забезпечували одночасно безпеку торгівлі, її швидкість та довіру між партнерами. Поступово почали в торговельних відносинах відмирати складні вимоги щодо форми договору. Г. Кьоблер відмічає, що «... вже в Саксонському зерцалі поточний продаж рухомих речей ... був простим договором. Особливих формальностей тут не потребувалося. Достатньо було бажання обох сторін укласти угоду та фактично передати товар та гроші» [6, С. 212]. При цьому склався особливий звичай відносно купівлі товарів з недоліками: покупець перед купівлею товару повинен був його уважно вивчити і лише після цього вирішувати купувати йому чи ні. Якщо ж він проґавить недоліки – то він був зв’язаний умовами договору і не мав права вимагати якогось відшкодування (винятки стосувалися лише худоби та придбання цінного майна). Для торговельних відносин даний звичай був надзвичайно корисним – купець для прискорення торговельного обігу повинен організовувати свою діяльність уникаючи значної кількості формальностей. Швидкість торговельного обороту обумовлювала те, що прибутки купця були значно більшими, ніж у представників інших станів, однак і комерційні ризики були також значно вищими, ніж у звичайних споживачів.

Принцип відсутності зайвого формалізму при укладенні угод викликає дискусію з приводу того, яка галузь права першою розробила даний принцип: цивільне чи торговельне право. На сьогоднішній день можна констатувати, що виникнення (більш правильно було б говорити про відродження) цього принципу в часи Середньовіччя було продиктовано потребами зростаючого торговельного обороту, однак його теоретична розробка здійснювалася силами науковців-каноністів та юристів університетів. Як відмітив Г. Бергман, ще в ХІІ-ХІІ стст. каноністи, спирались на ідею християнської справедливості та «відштовхувались від принципу дисципліни покаяння, що кожна обіцянка, незалежно від її форми має зобов’язуючу силу: «pacta sunt servanda» («угоди слід дотримуватися»). Тому при подачі позову по договору не може слугувати виправданням той факт, що договір не мав письмової форми чи не був укладений під присягою» [12, С. 238]. Така точка зору підтримується і німецькими вченими, наприклад, Г. Кьоблер також писав, що «внесок до загального єдиного та необтяженого формальностями визначення договору належить церковному праву» [10, S. 139]. З часом, як підкреслив В. А. Удінцев, «в епоху відродження римського права юристи, що розробляли звичаєве право, під впливом каноністичним, сприйняли погляд ..., що будь яка угода породжує зобов’язання» [30, С. 73].

Говорячи про безпеку торговельного обігу, передусім слід звернути увагу на кримінальні покарання за торговельне шахрайство. Таке передбачалося, наприклад, Саксонським зерцалом в ч. 3 ст. 13 Книги Другої, де предписувалося, що за невірну міру, невірні ваги, обман в торгівлі на особу могли накладатися або тілесні покарання, або штраф (3 шилінга), після чого вона вважалася збезчещеною та позбавленою прав [35, С. 54]. Однак згодом купецькі гільдії розробили інші засоби боротьби з купецькою недобросовісністю. Наприклад, в 1470 р. в місті Стразбурзі, у зв’язку з частою підробкою прянощів, лавочники розробили, а міська влада затвердила спеціальний Статут [34, C. 81], в якому містилися рецепти виготовлення суміші прянощів, а також встановлювалося, що для нагляду за виконанням цього статуту щорічно обиралося зі свого середовища 6 представників. Даний статут повинні були виконувати також й лавочники, які приїжджали з ближніх міст, в іншому ж випадку з ними могли бути припинені всі торгові зв’язки. Якщо ж загалом порівняти джерела купецького права, з іншими джерелами права того періоду, то відразу помітно, що купці організовували свою діяльність та відносини в середині гільдії за допомогою виключно економічних заходів (існувала розвинена система штрафів, запроваджувалися посади, які здійснювали нагляд за дотриманням правил торгівлі, найгіршим покаранням було виключення зі стану купців). Це було основою для формування в подальшому ще однієї засади правового регулювання торговельних відносин – використання виключно економічних заходів для упорядкування торговельної діяльності та боротьби з будь-якими умовами, що шкодили її успішності.

На особливу увагу заслуговує теорія, розроблена каноністами на основі приписів Кодифікації Юстиніана та християнського вчення, що здійснила значний вплив на подальший розвиток купівлі-продажу – це теорія справедливої ціни, яка полягала в тому, що витрати продавця мали бути співрозмірнии тій вигоді, яку він одержував після продажу товару. Г. Бергман, виділяючи процедурні та матеріальні аспекти цієї теорії, розкрив її сутність таким чином: «В процедурному відношенні в обмін слід було вступати чесно, тобто без примусу, обману чи іншого зловживання волею чи обізнаністю іншої сторони. В матеріальному плані навіть той обмін, в який сторони вступили добровільно та будучи обізнаними про його сутність, не повинен був потягнути витрати, надмірно непропорційні майбутній вигоді. Такий обмін також не повинен наносити несправедливу шкоду третім особам чи суспільству в цілому» [12, С. 324]. Запровадження цієї теорії в практику стало надійним захистом від шахрайства в торгівлі та зробило добросовісність («bona fides») однією із визначальних засад укладення договору.

Наступний, важливий принцип для організації торговельних відносин – принцип недоторканості власності – є чи не найдавнішим принципом приватного права. Люди завжди прагнули захистити своє майно, тому в різноманітних збірках середньовічного права закріплювалися норми, спрямовані на захист власності. Зокрема, в ст. 24 Книги Другої Саксонського зерцала містилося правило про те, що «нікого не можна позбавити права володіння по суду, навіть якщо він безправно володіє, інакше як за допомогою правомірної скарги, якщо він сам присутній, або викликавши його для суду в належний день; якщо він не з’явиться, то тоді його можна по праву позбавити права володіння» [35, С. 60].

В часи Середньовіччя виникла ще одна основоположна засада організації торговельного обороту, яка на тривалий час стала його специфічною рисою – існування судів, спеціально створених для розгляду торговельних спорів. Відмінною рисою торговельного судочинства стала швидкість та професіоналізм судового розгляду. В силу того, що час проведення ярмарок, як правило, не перевищував трьох днів, а купці постійно переїжджали з місця на місце, вони не могли звертатися за захистом своїх прав до місцевих судів, які відрізнялися значною формалізованістю судового процесу і тривалістю розгляду справ. Тому, поступово правом здійснювати судочинство в торгових справах почали наділятися голови купецьких гільдій, а купецькі статути поповнювалися правилами про те, що рішення в таких спорах мало виноситися тоді, коли ноги купців були ще в пилу, або від припливу до відливу. Суддями були, як правило, самі купці, а не професійні юристи, при вирішенні спору суд мав керуватися принципом справедливості (при цьому поведінка купця оцінювалася з точки зору принципу абстрактної справедливості, тобто від нього вимагалося та увага в справах, яку проявляли зазвичай всі купці, які нормально вели свої справи) і не вдаватися у всі тонкощі та формальності закону.

**1. 3 Правове регулювання торгівлі в Німеччині в умовах становлення капіталістичних відносин**

На рубежі Пізнього Середньовіччя та Нового часу виникло ряд нових факторів, що впливали на розвиток торгівлі, серед яких зміна політичних умов здійснення торговельної діяльності, викликана втратою удільними феодалами своєї могутності та об’єднанням їх земель у єдині держави. В результаті цього на значних територіях Західної Європи були відмінені внутрішньодержавні митниці та прикордонні збори, запроваджена єдина грошова одиниця, система мір та ваги, податкова політика, транспортна мережа, законодавство, що, зрозуміло, сприятливо відображалося на розвитку торгівлі, оскільки упорядковувало та спрощувало умови її здійснення. Також, саме завдяки формуванню централізованих держав з’явилася можливість виявити нові джерела сировини, дорогоцінних металів та робочої сили. Адже на той час лише такій державі було під силу зібрати капітал, необхідний для спорядження масштабних походів, орієнтованих на дослідження інших континентів, які й використовувалися в якості джерел природних ресурсів та робочої сили, а згодом, і як ринки збуту, що принесло надзвичайно високі прибутки купцям.

Отже, формування централізованих держав сприятливо вплинуло на розвиток торгівлі. В часи Пізнього Середньовіччя економічними лідерами стають тільки ті держави, на території яких відбулася руйнація феодальної роздробленості і сформувалися єдині територіальні утворення. Цими державами стали, передусім, Іспанія, Португалія, Нідерланди та, згодом Англія і Франців. В Німеччині ж аж до ХVІ ст. спостерігався економічний прогрес. Про її господарські успіхи цього періоду, зокрема, відмічається наступне: «Успіхи ... в гірничій справі, склоробстві, текстильному виробництві, в області будівельної справи, книгодрукуванні викликали заслужене захоплення сучасників. На селі продовжувався аграрний переворот, що розпочався в другій половині ХVІ ст. і був націлений на утвердження товарного вівчарства, городництва, садівництва» [37, С. 223]. Також дослідник соціального розвитку Німеччини Ю. Борхард стверджував, що в гірничій промисловості цієї країни ознаки капіталізму з’явилися вже ХІV-ХV стст., коли капітали купців почали залучатися для будівництва шахт, устаткованих найновішими механізмами. Комерсанти ж на підставі «договорів про витрати» у винагороду одержували частку з прибутку від видобутої сировини [38, С. 82].

Однак, не зважаючи на це, Німеччина все одно не могла навіть претендувати на роль могутнього економічного центру Європи, оскільки залишалася бути політично роздробленою. Землі були політично та економічно не пов’язані між собою, вели самостійну економічну політику. Їх орієнтація на утвердження власної самостійності підштовхувала до збереження феодальних устоїв та кріпосництва. Це заважало країні накопичити капітал, який дав би можливість організувати масштабні морські походи, створити централізовані мануфактури та фабрики, розвивати науково-технічну думку. А кожна окрема земля не мала необхідних потужностей для накопичення необхідного капіталу.

Отже, на рубежі Пізнього Середньовіччя та Нового часу подальший розвиток торгівлі став можливим лише в тих країнах, в межах яких були зруйновані територіальна роздробленність та феодальні устої і формувались єдина грошова, торговельна та адміністративна системи. Позаду залишився період економічної могутності міст-республік, на зміну йому прийшли часи економічного процвітання централізованих держав.

Процес об’єднання феодально роздрібнених земель в єдину державу, відбувались, як правило, після запровадження в державах абсолютної монархії. Однак це не дає підстав вважати, що тільки дана форма правління могла створити атмосферу, сприятливу для розвитку торгівлі, оскільки потужним економічним центром були й північні землі Нідерландів, що в 1648 р. вийшли з-під влади Іспанії і створили федеративну республіку – так звану Республіку об’єднаних провінцій Нідерланди. «Голландія стала світовим торговельним посередником, всі країни торгували через Голландію на голландських судах. Голландія стала найбагатшою країною, країною-банкіром» [39, С. 448]. Досягнення значного економічного успіху у Нідерландах було обумовлено здійсненням прогресивної економічної політики, яка формувалася, виходячи не з майнових інтересів привілейованих прошарків суспільства (що було характерно для ряду держав часів Середньовіччя), а з потреб тих галузей господарства, які приносили найбільший прибуток, а саме посередницької торгівлі, потреби якої стали ядром господарської політики Нідерландів. «... Внаслідок всієї їх (Нідерландів – І. П.) внутрішньої господарської структури і внаслідок невеликих розмірів країни, що виключали велике власне споживання, рушійною пружиною економічного життя було не власне виробництво, а торгівля, посередництво в обігу товарів. У відповідності з цим економічна політика Нідерландів ... представляла собою торговельну політику і політику в інтересах судноплавства. Це проявлялось навіть в періоди, сприятливі для її промисловості і сільського господарства» [40, С. 313].

Отже, рубіж Пізнього Середньовіччя та Нового часу є періодом, коли економічний прогрес держави стає можливим лише за умови, що її економічна політика будуватиметься з врахуванням потреб господарства. У зв’язку з цим, в державах Західної Європи починає формуватись нова економічна теорія – «теорія меркантилізму», представники якої хоча й продовжують ототожнювати гроші, дорогоцінні метали й каміння з багатством держави, а зовнішню торгівлю товарами розглядати як основний спосіб їх здобуття, але змінюють свої погляди на джерело одержання цих товарів – ним вже визнається розвинене внутрішньонаціональне виробництво, що базується на національній сировині. Тому торговельна політика нових економічних літерів регіону – Англії і Франції, спираючись на положення нового економічного вчення, починає складалась як із заходів, скерованих на підтримку торговельних компаній, так і з заходів, спрямованих на заохочення національного виробництва. Зокрема, з метою зниження конкурентного тиску на національного виробника, ці країни встановлюють високе ввізне мито на імпорт. Водночас для заохочення масового вивезення національних товарів за кордон, ставки експортного мита та інших зборів максимально знижуються. Все це мало призвести до так званого «позитивного торговельного балансу» – перевищення експорту над імпортом, різниця між вартістю яких й становила багатство держави. Окрім запровадження диференційованих ставок митних зборів, торгова політика Англії та Франції включала в себе широкий комплекс інших заходів, що здійснювалися як на внутрішньодержавному рівні, так і на міжнародному: держави вели численні торговельні (й не тільки) війни; шукали нові ринки збуту для власних купців та усували конкурентів з вже існуючих; запроваджували в межах своїх кордонів всілякі сприятливі умови для розвитку промисловості, торгівлі та транспорту, зокрема поліпшували шосейні та річкові шляхи (у Франції, наприклад, був проритий Лангедокський канал, що поєднував Середземне море з Атлантичним океаном); розвивали власний флот (шляхом встановллення підвищених митних зборів на товари, які вивозяться іноземцями на іноземних кораблях, що мало місце в Англії (п. VII Акту для підтримки флоту від 1540 р.) [41, С. 236], а також шляхом надання дозволу всім підданим вивозити та транспортувати оселедці і іншу морську рибу без будь-яких обмежень і митних зборів (згідно з Актом щодо деяких політичних постанов, зроблених для підтримки флоту від 1563 р.) [41, С. 236].

Невід’ємним елементом нової торговельної політики Англії та Франції була також детальна державна регламентація діяльності купців та промисловців, зокрема, шляхом встановлення напрямків торгівлі та видів товарів, які можуть по ним продаватися. В Англії, наприклад, пріоритетною вважалась експортна торгівля сукном, тому купцям цієї держави заборонялось вивозити та ввозити необроблену вовну, натомість експорт готового сукна та виготовлених з нього товарів всіляко підтримувався. Як вже відмічалось, посиленому регулюванню підлягала й промисловість. Однак державна влада опікувалась не національним виробництвом загалом, а лише окремими його сферами. Наприклад, в Англії держава підтримувала лише орієнтовані на експорт галузі виробництва (сукноробство, миловаріння, скляне, бавовняне, паперове виробництво). У Франції ж вбачалося за доцільне підтримувати великі мануфактури, які «підготували технічну базу для подальшого розвитку капіталістичної промисловості» та «відіграли велику роль у постачанні королівської армії» [42, С. 125].

Таким чином, торговельна політика Англії та Франції XVIІ-XVIІІ стст. Базувалася на засадах меркантилізму і в решті-решт майже кожна держава Європи пройшла етап будівництва своєї економіки, виходячи з цих основ. «Меркантилізм не був специфічно англійським явищем. Політика накопичення коштів, протекціонізму і державної регламентації господарства проводилась в XV-XVIІI стст. у всій Європі – від Португалії до Московії. Розвинену форму політика меркантилізму одержала у Франції в другій половині XVIІ ст. за часів всесильного міністра Кольбера. Теорію меркантилізма успішно розробляли італійські економісти» [39, С. 433]. В Німеччині політика меркантилізму почала запроваджуватися значно пізніше, ніж у Англії та Франції – наприкінці XVIІ-протягом XVIІІ стст. Територіальна роздробленість, консервація феодальних порядків, жахливі наслідки Тридцятилітньої війни, а також сильна конкуренція з боку Голландії, Англії та Франції заважали Німеччині рухатись в напрямку економічних змін [42, С. 405]. Навіть тоді, коли влада окремих князівств Німеччини намагалась запровадити реформи в дусі меркантилізму, це не приносило швидких успіхів.  Яскравим прикладом політики меркантилізму німецького зразка є діяльність короля Пруссії Фрідріха Вільгельма І, який, бажаючи обмежити ввезення сукна із-за кордону, забороняв населенню шити вбрання з іноземної тканини; люди ж, одяг яких був зроблений з імпортних матеріалів, обкладались штрафом. Взагалі, основним мотивом для підтримки виробництва сукна в Пруссії були інтереси дворян, які виступали основними постачальниками вовни. Щоправда, наступний король Пруссії, Фрідріх ІІ здійснював більш послідовні заходи по підтримці національної економіки. Зокрема, він вводив високе мито на іноземні товари, заохочував розвиток виробництва не лише сукна, а й полотняної, шовкової, бавовняної тканини, сприяв становленню збройної, скляної, паперової та інших галузей промисловості, будував канали, поліпшував дороги. Однак й цей король-реформатор допускав помилки у державному управлінні економікою: посилене втручання влади в регламентацію цієї сфери суспільних відносин не скасовувалося, потреба в робочій силі у промисловості покривалась за рахунок жебраків та кримінальних злочинців, а не вивільнених селян, окрім цього, існувала заборона застосовувати на виробництві механічні пристрої, «на тій підставі, що це начебто незмінно викличе зменшення населення» [42, С. 417].

Окрім цього, правителі більшості земель Німеччини не вдавались до реформ інших галузей економіки та адміністративного устрою: феодальні порядки ніхто не скасовував, кріпосництво існувало в жахливих формах, населення обкладалось непосильними податками, бюрократичний апарат та армія були занадто роздуті, розвиток науки не завжди підтримувався. У зв’язку з цим, жодна із земель Німеччини не змогла накопичити необхідні потужності для того, щоб наблизитись до рівня економічного розвитку Англії та Франції.

Щоправда в Німеччині робилися спроби запровадити політику меркантилізму й в загальноімперських масштабах. Принаймні про це йшлося у Програмі відновлення і розвитку торгівлі та ремесел, що була прийнята Рейхстагом Священної Римської імперії в 1669 р. і затверджена імператором Леопольдом І у 1671 р. у вигляді імперського закону. «Всі заходи цього закону підпорядковуються єдиній політико-економічній меті – вимозі розвитку господарства. Це дає підстави припустити, що на даному законі лежить відбиток теорії росту, яка міститься в роботах меркантилістів» [43, С. 1] – зауважує Ф. Блайх. Звичайно, що реалізація вищезгаданої Програми не призвела б до перетворення Німеччини на промислово розвинену державу, оскільки для цього, окрім впровадження політики меркантилізму, необхідно було б вдатися до політичних реформ. Але цілком ймовірно, що дана Програма могла сприяти зближенню ринків німецьких земель. «За низької продуктивності економіки ..., при федеративному устрої священної Римської Імперії з множинністю дрібних, лише формально суверенних держав, мова могла йти передусім про розвиток внутрішнього ринку. ... Лише розв’язання цієї проблеми робить можливим успіх протекціоністської зовнішньої політики, яка почала проводитись з кінця XVIІ ст.» [43, С. 4]. Тому, на виконання даного завдання вищезгаданий нормативно-правовий документ передбачав скасування внутрішніх митних зборів, запровадження єдиних роздрібних цін, поліпшення шосейних та річкових шляхів Імперії. Однак дана Програма та й інші подібні їй акти, в зв’язку з відсутністю в руках імператора Німеччини сильної влади, навряд чи мала шанси бути реалізованою на практиці. Тому, в силу цих, а також інших згадуваних вище обставин, меркантилізм запроваджувався в кожному німецькому князівстві окремо, в результаті чого й одержав назву «камералізму».

Отже, за часів Пізнього Середньовіччя та початку Нового часу теорія меркантилізму стала основою економічної політики всіх держав Західної Європи. Однак її вплив не обмежився лише сферою господарства, значним він був і в області права, зокрема торговельного. Й перш за все, її практичне застосування (як відомо, вона була спрямована на повну державну регламентацію господарських відносин), призвело до припинення «безконтрольного» творення торговельно-правових норм купцями. Відтепер торговельне право формується державою, його приписи встановлюються в актах національного законодавства і затверджуються королем.

Найбільш яскраво такі зміни проявилися у Франції, оскільки тут «центральна влада розвинулась швидше, ніж в інших державах» [44, С. 43]. Так, в цій державі в середині XVIІ ст. за ініціативою Ж.-Б. Кольбера були розроблені та прийняті два нормативні акти, націлені на регламентацію комерційних відносин – Ордонанс про торгівлю («Ordonnance du Commerce») 1673 р. та Ордонанс про мореплавство («Ordonannce de la marine») 1681 р. «Ordonnance du Commerce» «регулював сухопутну торгівлю і є таким чином першим докладним кодексом торговельного права загального і вексельного права» [44, С. 44]. Другий ордонанс «стосувався морської торгівлі ... він становив кодифікацію постанов морського торговельного права як приватного, так і публічного» [44, С. 44]. До переліку торговельно-правових актів Франції слід додати й Ордонанс про організацію торговельної юрисдикції 1563 р., яким «засновувася перший постійний комерційний суд в Парижі» [45, С. 132]. І хоча подібні судові органи вже існували в інших містах Франції, однак їх компетенція та порядок роботи не були чітко встановленими.

Варто зазначити, що процес «націоналізації» правового регулювання торговельних відносин пройшов й в інших країнах Західної Європи, зокрема в Німеччині. Наприклад, «в Німеччині різними територіальними державами видавались насамперед лише окремі особливі закони щодо різноманітних предметів торговельного права, приміром щодо маклерського, фірмового, вексельного, страхового та морського права» [46, S. 14]. З часом, деякі німецькі землі спробують видати власні торговельні кодекси. Зокрема, у Пруссії кодифікація правового регулювання торговельних відносин здійснюватиметься в рамках більш широкого за змістом нормативно-правового акту – ПЗУ, у Великому Герцогстві Баденському в 1809 р. було видано «Баденське земське право разом з торговими законами», який по-суті стане перекладом ЦКФ і доповнюватиметься торговими законами, що також представлятимуть неповний переклад французького ТКФ. «01.01.1810 у Великому герцогстві Баден набув чинності Code Napoléon і як додаток до нього витяги з Code de commerce як Баденське земське право. До 1813 воно носило офіційну назву «Code Napoléon з додатками і торговими законами, як Земське право для Великого герцогста Баден», а з 1814 «Земське право для Великого герцогства Баден разом з торговими законами»» [47, S. 75]. У Баварії вестиметься безрезультатна тривала робота по створенню власного торговельного кодексу.

Таким чином можна підсумувати, що торговельне право, набувши XVI –XVIІ стст. внутрішньонаціонального значення, втрачає свою інтернаціональну природу. Відтепер його норми закріплюються переважно в писаних нормативних актах, набуваючи чинності після затвердження органами державної влади. Зважаючи на таке докорінне перетворення природи торговельного права, особливий інтерес викликає питання про зміну інших його властивостей, зокрема універсальності. Адже, зрозуміло, що норми даної галузі права, формуючись в кожній державі окремо, вже не могли бути такими ідентичними, як за часів Середньовіччя. Однак в юридичній літературі завжди підкреслювалося, що універсальність за будь-яких часів залишилася незмінною ознакою торговельного права. Наприклад, Д. Азаревич, досліджуючи наприкінці ХІХ ст. особливості торговельного права, писав таке: «... не зважаючи на відокремленість в розвитку правового життя кожної держави, навряд чи існує такий торгово-правовий інститут, який застосовувався б лише одним народом чи певною країною, який не представляв би в своїх основах значення світового правового інституту» [48, С. 38]. У зв’язку з цим виникає запитання, яким же чином торговельне право, ставши національною галуззю права, не лише не втратило своєї універсальності, а й зберегло дану якість до наших днів?

Для відповіді на нього перш за все необхідно усвідомити, що в часи Пізнього Середньовіччя в правовому регулюванні комерційних відносин починає виділятися група норм, які взагалі не могли бути універсальними. Це торговельно-правові приписи публічного характеру, за допомогою яких кожна держава реалізувала власну торговельну політику, й регулювала митні та податкові питання, дозвільну діяльність органів державної влади тощо. Їх виокремленнюсприяла, по-перше, побудова економічної політики кожної західноєвропейської держави виходячи з положень меркантилізму, по-друге, неоднаковий рівень наукового та культурного розвитку країн даного регіону, який, наприклад, впливав на формування різних вимог щодо стандартів якості товарів, а також на види покарань за порушення правил торгівлі, які встановлювалися в залежності від пануючих в кожній державі уявлень про людську гідність, честь та свободу. Отже, за часів Пізнього Середньовіччя окреслилася група торговельно-правових норм, які, виступаючи виразником економічної політики кожної західноєвропейської держави, не підпадали під процес універсалізації.

Відносно інших приписів торговельного права, і насамперед тих з них, які стосувалися помічників комерсанта, торговельних книг, торгових доручень (прокури), банківської справи, неспроможності, організації торговельного судочинства і особливо векселя, перевезень і аварії, то в різних державах їх зміст дійсно не дуже відрізнявся. Однак, чи можна, виходячи з цього, стверджувати, що торговельне право, зокрема в частині вищеназваних інститутів, було універсальним? Відповідь на дане питання має бути негативною, оскільки в даний історичний період взагалі не було і не могло бути досягнуто повної уніфікованості правового регулювання торговельних відносин різних країн. На заваді цьому, окрім славетної політики меркантилізму, стояло також прагнення держав всілякими способами підкреслити свій суверенітет та незалежність. Як зауважив П. П. Цитович: «замість загальноєвропейського права перед нами з’являються окремі, партикулярні статути. Окрім дійсно турботи про інтереси торгівлі, крім цілей поліцейських та фіскальних в цьому законодавчому виробництві не без участі просто марнославства суверенів, – кожному хотілося, щоб його піддані жили, діяли та торгували по праву, що виходить від нього у вигляді кодексу» [22, С. 25]. Тому, всі західноєвропейські держави по-перше, намагалися створити власні торговельні кодекси та закони і, по-друге, запроваджували на своїх територіях різні правові режими для іноземних та національних купців, що виключало можливість існування в даному регіоні однакового правового регулювання торговельних відносин.

Дана думка породжує наступне запитання: чому, попри вищеперелічені обставини, торговельне законодавство різних країн за своїм змістом все ж таки було дуже схожим і відрізнялося тільки в деталях? Це пояснюється рядом факторів. Першим серед них слід згадати економічне, політичне та культурне лідерство Франції, яке дало їй можливість здійснити потужний вплив на право інших країн Західної Європи, зокрема на їх торговельне право, а отже забезпечити аналогічне правове регулювання комерційних відносин на значній території Західної Європи. Окрім цього, його подібність була гарантована вже тим, що при підготовці торгових ордонансів королівська влада Франції прийняла рішення не руйнувати систему торговельних звичаїв, які протягом століть успішно регулювали комерційні відносини. Укладачі кодексів лише вивчили ці звичаї, відібрали з них найбільш придатні для регулювання новітніх торговельних відносин, упорядкували їх та закріпили в нормативних актах. Таким чином, дані нормативні акти фактично закріпили практику правового регулювання торгівлі, відому всі купцям всієї Західної Європи. Поруч з цим, інші західноєвропейські держави, національне торговельне право яких мало багато прогалин, почали застосовувати французькі ордонанси при розгляді комерційних справ у судах. «Іноземні суди зважувалися нерідко застосовувати постанови цих кодексів, особливо морського і таким чином мимоволі встановлювалася єдність поглядів на юридичну природу торговельних відносин» [45, C. 136]. Отже, торговельне право країн Західної Європи не могло істотно відрізнятися один від одного, оскільки в основі упорядкованого торговельного права Франції, яке згодом активно реципіювалося іншими країнами, були старовинні, відомі купцям всієї Європи, комерційні звичаї. Водночас, той факт, що Франція не створила нове торговельне право, а лише вдосконалила старе jus mercatorum, сприяло також тому, що навіть правове регулювання торгівлі тих західноєвропейських держав, які не вдалися до запозичення норм з французьких торгових ордонансів або здійснювали це не дуже активно, все одно значною мірою не відрізнялося від французького.

Схожість правового регулювання торговельних відносин в країнах Західної Європи не зруйнували навіть ті перетворення, які відбулися в подальшому у приватному праві Франції. Мова йде про закріплення норм торговельного права в новітніх кодифікаціях, а саме: в новому ТКФ і в новому ЦКФ. Аже завойовницькі походи Наполеона потягли за собою насадження французького законодавства (зокрема, ЦКФ та ТКФ) на територіях захоплених країн. Наприклад: «Code de commerce був введений в дію у всіх трьох країнах, які були приєднані до Франції в часи його обнародування, або згодом поєдналися з нею, а також в тих державах, які перебували із Францією у васальних відносинах, як: Італія, деякі швейцарські кантони, Бельгія і Голландія, герцогство Варшавське і вільне місто Данціг» [49, С. 64-65]. І хоч після падіння імперії Наполеона багато західноєвропейських країн, виходячи знову ж таки з бажання підкреслити власний суверенітет, скасували дію ЦКФ та ТКФ, однак при формуванні власного торговельного законодавства вони не змогли значною мірою відступити від приписів цих нормативних актів. Зокрема, «…французький code de commerce від 1807р., зразок для великої групи подальших законів: в Монако 1818, Бельгії-Нідерландах 1838, в Сицилії 1819, Сардинії-Пьємонт 1834 (Codice Carlo Alberto), Іспанії 1829, Португалії 1833, Греції 1835, Валлахії 1840, Румунії 1863, Сербії 1860, Туреччині 1850, Єгипті 1874» [50, S. 25].

Отже, схожість приватно-правового регулювання приватних відносин різних держав Західної Європи, обумовлена зазначеними причинами й дозволила дослідникам говорити про універсальність торговельного права, хоча єдиної загальноєвропейської системи правового регулювання торговельних відносин, яка б однаковою мірою поширювалася на всіх купців західноєвропейського регіону, на той час не існувало.

В даний історичний період також відбувається поступове вилучення публічно-правових норм зі торговельно-правових збірок. Мова, насамперед, йде про норми, які були пов’язані з зовнішньоторговельною політикою держав або встановлювали стандарти якості продукції, штрафні санкції за неналежне виконання правил комерції тощо. На відміну від часів Середньовіччя, коли дані приписи закріплювалися в таких кодифікованих нормативних актах, як міські та купецькі статути, в прийнятих у XVI- XVIІІ стст. торговельних кодексах та законах їх вже не було. Вони містилися в нормативно-правових актах іншого виду – спеціальних королівських указах і розпорядженнях. У зв’язку з таким вилученням в правовій літературі часто висловлюється думка, що в даний історичний період проходить процес «очищення» всього торговельного права від публічно-правових норм. Скажімо, К. Г. Судакова, характеризуючи основні етапи розвитку торговельного права, зокрема, відмічає, що протягом другого періоду, який припадав саме на історичну епоху, яка нами розглядається, «торговельне право послідовно звільнялося від публічних начал» [51, C. 240].

При цьому варто зауважити, що, незважаючи на вилучення ряду публічно-правових норм із торговельних кодексів, укладачі цих нормативних актів не переслідували мету чітко розмежувати публічні та приватні торговельно-правові норми і розмістити їх по окремим нормативним актам. В своїй роботі вони намагалися передусім забезпечити надійність комерційного обороту, про що свідчить те, що, наприклад, в передмові до Ordonnance du commerce 1673 р. укладачі даного нормативного акту після того, як окреслили всі заходи, вжиті державою для сприяння розвитку торгівлі, відмітили таке: «Ці заходи повинні мати успіх, але ми зобов’язані все передбачити і впорядкувати відносини між торговцями з метою припинення шахрайства та передбачити обставини, які вбережуть від тривалих судових процесів і особливо від витрат на них» [52, С. 616]. А ці цілі вимагали широкого застосування публічно-правових норм і тому в торговельних кодексах тих часів їх залишилося ще чимало. Скажімо, і Ordonnance du commerce 1673 р., і TКФ містилися такі інститути публічного характеру, як судова реєстрація купців та неспроможність (зокрема, Розділ ІІІ: Книги та реєстри торговців, купців і банкірів та Розділ XI: Неспроможність та банкротство Ordonnance du commerce 1673 р. [53]). Невід’ємною складовою торговельних кодексів були також торговельно-процесуальні норми, зокрема, Розділ ХІІ Ordonnance du commerce 1673 р. регулював питання юрисдикції консулів [53].

Поруч з цим, вилучення ряду публічно-правових норм з торговельних кодифікацій все ж таки відбувалося, й обумовлювалося воно наступними причинами. Зокрема, «на XVIІІ століття приватноправова складова торговельного права виявилася настільки об’ємною і, головне, такою, що різко виділялася на фоні контрольних та наглядових норм, що виникла потреба в її окремому розгляді на особливому кодифікаційному рівні» [30, С. 333]. Також певну роль в цьому процесі відіграло те, що державній владі більш зручно було закріплювати ці норми в нормативних актах іншого виду (указах, розпорядженнях і т. ін.), оскільки, на відміну від кодексів, вони були меншими за змістом, їх можна було швидко поширювати, легко відміняти, доповнювати.

Однак головну причину виділення публічно-правових норм з торговельних кодифікацій, а згодом і із торговельного права, ми вбачаємо в ускладненні суспільних відносин та поступовому нівелюванні меж між суспільними прошарками. Ці фактори призвели до того, що право починає складатися із галузей, дія яких поширювалася на суспільство в цілому, а не на окремі його прошарки. Тому із торговельного права, рівно як із ленного, міського, земського, канонічного права виокремлювалися групи публічно-правових норм, що з часом ставали складовими таких «загальносуспільних» галузей права, як податкове, адміністративне та кримінальне.

Виходячи із змісту тогочасних французьких торговельних кодексів, можна підсумувати, що система торгового права складалася входячи з таких інститутів права, як: правовий статус купця, торговельні книги, правовий статус торговельних товариств (в рамках якого розвивалася ідея про судову реєстрацію купців та фірмове найменування), компетенція торговельних бірж, біржових агентів та маклерів, правовий статус допоміжного персоналу купця (самостійних представників купця та його несамостійних працівників), торговельні правочини, торговельні договори, правове регулювання питань неспроможності. В якості підгалузей торговельного права можна розглядати й вексельне право, право торговельного мореплавства (в рамках якого розвивалося страхове право) та торговельно-процесуальне право. Ряд приписів торговельних кодифікацій стосувалися організації банківської справи, зокрема компетенції банківських службовців, які згідно Ordonnance du commerce 1673 р. Не мали права «здійснювати обмін і утримувати приватний банк під своїм іменем або під ім’ям посередника, прямо чи непрямо, під загрозою позбавлення справи та штрафу в 50 ліврів» [52, С. 616]. Окрім цього, до торговельних кодифікацій включалися норми, які стосувалися шлюбно-сімейних відносин комерсанта. ТКФ, наприклад, встановлював обов’язок комерсанта публікувати зміст укладеного ним шлюбного договору шляхом розміщення оголошення в комерційному суді, яке «мало містити вказівку на режим, під яким влаштовані майнові відносини подружжя» [22, С. 51]. Окрім цього, в торговельних кодифікаціях закріплювалися приписи, які встановлювали умови набуття заміжніми жінками статусу комерсанта. Зокрема, для цього їм необхідно було одержати згоду чоловіка на ведення торгівлі. Водночас, повнолітні незаміжні та розлучені жінки, а також вдови могли нарівні з чоловіками набувати статусу купця без одержання будь-яких додаткових дозволів.

Встановити зміст торговельного права Німеччини в даний історичний період є більш складною справою. Зрозуміло, що ряд земель запозичили французький досвід правового регулювання торговельних відносин. Однак решта земель Німеччини формували власні системи торговельного права, які спиралося, в основному, на розрізнені збірки нормативних актів (маклерські-, вексельні-, ринкові статути тощо), укази місцевих правителів та звичаї. Самобутнім німецьким нормативним актом з торговельного права цього періоду є ПЗУ. Однак і з його змісту чітко не випливає перелік інститутів, що включалися до системи торговельного права даної держави. Причиною цього є те, що творці даного уложення взяли на себе особливе завдання – докладно врегулювати правове становище індивіда як члена сім’ї, як члена певного прошарку суспільства і як громадянина. Отже, вони не мали на меті регулювати суспільні відносини, а намагались «нічого не змінюючи в суспільстві, вказати кожному точно, у всіх деталях, наочно, по-батьківськи і зрозумілою мовою те місце, яке йому предписане займати в державі як у певній сукупності індивідів» [54, С. 212]. Тому і в регулюванні торгівлі в ПЗУ основний наголос був зроблений на детальній регламентації правового статусу комерсанта, що відобразилося, зокрема, в його підрозділі 7 розділу 8 частини 2 «Про комерсантів». До його структури включалися інститути, за допомогою яких традиційно визначався статус комерсанта в суспільстві, а саме: підстави набуття статусу комерсанта, особливості правового становища жінки-комерсанта, торгових агентів, управляючих службовців, учнів та іншої прислуги комерсанта, правовий статус торговельних товариств, а також специфіка ведення торговельних книг. Окрім цього в даному підрозділі закріплювалися інститути, не характерні для збірок торговельного права інших країн Західної Європи. Мова йде про інститути, які встановлювали умови стягнення комерційних процентів та комісійних, а також особливості надання комерційних рекомендацій. Подальші підрозділи розділу 8 частини 4 ПЗУ також відносилися до правового регулювання торгівлі, хоча прямо про це не говорилося. Зокрема, підрозділ 9 присвячувався таким платіжним засобам, як Handelsbillets (боргове зобов'язання, яке видавав купець на суму товарів, що купуватимуться протягом певного строку) та купецьким асигнуванням (асигнування, які купець виставляв на торговельному підприємстві). Підрозділ 10 регулював правовий статус маклерів, підрозділи 11, 12, 13 та 14 присвячувалися торговельному мореплавству. Останній підрозділ розділу 8 частини 2 ПЗУ регламентував правовий статус візників, зокрема передбачав, що власники публічних карет, які замовляє держава чи які мають особливі привілеї на провезення мандрівників та речей прирівнювалися до судновласників; а ті, кому довірялося керування каретою розглядалися як шкіпери (§ 2452) [55]. Більш докладно зміст ПЗУ висвітлено також в статті І. М. Проценко Становлення джерел торговельного права Німеччини як галузі права [27, C. 429-431].

Повертаючись до змісту французьких торговельних кодифікацій, слід відмітити, що для них були характерними й прогалини правового регулювання суспільних відносин. Мова йде, наприклад, про фірмове найменування, з приводу чого Н. Й. Нерсесов, аналізуючи ТКФ, відмітив таке: «З точки зору сучасного права пам’ятник цей (ТКФ – І. П.) є застарілим, так як він не дає жодних відповідей на такі принципові питання торговельного права, як, наприклад, питання про торговельну фірму» [56, С. 20]. Водночас, вищезазначене зауваження Н. І. Нересова потребує уточнення – поняття про фірмове найменування не було абсолютно чужим праву Франції. Воно мало відповідне законодавче врегулювання, яке, однак, було дещо «однобічним», оскільки орієнтувалося виключно на регулювання фірмових найменувань торговельних товариств, в той час як найменування самостійного купця не мало ніякої правової регламентації та захисту. «... деякі законодавства, як французьке, – писав Г.Ф. Шершеневич – знають фірму лише в цьому вигляді, як ім’я товариства (raison sociale); фірма одиничних купців залишилася у Франції без будь-якого законодавчого розвитку» [23, С. 185-186].

ПЗУ в питанні правового регулювання фірмового найменування схоже дотримувалося французького зразка, оскільки в § 620 ПЗУ говориться лише про фірмове найменування торговельного товариства. Зокрема, в цій нормі зазначено: «незалежно від того, чи є в даній місцевості купецькі асоціації чи немає, фірма торговельного товариства повинна бути зареєстрована на біржі або в суді» [55]. Водночас в § 621 ПЗУ містить своєрідне визначення фірмового найменування, адже в даній статті відмічається: «призначення фірми вбачається в тому, щоб остання відрізнялися від всіх інших, вже публічно повідомлених» [55].

Продовжуючи говорити про правові інститути, які не знайшли належної правової регламентації у французьких торговельних кодифікаціях варто згадати, що дані нормативні акти дуже мало уваги приділили таким основоположним правовим інститутам, як торговельні правочини та торговельні договори. [30, С. 99]. Причини такої незначної регламентації торговельних правочинів та торговельних договорів нормами Ordonnance du commerce, полягають, зокрема у тому, що на відміну від сучасного періоду, коли в приватному праві ряду зарубіжних країн поняття «торговельний правочин» служить одним із основних критерієв розмежування сфер застосування цивільного та торговельного права і, одночасно, виступає ознакою комерсанта, в XVII ст. воно ще не виконувало таких функцій. У цей період, сфера застосування норм торговельного права окреслювалася без використання критерію «торговельного правочину». Як відомо, дана галузь права регулювала будь-яку діяльність купця, а купцем визнавався той, хто пройшов навчання в якості учня та підмайстра і став членом купецького стану. Отже, потреб у окресленні кола дій, які визнавалися б торговельними не виникало і можливо не скоро й виникло, якби не створення особливих торговельних судів. Адже для належної організації їх діяльності перш за все необхідно було визначити перелік підсудних їм спорів. Цей перелік будувався на групі дій, які здійснювалися купцями і визнавалися торговельними, що й дало дослідникам підстави для виокремлення правочинів, які можна визнавати торговельними. Що ж стосується торговельних договорів, зокрема купівлі-продажу, то швидше за все вони регулювалися в даний історичний період реципійованим римським правом та торговельними звичаями, які з невідомих нам причин не були включені до Ordonnance du commerce 1673 р.

ТКФ не виправив недолік свого попередника і регулюванню торговельних правочинів та торговельних договірних зобов’язань приділив також дуже мало уваги. Такий підхід укладачів ТКФ був непродуманим, адже для даного нормативного акту поняття торговельного правочину було ключовим, оскільки, як відомо з історії права, при створенні цього кодексу ідея корпоративності торговельної професії вже відпала і торговельне право будувалося на основі нового критерію – торговельного правочину. Зокрема, ст. 1 титулу 1 ТКФ встановлювала: «купці це особи, професією яких є вчинення торговельних угод» [57, С. 289]. Однак, укладачі кодексу знову обмежилися лише тим, що в книзі, присвяченій торговельному судочинству (зокрема, ст. 632, 633), було дано перелік спорів, підсудних торговельним судам, виходячи з якого вчені й зробили висновок про види правочинів, які можна вважати торговельними.

На нашу думку, можна виділити кілька причин такого неналежного регулювання торговельних правочинів та торговельних договорів нормами ТКФ й основною серед них є, ймовірно, та, що в основу даного нормативного акту був покладений старий Ordonnance du commerce 1673 р., який, як було показано вище, даним питанням приділяв також мало уваги. Певну роль у формуванні цієї прогалини відіграв й той факт, що перед французьким законодавцем стояло складне завдання – створити кодекс, який би не тільки відповідав новітнім потребам торговельного обороту, а й узгоджувався б за своїм змістом з новим цивільним кодексом. Тому, можливо, законотворцям було важко з першого разу охопити весь масив матеріалу, необхідного для належного врегулювання торговельних відносин.

До речі, ПЗУ, яке по багатьом позиціям значно поступалося ТКФ, в регулюванні торговельних правочинів і торговельних договорів наслідувало французький зразок і також обійшло їх своєю увагою. Г. Ф. Шершеневич, характеризуючи даний нормативний акт, писав: «Незважаючи на значну кількість статей, ця законодавча пам’ятка містить мало цінних постанов, які б відносилися до приватного права. Більша частина їх відноситься до морського права, про торговельні договори ні загалом, ні окремо немає ні слова» [22, С. 42]. Однак в даному випадку незначна увага уложення до торговельних правочинів пояснюється тим, що в Прусії торговельне право продовжувало сприйматися як корпоративне право, як право купців, а отже у законодавця не було потреби в окресленні кола дій, які слід вважати торговельними правочинами. [49, С. 88].

Отже, найбільші європейські кодифікації торговельного права XVII-поч. ХІХ стст. не охоплювали своїм правовим регулюванням всі можливі прояви торговельних відносин. Їх основна увага зосереджувалася на правовому статусі купця та торговельних товариств, на правомочностях торговельних помічників, на особливостях ведення торговельних книг, на неспроможності, на вексельній справі, на торговельному мореплавстві. Неодмінно даними нормативними актами охоплювалися й питання здійснення комерційного судочинства. Водночас таким традиційним інститутам торговельного права, як фірмове найменування, торговельний правочин та торговельний договір в даних кодексах приділялося мало уваги. Звичайно, таке «вибіркове» правове регулювання торговельних відносин призводило до виникнення прогалин, частина з яких, ймовірно, могла бути заповнена торговельними звичаями. У зв’язку з цим виникає питання про правовий статус торговельного звичаю і його місце в системі нормативних актів торговельного права.

Дослідники даної галузі одностайні в своїй позиції відносно того, що, навіть після прийняття торговельних кодексів, звичай продовжував відігравати роль джерела права. На те, що звичай залишився джерелом торговельного права вказував, зокрема, французький Закон від 15.09.1807 р., яким був введений в дію ТКФ, і зокрема ст. 2 даного Закону. Ця норма хоча й прямо не наділяла звичай силою джерела права, однак на думку ряду вчених (П. П. Цитовича, С. В. Пахмана, Д. М. Генкіна) допускала його застосування в такій якості. Зокрема, дана норма встановлювала таке: «з першого січня 1808 року вважаються відміненими всі попередні закони, що стосувалися предметів, щодо яких існують постанови в цьому кодексі» [22, C. 52]. Виходячи з цього припису вчені дійшли до висновку, що «Закон же від 15 вересня 1807 р., вводячи в дію ФТК (ТКФ – І. П.), не відмінив звичаїв» [58, С. 42].

Отже, як і в попередні часи, до системи норм торговельного права входять звичаї. Це означає, що «закріпаченість» торговельного права рамками закона не призвела до втрати ним такої своєї основоположної якості, як гнучкості. Звичаї, характерною рисою яких завжди виступала готовність змінитися під тиском новітніх потреб економіки, продовжували забезпечувати модернізацію торговельного права [48, С. 40].

Вивчаючи історію формування торговельного права важливо вивчити питання про його співвідношення з цивільним правом. До того моменту, поки країни Європи не здійснили детальний перегляд власного цивільного права, не привели його у відповідність до умов цивільного обігу й не прийняли власних цивільних кодексів, норми даної галузі права навряд чи могли стати в нагоді для здійснення правового регулювання торговельних відносин. Першою причиною цього був парикуляризм нормативних актів, які діяли в даній сфері. Приміром, у цивільному праві Франції, до моменту прийняття Кодексу Наполеона, спосерігався справжній хаос: північні території цієї держави не бажали відмовлятися від середньовічних кутюмів (зміст яких в різних провінціях не був однаковим), південні ж землі розробляли власне писане цивільне право, що також різнилося за своїм змістом. «Існувало (за приблизними підрахунками) майже 360 «маленьких обласних кодексів» [59, С. 82]. В свою чергу, призвичаєння кожної провінції до власного цивільного законодавства не дозволяло запровадити в державі уніфіковане правове регулювання цивільно-правових відносин.

Зрозуміло, що партикуляризм цивільного права був притаманним не лише Франції. Це явище характеризувало й цивільне право інших держав Західної Європи, зокрема, Італії, Швейцарії, Німеччини. Однак, в силу того, що кожна держава мала різний державний устрій, парикуляризм цивільного права кожної з них мав відмінну природу. Якщо для прикладу взяти Францію та Німечину, то державний устрій першої був зовсім інший, ніж у другій. Франція була унітарною державою, а Німеччини як єдиної держави фактично не існувало. Ця відмінність устроїв призводила до того, що партикуляризм, який спостерігався в цивільному праві Франції тримався більшою мірою на давніх традиціях окремих територій і з боку державної влади не підтримувався. Однак в тих випадках, коли самі суспільні відносини потребували загальнодержавного правового регулювання, партикуляризм долався значно легше. Тому, на території Франції все ж таки поступово знайшли єдине застсування ряд цивільно-правових законів. Зокрема, «три виключно важливих ордонанси були розроблені за Людовика XV його канцлером Дагуіссо (Daguisseau). Один стосувався права дарування (1731), другий – спадкового права (1735). ... Нарешті, третій ордонанс стосувався фидеїкоміса (1747)» [54, C. 126].

В Німеччині склалася зовсім інша ситуація – землі мали власне цивільне законодавство (хоч і часто запозичене у Франції, Прусії, Австрії) не в силу традицій, а в силу авторитету їх центральних правителів, які таким чином намагалися підкреслити свою незалежність. Тому, знищити партикуляризм німецького цивільного права було значно складніше, ніж французького, оскільки для цього потрібно було спочатку подолати суверенні устремління місцевих князів і об’єднати державу. При цьому цивільне право кожної німецької землі також було далеко не ідеальним, оскільки часто на одній і тій же території разом з цивільним кодексом діяли попередні місцеві закони та звичаї, що могли суперечити один одному. Наприклад, в Баварії «із введенням кодекса (йдеться про Цивільний кодекс Максиміліана від 1756 р. – І.П.) ... не були, однак, знищені численні пратикулярні і статутні права, так що там ... мають силу до сорока чотирьох різних статутів, зміст яких відноситься до сімейного і спадкового права; що стосується інших частин цивільного права, то вони майже не затркнуті цими статутами» [49, С. 114]. Отже, партикуляризм цивільного права Німеччини ускладнювався феодальною роздробленістю цієї держави, яка призвела до того, що кожна німецька земля мала власне правове регулювання цивільно-правових відносин, яке, однак, також не було уніфікованим і складалося з численних нормативних актів, що могли суперечити один одному за своїм змістом. Друга причина нездатності цивільного права регулювати торговельні відносини полягала в тому, що дана галузь права, базуючись на «реципійованому не в своєму чистому вигляді, а з різними домішками середньовічної формації» [23, С. 35] римському праві, часто більшою мірою захищала інтереси феодалів та церкви, а не купців.

Зрозуміло, що як і у випадку з партикуляризмом цивільного права, його орієнтованість на регулювання феодальних відносин була характерною не лише для Францій, а й для інших держав Європи, й особливо для Німеччини. В літературі щодо німецького цивільного права відмічають, наприклад, таке:  «в кодифікації (йдеться про кодифікації цивільно-правових норм – І.П.) більшості німецьких земель збереглися чисто феодальні норми, що не тільки були зовсім не придатними для регулювання нових капіталістичних відносин, але й такими, що перешкоджали їх нормальному розвитку» [60, С. 42].

Таким чином, партикуляризм цивільного права, обтяженість феодальними традиціями не дозволяли застосовувати його норми для регулювання комерційних відносин. Однак, з іншого боку, неготовність цивільного права регулювати даний вид економічних відносин здійснила позитивний вплив на розвиток торговельного права, оскільки посприяла укріпленню його статусу, як самостійної галузі права.

Однак, повертаючись до Німеччини, варто сказати, що в силу феодальної роздробленості дана держава не мала й єдиного торговельного права та й самі німецькі землі не поспішали створювати власні системи торговельно-правових норм, а отже може виникнути припущення, що в Німеччині партикуляризм цивільного права не призвів до тих же наслідків, що й у Франції, тобто не сприяв укріпленню самостійності торговельного права. Однак, розглядаючи дане питання, варто звернути увагу на те, що в своєму розвитку Німеччина значно відставала від Франції, і тому зазнала всіх прогресивних змін пізніше ніж її сусідка. В Німеччині тільки у ІІ половині ХІХ ст. було прийнятий єдиний загальнодержавний торговельний кодекс і однією з основних причин цього становив саме факт непридатності цивільного права регулювати комерційні відносини.

Додатковими причинами збереження французьким торговельним правом свого самостійного статусу називають: нездатність римського та канонічного права регулювати торговельні відносини, оскільки «в ... боротьбі з римським і канонічним правом ще більше окреслилася індивідуальність торговельного права. Протестуючи проти приписів загального права, воно створювало всередині себе самого всі необхідні йому визначення, а посилюючись як екстенсивно, так і інтенсивно, воно набувало все більш ясний зовнішній вигляд» [22, С. 35]; введення законодавчою владою ордонансів 1673 та 1681 рр., адже «значення ордонансів Кольбера полягає в тому, ... що, видавши ці акти, державна влада санкціонувала існування особливого торговельного права» [60, С. 7].

Однак, окрім вищеназваних обставин, майже до кінця XVIII ст. не втрачала своєї актуальності й інша причина збереження самостійного існування торговельного права – суспільство продовжувало поділятися на стани, а отже купці мали підстави для збереження спеціальних правил, які б регулювали відносини між ними. Але, реформи, принесені Великою французькою революцією 1789 р. призвели до того, що вищезгадана причина втратила своє значення. Зокрема, вже на початку революції було проголошено скасування станових обмежень в торгівлі та ремеслі і запроваджувалася свобода доступу кожного до будь-якої професії. Серед нормативних актів, які вводили дані прогресивні положення, перш за все слід назвати Декларацію прав людини і громадянина 1789 р., в ст. 1 якої було встановлено, що люди народжуються і залишаються вільними та рівними в правах [61, С. 85]. У лютому 1791 р. Установчі збори скасували середньовічні цехи. В травні цього ж року був виданий закон, який спеціально орієнтувався на запровадження свободи особи займатися ремеслом та торгівлею і надавав будь-якій особі право займатися такими справами чи обирати таку професію, ремесло або торгівлю, яку вона вважатиме за бажану. До числа нормативно-правових актів, які встановлювали свободу особи займатися будь-якою професійною діяльністю також можна віднести Конституцію 1793 р., в ст. 17 якої відмічалося: «громадянам не може бути заборонено займатися будь-якою працею, землеробством, промислом, торгівлею»[62, С. 415]. Ці законодавчі акти діяли не тривалий час, однак в суспільстві встигло утвердитися уявлення про те, що кожна людина має рівний доступ до будь-якого виду професійної діяльності, в тому числі й комерційної, і може займатись нею незалежно від свого походження. В решті-решт, свобода доступу до комерційної діяльності була покладена в основу нового ТКФ, в ст. 1 якого говорилося про те, що купцем вважається кожен, хто здійснює торговельні операції.

Зрозуміло, що у зв’язку з ліквідацією поділу суспільства на стани й відповідним скасуванням купецьких корпорацій повинна була змінитися природа торговельного права. Воно вже не могло в якості предмета свого регулювання мати купецькі станово-корпоративні відносини. Відтепер торговельне право мало націлювалося на регламентацію торговельних відносин і це, в свою чергу, означало, що із права торговців (jus mercatorum) воно перетворилася на право торгівлі (jus mercatоria). А отже, предметом регулювання торговельного права виступає не діяльність купця, а торговельні операції. І особа могла бути визнана суб’єктом даної галузі права лише в тому випадку, якщо на постійній основі вела торговельний промисел.

Ці правила стали основними в побудові конструкції правового регулювання торговельних відносин і обумовили серйозні зміни в розумінні значення купця, моменту набуття і втрати цього статусу, особливостей його реалізації. Зокрема, на відміну від попередніх часів, статус купця не міг передаватися іншим особам (навіть у спадок), моментами його набуття і припинення вважалися моменти початку і зупинення ведення торговельного промислу, а в тому випадку, коли особа займалася торгівлею без одержання необхідних дозволів, вона все одно вважалася купцем, її дії підпадали під сферу регулювання торговельного кодексу і породжували юридичні наслідки для контрагентів, які не знали і не могли знати, що особа діє з порушенням законодавства. Отже, відтепер вважалося, що не купець надавав діям, які він здійснює, торговельного характеру, а саме торговельні дії, надавали особам, які їх здійснюють, ознак купця.

Законодавче введення свободи доступу будь-якої особи до торговельної професії, окрім зміни природи торговельного права, породило також сумніви щодо доцільності збереження його статусу як окремої галузі права. До речі, ці сумніви підкріплювалися також тим, що у Франції в 1804 р. було видано прогресивний за своїм змістом Цивільний кодекс, а отже скасовувалася така підстава виділення торговельного права в самостійну галузь, як партикулярність та застарілість цивільного права.

Але, всупереч цьому, Франція не відмовилася від ідеї виділення в своїй системі права такої галузі, як торговельне право. Законотворці, з огляду на більш ніж сторічний період дії Торгових ордонансів 1673 та 1681 рр. та на спробу (хоча й безуспішну) розробити в 1787 р. новий Торговельний кодекс, прийняли рішення зберегти торговельне право, і Кодекс Наполеона розроблявся вже з урахуванням того, що специфічні прояви торговельних відносин будуть регулюватися спеціальним торговельним законодавством. Про це, зокрема, свідчили численні відсилки Цивільного кодексу до торговельного законодавства. Наприклад, в ч. 2. ст. 1107 Кодексу Наполеона постановлялося, що правила, які регламентують комерційні угоди, повинні міститися в законах, що відносяться до комерції. Інша стаття Кодексу, ст. 2084 до компетенції торговельного права віднесла правове регулювання застави, яка здійснювалася в комерційних справах або в уповноважених ломбардах (в усіх інших випадках, застава регламентувалася нормами Цивільного кодексу). А ст. 1153 Кодексу Наполеона передбачала можливість встановлення торговельним законодавством спеціальних правил обрахування збитків, завданих простроченням виконання зобов’язання.

При цьому варто враховувати, що не лише історичні традиції послужили причиною збереження торговельного права як самостійної галузі права. Велику роль в цьому зіграв той факт, що для Франції, з її партикулярним кутюмно-ордонансним цивільним правом, розробка нового, прогресивного, єдиного для всієї держави цивільного кодексу було нелегким завданням. І якби французький законодавець прийняв рішення включити до складу даного нормативного акту ще й норми торговельного права, то це тільки б ускладнило й загальмувало процес створення цивільного кодексу, який був так потрібен суспільству. В юридичній літературі на дану обставину звернув увагу, зокрема, Г. Ф. Шершеневич, який написав: «При кожній законодавчій роботі, що має за мету оновлення цивільного права, при порушенні питання про відношення його до торговельного права, незмінно висувається те міркування, що робота по складанню цивільного уложення сама по собі занадто складна, щоб ще ускладнювати її новою проблемою злиття цивільного права з торговим. Дуалізм зберігається, тому що він вже існує, і спроба його усунення загальмувала б справу виготовлення цивільного кодексу» [23, С. 58].

Таким чином, в силу ряду причин у системі права Франції продовжувала залишатися така окрема галузь права, як торговельне право, норми якої були зосереджені в спеціальному нормативному акті – ТКФ. Однак в силу прийняття ЦКФ торговельне право втратило монополію в регулюванні комерційних відносин. Його основним завданням стала регламентація спеціальних проявів торговельних відносин, основа ж цих інститутів і підгалузей закладалася нормами цивільного права; ним же регулювалися й ті комерційні відносини, які за своїм характером не відрізнялися від аналогічних цивільно-правових, а отже й не потребували особливого правового регулювання. «Торговельний кодекс було видано лише як доповнення до цивільного»[60, С. 38-39].

У зв’язку з залученням до регулювання торговельного обороту норм як торговельного, так і цивільного права, французьке правознавство розробило правила їх співвідношення, згідно яких при регулюванні комерційних відносин перш за все мали застосовуватися норми торговельного права, у разі ж відсутності в його складі необхідних правил до справи мали залучатися цивільно-паравові приписи [22, С. 54].

Німецькі землі в цей період не поспішали реформувати власне торговельне право. Свідченням цього є, зокрема, ПЗУ, яке хоча й було сучасником Великої французької революції і будувалося з урахуванням ряду положень теорії «природнього права», однак такі прогресивні ідеї, як рівність людей і свобода професійної діяльності реалізувалися в ньому вкрай непослідовно. Принаймні, станово-корпоративна основа майже повністю зберіглася в побудові регулювання торговельних відносин. Адже, хоч в § 475 ПЗУ й містилося положення, яке встановлювало, що купцем є той, хто займається торгівлею товарами і вексельним обігом як основним промислом, однак вже в його § 480 предписувалося, що в тих місцях де існують купецькі гільдії, права купця може одержати лише особа, яка була прийнята до її складу [55]. При цьому, відповідно до § 479, для того щоб набути членство в гільдії потрібно було виконати ряд умов, й, зокрема: пропрацювати певний час учнем та задовольнити певні матеріальні вимоги інших членів корпорації. І тільки в місцях, де не було купецьких гільдій чи подібних їм осередків, для набуття статусу купця було достатньо займатися торгівлею товарами чи вексельними операціями протягом тривалого часу [55].

Однак, якщо проаналізувати інші положення ПЗУ з точки зору їх відповідності потребам торгівельного обороту, то можна відмітити, що вони багато в чому задовольняли їх. Зокрема, в даному нормативному акті прослідковується прагнення законодавця забезпечити баланс між швидкістю та надійністю торговельного обігу. Ілюстрацією цього є, наприклад, норми, що регламентують порядок публічного оголошення купцем інформації про передачу прав на представництво його торговельного промислу іншій особі. Зрозуміло, що таке оголошення орієнтувалося на захист торговельного обігу від обманів і збереження довіри між комерційними партнерами, а тому процедура його здійснення повинна була базуватися на імперативних приписах. Тому, законодавець зобов’язував купця сповістити торговельну біржу чи її завідувача (в місцях, де вони відсутні – суд), а також всіх своїх іноземних контрагентів про факт видачі прокури (спеціального виду довіреності, який посвічує передачу купцем прав на представництво його торговельного промислу іншій особі) та її зміст. Однак спосіб вчинення такого оголошення є вкрай простим – купець повинен просто надіслати листи з відповідною інформацією вищеназваним адресатам. При чому до нього не потрібно додавати ніяких довідок чи посвідчень, окрім зразків підпису та фірми прокуриста, які він буде використовувати при представництві купця. Отже, дана процедура була організована таким чином, щоб, з одного боку, її здійснення не потребувало витрати великих зусиль і часу, а з іншого – всі зацікавлені особи були сповіщені про передачу купцем прав на представництво.

Важливими для забезпечення надійності торговельного обороту є норми, закріплені в підрозділі 10 розділу 7 частини 2 ПЗУ, які встановлюють відповідальність купця за надання неправдивих порад іншим торговцям. Зокрема, обов’язок купця приділяти увагу тому, щоб своїми порадами не спонукати інших купців вступати у торговельні відносини з ненадійними особами передбачений в § 702 ПЗУ. Його порушення тягне відшкодування всієї шкоди, яку понесе одержувач поради в результаті вступу у відносини з цією особою й при цьому купець є відповідальним навіть у випадку, коли сам не знав, що його поради не відповідають дійсності, однак мав знати, проявивши звичайну пильність комерсанта (§ 704 ПЗУ) [55].

В тексті ПЗУ також можна знайти норми, які орієнтуються на задоволення ще однієї потреби торговельного обороту, а саме: серйозного і професійного ставлення купця до своєї діяльності й недопущення будь-яких пільг відносно осіб, які не мають необхідного рівня підготовки. Тому, наприклад, відповідно до § 488 ПЗУ жінка, що за власний рахунок веде торговельний промисел, при здійсненні будь-яких комерційних операцій не має права посилатися на переваги та привілеї, якими володіють представниці її статі у суспільстві. Варто зауважити, що російська дослідниця історії кодифікації торговельного права Німеччини О. Л. Лисенко із змісту § 488 ПЗУ винесла додатковий зміст, зокрема вона писала, що «в § 488 вказується, що для жінки, яка веде торгівлю від власного імені, не потрібно згоди чоловіка на укладення угод, які відносяться до її промислу. В решті випадків згода чоловіка є обов’язковою (§ 489)» [64, C. 8]. Але для того, щоб уникнути хибного уявлення про зміст даних параграфів, вважаємо за доцільне навести наш переклад § 488 та § 489 ПЗУ. Так, у першому з них говориться буквально таке: Жіноча персона, яка за власний рахунок займається купецтвом, не може при укладенні угод і зв’язків претендувати на переваги та привілеї своєї статі. § 489 встановлює, що у всіх інших її справах вона однак може посилатися на ці права [55]. Як бачимо, в наведених параграфах не йдеться про необхідність одержання жінкою будь-якого дозволу на ведення торговельного промислу від власного чоловіка, однак первісний зміст даних норм орієнтується на регламентацію іншого юридичного факту, а саме: на позбавлення жінки, що займається торгівлею, права посилатися на всі пільги, надані її статі.

Окрім цього, ПЗУ були притаманними й інші положення, важливих не лише для торговельного обігу, а й також для цивільного. Наприклад О. Я. Рогач пише про те, що ПЗУ були притаманними норми, які стосувалися заборони зловживання правами. «Уложення 1794 року не лише першим з європейських кодифікацій легалізувало заборону на зловживання правами, але одночасно розвинуло сприйняті ще з римського права обмеження інституту власності, встановлені в інтересах суспільства» [65, С. 35]

**Висновки до Розділу 1**

На відміну від часів Стародавньої Греції та Стародавнього Риму, за яких суспільству була відома і торгівля, і її правове регулювання, Західна Європа на початку Раннього Середньовіччя не знала розвинених торговельних відносин і відповідно їх правового регулювання. Умови для їх формування з’явилися тут приблизно в XI ст. у зв’язку із економічним прогресом, обумовленим, передусім зростанням продуктивності феодальних маєтків й появою надлишкової продукції, що вироблялася ними. Торгівля цього періоду носила переважно міжнародний характер і була організована на станово-корпоративній основі, що суттєво вплинуло на зміст та форму її правового регулювання, яке сформувалося у вигляді нової галузі права – jus mercatorum (права купців). Міжнародний характер торговельних зв’язків обумовив універсальність jus mercatorum, а станово-корпоративний характер організації торгівлі привів до того, що jus mercatorum було окремою галуззю права. Окрім цього, jus mercatorum володіло наступними рисами: комплексністю, тобто до його системи входили як норми публічного права (містилися переважно в статутах купецьких гільдій), так і норми приватного права, причому публічно-правове регулювання формувалося самими купцями, тоді як приватно-правове регулювання запозичувалося ними з інших систем норм права (міського, ярмаркового, морського, реципійованого римського); універсальністю, тобто одноманітністю (принаймні схожістю) його норм, що забезпечувало однакове (схоже) правове регулювання торговельних відносин на території кількох міст чи держав. В регулюванні відносин між купцями jus mercatorum спиралося на наступні засади: рівність учасників торгового обігу, тобто купців (діяло із значними обмеженнями щодо іноземних купців), свобода підприємництва (також діяла із обмеженнями, продиктованими становим устроєм суспільства, правилами, які упорядковували торгові відносини та бажанням місцевої влади захистити національних купців); безпека торгового обігу; довіра між партнерами, усунення зайвого формалізму, можливість швидкого та професійного розв’язання спорів в спеціальних торгових судах.

На рубежі Пізнього Середньовіччя та Нового часу в політичному та економічному устрої Західної Європи відбулося ряд змін, які полягали у формуванні централізованих держав із міцною монархічною владою, в межах яких запроваджувалися такі сприятливі для торгівлі чинники, як єдина митна, грошова, транспортна, податкова системи та єдине законодавство; а також організовувалися масштабні географічні походи, які виявили нові джерела сировини, робочої сили та нові ринки збуту. Ці заходи перетворили держави на могутні економічні центри, які вже на державному рівні розробляли власну внутрішню та зовнішню торговельну політику, що будувалася на основі теорії меркантилізму, для якої був характерним протекціонізм, всіляке заохочення національного товаровиробника до виробництва експортних товарів та посилене державне регулювання питань торгівлі. В Німеччині в цей період, хоча й спостерігався економічний розвиток та технічний прогрес, однак, через територіальну роздробленість, феодалізм, а згодом через наслідки Тридцятилітньої війни, він не зміг перетворити її на могутній економічний центр. Політика меркантилізму в Німеччині, у вигляді камералізму, почала впроваджуватися пізніше, ніж у Франції чи Англії, однак також не принесла великих успіхів.

Політичні та економічні зміни в державах Західної Європи призвели до припинення «безконтрольного» творення норм торгового права учасниками правовідносин. Норми торгового права, як і інших галузей права, тепер формуються органами державної влади, затверджуються монархами і закріплюються в нормативно-правових актах (наприклад, у Франції було прийнято спочатку ордонанси про мореплавство 1681 р. та про торгівлю 1673 р., які згодом було замінено ТКФ). Порівняно із Францією, в Німеччині процес націоналізації правового регулювання проходив із запізненням, й здійснювався в кожній землі окремо шляхом кодифікації в одному нормативному акті норм права різних станів (наприклад, у ПЗУ). Часто ці нормативні акти запозичували норми в більш прогресивному на той час цивільному та торговому праві Франції.

Попри те, що у державах Західної Європи торговельне право стає національним правом, воно не втрачає своєї універсальності. Однак, норми права, які носили публічно-правовий характер і були пов’язані із організацією торгівлі та контролем за нею (тобто, правове регулювання податків, митних зборів, кримінальних покарань) універсальними не були, й більш того, вони поступово виключаються із нормативних актів торгового права. Універсальними, принаймні дуже схожими, були норми, що стосувалися правомочностей помічника комерсанта, торговельних книг, торгових доручень (прокури), банківської справи, векселя, перевезень і морської аварії, організації та здійснення торговельного судочинства. Це пояснюється рядом факторів: економічне, політичне та культурне лідерство Франції обумовило потужний вплив цієї держави на розвиток різних сфер суспільних відносин в інших державах, в тому числі й до запозичення більш прогресивного права Франції; завойовницькі походи Наполеона призводили до впровадження на завойованих територіях французького законодавства (зокрема, ЦКФ та ТКФ); торговельне право Франції формувалося на основі тих звичаїв, що діяли на її території протягом століть і були відомі й в інших куточках Західної Європи. Попри виділення із торговельного права окремих публічно-правових норм, воно поки що не втрачає свого комплексного характеру, що підтверджується структурою такої передової на той час збірки норм торговельного права, як ТКФ (який включав норми про торгову реєстрацію купців, торговельну неспроможність тощо). Більш того, нормативно-правові акти торговельного права включали в себе норми, що регулювали шлюбно-сімейні відносини між купцем та його дружиною. ПЗУ, яке є зразком кодифікованого торгового права Німеччини цього періоду, в частині, присвяченій торговому праву, також демонструє комплексність, яка була продиктована бажанням його розробників повною мірою врегулювати становище купця в суспільстві. Не зважаючи на формування державами національного законодавства, роль звичаю в регулюванні цих відносин залишається бути значною за тим виключенням, що він застосовується лише тоді, коли це дозволено законом, або ж коли закон містить прогалини. Отже, торговельне право залишалося бути гнучким і завжди готовим до модифікації.

Попри те, що Велика французька революція 1798 р. призвела до скасування станових обмежень в торгівлі та ремеслі, землі Німеччини, навіть ті, що запозичили французьку модель правового регулювання торговельних відносин, не поспішали скасовувати становий поділ суспільства, в тому числі й купецький стан, прикладом чого є ПЗУ, яке в певних умовах передбачало обов’язкове членство в гільдіях для осіб, які бажали набути статусу купця. Однак в цілому норми ПЗУ можна охарактеризувати як такі, що задовольняють потреби торгівлі, оскільки в багатьох випадках передбачають прості, не обтяжені зайвими формальностями, правила вчинення окремих торгових дій, а також спираються на уявлення про купця, як особу, яка володіє необхідним рівнем професійних знань, а отже не потребує такого захисту, яким користуються інші суб’єкти й від них можна очікувати вчинення швидких дій в діловому обороті, зокрема при укладенні договору.

**РОЗДІЛ 2**

**ХАРАКТЕРНІ РИСИ ТОРГОВЕЛЬНОГО ПРАВА НІМЕЧЧИНИ В ПЕРІОД ХІХ – НА ПОЧАТКУ ХХІ СТОЛІТЬ**

**2.1 Німецький митний союз 1834 року як передумова кодифікації торговельного права Німеччини**

На початку ХІХ ст. надзвичайно сильно назріла потреба в об’єднанні німецьких земель в єдину державу, адже ні культура, ні наука, ні право, ні політика, ні будь-яка інша сфера життєдіяльності цих територій не могли досягти високого рівня розвитку в умовах, коли між ментально та географічно близькими регіонами існували кордони. Однак чи ненайбільше від територіальної роздробленості страждала економіка німецьких земель. Вище вже неодноразово підкреслювалося наскільки шкідливо відсутність територіальної єдності впливала на розвиток господарства Німеччини, але в ХІХ ст. ця сфера суспільних відносин вже особливо гостро потребували об’єднання держави. Адже, на відміну від попередніх історичних періодів, на землях, розташованих від Данцигу до Кельну спостерігалося значне економічне зростання, обумовлено тими перетвореннями, які сталися в промисловості, сільському господарстві, банківській сфері, транспорті, торгівлі та інших секторах економіки цих земель. Отже, численні внутрішні кордони виступали вагомою перешкодою на шляху розвитку торгівлі та економіки німецьких земель. Т. М. Тимошина, яка також розглядала економічну та політичну роздробленість в якості однієї із головних проблем даної території, проілюструвала свою думку таким прикладом: «Німеччина потребувала перш за все ліквідації внутрішніх митних бар’єрів, оскільки вони заважали економічному розвитку країни (наприклад, при перевезенні товарів із Дрездена в Магдебург митні збори слід було сплачувати 16 раз)» [9, С. 275].

Але не тільки митні застави стояли на заваді економічного зростання регіону, на ньому також болюче позначалася відсутність єдиної транспортної мережі, єдиної грошової одиниці, єдиної податкової політики, єдиної системи мір і ваги, а також можливості вільного руху робочої сили в межах регіону. Окрім цього, значною перешкодою на шляху економічного розвитку німецьких земель був брак єдиного законодавства. Як слушно зауважив з цього приводу К.-В. Канаріс: «Роздрібненість німецького права була особливо шкідливою в області торговельного обігу»[66**,** S. 16]. Ця риса німецького права проявилася, зокрема, в тому, що «до другої половини ХІХ ст. система джерел торговельного права Німеччини складалась з: торговельних звичаїв, рецепійованого римського права, місцевих законодавчих актів з окремих питань торговельного права, Прусського земського уложення та французьких code de commerce i code civil» [27, С. 431]. В результаті, «перешкоди для розвитку економіки, пов’язані з існуванням дрібних держав та відсутністю єдиного громадянства, видавалися нестерпними буржуазії, що швидко набирала силу; до того ж діяльність на світовому ринку ускладнювалася відсутністю сильної держави. Створення національної держави, здатної захистити країну від чужоземних зазіхань, ставало нагальною потребою німецького народу» [67, С. 142].

Але, незважаючи на важливість даної потреби, процес об’єднання країни тривав десятиліття, в ході яких створювалися й розпадалися різноманітні союзи німецьких земель, що переважно виступали млявою імітацією міжнародного співробітництва й не могли довести возз’єднання країни до кінця. Наприклад, Рейнський союз (1806-1813 рр.), який хоча й ознаменував ліквідацію Священної Римської імперії німецької нації, однак його було сформовано за ініціативою Наполеона І, який діяв не з метою об’єднання німецьких земель, а з метою більш повного використання потенціалу даної території у власних (перш за все військових) цілях. Також Німецький союз (1815-1866 рр.) «не ставив за мету економічне та політичне об’єднання німецького народу, а по суті був знаряддям реставраційної політики австрійського штатс-канцлера князя Клеманса фон Меттерніха» [67, С. 131-132]. В 1849 р. Прусія, яка постійно намагалася стати лідером регіону, спробувала створити новий союз німецьких держав. Зокрема, внаслідок підписання так званої «прусської унії», були об’єднані Пруссія, Гановер, Саксонія та 28 менш могутніх земель. Однак дане утворення проіснувало не довго, оскільки в листопаді 1850 р. Пруссія підписала з Австрією Ольмюцький договір про відновлення Німецького союзу. Після скасування в результаті австро-прусської війни Німецького союзу було створене нове об’єднання – Північнонімецький союз (1867-1871 рр.), який, в порівнянні з попередніми союзами, більше інтегрував країну. Зокрема, в його межах «була створена закріплена правовими актами єдина економічна система. Встановлювалися свобода пересування, єдина система мір і ваги; відмінялися обмеження, що заважали розвитку акціонерних товариств, вводилося єдине кримінальне законодавство. Все це відкривало новий простір економічній ініціативі німецької буржуазії» [67, С. 150]. Отже, тільки останньому з них – Північнонімецькому союзу (1867-1871 рр.) вдалося повністю інтегрувати країну. Чому ж тоді Німеччина так довго йшла до свого об’єднання?

Причин цьому кілька: по-перше, в регіоні був відсутній єдиний могутній центр, який зміг би об’єднати навколо себе німецькі землі. На цю роль претендували дві держави: Пруссія та Австрія, однак, сперечаючись між собою за першість, вони ще більше роз’єднували регіон. По-друге, іншим державам Європи було невигідно, щоб поруч з ними сформувалася економічно та політично могутня країна, а отже вони активно підтримували австро-пруський конфлікт та вживали інших можливих заходів для того, щоб Німеччина залишалася бути територіально роздробленою. Однак основною причиною, яка роз’єднувала Німеччину протягом багатьох століть і зберігала свою силу й у ХІХ ст. були сепаратиські прагнення удільних німецьких правителів. Вони не бажали втрачати владу над своїми землями, а тому активно опиралися не тільки політичній та територіальній інтеграції своїх володінь, а й взагалі будь-якому співробітництву.

Яскравими прикладами тих складнощів, з якими відбувалося будівництво взаємовідносин між німецькими землями є митні та торговельні союзи, створені ними на початку ХІХ ст. Поштовхом для їх формування стало остаточне падіння в 1815 р. наполеонівської блокади, внаслідок чого з Англії до Німеччини полинула велика кількість товарів, які за своїм обсягом, асортиментом та якістю були значно кращими, ніж місцеві вироби.

Бажаючи захистити національних товаровиробників, німецькі держави вимушені були вдатися до протекціонізму, одним із основних заходів якого стало введення високих митних зборів на імпортні товари. Та в решті-решт даний крок не обумовив поліпшення економічної ситуації в регіоні, оскільки, по-перше, Австрія, Росія та Франція також вдалися до збільшення митних тарифів й це значно підвищило ціни на товари, імпортовані з Німеччини; по-друге, існування митних застав дуже ускладнило рух товарів між самими німецькими землями.

Шлях до поліпшення економічної ситуації в регіоні був знайдений німецькими науковцями. Зокрема, економіст Ф. Ліст в 1819 р. надіслав представницькому органу держав-членів Німецького союзу – Бундестагу петицію з пропозицією прийняти рішення про введення в рамках цього утворення єдиного митного простору. Однак Бундестаг відкинув таку ідею і тоді Пруссія, яка намагалася відігравати керуючу роль в регіоні й згуртувати навколо себе німецькі землі, почала реалізувати політику приєднання сусідніх держав до власної митної системи. «Пруссія, одна із найбільш розвинених німецьких держав, стала ініціатором рішучої відміни митних бар’єрів. Це робилося, виходячи не стільки з економічних інтересів, скільки із прагнення витіснити австрійських Габсбургів з лідируючої позиції в справі об’єднання Німеччини» [9, С. 276]. Водночас, російський історик А. С. Фролов наголошував на економічних причинах впровадження власної митної системи на німецьких землях. Зокрема, він підкреслював: «Для Прусії було необхідно адміністративно та економічно інтегрувати нові території, приєднані до неї після наполеонівських війн. Наступним важливим завданням пруського уряду була ліквідація бюджетного дефіциту. Досягненню цих цілей могла сприяти митна реформа» [68, С. 16].

Правовою основою прусської митної системи став Митний закон від 1818 р. «Так, після численних розробок та консультацій 26 травня 1818 зявився Закон про мито та акциз на іноземні товари і про рух між провінціями держави, який встановлював свободу торгівлі тим, що всі іноземні товари природи та мистецтва в даний час могли ввозитися, продаватися та провозитися транзитом по всій державі, після чого при експорті безмитність діє як правило, в той час як при імпорті іноземних фабричних товарів та товарів мистецтва як правило стягувався акциз в розмірі 10 відсотків від середньої ціни виробу, який однак, де це не шкодило внутрішньому виробництву, міг бути вужчим, встановлюватися до ваги, маси чи кількості і врешті-решт обіг в межах держави може бути оголошений вільним» [69, S. 148].

Після набуття чинності цього Закону в рамках Пруссії скасовувалися усі митниці і митні збори, митний кордон співпадав із кордоном самої Пруссії. «Прогрес полягав лише у тому, що Пруссія на своїй території від Рейнланду до Східної Пруссії, від Аахену до Кенігсбергу, сприйняла ідею про безмитну зону і реалізувала» [70, S. 141]. Щодо розміру митних зборів, запроваджених цим законом, науковці зауважують наступне: «І хоча він (Митний закон – І. П.) не робив зовнішню торгівлю повністю безмитною, однак встановлював середнє мито близько 10 %, що було набагато нижче міжнародно прийнятого рівня» [71, S. 105]. Поруч з цим, Закон передбачив один захід, реалізація якого більш швидко «заохотила» німецькі землі приєднатися до прусської митної системи. Мова йде про обов’язок іноземних підданих, що провозили транзитом товар Пруссією, сплачувати мито як при ввезенні товару, так і при його вивезенні з держави. Про це говориться у ряді параграфів Митного закону, й серед них, зокрема, § 23 Закону, що встановив наступне: «іноземні купці, що проїжджають через обидві частини держави, повинні платити в’їзне та виїзне мито лише один раз по повному тарифу в тих провінціях, які їм вперше зустрінуться при в’їзді чи виїзді з країни» [62, С. 624]. Природно, що даний захід призводив до суттєвого підвищення ціни товару, а тому німецькі землі, й особливо ті, що були затиснуті між прусськими провінціями, вимушені були приєднуватися до митної системи Пруссії. Першими серед них стали дрібні країни Тюрінгії та герцогство Шварцбур-Зондерхаузен.

Але інші держави Німецького союзу, вбачаючи в єдиній митній системі загрозу власному суверенітету та бажаючи зупинити зміцнення прусських позицій в регіоні, почали чинити опір Прусії. Це відобразилося, зокрема, в створенні у 1828 р. таких альтернативних економічних союзів, як Південно-німецький митний союз (сформований Баварією та Вюртембергом) та Центрально (Середньо)-Німецький торговий союз (сформований за сприяння Австрії та Великобританії між Саксонією, Нассау, Брауншвейг та ін. країнами). Та прусська дипломатія не дала можливості цим утворенням розвиватися: уже в 1829 р. Південно-німецький митний союз приєднався до прусської митної системи, а в 1833 р. до його складу увійшло ряд північних земель. В результаті між усіма державами, які входили до складу прусської митної системи, 22.03.1833 р. був укладений Договір про створення Німецького митного союзу. Спочатку його було укладено між Пруссією, Кургессеном, Гессеном-Дармштадт та Баварією і Вюттенбергом, а 30.03.1833 р. до нього приєдналася Саксонія. В результаті «підписаний 30 березня Договір об’єднував на той час три засновані в той період митні союзи, пруссько-гессенський, баварсько-вюртенберзьський і тюрингський разом із Князівством Саксонія у великий митний союз, який на той час охопив найбільшу частину німецьких держав» [72, S. 417]. Договір про НМС набув чинності 01.01.1834 р. Інші німецькі землі приєднувалися до його тексту ще протягом 1834 р., а також і після набуття договором чинності.

НМС, незважаючи на умови та причини його створення, відіграв величезну роль як в історії Німеччини загалом, так і в історії формування її права, зокрема. Оскільки, «в його рамках вдалося не тільки побудувати спільну митну систему та досягти високих економічних показників, а й запровадити єдине правове регулювання митних відносин і дати життя першим спільним для всіх німецьких земель нормативним актам – Загальнонімецькому вексельному статуту та Загальнонімецькому торговельному кодексу» [73, С. 414]. Але основне значення НМС полягає все ж таки в тому, що він сприяв розвитку ідеї об’єднання Німеччини. «Із зростанням капіталістичного перетворення господарства, виникненням єдиного внутрішнього ринку в 50-60-ті роки усередині Митного союзу, в якому головувала Пруссія, склалося спільне економічне життя. В ці роки посилилася національна самосвідомість, розуміння того, що національне об’єднання необхідне» [9, С. 142].

Першим заходом, вчинення якого дозволило зрозуміти, що інтеграція німецьких земель можлива, безперечно було створення в регіоні єдиної митної зони. Для цього скасовувалися внутрішні митні бар’єри, встановлювалися єдині збори за ввезення на територію об’єднання товарів з країн-не членів союзу, запроваджувалася загальна інфраструктура митних органів. Зокрема, відповідно до ст. 7 Договору про НМС встановлювалося, що починаючи з моменту набуття ним чинності припиняються всі імпортні, експортні та транзитні збори на кордонах земель, які входили до існуючих до цих пір Прусько-Хесського та Баварсько-Вюттембергського митних союзів, і відтепер можливим є вільний та необтяжений рух товарів з однієї області в іншу [74]. Одночасно, договором передбачалося ряд виключень з цього припису. «В межах союзу відмінялися внутрішні митні збори, але зберігалися вельми високі імпортні тарифи на іноземні (особливо англійські) товари з метою захисту німецьких виробників» [9, C. 276]. Зокрема, кожна земля зберігала існуючі в ній правила щодо заборони чи обмеження ввезення на їх території гральних карт (ст. 9 Договору про НМС) [74]. Також, ввезення солі з території однієї землі до іншої дозволялося лише у випадку, якщо між землями була укладена спеціальна угода з цього приводу (ст. 10 Договору про НМС) [74] тощо. Для формування єдиної митної території, окрім скасування внутрішніх митних перешкод, передбачалося, що між договірними державами мали відновитися переговори відносно розміру так званих шосейних плат (мова йде про плату за проїзд через міст, греблю, бруківку тощо), який мав відповідати звичайним видаткам, затраченим на створення та утримання цих шляхів (ст. 13 Договору про НМС)) [74]. Майже аналогічне положення вводилося і щодо платні за користування морською інфраструктурою. В ст. 17 Договору про НМС говорилося про те, що плата за користування каналами, шлюзами, мостами, портами, машинами, кранами, вагами, поромом повинна стягуватися лише за використання дійсно існуючого обладнання [74]. При цьому розмір даної плати мав бути однаковим для всіх користувачів, незалежно від того, підданими якої держави-члена союзу вони були. Держави-члени союзу повинні були також скасувати на своїх територіях Stapelzwang та інші заходи, які змушували іноземних купців перевозити товар на національних човнах (ст. 16 Договору про НМС)) [74].

Другим заходом, який також сприяв укріпленню інтегративних ідей в регіоні було створення в межах НМС умов для вільного й безперешкодного розвитку торгівлі і промисловості. Варто зауважити, що держави-члени союзу відразу вирішили не обмежуватися лише формуванням єдиної митної території й поставили перед собою більш глобальну ціль – запровадити умови для вільного й безперешкодного розвитку торгівлі і промисловості на території союзу. Це випливало, зокрема, з Преамбули Договору про НМС та ст. 6 даного нормативного акту. І якщо в Преамбулі не прямо говорилося про дану ціль (в ній тільки зауважувалося, що правителі земель турбуються про сприяння свободі торгівлі та промисловому обігу між землями і в Німеччині в цілому й це змушує їх розпочати переговори про подальший розвиток договорів, що існують між ними) [74], то ст. 6 Договору є вже більш конкретною. В ній встановлювалося, що після виконання положень, закріплених в даному міжнародно-правовому акті, між договірними державами, окрім єдиної системи стягнення митних зборів, має бути введена свобода торгівлі і транспорту [74].

Запровадження даного напрямку співробітництва сприятливо відобразилося на об’єднанні країни перш за все тому, що його основою стало введення в регіоні єдиної монетної системи та єдиної системи мір і ваги. Але при цьому слід зауважити, що в Договорі йшлося не про обов’язок держав уніфікувати вищезгадані системи та ввести їх у вжиток, а лише про доцільність відкриття переговорів з цього приводу (ст. 14 Договору про НМС) [74]. Тому дане завдання втілювалася в життя поетапно і остаточно досягти його вдалося лише за часів Північнонімецького союзу.

Наступним заходом, який планувалося здійснити в рамках НМС для сприяння торгівлі й підприємництву в регіоні і який також вплинув на розвиток ідеї об’єднання держави було запровадження кожною землею національного режиму оподаткування іноземних підданих, про що йшлося в ч. 2 ст. 18 та в ст. 19 Договору про НМС [74]. Окрім податкової сфери, національний режим встановлювався і щодо поводження з іноземцями в місцях торгівлі. Зокрема, ч. 4 ст. 18 Договору про НМС предписував, що з підданими держав-членів союзу, які відвідують ринки та ярмарки на території іншої держави-члена з метою торгівлі чи для продажу власних промислових чи фабричних виробів, мають поводитися таким же чином, як і з національними підданими [74].

Отже, всі вище перелічені заходи, вжиті в межах НМС, мали призвести до скасування бар’єрів, що стримували свободу перевезень, рух робочої сили, налагодження торговельних та промислових зв’язків в регіоні. Окрім цього, вони обумовили скасування відмінностей, які існували в правовому становищі іноземних та національних купців, підприємців і простих робітників. Та основний ефект від цих заходів полягав у тому, що в межах німецьких земель формувався спільний економічний простір, який став однією із причин укріплення в суспільстві думки про доцільність об’єднання німецьких земель в єдину державу.

Поруч з цим варто враховувати, що ідея об’єднання Німеччини формувалася не тільки в умовах будівництва економічної єдності регіону, на її розвиток безумовно вплинули й ті перші кроки, що здійснювалися НМС в напрямку введення на його території спільного законодавства.

Зрозуміло, що злагоджене функціонування єдиної митної системи було б неможливим в умовах існування партикулярного правового регулювання митних відносин, тому сторони вже в перших стаття Договору про НМС торкнулися цього питання. Зокрема, в ч. 1 ст. 4 Договору про НМС, говорилося, що на територіях договірних держав повинні існувати узгоджені закони про експортне, імпортне та транзитне мито, при цьому дані нормативні акти можуть мати певні відмінності, обумовлені особливостями загального законодавства однієї із держав або її локальними інтересами, за умови що це не порушуватиме цілей НМС. Окрім цього, закони та правила, узгоджені між державами (а саме: закон про мито, митний тариф, митні правила), мали розглядатися як інтегровані частини даного договору і разом з ним публікуватися [74]. Всі зміни, які вносилися у митне законодавство НМС вносилися тільки за наявності згоди всіх договірних сторін і в той же спосіб, в який відбувалося введення законів (ст. 5 Договору про НМС) [74]. Переговори щодо внесення поправок до митного законодавства НМС обговорювалися в рамках вищого органу цього Союзу – Зібрання конференції уповноважених, як, до речі, питання доцільності розвитку та утворення спільної митної та торгової систем (п. d, ст. 34 Договору про НМС) [74]. Отже, в рамках НМС діяло узгоджене митне законодавство. Водночас в Договорі про НМС була закріплена одна норма, яка, на наш погляд, давала можливість запровадити в рамках союзу не лише єдине митне законодавство, а й єдине законодавство в інших галузях права. Мова йде про його ст. 18, зміст якої зводився до того, що договірні держави домовилися надалі спільними зусиллями впливати на те, щоб шляхом прийняття однакових правил сприяти розвитку промислам і надати по-можливості вільний простір для пошуку підданими однієї держави роботи чи промислу на території іншої [74]. Таким чином, держави висловили свою згоду на введення в рамках союзу єдиного законодавства, якщо це буде необхідно для реалізації закладених в Договорі цілей. При цьому, як видно із змісту ст. 18 Договору, вони чітко не окреслили галузі законодавства, які повинні були уніфікуватися, а отже до їх переліку, окрім митних, могли потрапити будь-які норми, якщо тільки їх узгодження сприяло б розвитку торгівлі, промисловості та вільному руху робочої сили в регіоні.

Однак практична реалізація положень ст. 18 Договору відбувалася надзвичайно повільно, гальмуючись, по-перше, тими ж факторами, які заважали здійсненню всіх інших інтеграційних процесів у регіоні, а по-друге, неготовністю юридичних кіл до створення єдиного правового поля в межах німецьких земель. Адже ще до створення НМС рівень правосвідомості та правової культури німецької нації залишався низьким. Зокрема, під час перемог Наполеона ряд провідних правознавців та політиків не бачили потреби в формуванні власного, німецького приватного права і пропонували ввести на території всіх земель ЦКФ. «Посилаючись на боротьбу за свободу було поставлене запитання, чи може, введений в багатьох місцях ЦКФ, діяти і у Німеччині. Позитивна відповідь на нього була дана в областях, що знаходилися на лівому березі Рейну, оскільки вони визнали переваги цієї кодифікації, але в решті відповідь була негативною із-за національних підстав, висловлених в 1814 р. гановерським придворним радником Рехбергом» [10, S. 201]. Але якщо приділити більш детальну увагу позиції Пруссії, то стане помітно, що не тільки національні інтереси були причиною її відмови будувати систему приватного права на основі Кодексу Наполеона. О. Л. Лисенко, навела висловлювання іншого прусського політичного діяча – міністра юстиції К. К. Г. фон Камптца, який з цього приводу заявив, «що Французький кодекс абсолютно неприйнятний для Німеччини, оскільки не містить ніяких положень про особливі права дворянства і про ленні відносини» [75, С. 95]. Отже, авторитет французьких кодифікацій, а також засилля феодальних устоїв заважали німецьким правознавцям побудувати власне право.

Після поразки Наполеона, яка породила піднесення національно-патріотичних настроїв в Німеччині, сумніви щодо можливості введення в регіоні єдиного приватного права не припинили свого існування. Це, зокрема, проявилося в несприйнятті політичною елітою німецьких земель ідей, висловлених А Ф. Ю. Тібо в роботі «Про необхідність загального цивільного права для Німеччини» 1814 р. В ній, автор, критикував ідею «сліпого» запровадження в німецьких землях ЦКФ і пропонував розробити власний німецький цивільний кодекс (при цьому він не заперечував можливості використання в якості його основи Кодексу Наполеона). Але «на той час ця ідея не могла бути реалізована на практиці, оскільки після падіння Наполеона Центральну Європу захлеснула хвиля реставрації. І династичний партикуляризм німецьких князів дуже скоро перекреслив всі сподівання на створення єдиної демократичної німецької держави з уніфікованою правовою системою» [54, С. 214].

Якщо говорити про ідею створення єдиної для всієї Німеччини збірки норм торговельного права, то у неї також були як противники, так і прибічники. Зокрема, як зауважив С. В. Пахман: «думка щодо кодифікації торговельного законодавства для цілої Німеччини була висловлена ще з початку поточного століття (мова йде про ХІХ ст. – І. П.). Так в Баварії декілька раз вносилося в палати пропозиція про укладення загальнонімецького торговельного кодексу, але на цю пропозицію не відгукнувся тодішній орган німецького союзу – союзний сейм»[49, С. 118]. У зв’язку з цим, а також під впливом наполеонівських перемог, деякі німецькі землі прийняли рішення заповнити прогалини, що існували в правовому регулюванні комерційних відносин, нормами ТКФ. «Наступною кодифікацією, яка в Німеччині здійснила вплив в області торговельного права, був ... французький Code de commerce від 1807 р. Він діяв в частинах західної Німеччини – а саме також ще після визвольної війни до середини 19 століття» [66, S. 16].

Однак під тиском економічних потреб все ж таки розпочалась робота над формування спільної для всіх німецьких земель збірки норм торговельного права. Ініціатива про необхідність введення в межах німецьких земель єдиного торговельного законодавства була висловлена в 1836 р. на першій конференції НМС представниками Вюртембергського уряду. Але ця ідея не знайшла швидкої практичної реалізації. Схожа доля чекала й на наступну заяву Вюртембергського уряду, вчинену з цього ж приводу вже через 10 років після першої. Й лише на 10 конференції НМС, що проходила в 1853-1854 рр., держави-члени висловили згоду на розробку проекту торговельного кодексу. Отже, тільки вісімнадцять років потрібно було для того, щоб німецькі землі визнали необхідність запровадження на їх територіях єдиного торговельного кодексу.

Безпосередня розробка даного нормативного акту здійснювалася вже в рамках не Митного, а Німецького союзу спеціально створеною для цього комісією й на це пішло ще сім років, доки 31.05.1861 р. Бундестаг (союзний сейм) не оголосив проект Загальнонімецького торговельного кодексу готовим до дії і не порекомендував ввести його всім членам Союзу до своїх систем права. Однак процес сприйняття німецькими землями кодексу забрав багато часу, зокрема, більшість з них змогли запровадити даний нормативний акт за чотири роки (до 1865 р.), але навіть після цього залишилися землі, які зволікали із сприйняттям ЗТК. «Введення торговельного кодексу в німецьких державах здійснилося не відразу, а протягом п’яти років з часу його видання, а саме з 1861 по 1865 рік. Він введений, після 1865 року, також в завойованих Прусією провінціях, а саме в 1867 році в Шлезвігу і Гольштайні, в 1872 році в Ельзасі та Лотарингії. Нарешті, за виключенням книги п’ятої, він діє також в Австрії» [49, C. 131]. Таким чином, майже двадцять дев’ять років (з 1836 р. по 1865 р.) потрібно було для того, щоб ідея створення єдиного для всіх німецьких земель торговельного кодексу реалізувалася на практиці і, як видно з вищеподаного матеріалу, шлях його формування та набуття чинності значно відрізнявся від шляху формування законодавства в інших державах. Якщо взяти за зразок процедуру розробки, прийняття та застосування збірок торговельного права Франції, то відразу помітно, що в цій країні законодавство створювалося й функціонувало з волі та під контролем центрального правителя і метою даного законодавства було упорядкування відносин в державі. Натомість ЗТК став своєрідним міжнародним «модельним кодексом», він був нормативним актом не держави, а союзу держав і цей факт вплинув на особливості його формування, прийняття та застосування. Зокрема, він зміг вважатися остаточно створеним лише після того, як його зміст був погоджений між усіма державами-членами НМС, а набув чинності тільки тоді, коли кожна земля включила його до власної системи права.

Водночас такий механізм набуття чинності ЗТК, негативно впливав на цілісність правового регулювання комерційної діяльності в межах Німецького союзу, оскільки в будь-якій землі до даного нормативного акту могли бути внесені зміни, обумовлені торговельною практикою або відмінностями законодавства тієї чи іншої землі. Й, до речі, держави вже при запровадженні ЗТК до власних систем права робили певні застереження відносно його застосування. Так, Бремен і Гамбург поширили даний кодекс не тільки на торговельний обіг, а й на загальний цивільний обіг, Австрія погодилася на сприйняття ЗТК не в повній мірі, а лише в тій частині, яка не стосується торговельного мореплавства.

Однак історія Німеччини рухалася таким чином, що невдовзі після сприйняття німецькими землями ЗТК, Німецький союз було розпущено і на його теренах в 1867 р. сформувався Північнонімецький союз, вищий орган якого володів компетенцією створювати законодавство, обов’язкове для всіх членів союзу. В результаті, на основі Закону від 05.07.1869 р. «Про введення Загальнонімецького вексельного кодексу, Нюрнбергських вексельних новел і Загальнонімецького торговельного кодексу в якості союзних законів» ЗТК було визнано союзним законом, що позбавляло місцевих правителів права вносити до нього зміни і доповнення. Після ж проголошення в 1871 р. Німецької імперії, ЗТК на підставі закону від 16.04.1871 р. одержав статус імперського закону і тепер вважався діючим на території вже держави, а не міждержавних союзів, як це було раніше.

**2.2 Ознаки торговельного права Німеччини відповідно до приписів Загальнонімецького торговельного кодексу 1861 року**

З точки зору системи права Німеччини загалом, ЗТК став одним із основних етапів на шляху до припинення партикуляризму німецького права. «Особливо багато в об’єднання права внесли торговельний обіг і торговельне право. Останнє стало першою матерією, яка була об’єднана в минулому столітті в Німеччині (мова йде про ХІХ ст. – І. П.) – ще задовго, до політичного об’єднання» [66, S. 7]. Окрім цього, ЗТК відіграв велику роль і в процесі формування торговельного права Німеччини, оскільки, його введення призвело до упорядкування норм даної галузі права та до запровадження на території Німеччини основ єдиного правового регулювання комерційних відносин.

Водночас, прийняття ЗТК підтвердило, що торговельне право Німеччини володіє рядом тих властивостей, які були притаманні даній галузі права в часи Середньовіччя і без наявності яких торговельне право могло втратити свою самобутність. Зокрема, розглядаючи ознаки торговельного права цього періоду, передусім варто звернути увагу на його гнучкість. Новітнє торговельне право Німеччини, не зважаючи на те, що його основні норми закріплювалися вже в писаному нормативно-правовому акті, не відмовилося від традиції використовувати звичай в якості свого джерела. На це, перш за все вказує ст. 1 ЗТК, яка закріпила ієрархію джерел торговельного права. Зокрема, в ній, зазначалося: «в торговельних справах застосовуються приписи даного уложення; за їх відсутності, застосовуються торговельні звичаї»[76, С. 1].

Але, окрім даної норми, ще ряд статей кодексу свідчили про збереження звичаєм статусу джерела торговельного права. Мова йде, наприклад, про ті з них, які, регулюючи конкретні суспільні відносини, встановлювали тільки загальне правило поведінки, а окремі аспекти дозволяли регулювати звичаєм. Прикладом такої норми є ст. 290 ЗТК, відповідно до якої купець, що в якості постійного промислу займався виконанням доручень інших осіб, міг вимагати від них винагороду за свою роботу без будь-якої попередньої домовленості. Розмір же цієї винагороди мав визначатися саме звичаєм, що діяв в тій місцевості, на території якої відбувалися дані юридичні факти.

Поруч з подібними до вищенаведеної статті ЗТК нормами, в кодексі містилися інші за змістом статті, що також розглядали звичай в якості джерела торговельного права. Їх відмінність від ст. 209 ЗТК полягала в тому, що вони допускали використання звичаю не як доповнення до основного законодавчого правила, а як альтернативне йому правило поведінки. Прикладом такої норми є ст. 349 ЗТК, згідно якої покупець не міг пред’явити продавцю претензію про недоліки товару, якщо він не повідомив продавця про виявлені ним недоліки протягом 6 місяців з часу одержання товару. Однак якщо особливі закони чи торговельні звичаї встановлювали для окремого роду предметів більш короткі строки подання претензії, тоді їх положення мали перевагу над приписами ЗТК. Отже, при регулюванні торговельних відносин можна було вдаватися навіть до тих звичаїв, які за своїм змістом суперечили законодавчому правилу, якщо воно мало диспозитивний характер. Про те, що дане правило було дійсно чинним свідчить висловлення Д. Азаревича, який зауважив: «Звичай, що суперечить публічному порядку чи добрим нравам (традиціям), чи законоположенням наказового для даного випадку характеру або взагалі таким, що виключають застосування звичаю, не може мати сили. Закон же диспозитивний може бути відмінений звичаєм» [48, С. 43]. Таким чином, після прийняття ЗТК звичаї були визнані субсидіарним джерелом права й виходячи з приписів даного нормативного акту можна було виділити такі основні правила їх застосування: до них вдавалися або у разі відсутності в законодавстві необхідної норми, або ж тоді, коли закон прямо встановлював, що певні суспільні відносини мають регулюватися звичаєм. При цьому субсидіарне становище не заважало застосовувати звичай, який порушував диспозитивний припис закону.

Водночас зрозуміло, що у зв’язку з розширенням сфери застосування писаного права, цих правил було недостатньо для використання звичаїв на практиці. Адже, скажімо суддям для того, щоб правильно використати звичай при розв’язанні торговельних спорів необхідно було знати, яким критеріям має відповідати правило поведінки для того, щоб стати звичаєм. Тому німецькі фахівці з торговельного права почали працювати над дослідженням правового статусу звичаю та правил його застосування і їх основні здобутки були висвітлені, наприклад, в роботах одного із найавторитетніших науковців ІІ пол. ХІХ ст. В. Ендеманна. Зокрема, він зробив акцент на тих рисах, які відрізняли це джерело права від узвичаєння. «Звичай – на його думку – це відома, фактична практика, яка здійснюється протягом тривалого часу й не порушує заборонювальних правових норм, мораль та суспільний добробут» [77, S. 20]. Натомість під узвичаєнням він розглядав «вид чи спосіб, до якого звичайно звертаються в більшому або меншому колі при вчиненні угод чи правових актів торговельного характеру» [77, S. 21].

Виходячи з цих визначень можна виділити такі дві основні відмінності звичаю від узвичаєння: звичай має бути відомим широкому колу купців (приміром, купцям окремої землі, чи кількох земель, або навіть всієї Німеччини), узвичаєння ж, навпаки, застосовувалося обмеженою кількістю купців (приміром, купцями окремого міста чи порту). Окрім цього, звичай формувався завжди там, де було відсутнє необхідне законодавче регулювання, а тому поступово створювалася розгалужена система звичаїв, які регулювали широке коло торговельно-правових відносин. Сфера ж застосування узвичаєння обмежувалася лише окремими питаннями. В. Ендеманн охарактеризував сферу застосування узвичаєння таким чином: воно «служить лише як основа для встановлення волі учасників ... Якщо його існування буде визнаним, ... суд візьме його до уваги при тлумаченні правочинів або інших вольових актів» [77, S. 21]. Також російський вчений А. І. Камінка назвав узвичаєння «відмінним засобом для розпізнання волі контрагентів» [78, S. 81]. Отже, основне призначення узвичаєння полягало не в регулюванні правових ситуацій, а у тому, щоб сприяти судді з’ясувати реальний зміст правовідносин та справжню волю їх учасників, натомість звичай, в силу своєї поширеності та регулярності застосування, сприймався як правова норма, основною функцією якої була регламентація суспільних відносин.

Але не зважаючи на те, що дані розробки значно упорядкували процедуру застосування звичаю, в цій області залишалося ще ряд невирішених питань. Адже всі вищеназвані правила скеровувалися переважно на спрощення процесу використання звичаїв в суді, а особливості використання даного джерела права в повсякденній комерційній практиці упускалися. Так, нерозв’язаним залишалося питання про співвідношення юридичної сили звичаю і договору, у зв’язку з чим було невідомо чи могли сторони за взаємною згодою відмовитися від використання звичаю і передбачити в договорі інше правило поведінки. Розв’язання даного питання було нагально необхідним завданням, оскільки в ЗТК існувало ряд статей (зокрема, ст. 80, 258, 339, 352), які допускали можливість альтернативного застосування договору і звичаю при регулюванні суспільних відносин і це могло породити ситуацію, коли договір міг закріпити приписи, що суперечили звичаю. Також колізія могла виникнути тоді, коли звичай суперечив нормам моралі, оскільки у висловлюваннях ряду науковців підкреслювалося, що звичай не повинен суперечити моральним принципам, однак законодавчих підстав для цих міркувань не було. Отже, перед німецьким правознавством та судовою практикою стояло ще багато проблем, пов’язаних із звичаєм, вирішення яких потрібно було, по-перше, для того, щоб правильно застосовувати звичай при регулюванні комерційних відносин, й, по-друге, щоб зберегти й надалі гнучкість торговельного права.

Повертаючись до інших ознак торговельного права, слід наголосити на тому що, якщо середньовічне jus mercatorum мало встановлювати повне регулювання всіх сторін купецького життя і тому включало до свого складу норми з різних галузей права, то в Німеччині в ІІ половині ХІХ ст. (так само, як і у Франції в ХVII ст.) проходить процес відшарування низки публічно-правових норм та інститутів із системи торговельного права, в результаті чого в його складі залишилися тільки ті норми, які регулювали винятково питання організації й ведення комерційного промислу. Серед причин, які спричинили вилучення публічно-правових норм із системи торговельного права Німеччини, було багато аналогічних тим, що обумовили проходження такого ж процесу у Франції. Зокрема, як і у Франції, велику роль відіграло тут запровадження свободи доступу кожного до торговельної професії, яке, щоправда відбувалося дуже поступово, та зміцнення державної влади в країні. В результаті послабився вплив купецьких гільдій й відбулася передача ряду їх адміністративних функцій (зокрема, по формуванню зовнішньоторговельної політики, організації діяльності купців, регулюванню стандартів якості й кількості товарів, встановленню відповідальність купців за неналежне виконання зобов’язань та ін.) до рук держави. Остання ж здійснювала дані функції вже в рамках інших, більш загальних своїх повноважень. Так зовнішньоторговельна політика визначалася державою в руслі загальної зовнішньої політики, вимоги до правового статусу купця, його підприємства, а також стандарти якості та кількості встановлювалися в рамках загальної дозвільної політики країни, відповідальність купців визначалася в рамках загального адміністративного та кримінального права. У зв’язку з цим, відповідні торговельно-правові норми перейшли до складу більш загальних галузей права, а саме: митного, фінансового, адміністративного та кримінального права.

Окрім вищезгаданих інститутів, із складу ЗТК також було виключено таку традиційну підгалузь торговельного права, як вексельне право у зв’язку з виданням окремого нормативного акту – Загальнонімецького вексельного статуту, який і закріпив правове регулювання вексельного обігу. Однак, на наш погляд значну роль відіграв тут той факт, що у вексельні зобов’язання могли вступати не тільки купці, а й особи, які не мали ніякого відношення до комерційної справи. Отже, в силу такого широкого суб’єктного складу, вексельне право вже не могло розглядатися як частина виключно торговельного права, воно стало підгалуззю більш широкої системи норм – цивільного права.

При розробці ЗТК автори вимушені були коригувати його зміст й відповідно до умов територіального устрою Німеччини і, зокрема, виключати з нього інститути, які регулювалися місцевим правом кожної землі із значними розбіжностями. Наприклад, саме у зв’язку з «відмінностями процесуального законодавства в окремих державах (йдеться про німецькі землі – І. П.)» [49, С. 129] до ЗТК не увійшло торговельне процесуальне право і правове регулювання питань неплатоспроможності, які, до речі, були притаманними збіркам торговельного права Франції.

Водночас, факт не включення даних інститутів до ЗТК пішов на користь кодексу, оскільки позбавив його ряду подальших швидких змін. Адже, якщо говорити про торговельне процесуальне право, то в німецькому правознавстві поступово зміцнювалася думка про відсутність потреби в існуванні окремих комерційних судів і в ході судової реформи 1877 р. їх функції були передані спеціальному підрозділу загальних судів. «В Німеччині, з часів судової реформи 1877 року, комерційна юриспруденція збереглася у вигляді придатка до загальних судів, як компроміс між вимогами з боку торговельного прошарку підтримати комерційні суди і навіть надати їм подальший розвиток, та бажанням уряду повністю відмінити цей залишок станової відокремленості» [79, С. 6]. В результаті даної реформи, правове регулювання процедури розгляду комерційних спорів здійснювалося загальними цивільно-процесуальними актами (Статутом судоустрою та Статутом цивільного судочинства), а отже потреби в закріпленні особливих торговельних процесуальних норм в ЗТК вже не було.

Окрім питань судоустрою, вищезгадана реформа торкнулася також процедури визнання особи банкрутом. Був розроблений Конкурсний статут від 1877 р., автори якого встановили єдину процедуру конкурсного провадження як для області комерційних відносин, так і не комерційних. У зв’язку з цим, правове регулювання неплатоспроможності так і не стало інститутом торговельного права Німеччини і його норми не були включені до складу ЗТК.

Таким чином, в результаті політичних, економічних, соціальних та правових перетворень, які відбулися в Німеччині в ХІХ ст., із німецького торговельного права було виключено низку публічно-правових інститутів, притаманних йому в попередні історичні періоди.

Однак ряд російських дореволюційних правознавців вважали, що ЗТК був повністю очищеним від публічно-правових засад. Серед них А. Г. Гусаков, який з цього приводу написав таке: «Як загальнонімецьке торговельне уложення, так і вексельний статут багато в чому перевершують французький кодекс. Тут ми спостерігаємо повне відмежування приватного права від публічного…» [80, С. 38]. Аналогічну думку висловлювали й інші вчені, наприклад А. Ф. Федоров [44, С. 48]. Але найбільшим прихильником ідеї очищення ЗТК від публічно-правових положень виявився В. А. Удінцев, який, зокрема, писав: «в німецькому уложенні, з його чисто приватно-правовим характером, з його завданням урегулювати відносини торговельного обігу на користь цього останнього, з його прагненням замкнути торговельний обіг і торговельне право в їх спеціальні рамки, – для публічного елемента не залишилося місця» [30, С. 123]. Отже, вищенаведені науковці вважали безспірним факт вилучення всіх публічно-правових засад із ЗТК. Поруч з цим, В. Ендеманн хоча й підкреслював, що предметом його дослідження є виключно приватне торговельне право, одночасно писав: «Торговельне приватне право … містить ті правові норми, які є авторитетними для приватно-правових відносин, що виникають в торговельному обігу. Все ж таки, як і в приватному праві взагалі, не рідко беруться до уваги і приписи, які одночасно належать принаймні до публічного чи адміністративного права» [77, С. 4]. Мова тут йде, передусім, ті частини ЗТК, які регулювали порядок торговельної реєстрації та особливості ведення торговельних книг.

Але В. А. Удінцев, гаряче відстоюючи точку зору про повне очищення торговельного права Німеччини від публічно правових засад, спробував довести, що хоча інститут торговельної реєстрації та інститут ведення торговельних книг й зберегли своє адміністративне, публічне значення, однак змінилося їх завдання – воно змістилося в бік забезпечення приватних інтересів купців [30, С. 123-124].

Українським правознавцям, на сьогодні, складно зрозуміти думку В. А. Удінцева, оскільки у вітчизняній юридичній науці процедуру реєстрації підприємців наділяють переважно публічно-правовим значенням. Зокрема, як зазначається в Науково-практичному коментарі Господарського кодексу України: «метою державної реєстрації є: забезпечення державного обліку всіх суб’єктів господарювання; збір та підтвердження достовірних даних про їх правове, майнове та організаційне становище; здійснення первинного контролю за легітимністю виникнення, зміни та припинення правового статусу суб’єкта господарювання; запобігання неправомірному використанню суб’єктом – юридичною особою у своїй назві найменувань державних органів та органів місцевого самоврядування …, найменувань вже зареєстрованих суб’єктів; чітка ідентифікація … суб’єкта у господарському обороті; отримання суб’єктом господарської компетенції» [80, С. 98]. Отже, із всіх вищенаведених цілей державної реєстрації лише остання може розглядатися як приватно-правова, оскільки вона служить виключно інтересам приватної особи.

Однак В. А. Удінцев говорив про інший прояв приватно-правового значення торговельної реєстрації. Він вважав, що німецький законодавець, надавши купцю можливість використовувати зареєстровані факти без будь-якого додаткового інформування своїх контрагентів, турбувався виключно про інтереси приватного комерсанта. Адже цим він наділив комерсанта правом вільно спиратися на дані факти в своїй торговельній діяльності і не гальмувати її зайвими формальностями. Натомість даній можливості окремого комерсанта був протиставлений обов’язок всіх інших учасників комерційних відносин самостійно дізнаватися про зареєстровані факти і нести певні юридичні наслідки у випадку невиконання даного обов’язку. Отже, на думку вченого, німецький законодавець, турбуючись про інтерес окремого комерсанта, а не про інтереси комерційного обігу загалом, надав інституту торговельної реєстрації приватно-правового забарвлення

Зміст ЗТК свідчить про те, що торговельне право, в силу того, що система німецького права ще не мала нових галузей права, які б задовольняли нові суспільні відносини, що розвивалися в той час (наприклад, трудові, соціальні), включила до нього й норми, які регулювали відносини, тільки побічно пов’язані з торгівлею. Серед них особливу цікавість викликають ст. 60-65 ЗТК, які встановлювали випадки та процедуру припинення трудових відносин торговельних помічників, а також право торговельного помічника у разі настання трудового каліцтва одержувати протягом шести тижнів платню та утримання від купця. Як видно, дані норми більшою мірою відносилися до трудового права, ніж до комерційного і їх присутність в торговельному праві пояснюється посиленням впливу робітничого руху в державах Західної Європи, який змусив німецького законодавства, попри пануючі в ньому феодальні традиції, стати більш відкритим для реалізації трудових та соціальних прав громадян. Отже, автори ЗТК, розробляючи правове регулювання трудових та соціальних відносин на комерційному підприємстві, просто діяли в дусі свого часу.

У зв’язку з виокремленням ряду інститутів із складу торговельного права та включенням до нього нехарактерних норм виникає запитання про систему торговельного права в період дії ЗТК. Слід сказати, що після прийняття даного кодексу торговельне право стає зосередженим на регулюванні таких трьох питань: питанні організації торговельного промислу, питанні торговельних угод та питанні торговельного мореплавства. Перше з них регламентувалося за допомогою таких інститутів, як правовий статус учасників комерційних відносин (торговельних товариств, купця, його помічників, торговельних представників, а також маклерів), торговельна реєстрація, торговельні фірми та торговельні книги. Другому питанню присвячувався інститут торговельних угод, в склад якого входили норми щодо поняття, особливостей укладання та виконання торговельних угод загалом та таких їх видів, як купівля-продаж, комісійна угода, договір експедиції, фрахтовий договір. Третє питання регулювалося широкою системою інститутів, які умовно можна поділити на такі групи: ті, які присвячувалася договірним відносинам (як договорам загалом, так і окремим видам договорів, а саме: договору фрахту човна для перевезення вантажу чи пасажирів, договору бодмереї, страховому договору); ті, що регламентували відносини між членами екіпажу (правовий статус власника човна, шкіпера, інших членів команди, дисциплінарні положення), ті, що регулювали питання морської аварії. Отже, всі вище перелічені інститути й складали систему торговельного права Німеччини. Додамо лише, що німецькі науковці, порівнявши власне торговельне право і торговельне право Франції відмітили, що хоча із ЗТК й було виключено ряд інститутів, характерних для ТКФ (наприклад, правове регулювання питань неспроможності, вексельне право), однак все одно сфера застосування їх національного торговельного права є ширшою, ніж у сусідів. Цього вдалося досягти за рахунок включення до системи даної галузі права нових інститутів (приміром, інституту прокури) та за рахунок більш докладного регулювання безпосередньо комерційних відносин (наприклад, купівлі-продажу). «Область торговельного приватного права – в порівнянні з «code de commerce» – була істотно розширена. Тут можна знайти приписи про торговельну фірму, «прокуристів», торговельних уповноважених, «торговельних помічників», «торговельних маклерів», торговельні угоди загалом (визначення. «укладення», виконання і т. ін.), купівлю-продаж, «комісію», експедицію, фрахтову угоду загалом і щодо залізничних перевезень зокрема» [46, S. 18].

Наступною рисою торговельного права Німеччини була його готовність запозичити з інших галузей права норми, необхідні для регламентації комерційного обороту. Зокрема, в силу схожості векселя з цінними паперами, що використовувалися в торговельному обороті, до їх правового регулювання залучалися не тільки норми ЗТК, а й положення, розроблені в рамках вексельного права. Наприклад, ст. 305 ЗТК зазначала: якщо папери писані «за наказом» і можуть бути передані за надписом, то форма вчинених на них надписів, законність володіння ними і порядок перевірки цієї законності, а також обов’язок володільця таких паперів у певних випадках повернути їх, обговорювався на підставі постанов, викладених в ст. 11-13, 36 і 74 Загальнонімецького вексельного статуту.

Для належної організації роботи торговельних товариств велике значення мали «загальноекономічні» закони, серед яких Конкурсний статут від 1877 р., Закон про боротьбу з недобросовісною конкуренцією від 1896 р., Закон про банки від 1875 р. А у зв’язку з включенням до ЗТК положень про фірмове найменування купця, а також в силу численних наукових відкриттів кінця ХІХ ст. комерційний обіг Німеччини потребував охорони промислової власності і торговельне право змогло почерпнути необхідні норми із таких законів, як: Закон про патент від 1877 р., Закон про охорону торгових марок та інших знаків від 1874 р., Закон про правову охорону зразків і моделей від 1876 р. та Закон про корисні моделі від 1891 р.

Отже, як і в попередні історичні періоди торговельне право не охоплювало всі можливі прояви комерційних відносин. Його регулювання зосередилося на правовому статусі учасників торговельного обігу, на особливостях організації комерційного промислу, а також на специфіці торговельних угод, а для регламентації інших відносин, які виникали в сфері комерції, запозичувалися норми з решти галузей права. Водночас при дослідженні питання взаємодії торговельного права з іншими галузями, окрему увагу слід приділити співвідношенню норм торговельного і цивільного права, оскільки в сучасній Німеччині основу правового регулювання комерційних відносин становлять норми саме цих двох галузей права.

Як відомо, цивільне право Німеччини залишалося бути партикулярним аж до 1900 р., адже тільки з 01.01.1900 р. набув чинності перший Загальнонімецький цивільний кодекс. «… В Німецькій імперії аж до самого кінця ХІХ століття не було єдиного зводу цивільно-правових норм. Не лише кожна окрема держава, що входила до складу імперії, але навіть найнезначніші області та провінції в межах кожної із вказаних держав мали своє власне право, свої особливі юридичні звичаї та постанови» [63, С. 275]. Окрім цього, цивільне право Німеччини було застарілим, в його надрах майже не розвивалися інститути, необхідні для новітніх економічних відносин. Приміром Г. Ф. Шершеневич, порівнюючи цивільне та торговельне право Німеччини, охарактеризував ці галузі права так: «В той час, як останнє (цивільне право – І.П.) залишалося ще на ґрунті чисто римському, торговельне право далеко відхилилося від нього в розумінні природи багатьох інститутів, як представництва, товариства, далеко просунулося на шляху розвитку нових інститутів, як комісіонерства, фрахтового договору, створило нові угоди, встановило точність та ясність в справі укладення і виконання договорів» [23, С. 45]. Архаїчність цивільного права була настільки глибокою, що воно іноді виявлялося нездатним регламентувати навіть цивільно-правові відносин й торговельне право вимушено було певною мірою перебрати на себе функцію по їх регулюванню. «Незадовільний стан німецького цивільного права привів до того, що в торговельне уложення 1861 р. були введенні правила, які могли мати значення не лише для торгівлі, але й для всієї області цивільних відносин» [58, С. 45]. Мова йде передусім про норми, які регулювали порядок укладення, зміни, розірвання та виконання торговельних угод. Їх застосування у цивільному обороті стало можливим завдяки тому, що німецький законодавець із загального переліку торговельних угод виділив в окрему групу ряд угод, які визнавалися торговельними в силу їх комерційного характеру (купівля-продаж, поставка, страхування за винагороду, морські перевезення), а не тому, що вони здійснювалися комерсантом у вигляді промислу. Це дозволило поширити правове регулювання подібних торговельних угод, як на випадки, коли їх учасниками виступали купці, так і на випадки, коли в них брали участь звичайні приватні особи. Як зауважила з цього приводу О. Л. Лисенко: «Примітно, що до моменту прийняття в Німеччині єдиного цивільного кодексу його функції (особливо в сфері регулювання зобов’язальних правовідносин) частково виконував Торговий кодекс 1861 р. Закріплення в ньому поняття «абсолютної» торговельної угоди (т.б. угоди, яка вважається торговою незалежно від належності особи, що її уклала, до торговельного стану), а також «загальних положень» про торговельні угоди дозволило значно розширити сферу дії уніфікованих торгово-правових норм» [82, С. 59]. Аналогічна думка висловлювалась також і німецькими правознавцями, які, зокрема, відмічали, що «з огляду на відсутню тоді цивільно-правову кодифікацію, ЗТК містив передусім загальні приписи щодо укладення договору (ст. 317-323), включаючи представництво (зокрема, ст. 52-56)» та виконання (ст. 324-336). Теж саме діяло щодо договору купівлі-продажу (ст. 337-359), яке поширювалось також на загальні порушення виконання договорів купівлі-продажу (ст. 354-357). Частково вони перейшли пізніше у Цивільний кодекс і відповідно створили для відповідної законодавчої роботи вказівний зразок» [83, S. 4].

Таким чином, зважаючи на партикулярність та застарілість цивільного права Німеччини може скластися враження, що в ІІ половині ХІХ ст.. дана галузь права була повністю непридатною для регулювання торговельних відносин і комерсанти в своїй діяльності зовсім не спиралися на її норми. Однак ЗТК свідчив про протилежне. Його норми прямо вказували на те, що цивільне право залучалося до регулювання комерційних відносин. Серед цих норм перш за все слід згадати ст. 4 ЗТК, яка встановлювала ієрархію джерел торговельного права і передбачала, що у разі відсутності необхідної для регулювання торговельних відносин законодавчої норми або звичаю, слід було застосовувати загальне цивільне право. Окрім цього, кодекс містив кілька статей, які прямо відсилали до норм даної галузі права. Наприклад, ст. 288 ЗТК встановлювала, що особа може вимагати сплати відсотків за прострочене виконання торговельної угоди з дня нагадування, якщо цивільним правом не встановлений більш ранній термін. Отже, ЗТК не тільки визнав можливість регулювання комерційних відносин за допомогою норм цивільного права, а й передбачив конкретні випадки їх застосування.

В свою чергу німецькі вчені, виходячи із згаданих статей ЗТК, розробили правила співвідношення норм цих галузей права, згідно яких торговельне право визнавалося особливим правом торгівлі і при регулюванні комерційних відносин воно передувало цивільному праву, «будь то загальному, будь то партикулярному; як тому, що вже існувало під час його публікації (ЗТК – І.М.) раніше в окремих державах, а віднині і в імперії, так і тому, що було спочатку видане в окремих державах чи в імперії в якості цивільного права, що не може застосовуватися до торговельних справ» [**77**, S. 4]. Отже, із виданням ЗТК на офіційному рівні було визнано, що регулювання торговельних відносин має базуватися на основі двох галузей права: цивільного і торговельного, при цьому торговельне право розглядалося як спеціальна по відношенню до цивільного права галузь. Це ознаменувало введення до правознавства Німеччини такого особливого правового явища як дуалізм приватного права.

Водночас варто нагадати, що зв’язок торговельного та цивільного права Німеччини проявився також і в тому, що недосконалість останнього сприяла збереженню торговельним правом статусу окремої галузі права. Як уже зазначалося вище, в Німеччині поступово відмирали всі станові умовності і торговельний кодекс проголосив право кожного займатися комерцією незалежно від свого соціального статусу. Це означало зникнення стану купців, а разом із ним і однієї із основних підстав виокремлення торговельного права в окрему галузь права. Однак, торговельний обіг потребував правового регулювання, яке не могло йому надати ні партикулярне, архаїчне цивільне право Німеччини, ні жодна інша галузь права. В результаті: «Незадовільність останнього (цивільного права – І.П.) – головна причина прояву особливого торговельного законодавства» [23, С. 45].

Продовжуючи характеризувати торговельне право Німеччини варто зауважити, що із виданням ЗТК дана галузь права була наділена широкою системою юридичних засобів та прийомів, необхідних для забезпечення швидкості та надійності комерційного обігу. Зокрема, в кодексі містилася ціла низка статей, які змушували купця діяти швидко. Приміром, ст. 347 ЗТК встановлювала, що при одержанні товару купець зобов’язаний негайно його оглянути і у разі виявлення недоліків зараз же повідомити про це продавця. Якщо ж цього не буде вчинено, тоді вважалося, що якість поставленого товару є належною, хіба що недоліки не можна було виявити шляхом негайного огляду. Однак якщо такі недоліки згодом все ж таки були виявлені, купець мав зразу ж після їх виявлення повідомити про це продавця. Також при укладенні угоди купець мав діяти швидко і не зволікати з відповіддю на оферту. Даний обов’язок випливав із ст. 318 ЗТК, в якій говорилося про те, що у разі висловлення пропозиції укласти договір при наявності обох сторін, згода має бути висловлена негайно, в іншому ж випадку оферент вважається не зв’язаним далі своєю пропозицією.

Прискоренню торговельного обороту сприяло також те, що ЗТК намагався спростити окремі формальності, які необхідно було вчинити для організації та ведення торговельного промислу. Наприклад, ст. 317 ЗТК говорила про те, що в торговельних справах дійсність договорів не залежить ні від укладення їх в письмовій формі, ні від інших формальностей.

Водночас, німецький законодавець розумів, що спрощення та прискорення торговельного обороту не мають шкодити його безпеці та стабільності й тому до ЗТК було введено багато охоронювальних заходів. Так, наприклад, відповідно до ст. 344 ЗТК якщо товар має бути пересланий покупцю з іншого місця і спосіб пересилки покупцем не визначений, то продавець вважався уповноваженим замість покупця обрати з обачливістю, властивою добропорядному купцю, спосіб пересилки, і зокрема, призначити ту особу, яка повинна перевезти товар чи турбуватися про перевезення.

До цього необхідно додати, що в торговельному праві Німеччини існували інститути, які служили одночасно двом цілям: і прискоренню торговельного обороту, і його захисту. До таких відноситься, зокрема, інститут торговельної реєстрації. Нами вже неодноразово підкреслювалося, що його основною метою був захист купців від зловживань з боку недобросовісних учасників комерційного обороту. Адже в силу того, що інформація з торговельного реєстру публікувалися в газетах, а також в силу відкритості самого реєстру для ознайомлення, кожен купець мав можливість перевірити правдивість тих чи інших відомостей про свого контрагента. Однак при цьому процедура реєстрації була максимально спрощена.

Результатом включення всіх вище перелічених норм та інститутів до ЗТК стало те, що даний нормативний акт став найсучаснішою збіркою норм торговельного права в Західній Європі і ця обставила обумовила його запозичення багатьма країнами даного регіону. У зв’язку з цим торговельному праву продовжувала бути притаманною така риса, як універсальність, хоча про неї варто говорити з тими ж застереженнями, що й і про універсальність торговельного права французького періоду.

Дія ЗТК тривала до початку ХХ ст. й була припинена у зв’язку з набуттям чинності нового ТКН. Слід зазначити, що питання про перегляд ЗТК постало перед німецьким законодавцем в силу двох причин – першою з них була відсутність в цьому кодексі ряду норм, необхідних для регулювання окремих сфер комерційного життя, друга полягала в тому, що починаючи з 1874 р. в Німецькій імперії велась робота по підготовці ЦКН й обидва кодекси слід було узгодити між собою. Варто додати, що друга причина породила також питання про доцільність подальшого існування в Німеччині торговельного права, як окремої галузі права і про можливість злиття його норм з нормами Цивільного кодексу. Однак, німецький законодавець прийняв рішення зберегти самостійне становище торговельного права і приступив до розробки відповідного кодексу. Цікаво, що дане рішення було прийняте не у зв’язку із тим, що тільки торговельне право володіє спеціальними засобами та прийомами, необхідними для регулювання специфіки комерційних відносин, а в силу недосконалості німецької законотворчої техніки та в силу романтичності німецького законодавця. Як писав з цього приводу Г. Ф. Шершеневич: «Незважаючи на те, що при кодифікації цивільного права представлялася повна можливість злиття торговельного права з цивільним, вирішено було зберегти самостійність за торговельним законодавством. Причинами цього послужили, по-перше, побоювання, як би більш широкою постановкою справи не загальмувалася так давно очікувана національна справа, і, по-друге, бажання зберегти торговельний кодекс, як історичну пам’ятку національного об’єднання, вперше досягнутого в області права» [23, С. 45-46]. В результаті 01.01.1900 р. набули чинності Цивільний та Торговельний кодекси Німеччини, які становлять основу приватно-правового регулювання торговельних відносин й в сучасній ФРН.

**2.3 Тенденції розвитку приватно-правового регулювання торговельних відносин у Німеччині у ХХ - на початку ХХІ століть**

Після набуття чинності ЦКН та ТКН, їх зміст та зміст законодавства, пов’язаного із торговельними відносинами, зазнавав значних змін, обумовлених не лише розвитком економічних відносин в Німеччині, а й тими грандіозними політичними подіями, що відбулися у цій державі та у світі протягом ХХ ст. Найбільш значимим серед них були, звичайно ж, Перша світова війна, економічні кризи початку ХХ ст., період панування націоналсоціалізму та фашистської ідеології в Німеччині, Друга світова війна, розпад Німеччини на дві частини та участь Федеративної Республіки Німеччини в євроінтеграційних процесах. Всі ці зміни значною мірою впливали на законодавство, що регулювало питання виробництва, грошового обігу, податків, соціальної сфери; торкнулися вони певною мірою й джерел торговельного права, хоча, як зазначають німецькі вчені «цей період часу характеризувався менше змінами в «класичній» матерії торговельного права і більше повільним становленням нової категорії норм: а саме норм господарського права» [46, S. 20].

Зокрема, період Першої світової війни ознаменувався зміною типу економіки в Німеччині. Керуючись інтересами війни, держава перейшла від ринкової економіки до планової і, відповідно, сформувала нове, підпорядковане потребам війни, законодавство в сфері промислового виробництва, сільського господарства, видобутку корисних копалин та організації праці. Всього в цей час було розроблено 17 воєнних законів, які умовно ділились «на п’ять груп, що стосувалися воєнної, господарської, фінансової, соціально-політичної та загальної юридичної області» [84, S. 1015]. Центральним серед них вважався Закон, який наділив Бундесрат широкими повноваженнями по оперативному законодавчому регулюванню економіки на випадок війни. Мова йде про Закон від 14. 08. 1914 року про надзвичайні повноваження Бундесрату щодо вжиття економічних заходів і щодо продовження строків вексельного та чекового права у випадку воєнних подій [85, S. 328]. Як зауважується в німецькій юридичній літературі «видані Бундесратом на підставі цього Правила стали по-суті основою воєнної економіки» [46, S. 21].

Після завершення Першої світової війни та укладення несприятливого для Німеччини Версальського мирного договору 1919 р., що значною мірою обумовило інфляцію в державі, принесло їй надзвичайно обтяжливі міжнародно-правові зобов’язання із виплати репарацій та економічну кризу, потреба в адміністративних методах управління економікою, які б дозволили відновити економічний розвиток держави (шляхом стримування цін, встановлення контролю за банківськими операціями, банками та діяльністю господарських товариств, встановлення державного нагляду за морським сполученням та сухопутними перевезеннями тощо) залишилась. Такі оперативні адміністративні повноваження надавалися вже Рейхспрезиденту на підставі ч. 2 ст. 48 Веймарської конституції 1919 р., відповідно до якої у випадку серйозного порушення громадської безпеки та порядку в Німецькій імперії чи у випадку серйозної загрози такого порушення, Рейхспрезидент може вжити заходів, необхідних для відновлення громадської безпеки і порядку, а за потреби – навіть за допомогою збройних сил. В цих цілях він також може тимчасово призупинити повністю чи частково гарантії основних прав [86]. Використовуючи дані повноваження Рейхспрезидент, протягом всього часу існування Веймарської республіки і особливо в часи економічної кризи 1929-1933 рр., видав ряд надзвичайних декретів з питань економіки, зокрема, протягом 1930-1932 рр. вийшло чотири Декрети про забезпечення економіки та фінансів, які передбачали вжиття широкого кола заходів по поліпшенню економічного становища держави, а саме: підвищення податку на цукор і мита на нафту, введення кризовового податку, збільшення розміру податку з обігу з 0,85 % до 2 % (за виключенням хліба та борошна) тощо. На підставі Декрету Рейхсканцлера від 15. 10. 1923 р. про створення німецького Рентного банку в державі розпочалася валютна (грошова) реформа, яка призвела в решті-решт до запровадження рейхсмарки в якості єдиного платіжного засобу. До речі, реформи в цій сфері відобразилися і на торговельному законодавстві. Так, на підставі Декрету від 28. 12. 1923 р. про золотий баланс були внесені правки до ст. 39-41 ТКН, згідно яких комерсанти та торговельні товариства мали вести інвентарні книги та баланс не в паперових марках (нім. Papiermark), а в золотих марках (нім. Goldmark) [87, S. 3].

Ряд Декретів Рейхспрезидента цього періоду стосувалися важливого для того часу питання – антимонопольного законодавства. Зокрема, 02. 11. 1923 р. було видано Декрет проти зловживань економічним монопольним становищем, яким, зокрема, встановлювалася обов’язкова письмова форма для картельних договорів, передбачалася форма контролю за монополією, зокрема створювався суд у справах картелів (нім. Kartellgericht), до якого міг звертатися міністр економіки із позовом про визнання недійсним картельного договору, якщо ним створювалась загроза для економіки в цілому тощо. В подальшому, у зв’язку із черговим економічним спадом, Рейхспрезидент видав також Декрет від 26. 07. 1930 р. про усунення фінансових, економічних та соціальних надзвичайних ситуацій (так званий Декрет про картелі), яким, зокрема, передбачалися заходи з боротьби з так званою «підтримкою цін перепродажу», тобто із встановленням картелями обов’язкових мінімальних цін перепродажу товарів, які безумовно шкодили добросовісній конкуренції і ринку в цілому, а також надавав уряду Веймарської республіки право визнавати недійсними договори, націлені на фіксацію цін продажу товарів. «З Декретом про картелі критика цінової політики щодо картелів часів Веймарської республіки досягла свого апогею. Вона закликала до відмови від тодішньої картельної ідеології, яка передбачала вигоди картелів навіть у часи економічної кризи, оскільки вона обмежувала руйнівну конкуренцію та стабілізувала ціни. Натомість Декрет про картелі покладався на те, що конкуренція, яка після припинення картельних цінових змов знову відновиться, принесе правильний рівень цін. Однак, цей запропонований шлях повернення до конкуренції не мав успіху. Адаптація цін тривала занадто довго»[88, S. 260].

Окрім цих нормативно-правових актів, Рейхспрезидент видав Декрет від 01. 08. 1931 р. про валютний контроль [89, S. 421-422], яким, зокрема, передбачалося запровадження таких заходів: іноземна валюта та боргові зобов’язання в іноземній валюті могли набуватися чи продаватися тільки через Рейхсбанк чи його представництва; набуття іноземних цінних паперів, які не були виставлені на продаж на німецькій біржі, дозволялося лише за наявності письмового дозволу Органу з валютного контролю; форвардні валютні контракти заборонялись тощо. Також в цей період Рейхспрезидентом було видано низку інших декретів, націлених на стабілізацію економічної ситуації в країні, однак це не призвело до суттєвого поліпшення економічного становища Німеччини часів Веймарської республіки.

Протягом наступного значимого періоду в історії Німеччини – періоду панування націонал-соціалістів – законодавство, що регулювало економічні відносини продовжувало значною мірою базуватися на адміністративних методах управління економікою. «За допомогою націонал-соціалістичного законодавства ринково-економічні елементи, передані з попереднього кризового часу, були надалі знищені. Державне обмеження – також через прагнення до автаркії – проявлялося ще гостріше і досягло апогею в обох «чотирирічних планах»» [46, S. 27]. Торговельному праву цей період приніс тимчасові зміни, більшість з яких було відмінено після падіння фашистської диктатури в Німеччині. Найбільші зміни торговельного права відобразилися у «виділенні корпоративного права із ТКН та його кодифікаційній самостійності у Законі про акціонерні товариства від 30 січня 1937 р.» [83, S. 5]. Однак цей закон з численними змінами діє і по наш час.

Після закінчення Другої світової війни, зміст та форма сучасного торговельного права ФРН продовжили формуватися під впливом внутрішньої й зовнішньої соціально-економічної політики цієї країни, а також тих економічних перетворень, що відбуваються в Західній Європі та у світі. Зокрема, внутрішньополітичною основою для розвитку даної галузі права є теорія соціальної ринкової економіки. Зовнішньополітичну ж основу для неї складає ідея лібералізації міжнародних торговельних відносин, обрана Німеччиною в якості одного із пріоритетних напрямків своєї зовнішньополітичної діяльності, яка реалізується сьогодні Німеччиною в тому числі в рамках її членства в ЄС.

Задача створення соціальної ринкової економіки була поставлена в Німеччині відразу після закінчення Другої світової війни і даний курс внутрішньоекономічного розвитку залишається незмінним по цей день. Цікаво, що Німеччина в жодному нормативному акті (за винятком Договору про створення валютного, економічного та соціального союзу між ФРН та НДР від 18. 05. 1990 р., в ст. 1 якого встановлювалося, що основою економічного союзу ФРН та НДР є соціальна ринкова економіка як спільний економічний порядок обох договірних сторін [90]) не задекларувала свій намір будувати внутрішньоекономічну політику на основі теорії соціальної ринкової економіки. Цим було порушено, започатковану ще в часи Німецької імперії традицію закріплювати основи економічного устрою держави в Конституції. Адже, наприклад, «Конституція Німецької імперії від 1871 року була пронизана ідеєю ліберальної економіки: економіка мала бути повністю вільною від державної опіки та регламентації. … Конституція Веймарської Республіки присвячувала економічному життю окремий розділ; вона встановлювала змішану конструкцію господарства, яка гарантувала економічну свободу, однак підпорядковувалася меті «забезпечувати всім достойне людини існування»» [91, S. 19]. Також Конституція НДР від 1968 р. чітко визначала основи, на яких мала будуватися економіка держави – соціалістичне планове господарство (п. 3 ст. 9 дКонституції НДР) [92]. Але, не зважаючи на ці традиції ОЗ ФРН 1949 р. «чітко не зафіксував жодної визначеної економічної системи у формі конституційного принципу або державної цілі»[93, S. 68]. Слід зауважити, що це було здійснено лише тому, що німецька влада готувала даний нормативний акт як тимчасовий документ, який планувалося змінити після об’єднання Німеччини. Однак швидкого об’єднання держави не відбулося, і ОЗ ФРН продовжував діяти без регламентації економічного устрою держави.

Дана обставина, водночас, вплинула на формування у німецьких правознавців позиції про те, що економічна нейтральність Конституції є гарантією від закостенілості економічного устрою держави. Ця позиція була висловлена в рішенні Федеральним конституційним судом ФРН від 20. 07. 1954 р., прийнятого відносно скарг різних фірм проти федерального закону про додаткові капіталовкладення у промислову економіку. З-поміж іншого в даному рішенні відмічалося: «Сучасний економічний та соціальний порядок хоча й є прийнятним відповідно до Основного Закону, однак в жодному випадку не єдино можливим. Він тримається на підтримуваному волею законодавця економічно-та соціально-політичному рішенні, яке може бути змінено або відмінено іншим рішенням» [94]. Отже, органи державної влади Німеччини, у разі виявлення неефективності політики соціальної ринкової економіки, завжди можуть змінити курс внутрішньоекономічного розвитку країни. Хоча відразу слід зазначити, що в ОЗ ФРН закладено ряд інструментів, які не дозволять їм обрати такі «екстремальні» типи економічних систем як абсолютно вільна ринкова чи командно-адміністративна. Зокрема, запровадженню в Німеччині суворої державної регламентації економічних відносин заважатиме ст. 2 ОЗ ФРН [95], яка встановлює право кожного на вільний розвиток своєї особистості; його ст. 9, що запроваджує право на створення союзів та товариств, а також стст. 11, 12, та 14 ОЗ ФРН перша з яких надає кожному німцю свободу пересування, друга ж наділяє його правом вільно обирати професію, місце роботи та навчання. Також ст. 14 ОЗ ФРН регулює питання приватної власності, а отже вона є основою запровадження в Німеччині саме ринкових засад, а не тотального державного планування. В ній, зокрема, говориться про те, що власність і право спадкування гарантуються, а також встановлюються основи примусового відчуження власності у разі виникнення особливих суспільних потреб.

Поруч з цими статтями, в ОЗ ФРН закріплено ряд норм, які, в свою чергу, стримують можливість запровадження в державі вільної ринкової економіки. Серед них, передусім слід назвати стст. 20, 28 та п. 3 ст. 9 ОЗ ФРН, перші дві з яких декларують те, що основою конституційного устрою ФРН загалом та її земель зокрема є принцип соціальної держави. Третя стаття гарантує німецьким громадянам право створювати об’єднання для охорони й покращення умов праці, а також економічних умов.

Водночас, у зв’язку з тим, що ні ОЗ ФРН, ні будь-який інший нормативно-правовий акт ФРН не закріпили основ її економічного устрою, виникає запитання, на яких же правових підставах теорія соціальної ринкової економіки втілювалася в економічну систему Німеччини? Відповідь на дане запитання буде незвичайно важливою для українських політиків, правознавців й економістів, оскільки завдання побудови економічної системи Німеччини на основі теорії соціальної ринкової економіки та план практичної реалізації цього задуму передбачався не у законодавчому акті, а у передвиборчій програмі однієї із німецьких політичних партій, а саме: Християнсько-демократичного союзу (ХДС). Передвиборча програма ХДС мала назву «Дюссельдорфські керівні принципи» від 15. 07. 1949 р., і в ній, зокрема, відмічалося: «Після війни економічне та соціальне життя німецького народу все більше і більше рухалося назустріч стану повної руйнації. 20. 06. 1948 р. (дата початку валютної реформи в західній зоні окупації – І.П.) настав переломний момент. Однак валютна реформа сама по собі не могла обумовити його настання. Вона створила тільки технічні передумови. Найбільш істотні імпульси надходили з боку практичної реалізації ринково-економічних принципів. Ці ринково-економічні принципи будуть втілені в основу німецької економічної політики через підтриману 20. 06. 1948 року ХДС та ХСС «соціальну ринкову економіку»»[96]. Перемога ХДС на перших після закінчення Другої світової війни парламентських виборах дозволила їй орієнтувати діяльність уряду на побудову в Німеччині соціальної ринкової економіки. При цьому, під соціальною ринковою економікою партія розуміла «промислову економіку, стримувану в соціальних інтересах, в якій робота вільної і старанної людини упорядкована, а максимум економічної користі та соціальної справедливості надається всім» [96]. Для практичного здійснення цієї програми передбачалося вчинення 16 заходів. Однак відразу слід сказати, що в ТКН ще в момент його створення були закладені норми, які сьогодні відповідають потребам соціальної ринкової економіки, наприклад, в ст. 62 ТКН встановлюється, що комерсант зобов’язаний так обладнати та утримувати службові приміщення і обладнання, і так врегулювати ведення справ й робочий час, щоб, наскільки це дозволяє характер підприємства, захистити торгового службовця від ризику для його здоров’я та забезпечити дотримання добрих звичаїв та правил пристойності. Водночас, якщо торговий службовець проживає у будинку комерсанта, на останнього покладається обов’язок вжити таких заходів відносно обладнання житла та спального приміщення, харчування, а також робочого часу і часу відпочинку, які необхідні виходячи із стану здоров’я, моралі та віросповідання службовця [97].

Серед заходів, передбачених «Дюссельдорфськими керівними принципами», передусім варто звернути увагу на заходи, скеровані на боротьбу з монополіями та на захист добросовісної конкуренції. В цих Керівних принципах, зокрема, зазначалося, що партія прагне «законодавчо захистити добросовісну конкуренцію, а монополії та носіїв ринково-економічної сили підпорядкувати інституційно організованому, незалежному та заснованому тільки на законі контролюючому органу»[96]. До цього варто додати, що питання боротьби з монополіями передбачалися вже в Потсдамському договорі 1945 р., в якому, зокрема говорилось, що «в найкоротший строк німецька економіка має бути децентралізована з метою знищення існуючої надмірної концентрації економічної сили, представленої особливо у формі картелів, синдикатів, трестів та інших монополістичних угод [98]. Саме на виконання цього припису Потсдамського договору уряд Німеччини розробив прийнятий у 1957 р. Федеральний Закон «Проти обмеження конкуренції» [99], який встановлював заходи боротьби із монополістичною діяльністю й набув чинності у 1958 р. Цей закон «містив принцип заборони (йдеться про заборону будь-яких монопольних об’єднань – І.П.), але передбачав численні виключні випадки і відмовлявся від превентивного контролю за злиттям підприємств, який було передбачено у проекті закону» [91, S. 65]. На сьогодні даний закон (хоча із численними змінами та доповненнями), разом із рядом інших законів, прийнятих у ФРН з питань антимонопольного права, перелік яких дається, наприклад, в роботі А. Жалінського, А. Рьорихт «Введение в немецкое право» [100, С. 454-455], служить основою захисту прозорого конкурентного середовища в Німеччині. Разом з цим, окрім Федерального Закону «Проти обмеження конкуренції» створенню нормального конкурентного середовища на ринку в Німеччині служить також Федеральний Закон «Проти недобросовісної конкуренції» [101], який в своїй першій редакції набув чинності ще в 1896 р., однак за час свого існування зазнав значних змін. На думку фахівців, цей закон «виходить з інтегрованої моделі рівноправного захисту конкуруючих суб’єктів, споживачів та громадськості» [102, S. 48]. Він забороняє недобросовісні економічні дії, якщо вони можуть істотно порушити інтереси конкурентів, споживачів чи інших учасників ринку та встановлює міри відповідальності за порушення цієї заборони.

Однак добросовісність конкуренції в торговельному обігу забезпечується не лише приписами названих законів. Особливі способи захисту комерсанта від ушкодження його конкурентоспроможності передбачаються також сучасним ТКН. Мова йде, зокрема, про заборону особам, які перебувають у трудових відносинах з комерсантом займатися діяльністю, яка може зашкодити комерційним інтересам торговця, зокрема, обмежити його конкурентоспроможність. В ТКН встановлено два види такої заборони: законодавча та договірна. Сутність першої полягає в тому, що в вищеназваному кодексі чітко закріплено правило про те, що вказані працівники не мають права без дозволу комерсанта вести власний торговельний промисел або укладати на власну користь чи користь третіх осіб угоди в такій області торгівлі, в якій комерсант здійснює свою підприємницьку діяльність (ст. 60-61 ТКН) [103]. Договірна заборона працівникові діяти на користь конкурентів комерсанта дещо відрізняється від законодавчої. По-перше, тут присутнє волевиявлення обох сторін – між працівником і комерсантом укладається спеціальна угода, по-друге, ця заборона має дещо інший зміст, оскільки тепер мова йде про обмеження промислової діяльності працівника протягом певного часу після закінчення своєї роботи у комерсанта, і, по-третє, це обмеження містить вимогу матеріального відшкодування, оскільки комерсант зобов’язується сплачувати працівникові так звану плату за утримання від конкурентних дій **(**ст.ст. 74-82а ТКН) [104, С. 216]. Отже, в результаті застосування заборон такого типу, торговець має бути захищеним від недобросовісного використання його комерційної інформації найманими працівниками.

Наступним важливим для правового регулювання торговельних відносин заходом, вчинення якого передбачалося в «Дюссельдорфських керівних принципах», було створення умов для вільного ціноутворення. Ринкова економіка могла бути ефективною лише тоді, коли ціна на товари і послуги встановлювалися у відповідності до співвідношення попиту і пропозиції на них, а не диктувалися державою чи штучно коригувалися підприємцями. Першим же кроком уряду ФРН, вжитим в сфері цінової політики, було введення до Федерального Закону «Проти обмеження конкуренції» заборони встановлення суб’єктами господарювання єдиних картельних цін на певний вид товару (ст.ст. 15, 16  цього Закону) [99]. На сьогодні, дані статті є відміненими, однак це не означає що заборона встановлювати єдині картельні ціни також є не чинною, оскільки вона стала складовою частиною більш загальної заборони, висловленої в ст. 1 Закону «Проти обмеження конкуренції» [99]. Мова йде про заборону конкуруючим підприємствам співробітничати в цілях монополізації ринку. Таким чином, підприємці Німеччини вже більше не мали можливості вживати спільні заходи для штучного підвищення, зниження чи «замороження» цін, вони вимушені формувати вартість товару виходячи з законів ринку, хоча певні виключення з цього правила законодавством Німеччини все ж таки передбачені й розглянуті в статті І. М. Проценко «Цінова політика ФРН та права комерсантів у сфері ціноутворення» [105, **C**. 397]. Окрім цього, підприємці повинні враховувати також і приписи правових актів, прийнятих з питань ціноутворення, зокрема Федерального Закону «Про подальше спрощення економічного кримінального права» від 1954 р. [106], який, наприклад, встановлює, що особа, яка навмисно або необережно порушує правові приписи про ціни, про різницю цін, про націнки та знижки та про інші заходи, які вживаються з метою ціноутворення чи охорони цін має сплатити штраф у розмірі не більше 25000 євро. Такий же розмір штрафу передбачається за навмисне чи необережне підвищення цін на життєво необхідні товари та послуги (ст. 4).

Однак держава, на відміну від підприємців, продовжує володіти компетенцією по запровадженню фіксованих, граничних або рекомендованих цін на певні види товарів. «Утворення цін верховною владою, особливо встановлення мінімальних, максимальних та фіксованих цін, виконує функцію управління економікою» [91, S. 218]. Загалом, функція по ціноутворенню реалізується державною владою ФРН лише у виняткових випадках, передбачених законами ФРН або нормативними актами ЄС. Наприклад, органи державної влади беруть участь у процесі формування цін на електроенергію відповідно до ст. 39 Федерального Закону «Про постачання електроенергії та газу» від 2005 р. (діє із змінами) [107]. Також в Німеччині зберігає свою чинність один нормативний акт, який дозволяє коригувати ціни органам виконавчої влади в оперативному порядку (без прийняття відповідних законів). Мова йде про «Перехідний закон про ціноутворення та контроль над цінами» від 1948 р. [108] (Закон «Про ціни»), що передав функції по загальнодержавному ціноутворенню Міністру економіки ФРН, який, відповідно до ст. 2 Закону «Про ціни», шляхом видання розпоряджень і постанов, може встановлювати чи схвалювати розмір цін, розмір плати за найом, оренду та прокат, розмір мит та інших відшкодувань (окрім заробітної платні) за будь-які товари і послуги, якщо тільки дані відшкодування мали запроваджуватися на територіях двох і більше земель Німеччини. Також дана посадова особа могла в аналогічний спосіб підтримувати існуючий в державі рівень цін. Однак, даний закон не надає вищезгаданим органам влади абсолютну свободу в сфері ціноутворення. Адже, в ст. 1 цього закону відмічається, що принципи цінової політики держави визначає Бундестаг ФРН, а отже, виконавча влада повинна будувати свою діяльність виходячи з даних принципів. Окрім цього, в цій статті передбачається, що зміна органами влади цін на товари і послуги, якщо дані дії істотним чином впливають на загальну систему цін, і особливо на рівень життя населення, обов’язково має бути схвалена Бундестагом, а отже органи виконавчої влади ФРН не є абсолютно вільними в справі ціноутворення, вони можуть вдаватися до оперативних дій лише тоді, коли існує потреба усунути існуючі на ринку очевидні недоліки (ст. 1.).

Німецькі вчені (Р. Ваймар, П. Шіміковскі) також не вбачають в компетенції органів влади ФРН ніякої загрози свободі ціноутворенню. Зокрема, вони зазначають з цього приводу наступне: «Звичайно § 2 Закону «Про ціни» не може служити основою для широкого заміщення свободи цін державним ціноутворенням і разом з цим для знищення однієї із основних опор свободи договору і економічної діяльності. Цей припис лише уповноважує до видачі розпоряджень і постанов про ціни, які повинні захищати систему цін від серйозних порушень» [91, S. 219]. Підтвердженням цієї думки є рішення Конституційного суду ФРН від 12. 11. 1958 р. [109], прийнятого в справі про відповідність «Перехідного закону про ціноутворення та контроль над цінами» положенням ОЗ ФРН. В ньому, зокрема, підкреслювалося: «§ 2 Закону «Про ціни» уповноважує лише на заходи, які повинні захистити від небезпеки та серйозних ушкоджень загальний стан цін, та які надаються особливим областям економічного життя на користь суспільного блага; при використанні повноважень необхідно керуватися принципом відповідності мети заходам» (Розділ С VII Рішення) [109]. Разом з цим, сучасні науковці зазначають, що «так Закон «Про ціни» має сьогодні вузькі рамки застосування» [110, S. 701].

Сучасний ТКН не регулює процедуру встановлення комерсантом ціни на товари та послуги, хіба що низка статей даного нормативного акту є побічно пов’язаними з даним питанням. Так, наприклад, при регламентації договору перевезення вантажу, договору транспортної експедиції та договору зберігання на складі ТКН встановлює, що відправник товару в договорі перевезення і в договорі експедиції та поклажодавець в договорі зберігання зобов’язані сплатити контрагентам узгоджену плату за надані послуги (ч. 2 ст. 407, ч. 2 ст. 453 , ч. 2 ст. 467 ТКН) [103]. Пов’язаною із питаннями ціни є також ст. 386 ТКН [103], яка визначає наслідки продажу комісіонером товару по ціні нижчій за встановлену. Окрім цього, ряд статей ТКН торкаються процедури виплати винагороди за вищезгаданими договорами, зокрема, ст.ст. 420-421 [103] даного нормативного акту передбачають правила виплати винагороди за перевезення вантажу, а ст. 456 [103] визначає строк виплати винагороди за договором експедиції. Отже, німецький законодавець, втілив в ТКН одну з основних засад ринкової економіки – свободу ціноутворення, відповідно до якої комерсанти в питаннях формування ціни повинні керуватися законами ринку та домовленостями із партнерами (щоправда враховуючи при цьому вищенаведене законодавство ФРН про ціни).

Поруч з цим інші джерела торговельного права Німеччини, виходячи з прагнення захистити соціальну сферу від раптового підвищення ціни на товари чи послуги, передбачають деякі обмеження свободи комерсанта в сфері ціноутворення. Зокрема, п. 1 ст. 309 ЦКН [111] забороняє в типових формах договорів, які комерсант планує укладати з фізичними особами, включати умову про підвищення винагороди за товари чи послуги, які повинні бути передані чи надані даним особам протягом чотирьох місяців після укладення договору. Водночас, згідно ст. 310 ЦКН [111], якщо такий договір укладатиметься з підприємцем (в тому числі і з комерсантом), тоді правила ст. 309 ЦКН не застосовуються. Отже, фізична особа, яка, купує, приміром, меблі, що мають бути виготовлені та доставлені їй протягом чотирьох місяців з дня укладення договору, застрахована від підвищення продавцем-комерсантом ціни на них. У разі ж виникнення подібних відносин з підприємцями продавець може піднімати ціну на товари, якщо це відповідатиме його інтересам.

Слід додати, що дані норми з’явилися в ЦКН зовсім недавно – в 2002 році в ході проведення реформи зобов’язального права, яка базувалась на Федеральному Законі «Про модернізацію зобов’язального права» від 26.11.2001 р. (набув чинності 01.01.2002 року) [112]. До моменту проведення реформи подібні приписи містилися в Федеральному Законі «Про регулювання права загальних умов угод» від 1977 р., який було прийнято саме під впливом політики соціальної ринкової економіки, оскільки він намагався захистити права споживачів, які вступають в договірні зобов’язання з обізнаними в сфері бізнесу особами. Сьогодні він вже не діє і є фактично інтегрованим до ЦКН. Необхідність існування такого закону була обумовлена тим, що в комерційній практиці Німеччини все більш поширеними ставали типові форми договорів, які, як відомо, з одного боку, є зручним інструментом прискорення ділових відносин (а отже відповідають вимогам ринку), однак з іншого ‑ способом примушення контрагентів до укладення договорів на невигідних умовах (у зв’язку з чим фізичні особи, необізнані у сфері бізнесу можуть понести зайві витрати). Професор В. Бергман також звернув увагу на позитивні та негативні риси типових форм договорів: «… використання стандартних текстів договорів дозволило в ході здійснення комерційної діяльності в спрощеному порядку враховувати особливості конкретного типу угоди, виключати можливі сумніви при тлумаченні законодавчих положень і заповнити існуючи прогалини. Тим самим відпала необхідність у витраті часу на обговорення всіх деталей договору … Інший результат подібної практики пов'язаний з ще однією немаловажною перевагою на стороні підприємця: стало легше реалізувати прагнення підприємця перекласти власний комерційний ризик на бік клієнта» [113, С. 23]. Враховуючи дані обставини законодавець вдався до правового регулювання змісту та порядку укладання типових договорів, яке б повинно було захистити становище споживача в разі підписання ним типової форми договору. «Основною метою Закону … є обмеження користувача (йдеться про користувача загальних умов угоди, тобто про особу, що склала типовий договір – І.П.) в можливості недобросовісного включення до типового договору умов, які є явно обтяжуючими для іншої сторони» [113, С. 34]. Отже, законодавець, не забороняючи складати типові форми договорів, встановив певні обмеження в свободі формулювання комерсантами змісту таких договорів, захистивши цим права звичайного споживача від можливих зловживань з боку користувачів загальних умов угоди і тим самим реалізував на практиці теорію соціальної ринкової економіки. Окрім цього, сучасний ЦКН містить ще ряд приписів, націлених на захист споживача від несправедливих цін, зокрема, від лихварства. Це, зокрема, виходить із ст. 138 ЦКН [111], яка встановлює нікчемність правочину, за яким одна особа, користуючись складним становищем, легковажністю чи відсутністю досвіду іншої особи, взамін яких-небудь послуг обумовлює чи змушує надати собі або третій особі майнову вигоду, розміри якої настільки перевищують цінність послуг, що вигода за даних обставин справи є явно невідповідною послугам. Варто додати, що про окремі аспекти впливу політики соціальної ринкової економіки йдеться також в роботі Проценко І. М. «Становлення комплексного регулювання економічних правовідносин у рамках Європейського Союзу (на прикладі Німеччини)» [114, С. 358-361].

Повертаючись до «Дюссельдорфських керівних принципів», варто згадати пункти, присвячені побудові зовнішньоторговельної політики Німеччини, які хоча ще не чітко визначали економічну основу, на якій мала формуватися дана політика: на підвалинах протекціонізму чи лібералізму. Зокрема, з приводу зовнішньоторговельної політики там було лише зазначено, що ХДС прагне усіма можливими способами сприяти розвитку зовнішній торгівлі (п. 14) [96] та прагне в інтересах забезпечення конкурентоспроможності німецьких товарів на світових ринках скорити рівень німецьких цін (п. 6) [96]. Дещо більш конкретною в даному питанні була подальша програма ХДС – Гамбурзька програма 1953 р., в якій окрім загальної декларації про те, що «всі зусилля мають бути спрямовані на збільшення частки Німеччини у світовій торгівлі. Експортні ризики мають бути прийнятними. Після скасування останніх перешкод, ми пред’являтимемо особливі вимоги до мореплавства» [115], закріплювалося вже більш конкретні кроки, які уряд ХДС збирався вживати в сфері зовнішньої торгівлі, а саме брати участь в економічній інтеграції Європи і докладатиме зусиль до створення в рамках Європи спільного ринку. «Політичне та економічне об’єднання Європи мусять йти «рука в руку». На місце національно-державних окремих економік, що схильні до взаємної ізоляції та обмеження обміну товарами, має прийти єдиний європейський ринок, в умовах якого можна вільно розвивати продуктивні сили та гарантувати добробут народів» [115] – зазначалося в документі з цього приводу. Отже, в Гамбурзькій програмі ХДС було чітко визначено напрямок, в якому Німеччина збиралася рухатися у відносинах з країнами Західної Європи, але питання економічного співробітництва з іншими регіонами планети залишилося поза увагою в названому документі.

Першим нормативно-правовим актом, в якому Німеччина чітко визначила основу для побудови економічних відносин з усіма країнами світу став Федеральний Закон ФРН «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 28.04.1961 р. [116], який на відміну від українського Закону з аналогічною назвою, був покликаний закласти підвалини для міжнародних економічних відносин Німеччини, серед яких – свобода економічного обігу (ст. 1). Однак, не зважаючи на даний припис Закону, Німеччина, в силу зобов’язань, взятих на себе у зв’язку із членством в ЄС, не є повністю самостійною у організації вільного економічного обігу як з країнами-членами ЄС (оскільки рамках Союзу створений єдиний економічний та валютний простір), так і з третіми країнами, співробітництво з якими будується самим ЄС виходячи із засад Спільної торговельної політики, які, наприклад докладно вивчені плеядою українських вчених, фахівців з права ЄС й основи яких викладені в підручнику, підготовленому за заг. ред. В. І. Муравйова «Європейське право: право Європейського союзу» [117, С. 77-123]. Окремо варто зазначити, що створений в рамках ЄС спільний ринок потребував і потребує створення в державах-членах ЄС єдиного правового регулювання всіх питань, пов’язаних із функціонуванням цього ринку. Так, це прагнення стало одним із поштовхів до прийняття в Німеччині Федерального Закону «Про модернізацію зобов’язального права»[112], яким також було заповнено ряд прогалин в ньому. Правовою підставою для розробки даного закону стала низка Директив Європейського Парламенту та Ради ЄС, а саме: Директива 1999/44/EG (окремі аспекти споживчих товарів), Директива 2000/35/EG (заходи боротьби з простроченням оплати в діловому обігу); ст. 10, 11 та 18 Директива 2000/31/EG (електронний обіг), Директива 1998/27/EG (судові заборони для захисту інтересів споживачів). «Норми Цивільного кодексу Німеччини в значній мірі були змінені у зв’язку з реалізацією в межах ЄС політики вільного пересування товарів та надання послуг; в право компаній було внесено ряд змін з питань створення акціонерних товариств, змісту їх статутів, злиття та роз’єднання АТ (акціонерних товариств – І. П.), захисту їх капіталу та з питань опублікування записів про компанії в торговельному реєстрі, складання балансів товариств та їх перевірки; в страховому праві для вільного розміщення філій на територіях держав-учасниць ЄС було узгоджено правові норми щодо страхового нагляду; фінансове право та право цінних паперів притерпіло ряд змін, пов’язаних із політикою вільного руху капіталу; в податковому праві були гармонізовані приписи щодо податків з обігу, тощо» [118].

Під процедуру гармонізації підпали і приписи торговельного права Німеччини. Так, ТКН насамперед зазнав змін, пов’язаних з політикою ЄC в сфері встановлення єдиної фінансової звітності господарських товариств, страхових товариств, об’єднань товариств та банків, а також специфіки її перевірки; в сфері соціального захисту торговельних представників, торговельних дилерів та осіб, що купили франшизу; з питань правових наслідків неправильної публікації даних в торговельному реєстрі. Поруч з цим слід мати на увазі, що не тільки норми вищезгаданого кодексу зазнали змін відповідно до права ЄС. Наслідки гармонізації норм торгового права в межах ЄС досліджені також в роботі І. М. Проценко «Правова гармонізація як спосіб формування норм правового регулювання торговельних відносин Німечини» [119, С. 40]. В результаті зміст німецького правового регулювання з усіх вищеназваних питань є аналогічним тому, що діє в решті країн ЄС. Це знову ж таки повертає торговельному праву його універсальність. До речі, в ЄС висувалася пропозиція створити єдиний торговельний кодекс, однак вона поки що не знайшла належної підтримки [120, С. 317-319].

Отже, попри задекларовану в ст. 1 Федерального Закону ФРН «Про зовнішньоекономічну діяльність» свободу економічного обороту, Німеччина будувала й продовжує будувати свої міжнародні торговельні відносини із врахуванням економічних правил ЄС, й, зокрема, тих обмежень зовнішньої торгівлі, які встановлюються даним утворенням для стабілізації внутрішнього ринку. У зв’язку з цим, свобода торговельного обороту між ФРН та третіми країнами більшою мірою залежить від політики ЄС, ніж від волі держави.

Поруч з цим, Німеччина, рухаючись в руслі власного та євросоюзівського прагнення лібералізувати зовнішню торгівлю, приєдналася до ряду міжнародно-правових актів, метою яких є створення уніфікованого правового регулювання торговельних відносин в світі, що, безумовно, сприяє лібералізації міжнародних комерційних відносин та, окрім цього, повертає торговельному праву його основоположну рису – інтернаціональність. Серед таких актів перш за все слід назвати Конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. Окремі науковці (Д. Райніке, К. Тідтке) назвали дану конвенцію світовою, зазначивши таке: «тим часом до Віденської Конвенції ООН приєдналося більш ніж 40 держав; в тому числі найважливіші торговельні партнери Федеративної Республіки. Вона стала світовим правом» [121, S. 982]. Звичайно, позиція вчених в цьому питанні є перебільшеною, однак даний правовий акт дійсно має значну кількість учасників, а отже його норми створюють інтернаціональне правове регулювання в сфері купівлі-продажу товарів. Поруч з цим варто наголосити на ще одному результаті приєднання Німеччини до багатосторонніх міжнародних договорів, подібних до вищезгаданої Конвенції. На думку окремих німецьких вчених вони зменшують роль ТКН у регулюванні комерційних відносин. Таку позицію відстоює, зокрема, К. Шмідт, який пише: «Розпад кодифікованого торговельного права по численним окремим законам зі свого боку частково знаходиться у зв’язку з подальшою основою для зменшення значення ТКН, тобто з посилюючимся перекладанням акцентів торговельного права на міжнародне єдине право та на супранаціональне право» [122, S. 19]. Цю думку автор обґрунтовує тим фактом, що в області правового регулювання міжнародних транспортних перевезень ТКН вже не є основним джерелом права, поступившись своїм місцем численним міжнародно-правовим актам, прийнятим з даного питання. Подібне міркування висловив й П. Бюлов, який, зокрема, написав: «Втім торговельне право завдяки інтернаціоналізації торговельних угод, особливо в сфері транспортного права, нашаровується, … на Конвенцію про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів, а також на Конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів чи Модельні закони, на зразок Конвенції ЮНСІТРАЛ про міжнародні переказні векселі і міжнародні прості векселі» [123, S. 4]. Як бачимо, вчений хоча прямо й не говорив про зменшення ролі ТКН, однак зрозуміло, що в зв’язку з посиленням значення міжнародно-правових актів в регулюванні торговельних відносин, цей нормативний акт може втратити своє центральне місце в даній області. Отже, вплив політики лібералізації міжнародної торгівлі на внутрішньонаціональне торговельне право Німеччини має подвійний характер: з одного боку, він повертає даній галузі права таку її основоположну рису, як інтернаціональність, з іншого боку, він може обумовити зменшення ролі центрального нормативного акту торговельного права – ТКН.

**Висновки до розділу 2**

Протягом ХІХ ст. в Німеччині розвиток торговельних відносин значно гальмувався через її територіальну роздробленість. Проблеми, породжені нею, частково долалися, шляхом формування в межах окремих земель політичних та економічних союзів, одним із найуспішніших серед яких був Німецький митний союз 1834 -1866 р.р. В його межах, зокрема, було дано поштовх для формування єдиних для всіх німецьких земель нормативно-правових актів: Загальнонімецького вексельного статуту 1848 року і Загальнонімецького торговельного кодексу 1861 року. ЗТК має довгу історію формування та набуття чинності. Тільки після проголошення у 1871 р. Німецької імперії, він став імперским законом, що забезпечило йому єдине затосування на території всієї держави й усунуло партикуляризм правового регулювання торговельних відносин.

Виходячи зі змісту ЗТК можна підсумувати, що торговельне право зберігало таку рису, як гнучкість, адже кодекс передбачав широкі можливості для застосування звичаїв. Окрім даної ознаки варто звернути увагу й на те, що практика та доктрина цього історичного періоду відносять торговельне право вже виключно до приватного права. Коло публічно-правових норм, що продовжували включатися до ЗТК, було значно меншим, ніж це було характерним для середньовічного права купців. До нього вже не входили норми, які регулювали митний, фінансовий, адміністративний та кримінальний аспект торговельних відносин, питання торговельного судочинства та неспроможність, а також вексельне право.

Виходячи із системи ЗТК можна підсумувати, що система торговельного права Німеччини в цей період включала норми, що регулювали питання організації торговельного промислу, питання торговельних угод та питання торговельного мореплавства й об’єднувалися в такі інститути, як правовий статус учасників комерційних відносин, торговельна реєстрація, торговельні фірми, торговельні книги, торговельні угоди, інститути, що регламентували відносини між членами екіпажу та інститут морської аварії. Були для нього характерними й норми, які передбачали особливі правила реалізації приватно-правових інститутів, що було націлено на забезпечення таких потреб торговельного обігу, як швидкість та його безпека (зокрема, в ряді норм кодексу було закріплено ставлення до купця, як до особи, яка володіє всіма необхідними професійними знаннями та навичками, а отже не потребує підвищеного захисту від обману з боку інших купців; купець в ряді випадків мав діяти швидко (оглядати товар, повідомляти про його недоліки, давати згоду на укладення угоди), реєстрація в судовому реєстрі виданої прокури могла здійснюватися двома способами, що значно спрощувало та прискорювало цю процедуру тощо).

Цивільне право Німеччини того історичного періоду було партикулярним та архаїчним, в його надрах майже не розвивалися інститути, потрібні новим економічним відносинам, а тому, принаймні в сфері договірних зобов’язань, ЗТК взяв на себе функцію основного регулюючого нормативного акту, й, відповідно, торговельне право продовжувало зберігати статус самостійної системи норм. Водночас, його розробники не відкидали можливості залучати норми цивільного права до регулювання торгових відносин. Аналіз правил їх застосування дав можливість зробити висновок, що торговельне право розгялалося як спеціальне, по відношенню до цивільного і його норми мали примат над нормами цивільного права. В результаті, ЗТК став найбільш сучасним торговим кодексом Західної Європи кінця ХІХ ст., що призвело до його запозичення іншими державами, а отже зробило його норми універсальними.

Разом з цим, Німеччина потребувала нового, упорядкованого цивільного права та цивільного кодексу, до розробки якого приступили у 1874 р. Поруч з ним розроблявся й новий торговельний кодекс, який було вирішено не скасовувати в силу побоювань, що приєднання норм торговельного права до цивільного кодексу призведе до значного ускладення процедури підготовки останнього, а також в силу бажання зберегти торговельний кодекс як історичний пам’ятник першого єдиного для всієї держави нормативно-правового акту, як своєрідну пам’ятку об’єднаної Німеччини. В результаті з 01. 01. 1900 р. в Німеччині набули чинності два нормативно-правові акти, які діють по цей день – ЦКН та ТКН. За час свого існування, вони зазнали суттєвих змін, ряд з них були продиктовані наслідками Першої світової війни, а потім ідеологією націонал-соціалістів та воєнними потребами Другої світової війни й характеризувалися впровадженням адміністративних методів регулювання економіки із внесенням відповідних змін до законодавства, які, однак були відмінені після закінчення Другої світової війни.

Зміст та структура сучасного торговельного права Німеччини, як і в попередні історичні періоди, продовжують формуватися під впливом пануючої у ФРН внутіршньої та зовнішньої економічних політик. Внутрішньою економічною політикою ФРН є політика соціальної ринкової економіки, введена в державі не на підставі нормативно-правового акту, а передвиборчою програмою політичної партії Християнсько-демократичний союз «Дюссельдорфські керівні принципи» 1949 р. ОЗ ФРН не регулює питання економічної політики держави, що захищає внутрішньоекономічний курс держави від статичності та дає змогу вдосконалити чи змінити його у випадку, якщо він не сприятиме розвитку держави чи суспільства. В результаті реалізації цієї політики до ЦКН та ТКН, а також до інших законів ФРН було запроваджено ряд значимих для торгового обігу правових основ, що створювали юридичні умови для безперешкодного розвитку добросовісної конкуренції, для запобігання утворенню монополій на ринку та введеня в законодавство принципу свободи ціноутворення, коригування якого дозволялося тільки у виняткових, передбачених законом випадках.

На розвиток сучасного приватно-правового регулювання торговельних відносин в Німеччини суттєво впливає також право ЄС, на підставі директив якого здійснюється гармонізація законодавства (цивільного та торговельного) його держав-членів. Зокрема, директиви ЄС стали поштовхом до прийняття в 2001 р. в Німеччині Федерального Закону «Про модернізацію зобов’язального права», яким було заповнено ряд прогалин ЦКН. Разом з цим, виконання Німеччиною зобов’язань, взятих як у зв’язку з її членством як в ЄС, так і у Світовій Організації Торгівлі та на підставі міжнародно-правових актів, які регулюють міжнародну торгівлю та торговельні відносини, ускладнені іноземним елементом сприяють універсалізації торговельного права. Принаймні, гармонізація норм ТКН з правом ЄС (стосується, переважно, питань торгової реєстрації і ведення фінансової звітності), робить торговельне право хоча б частково універсальним в рамках ЄС; участь ФРН в міжнародних договорах, подібних до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р., робить його універсальним майже в межах всього світу в тій частині, що стосується договорів купівлі-продажу та поставки, ускладнених іноземним елементом.

**РОЗДІЛ 3**

**СУЧАСНІ ЗАСАДИ ПРИВАТНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ТОРГОВЕЛЬНИХ ВІДНОСИН У НІМЕЧЧИНІ**

**3.1 Основні принципи приватного права Німеччини**

Для науки приватного права Німеччини є характерною відсутність одностайної думки щодо повного переліку принципів правового регулювання приватних відносин в цій державі. Одночасно, загальноприйнятою є точка зору відносно того, що до його складу обов’язково входять такі принципи, як принцип формальної рівності та принцип приватної автономії. «На німецьке приватне право істотно впливає ряд основних принципів. Якщо приватне право характеризувати як ту частину правопорядку, яка регулює відносини окремих громадян один з одним на основі рівноправності та їх самовизначення, тоді говорять про два істотні основні принципи: принцип формальної рівності та принцип приватної автономії» [124, S. 7].

Нормативною основою цих принципів є, передусім, ОЗ ФРН (ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 3), а отже права, сформовані на базі цих принципів гарантуються конституцією держави; нею ж встановлюються й межі їх здійснення. «Принципи – так же як і окремі застиглі утворення загальних застережень – повератють нас назад до конституційно-правових цінностей. Це не змінює те, що мова йде про первісні приватно-правові основи. Тому основні цінності використовуються не в їх спеціальному конституційно-правовому змісті, а у розумінні, що відповідає системі приватного права» [125, S. 337]. Дані принципи також вважаються опорами діючої в Німеччині соціальної ринкової економіки, що також впливає на їх зміст та межі реалізації.

Виходячи з аналізу ст. 3 ОЗ ФРН, яка, зокрема, передбачає рівність всіх перед законом, рівноправність чоловіків та жінок, а також заборону завдання шкоди чи надання переваг за ознаками статі, походження, раси, мови, батьківщини та місця народження, віросповідування, релігійних та політичних поглядів [95], можна підсумувати, що формальна рівність в Німеччині виражається через дві складові: рівність всіх перед законом та надання рівних прав кожному. «Формальна рівність означає: рівність перед законом та спільність прав для всіх громадян» [124, S. 7]. У зв’язку з цим варто акцентувати увагу на тому, що в сучасній науці торговельного права Німеччини (для якої є характерною критика поняття «комерсант», як основної підстави для об’єднання норм торгового права в окрему галузь права) обґрунтовується ідея невідповідності поняття «комерсант» проголошеному Конституцією принципу формальної рівності, зокрема рівності всіх перед законом (ч. 1 ст. 3 ОЗ ФРН).

Однак перед тим як розкрити сутність цієї дискусії слід сказати кілька слів про особливості визначення торговельного права сучасними правознавцями Німеччини. Відразу ж слід зауважити, що на відміну від традицій української теорії права, в Німеччині не розглядають особливий предмет та метод правового регулювання в якості головних ознак галузі права. Тому й своєрідність торговельного права виражається через інші ознаки, основні з яких можна почерпнути вже з доктринальних дефініцій цієї галузі. «Торговельне право звичайно визначається як особливе приватне право комерсантів» [122, S. 3] ‑ відмічає К. Шмідт і майже кожен інший підручник з даної галузі права дає аналогічне формулювання. Зокрема, в підручниках таких німецьких фахівців, як К.-В. Канаріс, П. Юнг, П. Хофманн викладення матеріалу розпочинається з короткої дефініції «Торговельне право є особливим приватним правом комерсантів»[66, S. 1; 126, S. 1; 127, S. 1]. Більш широко, визначає торговельне право Г. Брокс. «Торговельне право це особливе приватне право комерсантів і економічно зайнятих підприємців» [128, S. 1], пише вчений у своєму підручнику «Торговельне право та право цінних паперів», а отже розширене коло суб’єктів, введених до визначення кторговельного права пояснюється більш широким предметом його роботи. Тобто, як видно з даних визначень, для торговельного права Німеччини характерними є, по-перше, приналежність торговельного права до системи приватного права, по-друге визнання його особливою галуззю приватного права, по-третє, наявність комерсанта, в якості основного суб’єкта правового регулювання. При цьому, остання ознака викликає найбільшу критику у дослідників торговельного права Німеччини та, як зазначалося вище, навіть породжує ідею доведення невідповідності поняття «комерсант» нормам ОЗ ФРН, а саме ч. 1 ст. 3 ОЗ ФРН, що встановлює рівність всіх людей перед законом. Так, П. Юнг зауважив: «Вчинене законодавцем визначення торговельного права як права комерсантів вже давно піддається критиці. Воно сприймається як застаріле і на фоні принципу рівності (ст. 3 ОЗ) як сумнівне в конституційно-правовому плані» [126, S. 2]. Більш обґрунтовано дана позиція була представлена в статті професора Й. Нойнера «Торговельне право – Торговельний закон – Основний Закон» [129, S. 243-290]. Щоправда дана стаття готувалася ще до проведення реформи торговельного права 1998 р. й автор в основному зосередив увагу на відповідності положенням Конституції ФРН стст. 1-2 ТКН, зміст яких сьогодні є зміненим. Однак, дана обставина не заважає нам звернути увагу на наведені автором аргументи.

Перш за все, Й. Нойнер, вдався до загальної критики поняття «комерсант», наголосивши на відсутності підстав виключати з кола суб’єктів торговельного права підприємців, що не є комерсантами (наприклад, будівельні компанії, туристичні агентства, архітектурні бюро, кінотеатри, адвокатські канцелярії та практикуючі лікарі). З цього приводу він, зокрема, писав: «Характерні риси торговельного права вбачаються загалом в особливо чітко вираженому захисті обігу та довіри, в обов’язках проявляти підвищену турботу, в посиленій тенденції до правової уніфікації та інтернаціоналізації, так само як і в розширенні простору приватної автономії та, більше того, в симетричному підвищенні відповідальності. Якщо залучити дані головні принципи торговельного права в якості основи для порівняння, то непомітно ніякої розумної підстави, чому ці максими не можуть застосовуватися щодо подібних до комерсантів осіб та підприємств» [129, S. 288].

Далі Й. Нойнер зосередив свою увагу на доведенні порушення ст. 3 ОЗ ФРН нормами ТКН. При цьому він спирався на найновіші розробки конституційного права Німеччини в сфері застосування принципу рівності всіх перед законом. Зокрема, основу, на якій збирався будувати міркування, він окреслив так: «В своїх нових рішеннях суд (Конституційний суд ФРН – І.П.) розглянув порушення принципу рівності не лише тоді ««коли не можна знайти розумної, такої, що випливає з природи речей, об’єктивно обґрунтованої підстави для законодавчої диференціації або дотримання рівності», а вимагав при порівнянні двох груп адресатів норм додатково перевіряти масштаб державного втручання» [129, S. 286-287]. Отже, Й. Нойнер ставив перед собою завдання виявити надмірне втручання держави у справу набуття статусу комерсанта й цим довести порушення принципу рівності всіх перед законом.

Надмірність державного втручання він вбачав в тому, що законодавець, який в стст. 1-2 ТКН (стара редакція) [130] вводив різні способи набуття статусу комерсанта й обґрунтовував це необхідністю упорядкувати суспільні відносини, чітко сформулювати закон та забезпечити правильне його виконання (й цим гарантувати правову безпеку в торговельному обігу), насправді абсолютизував принцип правової безпеки й обмежив доступ господарюючих суб’єктів до норм торговельного права, а отже обумовив нерівність даних суб’єктів перед законом. «…Справою законодавця є вибір між вимогою матеріальної справедливості та правової безпеки. З іншого боку вибір не може відбуватися повністю односторонньо і призводити до абсолютизації принципу правової безпеки. Ця межа у випадку кола адресатів ТКН є однозначно порушеною» [129, S. 289].

Однак, ідея невідповідності поняття «комерсант» конституційному принципу формальної рівності не знайшла широкої підтримки у німецьких фахівців з торговельного права. Німецький вчений М. Хенсслер, який в цілому негативно ставився до поняття «комерсант», у статті «Комерційна діяльність, комерсант та підприємство» розмістив розгорнуту критику позиції Й. Нойнера, зокрема, зазначивши, що його опонент недооцінив регулюючу концепцію законодавця. Відмінні способи набуття статусу комерсанта, закріплені в стст. 1-2 ТКН (стара редакція) [130] «це наслідок легітимного прагнення законодавця в інтересах правової безпеки обрати чіткий критерій розмежування великої кількості осіб, що займаються промислом» [131, S. 30].

Також не беззаперечним видавався йому й докір Й. Нойнера відносно неможливості набуття статусу комерсанта окремими видами підприємців (а саме: будівельними компаніями, туристичними агенціями, кінотеатрами тощо). Оскільки дані суб’єкти могли стати комерсантами саме в силу ст. 2 ТКН й більш того «їх залучення до області торговельного права може бути здійснено навіть за допомогою державних примусових заходів (мова йде про штраф, встановлений § 14 ТКН (нині не чинний) за невиконання обов’язку реєстрації згідно § 2 ТКН – І. П.)»» [131, S. 29].

До даної дискусії приєднався й К. В. Канаріс, який в своєму підручнику «Торговельне право», розробленому вже після проведення реформи 1998 р. висловив негативне ставлення до ідеї порушення нормами ТКН ст. 3 ОЗ ФРН. Обґрунтував він свою позицію так: «торговельне право навіть тоді, коли воно визначається як особливе право комерсантів, навряд чи призводить останніх до привілейованого становища, навпаки, як правило, до посилення вимог та критеріїв» [132, S. 2]. Також з цього приводу висловився й Х. Оеткер, який, зокрема, підкреслив, що підставою для відособленого становища комерсанта й торгового права «часто вбачають особливі потреби комерційного обігу, в якому законодавецю належить широкий простір для конкретних формулювань» [133, S. 5].

Отже, дана дискусія показує, що, не зважаючи на майже одностайне негативне ставлення німецьких вчених до ідеї збереження комерсанта в якості основного суб’єкта торговельного права, вони неготові визнати її такою, що порушує ОЗ ФРН. Причиною цього, ймовірно є те, що у випадку визнання положень ТКН, які стосуються комерсанта, такими, що порушують ОЗ ФРН, законодавець буде вимушений взагалі скасувати цей кодекс, що, в свою чергу, може призвести до втрати торговельним правом свого самостійного статусу й суттєвої переробки всього законодавства з торгового права.

Дана дискусія викликана тим, що німецькі науковці часто пишуть про застарілість поняття комерсант, й це, в свою чергу, створює підстави вважати торговельне права непотрібною, архаїчною галуззю права. «В понятті комерсанта особливо чітко виявляється дефіцит торговельного права, його недостатня відповідність потребам сучасного економічного життя. Прив’язка до більше неіснуючого стану купців є одночасно показовою для загальної втрати значення торговельного права, яка породжує сумніви відносно того, чи взагалі потрібна самостійна цивільно-правова кодифікація «торговельного» права» [131, S. 14]. Отже, історична відданість торговельного права окремому колу підприємців – комерсантам – негативно відображається на його статусі, вона створює підстави сприймати його як застарілу галузь права.

Таке значення поняття «комерсант» для сучасного торговельного права Німеччини змусило правознавців задуматися над реформою даної галузі. Протягом кількох десятиліть в німецькій літературі висувалися різні теорії можливого перетворення торговельного права. Одна з них не зрадила торгово-правовій традиції використовувати суб’єкта окремого виду в якості центру, навколо якого інтегруватимуться норми певної галузі права (суб’єктивний підхід створення галузі права). Мова йде про теорію «Зовнішнього підприємницького права», автори якої пропонували розширити суб’єктний склад торговельного права й охопити ним всіх підприємців, в результаті чого дана галузь повинна була перетворитися на підприємницьке право. Її фундатором вважається П. Раїш, який в своїх роботах ставив питання про допустимість застосування за аналогією норм торговельного права до не комерсантів. В подальшому над її докладною розробкою і аргументацією працював К. Шмідт який пропонував на основі ТКН розробити Підприємницький кодекс, під дію якого мали підпадати «всі так звані «суб’єкти підприємств» та будь-які об’єднання, які закон незалежно від мети та предмету підпорядкував даному кодексу» [134, S. 516]. Підприємство на думку вченого, повинно було мати місце тоді, коли на ринку пропонуються планомірні, організовані надовго, оплатні роботи та послуги. В свою чергу суб’єктом підприємства вважався той суб’єкт права, від імені якого виконувалися роботи та надавалися послуги. Вчений не бачив ніяких технічних перешкод у реалізації своєї теорії. «Якщо подумати все ж таки про недоліки, притаманні Торговельному кодексу і особливо поняттю комерсанта – писав він – то законодавець має бути в доброму гуморі: звільнити торговельний кодекс від історично обґрунтованого випадкового результату (мова йде про поняття комерсант – І.П.), є не складніше, а легше ніж пристосувати діючу редакцію до загального правового порядку» [134, S. 515].

Різновидом теорії, висловленої П. Раїшем, К. Шмідтом є погляд Ф. Ю. Зеккера на приватне право Німеччини, згідно якого, воно, на відміну від класичного погляду, складається не з цивільного та торгового права, а з цивільного та підприємницького права, яке «об’єднує Німецьке торгове уложення, Акціонерний закон, Закон про товариства з обмеженою відповідальністю, Закон про кооперативні товариства, Закон про недобросовісну конкуренцію, Закон про боротьбу з обмеженнями конкуренції» [135, С. 3]. Таким чином, даний вчений, виходив не з ідеї реформування торгового права, а включив його норми до більш широкої галузі права – підприємницького права, яке має вважатися частиною приватного права, хоча й включатиме до свого складу нормативно-правові акти, які носять публічно-правовий характер.

Надію на успіх в реалізації теорії К. Шмідта могла вселити реформа торговельного права Австрії, проведена в 2007 р., внаслідок якої відбулося перетворення Торговельного кодексу даної держави на Підприємницький кодекс [136] (повна назва якого, до речі, перекладається як «Федеральний закон про особливі цивільно-правові приписи для підприємств») і, відповідно, торговельного права на підприємницьке. При аналізі даного кодексу варто звернути увагу на те, що поняття підприємства в цій державі суттєво відрізнялося від поняття торговельного промислу, прийнятого в торговельному праві Австрії до реформи, оскільки під ним розуміють й діяльність не націлену на отримання прибутку, що для торговельного права нехарактерно. Також, підприємцями вважається представники вільних професій, за умови їх реєстрації в Книзі фірмових найменувань, в той час як представники вільних професій в жодному випадку не можуть стати суб’єктами торговельного права. Цей аспект, а також інші суттєві ознаки торговельного права та комерсанта були, зокрема, розглянуті в науковій статті І. М. Проценко «Особливості торговельного права Німеччини (досвід сучасної теорії та практики)» [137, С. 365] й їх обов’язково слід враховувати з тим, щоб не плутати торговельне право з підприємницьким.

Отже, якщо реформа торговельного права змогла бути проведена в Австрії, то й Німеччина, спираючись на досвід сусідньої держави, могла б здійснити ті ж самі дії, особливо з огляду на те, що до 2007 р. в Австрії діяв Торговельний кодекс, в основі якого лежали норми ТКН 1900 р., введеного тут в 1939 р. окупаційними гітлерівськими військами. Тому можна стверджувати, що фактично Австрія реформувала ТКН.

Однак не зважаючи на пропозиції німецьких правознавців та зміни, що відбулися в торговельному праві Австрії, законодавець ФРН не поспішає відмовитися від комерсанта, як особливого суб’єкта торговельного права й продовжує оперувати даним поняттям. Зокрема, під час реформи торговельного права, яка пройшла в 1998 р., було чітко визначено, що «проектом (мова йде про проект закону, який закріпив відповідні зміни ТКН – І. П.) не передбачається настільки рішуче перетворення торговельного права в смислі відміни ТКН чи його перетворення на право підприємств та торговельного обороту. Подібне широке нове регулювання неминуче призвело б до повної переробки змісту ТКН чи до його заміни новою кодифікацією, без практичної необхідності для цього» [138 S. 21]. Отже, впроваджувачі реформи торговельного права не побачили раціональної потреби в перетворенні даної галузі на підприємницьке право й залишили комерсанта в якості основного суб’єкта торговельного права, певною мірою модернізувавши визначення цієї особи. Німецький правознавець А. Бекер, який дослідив історію розвитку поняття «комерсант», з приводу Закону про реформу торгового права 1998 р. відмітив, що він «притримується поняття комерсанта з непохитною наполегливістю. Він поставив на вершину торговельного кодексу поняття, яке з точки зору мови не в змозі охопити навіть приблизно коло осіб, на яке мають поширюватися торгово-правові норми» [139, S. 160]. Також Д. Кайзер, яка в своїй науковій статті здійснила ґрунтовну критику реформи ТКН, зокрема, зауважила, що: «Торгове право залишилося бути особливим правом комерсантів, а не підприємств навіть після набуття чинності 01.07.1998 нової редакції §§ 1 та наступних параграфів ТКН, передбаченої Законом про реформу торгового права» [140, S. 495].

В сучасному торговельному праві Німеччини під комерсантом вважається той, хто займається торговельним промислом (обов’язковий статус комерсанта). В свою чергу під торговельним промислом розглядається будь-який промисел, підприємство якого за способом або обсягом своєї діяльності потребує організації в комерційний спосіб (тобто, ведення торговельних книг, фінансової документації та інвентаризації, застосовування особливих заходів для охорони кореспонденції, використання торговельного представництва, залучення працівників з комерційною освітою, реєстрації фірмового найменування тощо). Таким чином, основною вимогою для набуття статусу комерсанта є ведення ним торговельного промислу. Розглядаючи поняття промислу необхідно наголосити на тому, що в німецькому торговельному праві цим терміном називають діяльність, яка відповідає певним вимогам. Зокрема, вона має бути самостійною, орієнтованою на ринок, планомірною, спрямованою на одержання прибутку. «До комерційної діяльності (Handelsgewerbe – букв. торговий промисел), якою займаються комерсанти, закон відносить набуття та перепродаж товарів та цінних паперів, здійснення страхових, банківських, транспортних, комісійних та інших угод. Такого роду діяльністю вважається будь-яка самостійна діяльність, яка дозволена та направлена на збільшення прибутку та носить постійний характер, якщо вона не відноситься до вільних професій чи до сфери виробництва сировини» [141, S. 7].

Поруч з цим, статус комерсанта також можуть отримати будь-які підприємці, діяльність яких хоча й не вважається комерційною й не потребує організації на комерційний лад, однак вони за власним бажанням зареєструвалися у торговельному реєстрі, бажаючи підпорядкувати свою діяльність нормам ТКН та підприємства сільського чи лісового господарства, які за своїм видом та обсягом потребують організації на комерційний лад (добровільний статус комерсанта). Водночас, ТКН автоматично надає статус комерсанта торговим товариствам, навіть якщо вони не займаються комерційним промислом: повному товариству, командитному товариству, товариству з обмеженою відповідальністю, акціонерному товариству, командитному товариству на акціях та європейському економічному об’єднанню інтересів (комерсант в силу організаційно-правової форми). Однак, таке широке коло суб’єктів, які можуть отримати статус комерсанта не означає, що де-факто комерсанта можна ототожнити з підприємцем, а торгове право Німеччини з підприємницьким чи господарським правом. Вище вже підкреслювалося, що існує ряд суб’єктів, які можуть займатися діяльністю, пов’язаною з отриманням прибутку, однак вони не вважатимуться комерсантами, зокрема, представники вільних професій. До їх кола можна додати так званих дрібних промисловців (Kleingewerbetreibende), які за будь-яких умов є підприємцями, однак не вважаються комерсантами, оскільки їх промисел не потребує організації та ведення на комерційний лад. Комерсантами вони можуть стати лише в силу добровільної державної реєстрації в торговельному реєстрі. «Адресатом норм ТКН не є всі підприємці. Лише підприємці (фізичні чи юридичні особи) з чітко розмежованими кваліфікаційними ознаками є адресатами норм ТКН. Законом вони називаються комерсантами. Точкою відліку є те, що відносини підприємця, який не відповідає ознакам комерсанта, не є адресатом норм ТКН, регулюються правилами загального цивільного права. але не особливого приватного права» [123, S. 1].

Повертаючись до визначень торгового права, наведених на початку даного параграфу, варто сказати кілька слів щодо інших його ознак, а саме приналежності до приватного права в якості спеціальної галузі. В юридичній літературі Німеччини ці ознаки не піддються такій жорсткій критиці, якої зазнав особливий суб’єктний склад, однак і вони можуть бути переглянуті у зв’язку із стиранням меж між приватним та публічним правом.

Згідно загальноприйнятого погляду, приватне право в Німеччині розглядають «як право, яке регулює відносини між рівноправними суб’єктами – фізичними та юридичними особами» [142, С. 218]. Торгове право, яке регулює відносини між комерсантами (якими можуть бути фізичні та юридичні особи), безумовно є приватним правом. «Торгове право поскільки є рідним цивільному праву, постільки також належить до приватного права, тобто в ньому беруть участь рівноправні партнери, одна частина з яких в жодному випадку не може вчиняти щодо іншої державної чи такої, що походить з державної влади» [143, S. 6]. У зв’язку з цим виникає питання, чи не суперечить приватно-правовій природі торгового права ті норми ТКН, які носять публічно-правовий характер й стосуються, зокрема, реєстрації комерсантів в торговому реєстрі, ведення торгових книг, бухгалтерської звітності. Щодо загального публічно-правового регулювання торгових відносин, наприклад, К. Зіг підкреслював, що таке регулювання є частиною адміністративного права. «Поскільки держава обмежувально чи впорядковуючи втручається в економіку (наприклад, право нагляду у сфері страхування). Ми не маємо справу з торговим правом, а з підвидом адміністративного права» [143, S. 6]. Однак ця позиція не знімає питання щодо того, чи не порушує приватно-правову природу торгового права публічно-правові приписи, що містяться в ТКН, яке також ставить Х. Откер, особливо з огляду на питання про співвідношення приватно-правової природи торгового права і приписів ТКН про торгові книги. Він, зокрема, дає на нього таку відповідь: «Оскільки § 238 до 342а ТКН (стосуються ведення торгових книг – І.П.) принаймні головним чином належить до публічного права, вони мають бути в будь-якому випадку відмежовані від тогового права, якщо це має відповідати характеру особливого приватного права у вузькому розумінні» [133, S. 4]. Також К.-В. Канаріс звернув увагу на те, що в ТКН є норми, які відносяться до трудового права, натомість в ряді інших нормативно-правових актів Німеччини містяться норми, які є особливими правилами для комерсантів і підпадають під визначення торгового права, звідки вчений робить висновок про те, що «законодавче місце розташування норм не є вирішальним фактором для їх систематичного підпорядкування» [66, S. 3]. Пояснення наявності публічно-правових норм в ТКН пояснюють також російські вчені, відмічючи, що «включення в приватноправові за своїм основним змістом нормативні акти адміністративних та навіть кримінальних санкцій за порушення норм, що містяться в цих актах і регулюють підприємницьку діяльність, є поширеною практикою в країнах континентального права. Такий прийом законодавчої техніки є результатом досвіду, накопиченого за тривалий період розвитку законодавства про підприємництво. Він дозволяє уникнути небажаного часового розриву між введенням норм в області комерційного права та суворих санкцій за їх порушення» [144, С. 30].

На наш погляд, попри існування в ТКН публічно-правових норм, німецький законодавець ніколи не мав на меті перетворити торгове право на право, яке здійснюватиме комплексне регулювання економічних відносин загалом за допомогою приватно-правових та публічно-правових засобів і прийомів, адже за більш ніж сторічне існування ТКН до нього не було додано жодних нових інститутів та книг, які б регулвали нові прояви економічних відносин (навпаки, було вилучено останню книгу, що стосувалася торговельного мореплавства), а нові закони, які регулюють економічні відносини, не обмежуюються лише коммерсантами, а поширюють своє регулювання на більш широке коло суб’єктів. Тому в німецькому правознавстві сьогодні відмежовують торгове право від таких галузей права, як право товариств (хоча в ТКН є норми, які регулюють ці відносини), від вексельного права, банківського права, страхового права, конкурсного права, картельного права тощо, які якраз вже за задумом законодавця носять комплексний характер та поєднують публічно-правове та приватно-правове регулювання відносин, а торгове право зберігає ту структуру, яка була в нього закладена історично.

Наступною ознакою торговельного права Німеччини є те, що воно вважається особливим приватним правом. В Німеччині такими є всі приватно-правові галузі права, відмінні від цивільного, яке є для них основним, фундаментальним. Від цивільного вони відрізняються тим, що: регулюють або відносини приватних осіб, які характеризуються особливими ознаками (наприклад, комерсантів) або відносини, які складються щодо особливого об’єкта (наприклад, права інтелектуальної власності); їх норми містяться в іншому, ніж цивільний кодекс нормативному акті; норми цивільного права відіграють субсидіарну роль відносно норм особливих галузей права, тобто вони застосовуються тоді, коли норми особливих галузей права не мають необхідного регулювання [145, S. 8]. Торговельне право Німеччини, безсумнівно, відповідає цим трьом критеріям і тому вважається особливим приватним правом.

Поруч з названими трьома основними ознаками торговельного права як окремої галузі права, зберігають свою актуальність й інші його ознаки, що проявилися ще в часи Середньовіччя, зокрема його універсальність та гнучкість. Про специфіку універсальності сучасного торгового права йшлося в попередніх параграфах даного дисертаційного дослідження. Гнучкість сучасного торгового обігу забезпечується передусім за допомогою цивільно-правових звичаїв, звичаїв ділового обігу та торгових звичаїв, перший з яких є нормою права, а два інших – ні, про що йдеться, зокрема, в статті І. М. Проценко «Звичай ділового обігу за законодавством Німеччини та України» [146, С. 32-34]

Однак, як підкреслювалося вище, в юридичній науці Німеччини піднімається питання про те, як має змінитися система права у зв’язку із розмиванням меж між приваним та публічним правом (що спостерігається сьогодні при регулюванні більшості сучасних правовідносин і чи ненайбільш – торгових, комерційних, економічних)? Як підкреслювалося вище, торгове право Німеччини не змінило своєї приватно-правової природи, а ТКН поряд з приватно-правовими нормами, включає в себе й публічно-правові норми, однак здійснює це не тому, що торговим відносинам потрібні і імперативний, і диспозитивний методи регулювання, а тому, що воно притримується структури, що історично склалася. Отже, як відповідає право Німеччини на ті зміни, які відбуваються в праві у зв’язку із стиранням меж між приватним і публічним правовим регулюванням?

Ряд німецьких правознавців висловлюються за використання нових критеріїв при розподілі права на приватне і публічне, однак їх позиції зазнають критики, окремі аспекти якої висвітлені, зокрема, в статті І. М. Проценко «Признаки торгового права Германии как особенной отрасли частного права» [142, С. 219]. Інші німецькі правознавці також звертають увагу на те, що в області правового регулювання економічних відносин відбувається стирання меж між публічним і приватним правом, що на їх думку має змінити підхід до організації правового регулювання економічних відносин. Зокрема, з цього приводу висловився німецький цивіліст Р. Кніпер, який зазначив, що «сучасне цивільне право є не таким формалістичним, як раніше. Воно тепер містить більше зобов’язуючих норм і норм, які впроваджують конкретні механізми реалізації прав і обов’язків… Водночас публічне право відійшло від чисто суверенного «поліцейського» права» [147, С. 6]. У зв’язку з цим, «правове регулювання стосується тепер вже не суб’єктів суспільних відносин, таких як держава або приватні громадяни, а діяльностей, програм, мотивацій та функцій…При цьому різниця між приватним і публічним правом не зникає, а набуває нового значення й виміру» [147, С. 6]. Подібні зміни, на думку інших вчених, ни можуть вплинути на формування приватного господарського права (до якого відносять «наприклад, норми про споживчі договори та загальні умови договорів з ЦКН, для нагляду за якими відсутній орган із правом на втручання, а існує тільки судовий захист» [148, С. 9]) і публічного господарського права (останнє в свою чергу поділяється на конституційно-господарське, адміністративно-господарське та кримінально-господарське). Варто підкреслити, що поки в Німеччині терміни, «господарське право» «приватне господарське право» та «публічне господарське право» не використовується законодавством, а господарське право не спирається на спеціально створений для нього кодекс чи закон і не вважається галуззю права. Воно існує як навчальна дисципліна й постійно виступає предметом підручників та наукових статей, що дає підстави розглядати його в якості навчальної дисципліни та галузі правової науки. Отже, на структурі торгового права Німеччини поки що не відобразилися зміни, які відбуваються у зв’язку із взаємопроникненням публічного та приватного права, не призвели вони й до введення господарського чи підприємницького права в якості окремої галузі.

Попри те, що в Німеччині торговельне право зберегло статус самостійної галузі права і не змінило своєї характерної риси – наявності особливого суб’єктного складу, Україна не має підстав для введення торгового права в якості окремої галузі. І хоча свого часу ідея запровадження такої галузі висувалася окремими правознавцями України (наприклад, В. В. Чанкіним [149, С. 63]) й переросла в дискусію щодо необхідності введення в Україні Торгового кодексу чи Господарського (торгового) кодексу, однак на початку ХХІ ст. стало зрозумілим, що введення в Україні торгового права є недоцільним. Адже торгівля сьогодні є настільки широким поняттям, що буває складно відмежувати її від інших секторів економіки. Тому Торговий кодекс, якби його було прийнято, міг би запропонувати тільки уривчасте регулювання торгівлі (розуміння якої б обмежилося купівлею-продажем). Дана думка підтверджується проектом структури Торгового кодексу України, запропонованим для обговорення на сторінках юридичних видань українським правознавцем О. Покрещуком. Автор цього проекту відразу зауважив про «недоцільність включення до меж дії Кодексу таких предметів торгівлі, як цінні папери, нерухомість, об’єкти приватизації тощо, які за своїми властивостями та характером врегулювання відрізнятимуться від загальноприйнятого розуміння підприємницької діяльності та змістом правовідносин, які лежать в основі угод щодо продажу таких товарів» [150, С. 67]. Ця позиція відразу викликає ряд запитань: яким же нормативним актом має регулюватися торгівля переліченими товарами, чому вони відрізняються від загальноприйнятого розуміння підприємницької діяльності та чому торгівля нерухомістю не може бути врегульована Торговим кодексом, в той час як торгівля нафтопродуктами, ліками ним регулювалася? До того ж, проаналізувавши згаданий проект структури Торгового кодексу, можна також зробити висновок, що автор звів торгівлю до торгівлі продуктами харчування (до яких він відніс і тютюн) та непродовольчими товарами, що також демонструє слабкість його пропозиції.

Так само, як і проект Торгового кодексу, не був прийнятий й Закон України «Про внутрішню торгівлю», проект якого за № 9443 був зареєстрований 10.11.2011 р. у Верховній Раді України [151]. Розробники цього законопроекту не враховували тих тенденцій, що відбуваються в сучасному правовому регулюванні економічних відносин і є пов’язаними із розмиванням меж між приватно-правовим і публічно-правовим регулюванням, а тому він стосувався виключно публічно-правових відносин в сфері торгівлі. Згідно преамбули, він мав визначати правові та організаційні засади провадження господарської діяльності у сфері внутрішньої торгівлі в Україні і регулювати відносини, які виникають під час проведення торговельної та виробничо-торговельної діяльності [151]. Негласною ж його метою виступило також намагання ліквідувати стихійну торгівлю товарами, запобігти примусу торгівців до придбання певних товарів у певного постачальника, а також упорядкування торгівлі товарами, коло покупців яких обмежено законом. У зв’язку з цим, проект закону мав ряд імперативних норм, продиктованих соціальними потребами суспільства, які, однак, значно заважали таким приватно-правовим потребам торгівлі, як швидкість торгового обігу, та, одночасно, не задовольняли ті соціальні потреби, заради яких вони створювалися. Наприклад, відповідно до його ч. 6 ст. 7 товари, для продажу яких законами встановлені обмеження щодо віку покупця, реалізуються у спеціалізованих магазинах або у відокремлених від інших товарів приміщеннях (відділах, секціях) з обладнаним місцем розрахунку [151]. На наш погляд, введення такої норми могло б призвести до суттєвого ускладення такої побутової дрібниці, як процес придбання товарів й при цьому не допомогло досягнути соціальної мети – запобіганню продажу спиртних напоїв неповнолітнім. Тому Законопроект не знайшли підтримки у суб’єктів підприємницької діяльності України, які вже не сприймають посиленого імперативного державного втручання в свою роботу. Окрім цього, законопроект суперечив ряду чинних законодавчих актів, зокрема, Господарському та Податковому кодексам, на що було звернуто увагу в ряді наукових публікацій [152, С. 319-323]. Тому уряд відмовився від ідеї його запровадження й розв’язує нагальні проблеми правового регулювання торгівлі шляхом внесення змін до діючих законодавчих актів.

В сучасній Україні основи правового регулювання торговельних відносин, як і будь-яких інших економічних відносин, закладаються двома нормативними актами: ЦКУ [153] та ГКУ [154]. Як відомо, дані нормативні акти не становлять узгодженої, злагодженої системи правового регулювання економічних відносин – вони є супротивниками, які заважають застосуванню один одного. Така ситуація була обумовлена певною мірою й неправильним розумінням їх розробниами природи та сутності торгового права і господарського права зарубіжних країн, зокрема, Німеччини. Наведемо кілька хибних й неточних поглядів, висловлених в українскій юридичній літературі з цього приводу, які звичайно ж призводили до неправильного уявлення про торгове право зарубіжних країн. В підручнику «Господарче право зарубіжних країн» (в якому під предметом господарчого права розглядалися відносини суб’єктів господарської діяльності між собою, споживачами та державою) відмічається, що «у праві західних країн не спостерігається особливе піклування про чистоту критеріїв класифікації суб’єктів господарської діяльності. У комерційних чи торговельних кодексах їх називають комерсантами, у більш сучасних актах – підприємцями» [155, C. 15]. Далі автори наводять визначення комерсанта, взяте із законодавства ФРН, яке, до речі, є неповним (оскільки до нього не включено випадок набуття статусу комерсанта в силу реєстрації в судовому раєстрі) й при цьому зовсім не згадують про те, що в законодавстві Німеччини також широковживаним є поняття «підприємець». Після цього та інших прикладів із зарубіжного законодавства, автори роблять хибний висновок, що однією з юридичних ознак господарської діяльності є наявність спеціального суб’єкта (комерсанта). Таким чином, автори підручника підмінюють понятя «підприємець» поняттям «комерсант», що, в свою чергу, призводить до уявлення про тотожність торгового права з господарським. До невиправданої підміни поняття «комерсант» поняттям «підприємець» вдаються й російські вчені, що мало місце, наприклад, в підручнику «Коммерческое право зарубежных стран» [144, С. 29], в статті О. О. Макарової «Торговый кодекс Германии и возможность его заимствования в России» [156, С. 248; 249].

В іншій роботі відомий російській вчений В. Ф. Попондопуло своє загальне уявлення про торгове право, як один з інститутів комерційного (підприємницького) права переносить й на торгове право інших держав, зокрема, зазначаючи: «Торгове право зарубіжних країн як інститут комерційного (підприємницького) права зарубіжних країн також розглядається як розділ приватного права» [157, С. 7], що звичайно ж не можна робити, оскільки, як підкреслювалося вище, в Німеччині торгове право є частиною приватного права, але не є інститутом підприємницького права. Торгове право Німеччини є особливим, воно є історичною спадщиною системи права Німеччини і його не можна сприймати за допомогою сучасних, прийнятих в Росії чи Україні юридичних понять.

Не зовсім вірне сприйняття ТКН та торгового права Німеччини іноді демонструє й В. К. Мамутов, який часто підкріплює свої твердження прикладами з права Німеччини. Наприклад, в одній із своїх робіт він відмічає, що «в Німецькому торговому уложенні … норм публічно-правового характеру взагалі вже більше, ніж норм, які цивілісти продавжують кваліфікувати в якості приватноправових» та що в зміст ТКН «зараз охоплює практично всю господарську діяльність» [158, С. 104]. Подібну думку даний вчений висловлює також в інішй статті «Посилення публічних засад у правовому регулюванні господарської діяльності» [159, С. 84]. Однак, вище вже було зазначено, що хоча ряд норм ТКН й не відповідають приватно-правовій природі торгового права Німеччини, однак вони включені до нього в силу історичної традиції, а не у зв’язку із реальними суспільними потребами (а отже, якби первісно ТКН не мав норм про торгові книги, то й зараз їх до нього ніхто б не включав). «За сучасних економічних відносин торговельне (комерційне) право своїм регулюванням охоплює майже всі види економічної діяльності та комерційних відносин, які мають на меті одержання прибутку. Однак, це не означає що торговельне (комерційне) право поступово перетворюється на господарське право, оскільки: 1) останнє традиційно вважається комплексною галуззю, яка перебуває на межі приватного і публічного права, а торговельне (комерційне) право зберігає свою приватну природу; 2) регулювання нормами торговельного права не охоплює весь цикл економічного процесу» [160, С. 106; 161, С. 919]. Такого ж висновку було досягнуто і в роботі І. М. Проценко «Торговельне право Німеччини: досвід для України» [162, С. 59].

Наступне твердження з навчального посібника «Торговое право» є прикладом неточного розуміння місця торгового права в системі права. Зокрема, в ньому зазначається, що: «у Франції, Італії, Іспанії, Німеччині, Японії та в інших деяких країнах існує так звана дуалістична система приватного права, в якій торгове право склалося як відособлене від цивільного права» [163, С. 16]. Далі автори підручника не надають додаткового більш розгорнутого роз’яснення такого явища як «дуалізм приватного права» та не висвітлюють питання співвідношення цивільного та торгового права у регулюванні приватних правовідносин. Тому, такий короткий опис дуалізму приватного права може викликати хибне уявлення про торгове право, як галузь права, що автономно від цивільного самостійно регулює весь комплекс торгових відносин. Насправді ж дуалізм приватного права, принаймні у Німеччині, означає, регулювання двома галузями права – цивільним і торговим схожих за своїм характером відносин й характеристику даного юридичного явища слід починати з того, що воно виникло в часи Середньовіччя і зберігається в сучасному праві окремих держав переважно як данина традиції. А тому держави, які не мають настільки давніх традицій правового регулювання торгових відносин, як Німеччина чи Франція, не мають й підстав запроваджувати подвійне приватно-правове регулювання торгових відносин.

Водночас, в Україні все ж таки варто вивчати дуалізм приватного права з інших причин – з метою з’ясування як організована система приватного права і його законодавство в зарубіжних країнах, а саме як співвідносяться основні нормативні акти цих галузей при регулюванні приватних відносин. Дане питання є особливо важливим для правознавства України, яке сьогодні має користуватися складною юридичною формулою при вирішенні питання про співвідношення та ієрархію норм ЦКУ [153] і ГКУ [154], закладеною Інформаційним листом Вищого господарського суду України № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008р. [164]. Вона спирається на правило про «співвідношення загального та спеціального закону» й встановлює, що при вирішенні питання співвідношення ЦКУ та ГКУ «слід виходити з того, що при правозастосуванні застосовується не в цілому закон як нормативно-правовий акт, а відповідна правова норма чи її частина, за змістом якої і визначається чи є ця норма (її частина) спеціальною чи загальною» [164]. Отже, судам при розв’язанні спорів слід кожного разу з’ясовувати, який характер мають ті чи інші норми обох кодексів, що, звичайно ж, призведе до помилок та неоднакової кваліфікації одних і тих же норм різними судами. Тому досвід інших держав в області подолання колізій між законами, навіть якщо ці закони відносяться до джерел торгового права, а не господарського, є цінним для України. На дану обставину звертає увагу, наприклад, А. Рабінович, яка пропонує шукати шляхи подолання колізій між Цивільним і Господарським кодексами України за допомогою юридичної компаративістики, зокрема, здійснювати «порівняння такого (господарсько-правового – І.П.) регулювання в Україні з правовим регулюванням аналогічних відносин в інших державах світу (незважаючи на різні терміни: «комерційне», «торговельне», «підприємницьке» право тощо)» [165, С. 107].

В Німеччині питання співвідношення ЦКН та ТКН розв’язано у ст. 2 Ввідного закону до ТКН, згідно якої в торгових справах норми цивільного кодексу застосовуються лише тоді, коли інше не передбачено в ТКН або в Ввідному законі до ТКН [166]. Пропозицію запозичити німецький досвід регулювання даного питання висловлює В. К. Мамутов [167, С. 158]. На наш же погляд, норми про співвідношення джерел права, які регулюють схожі суспільні відносини, слід внсти до ст. 9 Цивільного кодексу України, а саме, в реченні першому частини другої перед словом «законом» додати фразу «іншими кодексами та» й доповнити ч. 2 ст. 9 ЦКУ [153] реченням такого змісту: «при регулюванні майнових відносин у сфері господарювання норми ЦКУ застосовуються лише тоді, коли інше не встановлено кодексами та законами, що передбачають особливості регулювання таких відносин», що має сприяти подоланню колізій між нормами ЦКУ та ГКУ, хоча, звичайно ж їх не подолають повністю. Разом з цим, сьогодні нагально необхідно узгодити зміст цих кодексів й при цьому, якщо законодавець прийме рішення зберегти господарське право України, в якості окремої галузі, тоді воно має «закріпити на законодавчому рівні межі збалансованої взаємодії свободи прояву господарської ініціативи і державного впливу на неї у внутрішніх господарських відносинах країни задля забезпечення такого рівня функціонування економіки, який би міг задовольнити як окремого суб’єкта господарювання, так і все суспільство в цілому» [168, С. 355]. В результаті господарське право та покладений в його основу Господарский кодекс, побудований на основі цієї ідеї, можуть стати більш сучасною моделлю оранізації правового регулювання економічних відносин. Разом з цим, торгове право в Україні може існувати в якості навчальної дисципліни на юридичних факультетах в ВУЗах. Про існування такої практики говориться, зокрема, в статті Н. Красиліч «Проблеми розвитку комерційного (торгового) права України» [169, С. 105-106]. Авторка не наводить свій погляд на систему даної навчальної дисципліни, тому ми зі свого боку підкреслимо, що торгове право, як навчальну дисципліну слід будувати таким чином, щоб поєднати вивчення і приватно-правових, і публічно-правових засад організації та здійснення торговельної діяльності в Україні, оскільки такий підхід дозволить підготувати кваліфікованого фахівця.

Повертаючись до принципу формальної рівності, як основи правового регулювання приватних відносин, варто також звернути увагу на прийнятий з цього питання Федеральний Закон про загальну рівність 2006 р. [170] (Антидискримінаційний закон). Його було прийнято в Німеччині на виконання нормативно-правових актів ЄС, а саме: Директив Ради ЄС 2000/43/EG [171] (стосується заборони дискримінації за ознаками раси та етнічного походження), 2000/78/EG [172] (встановлює межі реалізації заборони дискримінації в сфері зайнятості та зайняття професійною діяльністю), 2004/113/EG [173] (стосується рівності прав чоловіків і жінок в сфері доступу та забезпечення товарами та послугами) та Директиви Європейського Парламенту та Ради ЄС 2002/73/EG [174] (стосується рівності прав та жінок в сфері зайнятості). До речі, ці ж директиви (зокрема, 2000/78/EG) стали тим першоджерелом, який вплинув на запровадження в Україні антидисримінаційних поправок до вітчизняного законодавства, зокрема до Кодексу законів про працю.

Не зважаючи на те, що Антидискримінаційний закон більшою мірою орієнтується на усунення дискримінації в сфері трудових відносин, ним також запроваджуються й основи рівного ставлення до кожного в сфері цивільних зобов’язальних відносин (окрім сімейних та спадкових зобов’язальних відносин) (ст. 19-21 цього Закону), що, має велике значення для розвитку приватно-правового регулювання, в тому числі торгових правовідносин. Тим більше, що в літературі підкреслюється, що «§§19-21 Антидискримінаційного закону діють не для дійсної приватної сфери, а лише для відкритого ринкового обміну товарами та послугами» [175, S. 312]. Зокрема, в його ст. 19 передбачається недопустимість дискримінації на основі раси, етнічного походження, статі, релігії, інвалідності, віку чи сексуальної ідентичності при виникненні, виконанні чи припиненні цивільно-правових зобов’язальних відносин, що засновані на так званих масових правочинах чи «мйже масових» павочинах (однак дане правило не поширюється на випадки, якщо мова йде про найм житлових приміщень, за яким наймодавець здає в найм не більше 50 житлових приміщень) або стосуються приватно-правового страхування. Дані приписи, безумовно, тісно пов’язані з правовим регулюванням торговельного обігу, оскільки стороною цих договорів виступають, як правило, комерсанти. Так званими масовими правочинами, згідно ст. 19 цього Закону, вважаються правочини, що «мають місце незалежно від якостей особи (контрагента – І. П.) в аналогічних умовах у великій кількості випадків», а «майже масові» правочини «мають місце тоді, коли якості особи (контрагента – І. П.) відповідно до виду зобов’язальних відносин мають другорядне значення й також мають місце в аналогічних умовах у великій кількості випадків». Таким чином, в даному випадку мова йде передусім про «неперсоналізовані» правочини, що вчиняються багаторазово за стандартних умов, наприклад, купівля-продаж продуктів харчування в супермаркетах. А отже, складається враження, що у правочинах, в яких контрагенти персоніфіковані, вдаватися до дискримінаційних заходів можна. Виходячи із приписів Антидискримінаційного закону, можна сказати, що ця думка є вірною, за виключенням: договорів приватного страхування (ст. 19) («без перевірки, чи є ці правочини масовими або «майже масовими». Оскільки діють всеж-таки численні виключення (§ 20 абз. 2)»» [175, S. 331]); правочинів, пов’язаних із доступом до забезпечення публічно запропонованими товарами та послугами, включаючи житловими приміщеннями (п.8 ч.1 ст. 2); ряду правочинів, пов’язаних із працевлаштуванням, зайнятістю, освітою (пп. 1-7 ч. 1 ст. 2).

Також названий Закон, виходячи із специфіки окремих цивільно-правових правочинів, передбачив ряд виключень з принципу дискримінації. Наприклад, договори приватного страхування можуть допускати неоднакове ставлення за ознакою статі, якщо стать є визначальним фактором при визначенні страхових ризиків. Допускається дискримінація в сфері цивільних зобов’язальних відносин, на основі яких встановлюються близькі відносини чи відносини довіри сторін чи їх родичів (стосується, передусім, найму численних житлових приміщень в одному будинку, наприклад, в гуртожитку), а також в сфері цивільних зобов’язальних відносин, що стосуються найму житла, якщо сторони правочину чи їх родичі використовують житлове приміщення на одній земельній ділянці (ст. 19). Введення цих положень пояснюється правилами, передбаченими п. 4 Директиви 2000/43/EG , згідно якого важливо поважати основні права та свободи, про які йдеться в директиві, однак, поруч із наданням доступу та забезпеченням товарами та послугами варто також захистити приватну сферу та сімейне життя, так же як і діючі в комплексі з цим правочини [171; 176, S. 972].

Окрім цього, виправданим вважається порушенням заборони дискримінації, якщо різне відношення з підстав релігії, інвалідності, віку, сексуальної ідентичності має об’єктивне обґрунтування (наприклад, якщо воно слугує уникненню небезпеки, попередженню шкоди, інших подібних цілей (ст. 20 Антидискримінаційного закону).

З принципом формальної рівності тісно пов’язаний інший ключовий принцип приватного права Німеччини – принцип приватної автономії. Тим більше, що в німецькій науковій літературі широко обговорюється проблема обмеження принципу формальної рівності тими антидискримінаційними заходами, що вживаються в рамках ЄС, в тому числі й розглянутим вище Андидискримінаційним законом. Зокрема, на думку окремих вчених, вони суттєво впливають на такий прояв формальної автономії, як свобода вибору партнера договору. Наприклад, Ю. Базедов підкреслює, що «однак, свобода вибору партнера за договором обмежена численними антидискримінаційними регламентами ЄС і, відповідно, правом держав-членів» [177, С. 92].

В науці цивільного права Німеччини підкреслюється, що нормативною основою принципу формальної рівності є ч. 1 ст. 2 ОЗ ФРН, яка передбачає так зване право на свободу дії, тобто право кожного на вільний розвиток своєї особистості тією мірою, якою це не порушує прав інших, і не зазіхає на конституційний лад та норми моралі. Отже, принцип приватної автономії є складовою частиною гарантованого ОЗ ФРН права на свободу дії. «В межах загального права на свободу дії охороняються певні спеціальні свободи, які утворилися як групи випадків. Одним із найважливіших випадків є приватна автономія, яка знову конкретизується в свободі договору»[178, S. 69]. Разом з цим, в ряді інших статей ОЗ ФРН уточнюються окремі форми виявлення приватної автономії, зокрема, свобода укладення шлюбу гарантується ст. 6 ОЗ ФРН, свобода права власності – ст. 14 ОЗ ФРН.

В науці цивільного права Німеччини немає єдиного погляду на визначення даного принципу. Зокрема, переважно приватну автономію визначають як «свободу кожного організовувати свої правовідносини значною мірою згідно своєї волі»[124, S. 8]. Водночас, висловлюються й дещо інші погляди на цей принцип приватного права Німеччини. Так, під приватною автономією розуміють «повноваження кожного мати можливість організувати свої правовідносини на власну відповідальність і без державного втручання згідно своїх потреб»[179, S. 14]. При визначенні даного принципу варто також враховувати, що його було побудовано виходячи із основних засад соціальної ринкової економіки, зокрема засад лібералізму та індивідуалізму: «Лейтмотивом для приватної автономії було для законодавця цивільного кодексу природність. Закон визначається виходячи з ліберальних та індивідуалістичних основ» [145, S. 41].

Вважається, що одним із основних способів реалізації даного принципу є свобода особи укладати правочини, й, зокрема, договори. Хоча, поруч із цим, приватна автономія розглядається більш широко і включає право кожного громадянина: вільно обирати цілі своєї діяльності; вільно брати участь в економічному обігу; вільно реалізувати власні цілі і уявлення, а також свободу об’єднань, свободу права власності, свободу заповіту, свободу укладення шлюбу тощо. Найбільш значуща частина приватної автономії – свобода договору має такі форми виявлення: свобода укладення договору, свобода вибору партнера за договором, свобода вибору виду та змісту договору, свобода вибору форми договору, свобода зміни змісту договору [177, С. 91-93]. Звичайно, що свобода договору, як і принцип автономії вцілому, може обмежуватися. «Прагнуть не абсолютної, а найбільш можливої свободи. Також і вільний приватно-правовий обіг потребує «правил обігу»» [145, S. 42]. Якщо говорити про свободу договору, то вона обмежується, наприклад, встановленими законом заборонами, порушення яких, згідно ст. 134 ЦКН, призведе до нікчемності договору [124, S.  10]. Також, вона може обмежуватися у випадку «коли вплив договору розповсюджується над сторонами. В речовому праві, наприклад, діють numerus clausus речові права, так що сторони не змогли б передбачити іпотечні зобов’язання, що не відповідають існуючим типам іпотеки, плати за землю (Grundschuld) чи рентному боргу (Rentenschuld)» [145, S. 249].

Разом з цим, слід зважувати на питання, наскільки свобода договору реалізується в типових договорах. В німецькій юридичній літературі панує думка, що існування типових договорів не порушує свободу договору, оскільки ніхто не примушується користуватися типовими договорами. Більш того, виходячи із свободи договору, кожен може запропонувати внести зміни до існуючих типових договорів й таким чином змінити їх, щоб вони відповідали фактичним чи припускаємим потребам контрагента.

Додатково варто зауважити, що в торговому праві має місце розширення змісту принципу автономії волі, що здійснюється під впливом однією з основоположних його засад – презумпції професійної підготовки комерсанта. Так, згідно з приписами ЦКН, боржник може в судовому порядку знизити розмір неустойки (ст. 343 ЦКН). Якщо ж боржником виступає комерсант, тоді відповідно до ТКН, основу якого складає принцип презумпції його професійної підготовки, він не має права просити суд зменшити її розмір (ст. 348 ТКН), і таким чином комерсанти можуть передбачити неустойку будь-якого розміру, реалізуючи принцип автономії волі. Аспекти реалізації цих положень більш докладно будуть розглянуті в подальших параграфах дисертації.

**3.2 Добросовісність як основоположна засада правового регулювання приватних відносин у Німеччині**

Німеччина належить до числа держав, цивільне право якої історично базується на юридичній категорії «Treu und Glauben» (з нім. добросовісність). Досвід Німеччини в цій сфері привертає велику увагу українських цивілістів, які з моменту набуття чинності ЦКУ намагаються визначити зміст «добросовісності» та розробити правила її застосування в цивільному обігу України. В своїй роботі вони спираються не лише на роботи німецьких цивілістів, а й на здобутки ряду російських вчених, які також займаються вивченням німецького досвіду регулювання «добросовісності». Однак російські вчені часто дають різноманітні, іноді навіть діаметрально протилежні оцінки тих норм цивільного права Німеччини, які передбачають звернення до добросовісності. Так, деякі з них називають ці норми «каучуковими нормами», тобто нормами, зміст яких «настільки еластичний, що судді можуть тлумачити та застосовувати їх зовсім по-різному, вкладаючи в них часто протилежний зміст» [60, С. 43]; інші ж вказують на те, що дані норми є так званими «загальними застереженнями», тобто «положеннями, сформульованими законодавцем настільки широко, щоб дозволити застосовувати його до невизначеного числа різноманітних випадків із застосуванням великої частки суддівського розсуду» [180, C. 19]. Отже, обидва автори наголошують на нечіткості, «розмитості» змісту даних норм, однак зроблені в результаті їх аналізу висновки є доволі різними: в першому випадку робиться категоричний наголос на їх негативному аспекті, а саме на тому, що такі норми можуть призвести до суддівського свавілля; в другому ж випадку увага акцентується на тому, що за їх допомогою можна врегулювати широке коло суспільних відносин.

Відразу варто зауважити, що таке неоднакове сприйняття «добросовісності» пояснюється передусім відсутністю одностайного погляду на неї в науці цивільного права Німеччини. Зокрема, німецькі цивілісти протягом кількох десятиліть ведуть дискусію щодо юридичної сили «добросовісності», зокрема її розглядають як основоположну засаду виконання договірних зобов’язань; як «загальне застереження» (нім. Generalklausel); як принцип цивільного права чи, навіть, як принцип права взагалі. Отже, українським цивілістам, які вивчають німецький досвід правового регулювання «добросовісності», перш за все, необхідно зрозуміти зміст аргументів різних німецьких науковців з даного питання, оскільки саме вони дозволять зрозуміти все багатоманіття правового регулювання цивільних відносин, яке може запропонувати дана юридична категорія.

Центральною нормою права, на основі якої німецькими вченими будується вчення про добросовісність є ст. 242 ЦКН. Згідно неї, боржник повинен виконати зобов’язання так, як цього вимагає добросовісність, враховуючи звичаї ділового обороту, отже відразу варто підкреслити, що, виходячи з буквального прочитання цієї статті складається враження, що вона регулює тільки «добросовісність виконання договірних зобов’язань», тобто стосується лише виду та способу їх виконання. Дана обставина дає підставу стверджувати, що ст. 242 ЦКН є лише основоположною засадою цивільного права Німеччини, на основі якої регулюються питання виду та способу виконання договірних зобов’язань. «Згідно § 242 ЦКН боржник має виконувати зобов’язання таким чином, як цього вимагає добросовісність враховуючи добрі звичаї. § 242, згідно його формулювання, регулює лише вид і спосіб виконання» [181, S. 622] – констатує К. Шеллхаммер. Щоправда далі вчений пропонує розширити сферу застосування даної норми, й до цього варто додати, що переважна більшість німецьких цивілістів розглядають ст. 242 ЦКН не лише як норму, яка регулює питання способу та виду виконання зобов’язання, а як так зване «загальне застереження», що дає можливість застосовувати її не лише до регулювання питань, пов’язаних з видом та способом виконання договірних зобов’язань, а й до більш широкого кола відносин, пов’язаних із договорами та навіть іноді до відносин, які виходять за межі договірних зобов’язань.

Висновок про можливість розширення сфери дії ст. 242 ЦКН випливає передусім із суті юридичного поняття «загальне застереження». При цьому слід зазначити, що в правознавстві Німеччини «загальне застереження» розглядають в трьох змістовно пов’язаних між собою якостях, а саме: або як «юридичне поняття, яке абстрактно сформульоване законом, чиє точне визначення здійснюється судами, наприклад, добросовісність, добрі звичаї» [182], або як «припис, що встановлює загальнопоширені правила поведінки, які є також без чіткої домовленості помірним змістом законної чи договірної поведінки. Загальні застереження вимагають врахування добросовісності (§ 242 ЦКН)» [182] (таке сприйняття ст. 242 ЦКН призводить до використання добросовісності в суб’єктивному розумінні) або як «правове положення, яке лише встановлює загальні основоположні правила й передає суду конкретне визначення щодо окремих ситуацій (§ 242, 138 ЦКН)» [182]. Отже, сприймаючи ст. 242 НЦК як «загальне застереження», її слід вважати нормою права, яка, спираючись на таке юридичне поняття з абстрактним змістом, як «добросовісність», розповсюджується на широке коло відносин, безпосередньо не конкретизуючи їх, внаслідок чого визначенням конкретних випадків та правил її застосування займається суд.

Основною причиною звернення законодавця до такого виду норм є неможливість врегулювання нормативно-правовими актами всього різноманіття суспільних відносин. «Вони часто використовуються законодавцем для того, щоб загальноприйняте формулювання могло охопити по можливості широке коло обставин справи» [183, S. 1165]. Отже, й ст. 242 НЦК може бути використана для заповнення прогалин, що виникають в сфері правового регулювання договірних зобов’язань. «Загальна клаузула доброї совісті, закріплена в ст. 242 Німецького цивільного уложення, на сьогоднішній день є однією з найбільш значимих для німецького цивільного права. Саме загальне формулювання цього параграфу дозволяє суддям в рамках конкретних справ досягати казуїстичної справедливості, яка іншим чином була б недосяжною в силу того, що система законодавства будується по принципу абстрактності» [180, С.19].

Отже, віднесення ст. 242 ЦКН до «загальних застережень» дає можливість суддям застосувати дану норму права до широкого кола неврегульованих законодавством питань, пов’язаних із договірними зобов’язаннями, що, в решті-решт, призводить до формулювання судом нових, не передбачених законодавством та договором, правил поведінки суб’єктів. Дану обставину обов’язково слід враховувати українським цивілістам, оскільки, наприклад, Д. Павленко в статті «Судова практика застосування принципу добросовісності у вирішенні договірних спорів» [184] наголосив, що в Україні при вирішенні спорів, пов’язаних із виконанням договірних зобов’язань, принцип добросовісності використовується для тлумачення та доповнення договору. Тобто, автор припустив можливість використання добросовісності для вчинення судом кількох юридичних дій й в якості нормативної основи цього він використав дві статті ЦКУ: ст. 3 (встановлює засади цивільного законодавства) та ст. 509 (визначає засади, на основі яких має ґрунтуватися зобов’язання)), не заглиблюючись в питання розмежування сфер застосування цих статей (до речі, далі автор в своїй статті трохи непослідовно вживав терміни «добросовісність тлумачення», «добросовісне виконання», «добросовісний виконавець»). Однак у Німеччині, ЦКН не має центральної статті, яка б запроваджувала добросовісність в якості основи правового регулювання цивільних відносин загалом, а різні його статті служать окремо підставою для тлумачення договору, а окремо для його доповнення. Отже, в німецькій науці цивільного права чітко розмежовується, що нормативною основою застосування добросовісності для тлумачення договору є ст. 157 ЦКН (передбачає, що договір слід тлумачити згідно вимог доброї совісті та беручи до уваги звичаї цивільного обігу), а нормативною основою для застосування добросовісності до виконання договору й, згідно доктрини та судової практики, до доповнення його положень та подальшого доповнення правового регулювання договірних відносин є ст. 242 ЦКН. До речі, у зв’язку з цим розмежуванням в Німеччині виникає дискусія щодо можливості використання обох статей в якості правової підстави здійснення судом так званого «тлумачення договору, що доповнює його положення», оскільки в ньому поєднується і тлумачення договору і заповнення його прогалин, на основі чого, в результаті, й були сформульовані нові правила поведінки суб’єктів, про що йтиметься нижче. Наприклад, А. К. Байрамкулов зазначає, що «нормативне обґрунтування тлумачення договору, що заповнює його положення німецькі суди виявляють в § 157 та 242, які встановлюють принцип добросовісності…На практиці при тлумаченні договору, що заповнює його положення німецькі суди, як правило, посилаються одночасно на обидві норми» [185]. Така точка зору дійсно панує в цивільному праві Німеччини, оскільки, хоча в ст. 242 ЦКН прямо не йдеться про те, що вона має застосовуватися при тлумаченні договору, однак, одним з основних методів здійснення цього виду тлумачення є встановлення гіпотетичної волі сторін договору, яке, відповідно до німецької цивілістики та судової практики, здійснюється на підставі ст. 242 ЦКН, оскільки вона є мірилом добросовісної поведінки сторін договору. Тому й роблять висновок про те, що даний вид тлумачення договору має здійснюватися на основі обох названих статей ЦКН. Така ж позиція була відображена в ряді рішень ФВСН. Зокрема, в його рішенні від 10.06.2008 р. № XI ZR  211/07 зазначалося, що при заповненні судом прогалин, які утворилися в договорі у зв’язку із визнанням недійсною його умови про зміну розміру відсотків, що мали сплачуватися ощадкасою на ощадний внесок «вирішальним є те, яке б регулювання обрали сторони, знаючи про недійсність передбаченої ними умови про зміну відсотків згідно мети договору та розумного зваження їх інтересів згідно добросовісності (§ 242 BGB) як чесних партнерів» [186]. Отже, в даному випадку суд вважав за необхідне долати прогалини договору шляхом встановлення гіпотетичної волі сторін на підставі ст. 242 ЦКН, оскільки вона є мірилом добросовісної поведінки сторін договору. В рішенні ФВСН по іншій справі, що також була пов’язана із заповненням прогалин договору, які виникли у зв’язку з недійсністю окремих його умов, зазначалося, що дані прогалини мають бути заповнені на основі тлумачення договору, що доповнює його положення, нормативною основою для якого має служить ст. 133, 157 та 242 ЦКН, причому остання має використовуватися для встановлення гіпотетичної волі сторін. «Швидше пропонується залучати правила тлумачення договору, що доповнює його положення, для чого в якості мірила будуть виступати обставини, що визначають предмет виконання та відносини партнерів. Тому що вони визначають зміст досягнутих між сторонами домовленостей і створюють достатні основи для уточнення взаємних інтересів у взаємному виконанні. Вирішальним є згідно цього, яке регулювання було б обрано сторонами, якби вони знали про недійсність передбаченої ними умови про зміну розміру відсотків відповідно до умов укладення договору та договору та розумного зваження їх інтересів згідно добросовісності (§ 242 BGB) як чесних партнерів» [187].

Водночас, ряд німецьких вчених не бачать підстав для застосування ст. 242 ЦКН в якості нормативної основи для здійснення «тлумачення договору, що доповнює його положення». Зокрема, ними зазначається, що «тлумачення, що доповнює знаходить свою правову основу так же, як і роз’яснююче тлумачення в §§ 133, 157 ЦКН. Те, що до тлумачення договору, що доповнює його положення часто запроваджують §§ 157, 242 ЦКН в якості єдиної правової підстави, не переконує. Не потрібно звертатися до § 242 ЦКН… Якщо доповнююче тлумачення здійснюється однобічно щодо правочинів, які не вчиняються шляхом здійснення заяви іншій стороні лише на підставі § 133 НЦК, тоді є незрозумілим, чому § 157 НЦК не є достатньою підставою для правочинів або договорів, які вчиняються шляхом здійснення заяви іншій стороні і потребує доповнення § 242 НЦК» [188, S. 151].

Отже, згідно цивільного права Німеччини суд використовує добросовісність при тлумаченні договору, виходячи виключно зі ст. 157 ЦКН. Однак, у випадку, коли в договорі є прогалини, тобто непередбачені договором та законом умови чи умови, визнані судом недійсними, добросовісність застосовується для тлумачення договору та заповнення його прогалин виходячи вже з двох статей ЦКН: ст. 157 та ст. 242. Дану обставину надзвичайно важливо усвідомлювати, оскільки судова практика Німеччини, здійснюючи на основі цих двох норм тлумачення договорів, що доповнювало їх положення, суттєво доповнила таким чином правове регулювання ряду питань договірних зобов’язань, які не були відомі ЦКН. Якщо ж поставити під сумнів правомірність застосування ст. 242 ЦКН, тоді можна ставити під сумнів й досягнуті за її допомогою висновки, а це позбавить цивільний обіг Німеччини суттєвої частини правового регулювання.

Повертаючись до питання віднесення ст. 242 ЦКН до «загальних застережень» підкреслимо, що в результаті цього в німецькій цивілістиці почали виділяти одну, визначену законодавством, основну сферу застосування даної норми (тобто, вид та спосіб виконання договірних зобов’язань) та ряд додаткових сфер застосування, визначених судовою практикою. «§ 242 ЦКН має основне значення та багато окремих можливостей застосування» [178, S. 114] – зазначає, наприклад, А. Фікенчер. Наука цивільного права Німеччини систематизувала додаткові сфери застосування ст. 242 ЦКН, серед них, найбільш вагомими є здобутки німецького судочинства з впровадження у практику теорії переддоговірної відповідальності (culpa in contrahendo), розробленої ще в ХІХ ст. Р. фон Ієрингом; з розробки теорії про докорінну зміну обставин договору; із доповнення правового регулювання договірних зобов’язань так званими «додатковими правами та обов’язками»; із впровадження теорії щодо доповнення інституту недопустимості зловживанням цивільними правами. Зокрема, ЦКН в момент набуття ним чинності не містив правового регулювання ряду важливих для належної організації цивільного та торгового обігу питань, серед них, передусім, варто назвати питання переддоговірної відповідальності, тобто відповідальності за недобросовісну поведінку (дію чи бездіяльність) однієї із сторін при укладенні договору (наприклад, визначення з помилками кількості товару, його вартості, строку та місця поставки тощо). На необхідність регулювання даних питань звертав увагу ще у ХІХ ст. німецький вчений Р. фон Ієринг, який і розробив теорію «culpa in contrahendo», тобто теорію відповідальності сторони за винну поведінку у переддоговірних відносинах, що призвела до укладення недійсної угоди. Його основна ідея зводилася до того, що сторона переддоговірних відносин, яка постраждала, могла вимагати відшкодування збитків, яких вона зазнала внаслідок недійсності угоди. «Добросовісній стороні, яка постраждала, слід було подати позов про відшкодування збитків, виходячи з «негативного інтересу», тобто збитків, які понесла добросовісна сторона, спираючись на видимість дійсного договору (що виключає можливість стягнення упущеної вигоди, яка могла б бути отримана, якби був укладений дійсний договір)» [189]. Судова практика, через відсутність необхідного правового регулювання в ЦКН, запозичила дану теорію й обґрунтовувала її положеннями ст. 242 ЦКН, виходячи з якої, зокрема, виводився обов’язок сторони інформувати іншу сторону про всі обставини майбутнього договору. Українські цивілісти також приділяють сьогодні увагу проблемі відсутності у вітчизняному законодавстві правового регулювання питань переддоговірної відповідальності. Однак окремі з них пропонують вирішувати її не шляхом застосування статей ЦКУ про добросовісність, а шляхом доповнення статей Кодексу положеннями про переддоговірну відповідальність, зокрема, Н. М. Квіт зробила пропозицію доповнити ст. 627 ЦКУ [190, С. 85]. Однак інші вчені пропонують будувати правове регулювання даного питання виходячи з принципу добросовісності, зокрема такий висновок зробив Є. Ю. Белінський [191, С. 54], підтримавши таку ж позицію інших українських вчених, а саме: Р. А. Майданика, В. М. Коссака, Д. Г. Павленка.

Окрім цього, ЦКН в момент набуття ним чинності, не містив також правового регулювання проблем, що можуть виникнути у зв’язку із докорінною зміною обставин, тобто обставин, виходячи з яких договір укладався й наявність яких сторони/сторона припускали в майбутньому. Однак на практиці ці проблеми дуже швидко проявилися, зокрема, у зв’язку із змінами, яких зазнала економіка Німеччини внаслідок Першої та Другої світових війн. «Вчення про зміну обставин, виходячи з яких договір укладався визнавалося колишньою судовою практикою як реакція на післявоєнні відносини, особливо на нестабільні економічні відносини. Багато укладених перед війною договорів втратили «обставини, виходячи з яких договір укладався», тому що відносини, які сторони передбачали при укладенні договору, суттєвим чином змінилися» [192, S. 150]. Так, наприклад, в силу інфляції, якої неодноразово зазнавала грошова одиниця Німеччини в результаті війн, ціни, передбачені в цивільно-правових договорах, вже не відображали реальної вартості товару/робіт/послуг, за які вони сплачувалися. Також яскравим прикладом впливу Другої світової війни на докорінну зміну обставин, виходячи з яких договір укладався є справа № II ZR 71/50, рішення по якій було прийнято ФВСН від 23.05.1951 р. Стосувалася вона того, що відповідач у 1940 р. орендував у позивача 395 м. залізничної колії та три залізничні стрілки. Згідно договору оренди, укладеного 10.12.1940 р. на основі типового договору (затвердженого Розпорядженням міністерства юстиції Рейху та Рейхскомісара «Про ціноутворення» від 06.06.1940 р.) відповідач мав застрахувати дані пристрої від пожежі, вибуху та інших подібних випадків. Окрім цього, договором передбачалися наслідки за неналежне використання пристроїв та їх втрату. Однак «в кінці війни орендоване обладнання в районі Померанії потрапило до рук ворога; про їх місцезнаходження сторони не мали відомостей» [193]. Не зважаючи на це, позивач вимагав від відповідача сплатити прострочену орендну плату за період січень-серпень 1945 р. (розмір якої він самостійно переглянув у зв’язку із зміною в державі валюти та її вартості, тобто замість 977,35 рейсхмарок він вимагав сплати 97,73 німецьких марок) та повернення йому пристроїв, взамін втрачених (що було передбачено договором). Відповідач, який заперечував проти вимог позивача, посилався саме на те, що ті умови, виходячи з яких договір було укладено, відпали в силу того, що через розпад держави більше не існувало можливості відшкодування орендної плати за втрачене майно згідно Постанови від 30.11.1940 р. про відшкодування шкоди, завданої війною, а отже аргументував сою позицію докорінною зміною тих обставин, виходячи з яких він вступав у договір.

Таким чином, саме наслідки Першої та Другої світових війн стали основними причинами розвитку теорії про докорінну зміну обставин, що існували в момент укладання договору. Законодавчою основою для практичного запровадження даної теорії стала ст. 242 ЦКН, яка передбачала добросовісне виконання договору й тому припускала, що зміна умов, які лежали в основі договору, на які обидві сторони чи одна з них покладалися або могли покладатися під час його укладення, призводить до необхідності пристосувати умови договору до умов, що змінилися. Після стабілізації економічної ситуації в Німеччині суди ФРН хоча й продовжували звертатися до цієї теорії, однак лише у виняткових випадках, надаючи перевагу центральному принципу правового регулювання договірних зобов’язань «договір має виконуватися» («pacta servanda sund»). Після прийняття в Німеччині Закону «Про модернізацію зобов’язального права» 2001 р. дане питання знайшло нормативне регулювання в ст. 313 ЦКН, яка, передусім, передбачає, що у випадку, якщо обставини, які стали підставою для договору, значно змінилися після його укладення і сторони не уклали б договір або уклали б його з іншим змістом, якби вони передбачали зміни такого характеру, можна вимагати адаптації умов договору, оскільки для однієї із сторін участь в договорі без його зміни, з урахуванням всіх обставин справи, зокрема розподілу ризиків в силу договору чи закону, є неприйнятною. Також дана стаття передбачає умови, за яких сторона має право відмовитися від договору чи право на його розірвання.

Не лише регулювання названих вище проблем не знаходило правового регулювання нормами ЦКН й виводилося судовою практикою зі ст. 242 ЦКН. Також, на основі широкої судової практики, що сформувалася на підставі ст. 242 ЦКН були виведені так звані «додаткові права та обов’язки за договором», під якими розглядаються права та обов’язки сторін договору, не передбачені ні законом, ні договором, однак виконання яких є потрібним для належного його виконання. До реформи зобов’язального права Німеччини, що відбулося в 2002 р., ЦКН не мала загального регулювання цих прав та обов’язків й судова практика виводила їх (зокрема підвид додаткових обов’язків – «охоронні обов’язки») із ст. 242 ЦКН. Сьогодні, правила виконання додаткових прав та обов’язків за договором не лише виводяться судом із ст. 242 ЦКН, а й є запровадженими до законодавства, зокрема до ряду інших статей ЦКН, наприклад до ч. 2 ст. 241 ЦКН, відповідно до якої «згідно змісту зобов’язання кожна із сторін може бути зобов’язана враховувати права, правові блага та інтереси іншої сторони». «Законодавець Закону «Про модернізацію зобов’язального права» зробив своєю власністю вчення про охоронні обов’язки, шляхом додання ч. ІІ до § 241» [178, S. 26]. Однак ст. 242 ЦКН не втрачає свого значення і сьогодні. Як відмічає, наприклад, Т. Царрес, «додаткові обов’язки отримуються – як і у всіх договорах – із § 241 абз. 2 ЦКН, а також виходячи з мети договору, враховуючи добросовісність (§ 242 ЦКН). Відповідно до § 242 підприємець отримав додаткові обов’язки щодо виконання та охоронні обов’язки, наприклад уважного поводження із річчю, яку слід відремонтувати для клієнта» [194, S. 268].

В науці цивільного права Німеччини більше уваги приділяють додатковим обов’язкам за договором, ніж додатковим правам. Кращому розумінню сутності додаткових обов’язків за договором, виведених виходячи зі ст. 242 ЦКН, сприяє дослідження їх видів, тим більше, що їх класифікація є різноманітною й це дає можливість вивчити їх більш повно та глибоко. Зокрема, додаткові обов’язки за договором поділяють на такі, що пов’язані із виконанням договору (наприклад, в договорі купівлі-продажу такими є належне пакування товару, належне відправлення товару, неналежна передача керівництв щодо використання) та так звані «охоронні» обов’язки, тобто «ті обов’язки, які орієнтуються на врахування законних прав та інтересів іншої сторони, не пов’язанні із виконанням» [194, S. 98] (приміром, при наданні послуг, виконавець повинен дбайливо ставитися до наданих йому для виконання послуг інструментів; в договорі купівлі-продажу продавець зобов’язується не завдавати шкоду іншому майну покупця тощо).

Розробники одного з Коментарів ЦКН Р. Альф, В. Баллхауз, Р. Вебер [195, S. 13-20] пропонують більш широку класифікацію додаткових обов’язків за договором, а саме: додаткові обов’язки по сприянню, додаткові обов’язки по інформуванню сторони про факти, що мають значення для виконання договору, охоронні обов’язки на користь третіх осіб, додаткові обов’язки гаранта чи поручителя, додаткове право на заперечення вимог, що витікають з так званих «пов’язаних» договорів, додаткові обов’язки, які виникають після виконання договору. Докладний розгляд цих додаткових обов’язків дасть можливість більш глибоко розкрити їх сутність та правила застосування. Зокрема, під обов’язками по сприянню (варто наголосити, що це є дуже поширений вид додаткових обов’язків) розуміють обов’язки і боржника, і кредитора всіляко сприяти тому, щоб зобов’язання було виконано належним чином і його виконання повною мірою відповідало замовленню. В якості ілюстрації даного виду додаткових обов’язків, можна навести приклад з книги К. Вайсса «Екслюзивний контракт із звукозаписуючою компанією». Так, відповідно до ексклюзивних договорів із звукозаписуючою компанією митець несе ряд основних обов’язків, пов’язаних із відтворенням музичного твору на аудіоносіях. Однак, виходячи із ст. 242 ЦКН судовою практикою були виведені додаткові обов’язки митців, пов’язані із рекламою музичних творів, зокрема, давати інтерв’ю, автографи тощо. «Оскільки цей додатковий обов’язок бере своє коріння зі § 242 ЦКН, він існує навіть тоді, коли його в договорі явно не передбачили» [196, S. 238] – підкреслює К. Вайсс.

Важливим внеском в розвиток зобов’язального права, зробленим судовою практикою на підставі ст. 242 ЦКН, став додатковий обов’язок по інформуванню сторони про факти, що мають значення для виконання договору, який було розроблено судами Німеччини, виходячи із ст. 242 ЦКН. Взагалі, ЦКН передбачає ряд випадків, коли одна сторона правовідносин зобов’язана на вимогу іншої надавати інформацію. Це, зокрема: при уступці вимоги попередній кредитор зобов’язаний повідомити новому кредитору відомості, необхідні для здійснення вимоги, і передавати документи, що перебувають в його розпорядженні, що служать доказом вимоги (ст. 402 ЦКН); в договорі доручення повірений зобов’язаний надати довірителю необхідні відомості, інформувати за вимогою про стан справ, а після виконання доручення – надати звіт (ст. 666 ЦКН); якщо особа, яка має право на обов’язкову частку у спадщині, не є спадкоємцем, то спадкоємець на її вимогу зобов’язаний надати їй інформацію про склад спадкового майна (ст. 2314 ЦКН) тощо. Разом з тим, судова практика, виходячи з передбаченої ст. 242 ЦКН добросовісності, запровадила додатковий обов’язок по інформуванню сторони про факти, що мають значення для виконання договору, який поширюється на будь-який договір, головне, щоб були наявними дві умови: 1). одна сторона не з своєї вини повинна не мати необхідної інформації про склад та обсяг своїх прав; 2). друга сторона може легко її надати.

Отже, в сучасному цивільному праві Німеччини діє наступне загальне правило: якщо кредитор не володіє достатньою інформацією щодо складу чи обсягу своїх прав та не може самостійно її дістати, в той час як боржник може її легко надати, перший може вимагати її від боржника. «Більше того обов’язок інформувати виводять – не рахуючи будь-яке договірне регулювання – із добросовісності як додатковий обов’язок до інших правовідносин, поскільки уповноважений без своєї вини є необізнаним в обсязі своїх прав, а зобов’язаний може легко надати інформацію» [183, S. 104].

До додаткових обов’язків за договором, розроблених на основі ст. 242 ЦКН, відносять також охоронні обов’язки на користь третіх осіб, які, в свою чергу, поділяють на охоронні обов’язки та обов’язки з нагляду, й такими є «обов’язки підприємця перед працівниками охороняти їх здоров’я, в тому числі й при виконанні договірних зобов’язань, в яких підприємець виступає боржником чи кредитором»  [195, S. 18].

Цікавих висновків дійшли німецькі цивілісти при виділенні додаткових обов’язків гаранта чи поручителя. Виходячи із судової практики, вони почали розглядати їх більш широко, тобто, не лише як додаткові обов’язки гаранта чи поручителя, а й як обов’язки учасників торгового товариства відповідати за зобов’язаннями інших учасників, навіть якщо такий наслідок прямо не передбачений законом. Підставою для цього послужило, зокрема, Рішення ФВСН від 07.06.1972 р. № VIII ZR 175/70 в справі про порушення договору оренди землі [197]. Згідно умов справи, цей договір було укладено з фірмою «Josef K.», яка на орендованій землі мала видобувати пісок та гравій. Однак після смерті засновника фірми «Josef K.» (що, однак, не призвело до її ліквідації), його вдова, разом із синами створила нову компанію у вигляді командитного товариства, яка, в свою чергу, на підставі договору із фірмою «Josef K.» здійснювала безпосередній видобуток цих загальнопоширених корисних копалин, порушуючи договір оренди. З часом, нова компанія була ліквідована й тими ж засновниками та ще двома синами була утворена інша компанія знову у формі командитного товариства “Kieswerke K. & Co.KG”, а через рік ті ж засновники утворили товариство з обмеженою відповідальністю “A. Sand- und Kiesbaggerei GmbH”, однак частина з них з часом вийшла із товариства. В ході розгляду справи виникло питання. до якої з названих юридичних осіб позивач має подавати позов про припинення порушення. Він подав його до “Kieswerke K. & Co.KG”, однак дане товариство вважало, що позов слід подавати до фірми «Josef K.», з якою позивач безпосередньо уклав договір оренди. Під час розгляду справи ФВСН прийшов, зокрема, до такого висновку: «при визначенні учасників товариства вимога про припинення порушення, пред’явлена до одного товариства, може бути пред’явлена й до іншого товариства, який протидіє цій вимозі» [197]. Даний висновок обґрунтовувався тим, що: 1). коли всі учасники товариства, який є відповідачем, порушать умови договору шляхом вчинення дій поза цим товариством, позивачу на підставі ст. 242 ЦКН та ст. 128 ТКН має надаватися право доступу до учасників товариств; 2). не можна ухилятися від вимоги не діяти на тій підставі, що вони діяли не особисто, а в рамках іншого товариства.

Зв'язок даної справи із додатковими обов’язками гаранта чи поручителя пояснюється тим, що стст. 112-113 ЦКН запроваджують так звану заборону конкуренції, яка може виникнути у зв’язку із участю одних і тих же осіб в різних торгових товариствах, що займаються подібною діяльністю (це дозволяється тільки за згодою інших учасників) й передбачають відповідальність, якщо ці дії були вчинені із порушенням вимог ЦКН. Однак, ЦКН не регулює випадок, коли такі дії порушують права інших осіб. Тому, суд та доктрина, спираючись на ст. 242 ЦКН та ст. 128 ТКН (передбачає особисту відповідальність учасників товариства перед кредиторами як солідарних боржників) підсумували, що: «порушення учасниками товариства застереження про заборону конкуренції, яке є зобов’язуючим для відкритого товариства, шляхом поведінки, вчиненої поза цим товариством, може становити порушення принципу добросовісності та порушення обов’язку виконувати зобов’язання товариства, що випливає з § 128 ТКН та § 242» [195, S. 18].

Гарним прикладом ще одного виду додаткових обов’язків – додаткових обов’язків, які виникають після виконання договору, є ситуація, коли, виходячи зі ст. 242 ЦКН було встановлено, що редактор, після закінчення відносин з надання послуг видавництву, не може займатися діяльністю, яка створить конкуренцію останньому.

Доповнення на підставі ст. 242 ЦКН договорів додатковими обов’язками мало особливе значення для торгового права, оскільки на основі цієї статті, наприклад, були доповнені обов’язки покупця щодо виконання договору купівлі-продажу. Зокрема, згідно норм ЦКН, продавець зобов’язується вчиняти дії, передбачені ст. 433 ЦКН, тобто передавати речі покупцеві та надавати право власності на неї. Поруч з цим, виходячи зі ст. 242 ЦКН був виведений додатковий обов’язок покупця бездіяти, тобто утримуватися від будь-яких дій, які можуть призвести до невиконання договору купівлі-продажу всупереч добросовісності.

Розробники коментаря ЦКН Р. Альф, В. Баллхауз, Р. Вебер виділяють не тільки додаткові обов’язки за договором, а й, також, і додаткові права. Зокрема, ними розглядалося додаткове право на заперечення вимог, що витікають з так званих «пов’язаних» договорів, тобто двох самостійних договорів, які економічно становлять собою єдине ціле. Німецьке законодавство недостатньою мірою регулювало такі договори, тому суди заповнювала прогалини виходячи із принципу добросовісності. Наприклад, виходячи з нього суди встановила, що в зв’язаних договорах купівлі-продажу та позики, покупець, який не може сплатити позику, може посилатися на те, що він отримав за договором купівлі-продажу товар з недоліками, однак не може звернутися до продавця з вимогою відремонтувати/обміняти товар чи повернути кошти згідно умов гарантії, оскільки продавець був визнаний банкрутом. «Федеральний суд Німеччини висловився, що покупець в основному згідно § 242 ЦКН також може посилатися проти вимоги кредитної організації сплатити позику на недоліки придбаної речі, якщо він не може вимагати від продавця гарантійного обслуговування через його незаможність» [198].

Наведемо ще один приклад встановлення судом додаткових прав кредитора. Так, будь-який кредитор зацікавлений в тому, щоб зобов’язання було виконано в належний час та в належному місці, а отже боржник має враховувати ці інтереси кредитора й здійснювати виконання належним чином. ЦКН передбачає наслідки за неналежне виконання зобов’язання, також він встановлює правила поведінки сторін зобов’язання у випадку, якщо місце та час виконання не визначені (ст. 269 та ст. 271 ЦКН). Однак, судова практика вивела додаткове право кредитора вимагати виконання зобов’язання, яке не було передбачено ЦКН. Зокрема, на фоні того, що ч. 2 ст. 391 ЦКН дозволяє сторонам передбачити в договорі правило про виключення можливості зарахування зустрічних однорідних вимог, судова практика, одночасно, вивела зі ст. 242 ЦКН випадки, коли до такого зарахування можна вдатися попри передбачене договором виключення, а саме «боржник може бути обмежений у праві посилатися на передбачену договором недопустимість заліку, якщо його майнові відносини погіршилися настільки, що інша сторона ризикує не реалізувати свої вимоги» [194, S. 125].

На наш погляд, розробка німецькими судами теорії додаткових прав та обов’язків має велику вагу для цивільного права України, оскільки, передусім, показує, що законодавство не може врегулювати всіх аспектів договірних зобов’язань, а тому слід бути готовим до того, що вони будуть врегульовані судами. У зв’язку з цим пропонуємо внести наступні зміни до ЦКУ, які нададуть легітимності роботі судів по доповненню прогалин правового регулювання додаткових обов’язків за договором, а саме: внести до ст. 526 ЦКУ речення друге, згідно якого суд може зобов’язати договірну сторону виконати додаткові обов’язки, які, однак, не передбачені ні законом, ні договором, але їх виконання є необхідним для належного та добросовісного дотримання умов договору.

Добросовісність,передбачена ст. 242 ЦКН стала також основою для доповнення інституту недопустимості зловживання цивільними правами (нім. unzulässige Rechtsausübung), який регулюється, передусім, стст. 226;826 ЦКН. Згідно першої норми – не допускається здійснення права лише з метою завдання шкоди іншій особі; відповідно до другої – не допускається всупереч добрим звичаям завдавати додаткової шкоди іншим особам. Однак, зміст даного інституту був розширений виходячи зі ст. 242 ЦКН. Так, виходячи з її приписів були виведені додаткові випадки, які розглядалися як «недопустиме здійснення права». Зокрема, було встановлено, що недопустимо заявляти про свої права, якщо вони суперечать попередній поведінці особи (це правило також називається «venire contra factum proprium»). «Про недопустиме здійснення прав у вузькому розумінні як правило говорять тоді, коли теперішня поведінка однієї сторони з огляду на її попередню поведінку суперечить добросовісності, тобто якщо сторона у спосіб, що порушує принцип § 242 вступає у супереч із представленою нею попередньою поведінкою» [195, S. 29]. На основі ст. 242 ЦКН було виведено особливий приклад даної суперечливої поведінки, названий «упущенням права» (нім. die Verwirkung). Воно має місце тоді, коли особа, попри наявну у неї можливість, тривалий час не пред’являє свої права, у зв’язку з чим наступають додаткові обставини, які роблять пред’явлення цих прав такими, що суперечать принципу добросовісності. «Упущення є особливим випадком недопустимого здійснення прав. Право або вимога є упущеними, якщо їх пізнє пред’явлення розглядатиметься як порушення проти добросовісності (§ 242 ЦКН)» [199]. Упущене право має кваліфікуватися як таке виключно судом. «При упущенні права мова йде про оцінену судом поведінку» [200, S. 577]. Українські цивілісти також на основі добросовісності виводять ряд висновків, пов’язаних із зловживанням цивільним правом. Наприклад, О. Кот, виходячи з добросовісності дає оцінку природі зловживання правом у цивільному праві України та використовує її для обґрунтування можливості відшкодування шкоди, заподіної в результаті зловживання правом [201, C. 137].

Отже, визнання ст. 242 ЦКН в якості загального застереження призвело до розширення сфери застосування даної норми й зокрема, до використання її в якості підстави для заповнення прогалин правового регулювання цивільних правовідносин. Однак, серед німецьких цивілістів існує й багато тих, хто критикує ідею сприйняття ст. 242 ЦКН в якості загального застереження й особливо гостро ця критика лунала відразу після Другої світової війни. Адже за часів панування в Німеччині гітлерівського режиму, саме загальні застереження, які спиралися на добросовісність, добрі звичаї та інші подібні абстрактні юридичні поняття служили основою для захисту ідей націоналсоціалістів й реалізації нацистських цінностей та ідеалів, що на практиці призвело до значних негативних наслідків, зокрема до суттєвих порушень прав людини. Тому, після закінчення Другої світової війни окремі цивілісти (наприклад, А. Хуек, Х. Мерц, В. Фікенчер) висловлювали ідею про необхідність обмеження сфери застосування даної норми «одним договором чи дво- та більше сторонніми договірними відносинами, в яких є обов’язки підвищеної добросовісності» [178, S. 115]. Однак інші цивілісти заперечували проти цієї пропозиції, підкреслюючи, що ст. 242 ЦКН дає можливість доповнити прогалини законодавства та врахувати вимоги соціальної справедливості. До цього додавали, що дана стаття допомагає судовому створенню нових матеріальних норм. На що В. Фікенчер зауважив, що таке сприйняття ст. 242 ЦКН не співпадає із ст. 20 ОЗ ФРН, в ч. 3 якої зазначається, що судова влада зв’язана правом і законом. В сучасних роботах з цивільного права ФРН також постійно підкреслюється, що розгляд ст. 242 ЦКН в якості загального застереження може призвести до суддівського свавілля та правової невизначеності; також не варто її вводити в ранг «загального стандарту справедливості», оскільки тоді вона суперечитиме ряду положень ОЗ ФРН, а саме ч. 3 ст. 20, зміст якої вже було висвітлено вище та ч. 1 ст. 97, якою передбачається, що судді є незалежними та підпорядковуються тільки закону. Зокрема, з цього приводу, зазначається: «§ 242 ЦКН не може помилково сприйматися як «загальний стандарт справедливості». Хоча загальне застереження завжди означає «частину законодавства, що залишається відкритою», все ж таки § 242 ЦКН не є загальним повноваженням суду на подальший розвиток права, що ґрунтуватиметься виключно на міркуваннях справедливості. Це обґрунтовується тим, що судова практика згідно ст. 20 абз. 3, ст. 97 абз. 1 Основного закону має бути зв’язана законом та правом і видання законів, які стосуються суспільного порядку залишається за передбаченим конституцією законодавчим органом» [202, S. 203]. Даний висновок був використаний і в судовій практиці, зокрема в рішенні Земельного суду Кобленца від 18.03.2009 р. № 10 O 250/08, щодо ст. 242 ЦКН зазначалося наступне: «В законодавчому приписі § 242 ЦКН мова не йде про загальний стандарт справедливості, який дозволяє суддям не звертати увагу на законодавчі цінності, для того щоб досягти справедливого на його погляд результату. Навпаки правосуддя зв’язане законом та правом (ст. 20 ІІІ, 97 ОЗ). Крім того, при стандарті справедливості було б неможливо гарантувати правову безпеку, тому що рішення суддів були непередбачуваними» [203].

Разом з тим, в судовій практиці Німеччини можна знайти приклади, коли ст. 242 ЦКН сприймалася саме як мірило справедливості. Наприклад, у рішенні ФВСН від 10.12.2014 р. № VII ZR 9/14 [204] щодо спору між власником будинку та наймачем квартири відносно розміру плати за гарячу воду (яку було збільшено через те, що в будинку, який підлягав зносу, не всі квартири винаймалися, а отже, власник будинку розподілив витрати на підігрів води між наймачами виходячи не з фактичного споживання води, а виходячи із розміру житлової площі квартири, яку займав кожен наймач), зазначалося: «принцип добросовісності створює притаманне всім правам обмеження змісту і встановлює у (допустимому законом) правозастосуванні там обмеження, де воно (правозастосування – І.П.) може призвести до нестерпних, явно суперечливих праву та справедливості результатів. § 242 ЦКН має враховуватися особливо тоді, коли застосування законодавчих приписів не може достатньою мірою охопити існуючий в конкретному випадку конфлікт інтересів і може призвести до необґрунтованого несправедливого результату для одного з учасників (п. 29)» [204]. Також, при вирішенні справи про виплату одним з колишніх подружжя іншому компенсації за витрати на ремонт будинку застосовувалося аналогічне твердження: «Звернення до § 242 ЦКН обмежується екстремальними випадками і береться в основному до уваги лише там, де є недостатнім наявне регулювання компенсації майна подружжя, щоб уникнути абсолютно необґрунтованих та неприйнятних результатів» [205].

В судовій практиці Німеччини існує ряд справ, коли суд наділяв добросовісність такою силою, яка давала можливість використовувати його при тлумаченні закону. Зокрема, у згадуваному вище рішенні ФВСН від 23.05.1951 р. № Az.: II ZR 71/50 зазначалося: «вище за слово закону стоїть мета та смисл. Завданням суду є використовувати це в окремих випадках правозастосування та згідно з цим враховуючи добросовісність спір підводити до справедливого і розумного вирішення» [193].

У зв’язку з цим, варто приділити увагу також поглядам окремих німецьких вчених, які розглядають добросовісність в якості принципу цивільного права чи навіть права взагалі. Для того, щоб зрозуміти аргументацію цих вчених, слід передусім звернути увагу на одну особливість ст. 242 ЦКН, а саме на коло суб’єктів, на які поширюється її дія та на їх обов’язок взаємно враховувати інтереси один одного. Отже, німецькі правознавці підкреслюють, що ст. 242 ЦКН встановлює вимоги добросовісної поведінки не лише щодо боржника, а й щодо кредитора, тобто сторони взаємно мають враховувати інтереси одна одної: боржник – при виконанні зобов’язання, кредитор – при вимозі виконання. «Основне правило добросовісності § 242 ЦКН також діє в обтяження кредитора (згідно загальної точки зору): боржник має виконувати зобов’язання згідно принципу добросовісності, кредитор може вимагати тільки згідно добросовісності» [178, S. 5]. Даний висновок підтверджується також судовою практикою, зокрема рішенням Земельного суду Кобленца від 18.03.2009 р. № 10 O 250/08 [203], в якому щодо закріпленого в ст. 242 ЦКН правила зауважувалося, що «сторони договору мають зважати на обґрунтовані інтереси іншої сторони. Ця вимога діє при цьому не лише щодо боржника, а й щодо кредитора» [203]. Таким чином, виходячи із ст. 242 ЦКН кредитор, не може, наприклад, вдаватися до заходів, передбачених ЦКН на випадок неналежного виконання договору боржником, якщо порушення виконання були мінімальними. «Відповідно до § 242 ЦКН через перевищення обумовленого строку може не витікати право відмови у прийнятті виконання, якщо запізнення є дуже мінімальним і інтереси уповноважених осіб у дотриманні строків здаються дуже малими, так що їх врахування буде несумісним із добросовісністю» [195, S. 12]. Отже, правило взаємного врахування сторонами інтересів одна одної є цікавою особливістю застосування ст. 242 ЦКН, з якого, однак, прямо не випливає, що добросовісність є принципом права чи хоча б цивільного права. Висновок про її юридичну силу як принципу права німецькі цивілісти роблять виходячи з того, що взаємоповага, заснована на довірі є однією з тих засад, на основі якої будується співжиття в суспільстві й вона є неодмінною умовою для існування організованого та упорядкованого суспільства, а добросовісність є мірилом належної поведінки суб’єкта. «Отже, оскільки вимога взаємної поваги є невід’ємною передумовою для упорядкованого співжиття в суспільстві, що базується на довірі, говорячи про добросовісність мова йде про принцип, що охоплює все правове життя й незалежно від законодавчого регулювання поширюється на всі області» [202, S. 22]. Таким чином, на думку окремих німецьких цивілістів, правило юридична категорія «добросовісність» є принципом права, оскільки його елементом є вимога взаємного врахування сторонами інтересів одна одної, яка є складовою загальної людської взаємоповаги, що має панувати в суспільстві.

Ідея розглядати юридичну категорію «добросовісність» в якості принципу права знайшла широку підтримку серед німецьких цивілістів й в судовій практиці. Зокрема, з цього приводу висловлювали наступні думки: «принцип добросовісності панує не лише в зобов’язальному праві, а в усьому цивільному праві та у всьому правовому порядку. Він діє в речовому, сімейному та спадковому праві, у вексельному праві, праві товариств, страховому праві та конкурентному праві. Навіть процесуальне право підпорядковується принципу добросовісності» [181, S. 622]. Така ж позиція висловлена й в іншому джерелі: «§ 242 містить понад формулювання закону загальний припис про врахування добросовісності в правовому обігу в якості загального вимру, якому підпорядковується все приватне та публічне право» [195, S. 6]. Окрім цього, в Рішенні ФВСН від 01.27.1954 р. № VI ZR 16/53 зазначалося: «При кожній реалізації прав слід рахуватися не лише з власними інтересами і інтересами всього народу, а й з кожного окремо, оскільки вона (реалізація прав – І.П.) підпорядковується авторитетному для всього правопорядку принципу добросовісності, як його закріплено в § 242» [206].

Таке сприйняття добросовісності, безумовно, може спричинити ряд важливих наслідків для цивільного права Німеччини, й, зокрема, обумовити розширення сфери застосування ст. 242 ЦКН. «§ 242 ЦКН не може обмежуватися лише галуззю зобов’язальних відносин та обов’язками боржника, хоча згідно законодавчої системи вона розташована тут. Навпаки, принцип добросовісності як пропозиція взяти до уваги обґрунтовані інтереси іншої сторони представляє універсальну пропозицію й не дозволяє сприймати себе як спеціальне регулювання для особливої правової сфери» [202, S. 21].

Окрім цього, німецькі цивілісти звертають увагу на те, що наслідком визнання добросовісності принципом права може також стати те, що судді одержать можливість використовувати даний принцип всупереч приписів закону. Про це, зокрема, зазначили розробники одного з коментарів ЦКН, які відмітили, що перед суддею завжди стоїть завдання впроваджувати даний принцип, навіть, «залишаючи позаду, у випадку необхідності, юридичні конструкції, якщо цього вимагатимуть реальність життя, економічні потреби, сила фактів» [195, S. 7]. На практиці ця думка проявилося в Рішенні ФВСН від 08.07.1970 р. по справі № VIII ZR 28/69 [207], коли за допомогою ст. 242 ЦКН була обґрунтована можливість відхилення від встановленого законом обов’язку союзу нести відповідальність за борги союзу. Зокрема, в даному рішенні суд прийшов до висновку, що від даного правила закону можна відійти у випадку, коли його застосування призводить до результатів, не співзвучних із принципом добросовісності і використання правових відмінностей між юридичною особою і фізичними особами, що стоять за нею, означатиме зловживання правом. Дана позиція обґрунтовувалася наступним чином: «Це завдання судді виступати проти недобросовісної поведінки фізичних осіб, що стоять за юридичною особою і залишати поза увагою юридичні конструкції, якщо цього вимагає реальність життя, економічні потреби, сила фактів» [207].

Таким чином, українським цивілістам варто звертати увагу на ті наслідки, до яких може призвести сприйняття юридичної категорії «добросовісність» в якості принципу цивільного права, або, навіть, як принципу права загалом. Тим більше, що в сучасному цивільному праві України такі погляди на добросовісність є поширеними. Зокрема, В. Д. Примак підтримує ідею дії добросовісності як принципу цивільного права й вважає, що «немає підстав заздалегідь обмежувати дію згаданого принципу тим чи іншим колом правовідносин, якщо, звісно, інше не випливає з особливостей застосованих правових засобів» [208, C. 82]. Окрім цього, факт використана Конституційним судом України юридичної категорії «добросовісність» при тлумаченні права, а саме ст. 4 Цивільно-процесуального кодексу України , яка використовує поняття «охоронювального законом інтересу» [209], дало підстави українським науковцям сприймати добросовісність в ще більш широкому розумінні. Наприклад, Д. Павленко зазначав, що в цьому випадку Суд сприйняв добросовісність як загальноправовий принцип [184]. Більш того, даний вчений в подальших своїх працях запропонував розглядати добросовісність ще ширше, «як комплексну, багатоаспектну цивільно-правову категорію … це одночасно: 1). імператив цивільного права; 2). принцип цивільного права; 3). норма прямої дії; 4). презумпція цивільного права» й додатково підкреслив, що добросовісність «надалі набуває ознак універсального міжгалузевого правового принципу» [210]. На наш погляд, використання Конституційним судом України категорії добросовісності свідчить поки що тільки про розширення сфери її дії, оскільки тепер вона поширюється й на цивільне процесуальне право. В свою чергу запропоноване Д. Павленко широкопланове сприйняття добросовісності, може призвести до того, що суд взагалі припинить спиратися на закон і вирішуватиме всі спори за допомогою добросовісності, справедливості та інших подібних юридичних категорій.

Для того, щоб використовувати добросовісність в якості регулятора будь-яких цивільно-правових відносин, потрібно ввести до ЦКУ відповідну норму, оскільки використання для цих цілей ст. 3 ЦКУ, що запроваджує тільки засади цивільного законодавства, є недостатнім. В ЦКН така норма відсутня, а тому, німецькі цивілісти постійно ставлять під сумнів юридичну силу ст. 242 ЦКУ й можливість її застосування до широкого кола суспільних відносин. Тому в даному випадку за зразок варто взяти ст. 2 Цивільного кодексу Швейцарії [111], якою передбачається обов’язок кожного в реалізації своїх прав та обов’язків діяти добросовісно. На наш погляд, потрібно подібною за змістом нормою доповнити п. 5 ст. 12 ЦКУ. Одночасно, доцільно було б врахувати в Україні в процесі оновлення ЦКУ досвід Німеччини у сфері реформування власного зобов’язального права. Зокрема, слід узагальнити практику судів України із застосування добросовісності та інших «загальних застережень», що містяться в ЦКУ, з метою виявлення випадків, коли її використано як основу для заповнення прогалин законодавства. При цьому законодавцю варто уникати зайвої казуїстичності, яка може обмежити можливість вирішення спорів на основі норм ЦКУ, які спираються на добросовісність.

**3.3 Правове регулювання специфічних потреб торговельного обігу нормами цивільного та торговельного права Німеччини**

Як підкреслювалося вище, торговельні відносини в Німеччині регулюються за допомогою двох галузей права: цивільного та торговельного. При цьому, цивільне право орієнтується на потреби загального цивільного обігу, який хоча й має багато спільного з торговельним, однак на відміну від останнього, вимагає підвищеної уваги до захисту прав та інтересів необізнаних в тонкощах комерції приватних осіб (навіть якщо це перешкоджатиме швидкості здійснення цивільних правочинів), в той час як торговельне право Німеччини орієнтується на специфічні потреби торговельного обігу, а саме його одночасну свободу, швидкість і безпеку, а тому в багатьох випадках не встановлює щодо комерсантів підвищеного захисту. «Поруч з центральним принципом приватної автономії, у ЦКН знаходяться інші важливі загальні принципи, особливо реалізований через велику кількість регулюючих галузей та окремих норм захист соціально слабких (соціальна справедливість), як і стабільно значимий в більш ранні часи приватноправовий захист споживачів» [212, S. 45], які, звичайно ж не поширюються на комерсантів. Також інші вчені підкреслюють, що «торговельне право отримало своє значення поруч з ЦКН із-за спеціальних потреб комерційного ділового життя» [127, S. 5].

Всі специфічні завдання, покладені на торговельне право, виконуються ним за допомогою ряду особливих юридичних засобів і прийомів, які розширюють зміст аналогічних цивільно-правових засобів і прийомів. «Як особливе приватне право підприємницького правового обороту торговельне право ґрунтується на переконанні, що приватне право мусить реагувати на особливі потреби комерційного правового обороту за допомогою особливих правил» [213, S. 33]. Більшість з цих засобів і прийомів мало відомі праву України й певною мірою вони були розкриті в роботах І. М. Проценко, зокрема, в її науковій статті «Структура торговельного права Німеччини та її вплив на особливості його застосування» [214], хоча й в деяких своїх висновках авторка допускала певні помилки. Так, для вітчизняного законодавства є зовсім незнайомою презумпція професійної підготовки комерсанта, однак для торговельного права Німеччини вона виступає однією із ключових ідей, і навіть мірилом для визначення обсягу прав і обов’язків, що можуть бути покладені на коммерсанта. Слід зауважити, що презумпція наявності у комерсанта професійного досвіду була відомою російським та українським науковцям ще на початку ХХ ст. Зокрема, В. М. Гордон відмічав: «торговельні закони не можуть, подібно тому, як відбувалось із законами цивільними, виявляти поблажливість ні щодо статі, ні щодо віку, ні щодо того становища, в якому опиняється контрагент, який торгує» [215, С. 6-7]. Однак, в силу того, що в радянські часи ці та інші основи правового регулювання діяльності приватних комерсантів не знайшли законодавчого та практичного втілення, вони не змогли з’явитися і в законодавстві незалежної України. Тому для сучасного правознавства України важливо зрозуміти в чому полягає сутність презумпції професійної підготовки комерсанта і які наслідки вона породжує для цього суб’єкта з тим, щоб можливо в майбутньому ввести таку презумпцію і у власне правове регулювання торговельної чи підприємницької діяльності.

Сутність презумпції професійної підготовки комерсанта полягає в тому, що торговельне законодавство Німеччини припускає наявність у особи, яка набуває статусу комерсанта, всіх необхідних для ведення торгівлі професійних здібностей, знань та досвіду, а отже сприймає її як таку, яка здатна самостійно прораховувати комерційні ризики своєї діяльності. Як наслідок, комерсант не потребує того підвищеного захисту, яким користуються інші приватні особи – не комерсанти (зокрема, споживачі). «Від комерсантів, в зв’язку з типовим досвідом роботи, очікується самовідповідальна торгівля. Тому в §§ 348-350 ТКН для комерсантів відмінені, наприклад, захисні норми ЦКН» [216, S. 4]. Отже, особа, набуваючи статусу комерсанта, повинна розуміти, що німецьке законодавство припускає наявність у неї професійних знань та досвіду і першим наслідком цього припущення є позбавлення того захисту, яким володіють учасники цивільного обігу – не комерсанти.

Якщо розглядати більш докладно ті цивільно-правові захисні заходи, якими, на відміну від звичайного учасника цивільного обігу, не може скористатися комерсант, то слід звернути увагу на приписи ст. 343 ЦКН та ст. 348 ТКН щодо розміру договірної (конвенційної) неустойки (нім. Vertragsstrafe), оскільки вони відрізняються від положень цивільного і господарського права України, які регулюють аналогічне питання. Згідно ст. 343 ЦКН, яка поширюється на учасників цивільних відносин, боржник може в судовому порядку знизити розмір неустойки, обумовленої договором, якщо він є надмірним (при цьому враховується будь-який матеріальний інтерес кредитора). Ця стаття захищає боржника від зловживань кредитора й, зокрема, орієнтується на захист необізнаної у тонкощах комерції осіб від надмірних витрат. «Цей припис служить в першу чергу охороні боржника» [217, S. 151]. Натомість комерсант не потребує того рівня захисту, яким користуються звичайні приватні особи-не комерсанти і тому в силу ст. 348 ТКН, при веденні свого торговельного промислу він не може покладатися на захисні заходи вищеназваної ст. 343 ЦКН, а отже просити суд знижувати розмір обіцяної ним неустойки. «Комерсант повинен знати, що він робить та говорить» [218, S. 187] – зазначив щодо ст. 348 ТКН Е. Клунцінгер. Додатково слід підкреслити, що особа, яка не є комерсантом захищається також і у разі, якщо вона виступатиме боржником у договірних відносинах з комерсантом. Цей висновок випливає знову ж таки із ст. 348 ТКН, оскільки вона регулює тільки випадок, коли комерсант бере на себе зобов’язання сплатити неустойку за договором, тобто виступає боржником, якщо ж комерсант буде кредитором, а боржником виступатиме звичайна приватна особа – тоді розмір штрафу може бути зниженим на підставі ст. 343 ЦКН. «Можливість судового зниження неустойки за проханням боржника відповідно до §§ 343 І, ІІ ЦКН, відпадає, якщо для боржника це є торговельною угодою» [46, S. 559].

При розгляді ст. 348 ТКН найбільший інтерес викликає питання про те, чи дійсно розмір договірної неустойки, передбаченої у торговельному договорі, може бути необмеженим? Чи все ж таки в законодавстві Німеччини існують правила, які дозволяють обмежити її розмір? Варто зауважити, що дане питання широко обговорюється в німецькій юридичній літературі. Зокрема, існує ряд вчених, які, спираючись на диспозитивний характер норм торговельного права, обґрунтовують можливість перегляду розміру неустойки, передбаченої в торговельному договорі, всупереч ст. 348 ТКН. Зокрема, в Коментарі ТКН відмічається: «§ 348 є таким, що підлягає перегляду за згодою сторін»[216, S. 987]. Таку ж думку висловлює і П. Бюлов: «§ 348 є диспозитивним: комерсанти можуть домовитися про застосування щодо них ст. 343 ЦКН» [123, S. 104]. Окрім цього, в одному з рішень ФВСН від 13.11.2013 р. № I ZR 77/12 підкреслювалося, що «зниження неустойки згідно § 242 ЦКН не розглядається. Застосування цього припису в комерційному договорі є виключеним через дію § 348 ТКН, якщо сторони договору в даний момент не анулювали його дію» [219].

Інші німецькі вчені вважають, що умова про неустойку, передбачена в торговельному договорі, може бути змінена судом виходячи з інших підстав. Зокрема, ст. 138 ЦКН допускає можливість перегляду судом умов договору на предмет їх відповідності добрим звичаям і ряд вчених вважають, що ст. 348 ТКН не застосовуватиметься, якщо умова про договірну неустойку порушуватиме добрі звичаї. «Надмірний розмір неустойки може привести до її недійсності згідно § 138 ЦКН. Хоча § 348 оцінює фіксацію комерсантом високої неустойки як в принципі відповідну цьому. Але якщо настануть особливі обставини, зокрема названі в § 138 II ЦКН, може наступити недійсність неустойки через суперечність звичаям» [220, S. 216]. Подібну думку, але більш категорично, висловлює П. Бюлов: «Незайманими залишаються § 138, 134 ЦКН, 9 ОУДЗ: угода про неустойку може бути недійною» [123, S. 104].

Також суд може переглянути неустойку, передбачену в договорі виходячи зі ст. 242 ЦКН, відповідно до якої боржник повинен здійснювати виконання зобов’язання добросовісно, як цього вимагають звичаї обігу. «Наявність спеціального припису в НТУ (ТКН – І. П.)з цього приводу не означає, що будь-які договірні умови про неустойку в комерційних контрактах будуть автоматично визнаватися в судах. Так, на практиці у випадку явної та «кричущої» неспіврозмірності неустойка може бути піддана перегляду в суді шляхом застосування положень про добросовісність сторін (ст. 242 НЦУ)» [221]. Зокрема, саме на підставі цієї статті ЦКН у справі про продаж дитячих термоподушок, виготовлених за промисловими зразками, які не належали відповідачу, був переглянутий розмір неустойки, яку мав сплатити відповідач. Це рішення обґрунтовувалось таким чином: «якщо надзвичайно неспіврозмірна неустойка має значення порушення, її зниження пропонується згідно основ доброї совісті відповідно до § 242 ЦКН, навіть якщо встановлене § 343 ЦКН зменшення неустойки через неспіврозмірність її розміру виключено § 348 ТКН. В цьому випадку неустойка скорочується не до передбаченого § 343 ЦКН співрозмірного розміру, а тільки на рівень, який не дозволить виправдати втручання суду на підставі § 242 ЦКН»[222].

Також ще ряд німецьких правознавців допускають можливість перегляду судом розміру неустойки, передбаченої в індивідуальному торговельному договорі. Наприклад, П. Шлехтрім, М. Шмідт-Кессель підкреслили: «За обіцянкою сплатити неустойку, зроблену повним комерсантом, може все-таки в крайніх випадках слідувати судовий контроль на підставі ст. 138 та ст. 242. Приклад: договори в сфері будівництва часто в умові про неустойку за відсутність дефектів чи за вчасне виконання роботи має зазначатися вища межа неустойки» [223, S. 320].

Існує також ряд додаткових правил щодо перегляду розміру неустойки, передбаченої в стандартних договорах (тобто договорах, умови яких є заздалегідь сформульованими з розрахунку на багаторазове використання в майбутньому щодо численних партнерів і про наявність яких цим партнерам в односторонньому порядку заявляється). Зокрема, неустойка, передбачена в стандартному договорі може бути переглянута судом під час здійснення ним так званого «судового контролю» (нім. Inhaltskontrolle), тобто перегляду умов договору на предмет їх відповідності вимогам цивільного права Німеччини. Російський дослідник О. О. Клочков, розглядаючи особливості судового перегляду стандартних умов договору, назвав його «відкритим або прямим судовим контролем за змістом стандартних умов договору» [224, C. 22] й звернув увагу на те, що «німецькі суди першими прийшли до прямого контролю за змістом стандартних умов та стали визнавати недійсними ті з них, які на порушення принципу «віри та довіри» неспіврозмірно утискали інтереси контрагента» [224, C. 22].

Відповідно до цивільного права Німеччини, суд здійснює «судовий контроль» типових договорів (в тому числі і в частині, що стосується розміру неустойки) на предмет відповідності умовам, викладеним в стcт. 307-310 ЦКН. Так, ст. 307 ЦКН встановлює загальну підставу визнання недійсними положень типових договорів – якщо вони порушують принцип добросовісності і ставлять одну із сторін в надзвичайно невигідне становище. Подальші статті ЦКН – 308 та 309 – наводять перелік умов, які, в разі включення їх до договорів, будуть визнані недійсними. Серед них – умова про неустойку за неприйняття виконання чи прийняття виконання із запізненням, прострочення платежу чи відмову сторони від договору (п. 6 ст. 309 ЦКН). Однак, відповідно до ст. 310 ЦКН, якщо мова йде про торговельний договір, що укладається між комерсантами з приводу промислового виробництва (наприклад, будівництва), його умови можуть переглядатися судом тільки на підставі ст. 307 ЦКН, без застосування п. 6 ст. 309 ЦКН. Окрім цього, в юридичній літературі зауважується, що «в підприємницькому діловому обігу заборонене в § 309 № 6 застереження з самого початку не застосовується; залишається вихідне правило судового контролю згідно § 307 ЦКН» [225, S. 199]. Отже, судовий контроль типових торговельних договорів здійснюється виключно на підставі ст. 307 ЦКН.

Застосування даних правил ґрунтується також на висновку, зробленому судовою практикою Німеччини щодо неможливості перегляду на підставі ст. 343 ЦКН неустойки, передбаченої в типових договорах та відповідно незастосування щодо неї й ст. 348 ТКН. Зокрема, такий висновок був закріплений в Рішенні ФВСН від 18.11.1982 р. № VII ZR 305/81, відповідно до якого: «§ 343 ЦКН пристосований до індивідуальних договорів. Він не ставить під сумнів дійсність досягнутих домовленостей. Суду надається швидше повноваження зменшити розмір вже підлягаючого сплаті штрафу, за умови, що особливі умови справи цього вимагають; додатково є потрібним відповідне клопотання боржника. З цим узгоджується припис § 348 ТКН, який також стосується тільки неустойок передбачених індивідуальним договором» [226]. Щоправда, в Рішенні ФВСН від 13.11.2013 р. № I ZR 77/12 [219] висловлюється дещо інша точка зору щодо питання про поширення дії § 348 ТКН виключно на неустойку, передбачену в індивідуальному договорі. В ньому, зокрема, зазначається, що із згаданого вище Рішення 18.11.1982 р. № VII ZR 305/81 виходить, «що § 348 ТКН стосується тільки неустойки, передбаченої в індивідуальному договорі, але при цьому не очевидно вважати, що § 348 ТКН не застосовується щодо неустойки, передбаченої комерсантами в типовому договорі» [219].

Судова практика виділила ще ряд випадків перегляду розміру неустойки, передбаченої в типовому договорі, укладеному між комерсантами. Однак, перед тим, як їх розглянути слід звернути увагу на те, що в ряді рішень ФВСН робиться загальний висновок, що має значення для оцінки розміру неустойки, встановленої в типовому торговельному договорі. Зокрема, в них наголошується на тому, що неустойка не має перетворитися на додаткову грошову вимогу, на додаткове джерело прибутку для кредитора. Так, про це йшлося в Рішенні ФВСН від 27.11.1974 р. № VIII ZR 9/73 [227], коли було зазначено, що: «кожна неустойка типово, з самого початку містить поруч з гарантією виконання також момент відшкодування шкоди. З іншого боку, сутності відшкодування шкоди відповідає те, що кредитор за понесену шкоду хоча й може вимагати повне відшкодування, але це відшкодування в основному не повинно привести до надмірного збагачення. Якби у випадку порушення зобов’язання кредитор уповноважувався вимагати і сплату неустойки, і відшкодування повної шкоди, то звичайно це було б несумісним з правом відшкодування шкоди та разом з інтересом щодо забезпечення виконання призвело б до невиправданого збагачення кредитора і одночасно до неспіврозмірного скорочення прав боржника» [227].

Таке ставлення до цього виду забезпечення виконання зобов’язання призвело до того, що в типових договорах, укладених комерсантами з приводу промислового виробництва (наприклад, будівництва), неустойка, розмір якої встановлюється пропорційно до часу прострочення, обов’язково повинна мати верхню, граничну межу. «Якщо встановлюється розрахунок (розміру неустойки – І.П.) пропорційно часу (наприклад, неустойка за кожен день прострочення), є правильним передбачити найвищу межу; в протилежному випадку припис, як правило, буде визнано недійсним відповідно до ст. 138» [220, S. 214]. Також у Рішенні ФВСН від 18.11.1982 № VII ZR 305/81 [226], прийнятому по справі, що стосувалася виплати підрядником неустойки за перевищення строку виконання робіт у розмірі 1% від суми замовлення до 10000 німецьких марок і 0,5 % від суми замовлення, що перевищує 10000 німецьких марок за кожен календарний день прострочення виконання, було встановлено наступне: «Неустойка, визначена згідно з процентною часткою від загальної суми замовлення, але не обмежена часом, досягає чи перевищує наслідки прострочення при високій загальній сумі замовлення, як показує досвід, занадто близько, ніж це буває при маленьких сумах. Беручи до уваги функцію тиску, неустойка не повинна в жодному випадку служити тільки створенню нової, незалежної від матеріальних інтересів замовника, грошової вимоги. Тому не можна допускати будівельний договір з таким штрафним застереженням, як тут, яке залишає непоміченою будь-яку диференціацію і не виявляє жодних обмежень» [226]. Отже, неустойка не має стати додатковим джерелом збагачення кредитора і якщо її розмір встановлюється у відсотках за кожен день невиконання зобов’язання, обов’язково має бути встановлена гранична межа, яка не може бути перевищена.

Розглядаючи ст. 343 ЦКН та ст. 348 ТКН виникає запитання, чому німецький законодавець обрав в якості об’єкту регулювання ст. 348 ТКН тільки неустойку? Обрання німецьким законодавцем неустойки в якості об’єкту ст. 348 ТКН пояснюється швидше за все тим, що її найчастіше використовують в торговельному обороті. Такою популярністю вона завдячує подвійності виконуваних нею функцій, на що постійно звертають увагу в німецькій юридичній літературі з цивільного та торговельного права. «Неустойки в комерційному обороті є одним з найістотніших засобів, що відлякує боржників від порушення договорів і (в другу чергу) полегшує боржнику відшкодування шкоди; одночасно неустойка часто пропонує ефективний захист від невиконання зобов’язання» [228, S. 875]. Додатковою привабливою ознакою неустойки є те, що при її застосуванні кредитор не зобов’язаний доводити розмір збитків і їх наявність. Отже, неустойка забезпечує належне виконання зобов’язання і є простим та швидким способом відшкодування кредитору завданих збитків, в силу чого й знаходить широке використання в торговельних відносинах, що в свою чергу впливає на формулювання щодо неї особливого торговельно-правового регулювання.

Однак, звичайно ж, в торговельному обороті можуть вдаватися й до інших видів способів забезпечення виконання зобов’язання, у зв’язку з чим виникає запитання, чи передбачається цивільним правом Німеччини можливість коригування й їх розміру і чи поширюються на комерсанта якісь особливі правила щодо цього?

Зокрема, дуже схожими на неустойку є так звані відступні, що сплачуються стороною за відмову від договору (нім. Reugeld). ЦКН, регулюючи їх в ст. 353, прямо не говорить про те, чи може суд знизити розмір відступних на підставі ст. 343 ЦКН. В свою чергу ТКН взагалі не регулює відступні за відмову від договору, у зв’язку з чим можемо вважати, що на них поширюються тільки приписи ЦКН, незалежно від того, чи передбачені вони в торговельному договорі, чи в цивільному. Отже, для нас інтерес становить лише питання, чи поширюється ст. 343 ЦКН на відступні за відмову від договору чи ні? Німецькі правознавці дотримуються точки зору, що на відступні за відмову від договору ст. 343 ЦКН не поширюється, а отже суд не може зменшити їх розмір. Обґрунтовують свою позицію тим, що відступні та неустойка виконують різні цілі та тягнуть за собою різні правові наслідки, а отже вони не можуть регулюватися одними і тими ж нормами права. «Неустойка діє як важіль тиску для того, щоб мотивувати сторони до дотримання договору. До неустойки вдаються, якщо виконання договору не здійснюється чи здійснюється неналежним чином. Відступні навпаки є справжнім взаємним виконанням договору за дозвіл його розірвання. В той час, коли відсупні виключають вимогу виконання договору, вимога виплати неустойки слідує разом з вимогою про виконання договору. … Отже, приписи § 339 та інших ЦКН (мова йде саме про статті ЦКН, які регулюють неустойку, в тому числі і ст. 343 ЦКН – І.П.) не застосовуються щодо відступних» [229, S. 71]. Більш докладно аргументи щодо неможливості зменшення розміру відступних викладаються в дисертації німецького науковця М. Гайлерта на тему: «Неустойка в Загальних умовах договорів» [230, S. 16]. Доречі, в науці цивільного права Швейцарії гаряче обговорюється можливість зменшення розміру відступних на підставі використання за анологією ч. 3 ст. 163 Федерального закону про доповнення Швейцарського цивільного кодексу (так зване Зобов’язальне право Швейцарії)[231], що дозволяє судді за власним розсудом зменшувати занадто високий розмір неустойки. Однак, «пануюча точка зору відкидає аналогічне застосування ст. 163 Зобов’язального права Швейцарії щодо відступних. Це обґрунтовується в основному аргументом, що право на відступні здійснюється на розсуд особи, яка наділена правом вімовитися від договору. Якщо вона використовує своє право, то її не ображають, а швидше вона брала на себе усвідомленно сплату відступних» [232, S. 87-88]. Водночас, законодавство Австрії допускає можливість використання норми, яка дозволяє знижувати неустойку і для коригування розміру відступних. Зокрема, можливість зменшення розміру неустойки регулюється ст. 1336 Загального цивільного кодексу Австрії, згідно якого «у всіх випадках сума платежу, якщо боржником доведено, що вона занадто висока, може бути зменшена суддею після консультацій із фахівцями» [233]. Разом з цим ст. 7 Закону Австрії про захист прав споживачів говорить, що у разі, коли споживач зобов’язується до сплати відступних, то суддя може зменшити розмір відступних за анологією із ст. 1336 Загального цивільного кодексу Австрії [234].

Схожою на неустойку є заздалегідь оцінені збитки (нім. pauschalierter Schadenersatz) – мінімальна грошова сума, яку сторони передбачають у договорі на випадок виникнення зобов’язання із відшкодування шкоди. Вона, так же як і неустойка забезпечує відшкодування боржником шкоди кредитору, однак, на відміну від останньої, не є заходом, який забезпечує виконання зобов’язання. Існування в цивільному праві інституту заздалегідь неоцінених збитків поруч зінститутом неустойки пояснюється тим, що «сторони договору при включенні в договір умови про санкції за його порушення можуть мати різні цілі (примус і стимулювання до виконання основного зобов’язання, з одного боку, і проста калькуляція збитків, що надає стабільності та передбачуваності питанню про наслідки того або іншого порушення, з іншого боку)» [235, С. 12]. Відносно розміру заздалегідь оцінених збитків вчені є одностайними, що на них не поширюється дія ст. 343 ЦКН. Зокрема, у одному з коментарів ТКН щодо розміру заздалегідь оцінених збитків чітко зазначено: «її не може бути зменшено згідно § 343 ЦКН» [228, S. 877].

Цивільне та господарське право України, на відміну від цивільного та торговельного права Німеччини, в питаннях визначення розміру неустойки не виходять з презумпції професійної підготовки підприємця, а тому дозволяють суду зменшувати розмір неустойки, незалежно від того, чи є боржником звичайна особа, необізнана в тонкощах економічного обігу, чи в такій якості виступає підприємець. Зокрема, в українській літературі, як правило, зазначається наступне: «розмір неустойки встановлюється договором або законом… У випадках, встановлених законом, розмір неустойки може обмежуватися» [236, С. 549]. Подібне твердження закріплено й в академічному виданні підручника «Цивільне право України», зокрема: «ЦК України надає контрагентам зобов’язального правовідношення можливість як збільшити, так і зменшити (крім випадків, передбачених законом) розмір неустойки, встановлений актами цивільного законодавства. Крім того, розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду» [237, С. 656]. Такий підхід пояснюється, передусім, тим, що в Україні в сфері підприємництва поки що задіяні бізнесмени «першого покоління», які самотужки опановували специфіку бізнесу. Разом з тим, при зменшенні судом неустойки, передбаченої господарським договором суди України мають діяти за особливими правилами, передбаченими ст. 233 ГКУ (зокрема, враховувати ступінь виконання зобов’язання боржником; майновий стан сторін, які беруть участь у зобов’язанні; інтереси сторін, що заслуговують на увагу) й такий підхід є традицією, що склалася ще в часи радянського союзу. Як зазначав О. С. Іоффе «Коли ж справа стосується неустойки, що підлягає сплаті у відносинах між організаціями, зменшення її розміру можливе лише у виключних випадках з урахуванням інтересів, що заслуговують на увагу, як кредитора, так і боржника» [238, С. 164].

На наш погляд, сучасне українське законодавство має встановлювати ряд більш суворих правил щодо договірних зобов’язань, в які вступають господарюючі суб’єкти. Ці особи мають відповідати за дії, до яких вони вдаються в бізнесі, а тому законодавцю слід дозволяти зменшувати розмір передбаченої ними договірної неустойки тільки у випадках, якщо боржником є дрібний підприємець, оскільки до такого виду бізнесу часто вдаються особи, без спеціальної освіти.

Поруч з відмінним правовим регулюванням розміру неустойки нормами цивільного та торговельного права Німеччини, торговельне право Німеччини виходить також з того, що торговельний обіг має здійснюватися швидко без зайвих перешкод, у зв’язку з чим щодо форми ряду торговельних правочинів встановлюються більш спрощені вимоги, ніж щодо цивільних. Зокрема, згідно ТКН ряд правочинів, а саме: поручительство, договір про визнання боргу та договір про прийняття на себе зобов’язань, можуть вчинятися комерсантом у будь-якій формі (ст. 350 ТКН). «У § 350 через відсутню потребу в охороні комерсанта та через потребу в простому і швидкому обороті комерційного торговельного обігу, вимоги щодо форми поручительства, договору про визнання боргу та договору про прийняття на себе зобов’язань відпали» [216, S. 989-990]. У цивільному обігу ж, навпаки, дані правочини повинні обов’язково бути оформленими письмово (стст. 766, 780, 781 ЦКН).

Для розуміння сутності ст. 350 ТКН надзвичайно важливо дати відповідь на питання, чому саме ці правочини наділяються свободою форми і чи існують ще й інші торговельні правочини, які звільняються від обов’язкової письмової форми?

Взагалі, у цивільному праві Німеччини діє принцип, який поширюється і на торговельний обіг – принцип свободи форми правочину, який є складовою більш загального принципу – приватної автономії. Відповідно до нього, всі правочини можуть укладатися в будь-якій формі, окрім виключних випадків, передбачених законом. «Отже для дійсності правочину є байдужим чи учасники висловили свою волю письмово, усно, за допомогою жестів чи електронних сигналів. Лише як виняток для певних правочинів встановлюється особлива форма» [124, S. 87]. «Відносно правочинів діє принцип свободи форми … Про форму угоди говорять лише тоді, коли по закону чи по домовленості сторін вимагається дотримання особливої форми волевиявлення» [239, S. 268-269]. Отже, всі правочини у торговельному та цивільному обігу можуть вчинятися в будь-якій формі, якщо законом не встановлено інше. Такі винятки, як зазначалося вище, передбачені ЦКН для поручительства, договору про визнання боргу та договору про прийняття на себе зобов’язань. Законодавець в цих випадках ставив собі за мету захистити інтереси окремих суб’єктів цих відносин. Так, наприклад, згідно Рішення ФВСН від 28.01.1993 р. № Az.: IX ZR 259/91 «Законодавчою підставою вимоги щодо форми поручительства є потреба в охороні поручителя, який примушується до великої обережності і має бути захищений від недостатньо обдуманої заяви. Ця захисна мета забороняє перенесення на поручительство судової практики щодо дотримання правових засобів та правових засобів обгунтування строків шляхом залучення телекомунікаційних передавачів, включаючи телекопії» [240]. Щодо письмової форми інших абстрактних зобов’язань, тобто щодо договору про визнання боргу та договору про прийняття на себе зобов’язань, то в даному випадку ця форма виконує доказову функцію – вона дає можливість вільно довести існування правочину. «Вимога письмової форми для договору про визнання боргу та договору про прийняття на себе зобов’язань діє щодо заяви боржника. Воно має за мету охорону доказів, не захист від необачності» [241, S. 990].

Вивчаючи особливості застосування вище перелічених інститутів цивільного права при регулюванні торговельного обігу німецькі науковці прийшли до цікавого висновку про те, що «презумпція професійної підготовки комерсанта» та інші особливі потреби торговельного обігу впливають на розширення сфери дії принципу приватної автономії. Там де цивільне право, керуючись ідеєю захисту інтересів необізнаних в тонкощах комерції суб’єктів, встановлює межі для застосування даного принципу, торгове право їх знімає. В силу чого, ст. 248 НТК розширює можливості застосування такої форми приватної автономії, як свобода змісту договору, а ст. 350 НТК – такої її форми, як свобода форми договору. «Основа цього лежить, по-перше, в підвищеній потребі торгового обігу в гнучкості та в свободі дії і, по-друге, в підвищеній здатності комерсантів до самоохорони… В той же час відбувається уникнення перебільшених обмежень приватної автономії» [66, S. 356].

Окрім названих правових засобів, швидкість комерційного обігу забезпечується також тим, що ТКН в ряді випадків зобов’язує комерсанта діяти без зайвих зволікань, а саме: якщо комерсанту, торговельна діяльність якого полягає у виконанні угод для інших осіб, надходить пропозиція про виконання таких угод від особи, з якою він має ділові відносини, він зобов’язаний дати негайну відповідь (мовчання буде розглядатися як прийняття пропозиції) (ст. 362 ТКН); комерсант-покупець зобов’язується після доставки товару комерсантом продавцем, без зволікань оглянути товар тією мірою, як це можливо в конкретному діловому обороті і негайно повідомити продавця про виявлені недоліки (при невиконанні цієї вимоги, товар вважається схваленим, якщо тільки недоліки неможливо було виявити при огляді); при виявленні прихованого недоліку покупець також має діяти швидко й негайно повідомити продавця, оскільки в протилежному випадку товар вважається схваленим разом із недоліком (ст. 377 ТКН). Варто додати, що ці норми не тільки гарантують швидкість торговельного обороту, вони також служать його безпеці, оскільки захищають комерсанта, що зробив пропозицію укласти договір чи поставив продукцію від невпевненості у справжності волі контрагента. Отже, німецький законодавець, змушуючи комерсанта швидко давати відповідь на пропозицію іншого комерсанта та не гаяти часу з оглядом поставленого товару з одного боку робить торговельний обіг більш простим та швидким, з іншого боку – захищає інтереси комерсанта, що висловив пропозицію чи поставив товар. Додатково варто зауважити, що німецький законодавець, бажаючи задовольнити вимоги торговельного обігу, вдався до не характерних для нього прийомів та засобів, адже ні цивільне право, ні загалом торговельне право цієї держави, як правило, не наділяють, наприклад, мовчання, якими-небудь юридичними наслідками. «Мовчання в цивільному праві є nullum та немає правових наслідків. Це ж діє і в торговельному праві, лише торговельне право робить з цього два виключення, за яких мовчання отримує правове значення. Цими виключеннями є мовчання комерсанта на пропозицію та мовчання на комерційний лист-підтвердження»[242, S. 99].

Вивчаючи статті 362 та 377 ТКН, звичайно ж виникає питання, що слід розуміти під негайною відповіддю на пропозицію та під негайним повідомленням про недоліки товару? Який проміжок часу має пройти для того, щоб передбачені в даних статтях наслідки настали або, навпаки, не настали? Щодо визначення строку, протягом якого має бути висловлена негайна відповідь, німецькими науковцями сформульоване наступне правило: «це означає негайно, але не зараз же, комерсанту надається швидше строк на обдумування, тривалість якого залежить від обставин конкретного договору (наприклад, об’єму, складності, тривалості договору, звичайної практики у відповідній галузі комерції, попередні дії сторін)» [243, S. 172]. При визначенні строку, протягом якого має бути здійснено негайне повідомлення про недолік товару, вчені також підкреслюють, що немає єдиного правила для його визначення і слід виходити від виду недоліку (про неприховані, помітні недоліки має бути повідомлено відразу після отримання товару, тобто комерсант не має зволікати із негайним та докладним оглядом товару), від виду та природи товару (можливо для його огляду потрібне певне обладнання), від необхідності залучення для огляду третіх осіб (наприклад, фахівців), від існуючих професійних та застосовних в певних галузях комерції звичаїв [242, S. 295].

До специфічних норм торговельного права, покликаних прискорити торговельний обіг відносяться також приписи, згідно яких при просрочці покупцем прийняття товару, продавець може за рахунок покупця здати товар на склад чи передати його на зберігання іншим надійним способом. Якщо ж покупець тривалий строк не приймає товар, тоді продавець має право продати товар, попередньо повідомивши про це покупця. Однак якщо товар може швидко зіпсуватися, тоді такого повідомлення непотрібно (ст. 373 ТКН). Швидкості потребує й пред’явлення вимог, пов’язаних з неналежним виконанням договору. Зокрема, відповідно до ст. 376 ТКН якщо договір має бути виконаний в чітко встановлений строк, а сторона-виконавець не вчинила цього, тоді контрагент зможе вимагати відшкодування шкоди, викликаної невиконанням, якщо без гаяння зайвого часу повідомить про це виконавця.

Додатково слід зауважити, що норми, орієнтовані на прискорення торговельного обігу закріплюються не тільки в ТКН. Зокрема Цивільно-процесуальний кодекс ФРН встановлює, що у випадку, коли сторонами виступають комерсанти, суд першої інстанції є компетентним розглядати спір як за наявності чіткої домовленості сторін, так і за мовчазною згодою (ст. 38 Цивільного процесуального кодексу ФРН) [244, С. 12].

Класичним юридичним засобом, покликаним зробити торговельний обіг безпечним та прозорим є реєстрація купців в торговельному реєстрі. «Реєстрація суб’єктів господарювання, побудована на принципах публічності, загальновідомості та достовірності даних, є одним з основних інструментів забезпечення прозорості економічного обороту будь-якої країни. Тому всі сучасні економічно розвинені країни намагаються зробити процедуру ознайомлення з даними реєстрів господарюючих суб’єктів, що ведуться на їх територіях, максимально відкритою і доступною. До таких країн відноситься, наприклад, Німеччина, в законодавстві якої закріплено ряд норм, виконання яких забезпечує, як внесення до реєстру правдивих відомостей, так і вільний доступ до них комерсантів та інших громадян» [245, С. 171-172]. Наразі основні правила ведення торговельного реєстру регулюються ст. 8-16 ТКН. На відміну від українського реєстру юридичних осіб, в Німеччині торговий реєстр ведеться судами в електронній формі, що було досліджено в науковій роботі І. М. Проценко «Особливості правового регулювання державної реєстрації комерсантів у Німеччині» [246, С. 164-166]. Додатково варто зауважити, що торговий реєстр, разом із іншими реєстрами (реєстром кооперативів та реєстром партнерств, тобто реєстром об’єднань представників вільних професій) входить до складу більш загального реєстру – підприємницького реєстру, що є додатковим аргументом на користь того, що комерсант і підприємець у ФРН не являються тотожними поняттями.

Подальшими специфічними нормами торговельного права, покликаними гарантувати безпеку та прозорість комерційного обороту є норми про оформлення доручення на ведення торговельної справи. Зокрема, комерсант може надати право повного управління комерційними справами іншій особі шляхом оформлення спеціального доручення – прокури. Відповідно до ст. 49 ТКН прокура уповноважує на участь в судових та позасудових справах та юридичних діях всіх видів, пов’язаних з веденням комерційної діяльності. Однак, якщо комерсант хоче уповноважити прокуриста на вчинення важливих юридичних дій (наприклад, відчуження), пов’язаних із земельними ділянками, це має бути спеціально обумовлено в прокурі. «З особливою потребою торговельного обороту в охороні обороту та довіри пов’язані нарешті також імперативний припис про обсяг прокури відповідно до § 49 ТКН» [66, S. 7] – пише К. В. Канаріс. Однак, на нашу думку, не тільки ці приписи служать забезпеченню безпеки торговельного обороту. В даному питанні значну роль відіграє й той факт, що інформація про видачу прокури, її зміст та відкликання обов’язково заносяться до торговельного реєстру. Окрім цього, прокурист не може передати прокуру іншій особі. Захисту безпеки торговельного обороту служать також імперативні приписи ст. 56 ТКН, яка встановлює, що службовець магазину чи товарного складу загального користування вважається уповноваженим на продаж і прийомку товару, які зазвичай здійснюються в таких магазинах чи на товарних складах. Отже, відвідувачі даних торговельних закладів завжди знають наперед обсяг повноважень торговельних службовців і у випадку зловживання останніми своїх обов’язків будуть захищені від обману. Варто додати, що торговельне право оперує й іншими юридичними засобами та прийомами, покликаними забезпечити одночасну швидкість та надійність торговельного обігу, що більш докладно були розглянуті також в ряді робіт І. М. Проценко [247, С. 367-369].

**Висновки до Розділу 3**

В результаті проведеного дослідження було виявлено, що серед принципів приватного права Німеччини основоположними є принципи формальної рівності та приватної автономії. Їх нормативною основою, передусім, є норми ОЗ ФРН (ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 3). Відповідно до норм ОЗ ФРН сутність принципу формальної рівності виражається через дві складові: рівність всіх перед законом (реалізується шляхом встановлення законом однакових для всіх правил та обмежень, поширення однакових гарантій захисту) та надання рівних прав кожному (зокрема, ОЗ ФРН передбачає рівність прав чоловіка і жінки та заборону дискримінації за ознакою статі, походження, раси, мови, батьківщини чи місця народження, віросповідання, фізичних чи розумових вад). У зв’язку з цим принципом, окрему увагу було приділено розкриттю змісту наукової дискусії щодо невідповідності поняття «комерсант» принципу формальної рівності, а саме його складовій частині – рівності всіх перед законом (ч. 1 ст.3 ОЗ ФРН). Однак, дана ідея не знайшла широкої підтримки у науці торгового права Німеччини, оскільки комерсант не отримує особливих переваг; навпаки щодо нього часто встановлюються більш суворі вимоги, в порівнянні з іншими суб’єктами приватного права.

У зв’язку з розкриттям сутності цієї дискусії також було роз’яснено сучасне розуміння поняття «комерсант», під яким розглядають вже не особу, яка належить до прошарку торговців (що мало в попередні історичні періоди), а особу, яка займається комерційною діяльністю. На основі розгляду видів комерсантів було, також, доведено, що в Німеччині «комерсант» та «підприємець» є різними суб’єктами права. Це, в свою чергу, дало можливість обґрунтувати помилковість сприйняття торгового права Німеччини в якості «підприємницького права» чи в якості аналога господарського права. Хоча до цього слід додати, що численні науковці Німеччини наполягають на необхідності реформування торгового права й перетворення його саме на підприємницьке право. Розкриття інших ознак торгового права (а саме його приналежності до приватного права в якості окремої галузі права) стало додатковим аргументом на користь неможливості його ототожнення з підприємницьким та господарським правом і дало можливість зробити висновок про недоцільність запровадження в Україні німецької моделі правового регулювання торговельних відносин.

В ході подальшого розгляду принципу формальної рівності були розкриті інші його особливості як основи правового регулювання приватних відносин. Зокрема, було проаналізовано Закон ФРН про загальну рівність 2006 р., прийнятий на виконання ряду нормативно-правових актів ЄС. Не зважаючи на те, що даний Закон більшою мірою орієнтується на усунення дискримінації в сфері трудових відносин, ним також запроваджуються й основи рівного ставлення до кожного в сфері цивільних зобов’язальних відносин (окрім сімейних та спадкових), зокрема в так званих масових правочинах та в правочинах, що стосуються приватно-правового страхування. З принципом формальної рівності є тісно пов’язаним інший ключовий принцип приватного права Німеччини – принцип приватної автономії, який діє в Німеччині передусім на основі ст. 2 ОЗ ФРН й зводиться до свободи кожного вступати та реалізовувати свої правовідносини згідно своєї власної волі.

В ході дослідження такої ключової для приватного права Німеччини юридичної категорії, як «добросовісність», передбаченої ст. 242 ЦКН, було встановлено, що в цій державі дану норму відносять до розряду так званих «загальних застережень». Це дало можливість розширити сферу її застосування (вона поширюється не лише на питання способу та виду виконання договірних зобов’язань, що передбачено ст. 242 НЦК, а й на всі інші питання договірних зобов’язань), наслідком чого стало застосування ст. 242 ЦКН для доповнення прогалин ЦКН. Зокрема, на її підставі були доповнені: теорія переддоговірної відповідальності (culpa in contrahendo); теорія про докорінну зміну обставин договору; теорія виконання так званих «додаткових прав та обов’язків»; теорія недопустимості зловживання цивільними правами. Водночас слід враховувати, що сприйняття добросовісності в якості загального застереження має й негативні сторони. Так же неоднозначно в праві Німеччини сприймають ідею визнання добросовісності в якості принципу цивільного права чи принципу права взагалі.

На прикладі неустойки, яка є найбільш поширеним в Німеччині способом забезпечення виконання зобов’язання, показано, як інститути цивільного права регулюють особливі потреби торговельного обігу, а саме його потребу в швидкості, прозорості та надійності. Так, згідно приписів ЦКН боржник може в судовому порядку знизити розмір неустойки (ст. 343 ЦКН), однак якщо боржником виступає комерсант, тоді відповідно до ТКН, в основі якого лежить принцип презумпції професійної підготовки комерсанта, він не має права просити суд знизити її розмір (ст. 348 ТКН). Разом з тим, німецькою судовою практикою та науковцями виділені винятки із ст. 348 ТКН: ця норма є диспозитивною, а тому розмір неустойки може бути переглянутий за згодою сторін; суд, виходячи зі стст. 138; 242 ЦКН може переглянути умови так званих індивідуальних договорів, в тому числі й ті, що стосуються неустойки, на предмет їх відповідності добрим звичаям та добрій совісті; умови типових договорів можуть бути переглянуті в ході так званого «судового контролю», передбаченого ст. 307 ЦКН; судовою практикою встановлюються випадки, коли сторони договору повинні встановлювати граничний розмір неустойки, оскільки згідно діючого в судовій практиці Німеччини правила, неустойка не може служити додатковим джерелом збагачення кредитора. ТКН також передбачає особливі правила застосування й інших інститутів цивільного права Німеччини, а саме: встановлює спрощені, в порівнянні із передбаченими ЦКН, вимоги щодо форми окремих видів договорів; вимагає від комерсанта в певних випадках давати негайну відповідь на пропозицію про укладення угод (мовчання сприймається як прийняття пропозиції) та без зволікань оглядати поставлений йому товар і повідомляти продавця про виявлені недоліки тощо. Такий підхід дав можливість німецьким науковцям зробити висновок про розширення в торговельному обігу меж принципу приватної автономії.

**ВИСНОВКИ**

В дисертації здійснено теоретичне узагальнення і нове вирішення наукових завдань, сутність яких полягає у виявленні закономірностей розвитку торговельних відносин в Німеччині, приватно-правових засад їх регулювання, а також їх сучасного змісту та можливості використання досвіду Німеччини в цій сфері для вдосконалення цивільного законодавства України. В результаті сформульовані наступні найважливіші положення та практичні рекомендації.

1. Встановлено, що умови для розвитку торговельних правовідносин в країнах Західної Європи почали формуватися в часи Середньовіччя передусім у зв’язку із перевиробництвом товарів феодальними маєтками. Розвиток торгівлі, яка була новою галуззю економічних відносин й не мала відповідного правового регулювання, а також виникнення нового суспільного прошарку купців, яке в умовах характерного для Середньовіччя поділу суспільства на стани, також потребувало створення відповідного правового регулювання, стали основними причинами, які обумовили формування торговельного права (у вигляді jus mercatorum) в країнах Західної Європи в часи Середньовіччя. Отже, jus mercatorum не було єдино можливим способом регулювання торговельних відносин, а виступало лише вимогою цього історичного часу.

2. Основні ознаки jus mercatorum, яке передувало сучасному торговельному праву країн Західної Європи, були обумовлені характерними властивостями торгівлі тих часів, зокрема її інтернаціональність визначила універсальність jus mercatorum, а станово-корпоративний характер організації торгівлі привів до того, що право купців було окремою галуззю права. Jus mercatorum складалося з норм публічно-правових (охоплювали питання організації торгівлі та контроль за її здійсненням й формувалися органами управління гільдії та закріплювалися в її правових актах) та приватно-правових норм (запозичувалися у міському, ярмарковому, морському, реципійованому римському, канонічному праві, а також формувалися самими купцями та існували у вигляді торговельних звичаїв або ж збірок звичаїв). Приватно-правові норми jus mercatorum, що діяли в різних містах, були універсальними (принаймні схожими), що забезпечувало однакове правове регулювання торговельних відносин на території всієї Західної Європи. Для jus mercatorum також була характерною гнучкість. Окрім цього, воно спиралося на принципи рівності учасників торговельного обігу та свободи реалізації підприємницької діяльності (діяли з певними обмеженнями), еквівалентності обміну, усунення зайвого формалізму, безпеки торговельного обігу та можливості розв’язання спорів в судах спеціальної юрисдикції.

3. На рубежі Пізнього Середньовіччя та Нового часу в Західній Європі формуються централізовані держави з міцною монархічною владою, яка, спираючись на політику меркантилізму та протекціонізму, всіляко заохочувала національного товаровиробника до виробництва товарів, які мали попит закордоном й підтримувала купецтво, створивши в межах держав єдину митну, грошову, транспортну, податкову системи та єдине законодавство, а також організувавши масштабні географічні відкриття з метою отримання нових джерел сировини, робочої сили та нових ринків збуту, що мало вплив на правове регулювання торговельних відносин.

4. Німеччина, через територіальну роздробленість та війни, що велися на її території, не могла досягти значного економічного успіху, подібного до інших держав Західної Європи, в тому числі й у сфері торгівлі. Економічному прогресу держави заважали численні митниці та місцеві податки, партикулярні грошова та податкова системи, відмінні системи мір і ваги, а також партикулярне законодавство. Вона неодноразово робила спроби подолати ці проблеми шляхом об’єднання її земель в політичні чи економічні союзи, найбільш вдалими з яких був Німецький митний союз (1834-1866 рр.) й на території якого були запроваджені єдині для всіх земель Загальнонімецький вексельний статут 1848 року та Загальнонімецький торговельний кодекс 1861 року.

5. На основі аналізу норм ЗТК показано основні ознаки правового регулювання торговельних відносин того періоду, а саме: торговельне право зберегло такі свої класичні риси, як гнучкість (його джерелом залишився звичай, який мав субсидіарне значення щодо закону) та універсальність (у зв’язку із широким запозиченням державами Західної Європи Цивільного та Торговельного кодексів Франції). При цьому відбувалося поступове очищення торговельного права від публічно-правових норм, які переходили до нових галузей права (хоча ряд публічно-правових норм все ще залишилися й у торговельному праві). Разом з тим, ЗТК включав до свого складу ряд правових інститутів, які не мав Торговельний кодекс Франції (інститут торгової фірми, торговельних уповноважених, удосконалений інститут торговельної угоди) та у зв’язку з партикуляризмом та архаїчністю цивільного права в рамках ЗТК закріплювалося розгорнуте правове регулювання окремих цивільно-правових інститутів (договірних зобов’язань та запроваджувалася свобода форми договору).

6. Сучасне приватно-правове регулювання торговельних відносин в Німеччині будується, виходячи з внутрішньої торговельної політики держави, сформованої на засадах соціальної ринкової економіки та з тих міжнародно-правових зобов’язань, які країна взяла на себе як член ЄС, на підставі яких, зокрема, було внесено корективи в принцип формальної рівності та реформовано зобов’язальне право.

7. Виділено основні ознаки сучасного торговельного права Німеччини, що є окремою галуззю приватного права: його норми будуються навколо комерсанта, як основного суб’єкта торговельного права, яким вважається особа, яка займається торговельною діяльністю (промислом), а також підприємець, що добровільно зареєструвався як комерсант в торговельному реєстрі, та торговельні товариства (водночас, комерсантами не можуть бути, наприклад, представники так званих «вільних професій», які, однак, можуть набути статус підприємця); воно є приватним правом, оскільки регулює відносини між рівноправними суб’єктами – фізичними та юридичними особами (комерсантами); воно є особливим приватним правом, і тому торговельні відносини регулюються як нормами ЦКН, так і нормами ТКН. При цьому норми ЦКН становлять основу правового регулювання торговельних відносин, в той час, як норми ТКН здійснюють регулювання специфічних проявів торговельного обігу.

8. Запропоновано внести зміни і доповнення до ст. 9 ЦКУ, а саме, в реченні першому частини другої перед словом «законом» додати фразу «іншими кодексами та» й доповнити ч. 2 ст. 9 ЦКУ реченням такого змісту: «при регулюванні майнових відносин у сфері господарювання норми ЦКУ застосовуються лише тоді, коли інше не встановлено кодексами та законами, що передбачають особливості регулювання таких відносин», що має сприяти подоланню колізій між нормами ЦКУ та ГКУ.

9. Виділено ключові принципи приватного права Німеччини, а саме принцип формальної рівності (означає рівність всіх перед законом та надання рівних прав кожному, причому виділення комерсанта в якості особливого суб’єкта торговельного права не є порушенням даного принципу) та принцип приватної автономії (розглядається як свобода кожного вступати та реалізовувати свої правовідносини згідно з своєю волею й на практиці найчастіше застосовується через свободу договору, яка в торговельному обігу сприймається ширше, ніж в цивільному. Додаткові особливості застосування принципу формальної рівності в торговельному обігу передбачені Законом ФРН про загальну рівність 2006 р., згідно якого, наприклад, не допускається дискримінація на основі раси, етнічного походження, статі, релігії, інвалідності, віку чи сексуальної ідентичності при укладенні, виконання чи припиненні цивільно-правових зобов’язальних відносин, заснованих на так званих масових правочинах, до яких, однак, не відносяться договори найму менш, ніж п’ятдесяти квартир.

10. Визначено, що ст. 242 НЦК, яка встановлює вимогу виконання договірних зобов’язань добросовісно, із врахуванням добрих звичаїв, сприймається німецькими цивілістами як «загальне застереження». Це дало можливість судам використовувати її для заповнення прогалин ЦКН, що існували у сфері правового регулювання договірних зобов’язань. Під час проведення у 2002 році реформи ЦКН більшість прогалин було заповнено нормами права, сформульованими на основі аналізу судової практики. Досвід Німеччини у сфері реформування власного зобов’язального права доцільно було б врахувати в Україні в процесі оновлення ЦКУ. Зокрема, слід узагальнити практику судів України із застосування добросовісності та інших «загальних застережень», що містяться в ЦКУ, з метою виявлення випадків, коли її використано як основу для заповнення прогалин законодавства. При цьому законодавцю варто уникати зайвої казуїстичності, яка може обмежити можливість вирішення спорів на основі норм ЦКУ, які спираються на добросовісність.

11. У зв’язку з проблемами, породженими відсутністю в ЦКН норми, яка б зобов’язувала кожного учасника цивільних правовідносин діяти добросовісно, було розглянуто досвід правового регулювання цього питання Цивільним кодексом Швейцарії, в ст. 2 якого встановлено обов’язок кожного в реалізації своїх прав та обов’язків діяти добросовісно. Пропонується також доповнити п. 5 ст. 12 ЦКУ реченням першим, аналогічним положенням ст. 2 Цивільного кодексу Швейцарії.

12. З огляду на практику застосування ст. 242 НЦК, яка на підставі добросовісності доповнила правове регулювання договірних зобов’язань так званими «додатковими правами та обов’язками», пропонується внести до ст. 526 ЦКУ речення друге, згідно якого суд може зобов’язати договірну сторону виконати додаткові обов’язки, які, однак, не передбачені ні законом, ні договором, але їх виконання є необхідним для належного та добросовісного дотримання умов договору.

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ**

1. Кечекьян С. Ф. Государство и право Древней Греции / С. Ф. Кечекьян. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1963. – 72 с.
2. Муромцев С. Гражданское право Древнего Рима. [Лекции] / Сергей Муромцев. – М.: Тип. А. И. Мамонтова и Ко, 1883. – 697 с.
3. Підопригора О. А. Основи римського приватного права : підручник для студ. юрид. вузів і фак.-тів. / О.А. Підопригора. – К.: Вища школа, 1995. – 264 с.
4. Проценко І. М. Основи правового регулювання торгівельних відносин у Стародавньому Римі / І. М. Проценко // Правова держава: Щорічник наукових праць. ― К., 2009. – Вип. 20. – С. 419-426.
5. Черниловский З. М. Всеобщая история государства и права (история государства и права зарубежных стран): [Учебник для вузов] / З. М. Черниловский. – [2-е изд.] – М.: Высшая школа, 1983 – 656 с.
6. Köbler G. Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte: von den Anfängen bis zur Gegenwart / G. Köbler. – München: C. H. Beck, 1988. – 384 s.
7. История государства и права зарубежных стран // [Под ред. Крашенинниковой Н. А., Жидкова О. А.]. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1998 – .– (Учебник для вузов).

Ч. 1. – 1998 – 480 с.

1. Салическая правда / [перевод проф. Н. П. Грацианского; под ред. проф. В. Ф. Семенова]. – М.: Образц. тип. им. Жданова, 1950. – 167 с.
2. Тимошина Т. А. Экономическая история зарубежных стран: Учебн. пособ. / Т.А. Тимошина; [Под ред. Чепурина М.Н.] – М.: Юстицинформ, 2000. – 496 с.
3. Köbler G. Deutsche Rechtsgeschichte. [Ein systematischer Grundriss der geschichtlichen grudlagen des deutschen Rechts von den Indogermanen bis zur Gegenwart] / G. Köbler – München : Verlag Vahlen, 1990. – 311 s.
4. Гиббинс Г. История торговли Европы / Г. Гиббинс; [перевод с английского]. – СПб.: Тип. А. Е. Колпинского, 1900. – 213 с.
5. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г. Дж. Берман; [Пер. с англ.]. – [2-е изд.]. – М. : ИНФРА-М – НОРМА, 1998. – 624 с.
6. Daenell E. Die Blütezeit der deutschen Hanse. Hansische Geschichte von der zweiten Hälfte des XIV. bis zum letzten Viertel des XV. Jahrhunderts / E. Daenell – Berlin ; New York : de Gruyter –

Bd. 1 – 3 Aufl. / mit einem Vorw. Von Horst Wernicke. – 2001 – lagsgesellschaft mbH, 2001 – 474 s.

1. Fischer P. Europarecht: einschlisslich des Rechtes supranationaler Organisationen / P. Fischer, H. F. Koeck. – [2. Aufl.]. – Wien: Linde, 1995. – 910 s.
2. Подоляк Н. Г. Ганза: мир торговли и политики в XII-XVII столетиях / Н. Г. Подоляк – К.: Інститут української археографії та джерелознавства ім. М.С. Грушевського НАН України, 1998. – 202 с.
3. Эдуард I. Купеческая хартия 1303 г. [Електроннй ресурс] / Эдуард I; [Перевод Ю.В.Баранова] // Средние века. – № 55. – М., 1992. – Режим доступу до журн.: http://www.osh.ru/pedia/history/justice/index.shtml
4. Eine Grenze in Bewegung: Öffentliche und private Justiz im Handels- und Seerecht = Une frontière mouvante: Justice privée et justice publique en matières commerciales et maritimes / [hg. von A. Cordes und S. Dauchy unter Mitarbeit von A. Karg und A. Auer] – München : De Gruyter Oldenbourg, 2013. – 384 s.
5. Корецкий В. М. Международное хозяйственное право / В. М. Корецкий // Корецкий В. М. Избранные труды: В 2 кн. / [редкол.: В.Н. Денисов (гл. ред.) и др.]. – Киев: Наук. Думка, 1989. –.– (АН УССР. Ин-т государства и права).

Кн. 1. – 1989. – 344 с.

1. Fontes historiae iuris gentium = Quelle zur Geschichte des Völkerrechts / [hrsg. von Wilhelm G. Grewe. In Zusammenarbeit mit dem Institut für Internationales Recht an der Freien Universität Berlin]. – Berlin; New York: de Gruyter. –

Bd. 1.: 1380 v. Chr/B. C. - 1493 – 1995 – 754 s.

1. Лисовский В. И. Международное торговое и финансовое право. [Учеб. пособие для вузов] / В. И. Лисовский. – М.: Высшая школа, 1974. – 215 с.
2. Lehmann-Brune M. Historische Handelsrouten. Alte Salzstrasse, Alter Eiderkanal, Ochsenweg / M. Lehmann-Brune, H. G. F. Petersen – [2. Aufl.]. – Books on Demand, 2010 – 172 s.
3. Цитович П. П. Лекции по торговому праву, читанные в Императорском Новороссийском университете в 1873-74 учебном году / П. П. Цитович – [Вып. 1- Вып. 2] – Одесса : Издание Э. М. Лессара; Типография П. Францева (в одной книге объединены оба выпуска).

Вып. I – 1873. – С. 168.

1. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: в 4 томах / Г. Ф. Шершеневич – [4. изд.]. – СПб.-М. : Издание Бр. Башмаковых, 1908-1912. –

Т. І: Введение. Торговые деятели. – 1908.– 516 с.

1. Коломбос Д. Международное морское право / Д. Коломбос; [перевод с англ. В. В. Зайцевой ; под ред. и с вступ. ст. А. К. Жудро, М. И. Лазарева ; примеч. составлены В. А. Киселевым и П. В. Саваськовым]. – М. : Прогресс, 1975. – 782с.
2. Abraham H. J. Das Seerecht: ein Grundriß mit Hinweisen auf die Sonderrechte anderer Verkehrsmittel, vornehmlich das Binnenschiffahrts- und Luftrecht / H. J. Abraham. – [4 Aufl.]. – Berlin; New York : Walter de Gruyter, 1974. – 284 с.
3. Curicke R. Jus Maritimum Hanseaticum [Електроннй ресурс] / R. Curicke. – Hamburg, Hamburgi Sumptibus Zachariae Herteli Bibliopolae, 1667. – 120 s. – Режим доступу: https://books.google.com.ua/books?id=wHdeAAAAcAAJ&pg=PR6&dq=Kuricke+R.+Jus+Maritimum+Hanseaticum&hl=ru&sa=X&ved=0ahUKEwjXiOXDy\_\_MAhXjJJoKHdrzD6g4FBDoAQgTMAA#v=onepage&q=Kuricke%20R.%20Jus%20Maritimum%20Hanseaticum&f=false
4. Проценко І. М. Становлення джерел торговельного права Німеччини як галузі права / І. М. Проценко // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – К., 2000. – Вип. 8. – С. 427-435.
5. Endemann W. Das deutsche Handelsrecht. [Systematisch dargestellt] / W. Endemann. – [3. Aufl.]. – Heidelberg, 1876. – 960 s.
6. Проценко І. М. Становлення правового регулювання торгівлі в Західній Європі в умовах Середньовіччя / І. М. Проценко // Наукові читання. Присвячені пам’яті В. М. Корецького: Зб. наук. праць. / [Редкол.: Ю. С. Шемшученко, Ю. Л. Бошицький, А. С. Мацко, О. В. Чернецька.]. – К. : Вид-во Європ. ун-ту, 2008. – С. 201-214.
7. Удинцев В. А. Избранные труды по торговому и гражданскому праву / В. А. Удинцев – М.: Центр ЮрИнфоР, 2003. – 360 с.
8. Mitteis H. Deutsche Rechtsgeschichte: ein Studienbuch / H. Mitteis; [Neubearb. von H. Lieberich]. – [19., erg. Aufl.]. – München: C. H. Beck, 1992. – 570 s.
9. Хрестоматия по истории средних векав [Текст] : [в 3 т.] : пособие для преподавателей средней школы / под ред.: Н. П. Грацианского, С. Д. Сказкина. – [2-е изд.]. – Москва : Учпедгиз, 1949-1950.

Т. 1. – 1949. – 403, [1] с.

1. Хрестоматия по истории средних векав [Текст] : [в 3 т.] : пособие для преподавателей средней школы / под ред.: Н. П. Грацианского, С. Д. Сказкина. – [2-е изд.]. – Москва : Учпедгиз, 1949-1950 –

Т. 2 : [XI – XV века]. – 1950. – 346, [1] с.

1. Немецкий город ХIV-XV вв. [Сборник материалов] / [Вводная статья, подбор материала, перевод, приложения и комментарии В. В. Стоклицкой-Терешкович]. – М.: Соцэкгиз, 1936. – 176 с.
2. Саксонское зерцало: Памятник, комментарии, исследования / [Отв. ред.: В. М. Корецкий; авт. ст. Л. И. Дембо, Г. А. Аксененок, В. А. Кикоть]. – М.: Наука, 1985. – 272 с.
3. Гуменюк Г. П. «Саксонське зерцало» та його вплив на розвиток джерел права держав Центральної та Східної Європи (ХІІІ — XVIII ст. ст.) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юр. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Гуменюк Г. П. – Львів, 2010. – 19 с.
4. История мировой экономики: [Учебник для вузов] / [Под ред. Г. Б. Поляка, А. Н. Марковой]. – М. : ЮНИТИ, 1999. – 727 с.
5. Борхард Ю. Экономическая история Германии [В 2 ч.] / Ю. Борхард. – Л.-М. : «Книга», 1924 –

Ч. 2: От конца эпохи Гогенштауфенов до крестьянских войн / [Перевод С. Т. Вольского]. – 272 с.

1. Экономическая история мира. Европа / [Под общ. ред. М. В. Конотопова]. – М. : Дашков и Ко, 2004. – 636 с.
2. Бааш Э. История экономического развтия Голландии в XVI-XVII веках / Э. Бааш; [Перевод с нем. Н. М. Сегаль и О. К. Рыковский; Под ред. проф. Я. Я. Зутиса]. – М. : Иностранная литература, 1949. – 393 с.
3. Хрестоматия по социально-экономической истории Европы в Новое и Новейшее время / [Под ред. В. П. Волгина]. – М.: - Л.: Гос. изд., 1929. – 551 с.
4. Всемирная история. [В десяти томах] / Е. М. Жуков (гл. ред.). – М. : Госполитиздат; Соцэкгиз; Мысль, 1955-1965 –

Т. 5. – Под ред. Я. Я. Зутиса (отв. ред.). – М. : Издательство социально-экономической литературы, 1958. – 782 с.

1. Блайх Ф. Влияние меркантилистской теории роста на экономическую политику Германии после 30-летней войны / Ф. Блайх. – Л., 1970. – 4 с.
2. Фёдоров А. Ф. Введение в курс торгового права / А. Ф. Федоров. – Одесса: «Экономическая» типография и литография, 1901. – 152 с.
3. Шершеневич Г. Ф. Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – Казань: Типография Императорского ун-та, 1888. – 246 с.
4. Gierke J. Handels- und Wirtschaftsrecht. Band 1: Allgemeine Grundlagen. Der Kaufmann und sein Unternehmen / Gierke J., Sandrock O. – [9. Aufl.]. – Berlin, New York : Walter de Gruyter, 1975. – 559 s.
5. Schimke M. Die historische Entwicklung der Unterbeteiligungsgesellschaft in der Neuzeit / M. Schimke – Berlin : Duncker und Humbolt, 1991. – 165 s.
6. Азаревич Д. Очерки по торговому праву / Д. Азаревич. – [Вып. первый]. – Варшава : типография Варшавского учебного округа, 1897. – 88 с.
7. Пахман С. В. История кодификации гражданского права: [В 2-х томах] / C. В. Пахман – СПб. : Типография ІІ отделения собственной Е. И. В. Канцелярии, 1876. – Т. 1 – 472 с.
8. Schnitzer А. F. Handbuch des Internationalen Handels-, Wechsel- und Checkrechts / А. F. Schnitzer – Zürich; Leipzig : Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1938. – 480 s.
9. Судакова Г. К. Дуализм итальянского частного права / Г. К. Судакова // Правоведение. – 2002. – №3. – С. 238-248.
10. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. [В 2-х т.]. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т. 1 : Древний мир и Средние века / Сост. О. Л. Лысенко, Е. Н. Трикоз. – М. : НОРМА, 2003 – 816 с.
11. Ordonnance de 1673. Edit du roi servant de reglement pour le commerce des Negociants et marchands tant en gros qu'en detail [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://partages.univ-rennes1.fr/files/partages/Recherche/Recherche%20Droit/Laboratoires/CHD/Textes/Ordonnance1673.pdf.
12. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2-х тт. / Цвайгерт К., Кётц Х.; [Пер. с нем.]. – [3 изд.]. – М. : Междунар. отношения, 2000. –

Т.1: Основы – 480с.

1. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR
2. Нерсесов Н. И. Торговое и вексельное право / Н. И. Нересов. – М., 1895. – 267с.
3. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права: учебное пособие / [Под ред. З. М. Черниловского]. – М. : ВЮЗИ, 1973. – 495 с.
4. Гражданское и торговое право капиталистических стран / [Под ред. Д. М. Генкина] – М. : Госиздюрлит, 1949. – 544 с.
5. Рождение французкой буржуазной политико-правовой системы (К 200-летию Великой французкой буржуазной революции) / [под ред. А. И. Королёва, К. Е. Ливанцева] – Л. : Изд-во ЛГУ, 1990 – 184 с.
6. Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / [Отв. ред. Е. А. Васильев] – [3 изд.]. – М. : Междунар. отношения, 1993. – 560 с.
7. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Учебник: Ч.1 / Под ред. Р.Л. Нарышкиной – М., 1983. – 288с.
8. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран. [В 2 т.]. / Отв. ред. Н.А. Крашенинникова. Т.2 : Современное государство и право / Сост. Н.А. Крашенинникова. – М. : НОРМА, 2003. – 672 с.
9. История буржуазного государства и права (1640-1971) / [Под ред. З. М. Черниловского] – М., 1964 – 495 с.
10. Лысенко О. Л. Унификация торгового права в Пруссии в 1794 году / О. Л. Лысенко // Иностранное право. Сборник научных статей и сообщений. – [Вып. второй]. – М., 2001. – С. 5-11.
11. Рогач О. Я. Становлення та розвиток категорії зловживання правом у законодавстві Німеччини (ХVII-XIX ст.) / О. Я. Рогач // Часопис Київського університету права – 2011. – № 3. – С. 35-39.
12. Canaris C.-W. Handelsrecht: ein Studienbuch / C.-W. Canaris; [begr. von K.-H. Capelle]. – [22. Aufl.]. – München : Beck, 1995. – 513 s.
13. Новая история стран Европы и Америки. Первый период [Текст] : учеб. для студентов вузов / В. Н. Виноградов [и др.] ; под ред. Е. Е. Юровской, И. М. Кривогуза. – М.: Высшая школа, 1997. – 415 с.
14. Фролов А. С. Германский таможенный союз. 1815-1848 гг. : автореф. дис. на соискание науч. степени канд. истор. наук : спец. 07.00.03 «Всеобщая история» / А. С. Фролов. – СПб, 2008. – 23 с.
15. Festenberg-Packisch H. von Geschichte des Zollvereins mit besonderer Berücksichtigung der staatlichen Entwikelung Deutschlands / Hermann von Festenberg-Packisch.  – Leipzig : Brockhaus, 1869. – 457 s.
16. Görtemaker M. Deutschland im 19. Jahrhundert. Entwicklungslinien / Manfred Görtemaker. – Opladen: Leske und Budrich, 1983. – 354 s.
17. Wischermann C. Die institutionelle Revolution : eine Einführung in die deutsche Wirtschaftsgeschichte des 19. und frühen 20. Jarhunderts / Clemens Wischermann, Anne Nieberding. – Stuttgart : Franz Steiner Verlag, 2004. – 313 s.
18. Falke J. Die Geschichte des deutschen Zollwesens. Von seiner Entstehung bis zum Abschluss des deutschen Zollvereins / J. Falke. – Leipzig : Veit, 1869. – 426 s.
19. Проценко І. М. Вплив Митного союзу 1834 р. на становлення єдиного торговельного права Німеччини / І. М. Проценко // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – К., 2007. – Вип. 38. – С. 408-414.
20. Zollvereinigungsvertrag vom 30. März 1833 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://verfassungen.de/de/de06-66/zollverein33.htm.
21. Лысенко О. Л. Дискуссия о кодификации частного права в Германии / О. Л. Лысенко // Вестник Московского университета. – Сер. 11. Право. – 1996. – № 2. – С. 93-99.
22. Германское торговое уложение / [Перевод Л. Л. Брейфуся]. – СПб., 1889. – 249 с.
23. Endemann W. Deutsche Handelsrecht. [Systematisch dargestellt] / W. Endemann. – [4. Aufl.]. – Leipzig : Fues, 1887. – 795 s.
24. Каминка А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – М. : АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. – 547с.
25. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: в 4 томах / Г. Ф. Шершеневич – [4. изд.] – СПб.-М. : Издание Бр. Башмаковых, 1908-1912. –

Т. 4 : Торговый процесс. Конкурсный процесс. – М. : 1912. – 663 с.

1. Гусаков А. Г. Конспект лекций по торговому праву [Текст] / А. Г. Гусаков. – СПб. : Издание Кассы взаимопомощи студентов СПБ. Политехническогго Ин-та Императора Петра Великого, 1912. – 716 с.
2. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / [За заг. ред. В.К. Мамутова]. – К. : Юрінком Інтер 2004. – 688 с.
3. Лысенко О. Л. К вопросу о дуализме в частном праве Германии / О. Л. Лысенко // Вестник Московского университета. – Сер. 11: Право. – 1999. – № 5. – С. 58-68.
4. Handelsgesetzbuch: HGB Großkommentar in 15 Bänden // [Hrsg. Canaris C.-W., Habersack M., Schäfer C., Staub H]. – [5. Aufl.]. – De Gruyter, 2009 – 1096 s.

Band 1: Einleitung; §§ 1-47 b.

1. Schiffer E. Die deutschen Kriegsnotgesetze [Електоронний ресурс] / E. Schiffer // Deutsche Juristen-Zeitung – 1914. – XIX Jahr. – №16/18 – S. 1014-1024. – Режим доступу: http://dlib-zs.mpier.mpg.de/pdf/2173669/19/1914/21736691919140547.pdf
2. Gesetz über die Ermächtigung des Bundesrats zu wirtschaftlichen Maßnahmen und über die Verlängerung der Fristen des Wechsel- und Scheckrechts im Falle kriegerischer Ereignisse vom 4. August 1914 [Електоронний ресурс] // Reichsgesetzblatt – 1914. – Режим доступу: <http://www.moneypedia.de/index.php/Reichsgesetzblatt_1914>.
3. Конституция Германской Империи от 11 августа 1919 г. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://нод-германия.рф/images/beweis-dokumentation-ru/06/04/01.pdf.
4. Triepel H. Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien. Zur Frage der Rechtsgültigkeit der über so genannte schuldverschreibungsähnliche Aktien in den Durchführungsbestimmungen zur Goldbilanzen-Verordnung enthaltenen Vorschriften: [Ein Rechtsgutachten] / H. Triepel. – Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1924. – 34 s.
5. Schmoeckel M. Rechtsgeschichte der Wirtschaft: seit dem 19. Jahrhundert / M. Schmoeckel. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2008 – 491 s.
6. Verordnung des Reichspräsident über die Devisenbewirtschaftung vom 1. August 1931 [Електронний ресурс] // Das Reichsgesetzblatt – 1931. – № 48. – S. 421-425. – Режим доступу: [http://www.lostart.de/Content/051\_ProvenienzRaubkunst/DE/QuellenDokumente/Verordnung%20des%20Reichspräsidenten%20über%20die%20Devisenbewirtschaftung.pdf;jsessionid=1D37520FC3FFEE786C68876B529655E9.m1?\_\_blob=publicationFile](http://www.lostart.de/Content/051_ProvenienzRaubkunst/DE/QuellenDokumente/Verordnung%20des%20Reichspr%C3%A4sidenten%20%C3%BCber%20die%20Devisenbewirtschaftung.pdf;jsessionid=1D37520FC3FFEE786C68876B529655E9.m1?__blob=publicationFile).
7. Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Deutschen Demokratischen Republik und der Bundesrepublik Deutschland vom 1. Mai 1990 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.verfassungen.de/de/ddr/waehrungsunionsvertrag90.htm.
8. Weimar R. Grundzüge des Wirtschaftsrechts / R. Weimar, P. Schimikowski. – [2. Aufl.]. – München: Vahlen, 1993. – 444 s.
9. Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 6. April 1968 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.documentarchiv.de/ddr/verfddr1968.html.
10. Stober R. Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht: Grundlagen und Prinzipien; Wirtschaftsverfassungsrecht / R. Stober. – [11. Aufl.]. – Berlin ; Köln : Verlag W. Kohlhammer, 1998. – 412 s.
11. Urteil des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Juli 1954 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv004007.html#Rn010>
12. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.bundestag.de/grundgesetz>
13. Die Düsseldorfer Leitsätze vom 15. Juli 1949 [Електронний ресурс] – Режим доступу:http://www.kas.de/upload/ACDP/CDU/Programme\_Bundestag/1949\_Duesseldorfer-Leitsaetze.pdf
14. Lehmann K. Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich [Електронний ресурс] / K. Lehmann, V. Ring. – Berlin, 1902 – 160 s. – Режим доступу:http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22167940\_00000184.gif%22
15. Протокол Берлинской конференции трех великих держав от 1 августа 1945 г. [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/War_Conf/berlin_main.htm>.
16. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gwb/gesamt.pdf>
17. Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рёрихт – М. : Спарк, 2001. – 767 с.
18. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004.html>
19. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/index.html.
20. Ekey F. L. Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht / F. L. Ekey, D. Klippel, J. Kotthoff, und weitere. – [2. Aufl.]. – C. F. Müller, 2004. – 1367 s.
21. Проценко І. М. Захист комерсантів від недобросовісної конкуренції в торгівельному праві Німеччини / І. М. Проценко // Становлення і розвиток правової системи України. Тези доповідей і наукових повідомлень науково-практичної конференції. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2002. – С. 207-209.
22. Проценко І. М. Цінова політика ФРН та права комерсантів у сфері ціноутворення / І. М. Проценко // Правова держава : Щорічник наукових праць. – К., 2008. – Вип. 19. – С. 396-402.
23. Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juni 1975 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.gesetze-im-internet.de/wistrg\_1954/BJNR001750954.html.
24. Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. Juli 2005 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005.html>
25. Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung vom 10. April 1948 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/preisg/index.html>
26. Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. November 1958 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv008274.html#Rn022>
27. Rittner F. Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: Eine systematische Darstellung / F. Rittner, M. Dreher – [3. Auf.]. – C.F. Müller, 2008 – 1091 s.
28. Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896: in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 [Електронний ресурс] – Режим доступу : https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html.
29. Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F\*%5B%40attr\_id%3D'bgbl101s3138.pdf'%5D#\_\_bgbl\_\_%2F%2F\*%5B%40attr\_id%3D%27bgbl101s3138.pdf%27%5D\_\_1432487986764
30. Германское право. Часть III. [Закон об общих условиях сделок, закон об ответственности за недоброкачественную продукцию, Закон о праве собственности на жилье, Закон о чеках, Закон о векселях, Положение о несостоятельности] / [Научн. ред. Р. И. Каримуллин; Пер. с нем.]. – М. : «Статут», 1999. – 224 с.
31. Проценко І.М. Становлення комплексного регулювання економічних правовідносин у рамках Європейського Союзу (на прикладі Німеччини) / І. М. Проценко // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки.. – К., 2003. – Спецвипуск. – С. 358-361.
32. Hamburger Programm (CDU) vom 1953 [Електронний ресурс] – Режим доступу : [www.kas.de/upload/themen/programmatik\_der\_cdu/programme/1953\_Hamburger-Programm.pdf](http://www.kas.de/upload/themen/programmatik_der_cdu/programme/1953_Hamburger-Programm.pdf)
33. Außenwirtschaftsgesetz vom 6. Juni 2013 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/awg_2013/>
34. Європейське право: право Європейського союзу: підручник: у трьох кн. / за заг. ред. В. І. Муравйова – К.: Ін Юре, 2015 –

Кн. третя : Право зовнішніх зносин Європейського союзу / В. І. Муравйов, М. М. Микієвич, І. Г. Білас та ін. – 2015. – 408 с.

1. Проценко І. М. Розвиток поняття гармонізації законодавства держав-членів Європейського Союзу в процесі створення спільного ринку / І. М. Проценко // Правова держава: Щорічник наукових праць. – К., 2002. – Вип. 13. – С. 440-448.
2. Проценко І. М. Правова гармонізація як спосіб формування норм правового регулювання торговельних відносин Німеччини / І. М. Проценко // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку. Збірник матеріалів міжвузівської наукової студентської конференції (25-30 січня 2002 р., м. Косів, Івано-Франківської області). – К., 2002. – С. 38-41.
3. Проценко І. М. Україна в правовій структурі світових господарських відносин: тенденції входження / І. М. Проценко // Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України / [за ред. В.Н. Денисова]. – К. : Юстініан, 2006. – С. 303-321.
4. Reinicke D. Kaufrecht einschlisslich Abzalungsgeschäefte, AGB-Gesetz, Eigentumsvorbehalt, Factoring, finanzierte Kaufverträge, Haustürgeschäfte, Leasing, Pool-Vereinbarungen, Produzentenhaftung, Time-sharing, UN-Kaufrecht und Verbraucherkreditgesetz / D. Reinicke, К. Tiedtke. – [6. Aufl.]. – Neuwied-Kriftel-Berlin : Hermann Luchterhand, 1997. – 763 s.
5. Schmidt K. Handelsrecht / K. Schmidt – [4. Aufl.]. – Köln-Berlin-Bonn-München : Heymann, 1994. – 1087 s.
6. Bülow P. Handelsrecht / P. Bülow – [3. Aufl.] – Heidelberg : Müller, 1999. – 199 s.
7. Eisenhardt U. Einführung in das Bürgerliche Recht. Ein Studien- und Übungsbuch / U. Eisenhardt. – [4. Aufl.]. – Heidelberg : C. F. Müller, 2004. – 474 s.
8. Heinrich Ch. Formale Freicheit und materiale Gerechtigkeit : die Grundlagen der Vertragsfreicheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts / Ch. Heinrich. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2000. – 628 s.
9. Jung P. Handelsrecht / P. Jung – [3. Aufl.]. – München : Beck, 2004. – 338 s.
10. Hofmann P. Handelsrecht / P. Hofmann – [10. Aufl.]. – Neuwied-Kriftel : Luchterhand, 2000. – 236 s.
11. Brox H. Handels- und Wertpapierrecht / H. Brox – [17. Aufl.]. – München : Beck, 2004. – 373 s.
12. Neuner J. Handelsrecht – Handelsgesetz – Grundgesetz / J. Neuner // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. – 1993. – № 157. – S. 243-290.
13. Германское право. Часть ІІ. [Торговое уложение и другие законы] / [Пер. с нем.] – М.: МЦФЭР, 1996. – 413 c.
14. Henssler M. Gewerbe, Kaufmann und Unternehmen. Herkunft und Zukunft der subjektiven Anknuepfung des Handelsrechts / M. Henssler // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht. – 1997. – № 161 – s. 13-51.
15. Canaris C.-W. Handelsrecht: ein Studienbuch / C.-W. Canaris – [23. Aufl.]. – München : Beck, 2000. – 634 s.
16. Oetker H. Handelsrecht / H. Oetker. – [7. Aufl.]. – Berlin-Heidelberg : Springer-Verlag, 2015. – 258 s.
17. Schmidt K. Bemerkungen und Vorschlaege zur Ueberarbeitung des Handelsgesetzbuchs. Vom Recht des “Handelsstands” (Erstes Buch) zum Recht der “Unternehmen” / K. Schmidt // Der Betrieb. – Heft 10. –1994. – S. 515-521.
18. Зеккер Ф. Ю. Общие основы частного права / Ф. Ю. Зеккер // Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии / [Пер. с нем.]. – М. : Издательство БЕК, 2001. – 336 с.
19. Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen vom 1. Jänner 2007 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://www.ris2.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?QueryID=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001702
20. Проценко І. М. Особливості торговельного права Німеччини (досвід сучасної теорії та практики) / І. М. Проценко // Держава і право : Збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. – К., 2001. – Вип. 14. – С. 363-370.
21. Schäfer E. Handelsrechtsreformgesetz: erläuternde Darstellung des neuen Rechts anhand der Materialien / E. Schäfer – Köln : Bundesanzeiger Verlag, 1999. – 366 s.
22. Becker A. Die Entwicklung des Kaufmannsbegriffs im Sinne eines übergeordneten Abgrenzungskriteriums für den persönlichen Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften / A. Becker // IUS VIVENS Rechtsgeschichtliche Abhandlungen – Band 17. – Münster : Lit Verlag, 2004. – 177 s.
23. Kaiser D. Reform des Kaufmannsbegriffs – Verunsicherung des Handelsverkehrs? / D. Kaiser // Juristenzeitung – 1999. – № 10. – S. 495-502.
24. Торговое уложение Германии. Закон об акционерных обществах. Закон об обществах с ограниченной ответсвенностью. Закон о производственных и хозяйственных кооперативах = Deutsches Handelsgesetzbuch, Aktiengesetz, GmbHGesetz, Genossenschaftsgesetz: пер. с нем. / [сост. В. Бергманн; пер. с нем.: Е.А.Дубовицкая]. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – 624 с.
25. Проценко И. Признаки торгового права Германии как особенной отрасли частного права / И. Проценко // Международный научно-практический правовой журнал «Закон и жизнь». – август 2013. – № 8/4 (260). – С. 217-221.
26. Sieg K. Handelsrecht ohne Gesellschafts- und Seehandelsrecht / K. Sieg. – Gabler Verlag, 1990. – 64 s.
27. Бушев А. Ю. Коммерческое право зарубежных стран: Учебное пособие / А. Ю. Бушев, О. А. Макарова, В. Ф. Попонодопуло; [Под общ. ред. В. Ф. Попонодопуло]. – СПб. : Питер, 2003. – 288 с.
28. Bork R. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs / R. Bork. – [2. Aufl.] – Tübingem : Mohr Siebeck, 2006 – 767 s.
29. Проценко І. М. Звичай ділового обігу за законодавством Німеччини та України / І. М. Проценко // Юридичний журнал. – 2003. – № 6. – С. 32-34.
30. Кніпер Р. Цивільне та економічне право. Тези про розвиток цивільного і економічного права в Європі / Р. Кніпер // Українсько-Європейський консультативний центр з питань законодавства. – 1998. – Вип. 1 – С. 5-7.
31. Ruthig J. Öffentliches Wirtschaftsrecht / J. Ruthig, S. Storr. – Heidelberg : C. F. Müller Verlag, 2005. – 370 s.
32. Чанкин В. В. Торговое право: современные тенденции / В. В. Чанкин  // Государство и право. – 1993. – № 2. – С. 57-64.
33. Покрещук О. Загальні концепції врегулювання торгових правовідносин у законодавстві України / О. Покрещук // Право України. – 2001. – № 4. – С. 65-69.
34. Проект Закону України «Про внутрішню торгівлю» № 9443 від 10 листопада 2011 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=9443&skl=7>.
35. Завальнийй В. М. Шляхи вдосконалення законодавства України про комерційну (торговельну) діяльність [Електронний ресурс] / В. М. Завальний // Форум права. – 2012. – № 1 – С. 319-323. – Режим доступу: <http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/FP_index.htm_2012_1_50.pdf>.
36. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. : станом на 26 листопада 2015 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
37. Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р. : станом на 16 липня 2015 р. : [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15.
38. Мамутов В. К. Господарче право зарубіжних країн: Підручник для студентів юридичних спеціальностей вищих навчальних закладів / В. К. Мамутов, О. О. Чувпило. – Київ: Ділова Україна, 1996. – 352 с.
39. Макарова О. А. Торговый кодекс Германии и возможность его заимствования в России / О. А. Макарова // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. [Вып. 6 : сб. науч. ст.] / [под общ. ред. В. Ф. Попондопуло; Д. В. Нефедова]. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 248-260.
40. Попондопуло В. Ф. Торговое право: предмет регулирования, место в системе права / В. Ф. Попондопуло // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. [Вып. 6 : сб. науч. ст.] / [под общ. ред. В. Ф. Попондопуло; Д. В. Нефедова]. – М. : Волтерс Клувер, 2007. – С. 3-32.
41. Мамутов В. К. Еще раз об опыте раздельной кодификации и инкорпорации хозяйственного и гражданского законодательства / В. К. Мамутов // Мамутов В. К. Кодификация: сборник научных трудов / В.К. Мамутов. – К.: Юринком Интер, 2011. – 248 с.
42. Мамутов В. Посилення публічних засад у правовому регулюванні господарської діяльності / В. Мамутов // Право України. – 2009. – № 9. – С. 83-94.
43. Коломацька С. П. Торговельне (комерційне) право / С. П. Коломацька, В. П. Нагребельний, І. М. Проценко // Юридична енциклопедія: [В 6 т.] / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. – К.: «Укр. енцикл.», 1998 –

Т. 6: Т-Я. – 2004. – С. 105-107.

1. Проценко І. М. Торговельне право / І. М. Проценко // Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – [2 вид.]. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 919.
2. Проценко І. М. Торговельне право Німеччини: досвід для України / І. М. Проценко // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку. Збірник матеріалів міжвузівської наукової студентської конференції (27 січня – 02 лютого 2001 р., м. Косів, Івано-Франківської області). – К., 2002. – С. 56-59.
3. Попов А. А. Торговое право: [Учеб. пособие]. / А. А. Попов. – Х. : Каравелла, 1999 – 308 с.
4. Інформаційний лист Вищого господарського суду України № 01-8/211 від 07 квітня 2008 р. «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08>.
5. Рабінович А. До питання про виявлення структурного статусу господарського права в системі права України (методологічні аспекти) / А. Рабінович // Право України. – 2015. – № 7. – С. 105-109.
6. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.gesetze-im-internet.de/hgbeg/BJNR004370897.html>
7. Мамутов В. К. Цивильный кодекс нуждается в некоторой корректировке. Устранить вредоносные для экономики лазейки в ЦК / В. К. Мамутов // Мамутов В. К. Кодификация: сборник научных тудов / В. К. Мамутов. – К. : Юринком Интер, 2011. – С. 156-162.
8. Проценко І. М. Деякі аспекти розмежування цивільного, господарського та торгівельного права / І. М. Проценко // Європа-Японія-Україна: шляхи демократизації державно-правових систем. Матеріали міжнародної наукової конференції. – К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2000. – С. 353-357.
9. Красіліч Н. Проблеми розвитку комерційного (торгового) права України / Н. Красіліч // Вісник КНТЕУ. – 2011. – № 3. – С. 100-106.
10. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 [Електронний ресурс] – Режим доступу : https://www.gesetze-im-internet.de/agg/BJNR189710006.html.
11. Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV%3Al33114.
12. Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens fur die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschaftigung und Beruf [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:de:PDF.
13. Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:373:0037:0043:de:PDF.
14. Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Anderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:269:0015:0020:DE:PDF.
15. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Ein Kommentar aus europäischer Perspektive / [D. Schiek (Hrsg.)]. – München : Sellier, 2007. – 552 s.
16. Emmerich V. Miete: Handkommentar. §§ 535 bis 580a des Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [Gebundene Ausgabe] / V. Emmerich, J. Sonnenschein und andere. – [10. Aufl.]. – Berlin; New York : De Gruyter, 2011. – 1051 s.
17. Базедов Ю. Свобода договоров в Европейском союзе / Ю. Базедов // Право.Журнал высшей школы экономики. – 2011. – №2. – С. 88-107.
18. Fikentscher W. Schuldrecht / W. Fikentscher, A. Heinemann. – [10. Aufl.]. – Berlin-New York : De Gruyter, 2006. – 928 s.
19. Busche J. Privatautonomie und Kontrahierungszwang / J. Busche. – Tübingen : Mohr Siebeck, 1999. – 722 s.
20. Бекназар-Юзбашев Г. Т. Злоупотребление правом и принцип доброй совести в гражданском праве России и Германии : автореф. дис. на соисание ученой степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / Г. Т. Бекназар-Юзбашев.  – М., 2010 – 25 с.
21. Schellhammer K. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen: samt BGB Allgemeiner Teil / K. Schellhammer. – Heidelberg : Müller, 2011. – 1286 s.
22. Generalklausel [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.rechtslexikon.net/d/generalklausel/generalklausel.htm>
23. Creifelds C. Rechtswörterbuch / C. Creifelds, G. Cassardt, D. Guntz und andere. – [19. Aufl.]. – München : C.H. Beck, 2007. – 1683 s.
24. Павленко Д. Судова практика застосування принципу добросовісності у вирішенні договірних спорів [Електронний ресурс] / Д. Павленко // Юридичний журнал. – 2009. – № 12. – Режим доступу : <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=3381>
25. Байрамкулов А. К. Основы учения о восполнительном толковании гражданско-правового договора [Електронний ресурс] / А. К. Байрамкулов // Вестник гражданского права. – 2014. – № 2. – Режим доступу : <http://www.center-bereg.ru/b550.html>.
26. BGH Urteil № XI ZR 211/07 vom 10. Juni 2008 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://openjur.de/u/75235.html>.
27. BGH Urteil № XI ZR 197/09 vom 13. April 2010 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://openjur.de/u/70292.html>.
28. Boemke B. BGB Allgemeiner Teil / B. Boemke, B. Ulrici. – [2. Aufl.]. – Heidelberg : Springer Verlag, 2014. – 513 s.
29. Попов Ю. Ю. Преддоговорная ответственность: culpa in contrahendo, promissory estoppel, деликт [Електронний ресурс] / Ю. Ю. Попов. – Режим доступу : <http://popov-yuyu.narod.ru/culpa-in-contrahendo-promissory-estoppel.htm>.
30. Квіт Н. М. Переддоговірна відповідальність або «culpa in contrahendo» як перспектива для України [Електронний ресурс] / Н. М. Квіт // Право і суспільство. – 2015. - № 1. – С. 80-85 – Режим доступу : <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2015_1_16>.
31. Белінський Є. Ю.  Переддоговірна відповідальність як вид юридичної відповідальності / Є. Ю. Белінський // Порівняльно-аналітичне право. – 2014. – № 8. – С. 53-55.
32. Reich D. O. Einführung in das Bürgerliche Recht / D. O. Reich, P. Schmitz. – [3. Aufl.]. – Gabler, 2000. – 445 s.
33. BGH Urteil № II ZR 71/50 vom 23.05.1951 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1951-05-23/II-ZR-71_50>.
34. Zerres T. Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts Taschenbuch / T. Zerres – [7 Aufl.]. – Berlin-Heidelberg : Springer, 2013. – 520 s.
35. Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes: [Kommentar] / [hrsg. von Mietgliedern d. Bundesgerichthofes]. – Berlin, New Yor : de Greyter –

Bd. 2: Teil 1. §§ 241-413 / [bearb. von R. Alff, W. Ballhaus, R. Weber]. – [12. Aufl.]. – 1976. – 794 s.

1. Weiss Ch. Der Künstlerexklusivvertrag / Ch. Weiss. – Jena: JWV, 2009. – 477 s.
2. BGH Urteil № VIII ZR 175/70 vom 07. Juni 1972 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1972-06-07/VIII-ZR-175_70>.
3. BGH Urteil № III ZR 108/68 vom 05. Juli 1971 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1971-07-05/III-ZR-108_68>.
4. BGH Urteil № IZR 63/75 vom 30. Juni 1976 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1976-06-30/I-ZR-63_75>.
5. Hübner H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches / H. Hübner.  – [2. Aufl.]. – Berlin-New York : De Gruyter, 1995 – 631 s.
6. Кот О. Проблема зловживання суб’єктивним правом у цивільному праві України / О. Кот // Вісник Національної академії правових наук України. – 2013. – № 4 (75). – С. 133-141.
7. Witt C. Die betriebsverfassungsrechtliche Kooperationsmaxime und der Grundsatz von Treu und Glauben / C. Witt. – Berlin: Duncker und Humbolt, 1987. –193 s.
8. LG Koblenz Urteil № O 250/08 vom 18. April 2009 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20090097>.
9. BGH Urteil № VIII ZR 9/14 vom 10. Dezember 2014 [Електронний ресурс] – Режим доступу : http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69893&pos=0&anz=1
10. BGH Urteil № XII ZR 182/90 vom 21. Oktober 1992 [Електронний ресурс] – Режим доступу : https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1992-10-21/XII-ZR-182\_90.
11. BGH Urteil № VI ZR 16/53 vom 27. Januar 1954 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1954-01-27/VI-ZR-16_53>.
12. BGH Urteil № VIII ZR 28/69 vom 08. Juli 1970 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1970-07-08/VIII-ZR-28_69>.
13. Примак В. Д. Вина і добросовісність у цивільному праві (теорія, законодавство, судова практика) / В. Д. Примак. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 432 с.
14. Рішення Конституційного Суду України № 18-рп/2004 від 01 грудня 2004 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 6. – С. 6-16.
15. Павленко Д. Г. Принцип добросовісності в договірних зобов’язаннях: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Д. Г. Павленко. – К., 2009. – 20 с.
16. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 : Stand am 1. Juli 2014 [Електронний ресурс] – Режим доступу : https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf.
17. Boecken W. BGB-Allgemeiner Teil / W. Boecken. – Stuttgart : W. Kohlhammer GmbH, 2007 – 517 s.
18. Schmidt K. Handelsrecht / K. Schmidt. – [5. Aufl.]. – Koeln; Berlin; Bonn; München : Heymann, 1999. – 1072 s.
19. Проценко І. М. Структура торговельного права Німеччини та її вплив на особливості його застосування / І. М. Проценко // Юридичний журнал. – 2004. – № 5. – С. 37-39.
20. Гордон В. М. Дух законов торговых / В. М. Гордон – Харьков : Юридическое Издательство НКЮ УССР, 1924 – 16 с.
21. Koller I. Handelsgesetzbuch. [Kommentar] / I. Koller, W.-H. Roth, W. Morck. – [5. Aufl.]. – München : Beck, 2005. – 1198 s.
22. Stürner M. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht / – M. Stürner. – Tübingen : Mohr Siebeck, 2010. – 517 s.
23. Klunzinger E. Grundzüge des Handelsrechts / E. Klunzinger. – [12. Aufl.]. – München : Franz Vahen, 2003. – 269 s.
24. BGH Urteil № I ZR 77/12 vom 13. Nowember 2013 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://medien-internet-und-recht.de/pdf/VT-MIR-2014-Dok-051.pdf>
25. Heymann E. Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht). [Kommentar] in 4. Bde. / E. Heymann; [N. Horn (Hrsg.)] – [2. Aufl.]. – Berlin : de Gruyter –

Bd. IV: Viertes Buch §§ 343-475 h. – 2005 –1345 s.

1. Карапетов А. Г. Неустойка как средство защиты прав кредитора в российском и зарубежном праве / А. Г. Карапетов. – М. : Статут, 2005 г. – 286 с.
2. BGH Urteil № ZR 168/05 vom 17. Juli 2008 [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://lexetius.com/2008,3266](http://lexetius.com/2008%2C3266)
3. Schlechtriem P. Schuldrecht. Allgemeiner Teil / P. Schlechtriem, M. Schmidt-Kessel. – [6. Aufl.]. – Tübingen : Mohr Siebek, 2005. – 439 s.
4. Клочков О. О. Стандартные (общие) условия договоров в коммерческом обороте: Правовое регулирование в России и зарубежных странах : автореф. дис. на соискание учен. степени канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; Семейное право; Гражданский процесс; Международное частное право» / О. О.Клочков  – М., 2000. – 32 с.
5. Schwab M. AGB-Recht. Tipps und Taktic / M. Schwab. –Heidelberg, München, Landsberg, Berlin : C. F. Müller, 2008. – 347 s.
6. BGH Urteil № VII ZR 305/81 vom 18. Nowember 1982 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1982-11-18/VII-ZR-305_81>.
7. BGH Urteil № VIII ZR 9/73 vom 27. Nowember 1974 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1974-11-27/VIII-ZR-9_73>.
8. Hopt K. J. Handelsgesetzbuch: mit GmbH&Co., Handelsklauseln, Bank- und Boersenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht) / K. J. Hopt., A. Baumbach. – [29. Aufl.]. – München : Beck, 1995. – 1599 s.
9. Sorge Ch. Softwareagenten: Vertragsschluss, Vertragsstrafe, Reugeld. Schriften des Zentrums für angewandte Rechtswissenschaft / Ch. Sorge. – Kahrlsruche : Universitätsverlag Kahrlsruche, 2006. –127 s.
10. Geilert M. Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen / M. Geilert. – Bielefeld, 2002. – 117 s.
11. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.gesetze.ch/sr/220/220_010.htm>
12. Wolfer M. Reurecht und Reugeld auf Vertraglicher Grundlage : Dissertation der Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts- und Sozialwisswnschaften sowie Internationale Beziehungen zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft / M. Wolfer. – Zürich : Dike Verlag, 2012 – 177 s. [Електронний ресурс] – Режим доступу : [http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3997/$FILE/dis3997.pdf](http://verdi.unisg.ch/www/edis.nsf/SysLkpByIdentifier/3997/%24FILE/dis3997.pdf)
13. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie : in der Fassung vom 27. Mai 2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>
14. Konsumentenschutzgesetz vom 8. März 1979 [Електронний ресурс] – Режим доступу : <http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002462>
15. Меденцев П. А. Правові наслідки порушення договору в цивільному праві України, Російської Федерації, ФРН, Англії та США (порівняльно-правовий аналіз) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Цивільне право і цивільний проце; сімейне право; міжнародне приватне право» / П. А. Меденцев. – Одеса, 2013 – 19 с.
16. Бабаскін А. Ю. Неустойка / А. Ю. Бабаскін // Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. – [2 вид.]. – К. : Вид-во «Юридична думка», 2012. – С. 549-550.
17. Цивільне право України: Академічний курс: Підруч.: [У 2 т.] / [За заг. ред. Я. М. Шевченко. – [Вид 2.]. – К.: «Ін Юре», 2006. –

Т. 1 : Загальна частина. – 696 с.

1. Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. – М. : «Юрид. лит.», 1975. – 878 с.
2. Шапп Я. Система германского гражданского права: учебник / Ян Шапп; [Пер. с нем. С. В. Королева.]. – М. : Междунар. отношения, 2006. – 360 с.
3. BGH Urteil № IX ZR 259/91 vom 28. Januar 1993 [Електронний ресурс] – Режим доступу : https://www.jurion.de/Urteile/BGH/1993-01-28/IX-ZR-259\_91.
4. Unternehmensrecht: Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Umwandlungsrecht / Tegen T., Reul A., Heidinger A., Tersteegen J. – München : F. Vahlen, 2009 – 615 s.
5. Fischinger P. S. Handelsrecht (Schwerpunkte Pflichtfach) / P. S. Fischinger. – Heidelberg : Müller GmbH, 2015. – 287 s.
6. Groß W. Handelsrecht: Fall - Systematik – Lösung / W. Groß – [2. Aufl.] – Wiesbaden : Gabler, 1989. – 337 s.
7. Гражданское процессуальное уложение Германии = Deutsche Zivilprozessordnung mit Einführungsgesetz: Ввод. Закон к Гражд. Процессуальному уложению: пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 472 с.
8. Проценко І. М. Особливості застосування принципів публічності, загальновідомості та достовірності даних державної реєстрації суб’єктів господарювання в Україні та Німеччині / І. М. Проценко // Україна-Німеччина: розвиток законодавства в рамках європейського права. Матеріали україно-німецького правового семінару, (м. Київ, 21-22 вересня 2005 р.) / Ред. кол.: О. Копиленко (співголова), Р. Обершмідт (співголова), С. Бритченко та ін. – К. : Парламентське вид-во, 2006. – С. 171-177.
9. Проценко І. М. Особливості правового регулювання державної реєстрації комерсантів у Німеччині / І. М. Проценко // Наукові читання, присвячені пам’яті В. М. Корецького: Збірник наукових праць / Київський ун-т права НАН України. – [редкол.: Шемшученко Ю. С., Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В. та ін.]. – К. : Вид-во Європейського університету, 2012. – С. 164-166.
10. Проценко І. М. Окремі аспекти особливого правового регулювання торговельних відносин у Німеччині / І. М. Проценко // Сучасні проблеми правової системи України: збірник матеріалів ІІІ Міжнародної науково-практичної конференції (24 листопада 2011 р., м. Київ) / Київський університет права НАН України; [редкол.: Шемшученко Ю. С., Бошицький Ю. Л., Чернецька О. В. та ін.]. – К. : Вид-во Європейського університету, 2011. – Вип. 3. – С. 367-369.