

# ХАРЬКОВСКАЯ ЦИВИЛИСТИЧЕСКАЯ ШКОЛА: О ДОГОВОРЕ

**Монография**

Под общей редакцией  
профессора  
*И. В. Спасибо-Фатеевой*

Харьков  
«Право»  
2017

## Рецензенты:

*А. В. Дзера* – доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины;

*В. В. Луць* – доктор юридических наук, профессор, академик Национальной академии правовых наук Украины;

*С. А. Погребной* – доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины

## Авторский коллектив:

Л. Н. Баранова – § 2 гл. 8; Г. Г. Гриценко – § 3 гл. 2; Л. В. Долгополова – § 3 гл. 3; А. Г. Донец – § 6 гл. 4 (в соавт. с Т. В. Дуденко); Т. В. Дуденко – § 6 гл. 4 (в соавт. с А. Г. Донцом); И. В. Жилинкова – § 2 гл. 12; Ю. М. Жорнокуй – § 1, 3 гл. 9 (в соавт. с И. В. Спасибо-Фатеевой), § 2 гл. 9 (в соавт. с И. В. Спасибо-Фатеевой и Ф. М. Ханиевой); Р. М. Замуравкина – § 1 гл. 12; А. Н. Исаев – § 3 гл. 5; Б. П. Карнаух – § 3 гл. 1; С. С. Климовский – § 4 гл. 1; В. И. Крат – § 1, 6 гл. 3, § 4 гл. 4 (аренда, наём), § 4 гл. 7; В. Н. Крыжна – § 1, 3 гл. 10; А. П. Кухарев – § 2 гл. 11; С. Н. Ландкоф – § 1 разд. 1; Е. А. Маслова-Юрченко – § 4 гл. 5 (в соавт. с Ю. В. Мыцей); Ю. В. Мыца – § 4 гл. 5 (в соавт. с Е. А. Масловой-Юрченко), § 2, 3 гл. 6; О. А. Первомайский – § 2 гл. 2; О. П. Печеный – § 2 гл. 5, § 1 гл. 11; И. И. Пучковская – § 2 (в соавт. с И. В. Спасибо-Фатеевой), § 3 гл. 7; Я. И. Раппопорт – § 2 разд. 1; О. Э. Симсон – § 4 гл. 10; С. Е. Сиротенко – § 1 гл. 8; Ю. Е. Скаун – § 5 гл. 5; А. Н. Соловьев – § 2, 4 гл. 4 (ссуда), § 1 гл. 5; И. В. Спасибо-Фатеева – § 1, 2 гл. 1, § 1 гл. 2, § 3, 5 гл. 4, § 2 гл. 7 (в соавт. с И. И. Пучковской), § 1, 3 гл. 9 (в соавт. с Ю. М. Жорнокуем), § 2 гл. 9 (в соавт. с Ю. М. Жорнокуем и Ф. М. Ханиевой), § 4 гл. 9; О. А. Сурженко – § 1 гл. 4; Р. И. Ташьян – § 1, 4 гл. 6; А. А. Уразова – § 4, 5 гл. 3; М. В. Ус – § 3 гл. 8; Н. Ю. Филагова – § 2 гл. 3; Ф. М. Ханиева – § 2 гл. 9 (в соавт. с И. В. Спасибо-Фатеевой и Ю. М. Жорнокуем); Ю. Е. Ходыко – § 1 гл. 7; Н. Е. Яркина – § 2 гл. 10

**Харьковская** цивилистическая школа: о договоре: монография /  
Х-23 И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.; под общ. ред.  
И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2017. – 576 с.

ISBN 978-966-937-121-8

Монография посвящена учению о договоре в современных реалиях, в частности, договор рассматривается как универсальная правовая категория, свойственная не только гражданскому, но и другим отраслям права. Характеризуются принцип свободы договора; стороны договора и другие участники договорных правоотношений; заключение, изменение и расторжение договора и пр. Договоры анализируются не по группам и видам, а по сферам гражданско-правового регулирования: в сфере обязательственного, корпоративного, наследственного, семейного, жилищного права, права интеллектуальной собственности.

Для преподавателей, аспирантов, студентов юридических вузов, судей, адвокатов, практических работников и широкого круга читателей.

УДК 347(477.54)-029:9

ББК 67.9(4УКР)304

© Спасибо-Фатеева И. В., Печеный О. П., Крат В. И. и др., 2017

© Издательство «Право», 2017

ISBN 978-966-937-121-8

## Предисловие

*Договор находит применение  
во всей области права,  
а не только в праве обязательственном.*  
Бернхард Виндшейд

Емкое высказывание Б. Виндшейда ориентирует на многогранность понятия договора и использование договорных механизмов во многих сферах права. Поскольку монография выходит в цикле «Харьковская цивилистическая школа», она посвящена исследованию договора именно как гражданско-правовой конструкции. Вместе с тем уделено внимание и очертанию направлений использования договора в отличных от цивилистических сферах права. В большей степени это характерно «родственным» гражданскому семейному, земельному, жилищному и (как ни прискорбно констатировать, все еще существующему в Украине) хозяйственному праву. Более спорным и проблемным стало применение *modus*'а договора в публичном праве, чего авторы тоже коснулись в этой монографии.

В цивилистической же зоне также значительно расширен ареал договора, который рассматривается не только как основание возникновения обязательства, но и как источник права и вообще как универсальный инструментарий, место которому, помимо Книги 5 Гражданского кодекса Украины, также и в общей его части. Это наблюдаем на примере соотношения законодательства и договора (ст. 6 ГК Украины) и других проявлений воплощения принципа свободы договора; учредительных договоров, регулируемых в гл. 7 ГК «Юридические лица», договоров в вещном праве (Книга 3 ГК Украины) и др. Учитывая эти законодательные подходы, стали появляться и научные разработки понятий вещного, распорядительного, корпоративного и других договоров.

Уникальной нам кажется книга профессора С. Н. Ландкофа «Торговые сделки: теория и практика» (1929 г.), выдержки из которой публикуются

в монографии. Комментируя украинское гражданское законодательство того периода, автор соотносит его с законодательством союзных республик, а также законодательством других государств. Причем их спектр достаточно широк – это не только обычно сравниваемое законодательство Германии и Франции, но и США, Бельгии, Китая, Японии. Наряду с комментарием, в работе проф. С. Н. Ландкофа излагается судебная практика, из которой очевиден ход поиска решения проблем в правоприменительной деятельности. Дается толкование норм права с обзором научной мысли на тот или иной счет. При этом рассматриваются не все договоры, а лишь некоторые – агентский, залога товаров в обороте и переработке, подряда и поставки, купли-продажи, комиссии, договор складского хранения, включая варранты, договор текущего счета и чек.

Здесь публикуются фрагменты книги проф. С. Н. Ландкофа, касающиеся только двух договоров – агентского и залога товаров в обороте и переработке, исходя из того, что некоторые рассуждения утратили актуальность в связи с изменением законодательства. Не представляет интереса и все то, что относится к особенностям участия государственных предприятий в договорных отношениях. Конечно, особенно значительные изменения претерпели договорные отношения поставки и другие, на которые неизбежно накладывал отпечаток советский период права.

Однако существенные моменты, на которые автор обращает внимание, ход его научного анализа и алгоритм рассуждений достойны того, чтобы их привести, дабы читатель ощутил глубину аналитической мысли, присущую цивилистическим исследованиям того времени. Некоторые же договоры настолько выпукло охарактеризованы, что сегодня подобное в отечественной литературе сыскать трудно.

Следует заметить, что при написании этой монографии были проработаны все имеющиеся по затрагиваемым в ней вопросам публикации современных украинских авторов. С сожалением вынуждены констатировать, что некоторые направления использования конструкции договора в украинской цивилистике мало или совсем не освоены. Это касается вещного договора, договоров в корпоративной среде (между акционерами). Ситуации не меняет наличие статей и даже диссертаций – уровень многих из них оставляет желать лучшего, а коэффициент полезной информации близится к нулю. Поэтому в отдельных аспектах монографии авторы не имели ни реальной, ни профессиональной возможности и желания использовать такие работы. Поскольку авторы монографии стремились держаться уровня, заданного классиками украинской цивилистики, работы которых приведены в разделе 1, в ней использовались научные разработки достойного уровня.

В той части монографии, где идет речь о современных украинских реалиях использования договорной конструкции, логика изложения была определена намерением очертить контур договорного ареала, но не с позиций договорного права, что обязывало бы выбрать иной формат изложения. Двигаясь от общего к частному, в разделах 2 и 3 монографии раскрыты общие положения о договоре, принцип свободы договора, затронуты изменения, коснувшиеся конструкции договора в связи с развитием новых технологий – это и smart-контракты, и электронная коммерция и пр.

Раздел 4 вместил главы об отдельных договорах. При этом мы не считали целесообразным следовать известной схеме изложения договорной тематики, исходя из видов или групп договоров. Избегая споров о критериях таких классификаций, чему уже было посвящено достаточно публикаций, авторы этой монографии ориентировались на те сферы гражданско-правовых отношений, где применяются договорные конструкции. В пределах каждой сферы с той или иной степенью детализации излагается материал о проблемных аспектах, которые обращают на себя внимание на практике и по которым разворачиваются научные дискуссии.

В результате такого подхода имело место намерение очертить всю ойкумену договора. И хотя авторы были ориентированы на довольно сжатые объемы, в целом исследование таких договорных сфер вышло достаточно широким. И это при том, что некоторые из этих сфер даны либо особенно лаконично, либо обзорно (например, договоры в семейном и наследственном праве) для избежания повторов тематики других монографий из цикла «Харьковская цивилистическая школа»<sup>1</sup>. Что касается глубины, то, конечно, каждому из этих направлений может и должно быть уделено столько внимания с позиций научной аналитики, сколько оно заслуживает. По понятным причинам дать исчерпывающий и глубинный анализ в этой монографии не представлялось возможным.

Итак, говоря о договоре, мы сталкиваемся с феноменом, который претендует на проникновение во многие сферы гражданских отношений, а не только обязательственных, и более того, не только гражданских, – это административные и другие договоры в публичном праве. Следует констатировать, что бесспорная истина о значимости договора в широкой области права, которой прониклись еще пандектисты, постепенно открывается и украинским юристам – исследователям права и практикам. Надеемся, что монография внесет свою лепту в постижение этого феномена.

*Профессор И. В. Спасько-Фатеева*

---

<sup>1</sup> См.: «Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права»; «Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права».

# Раздел 1

## ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ

### § 1. Торговые сделки. Теория и практика

<...>

Что ... определяет содержание торговой сделки? Современное законодательство капиталистических стран, признавая наряду с наличием объективно-торговых сделок и существование субъективно-торговых сделок, определяет содержание последних по субъектам. Субъект правоотношения, купец, определяет содержание торговой сделки. От купца (Kaufmann) все качества. Со слова «купец» начинаются как французский торговый кодекс, этот первый по времени специальный кодекс для буржуазии, так и Германское торговое уложение, признанное образцом законодательного творчества капиталистической эпохи. Не случайностью и не требованиями законодательной техники объясняется, конечно, то, что оба указанные кодекса, системы которых позаимствованы торговыми кодексами и других стран, начинают свою первую главу с «торгового сословия», с «коммерсантов», и что первое слово первого параграфа занимает «купец», «коммерсант». Это – яркое отражение и полное проявление идеологии победившей и господствующей буржуазии. Отсюда также и соответствующие выводы: раз купец признается центральным, исходным пунктом законодательства, то и законы, его касающиеся, называются торговыми, и сделки, им совершаемые, называются торговыми, и суды, разрешающие споры по его торговым сделкам, называются торговыми – в отличие от законов гражданских, регулирующих деятельность прочих граждан, и в отличие от сделок гражданских, совершаемых прочими гражданами, и от судов гражданских, разбирающих сделки гражданские.

Между тем, уже с некоторых пор отмечается и в странах капиталистических сильное течение, направленное на упразднение былого значения «купца» и на замену его иным явлением: предприятием. Экономическая литература уже давно посвятила почти все свое внимание изучению предприятия, современной его организации, его природы, его экономической технологии. Учение о предприятии выделяется из общего учения политической экономии и претендует

занять самостоятельное место в ряду экономических дисциплин. На этот путь толкают науку необычайно сильный рост укрупненных предприятий, развитие современных форм предпринимательских объединений, преобладающее значение и перевес рабочего аппарата рационально построенного предприятия над личностью владельца предприятия.

Течение это проникло и в юридическую литературу, которая занялась исследованием предприятия как формы единичного и коллективного хозяйства, независимо от личности «купца», владельца предприятия. Предприятие – как явление комплексное, как соединение средств и орудий производства и человеческого труда, как особая целевая имущественная масса, представляющая собою совокупность прав и обязанностей, как организованное осуществление хозяйственного плана в недрах каждой единичной хозяйствующей ячейки – приобрело самодовлеющее значение и стремится стать в центре торгового законодательства. Уже и теперь в отдельных случаях некоторые права, представляющие большую ценность в торговом обороте (как, например, право на фирму, право на товарный знак), перестают быть личными правами «купца» – владельца предприятия, а признаются правами предприятия, так как права эти могут быть отчуждаемы одним владельцем другому только вместе с самим предприятием. Не только права, но и обязанности начинают прикрепляться к предприятию. Долги по предприятию, в некоторых законодательствах, в том числе и у нас, переходят к новому владельцу вместе с предприятием при отчуждении его одним лицом другому.

Отдаление от «купца», перенесение центра тяжести на самое предприятие как на организацию, обязанную своим существованием и своим развитием не личности владельца, а творческим силам аппарата предприятия и действию процессов, совершающихся на рынке, становится особенно понятным в системе советского хозяйства, где понятие о предприятии как о производственном коллективе находится в полном соответствии с господствующими у нас формами предприятия и является результатом усиленного процесса, обобществления хозяйства.

Таким образом, центральным понятием современного торгового оборота становится постепенно предприятие. Следовательно, сделки по предприятию и для предприятия как сделки, вытекающие из отношений производства или обмена, являются – сделками торговыми,

независимо от того, относится ли данная сделка к промыслу, к предмету профессиональной деятельности предприятия. Сделка по покупке топлива для потребностей предприятия является торговой в такой же мере, как сделка по покупке сырья для производства или сделка по продаже продуктов производства предприятия. Все эти сделки вызваны жизнью предприятия и связаны с его деятельностью. Поэтому торговая сделка должна быть характеризована как сделка предприятия.

**Агентурный договор.** В основе деятельности торгового агента лежит агентурный договор, заключаемый между агентом и предприятием. По агентурному договору одно лицо (торговый агент) принимает на себя обязанность совершения торговых действий или содействия по заключению торговых сделок от чужого имени и за чужой счет (от имени и за счет предприятия). От договора комиссии агентурный договор отличается тем, что: а) торг. агент действует от чужого имени, тогда как комиссионер действует от своего имени, и б) торг. агенту может быть поручено как совершение сделок и действий, так и (или) содействие по заключению сделок, тогда как комиссионеру может быть поручено лишь совершение сделок. От маклерского договора агентурный договор отличается тем, что торг. агенту может быть поручено как совершение сделок и действий, так и (или) содействие по заключению сделок, тогда как маклеру может быть поручено лишь содействие по заключению сделок. Агентурный договор не может быть приравниваем к трудовому договору, так как одним из основных признаков, установленных в законе для определения юридической природы торг. агента является то, что он не состоит на службе в предприятии.

Точнее определен торг. агент в § 1 австр. закона 24 июня 1921 г., где устанавливаются следующие признаки торг. агента: его самостоятельность, профессиональный характер его деятельности, посредничество и совершение сделок от имени и за счет предприятия, поручение по совершению сделок с движимыми вещами, правами или услугами, но не недвижимостями. Нет вовсе норм, посвященных торг. агенту, в швейц. обязат. праве. Во Франции лишь в законе 8 октября 1919 г. впервые регулируется вопрос о регистрации агентов (*representant de commerce*), но в нем отсутствует всякое определение этого понятия. Сужено содержание агентурного договора в § 80 китайского торг. устава, где торговыми агентами признаются предпри-

ятия, принимающие на себя посредничество по заключению сделок для другого торгового предприятия или по рекламированию.

Вследствие того, что торг. агент не состоит на службе предприятия и является самостоятельным торговым деятелем, следует признать, что от него не требуется личного исполнения поручения. Такому толкованию благоприятствует то, что торг. агентами могут быть и юрид. лица, которые могут выполнять поручения лишь через представителей и свои органы. При этом торг. агент ответствен перед предприятием за действия и выбор субститута (лицо, коему торг. агент передает исполнение поручения). Если же назначение торг. агентом субститута последовало с согласия предприятия, то торг. агент несет ответственность лишь за выбор субститута, когда он, напр., передал исполнение явно неспособному или нечестному лицу (ст. 254 ГК).

Торговый агент не несет ответственности перед предприятием за исправность действий третьих лиц по заключенной сделке. При наличии у торг. агента разрешения на продажу товаров в кредит, торг. агент не несет ответственности за поступление от третьих лиц платежей. Однако в агент. договоре может быть предусмотрено ручательство торг. агента пред предприятием за третье лицо, с которым им заключена сделка. Это ручательство может быть приравнено к ручательству комиссионера пред комитентом, и, стало быть, допустимо также и особое вознаграждение торгового агента за это ручательство. Этим обстоятельством торг. агент не становится комиссионером, ибо отличительный признак торг. агента, заключающийся в совершении им сделок от чужого имени, остается неизменным.

Не возбраняется предприятию принимать от торг. агента денежный залог в обеспечение исправного исполнения поручений.

Нарушение поручения дает предприятию право зачета следуемых ему с торг. агента сумм за счет полученного им залога.

Перечень естественных прав, принадлежащих торговому агенту, без особого о том указания в полномочии, точно обозначен в ст. 4 настоящего закона, и этот перечень распространительному толкованию не подлежит. Такая тенденция закона, установившего границы полномочий торг. агента, противоречит потребностям торгового оборота, который не может мириться со строгостями правовых норм там, где хозяйственные условия раздвигают рамки фактических отношений. Но поскольку такая тенденция совершенно ясна, приходится

лишь ставить вопрос об изменении закона, но не прибегать к толкованию, прямо противоречащему цели закона.

Необходимость точного определения в полномочии торг. агента круга его прав воспринята также в герм. торг. улож. (§ 86), австр. законе 24 июня 1921 г. (§§ 3 и 4), японск. торг. код. (§§ 37, 38 и 39), китайск. торг. уставе (§§ 64 и 65). Лишь в отношении странствующих агентов, коммивояжеров, некоторые законодательства становятся на иной путь и признают за ними право производства, расчета и получения платежей по всем заключенным ими сделкам даже при отсутствии у торг. агента на то прямого письменного полномочия (§ 87 герм. торг. улож., § 4 австр. Закона 24 июня 1921 г.).

Вследствие того, что торговый агент является самостоятельным торговым деятелем, затрагивающим средства на содержание своего предприятия, иностранные законодательства стали в большинстве случаев на ту точку зрения, что не следует давать сторонам права произвольного прекращения агент. договора в любое время. Полное применение к агент. договору принципов, свойственных договору поручения, было бы на самом деле неправильно, ибо неограниченный и не обусловленный никакими оговорками отказ одной из сторон может зачастую поставить другую сторону в невыгодные условия. Поэтому, признавая за сторонами право отмены поручения или отказа от его исполнения, герм. торг. улож. (§ 92) и австр. закон 24 июля 1921 г. (§§ 19 и 21) требуют предупреждения за шесть недель; японск. торг. код. (§ 40) и китайск. торг. устав (§ 72) требуют предупреждения за два месяца. Все эти законодательства допускают односторонний отказ без предупреждения лишь при наличии уважительных причин.

Вследствие того, что торг. агент не состоит на службе в предприятии, то и вознаграждение, им получаемое, не является зарплатой. Вознаграждение торг. агенту является предпринимательским доходом, определяемым и регулируемым агент. договором; оно не перестает быть таковым даже в том случае, когда вознаграждение торг. агенту за систематическое совершение торговых (юридических или фактических) действий для предприятия определяется в виде твердо фиксированной суммы, периодически выплачиваемой, напр., один или два раза в месяц. Форма вознаграждения и порядок выплаты такового не отражается на правовом положении торгового агента как лица, не связанного с предприятием трудовым договором.

Закон в виде примера, в частности, устанавливает одну форму вознаграждения – в виде процента с суммы каждой сделки. Однако, вознаграждение торг. агента может быть определено в любой, не запрещенной законом, форме: определенного процента с оборота, с прибыли, с суммы каждой сделки или твердых периодических выдач. При поручении торг. агенту совершать сделки купли-продажи, вознаграждение ему может быть назначено в виде разницы или определенной части разницы между назначенной предприятием ценой и той более выгодной ценой, по которой торг. агент совершил сделку.

Агент. договор определяет район деятельности торг. агента. Последнему может быть предоставлено исключительное право совершения сделок в определенном районе. В этом случае возникает вопрос о праве торг. агента на получение вознаграждения по сделкам, заключенным в районе его деятельности, но без его непосредственного участия. Закон ответа на него не дает. В тех же случаях, когда торг. агент не обслуживает госпредприятия и получает исключительное право действий в определенном районе, он, если договором не предусмотрено иное, должен иметь право на вознаграждение по всем сделкам, совершенным в его районе и без его непосредственного участия.

Торговая практика в этой области дает еще и такие особенности, когда покупатели или заказчики первоначально были привлечены усилиями торг. агентов, а впоследствии они начали давать заказы или производить закупки и продажи без участия торг. агента. В этом случае очевидным становится, что обработка района в целях установления постоянных коммерческих связей с обслуживаемым предприятием произведена торг. агентом и что, при наличии у него исключительного права обслуживания данного района, за ним должно быть признано право и на вознаграждение по сделкам, поступившим из данного района непосредственно в предприятие.

Торговому агенту может быть назначена, кроме обычного вознаграждения, премия за превышение определенной нормы сделок или установленного оборота.

Получение торг. агентом вознаграждения в какой-либо форме от третьих лиц, по отношению к которым он исполняет данное ему предприятием поручение, является недопустимым. Предприятие может истребовать от торг. агента полученное им вознаграждение, обратив его в свою пользу и требовать убытки, причиненные ему подобными

действиями. Рассматривать вознаграждение, получаемое торг. агентами от третьих лиц, как взятку – нельзя, потому что торг. агенты, не состоя на службе предприятия, не являются должностными лицами и, следовательно, не используют своего служебного положения.

Закон не касается вопроса о расходах, связанных с исполнением поручения. Имея в виду, что торг. агент является самостоятельным торговым деятелем, что за ним признается право на вознаграждение по исполненному им поручению даже в том случае, когда совершенная при его посредстве сделка не была выполнена по вине предприятия, надобно признать, что все расходы, связанные с исполнением поручения, относятся на счет торг. агента. Иное может предусмотреть агентурный договор.

В вопросе о вознаграждении торг. агентов иностранные законодательства содержат тождественные нормы. Спорный вопрос о праве торг. агентов на вознаграждение по сделкам, заключенным «без его участия», но в районе его деятельности, разрешен везде в благоприятном для торг. агента смысле (§ 89 герм. торг. улож., § 8 австр. закона 24 июня 1921 г., § 70 китайск. торг. уст.). Положительно разрешен также вопрос о праве удержания торг. агентов (369 герм. торг. улож., § 18 австр. закона 24 июня 1921 г., § 41 японск. торг. код., § 73 китайск. торг. уст.); причем право удержания, признаваемое за торг. агентами в иностранном законодательстве, совершенно отлично от того права удержания, которое нашими законами предоставлено коммивояжеру и комиссионеру.

Право удержания, признанное за торг. агентом, заключается в праве его на удержание всяких, находящихся у него, имущественных ценностей предприятия впредь до уплаты ему предприятием причитающегося ему денежного вознаграждения. В случае отказа предприятия от уплаты вознаграждения торг. агенту, последний вправе обратиться в суд с просьбой о продаже имущественных ценностей с торгов и о признании за ним права преимущественного пред другими кредиторами удовлетворения из вырученных от продажи имущества денег.

В особые условия поставлен вопрос о вознаграждении торг. агента во Франции. Претензии торгового агента (*representant de commerce*) к обслуживаемому им предприятию по взысканию вознаграждения приравнены к претензиям рабочих и служащих по зарплате. Поэтому они пользуются генеральной привилегией, правом пре-

имущественного удовлетворения из ценности всего имущества предприятия, а не только залоговым правом из ценности комиссионного имущества (*debitum cum junctum*), каким пользуется комиссионер (§ 549 франц. торг. код. и § 2101 франц. гражд. код.).

Было бы понятно, если бы закон запретил торг. агенту совершение сделок от имени нескольких однородных предприятий или совершение за свой счет сделок, однородных с теми, которые он должен совершать в силу агентурного договора. Опасение конкурентной деятельности торг. агентов вызывает необходимость в таком запрещении. Настоящая же статья не проводит различия между однородными и разнородными предприятиями. Имея в виду, что торг. агент является самостоятельным торговым деятелем, что обслуживаемое предприятие не всегда может загрузить его необходимой работой, что совершение разнородных сделок от своего или чужого имени не может конкурировать с обслуживаемым предприятием, надо признать, что практика истолкует требование закона в таком смысле: согласие необходимо тогда, когда речь идет об однородных сделках и нет никакой необходимости в получении торг. агентами согласия обслуживаемого предприятия на совершение разнородных сделок.

Закон требует согласия всех обслуживаемых предприятий на совершение торговым агентом сделок от имени своего или нескольких предприятий. Согласие может быть не только в тексте договора, но и в какой-либо иной форме, в том числе и в словесной. Когда агент. договор вовсе обходит молчанием вопрос о праве торгового агента на «совместительство», то следует признать, что торговый агент этим правом не пользуется.

Торговый агент может пользоваться фирмой для своего предприятия. Характер фирменного наименования зависит от юридической природы торг. агентуры, причем необходимо соблюдение правил положения о фирме 22 июня 1927 г. (С. 3. 1927 г. № 40, ст. 395). Во многих случаях для торг. агента, который является распространителем или скупщиком продукции, важно также указание и на фирму своего доверителя. В указанных целях торг. агенту дано право пользоваться на вывеске, бланках, объявлениях, при рекламах и т. п. фирменным наименованием обслуживаемых предприятий, однако с обязательным указанием на наличие агентурных отношений, путем добавления слов: «агент», «агентура» и т. п. и с обязательным указанием своего собственного фирменного наименования.

Являясь самостоятельным торговым деятелем, торг. агент может после прекращения действия агент. договора совершать за свой счет или заключать агент. договор с другим предприятием на совершение сделок, однородных с теми, которые он раньше совершал. Для того предприятия, с которым срок действия агент. договора уже истек, такая деятельность может явиться конкурентной; однако воспрещать торг. агенту заниматься однородной деятельностью за свой или чужой счет после прекращения действий агент. договора «бывший доверитель» не вправе.

В большинстве иностранных законодательств торговая агентура признана торговым промыслом, и торг. агент признан самостоятельным торговым деятелем (§ 1 герм. торг. улож., § 1 австр. закона 24 июня 1921 г., § 2 бельг. торг. код.). Особое положение занимает в этом вопросе французская практика. Торг. агенты не могут выбирать и быть выбираемыми в члены торговых палат. Этому права они были лишены постановлением франц. кассационного суда. Засим бюджетный закон 30 июня 1923 г. освободил торг. агентов от обязанности выборки промыслового патента. При наличии этих фактов торг. агент во Франции признан зависимым представителем предприятия, на правах торгового служащего, на которого распространяются привилегии в получении зарплаты (см. объясн. 15 к ст. 5).

Между торговым агентом и обслуживаемым им предприятием существует агент. договор, который является коммерциализированным договором поручения.

Ошибочно было бы считать, что агент. договор не является договором поручения, предусматриваемым нашим ГК (ст. 251) только потому, что предметом агент. договора может быть совершение юридических и фактических действий, тогда как предметом договора поручения является совершение юрид. действий. Поверенный может по договору поручения совершать всякие порученные ему доверителем действия (ст. 251 ГК), а действия эти могут быть как юридическими, так и фактическими. Соглашение, по которому одно лицо будет собирать, и сообщать предприятию в течение длительного периода времени справки о кредитоспособности и о состоянии рынка будет представлять собою договор поручения точно так же, как и соглашение о получении денег с клиентуры для передачи другому. В первом случае будем иметь поручение, основанное на фактических действиях, а во втором – на действиях юридических. Равным образом,

предметом агент. договора будут фактические действия, когда торг. агент будет заменять кого-либо, оказывая содействие по заключению сделок, и юридические действия, когда торг. агент будет представлять кого-либо, совершая от чужого имени сделки.

Но мы не отождествляем целиком агент. договор с договором поручения и говорим, что пользование договором поручения в торговом обороте привело к созданию коммерциализированного договора поручения, договора агентурного. Возмездность услуг поверенного не предполагается в договоре поручения, тогда как возмездность торг. агента является несомненной. Необходимость вознаграждения торг. агента не может вызывать на практике колебаний даже тогда, когда оно не предусмотрено и не определено договором. Запрещение заниматься совершением однородных действий от имени своего или других доверителей не предполагается в договоре поручения, тогда как занятие разнородной деятельностью для себя или для других предприятий будет считаться грубым и недопустимым нарушением агент. договора со стороны торг. агента.

Право отмены поручения в любое время не терпит никаких ограничений в договоре поручения, тогда как обязательное заблаговременное предупреждение об отмене поручения в агент. договоре, и требование о наличии уважительных причин для отмены поручения воспринимается новейшим законодательством некоторых стран (§ 92 герм. торг. улож., § 19 австр. закона 24 июня 1921 г., § 40 японск. торг. код, § 72 китайск. уст. торгов.). Все эти особенности агент. договора являются результатом внедрения договора поручения в торговый оборот, отражением тех предпринимательских принципов, которые оказывают воздействие на цивилистический институт и, изменяя этот институт в его существенных чертах, приспособливают его в уже измененном виде к своим нуждам и потребностям.

Приведенные нами суждения о юридической природе агентского договора основаны на анализе нашего законодательного материала по регулированию его и родственного ему договора поручения. В литературе и практике некоторых других европейских стран нет той законодательной основы, которая могла бы привести к тождественным с нами суждениям.

В одних странах (напр., Швейцарии, Бельгии) отсутствуют всякие специальные нормы о торг. агентах. Торговому обороту последние, конечно, известны, ибо этот экономический институт имеет довольно

прочные корни в системе капиталистического хозяйства. Но судебная практика и юридическая литература не наталкиваются на какие-либо трудности в регулировании взаимоотношений агента с предприятием. Пользуясь тем, что договор поручения по швейц. обяз. праву (§ 394) разрешает давать поручения на совершение действий и оказание услуг, т. е. на юридические и фактические действия, практика считает торговым агентом как лицо, выполняющее технические функции посредника по содействию и заключению сделок, так и лицо, совершающее сделки в качестве уполномоченного. Рассматривая агентурные по существу отношения как отношения, основанные на договоре поручения, швейц. обяз. право не уделяет этим отношениям специального внимания, но лишь дополняет нормирование этого института в применении его к торговому одной нормой: торговый уполномоченный и коммивояжер управомочены на совершение всех тех действий, которые соответствуют характеру данного им поручения, хотя бы специального полномочия у них на совершение тех действий не было (§§ 462 и 463). И в этой дополнительной норме мы склонны видеть коммерциализацию договора поручения. В то время как общие нормы о поручении (§§ 396 и 397 швейц. обяз. прав) связывают поверенного рамками поручения, торговая практика вынуждает законодателя отказаться от формализма гражданского оборота и разрешать торговому поверенному совершение таких действий, которые непосредственно связаны с производимыми торговым поверенным операциями. В нашем законодательстве отсутствует, правда, данный признак, коммерциализирующий договор поручения, но это обстоятельство ни в какой степени не отражается на нашем выводе, потому что, хотя последний и отсутствует, но имеются другие, не менее важные признаки, ранее нами приведенные.

Нет специальных норм об агент. договоре и во французском законодательстве. Но во Франции отсутствие специальных норм породило совершенно иные последствия, чем в швейцарской практике. Невзирая на то, что § 1984 франц. гражд. код. разрешает по договору поручения поручать совершение чего-либо от имени манданта (*faire quelque chose pour le mandat et en son nom*), что, как мы видим, закон совершенно не подчеркивает того, что предметом договора поручения могут быть только юридические действия, тем не менее, литература французская и судебная практика оказались поразительно единодушными. Только юридическое представительство, лишь совершение

юридических действий может быть предметом договора поручения (Plani. Traite elementaire de droit civil, 1923, т. 2, стр. 719. Baudry-Lacantinerie. Precis de droit civil, 1925 г., т. 2, стр. 575). Вследствие этого, когда литература столкнулась с формой торгового агента (represant de commerce), который на практике совершал и фактические и юридические действия, она не могла по приведенным признакам отнести эту новую форму договорных отношений к договору поручения и признала эти отношения основанными на договоре личного найма, на трудовом договоре (Lyon-Caen et Renault. Manuel de droit commercial, 1924 г., стр. 481).

В иных условиях находится этот вопрос в Германии, которая является пионером среди европейских стран, вступивших на путь законодательного регулирования института торговой агентуры. Впервые в герм. торг. улож. была включена специальная (седьмая) глава (§§ 84–92), посвященная торг. агентам. Нормы герм. законодательства лежат и в основе нашего закона. Определение торг. агента, которое дает наш закон, в основных признаках совпадает с тем, которое впервые дано было германским законодателем. В соответствии с определением закона и практика германская также знает и агентов-посредников, содействующих заключению сделок, совершающих фактические действия (Vermittlungsagent) и агентов-уполномоченных на совершение сделок (Abschlussagent).

Невзирая, однако, на то, что нормы герм. законодательства смогут дать основания для такого же определения природы агент. договора, какое дано нами на основании нашего закона, сходного с германским, тем не менее, в германской литературе еще сохранился взгляд на агент. договор как договор личного найма. Эта объясняется тем, что сторонники такого взгляда продолжают исходить из фактического обстоятельства, что господствующей формой вознаграждения торг. агентов является либо только фиксированный месячный заработок, либо смешанная система: небольшой минимум фиксированного месячного заработка и определенный процент с прибыли или с оборотов (Heinscheimer. Handelsrecht, 1927, стр. 43. Elzbacher. Deutsches Handelsrecht, 1925, стр. 103). Взгляд этот не является, правда, господствующим, но самое существование его характерно. Если во французской литературе отрицается всякая связь агент. договора с договором поручения (мандата), потому что договор поручения, по мнению той же литературы, не позволяет подводить фактические действия

агента под агентурный договор, то в Германии, где и литература и практика считают возможным распространить нормы о поручении (§§ 662–676 герм. гражд. улож.) и на совершение фактических действий, где, таким образом, расчищена дорога для рассмотрения агент. договора как договора поручения, должно быть признано и неправильным и непоследовательным то направление, которое квалифицирует агент. договор как договор личного найма.

Не оставляет зато никаких сомнений для литературы австрийский закон о торговых агентах 24 июня 1921 г. До издания этого закона в Австрии вовсе не было норм о торг. агентах, и литература высказывалась различно. Упомянутый закон дал большую детализацию норм (закон содержит 31 ст.), причем многие из этих норм воспроизводят принципы гражданских законов о договоре поручения. Поэтому, при наличии в этом законе такого же определения торг. агента, какое дано в германском торг. уложении (§ 84), при наличии в нем многих норм договора поручения, не остается уже никакого места для того, чтобы рассматривать агентский договор как договор трудовой, договор личного найма.

В англо-американской практике, основанной на законе 26 августа 1889 г. (Factors Act. 1889), торговый агент (mercantile agent) рассматривается как лицо, управомоченное на покупку или продажу товаров, консигнацию товаров в целях продажи, производящее эти действия и действующее от своего имени. Таким образом, название «торговый агент» в англо-американской системе применяется для обозначения такого торгового деятеля, который, по терминологии законодательства европейского, является комиссионером. В англо-американской практике имеется фигура «broker», деятельность которого характеризуется тем, что он, совершая сделки, выступает от имени клиента, но не имеет в своем обладании и распоряжении товаров своего доверителя. Эта фигура напоминает агента в «европейском» смысле, но в то же время вводит дополнительный признак: агент не может иметь своих магазинов и складов для хранения товаров своего клиента, намечаемых к продаже.

В результате рассмотренного нами материала мы считаем, что определение агент. договора как договора трудового объясняется неправильным анализом трудовых отношений вообще и отношений, существующих между агентами и доверителями, в частности.

Труд торг. агента, признаваемого и в германском законе и на практике самостоятельным торговым деятелем, не может быть признан

трудом служебным, а представляет собою труд предпринимательский. Обязанности торг. агента носят характер обещания индивидуально-определенных услуг и вызывают к жизни возникновение равноправного договорного отношения (Шерешевский. Отличительные признаки трудового договора. П. и Ж. 1926 г., № 1). Между торг. агентом и его доверителем нет зависимого отношения. Есть собственная хозяйственная деятельность торгового агента, экономически и юридически обособленная от деятельности доверителя. Отношения между ними регулируются особыми нормами, находящимися за пределами норм, регулирующих использование чужой рабочей силы и эксплуатацию прибавочного труда. Их отношения – это отношения свободных предпринимателей, где наиболее сильным может оказаться и торговый агент, диктующий договорные условия своему доверителю.

**Договор залога товара в обороте и переработке.** Никаких ограничений по субъектам не знает украинский закон о залоге товара в обороте. Залогодержателем может быть всякое лицо (физическое и юридическое). Это не исключает возможности применения ст. 34 ГК и признания недействительными фиктивных залоговых сделок.

<...> особенности, которыми отличается залог товаров в обороте от залога имущества вообще: а) заложенный товар в обороте остается в фактическом владении залогодателя, тогда как по общим нормам о залоге (1 ч. ст. 92 ГК) родовое имущество, каковым является товар в обороте, передается залогодержателю, и б) заложенный товар в обороте может быть отчуждаем залогодателем третьим лицам по своему усмотрению, тогда как по общим нормам о залоге (2 ч. ст. 92 ГК) родовое имущество может быть оставлено у должника под замком и печатью кредитора и, стало быть, не может быть отчуждаемо залогодателем. Благодаря этим особенностям и достигается тот эффект, к которому стремится торговый оборот. Этот закон дает предпринимателю возможность увеличить свои оборотные средства при помощи займов, обеспеченных залогом, с тем, однако, что в значительной степени исключаются неблагоприятные последствия залога, т. е. предмет залога не остается пассивной неподвижной массой, не консервируется в коммерческом смысле: его коммерческая ценность, его обращаемость не сводится к нулю, как это имеет место при залоге имущества вообще.

В ассортимент заложенной товарной массы могут входить, по договору, различные товары; обычно договором же предусматрива-