Министерство образования и науки Российской Федерации
Федеральное агентство по образованию
Ярославский государственный университет им. П.Г. Демидова

А.М. Лушников, М.В. Лушникова, Н.Н. Тарусина

Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения

(цивилистическое исследование)

Учебное пособие

Рекомендовано
Учебно-методическим объединением
по юридическому образованию высших учебных заведений РФ
в качестве учебного пособия для студентов вузов,
обучающихся по направлению и специальности Юриспруденция

Ярославль 2008

УДК 34:372.8
ББК Х 624я73+ Х 627я73+Х 627.6я73
Л 87

Рекомендовано
Редакционно-издательским советом университета
в качестве учебного издания. План 2007 года

Рецензенты:
С.Ю. Головина, д-р юрид. наук, профессор, зав. кафедрой трудового права Уральской государственной юридической академии;
М.Ю. Федорова, д-р юрид. наук, профессор, зав. кафедрой социального права Омского государственного университета

Авторы:
Н.Н. Тарусина – гл. 1–2
А.М. Лушников – гл. 3–4 (совместно с М.В. Лушниковой)
М.В. Лушникова – гл. 3–4 (совместно с А.М. Лушниковым)

Л 87 **Лушников, А.М. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения (цивилистическое исследование):** учеб. пособие / А.М. Лушников, М.В. Лушникова, Н.Н. Тарусина; Яросл. гос. ун-т. – Ярославль: ЯрГУ, 2008. – 432 с.
ISBN 978-5-8397-0557-9

Данное учебное пособие является комплексным исследованием учений о договорах в сфере семейного права, трудового права и права социального обеспечения. Эти договоры имеют общую с гражданско-правовыми договорами цивилистическую основу, но в то же время обладают существенными отличиями от них. Эти отличия обусловлены единством частных и публичных начал в правовом регулировании семейных, трудовых и социально-обеспечительных отношений. Изложение учений об отраслевых договорах дается в связи с теорией сделок и в контексте формирующегося общеправового учения о договорах с привлечением обширного нормативного материала. Выявляются и анализируются междисциплинарные, «пограничные» сферы договорного регулирования. Особое внимание уделено рассмотрению актуальных, но малоизученных проблем договорного регулирования, таких как условия действительности договоров, договоры в репродуктивной сфере, трудовые сделки, социально-обеспечительные обязательства и др.

Пособие предназначено для студентов, обучающихся по специальности 030501 Юриспруденция очной и очно-заочной форм обучения, преподавателей и аспирантов, а также для практических работников-юристов.

УДК 34:372.8
ББК Х 624я73+ Х 627я73+Х 627.6я73

© Ярославский государственный университет, 2008
ISBN 978-5-8397-0557-9
© А.М. Лушников, М.В. Лушникова, Н.Н. Тарусина, 2008

Оглавление

Введение 5

Глава 1. Договор как общеправовое явление. Характеристика тенденций становления и развития 8

Глава 2. Договоры в семейно-правовой сфере 35

2.1. Несколько вводных замечаний о семейных правоотношениях 35

2.2. Брак как договор 45

2.3. Фактические союзы («квазибрачные партнерства») 74

2.4. Брачный договор 94

2.5. Иные договоры между супругами по поводу собственности 109

2.6. Договоры в сфере родительства и иного попечения над детьми 121

2.7. Договоры о предоставлении материального содержания 130

2.8. Договоры в репродуктивной сфере 135

2.9. Фиктивные сделки в семейно-правовой сфере 142

Глава 3. Договоры в трудовом праве 158

3.1. О многообразии договорных отношений в трудовом праве и классификация договоров о труде 158

3.2. К учению о трудовых сделках: о теоретической важности и практической пользе 168

3.3. Трудовой договор как базовая отраслевая юридическая конструкция: эволюция в индустриальную эпоху 181

3.4.Стабильность и гибкость юридической конструкции трудового договора в постиндустриальную эпоху 207

3.5. Нетипичные трудовые договоры 243

3.6. Коллективно-договорные акты в трудовом праве как форма социального партнерства: прошлое и настоящее 257

3.7. Коллективные договоры и соглашения: правовая природа и соотношение с индивидуальным трудовым договором 284

3.8. Условия действительности договоров о труде: о новом и хорошо забытом старом 309

Глава 4. Договоры в праве социального обеспечения 325

4.1. Договорные начала российского права социального обеспечения: новый облик отрасли 325

4.2. Социально-обеспечительные договоры 367

4.3. Международные договоры в системе источников права социального обеспечения 386

Сведения об авторах 430

Введение

Данное учебное пособие является третьим в общей серии подобных междисциплинарных исследований, проводимых авторами. Ранее нами были опубликованы монографии «Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений» (Ярославль: ЯрГУ, 2001) и «Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов» (М.: Проспект, 2006).

Семейное право и трудовое право, в меньшей, но все более возрастающей степени и право социального обеспечения, имеют значительное договорное начало. В этой книге предпринята попытка осуществить комплексное исследование и систематически изложить учения о договорах в названных социальных по своей природе отраслях права. Объединение в рамках системного исследования трех отраслей права: семейного, трудового права и права социального обеспечения – не случайно. Не отрицая самостоятельности, суверенитета этих специальных отраслей права, мы, тем не менее, видим необходимость в их согласовании, единстве, социальной направленности. Такой межотраслевой подход к характеристике социальных прав породил в науке концепцию социального права как некой комплексной отрасли[1]. Мы считаем, что рассматриваемые в учебном пособии договоры также относятся к социальному праву, в силу чего их условно можно назвать социальными цивилистическими договорами.

Понятие цивилистики трактуется нами в широком смысле – как сфера (не равнозначная гражданскому праву), связанная с правовым регулированием отношений в гражданском обществе. Очевидно, что центральное место при этом отводится гражданскому праву как основному регулятору общественных отношений, связанных с частной собственностью. Но не менее очевидно

[1] См. подробнее: Лушникова М. В., Лушников А.М. Курс права социального обеспечения. М., 2008. Гл. 5.

и то, что семья, свободный труд, социальное обеспечение являются важнейшими институтами гражданского общества. Следовательно, договоры в этих сферах можно отнести к сфере цивилистики в широком смысле, причем все они имеют общую цивилистическую основу. В то же время (и об этом мы писали в предыдущих исследованиях, и неоднократно скажем в данной книге) семейное право, трудовое право и право социального обеспечения органически сочетают в себе частные и публичные начала. Это придает договорам в данной сфере качественное своеобразие и отраслевую специфику. Не отрицая необходимости создания общеправовой теории договоров, мы считаем более перспективным и актуальным создание отраслевых и межотраслевых договорных теорий. Выработанное в рамках гражданского права учение о договорах служит для нас отправной точкой, но не может быть калькировано для отраслевых учений. При этом в настоящее время наметились группы договорных общественных отношений, в которых нормы гражданского права взаимодействуют и даже конкурируют с нормами рассматриваемых нами отраслей. Это касается брачных договоров, трудовых договоров с руководителями организаций, договоров негосударственного пенсионного страхования, договоров на возмездное оказание социальных услуг и др. В целом наше исследование будет осуществляться в рамках цивилистики (в широком смысле) с необходимыми экскурсами в публичную сферу в силу специфики предмета рассмотрения. Напомним, что обоснование особой правовой природы трудового договора и предпосылок обособления отрасли трудового права известным российским ученым Л.С. Талем было проведено именно в рамках цивилистического исследования[2].

По нашему мнению, одной из причин кризисных явлений в российской правовой науке было ослабление межотраслевых связей в теоретических исследованиях. Излишняя вера в «уникальность и неповторимость» той или иной отрасли права или правового института привела к тому, что ученые уделяли явно недостаточно внимания работам специалистов других отраслевых дисциплин. В этой связи «пограничные» с предметами этих от-

[2] См.: Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ярославль, Ч. 1. 1913; Ч. 2. 1918.

раслей области были мало исследованы либо предпринималась попытка их одностороннего включения в «свой» предмет изучения. Яркий пример – изучение в течение длительного времени феномена договоров почти исключительно в рамках гражданского права и попытка отнесения практически любых частных договоров к числу гражданско-правовых. Это явная передержка с претензией на универсальность. В то же время создание общеправовой теории договоров невозможно без разработки отраслевых теорий.

Нельзя обойти вниманием и дидактическую проблему заявленной темы исследования. В соответствии со вступлением России в болонский процесс уже начался перевод российского образования на двухуровневую систему: бакалавриат – магистратура. Данный процесс, вероятно, будет только интенсифицироваться. Это требует для подготовки магистров наличия учебных пособий, охватывающих больший круг теоретических проблем на стыке различных юридических наук в контексте зарубежного опыта и междисциплинарных связей. Специфика нашей работы заключается в том, что более подробно рассматриваются вопросы, только затронутые в других изданиях или вообще обделенные в них вниманием (трудовые сделки, договоры в сфере социального обеспечения, социально-обеспечительные обязательства и др.). Наоборот, достаточно традиционные и не вызывающие дискуссий проблемы рассмотрены нами фрагментарно или только обозначены. В этой связи данное учебное пособие рекомендуется использовать не столько вместо, сколько вместе с другими учебными изданиями по договорному праву более традиционной структуры с целью углубленного изучения феномена договоров в обозначенных сферах.

Авторы с благодарностью примут замечания читателей, постараются учесть предложения по совершенствованию содержания этой книги.

Глава 1. Договор как общеправовое явление. Характеристика тенденций становления и развития

Поскольку договор есть двусторонняя сделка, несколько замечаний относительно последней неизбежны, даже если речь идет о выстраивании теоретических предпосылок для исследования договоров хотя и цивилистических, но не гражданско-правовых.

Г.Ф. Шершеневич отмечал: «Под именем юридической сделки понимается такое выражение воли, которое непосредственно направлено на юридические последствия, т.е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений. Юридическая сделка иначе называется юридическим актом»[3]. Она может быть, продолжал автор, односторонней и двусторонней (договором), возмездной и безвозмездной, имущественной и неимущественной; последняя – не преследует экономического интереса, например, узаконение детей[4]. Как видим, то, что обычно не сводится в настоящее время к сделке (в том числе часть семейно-правовых актов) воспринималось особенной разновидностью таковой.

Выявление понятия сделки, отмечал один из первых советских исследователей данной конструкции М.М. Агарков, – сравнительно поздний результат научного юридического анализа, хотя термином «negotium» пользовались еще римские юристы (впрочем, в разных значениях, не вполне адекватных современному). В XVIII в., продолжал автор, понятие сделки под наиме-

[3] Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 148-149.

[4] См.: Там же. С. 151.

нованием actus juridicus стало входить в европейский обиход, а в конце XVIII в. – и в российский. Далее учение о ней разрабатывается в трудах Д.И. Мейера, Н.Л. Дювернуа, Г.Ф. Шершеневича, В.И. Синайского и других российских цивилистов XIX – начала XX в.[5] В 20-х гг. XX в. вопрос о сделках рассматривался только И.С. Перетерским[6]. При этом, подчеркивал О.С. Иоффе, применительно к теории договорного права (а значит, опосредованно – и сделки) наблюдается апологетика автономии воли и, соответственно, договор из планового задания (двусторонняя сделка хозяйственного оборота) объявляется относимым к договорному праву лишь в техническом, не сущностном плане[7]. Б.С. Мартынов отмечал: в нем нет «души» договора, нет частной автономии, так как «если льется вода регулирования, – продолжая его мысль, писал В.Н. Шретер, – угасает огонь автономии», составляющий животворный источник всякого вообще договора[8].

Как писал М.М. Агарков, термином «автономия» нередко называли не самоопределение, а нечто иное: в частности, связывали ее с отношениями между равноправными субъектами. На самом деле, продолжал автор, в этом случае автономии может и не быть: наличие «большей или меньшей автономии зависит не от равноправия субъектов, а от находящегося над ними государства, которое в законе устанавливает меру их самоопределения»; закон может предписать им совершать друг с другом сделку на строго определенных условиях[9]. Разумеется, это не умаляет ценности автономии воли для классики гражданского права: для него она по-прежнему означает, что «субъект сам определяет те цели, для достижения которых он будет осуществлять свою правоспособность»[10].

М.М. Агарков также констатировал абсолютную неисследованность в нашей цивилистической литературе вопроса о юриди-

---

[5] См.: Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2002. С. 333–335.

[6] См.: Там же. С. 338.

[7] См.: Иоффе О.С. Развитие цивилистической мысли в СССР. Ч. 2. Л., 1978. С. 69.

[8] Цит. по: Там же.

[9] См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 356–357.

[10] Там же. С. 355.

ческих актах по поводу личных прав, также относящихся к правомерным (как и сделка) и порождающих права и обязанности. Несомненно, писал ученый, что «ряд положений о сделке по аналогии применим и к такого рода актам. Правила, установленные для сделок (отношений имущественного типа), не могут быть перенесены непосредственно на такие акты, как брак, усыновление и т.п.[11], – это вытекает из закона и из сущности акта. Однако не исключается применение к ним по аналогии некоторых правил, сформулированных для сделок»[12]. Подобная возможность «ставит перед юридической наукой задачу создания общей теории юридического акта»[13].

Сделка как волевой акт, подчеркивал И.Б. Новицкий, предполагает, что юридические последствия, на которые она направлена, соответствуют воле ее сторон – в единстве воли и волеизъявления[14].

Эти и другие фундаментальные положения о сделке (участниках, содержании, форме и т.д.) приложимы и к договору. Единственное легальное определение ***договора*** содержится в «естественно-логическом» источнике договорного права – ГК РФ (ст. 420): «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей».

Оно совпадает с классической дефиницией российской цивилистики, данной еще Г.Ф. Шершеневичем[15] и другими учеными XIX – начала XX в. и последующими определениями[16].

---

[11] Дополним: для административных актов, в сфере труда…

[12] См.: Агарков М.М. Указ. соч. С. 357.

[13] Там же. С. 360.

[14] См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2006. С. 195–196.

[15] См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 431.

[16] См., например: Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 120; Иоффе О.С. Обязательственное право. М., 1975. С. 26; Гражданское право / Под ред. Е.А. Суханова. Т. 2, полутом 1. М., 2000. С. 152; Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. СПб, 1996. С. 428; Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. первая: Общие положения. М., 1998. С. 116, и др.

Как известно, в качестве альтернативы к данному классическому взгляду выступает концепция договора как обещания, сделанного одной стороной договора. Этот подход отражен в доктрине ряда западноевропейских стран, но остается чуждым российскому праву[17], притом что собственно указанное родовое понятие использовалось некоторыми классиками нашей цивилистики. Так, Д.И. Мейер отмечал, что соглашение воли двух или нескольких лиц проявляется в том, что «одна сторона дает обещание совершить какое-либо действие, представляющее имущественный интерес, а другая принимает обещание». Однако одностороннее обещание, подчеркивал автор, не принятое другой стороной, еще не порождает для нее права[18]. Л.С. Таль, исследуя сущность трудового договора, писал: «В фактический состав всякого возмездного договора о труде входят три элемента: обещание деятельности, обещание вознаграждения и взаимность этих двух обязательств»[19].

Договор-обещание, подчеркивает И.В. Бекленищева, не сводится, разумеется, к понятию односторонней сделки: 1) обещание должно быть доведено до сведения того, к кому это обещание обращено; 2) основание обязательной силы обещания лежит в том лице, кому оно предложено, а именно в факте расчета (или доверия) этого лица на сделанное обещание[20].

Наибольший и перспективный интерес представляет влияние данной концепции на применение конструкции преддоговорной ответственности: это позволяет стороне требовать компенсации убытков при одностороннем виновном прекращении переговоров, о возложении ответственности при признании договора недействительным, ответственности за причинение вреда на стадии преддоговорных отношений. Первый и третий варианты не известны российскому праву, а второй не квалифицирует-

---

[17] Подробно об этом см.: Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор. Классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 120–150.

[18] См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 156.

[19] Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч. 1. Ярославль, 1913. С. 11.

[20] См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 140–141.

ся им именно как преддоговорная ответственность[21]. Не исключая развития доктрины гражданско-правового договора в этом направлении, И.В. Бекленищева предлагает «интегративный» вариант определения: «Гражданско-правовой договор – это соглашение двух или более сторон или обещание одной стороны, на которое рассчитывала другая сторона, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей»[22].

Применительно, например, к развивающейся концепции брака-договора[23] в качестве информации для будущего размышления значение имеет иное толкование природы ответственности в недействительном браке (возмещение материального и морального вреда при недобросовестности одной из сторон), а также чисто гипотетически – возможность возмещения материального ущерба и компенсация морального вреда, наступивших вследствие отказа от публичного обещания заключить брак, исторические примеры которой мы имели и в русском, и в зарубежном праве[24].

Признанным в цивилистике является также положение о трех формах существования договора – как соглашения (юридического факта), правоотношения (самого договорного обязательства), им порожденного, и как документа, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения. Наиболее подробно эта триада разработана О.С. Иоффе[25]. Она, отмечает Д.Ю. Полдников, освещена и словоупотреблением в ГК РФ[26].

---

[21] См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 147–150, 162–163.

[22] Там же. С. 176.

[23] О сущности концепции см. гл. 2.

[24] А также в образцах классической литературы (комедия П. Бомарше «Женитьбы Фигаро»; роман Ч. Диккенса «Записки Пиквикского клуба» и др.).

[25] См.: Иоффе О.С. Обязательственное право. С. 26.

См. также: Гражданское право / Под ред. Е.А.Суханова. Т. 2, полутом 1. М., 2000. С. 151–152; Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. Ч. 1. М., 1998. С. 495 и др.

[26] См.: Полдников Д.Ю. Понятие гражданско-правового договора (современная доктрина и ее исторические истоки) // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11. Право. 2006. № 4. С. 78.

Разумеется, возможны и другие его «ипостаси» – в качестве института экономико-правовой категории[27], программы совместных действий, способа организации взаимоотношений сторон, учитывающего их обоюдные интересы[28] и т.д., однако классическими и важными остаются два варианта его рассмотрения из указанной триады.

Действительно, прежде всего под договорными имеются в виду обязательственные правоотношения. Обязательство, подчеркивал М.М. Агарков, это отношение между двумя сторонами, одна из которых имеет право требования, а другая – соответствующую этому праву обязанность[29]. Но не всякое гражданское законодательство накрепко связывает договор и обязательство. Так, в «Кодексе Наполеона» (ГК Франции 1804 г.) договор определяется как соглашение, по которому одно или несколько лиц принимают на себя обязательство в отношении другого лица что-либо дать, сделать или не делать. Норма же п. 1 ст. 420 ГК РФ не содержит прямого указания на обязательство[30]. Независимо от того или иного варианта применительно к гражданско-правовому договору, речь, как правило, идет, отмечает И.В. Бекленищева, об установлении относительных прав и обязанностей между сторонами; среди прочих – семейно-правовые договоры: заключение брака (в некоторых правовых системах), договор о передаче ре-

---

[27] То есть в виде взаимосвязанных нескольких совокупностей норм, охватывающих общие положения о договоре и отдельных видах договорных обязательств. См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) / Под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2004. Ст. 420 ГК.

[28] См., например: Пугинский Б.И. Гражданско-правовой договор // Вестн. Моск. ун-та. Серия 11. Право. 2002. № 2. С. 40–41.

[29] См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 187.

[30] Подробно об этом см., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 67–69.

Например, не является обязательством распорядительный договор (уступка требования). Подробно об этом см.: Вошатко А.В. Договор уступки как распорядительная сделка // Сборник статей к 50-летию Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2001. С. 61–73.

бенка на воспитание в семью, соглашение о месте проживания ребенка, которые не всегда можно назвать обязательственными[31].

Еще Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что «область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как в свою очередь и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение. Договор имеет место, не создавая обязательственного права, в сфере брака, государственных и международных отношений»[32]. «Спорным, – отмечал ученый, – представляется вопрос, должен ли интерес обязательства быть имущественным или нет, может ли предметом обязательства быть действие, интерес которого не поддается денежной оценке. … Нельзя допустить обязательство с неимущественным интересом не потому, что они носят личный характер, так как мы уже отнесли к гражданскому праву личные отношения, устанавливаемые семейным союзом. Такому допущению противится природа обязательственных отношений»: чужое действие, объект прав по обязательству, не может быть вынуждаемо; чтобы сохранить юридический характер за обязанностями, соответствующими праву требования, следует придать им санкцию имущественного характера, чтобы ответить за имущественный ущерб; трудно, однако, найти санкцию за неисполнение их обязанностей, которые не могут быть выражены в денежном эквиваленте[33].

При этом имущественный характер обязательства, отмечал М.М. Агарков, не означает, что «каждое действие, составляющее содержание обязательства, взятое само по себе, имеет имущественный характер». Оно может приобрести таковой в связи с содержанием данного отношения в целом (например, обязательство из договора поручения). На примере семейных правоотношений автор показывал, что личные (неимущественные) отношения между супругами, родителями и детьми не составляют обязательств и, наоборот, алиментные – составляют, хотя и подвергаются при этом специальным правилам. Причем первые (личные) отличаются от обязательственных отношений не только своей неимущест-

[31] См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 69.
[32] См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 431–432.
[33] См.: Там же. С. 376–378.

венной природой (это отрицательный признак), но и положительной характеристикой, которую следует искать в их специфическом содержании, основанном на тех высоких задачах, которые стоят перед советской семьей[34].

Впрочем, относительно алиментных обязательств позиция М.М. Агаркова отнюдь не сводится к «святой простоте». С одной стороны, автор констатирует, что в данной конструкции имеются все признаки обязательственного отношения – «одна сторона (кредитор, лицо, имеющее право на алименты) имеет право требовать от другого (должника, лица, обязанного платить алименты) совершения *определенных* действий, а именно периодических уплат деньгами, а в некоторых случаях – натурой». С другой стороны, ученый подчеркивал, что «обязанность содержать в условиях совместной жизни не обладает той степенью определенности, которая необходима для применения правил об обязательствах» – она «тесно и неразрывно переплетается с чисто личными отношениями»; нельзя отделить содержание детей от их воспитания[35].

Поддерживая данную позицию, И.Б. Новицкий полагал, что договоры гражданского права «должны быть отмежеваны от соглашений, которые могут иметь место и имеют место в других областях советского права, например в семейном праве. Брак немыслим без свободного согласия на него данной пары», но это соглашение нельзя признать обычным договором, целью брака является объединение всей жизни участвующих в нем лиц. Соглашение здесь выступает лишь одним из элементов фактического состава. Личный элемент настолько преобладает в исследуемой группе отношений, что соглашения здесь не получают самостоятельного значения и во всяком случае должны быть резко отграничены от имущественных договоров гражданского права[36].

Соответствующая специфика констатируется и в такой области цивилистики, как трудоправовая. Так, И.В. Бекленищева, вслед за рядом других цивилистов, подчеркивает: «Из всех, помимо обя-

---

[34] См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 232–233.

[35] См.: Там же. С. 449–450.

[36] См.: Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2006. С. 113–114.

зательственных, договоров, которыми устанавливаются относительные правоотношения между сторонами, наибольший интерес, пожалуй, в нашей науке вызывает трудовой договор»[37]. Его отличительной чертой выступает подчинение работника власти работодателя. Этот признак был выделен еще Л.С. Талем[38]. Однако, разумеется, его сущность не сводится лишь к хозяйской власти над работником – значительные публичные элементы с одной стороны, и исключительно личный характер данного правоотношения – с другой, с очевидностью «выстреливают» этот объект в пространство самостоятельного действия и исследования[39].

Что касается весьма традиционного аргумента[40] о констатации классиками цивилистики принадлежности трудового договора (и трудовых отношений) и семейно-правовых договоров (и семейных правоотношений в целом) к гражданскому праву (Л.С. Таль, Г.Ф. Шершеневич и др.), то, во-первых, они исходили из status quo – ничего, кроме гражданского права, тождественного цивилистике, в частно-правовой сфере не существовало, во-вторых, учеными (и на интуитивном, и на доказательном уровне), как мы уже отмечали, находилось так много специфического в институтах трудовой и семейно-правовой принадлежности, что до соответствующих «революционных» выводов оставался один шаг[41].

***

Договор (двусторонняя или многосторонняя сделка) воспринимается либо как тождество ***соглашения***, либо как его ключевая разновидность.

Прежде и проще всего отграничить соглашение от согласия. Последнее непосредственно не порождает, не изменяет и не прекращает правоотношение – его роль скромнее: оно служит элементом юридико-фактического состава, условием, при котором

[37] Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 69.
[38] См.: Таль Л.С. Указ. соч. С. 88.
[39] Подробно об этом см. главу 3 данного учебного пособия.
[40] См., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 70–71.
[41] Подробнее об этом см. в главах 2 и 3.

закон предоставляет лицу возможность совершить сделку либо иной правомерный акт: согласие на распоряжение общим имуществом (п. 1 ст. 246 и п. 2 ст. 253 ГК РФ), при залоге (п. 2 ст. 335 ГК РФ), перемене лиц в обязательстве (п. 2 ст. 382 и п. 1 ст. 391 ГК РФ[42]); согласие работника на перевод на другую работу (ч. 1 ст. 72, ч. 1 ст. 73 ТК РФ); согласие родителей и других лиц на усыновление, ребенка – на передачу в приемную семью и т.д. (п. 1 ст. 129, ст. 57 СК РФ).

Тождество соглашения и договора основывается на том, что «сделка, совершенная в виде соглашения, тем самым может быть только договором»» (М.И. Брагинский, В.В. Витрянский)[43]. Впрочем, в другом месте своей работы, посвященной договорному праву, данные авторы отмечают, что наряду с согласованием воли важен и другой квалифицирующий признак договора-сделки – его направленность на возникновение прав и обязанностей; если этот признак отсутствует, то и нет основания для отождествления соглашения с договором. В качестве примеров предлагаются: соглашения между лицом, нашедшим вещь, и лицом, управомоченным на ее получение, о размере долей участников общей собственности и другие (п. 2 ст. 229, п. 1 ст. 245, п. 2 ст. 231, ст. 242, 312, 331 ГК РФ и т.д.); соглашения организационного типа, которые не укладываются ни в рамки п. 1 ст. 420 ГК РФ с ее определением договора, ни в рамки ст. 153 ГК РФ, содержащей определение сделки[44]. При этом авторы, к сожалению, не раскрывают принципиальных подходов к различению соглашений-договоров и соглашений-недоговоров, тем более что, по крайней мере, часть из приведенных примеров к правовым последствиям, аналогичным договору, все-таки ведут и «эволюционное» влияние на правоотношения оказывают.

Нередко соглашениями именуются, как мы уже отмечали, некоторые договоры семейно-правовой сферы. Приводили, в частности, позицию И.Б. Новицкого: брак нельзя признать договором, хотя соглашение и является одним из необходимых юридических фактов брачного правоотношения; личный элемент на-

[42] См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С 151.
[43] Там же. С. 119.
[44] См.: Там же. С. 149–151.

столько преобладает в семейных правоотношениях, что соглашения здесь не имеют самостоятельного значения и во всяком случае должны быть отграничены от имущественных договоров семейного права[45].

Если опустить неизбежный идеологически-советский флер («С точки зрения советского права брак никак не может быть договором…») приведенной позиции, то остается, пожалуй, главное: 1) соглашение как таковое для брака не только приемлемо, но и неизбежно (как предпосылка брачного правоотношения); 2) брачное и иные семейно-правовые соглашения не могут иметь гражданско-правовой природы из-за доминирования в них личного начала.

Терминологические различия внутри семейно-правовой сферы делает и И.В. Бекленищева: договор о передаче ребенка в семью, соглашение о месте проживания ребенка и т.д., – не подвергая, впрочем, данное различение аналитике[46].

Особо следует отметить терминологические «качели», установленные для договоров и недоговоров (соглашений) А.Д. Корецким. Так, к семейно-правовым договорам автор относит брачный договор, соглашение о порядке общения с ребенком при раздельном проживании родителей, соглашение об алиментах, договор о передаче ребенка в приемную семью, договор с суррогатной матерью.

Акты сторон по заключению брака именуются данным автором соглашением, которое по своей правовой природе не отличается от гражданского договора. При этом отнесение брака к системе договоров квалифицируется автором поистине революционным в семейно-правовом мировоззрении. Взаимное решение родителей о месте жительства ребенка то объявляется соглашением, или «неюридическим договором», то дается в перечне семейно-правовых договоров. Среди прочих им вообще не упоминаются соглашения о разделе общесупружеского имущества, о патронате и др.[47]

---

[45] См.: Новицкий И.Б. Общее учение об обязательстве. С. 113–114.

[46] См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 69.

[47] См.: Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001. С. 122–126.

Договорное регулирование семейных отношений находится в зачаточном состоянии, констатирует А.Д. Корецкий (и с этим мы почти готовы согласиться: возможно, лишь настоим на факте появления «ребенка» на свет и формирования у него первых молочных зубов): 1) все договоры (соглашения) носят вторичный, вспомогательный по отношению к нормам характер – их роль сводится к детализации, а пределы усмотрения сторон жестко ограничены; 2) как правило, они не имеют механизма принуждения; 3) условия соглашения не являются обязательными для суда; 4) в законе отсутствуют меры по обеспечению исполнения договорных обязательств[48].

Однако, во-первых, в определенном смысле не только семейно-правовые договоры, но и многие другие (а строго говоря, все) носят вторичный характер по отношению к правовым нормам. Даже явления договоров, не предусмотренных ГК РФ, должны соответствовать основам договорной цивилистики. Разумеется, чем больше в договорном правоотношении влияния публичного начала, тем жестче эта зависимость, что характерно не только для семейно-правовой сферы, но и для других отраслей, где частные и публичные компоненты плотно взаимодействуют[49].

Во-вторых, соглашение о месте проживания ребенка и т.п. другие, действительно, весьма специфичны с точки зрения классического подхода. Верно, что принципиальное решение вопроса в этих случаях отнесено к компетенции суда и основанием к применению мер государственного принуждения будет судебное решение, а не соглашение. Однако суд хотя и вправе не утвердить его, но только в случае незаконности (такое условие применимо к любой сделке) или явного несоответствия интересам ребенка, что, собственно, также относится к специальным случаям законности – вкупе со справедливостью и обоснованностью. Активная и значительная роль суда вообще характерна для гражданского

---

[48] Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре.

[49] Подробно об этом см. далее, в том числе в главах 2–4.

См. также: Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001.

процесса по семейным делам[50] (а также по трудовым, ряду жилищных и др.) – ввиду, как мы только что отмечали, известного присутствия публичных начал в методе семейно-правового (и иного) регулирования, отраженных далее в процессуальную форму разрешения соответствующих конфликтов и даже особенностей их самоурегулирования.

В-третьих, явным преувеличением является констатация революционности переворота в семейно-правовом мировоззрении в связи с признанием брака договором – тем более гражданско-правовой природы. Условия о взаимном согласии на вступление в брак и наличие процедур его расторжения и признания недействительным квалифицируются А.Д. Корецким как элементы легальной сущности договора вообще, а не договора гражданско-правового типа. Между тем М.В. Антокольская, на «взрывную» позицию которой автор ссылается, относит брак и брачный договор к институтам гражданского права, что является идеей популярной, но не общепризнанной. Особые требования к условиям заключения брака и исключительно юрисдикционные способы развода предельно «оспецифивают» брак как договор[51].

Следует далее заметить, что факт отнесения того или иного института к ГК РФ (в нашем случае – брачного договора) не всегда означает безусловное (аксиоматичное) признание его гражданско-правовой природы – не на законодательном, ибо законодатель субъективен, а на теоретико-сущностном уровне. Так, акты гражданского состояния ранее были компонентом КоБС РСФСР, сейчас – ГК РФ. Но существует еще и ФЗ «Об актах гражданского состояния», который является членом административно-правовой «семьи». По-прежнему присутствует немало, пусть и «вразброс», норм об актах семейного состояния в СК РФ. То же самое можно сказать и о брачном договоре, упоминание о котором наличествует в ГК РФ, а детализация происходит в СК РФ[52].

---

[50] Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Брак по российскому семейному праву. Ярославль, 2007. С. 210 и след.

[51] Подробнее о природе брака-договора и брачного договора см. главу 2.

[52] О необходимости «осемейнивания» сущности брачного договора см. главу 2.

Наконец, факт отсутствия реального механизма принуждения для договоров международного права и семейного права оценивается А.Д. Корецким по-разному: первые остаются в договорной системе, вторые объявляются сомнительными. (Что ж, двойной стандарт – «хит» последних сезонов.)

При этом А.Д. Корецкий полагает, что классическая дефиниция договора является формальной и «не годится в качестве основы серьезного учения о договоре». У автора прежде всего вызывает сомнение использование в качестве родового понятия именно термина «соглашение»: 1) в русском языке «договор» и «соглашение» – синонимы; не всякое соглашение достигает обозначенной цели; 3) соглашение есть лишь намерение сторон совершить то или иное действие; 4) даже федеральные законы, с определенной, конечно, долей условности, можно рассматривать как соглашение депутатов (путем принятия закона), Президента (путем подписания); разница между договорами и законами очевидна для каждого, однако объяснить ее, исходя из приведенных определений договора, невозможно[53].

«Понимание договора как соглашения, отмечает А.Д. Корецкий, "вызрело" в науке гражданского права, но, несмотря на почтенную академическую "родословную", является в высшей степени неудачным по причине, прежде всего, своей номинальности»[54].

Суть договора, по мнению автора, сводится к следующему. Договор – это комплекс взаимных прав и обязанностей, модель индивидуального общественного отношения. Ядро юридических соглашений представляют фактические договоры (личные представления участников о должной, правильной, справедливой модели), так как они предшествуют им и определяют их содержание – в части, соответствующей требованиям юридических норм. «Матрицу» договора составляют условия к его совершению (законность, соблюдение предписанной формы, соответствие воли и волеизъявления, обладание право- и дееспособностью) и форме (оферта и акцепт); субъективная выполнимость договора и наме-

[53] См.: Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 13–15.

[54] Корецкий А.Д. Теория договорного регулирования гражданско-правовых отношений: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2007. С. 19.

рения сторон его исполнить. Подводя итог своим рассуждениям, А.Д. Корецкий утверждает: «Юридический договор – объективированные в установленном законодательством порядке, свободносогласованные намерения нескольких лиц совершить друг с другом юридическую сделку (или сделки в целях реализации личных интересов»[55].

Однако, во-первых, придется очередной раз напомнить об условности большинства терминов, в том числе юридических, и несводимости в этом плане юриспруденции к филологии. Во-вторых, недостижение цели любым правомерным актом возможно – для начальной правовой идентификации достаточно реальной постановки правовой цели. В-третьих, так широко трактуемая конструкция соглашения – как согласование воль депутатов между собой и далее – с Президентом при принятии и подписании закона приведет нас гораздо дальше положений об общественном договоре Руссо и «растворит» соглашение во всех, даже квазисогласованных действиях, вплоть до хоккея и кордебалета.

И.В. Бекленищева, критикуя подходы А.Д. Корецкого, справедливо замечает: из определения автора следует, что договор в принципе не имеет никакого отношения к «юридическому регулированию», поскольку объектом такового, по утверждению же данного автора, выступают действия, то есть он – «абсолютное ничто с точки зрения права»[56].

Таким образом, академические подходы к сущности договора (прежде всего – гражданско-правового), несмотря на жесткие заявления А.Д. Корецкого, полагаем выдержавшими очередную атаку. Что касается интегративных представлений о договоре, опирающихся как бы на два родовых понятия – «соглашение» и «обещание»», то они нуждаются в дальнейшем эволюционировании.

***

Как следует из предыдущей серии рассуждений, даже на уровне «упоминания вскользь», явление ***договора*** давно пересек-

[55] Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. С. 13–41.

[56] См.: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 182–183.

ло границы гражданского права и стало ***разноотраслевым*** с прикладной точки зрения и ***надотраслевым*** – с общетеоретической.

В работе 1974 г. «Общее учение о правоотношении» Р.О. Халфина отмечала: «До настоящего времени договор рассматривался главным образом как институт советского гражданского права. Но договор играет большую роль и в правовом оформлении самых различных общественных отношений. Представляется, что созрели условия для разработки общей теории договора, охватывающей применение данной правовой формы в различных областях жизни общества»[57].

Действительно, явление договора присуще не только сфере гражданского оборота, но и другим правовым сферам – международной, государственной, административной, финансовой (налоговый кредит), трудовой, земельной, семейной, гражданско-процессуальной (мировые соглашения в гражданском и арбитражном процессе), даже уголовно-правовой и уголовно-процессуальной (в России – в сугубо исключительных случаях: соглашение о примирении между лицом, совершившим преступление, и потерпевшим – ст. 76 УПК РФ; в других странах, например в США, – в обычном плане)[58].

Таким образом, «щупальца» конструкции договора охватили не только частно-правовую, но и публично-правовую сферу. Так, М.И. Пискотин называет административные договоры средством реализации управленческих задач и функций, а Д.Н. Бахрах – формой реализации административной власти[59]. А.В. Демин полагает, что под административным договором следует понимать

---

[57] Халфина Р.О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 293.

[58] См., например: Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Учен. зап. ВИЮН. Вып. 6. М., 1947. С. 82–83; Демин А.В. Общие вопросы теории административного договора. Красноярск, 1998. С. 14–29; Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 267–268, 271–272; Суханов Е.А. О видах сделок в германском и российском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2, т. 6. С. 10, 24; Тихомиров Ю.А. Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 27–35; Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 316–317 и др.

[59] Пискотин М.И. Советское административное право. М., 1990. С. 151; Бахрах Д.Н. Административное право. М., 1996. С. 136.

«управленческое соглашение не менее двух субъектов административного права, заключенное на основе норм административного права в публичных целях, опосредующее горизонтальные (координационные) управленческие отношения, правовой режим которых содержит административно-правовые элементы, выходящие за рамки частного права»[60].

В международном праве, на прикладном уровне, международный договор определяется Венской конвенцией о праве международных договоров как «международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования»[61]. В зависимости «от характера их нормосодержания» международные договоры отличаются друг от друга тем, что одни из них формируют общие нормы, рассчитанные на точно неопределенный круг участников и многократность применения, а другие содержат в себе индивидуальные нормы – только для договаривающихся сторон[62]. Очевидно, что все они являются признанными, а первые – еще и приоритетными источниками права, регуляторами соответствующих отношений.

Трудовой договор и целая «компания» иных договоров в трудоправовой и социально-обеспечительной сферах продолжают развиваться, постепенно восходя, возможно, к неким общим канонам социального права[63].

Однако только на том основании, что договор присущ гражданскому праву, его понятие и существенные элементы предусмотрены ГК РФ, никакой отрасли, кроме права семейного, не предъявляется обвинения в «узурпации» части «договорной власти» и не делается стратегических предложений вернуться в «семью». Так, например, трудовому праву, возникшему из союза гражданского и административного (полицейского) права[64], по-

---

[60] Демин А.В. Указ. соч. С. 29.

[61] Международное право / Под ред. Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунова. М., 2005. С. 111.

[62] См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 325.

[63] См. об этом в главе 3 работы.

[64] См. главу 3 пособия.

добные предложения уже не делаются, хотя попытки обозначить гражданско-правовую природу индивидуального трудового договора все еще предпринимаются[65].

Разумеется, с семейным правом указанные операции произвести проще: его «детство, отрочество и юность» прошли под попечением «матери» – гражданского права (впрочем, частично и права церковного)[66]. Данная генетическая связь и в настоящее время является предпосылкой дискуссии о суверенности семейного права[67].

Не вдаваясь в указанную дискуссию, отметим, что неразработанность в теории и отсутствие в законе понятий о договоре не является необходимым и достаточным аргументом в пользу очевидной гражданско-правовой природы исследуемого явления. Тем более, что использование норм ГК РФ к семейным отношениям в целом и их договорным разновидностям в частности далеко не всегда возможно, с чем соглашаются и многие цивилисты[68].

Отрадно, что Ю.К. Толстой, несмотря на известную позицию петербургской школы по этому вопросу[69], отмечает, что все же не склонен «отказывать ни трудовому, ни семейному, ни экологическому праву в том, что они занимают в системе права самостоятельное место, выступая в качестве комплексных правовых образований, выполняющих важные общесоциальные и социализаторские функции»[70].

Исследуя вопрос о видах сделок, в том числе по сферам применения, Ю.А. Суханов подчеркивает «традиционное для данной классификации обособление семейно-правовых сделок, фактиче-

---

[65] См., например: Бекленищева И.В. Указ. соч. С. 70–71.

[66] См., например: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 19 (публикуется по изданию 1896 г.). См. также: Суворов Н.С. Учебник церковного права. М., 2004 (по изданию 1908 г.).

[67] См.: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40; Она же. Семейное право. М., 1997. С. 40–42.

[68] См., например: Антокольская М.В. Семейное право. С. 43.

[69] «Семейное право» входит разделом в т. 3. учебника по гражданскому праву.

[70] Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 147.

ски сохранившееся в условиях современной российской правовой системы, хотя ее практически общепризнанной особенностью стало отделение семейного права от гражданского»; сохранив свою частно-правовую природу, семейное право, кроме того, «прямо допускает субсидиарное применение гражданско-правовых норм к регулируемым им отношениям (ст. 4 Семейного кодекса РФ), в частности, к изменению и расторжению типичной семейно-правовой сделки – брачного договора (п. 2 ст. 43 СК)»[71].

***

Вернемся, однако, к общеправовым подходам. Н.Г. Александров, исследуя договор в качестве одного из регуляторов отношений, определял его как «согласованное волеизъявление двух или нескольких формально равных (в момент заключения договора) субъектов, совершаемое с целью вызвать юридические последствия»[72]. Таким образом, ученый подчеркивал, во-первых, два его признака – согласительный (волевой) характер и правовую цель, во-вторых, указывал на формальность равенства. Это, на наш взгляд, точное и перспективное замечание, спрогнозировавшее один из существенных векторов развития явления договора, а именно – в публично-правовую сферу, а также в тех областях частного права, где публичные начала весьма сильны (трудовом и семейном). В этих случаях в ситуации именно договора (а не всего комплекса отношений соответствующей отрасли) происходит выравнивание, часто «искусственное», положения субъектов.

Впрочем, подобная тенденция не эксклюзивна: например, процессуальное равноправие сторон в производстве по делам из публично-правовых отношений гражданского процесса столь же «искусственно» поддерживаются законом и обеспечивается судом как юрисдикционным субъектом, стоящим над конфликтом.

Ю.А. Тихомиров считает договор соглашением сторон об установлении, изменении и прекращении прав и обязанностей. Последний характеризуется им как свободное волеизъявление

[71] Суханов Е.А. О видах сделок… С. 24.

[72] Александров Н.Г. Указ. соч. С. 82.

участников (1), с согласием по всем существенным аспектам договора (2), равенством сторон (3), наличием юридических гарантий своего исполнения (4), возмездностью – по общему правилу (5), взаимной ответственностью сторон за невыполнение принятых обязательств (6). В итоге автор допускает гипотезу о формировании в будущем договорного права – в связи с возрастанием удельного веса договоров во многих отраслях права и его роли как специфического регулятора общественных отношений[73].

Нетрудно заметить, что выстроенный «шестигранник» в значительной степени отражает свойства гражданско-правового договора, а не договора «универсального». Ю.А. Тихомиров при этом классифицирует его многообразие (по субъекту и сфере применения) на договоры хозяйственные, арендные, кредитные, в области труда, межгосударственные, управленческие, общественные (например, между жителями городов)[74]. Очевидно, что не все из них составляют «классику жанра» – «изгоями» являются международно-правовые договоры (по крайней мере, часть из них), общественные и др. Мы бы добавили сюда и большую часть семейно-правовых договорных конструкций, о которых автор вообще не упоминает[75].

В.В. Иванов, подчеркивая, что юридическая наука по-прежнему изучает в основном отраслевые договоры, «не имея достаточно четкого представления о том, что есть договор в принципе»[76], «в самом широком смысле» определяет его как «совместный правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающий условия, исполнение которых предполагается обязательным»[77]. Хотя автор, как, впрочем, и ряд других, не применяет в качестве родового понятия «соглашение», используемый им набор «эпитетов» на это неизбежно указывает. Любопытным представляется и положение о лишь презюмировании обязательности исполнения дого-

---

[73] См.: Тихомиров Ю.А. Указ. соч. С. 28, 30.

[74] См.: Там же. С. 29.

[75] Возможно, потому, что явление брачного договора еще не обострило данную проблему (в 90-м году не было ни ГК РФ, ни СК РФ).

[76] См.: Иванов В.В. Общие вопросы теории договора. М., 2001. С. 9–10.

[77] Там же. С. 34.

вора, что также отличает его позицию, например, от точки зрения Н.Г. Александрова, делает дефиницию более универсальной, ибо всякая презумпция опровержима[78].

В теории права, цивилистике, публичном праве исследуются как общие, так и специфические признаки договора. В качестве лейтмотива, как мы уже констатировали, в большинстве случаев выступает идея о базисном понятии – соглашении.

Характеризовали мы и юридическое равенство сторон – где-то обеспеченное стратегическими положениями метода частноправового регулирования (гражданского права), где-то – взаимодействием частного начала с элементами начал публичных, однако в рамках цивилистики (трудовое право, семейное право), а где-то – искусственным «выравниванием» при доминировании публичности (административное право и др.).

Признак возмездности, за пределами «классики жанра», также не универсален. Впрочем, Ю.А. Тихомиров употребляет применительно к нему уточнение «как правило». Тем не менее в значительном ряде договоров международного, семейного, частично – трудового и других отраслей права он, напротив, как правило, отсутствует. Значит, если признавать эти явления членами «договорной семьи», а не архиспецифическими двусторонними правомерными актами[79], то признак возмездности уходит далеко на второй план.

Что касается таких граней «геометрической фигуры договора», как наличие юридических гарантий исполнения и взаимной ответственности, то первая, на наш взгляд, частично поглощает вторую. Это, правда, не снимет с повестки дня проблемы как таковой. Действительно, и то, и другое должно сопровождать договорные отношения регулятивного типа и приводиться в действие в охранительном правоотношении. Это общее положение относится ко всей системе правоотношений – договорных и недоговорных, однако далеко не всегда работает. Полагаем, что к дан-

[78] Кроме весьма спорных случаев, на которые указывает ряд ученых. См., например: Бабаев В.Н. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. С. 46–47.

[79] Как характеризовал, например, подобные семейно-правовые акты О.А. Красавчиков. См.: Красавчиков О.А. Категории науки гражданского права. Избранные труды. Том второй. М., 2005. С. 205–206.

ной идеальной модели следует стремиться даже, например, в лично-правовой части «семейного пространства», где, как известно, немало деклараций о долженствовании субъектов, не подкрепленных санкциями. Но дело это, во-первых, далеко не одного дня и не одной «атаки», а во-вторых исключения все равно останутся, если законодатель сохранит традицию внедрения нравственных или иных сугубо личных социально значимых постулатов в «ткань» семейного закона[80].

***

В контексте проблемы источников права договор исследуется с точки зрения его значения как нормативно-правового и индивидуально-правового регулятора общественных отношений. Так, значительная часть международных договоров является безусловной составляющей инструментария первого типа. Коллективные договоры в трудовом праве можно отнести к локальному нормативно-правовому регулированию и т.д.

Роль индивидуального договора как конкретизатора общественных отношений достаточно очевидна и давно обозначена еще в советской юридической науке[81]. В.В. Иванов именует его «актом правоприменения, актом, порождающим индивидуальные правовые установления»[82], Т.В. Кашанина – «микронормами», которые дополняют и конкретизируют отдельные элементы обычных правовых норм[83]. Эти идеи в принципе коррелируют с положениями ГК РФ («изобретенными», впрочем, законодателем, а не высшей объективной силой): субъекты гражданского права «свободны в установлении своих прав и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора» (п. 2 ст. 1);

---

[80] Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 12–14.

Базисные предпосылки по этому вопросу см.: Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 29–36.

[81] См., например: Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940. С. 248–250.

[82] Иванов В.В. Указ. соч. С. 100.

[83] См.: Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. 1992. № 2. С. 123–124.

гражданские права и обязанности возникают в том числе «из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему» (ч. 2 п. 2 ст. 8).

В определенном смысле здесь уместна аналогия с одним из значений судебного акта как конкретизатора общественных отношений и образца для будущих суждений суда по схожим ситуациям. М.Н. Марченко в этой связи, опираясь на положительный опыт таких различных и принадлежащих к разным правовым семьям стран, как Великобритания и Франция, признающих правовой характер и индивидуальных норм, вырабатываемых судами в своих решениях, отмечает, что последние вполне могут претендовать на такой статус и у нас[84]. Однако, продолжает автор, подобная констатация относительно индивидуальных договоров не имеет ни формальных, ни фактических оснований. Более того, полагает М.Н. Марченко, возможность такой «абсолютной демократизации отношений» и «мультиправовой», в частности, экономики может привести к беспорядочной общественной жизни, к обществу, состоящему «из миллионов законодателей и, соответственно, такого же количества систем законодательства»[85]. При этом квалификация индивидуального договора в качестве акта правоприменения не отнимает у него регулирующей функции и значения источника конкретных субъективных прав и юридических обязанностей[86].

***

Некоторых уточнений требует и принцип свободы договора – в контексте ее ограничений.

О подвижности, зыбкости границ частного и публичного порядка писали многие ученые. В частности, И.А. Покровский отмечал: «Разве такое или иное строение семьи, собственности или наследования безразлично для государства как целого? И тем не менее все это бесспорные институты гражданского права. Разве не интересы государства как целого преследует государственное

[84] «Признание судебной практики в качестве источника современного российского права, – пишет автор, – несомненно было бы значительным шагом вперед как в развитии самого права, так и его теории». См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 310.

[85] Там же. С. 311.

[86] Там же.

управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного»[87]. При этом можно постоянно наблюдать конвергенцию данных систем, причем в масштабах, подвергающих опасности их и так относительную автономию. И.А. Покровский, в исследовательских целях доводя такую «диффузию» до предельной степени, предполагает, что по началам публичного права может быть построена, например, чуть ли не вся область семейственных отношений: какое-нибудь государство, «задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения», может прийти к мысли о предписании всем здоровым мужчинам определенного возраста вступать в брак с женщинами, указанными властью предержащей. При этом история, продолжает ученый, подобные экзотические примеры имеет: в государстве перуанских инков достигшая половой зрелости молодежь ежегодно собиралась на площади, где представители власти соединяли между собой наиболее, на их взгляд, подходящие пары, а брачный закон римского императора Августа устанавливал обязанность мужчин от 25 до 50 лет и женщин от 20 до 45 лет состоять в браке и иметь детей[88].

«В самом деле, – писал Г.Ф. Шершеневич, – где граница между частным и общественным интересом? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»[89].

Анализируя различные теории о критериях деления права на частное и публичное и взаимодействии между ними, М.М. Агарков подчеркивал: 1) распределению между частным и публичным правом подлежат не институты (они могут быть смешанными, построенными и по «лично-свободному» типу, и по «типу социального служения»), а субъективные права; 2) частное

---

[87] Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 37.

[88] Там же. С. 43.

[89] Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 2.

право есть «право лично-свободное»; в его границах субъект может осуществлять его в любом направлении; частно-правовая мотивация ставит только известный предел действию других мотивов (эгоистических, альтруистических и др.), не вытесняя их и не заменяя их собой»; наоборот, «публично-правовая мотивация сама указывает направление, в котором должно осуществляться право, и исключает действие других мотивов»[90]. В другом своем труде автор упоминал о делении рядом немецких цивилистов оснований возникновения обязательств на три группы – из сделок, из недозволенных действий и из оснований, в которых заложена «социально обязывающая сила», которые имеют значение в том числе для обязательств семейного права[91]. (Автор подвергал эти воззрения содержательной критике, однако для нас в данном случае интерес представляет сам термин, с помощью которого выделяется специфическая группа отношений, где движущим является не частное, а социальное начало.)

Публичные элементы отмечаются и в современном гражданском праве, которое концентрирует «генеральный юридический режим»[92] диспозитивности и других частно-правовых составляющих. Это объективно и неизбежно в силу целого ряда причин: 1) наличия государства в числе субъектов гражданского права; 2) специфики некоторых объектов гражданских прав (например, недвижимости, требующей госрегистрации); 3) необходимости защиты слабой стороны и защиты от нарушений в целом; 4) перекрещивания сфер регулирования и др.[93]

Другие члены цивилистической семьи – трудовое и семейное право, а также право социального обеспечения и даже отдельные специализированные институты права гражданского (жилищное и наследственное законодательство) – существенно отличаются от ее главы более тесным и сложным взаимодействием публич-

---

[90] См.: Агарков М.М. Ценность частного права. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 1. М., 2002. С. 71–72.

[91] См.: Агарков М.М. Обязательство по гражданскому праву. С. 337.

[92] Подробнее об этом см.: Алексеев С.С. Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 248.

[93] См.: Голубцов В.Г. Публично-правовые элементы в отношениях, регулируемых гражданским законодательством: теория вопроса // Правоведение. 2006. № 5. С. 84.

ных и частных начал, значительными элементами «социального служения». И это, разумеется, не случайно: воспроизводство человека в семье, добыча пропитания и иных средств существования через труд, проживание в приемлемом жилище, поддержка человека в старости, передача нажитого имущества потомству (членам семьи) – первейшие и насущнейшие предпосылки выживания индивида и общества в целом.

Отсюда и ограничения диспозитивности, свободы автономии воли, в частности, в исследуемом контексте, то есть в договорных отношениях трудовой и семейной принадлежности[94]. Это проявляет себя и в особых требованиях к субъектам договора, специфике его предмета и цели (целей), содержании, последствиях неисполнения[95].

***

Таким образом, ***договор*** является двусторонней (многосторонней) сделкой, а его родовым понятием – ***соглашение.*** Он характеризуется свободой ***воли*** и ***волеизъявления*** (при относительной автономии принятия решения), ***формальным равенством*** участников, определенными ***гарантиями исполнения*** и ***ответственности.*** Значительная часть договоров имеет возмездный характер. В договорах ряда отраслей публично-правовая «взвесь» присутствует в больших количествах и приводит к обозначению договора как публично-правового (международном, административном праве и др.) или с существенными элементами оного (трудовое, семейное право, право социального обеспечения и др.).

Общая теория договора в последние годы активно разрабатывается, хотя ее отраслевые составляющие (кроме классики цивилистики в лице гражданского права и в определенной мере – права трудового) находятся в стадии становления. В числе дис-

[94] Подробнее об этом см., например: Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001.

[95] Подробно об этом см. в главах 2–4 пособия.

куссионных активизировалась и проблема нормативно-правового значения индивидуального договора.

Глава 2. Договоры в семейно-правовой сфере

2.1. Несколько вводных замечаний о семейных правоотношениях

Классики российской цивилистики XIX – начала XX в. подчеркивали, что физический и нравственный склад брака и семьи создается помимо права, внутренняя сущность брачного союза и союза родителей и детей находится за пределами права, она только схвачена внешними юридическими рамками (К. Кавелин, Д. Мейер, Г. Шершеневич и др.)[96]. Тем не менее не только имущественные контексты, но и немалая часть личных подвергалась и все более подвергается правовому воздействию – в первую очередь семейного и гражданского права, в меньшей степени – административного, гражданско-процессуального права и других. Наряду с «классикой жанра» появляются существенно обновленные и вовсе новые отношения. И все они, составляя «многоцветье» семейно-правового пространства, в той или иной мере несут в себе общие черты семейных правоотношений. Не обращаясь к вопросам «дискуссионного клуба о суверенности семейного права», поскольку это не входит в «повестку дня», обратимся к ключевым характеристикам (особенностям) семейных правоотношений, которые неизбежно позиционируются на семейные отношения «договорного» типа.

Доминантой среди этих спецификаций является личный характер семейных правоотношений, сущность которой в теории

[96] Подробнее см.: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 34–40.

права рассматривается многоаспектно[97]. Во-первых, в плане специфичности их ***субъектного состава***: его образуют только физические лица (ни юридические лица, ни государство в них не участвуют) и при этом в совершенно особом качестве – супругов, родителей, детей, дедушек, бабушек, внуков и других родственников, приемных родителей, фактических воспитателей и т.д. В ряде отношений к субъектам предъявляются и дополнительные требования личного порядка: например, ключевую роль может играть признак пола (брак как своеобразное договорное отношение возможен только между мужчиной и женщиной; в отношениях гражданского оборота такое деление представляет лишь социологический и психологический интерес – в юридическом же плане оно бессмысленно), разница в возрасте (в отношениях усыновления – не менее 16 лет), социальная характеристика лица (в спорах о расторжении брака, о детях, даже об алиментировании супруга или бывшего супруга, в отношениях усыновления и иного попечения над детьми). Все это составляет классику предмета и методологии семейного права и, как правило, безразлично для права гражданского. Во-вторых, важную роль играет такая черта семейных правоотношений, как ***доверительность***. На регулятивном (нормально развивающемся) уровне она проникает во все "уголки" семейно-правового пространства: супруги решают все семейные проблемы на основе взаимного согласия и договоренностей, уважения и поддержки, родители взаимно согласовывают действия по воспитанию своего ребенка, заботе о его здоровье, образовании и т.п., считаясь с его мнением по данным вопросам и т.д. "Только благодаря доверительности, – пишет Е.М. Ворожейкин, – достигается цель семейного правоотношения. … Утрата доверительности затрудняет реализацию прав и обязанностей в

[97] См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 43–70; Ильина О.Ю. Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М., 2007. С. 35–52; Нечаева А.М. Семья и закон. М., 1980. С. 6 и след.; Никитина В.П. Правовые проблемы регулирования имущественных отношений в советской семье: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1976; С. 15; Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1971. С. 13–14; Косова О.Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 75–76; Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 9–15 и др.

семейном правоотношении либо делает ее вообще невозможной"[98]. Соответственно нормальное развертывание отношений трансформируется в конфликтное, подключаются охранительные рычаги воздействия на ситуацию, семейное отношение существенно изменяется либо прекращается.

В-третьих, личностный характер проявляет себя в ***доминировании личных*** (неимущественных, добавили бы «узкие цивилисты») ***семейных правоотношений над имущественными.*** Первые играют роль ключевых предпосылок для возникновения, изменения и прекращения вторых. Содержание личных семейных правоотношений предопределяет содержание имущественных: брак как союз (договор), основанный на лично-доверительных началах и имеющий нетипичную для отношений гражданского оборота цель – создание и поддержание семейной общности, особым образом выстраивает оптимальные варианты становления и развития супружеских отношений – совместная собственность (брачный имущественный договор – лишь второй способ регулирования семейной экономики, который вряд ли станет паритетным с первым), презумпция согласия при ее распоряжении, а при ее разделе – возможность отступления от равенства долей по весьма необычным для гражданского права основаниям (например, в связи с необходимостью учета жизненно важных интересов несовершеннолетних детей или одного из супругов), зависимость возникновения или срока действия алиментного обязательства между супругами или бывшими супругами от характера поведения в браке управомоченной стороны, очевидная вторичность элементов возмездности в договорах о приемном родительстве (передаче ребенка в приемную семью), патронате и т.д.

В-четвертых, собственно имущественные семейные правоотношения также имеют личный характер, что проявляет себя не только в аспектах, обозначенных ранее, но и в ***ограничении представительства и недопустимости правопреемства***.

В известной дискуссии между О.С. Иоффе и Е.М. Ворожейкиным обсуждался тезис о том, что гражданские правоотношения также могут иметь личный характер. Действительно, соглашался

---

[98] См., например: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 49.

О.С. Иоффе, семейное право реализует личные отношения и связанные с ними имущественные, а гражданское право – имущественные отношения и связанные с ними некоторые личные отношения. Однако то, что правильно для гражданского права в целом, не всегда подтверждается каждой его составной частью, рассматриваемой обособленно: «… в некоторых гражданско-правовых институтах (например, в авторском и изобретательском праве или праве на открытие) личные отношения, – отмечает автор, – играют не меньшую роль, чем имущественные. А в таком институте, как гражданско-правовая охрана чести и достоинства граждан и организаций, какие-либо имущественные моменты вовсе отсутствуют[99]. И если одного только этого факта недостаточно для исключения подобных институтов из гражданского права, то аналогичные обстоятельства не могут служить препятствием и для включения в него права семейного»[100].

Возражая О.С. Иоффе, Е.М. Ворожейкин указывал на качественно отличные характеристики личных моментов семейных отношений от качеств тех отношений, которые составляют предметы регулирования упомянутыми институтами гражданского права (субъектный состав и пр., о чем мы уже писали).

Кроме того, что "для гражданского права, – справедливо дополняет О.Ю. Косова, – скорее исключение, для семейного является всеобъемлющим правилом"[101]. Наконец, личный момент присущ и многим правоотношениям другой отраслевой принадлежности (трудовому праву, праву социального обеспечения и др.). Однако и там он проявляется иначе качественно и количественно, чем в гражданском праве, и не создает предпосылок для всеобщего возврата в лоно последнего. Нельзя также забывать, что «новый ГК РФ, – отмечает указанный автор, – более последовательно по сравнению с ГК РСФСР очерчивает предмет гражданского права, отказываясь от регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имуществом и оставляя их

---

[99] В настоящее время ситуация изменилась: возмещение морального вреда стало постулатом российского гражданского права (и даже частично семейного).

[100] Иоффе О.С. Советское гражданское право. Л., 1965. Ч. 3. С. 182.

[101] Косова О.Ю. Указ. соч. С. 75.

лишь в сфере защиты гражданским правом. Тем самым, сферы гражданского и семейного права потенциально "разводятся" дальше друг от друга, чем это делалось на предыдущем этапе развития законодательства»[102], хотя некоторым цивилистам тенденция из-за активного развития договорных начал в СК РФ представляется обратной[103].

Спецификой обладает и качество ***равенства*** субъектов семейных правоотношений. Так, эмансипация и на ее основе эгалитаризация брака закрепили начало равноправия, но не привели к формальному равенству супруга и супруги – ввиду объективной невозможности полного отождествления их как субъектов: муж не вправе возбуждать дело о разводе без согласия жены в течение всего периода ее беременности и материнства до года ребенка (ст. 17 СК РФ, он же обязан предоставлять ей содержание в период беременности и в течение трех лет со дня рождения ребенка (ст. 89–90 СК РФ), косвенным образом неравенство фиксируется в классической презумпции отцовства в браке (ч. 2 ст. 48 СК РФ) и при оспаривании отцовства как в браке, так и вне его (п. 2, 3 ст. 52 СК РФ), в репродуктивной сфере (ст. 48–52 СК РФ), актуализируется проблема гендерного неравенства (равенства) в целом[104].

По объективным причинам лишь условно можно говорить о равенстве в отношениях между родителями и детьми (особенно малолетними). «Уже сами по себе возрастные различия между ними, – справедливо замечает О.Ю. Косова, – степень умственного, физического развития, обладания жизненным опытом позволяют родителям осуществлять воздействие на процесс формирования личности ребенка, то есть осуществлять их воспитание».[105] Да и положения о почти всеобъемлющих представительских функциях и преимущественном праве родителей на воспитание ребенка перед всеми третьими лицами усиливают их позицию в сравнении с позицией детей. Разумеется, почти то же самое можно констатировать относительно усыновления, приемного роди-

---

[102] Косова О.Ю. Там же.

[103] Подробнее об этом см. далее.

[104] Подробно об этом см.: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 55–84.

[105] Косова О.Ю. Указ. соч. С. 74.

тельства, опеки и попечительства. Договорная составляющая этих групп отношений также ориентирована на родителей и попечителей: мнением ребенка орган опеки и попечительства, конечно, поинтересуется, однако обязательность согласования главного факта (например, передачи ребенка в приемную семью) наступает только с 10-летнего возраста (ст. 57 СК РФ).

Возражение цивилистов о том, что подобные ситуации с участием детей возникают и в гражданско-правовой сфере (опека и попечительство), могут быть оценены двояко: во-первых, их вектор ориентирован в имущественную сферу; во-вторых, вообще вызывает сомнение решение законодателя регулировать отношения опеки и попечительства над детьми и другими членами семьи и/или родственниками нормами гражданского права. Все личные и имущественные отношения родителей (усыновителей и т.п.) и несовершеннолетних детей, а возможно, и других субъектов с «семейным элементом» вполне могли бы стать объектами семейно-правового воздействия, либо часть из них – заботой комплексного социального законодательства (а в будущем – и «социального» права).

Качества равенства, имущественной самостоятельности, а также автономии воли в той мере, в какой они присущи отношениям, регулируемым гражданским правом, не характеризуют, по мнению О.Ю. Косовой, и алиментные обязательства. Именно нетрудоспособность этих лиц и нуждаемость в содержании за счет членов семьи свидетельствует, по крайней мере, об отсутствии у них имущественной самостоятельности[106]. Существо отношений делает бессмысленным и рассуждения о равенстве субъектов.

Традиционно особое значение для семейно-правовой сферы имеет теснейшее ***взаимодействие права и морали***, формально-юридических и нравственных начал. Оно проявляется, по меньшей мере, в трех качествах. Во-первых, в классической идее общеправового значения: семейное право должно быть ***морально обоснованно***, «иметь своего рода легитимацию с позиций господствующей, общепринятой морали»,[107] хотя и не рассматриваться в прямолинейной зависимости – всего лишь как «минимум

[106] См.: Косова О.Ю. Указ. соч.

[107] См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1993. С. 70.

морали», ибо возможна и обратная связь – воздействие на процесс эволюции моральных ценностей[108], работа семейного права "на опережение" (например, в области ряда запретов на вступление в брак, в репродуктивной сфере).

Во-вторых (и это уже составляет специфику прежде всего и именно семейно-правового регулирования), *нравственные категории и предписания непосредственно закрепляются в семейном законодательстве*: семейные правоотношения строятся «на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов»; ребенок имеет право на «уважение его человеческого достоинства», родители обязаны заботиться о «духовном и нравственном развитии своих детей», «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и личные качества опекуна (попечителя)»; суд может освободить супруга от алиментной обязанности перед вторым супругом или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения в семье супруга, требующего выплаты алиментов» и т.д. и т.п. – ч. 2 п. 1 ст. 1, ч. 2 п. 2 ст. 54, п. 1 ст. 63, ст. 92, п. 2 ст. 146 СК РФ. Указанные позиции весьма сильны в таких отношениях договорного типа (или развивающихся в том числе по договорному варианту), как брачное, о реализации права на воспитание ребенка, о содержании супруга (бывшего супруга), о попечении ребенка[109].

В-третьих, *нравственная характеристика* личности и ситуации (конфликта), как правило, имеет *существенное значение* для *разрешения семейного дела* юрисдикционным органом, даже если таковые требования не закреплены в семейном законе: утрата чувства любви как причина развода (прекращения договора о браке), аморальный образ жизни матери как основание передачи ребенка отцу, усыновителя – отмены усыновления, опекуна – отмены опеки, приемного родителя – прекращения договора о приемном родительстве и т.д.

Две последние формы взаимодействия формально-юридических и нравственных начал с очевидностью выстраивают «стену отличий» отношений семейных и гражданского оборота.

---

[108] Там же. С. 69.

[109] Подробнее об этом см. в соответствующих параграфах данной главы.

Известный российский юрист А.Л. Боровиковский, сравнивая существо типичных гражданских дел и дел семейных, отмечал, что природа споров из правоотношений семейственных «представляется действительно загадочною, подобно тому, как существуют загадочные для научной классификации организмы – не то растения, не то животные. … "Право семейственное" и кодексами, и систематиками обыкновенно *приурочивается* к области права гражданского. Но при этом остается *несомненным*, что, несмотря на такое приурочение, семейные правоотношения … особенностью своей природы *существенно отличаются* от всех прочих гражданских правоотношений»[110].

Добавим: тем более это справедливо для современных семейных отношений, для которых малопригодны и гражданско-правовые методы регулирования, и общие (универсальные по своему существу) гражданско-процессуальные формы, недаром именно отрасль семейного законодательства содержит несравнимо больше других отраслей специализированных гражданско-процессуальных норм, да и сама теория судебной специализации родилась и развивалась прежде всего на исключительно благодатной для этого семейно-правовой почве[111].

Все семейные правоотношения регулятивного типа, в том числе построенные на “договоренностях”, и часть – охранительного относятся к ***длящимся***[112]**.** Разумеется, в основе данного признака для той или иной группы отношений лежат различные обстоятельства, а главное – цели: в браке – создание и поддержание семейной общности, между родителями и детьми – обеспечение надлежащего физического, интеллектуального и нравственного развития ребенка, защита его интересов перед третьими лицами, в усыновлении, опеке, попечительстве, приемной семье – восполнение родительской заботы, в отношениях по алиментированию – материальная поддержка нуждающихся нетрудоспособных членов семьи (в том числе бывших) и т.д. Некоторые семейные правоотношения развиваются вне каких бы то ни было пределов

---

[110] Боровиковский А. Отчет судьи. СПб., 1982. Т. 2. С. 263–264.

[111] Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 44–59.

[112] См.: Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 67.

времени – их судьба обусловлена иными юридически значимыми фактами: брачное, часть алиментных (с участием совершеннолетних субъектов). Другие – в строгих временных рамках, оговоренных в законе: родительство, усыновление, алиментирование несовершеннолетних детей и др. Третьи – до наступления юридического факта: алиментирование бывшего супруга до вступления его в новый брак и т.п. Четвертые – в пределах срока договора (если таковой определен сторонами): брачного, алиментного, о приемной семье и т.д. Значительная часть из перечисленных разновидностей может прекращаться посредством административного или судебного акта.

Конечно, длящийся характер не исключается и для других отраслевых правоотношений, однако в перечисленном наборе вариантов и контекстов это типично только или преимущественно для правоотношений семейных.

Многие цивилисты традиционно обращают внимание на одно качество, характерное для семейных имущественных правоотношений. Мы уже отмечали их вторичную, производную от личных правоотношений природу, особый субъектный состав, обусловленность их содержания и развертывания во времени и пространстве содержанием соответствующего личного семейного правоотношения и т.п. Дополнительно к этому следует подчеркнуть, что семейные имущественные правоотношения не несут в себе эквивалентно-возмездного начала[113]: общность имущества, нажитого в браке, презюмируется независимо от уровня доходов каждого из супругов – более того, суд вправе отступить от равенства долей с учетом интересов несовершеннолетних детей, остающихся с одним из супругов, а также в пользу последнего, если это обусловлено жизненно важными потребностями, не могущими реализовываться обычным образом; материальная поддержка членов семьи (добровольно ли, по решению ли суда) осуществляется без ожидания каких бы то ни было компенсаций в будущем и т.д. Правда, следует заметить, что исключения из данного правила все же имеются. Так, элементы компенсационности про-

[113] См., например: Советское семейное право / Под ред. В.А. Рясенцева М., 1982. С. 10; Ворожейкин Е.М. Семейные правоотношения в СССР. С. 70–71; Косова О.Ю. Указ. соч. С. 77 и др.

сматриваются, когда суд, разрешая дело, например, о разделе общесупружеского имущества, отступает от равенства долей в пользу первого супруга, если второй не приносил дохода в семью без уважительной причины или расходовал это имущество в ущерб интересам семьи, или отказывает в удовлетворении иска родителю о взыскании средств на свое содержание с совершеннолетних детей, если установит факт его уклонения от выполнения родительских обязанностей, или применяет семейно-правовые принципы раздела имущества в интересах добросовестного супруга при признании брака недействительным (ч. 1 п. 4 ст. 30, п. 2 ст. 39, п. 5 ст. 87 СК РФ). Предусмотрены в порядке исключения и возможности возмещения морального вреда (см., например, ч. 2 п. 4 ст. 30 СК РФ). Однако исключения, как известно, никогда не колеблют общего правила, а лишь оптимизируют ситуационные возможности правового регулирования.

Что касается собственно семейных договорных отношений, то, во-первых, как мы уже отмечали, их возмездность (компенсационность и т.п.) далеко не относится к универсальным признакам. Кроме того, во-вторых, ее часто нет даже в типично имущественных соглашениях – об алиментировании, в брачном договоре. Наконец, в-третьих, имущественные компоненты таких договоров либо уже ограничены, либо, если такового не осуществлено или осуществлено недостаточно, должны быть ограничены гуманитарными «рогатками»[114].

Таким образом, специфика правоотношений «семейственных», отмеченная еще классиками цивилистики (и неизбежно отмечаемая даже противниками семейно-правовой суверенности), разумно сочетаясь с тенденцией расширения возможностей выстраивать их на основе «договоренностей» субъектов, должна вести к гармоничному взаимодействию в семейно-правовой договорной сфере гуманитарных (социально значимых) начал и начал автономии.

Если в брачном союзе, договоре о передаче ребенка в приемную семью и других подобных это просматривается и сейчас, то, например, в брачном договоре[115] «гуманитарные ограничители»

[114] Подробнее об этом см. в параграфах 2.4–2.8 и др.

[115] Подробно см. в параграфе 2.4.

почти не действуют, что позволяет его участникам игнорировать жизненно важные интересы детей, социально незащищенного супруга (бывшего супруга), семейной общности в целом.

Подобные «перекосы», излишняя увлеченность идеей свободы договора, обусловленные существенными идеологическими и экономическими изменениями в российской общественной жизни, должны быть скорректированы в пользу классических социальных ценностей семейного законодательства и новейшей тенденции придания правовым нормам социального звучания.

Позиционирование договорного начала в отношениях брака, родительства, попечения, заботы о членах семьи должно, кроме того, сопровождаться систематизацией семейно-правовых договоров и развитием понятийного аппарата в этой области науки, права и закона[116] на основе классических представлений цивилистики о свободе воли, последствиях ее порочности и т.п., с адекватным, однако, учетом особенностей сферы жизнедеятельности семейно-правовых договоров.

2.2. Брак как договор

В классической цивилистике природа брака исследовалась на основе философских, этических, религиозных, природных, экономических и юридических предпосылок.

Брак (у народа культурного), писал А.И. Загоровский, заключает в себе несколько элементов: 1) элемент естественный (физический) – вложенное природой в человека, наряду с другими животными, физическое влечение особей разного пола друг к другу; 2) элемент этический, заключающийся во взаимной нравственной

[116] Например, в СК Украины определенные шаги в этом направлении сделаны: 1) «семейные отношения могут быть урегулированы по договоренности (договору) между их участниками» (п. 2 ст. 7), однако «на началах справедливости, добросовестности и разумности, в соответствии с моральными основами общества» (п. 9 ст. 7); 2) «супруги, родители ребенка, родители и дети, другие члены семьи и родственники ... могут урегулировать свои отношения по договоренности (договору), если это не противоречит требованиям настоящего Кодекса, других законов и моральным основам общества» (п. 1 ст. 9).

привязанности супругов, в общении их внутреннего, духовного мира; 3) элемент экономический, порождающий хозяйственную связь, в силу которой возникает общее хозяйство мужа и жены; 4) элемент юридический, в силу которого брак является источником определенного юридического положения (статуса) лиц, связанных супружеством, и порождает для них взаимные права и обязанности; 5) элемент религиозный, подчиняющий брак правилам религии: ни одна религия не относится безразлично к браку[117].

Классические доминанты в вопросе о главной сущности брака, в коей эти пять элементов взаимодействуют друг с другом с разной силой и значением, сводятся к триаде: брак – таинство (1), договор (2), институт особого рода (3). Apriori следует высказать предположение, что эти три концептуальных взгляда на исследуемое явление совершенно не исключали друг друга в историческом контексте и не вполне исключают в современном бытии супружеского союза – степень взаимопроникновения этих «сущностей» зависит от изменчивого набора субъективных и объективных факторов. Что касается собственно юридической природы брака и, соответственно, его правовой дефиниции, то разногласия в определениях – вплоть до утверждения о невозможности дать необходимое и достаточное закрепление его сущности в законе – происходили и происходят преимущественно оттого, что в юридическом определении исследователи не довольствуются, как бы следовало, указанием лишь тех признаков, которыми супружеский союз отличается от других видов правовых отношений, стремясь уловить и исчерпать самую сущность брака[118].

Перекидывая «мостик» к сегодняшнему дню, М.В. Антокольская совершенно справедливо отмечает, что для современного плюралистического общества тем более невозможно навязывание всем его членам единых представлений о браке – право должно охватывать лишь ту сферу брачных отношений, которая в принципе поддается правовому регулированию и нуждается в нем.

---

[117] См.: Загоровский А.И. Курс семейного права. С. 5.

[118] См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 133.

При этом в той своей части, которая лежит в религиозной или просто этической среде, продолжает автор, брак может рассматриваться «как таинство, как мистический союз, как союз, предполагающий наиболее полное общение» – все это находится за границами права и составляет сугубо личное дело каждой супружеской пары[119].

(До 1917 г. концепция брака как таинства имела, впрочем, вполне определенное юридическое значение, так как единственной формой совершения брака была религиозная, кроме гражданских браков раскольников. Но и тогда его природа не могла быть отнесена к чисто религиозной. Брак, отмечал В.И. Синайский, признается возникшим, когда он совершен по обрядам веры, но одновременно и по установленным правилам гражданского законодательства[120], условиям о возрасте, свободе воли, дееспособности и т.д.)

***

Многие философы и юристы рассматривали брак как институт (учреждение) особого рода.

«Брак, – писал Гегель, – есть правовая нравственная любовь»[121].

Договор, утверждал И. Кант, не может порождать брак, так как всегда имеет некую временную цель, при достижении которой себя исчерпывает, брак же охватывает всю человеческую жизнь и прекращается не достижением определенной цели, а только смертью людей, состоявших в брачном общении[122].

Придавая данной позиции юридическую форму, А.И. Загоровский подчеркивал, что брак «в происхождении своем заключает элементы договорного соглашения, но в содержании своем и в прекращении далек от природы договора; как содержание брака, так и его расторжение не зависят от произвола супру-

---

[119] См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 110–111.

[120] См.: Синайский В.И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 485–486.

[121] Подробнее см.: Гегель. Философия права // Соч. М.; Л., 1934. Т. 7. С. 191–205.

[122] Подробнее см.: Кант И. Метафизика нравов в двух частях // Соч. М., 1965. Т. 4.4.2. С. 191–197.

гов. Поэтому брачный институт следует причислить не к области договорного права, а к разряду институтов особого рода (sui generis)». При этом особенности русского законодательства состоят в том, продолжал автор, что оно, относя брак к институтам семейного права, смотрит на него как на акт по преимуществу религиозный (относительно условий заключения и расторжения), взаимодействующий, однако, со светским правом. Это, с одной стороны, облегчает задачи законодателя «при нормировании столь важного и столь трудно регулируемого правом института», но, с другой стороны, и создает немало затруднений: вносит в брачное право разнородность начал, стесняет свободу совести, затрудняет реформирование брачного права вследствие «совершенно понятной неподатливости религиозных правил на изменения»[123].

Д.И. Мейер, будучи сторонником концепции брака – учреждения особого рода, писал: «Нередко брачный союз выдают за договор, но это нелепо, потому что из брака вытекает не право на чужое действие, а право на лицо (право мужа на лицо жены). Если же и возникают из брака права на чужие действия, то права эти вытекают из права на лицо или из законных обязательств, как, например, право жены на получение содержания от мужа»[124].

Брак с юридической стороны, писал К.П. Победоносцев, есть соединение мужчины и женщины, и он, без сомнения, заключается по договору: им возбуждается договорное отношение, в котором муж и жена взаимно принимают на себя обязанности, в том числе и имущественного характера, но все эти отношения занимают второстепенное место. «Сущность брака, – продолжал автор, – в условиях физической и душевной природы человека, а не юридическое только соединение двух воль. Соединение двух воль требует соглашения и сделки; но этого идеей договора далеко не исчерпывается содержание брачного союза. Побуждение к нему и цель его – исполнение коренного закона природы, в силу коего живая и цельная личность человека стремится дополнить себя… в такой же личности другого пола»[125].

---

[123] Загоровский А.И. Указ. соч. С. 5.

[124] Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 156.

[125] См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 13.

Г.Ф. Шершеневич четко разграничивал соглашение о браке как предпосылку возникновения брачного правоотношения и само брачное правоотношение. «С точки зрения юридической, – писал ученый, – брак есть союз мужчины и женщины, с целью сожительства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме… В основании брака лежит *соглашение* между сочетающимися – брак не может быть законно совершен без взаимного и непринужденного согласия сочетающихся лиц. Как и всякий договор, брак предполагает свободу воли и сознания». Однако поскольку цель брака – *совместное сожительство* в физическом и нравственном смысле («сочетание событие во всей жизни, божественныя же и человеческия правды общение»), с этой стороны «обнаруживается различие между браком и обязательством, которые оба могут быть основаны на договоре. Когда договор направлен на исполнение одного или нескольких определенных действий, то последствием его будет обязательственное отношение, например в товариществе. Брачное же соглашение не имеет в виду определенных действий, но, как общение на всю жизнь, оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержание»[126].

При этом необходимо отметить, справедливо уточняет С.В. Сивохина, что А.И. Загоровский и Г.Ф. Шершеневич, как и подавляющее большинство ученых дооктябрьского периода, причисляли семейное право к гражданскому праву, следовательно, их выводы о браке как институте особого рода означают – о гражданско-правовом институте особого рода[127]. (Впрочем, законодательство той поры и не создавало сколько-нибудь основательной предпосылки считать иначе, хотя А. Боровиковский неоднократно подчеркивал, что обычные гражданские установления для семейной тяжбы совершенно не годятся; «юридический строй семьи… придает этому институту такие черты sui generis,

[126] Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 586–587.

[127] См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: Дис. … канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 71.

которые уже вовсе не ладят с принципами, составляющими основные устои частного права»[128].)

С.В. Пахман писал, что брачный союз – не обязательство и соглашение о браке – не обычный имущественный договор, а соглашение о вступлении в правоотношение особого рода, каким является *брачное состояние* лиц[129].

Как видим, в определенном смысле концепция брака – института особого рода – является дуалистической. Соглашение вступающих в брак (договор) и собственно брачное состояние (не договор) – идея, которая прослеживается в трудах многих цивилистов – Г.Ф. Шершеневича, В.И. Синайского и И.М. Тютрюмова («брак» и «брачный союз»)[130], П.М. Бромли («the act of marring» и «the state of being married»), М. Планьоля, Ш. Бёдан и др.[131] Японские цивилисты Сакаэ Вагацума и Тору Ариндзуми отмечают: «Брак заключается частноправовым договором сторон пожизненного характера»[132].

М. Планьоль подчеркивал, что, несмотря на взаимно волевой характер брачного акта, имеются серьезные затруднения выводить из этого договорную природу супружеского союза: 1) брак или пожизнен, или может быть расторгнут лишь разводом посредством вмешательства судебной власти; 2) договор создает модель обязательств сторон – бракосочетание создает супружеское состояние, правила которого обязательны для всех; 3) брак создает семью. Идея брака-договора, утверждал Ж. Бонекас, настолько противоречит природе вещей, что законодатель 1804 г. не применял ее на практике – кодекс Наполеона не сделал из брака контракт, так как он не соответствовал положениям о сущности классического гражданско-правового договора, привычная терминология для брака явно неудовлетворительна. Необходимо различать три разных термина и три разные вещи: брак – установление, институт; брачный акт – юридическая сделка, которая

---

[128] Боровиковский А. Указ. соч. С. 263, 264, 267, 271–273.

[129] См.: Пахман С.В. Указ. соч. С. 393.

[130] См.: Синайский В.И. Указ. соч. С. 485; Тютрюмов И.М. Гражданское право. Юрьев, 1922. С. 394.

[131] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 72.

[132] Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 181.

приводит в движение это установление; брачный договор – соглашение об имуществе. Брак – это «установление, делающее комплекс правовых норм императивными по существу, цель которых – придание половому союзу, коим является семья, социальной и духовной организации, соответствующей одновременно духу времени и неизменной природе человека....»[133].

***

Терминологическая близость конструкций «брак как договор» и «брачный договор» (а в странах романской филологии и совпадение) отнюдь не ведет ни к смешению, ни к противопоставлению понятий и обозначаемых ими явлений, хотя и предполагает общность их природы[134]. Первый воспринимается как правоотношение преимущественно лично-правового порядка, второй – имущественно-правового. И там, и там присутствуют элементы «согласительности». Кроме того, рядом находится и третья конструкция: договор, соглашение о заключении брака (сговор, выкуп за невесту, обручение, помолвка и т.д.).

Теория брака как договора берет свое начало в Древнем Риме. В римском праве классического периода все основные формы брака являлись гражданскими сделками (консенсуальной сделкой двух индивидов разного пола без обязательной огласки, влекшей гражданско-правовые последствия). Долгое время, правда, сосуществовали две существенно отличные формы брака – matrimonium cum manu (с установлением власти мужа над личностью жены) и matrimonium sine manu (без таковой власти – свободный брак, зиждущийся на свободном соглашении мужа и жены, – свободном прекращении желанием обоих или одного из супругов) и ставший преобладающим в классический период римской республики[135]. (Исследуя именно брак sine manu, И. Унгер отмечал,

---

[133] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 73–76.

[134] См., например: Там же. С. 12.

[135] См.: Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 452–453; Римское частное право/ Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. М., 2006. С. 104–106; Франчози Дженнаро. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 168.

что «единственным успехом женского пола в римском мире был успех равенства» [136].)

Новую энергетику концепция брака как договора получила при секуляризации брака, т.е. отделении гражданского акта бракосочетания от церковной процедуры бракосочетания и канонического права и распространении на супружеские отношения норм гражданского права. Хотя, как мы уже отмечали, окончательно это произошло в Европе начала XIX в., первая светская форма брака была введена в Голландских Штатах в 1580 г.: господствующим вероисповеданием стало реформаторское, которое проявляло к религиозным «диссидентам» недостаточно терпимости, принуждая их венчаться по реформаторскому обряду; для не желавших подчиняться правительство разрешило в конце концов регистрировать брак у государственного чиновника (А.И. Загоровский называл его «вынужденным» гражданским браком[137]). В Англии гражданский брак впервые был введен законом от 24 августа 1653 г., в правление Кромвеля (довольно сложная процедура завершалась утверждением союза мировым судьей), однако был отменен после вступления на престол Карла II. Лишь в 1837 г. законодательно регистрация рождений, браков и смерти была изъята у духовенства и подчинена светским чиновникам. Во Франции предварительные и противоречивые попытки узаконить браки «диссидентов», прежде всего протестантов-гугенотов, наблюдались с конца XVI в. (например, путем заявления о союзе перед нотариусом). Окончательное тяготение французского законодательства к гражданскому браку наметилось законом Людовика XVI (1787 г.). А.И. Загоровский подчеркивал последовательность соответствующих рассуждений: если авторитет церкви несомненен над браком как таинством, то столь же несомненен авторитет государства над браком как договором. Французская Конституция 14 сентября 1791 г. провозгласила, что «закон не рассматривает брак иначе, как гражданский договор» (ст. 7). В 1792 г. был издан соответствующий закон[138]. И наконец,

---

[136] См.: Унгер И. Брак в его всемирно-историческом развитии. СПб., 1885. С. 76.

[137] См.: Загоровский А.И. Указ. соч. С. 30.

[138] Подробнее об этом см.: Загоровский И.А. Указ. соч. С. 31.

положения о гражданской форме брака и его договорной сущности вошли в Гражданский кодекс 1804 г. (именуемый «Кодексом Наполеона») – с минимумом требований к условиям его заключения, типичными обязательственными элементами и возможностью расторжения по взаимному согласию (впрочем, отнюдь не на основе равноправия супругов). Брак стал рассматриваться как «в чистом виде гражданско-правовая сделка», что было воспринято европейской теорией права и цивилистическими доктринами многих европейских государств[139].

Договорная концепция базируется прежде всего на трех постулатах, создающих образ брака-договора: требованиях к его форме и условиях действительности, возможности получения возмещения убытков в результате расторжения брака по вине одного из супругов, а также права уйти от законного имущественного режима и предусмотреть режим договорный[140]. Однако и среди классиков концепции, на наш взгляд, полной уверенности в тождестве брака и договора нет. Так, Л. Жюллио де ла Морандьер определяет брак как «заключаемый в установленной законом форме гражданский договор, который соединяет мужчину и женщину для совместной жизни…». И далее отмечает, что перед нами договор-предпосылка, заключаемый свободно, но имеющий императивные последствия, устанавливающие гражданское состояние не только для супругов, но и других лиц – детей, родственников, посторонних, то есть договор, имеющий абсолютную силу[141].

Л. Жоссеран определял брак как официально заключенный в соответствии с гражданским законодательством союз мужчины и женщины. Из этого следовало, что: 1) брак есть договор; 2) этот договор заключается в официальном торжественном порядке; 3) рассматривается как общность лиц; 4) отнесен к ведению гражданского закона. Ж. Юбрехт и Ж. Вермель, толкуя ст. 13 Французского гражданского кодекса, отмечают, что брак есть граж-

---

[139] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 26–30.

[140] См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. М., 2005. С. 517–518.

[141] Жюллио де ла Морандьер Л. Гражданское право Франции. М., 1958. С. 323.

данский договор и торжественный акт, посредством коего мужчина и женщина объединяются, чтобы жить вместе и создать семью, которой они обеспечат совместную моральную и материальную поддержку[142]. (Нетрудно заметить, что, в отличие от позиции Л. Жоссерана, последнее суждение не сводится в полной мере к трактовке супружеского союза как гражданско-правового договора – скорее речь идет о брачном соглашении как предпосылке брачного правоотношения.)

В российском брачном праве идеи о договорной природе супружеского союза с установлением гражданского брака связаны не были, хотя, как мы отмечали ранее, браки раскольников и относились к его разновидностям.

Оговорки о договорной природе брака делались либо в связи с одним из важнейших его условий – взаимном согласии сторон («в основании брака лежит согласие…»; «участники брачного договора должны быть лица разного пола…»)[143], либо в связи с примерами из обычного гражданского права. Однако были и прямые сторонники данной теории. Так, И.Г. Оршанский утверждал, что крестьянский брак – не таинство, а договор двух семей типа купли-продажи[144]. На это указывал и К. Кавелин[145]. (Впрочем, корни подобного представления мы находим еще у древних славян.) П. Ефименко категорически подчеркивал, что крестьянская семья – это своего рода хозяйственная ассоциация, поэтому и брак у крестьян составляет не более как имущественную сделку, сопровождаемую обрядовыми действиями[146]. Существо брака как имущественной сделки доказывалось И.Г. Оршанским следующими аргументами: 1) брак производит перемещение ценности – рабочей силы женщины – из рук родителей в руки жениха; 2) это, как правило, предшествуется или сопровождается согла-

---

[142] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 41–42.

[143] См., например: Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. С. 586–587.

[144] См.: Оршанский И.Г. Исследования по русскому праву обычному и брачному. СПб., 1879. С. 285.

[145] См.: Кавелин К. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. СПб., 1884. С. 40.

[146] См.: Ефименко П. Семья архангельского крестьянина по обычному праву // Судебный журнал. 1873. Кн. 4. С. 33.

шением об имущественных взносах на хозяйство; 3) браки устраиваются родителями, где жених и невеста, особенно последняя, – предмет покупной сделки[147].

С.В. Пахман, категорически не согласившийся с подобной трактовкой брака, на примере крестьянского супружеского союза наиболее основательно в российской цивилистике конца XIX в. подверг ее критике.

Во-первых, значение имущественной сделки, писал автор, может быть придано только различным предбрачным условиям (имущественным взносам жениха и невесты – «кладке», «приданому» и т.п.), равно как и условиям об обеспечении брачного соглашения. Но это условие *по поводу* брака, а не о самом браке. Взгляда на невесту и вообще на женщину как на вещь не встречается у большинства населения – более или менее ясно, что соглашение касается личности, а не вещи. Несмотря на то, что многие браки устраиваются по воле родителей, согласие невесты очень часто имеет значение. Более того, суды при отказе невесты от брака решают вопрос о возмещении убытков, но не о принуждении к союзу.

В подтверждение вещного значения невесты приводились обыкновенно соображения, что при ее выборе основное внимание обращается не на ее склонность к суженому и привлекательность, а на состояние и трудолюбие (годность рабочей силы), что любовь и вообще нравственные чувства почти не играют роли в брачном союзе крестьян[148]. Нет сомнения, отмечал С.В. Пахман, что хозяйственный расчет в крестьянских браках, как, впрочем, и у других сословий, – дело не последнее, однако есть немало сведений о значимости и наружности невесты, и склонности ее к жениху! По мнению автора, и требование целомудрия (а затем – верности) вряд ли характеризует женщину как вещь (если только не объяснять это свойством вещного права – исключительным обладанием предметом собственности)[149].

---

[147] См.: Оршанский И.Г. Народный суд и народное право // Журнал гражданского и уголовного права. 1875. № 3. С. 131–133.

[148] См.: Ефименко П. Крестьянская женщина // Дело. 1873. № 3. С. 77.

[149] См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право России. С. 390–392.

Во-вторых, полагал ученый, при «всей шаткости нашей юридической терминологии не было бы до известной степени ничего противного существу дела, если бы под сделкой разумелось вообще соглашение». Если брак – это договор, обязательство, то он должен исполняться в определенный срок. Между тем брак – союз постоянный, в принципе пожизненный (несмотря на случаи «расхода» или «развода»). Брак есть правоотношение особого рода, основа для классической, желаемой для общества семьи[150].

Из этого вытекает, в-третьих, что супружеский союз – не дело исключительно частное. Это видно из обрядовой стороны брака: в бракосочетании и свадебном пиру («общественном признании брака») вправе участвовать все, весь «мир», званый и незваный, и из его поддержки обществом – материальной и советами. В жизни крестьянина брак составляет «один из самых крупных общественных фактов», это столь важная перемена в его положении, что о ней сложилась «целая отрасль народной поэзии…: существует ли что-либо подобное по отношению к договору купли-продажи, найму и другим частным сделкам?»[151].

По мнению С.В. Пахмана, «брак, и по понятиям крестьянства, есть не имущественная сделка, а особое юридическое состояние двух лиц разного пола, приобретаемое хотя и под условиями предварительного соглашения, но не на срок, а на всю жизнь, и скрепляемое санкцией общественного признания»[152].

«Народ наш, – продолжал автор, – при всей его неразвитости, весьма толково сознает различие правоотношений, в которые приходится ему вступать…, например, к союзу брачному он всегда применяет выражение "состоять в законе", чего он никогда не скажет о всякой иной форме отношений между лицами двух полов, а тем менее о том отношении, в которое вступает приобретатель покупаемой лошади»[153].

В заключение своих размышлений С.В. Пахман подчеркивал, что недоразумения относительно юридической сущности брачного союза происходят: 1) от смешения ряда целей брака, пусть и

---

[150] См.: Пахман С.В. Обычное гражданское право России. С. 392–393.
[151] См.: Там же. С. 394–395.
[152] Там же. С. 395.
[153] Там же.

важных, с самим его существом (хозяйственный интерес несомненен, но из этого не следует, что брак – только хозяйственный союз); 2) от смешения понятий о договоре, как сделке имущественной, с соглашением о самом браке, как праве личном; 3) от смешения юридической природы брака с формой его совершения. Если брак – особое правоотношение, непременно требующее общественного признания, то очевидно, что его юридическое существо не зависит напрямую от формы такового признания (венчание, санкция-регистрация как акта прав состояния и т.д.)[154].

Таким образом, С.В. Пахман не сводил сущность брака к договору, для него он был гражданским (с учетом несуверенности семейного права в этот период) правоотношением особого рода, хотя в качестве предпосылки (юридического факта) его возникновения, безусловно, выступало соглашение – особая разновидность гражданско-правового договора.

В современной российской цивилистике наиболее радикальную, последовательную позицию с договорным вектором занимает М.В. Антокольская. В принципе склоняются к договорной теории брака и авторы одного из классических учебников по гражданскому праву петербургской школы цивилистики[155]. Однако аналитику их взглядов целесообразно изложить после общей характеристики сущности и дефиниции брака, с точки зрения советских и российских цивилистов XX и начала XXI в., ибо вырывать договорное начало из общего контекста определения супружеского союза непродуктивно.

***

Большинство советских и российских цивилистов рассматривали и рассматривают брак как учреждение особого рода. Концепция брака как таинства не нашла своих сторонников ввиду исключительно светского характера брака и многолетней атеистической доминанты нашего общества. Отрицание договорной теории было связано с идеологическим противостоянием социалистической и буржуазной научной, философской, политической

[154] Пахман С.В. Обычное гражданское право России.

[155] См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 111–114; Гражданское право. Т. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. С. 317.

и юридической мысли. Социалистический (будущий коммунистический) брак не мог быть сделкой – он должен был стать свободным от материальных расчетов, а впоследствии – и от правовых регламентов.

«В нашем обществе, – писал в 60-е годы XX в. Н.Г. Юркевич, – брак, как правило, заключается по любви и взаимной склонности. … честный советский человек располагает только тем, что он заработал. Это само по себе подорвало основу для торга при вступлении в брак»[156]. В другой своей работе автор отмечал, что «между гражданским договором и браком в СССР имеется принципиальная разница. Взаимное соглашение мужчины и женщины относительно вступления в брак как по мотивам, так и по содержанию, коренным образом отличается от соглашения при заключении договора, опосредствующего отношения в гражданском обороте»[157]. (Впрочем, если убрать идеологический флер, которого не могло не быть в науке в то время, то последнее утверждение вполне можно принять.)

В некоторой степени активное противопоставление буржуазного брака-сделки и советского брака-несделки было обусловлено и суверенностью советского семейного права и законодательства: стратегическое изменение принципов построения семейного права, «слом» дооктябрьских постулатов о браке и семье также неизбежно вели к такому противостоянию, к поиску новой, в том числе правовой, сущности социалистического брака.

Несмотря на доминирование теории брака как учреждения особого рода, внутри нее, разумеется, были и наблюдаются в настоящее время различия.

Так, дефиниции до 60-х гг. (некоторые и позже), как правило, имели налет «романтизма», где наряду с формально-определенными, сугубо нормативными формулировками присутствовали утверждения совершенно иного рода – о пожизненности союза, его ориентированности на взаимную любовь и уважение, непременно – на равноправие (последнее, впрочем, вполне объ-

---

[156] Юркевич Н.Г. Советская семья. Минск, 1970. С. 91. См. также: Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1958. С. 9 и др.

[157] Юркевич Н.Г. Заключение брака по советскому праву. Минск, 1965. С. 4.

яснимо, так как безусловным достижением «послеоктябрьского» права был принцип гендерного равенства, что какое-то время следовало всячески подчеркивать, в том числе в целях правового воспитания). Например, А.И. Пергамент определяла брак как заключенный в органах ЗАГС «свободный пожизненный союз между мужчиной и женщиной, основанный на полном равноправии, на взаимной любви и уважении сторон, целью которого является образование семьи»[158].

На признак «пожизненности» союза в свое время также указывали Е.М. Ворожейкин, А.М. Белякова, В.И. Бошко и др.[159] Между тем очевидно, что праву на брак соответствует право на его расторжение (притом вытекающее из *принципа* свободы развода), поэтому данный признак не уместен ни в юридическом, ни даже в этическом плане, ибо, когда брак мертв, продолжать его, как известно, безнравственно (за исключением чрезвычайных случаев). Недаром некоторые цивилисты, например В.А. Рясенцев, допускали оговорку «в принципе пожизненный»[160], а Г.М. Свердлов в суперидеологизированные и жесткие 50-е гг. вовсе не упоминал указанного признака в определении брака[161], хотя далее, в главе о его прекращении, и писал, что брак в Советском государстве, как правило, представляет собой пожизненный союз – таким он одобряется и поощряется советским обществом и социалистической моралью, таким он видится тем, кто вступает в брак[162]. (Впрочем, включить характеристику в дефиницию понятия и использовать ее при его толковании – не одно и то же.)

---

[158] Советское гражданское право. Т. 2. М., 1951. С. 384. См. также: Денисов А.И. Теория государства и права. М., 1948. С. 423.

[159] См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Советское семейное право. М., 1974. С. 87; Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев, 1952. С. 104.

[160] См.: Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1967. С. 55.

[161] См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 96.

[162] Там же. С. 129.

«Взаимные любовь и уважение» (О.С. Иоффе, А.И. Пергамент, Н.Г. Юркевич и другие[163]) также, безусловно, составляют основу многих браков (и должного «идеального» супружеского союза), однако столь же необязательны, не относятся к конститутивным признакам брака. В то же время определенная логика в суждениях ученых есть. Так, среди основных начал КоБС РСФСР 1969 г. (ст. 1) закреплял принцип построения «семейных отношений на добровольном брачном союзе женщины и мужчины, на свободных от материальных расчетов чувствах взаимной любви, дружбы и уважения всех членов семьи». Почти аналогичная декларация содержится в ст. 1 Семейного кодекса РФ 1996 г., а норма п. 3 ст. 31 СК РФ предписывает супругам «строить свои отношения в семье на основе взаимоуважения и взаимопомощи». Очевидно, что принципам отрасли должны соответствовать принципы института (брака) и конкретные нормы о сущности брачного союза. Во многих случаях, как известно, «утрата чувства любви» объявляется сторонами бракоразводного процесса поводом к расторжению брака, а судьей признается доказательственным фактом невозможности сохранения семьи. Однако поскольку без любви и уважения иные браки начинаются, иные в таковые превращаются – и вопроса об их прекращении на этом основании заинтересованными лицами не ставится, т.е. «категорического императива» здесь нет, санкции не предусмотрены, постольку, видимо, данные характеристики не составляют юридической сущности брака. (Еще Г.Ф. Шершеневич отмечал: «К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции, – право имеет дело только с внешним миром, но не с душевным»[164]. Тем не менее приведенные нами нормы-декларации относятся к основным началам современного брачно-семейного законодательства – это факт юридической действительности, пусть и особого рода, не создающий конкретных субъективных прав и юридических обя-

[163] См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Ч. 3. Л., 1965. С. 187; Пергамент А.И. Указ. соч. С. 384; Юркевич Н.Г. Советская семья. С. 17.

[164] Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 584.

занностей. Думается, что методологическое влияние данных положений в науке семейного права исследовано недостаточно.)

Дополнительно к перечисленным А.М. Белякова и Е.М. Ворожейкин, а также другие авторы включают в характеристику брака цель – рождение и воспитание детей, что тем более неприемлемо: до 20% супружеских пар бесплодны («стерильные» браки[165]), не запрещено заключение брака между людьми пожилого возраста, да и решение иметь и воспитывать ребенка относится к сугубо личным актам каждого человека или совместного – супругов. Объективная же заинтересованность государства и общества в браках с детьми (впрочем, как известно, не всякого: мировая практика знает случаи официального ограничения рождаемости) должна проявлять себя не через соответствующие предписания брачующимся, а путем социального и экономического поощрения супругов (и несупругов) заводить потомство, усыновлять детей или принимать их в семью на основе иных форм попечения.

Имеются и дефиниции экспериментального типа. Так, Н.Г. Юркевич и М.Т. Оридорога возражают относительно термина «союз», который допускает «опасные» аналогии брака со сделкой, договором. Первый автор в качестве родовых использует два понятия («отношение» и «общение»): брак – правовое отношение, содержание которого составляют права и обязанности, «опосредствующие в установленных законом пределах общение сторон в интересах их самих, детей (если таковые имеются) и общества»[166].

Второй автор, чтобы избежать указанной аналогии (или даже тождества) с гражданско-правовой сделкой, определяет исследуемое явление как юридически признанную духовную и физическую общность мужчины и женщины[167]. Однако, как верно заметила Н.В. Орлова, М.Т. Оридорога в своей позиции таким об-

---

[165] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 518.

[166] См.: Юркевич Н.Г. Брак и его правовое регулирование: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967. С. 11.

[167] См.: Оридорога М.Т. Брак и его форма // Правовые вопросы семьи и воспитания детей. М., 1968. С. 44.

разом «просто обходит вопрос о том, что же служит основанием возникновения этой общности»[168].

Замена термина «союз» на предложенные не только не отрицает, что в основе таковых лежит-таки некое соглашение о вступлении в «отношение-общение» или «общность», но и вводит в оборот понятия, также нуждающиеся в дефиниции, к тому же являющиеся для теории юриспруденции «новоязами» (впрочем, это не запретительно, если основательно). Кроме того, эти термины вполне сопоставимы с термином «партнерство», что и приближает брак к явлениям договоров специального вида, чего данные авторы пытаются как раз избегнуть.

Многими цивилистами вводятся также такие характеристики, как «равноправие» (Г.М. Свердлов, В.А. Рясенцев, Н.В. Орлова, А.М. Нечаева, Г.К. Матвеев, О.А. Хазова и др.[169]), добровольность, как вариант – свободный союз (Г.М. Свердлов, В.А. Рясенцев, Н.В. Орлова, А.М. Нечаева, Г.К. Матвеев, О.А. Хазова[170], А.М. Белякова, Е.М. Ворожейкин[171], Л.М. Пчелинцева[172] и др.). Имеются указания в определении брака и на условие о моногамности[173].

Полагаем, что при конкретизации конститутивных признаков брака данные характеристики и их комментарий возможны и даже необходимы. Однако в строго нормативном определении не нужны, так как эти положения закреплены в Конституции РФ и общих началах СК РФ применительно ко всем правоотношениям соответствующего типа и распространяются на каждую их разновидность «по умолчанию» (не употребляем же мы, например, в

---

[168] Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 23.

[169] Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 96; Рясенцев В.А. Указ. соч. С. 55; Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 19; Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 90; Матвеев Г.К. Советское семейное право. М., 1985. С. 45; Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2003. С. 33.

[170] См.: там же.

[171] См.: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 87.

[172] См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 86–87.

[173] См., например: Хазова О.А. Комментарий к Семейному кодексу... С. 33.

определении договора эпитеты «добровольный», «свободный», «равноправный»).

Сохранение всех перечисленных атрибутов в определении брачного союза, на наш взгляд, есть скорее дань традиции, сложившейся в первые годы после октябрьского переворота – традиции борьбы за женское равноправие, против принуждения к браку со стороны родителей и т.п. факторов.

В.П. Шахматов и Б.Л. Хаскельберг справедливо отмечают, что признание добровольности, равноправности и пожизненности союза «не дают ответа на вопрос, *что такое* брак, а лишь характеризуют такие свойства брака, которые отвечают на вопрос, *каким* является (или должен являться) брак»[174].

Другой традиционный взгляд на исследуемую проблему связан с негативным отношением к законодательной дефиниции брака. Так, Н.В. Орлова, констатирует, что во время обсуждения Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (далее – Основ) выдвигались предложения дать в их тексте или в республиканских кодексах определения основных понятий семейного права, прежде всего брака и семьи. Предложения не были приняты. Автор полагает, что попытка их сформулировать в кодексах привела бы к расхождениям в этих базовых правовых конструкциях, которые должны быть едины во всех республиках СССР. Однако и попытка дать дефиниции в Основах была бы бесплодной ввиду комплексного характера институтов брака и семьи, сложности, многогранности этих явлений. Юридическое определение брака, пишет Н.В. Орлова, «неизбежно было бы неполным, ибо оно не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права»[175]. (С Н.В. Орловой солидарны многие цивилисты[176]. Это подтверждается и отсутствием дефиниции брака во всех российских кодифицированных актах послеоктябрьского периода. Как мы уже отме-

---

[174] См.: Шахматов В.П. Хаскельберг Б.Л. Новый кодекс о браке и семье РСФСР. Томск, 1970. С. 19.

[175] См.: Орлова Н.В. Указ. соч. С. 19.

[176] См., например: Белякова А.М., Ворожейкин Е.М. Указ. соч. С. 87; Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 10. и др.

чали, в Своде законов Российской империи таковая присутствовала – в рамках, однако, концепции брака-таинства.)

Эти аргументы, на наш взгляд, не могут быть приняты. Во-первых, в тот исторический момент не было нужды передавать эту функцию в кодексы – Основы как раз и предназначались для решения базисных вопросов отрасли и обеспечения одинакового к ним подхода в республиках. При этом, как показала законодательная практика, в кодексах и не наблюдалось принципиальных отличий даже там, где допускалась вариативность.

Во-вторых, невозможность дать законную дефиницию *в принципе* из-за комплексного характера предмета и наличия у него признаков за границами права также неубедительна. Удовлетворять «амбиции» всех наук, исследующих то или иное явление с разных сторон, не нужно – в противном случае мы должны были бы лишиться многих определений. Так, в норме п. 1 ст. 54 СК РФ предпринята весьма скромная по результату, даже формально-юридическому, попытка дать определение ребенку: «Ребенком признается лицо, не достигшее возраста восемнадцати лет (совершеннолетия)». Юридическая неточность заключается в отсутствии указания на исключающее обстоятельство – эмансипацию, которое делается в международно-правовых документах. Социально-психологические портреты явления и вовсе отсутствуют. Тем не менее определение дано – и на общественном, и на международно-правовом уровне. Или: «Доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном порядке сведения о фактах...» (п. 1 ст. 55 ГПК РФ). (Сравните определение этого понятия в логике: «Доказательство – логическое действие, в процессе которого истинность какой-либо мысли обосновывается с помощью других мыслей»[177]. Весьма условными с точки зрения все того же комплексного подхода представляются и определения различных уголовно наказуемых деяний (см. УК РФ). Все, что находится за пределами правовой сущности явления, и не должно включаться, по общему правилу, в юридическую дефиницию.

При этом констатация исключительного разнообразия определений брака в цивилистике – явное преувеличение. Во-первых, если изъять перечисленные ранее эпитеты, большинство дефини-

[177] См.: Кондаков Н.И. Логический словарь. М., 1971. С. 138.

ций по существу совпадет. Во-вторых, определения брака предлагаются всеми цивилистами. Надо полагать, авторы убеждены в их правильности... В-третьих, в различные периоды истории цивилистики и в настоящее время всегда находились и находятся ученые, чьи определения почти текстуально совпадают, ибо они носят формально-юридический характер.

(Любопытно, что авторы одного из уже упоминавшихся учебников по гражданскому праву полагают, что российское законодательство «не дает определения брака, используя этот термин как общеизвестный»[178]. Если последнее верно, то тем больше «лукавства» в аргументации невозможности дать законную дефиницию брака...)

Так, Г.Ф. Шершеневич определял брак как «союз мужчины и женщины с целью сожительства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме»[179]. Д.И. Мейеру брак, несмотря на последующие комментарии религиозного и этического порядка, представлялся «союзом лиц разного пола, удовлетворяющим известным юридическим условиям и дающим известные гражданские последствия»[180], В.П. Шахматову – союзом мужчины и женщины, имеющим целью создание семьи, заключенным с соблюдением предусмотренных законом условий и оформленным в установленном правом порядке[181], О.Ю. Косова считает браком «союз мужчины и женщины, направленный на создание семьи, оформленный в установленном законом порядке и порождающий их взаимные права и обязанности»[182] и т.д., и т.п.

Таким образом, собственно юридические определения, включая и авторское, данное в предыдущих работах[183], вполне могут

---

[178] См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 263.

[179] Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 586.

[180] Мейер Д.И. Русское гражданское право. Ч. 2. М., 1997. С. 348.

[181] Шахматов В.П. Новое законодательство о браке и семье. Ч. 1. Томск, 1969. С. 24.

[182] Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001. С. 72.

[183] См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. М., 2001. С. 47; Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 64.

быть приняты в качестве проекта законной дефиниции[184]. Все их констатации так или иначе закреплены в СК РФ. Так, в норме п. 3 ст. 1 употребляется формула «союз мужчины и женщины». Правилами п. 2 ст. 10 подчеркивается конститутивное значение государственной регистрации брака, правилами ст. 12 – 14, п. 3 ст. 15 рассматриваются условия его действительности. Норма п. 1 ст. 27 императивно объявляет цель данного союза – намерение создать семью (пусть и «методом от противного» – путем противопоставления фиктивного брака «правильному» супружескому союзу). Правовые последствия брака фиксированы в разделе III СК РФ «Права и обязанности супругов».

Как видим, набор признаков брака в семейном законе идентичен суммарному набору таковых признаков в теоретических определениях «нормативного толка». Сведенные воедино, они представляют собой следующий вариант дефиниции: **брак есть юридически оформленный союз мужчины и женщины, имеющий целью создание и поддержание семейных отношений и порождающий права и обязанности супругов.**

(Почти тождественное определение содержится в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье (ст. 12): «Брак – это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается в порядке, на условиях и с соблюдением требований, определенных законом, направлен на создание семьи и порождает для сторон взаимные права и обязанности»[185]. Тенденции закрепления основных понятий в семейном законе просматриваются также в Казахстане, Грузии[186].)

***

[184] Ш.Д. Чиквашвили также полагает, что серьезных препятствий к этому нет. См.: Спорные проблемы семейного законодательства // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 39.

[185] Кодекс Республики Беларусь о браке и семье. От 9 июля 1999 г. № 278–З (с последними изменениями по состоянию на 20.07.06 г. № 164-З) // СПС КонсультантПлюс.

[186] См., например: Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 8.

Как видим, первый терминологический и сущностный элемент определения брака – *союз*. Н.В. Орлова полагает, что последний имеет больше значений, чем «договор»[187], и потому наименование брака «союзом» не означает введения его в систему договорного права. Думается, что для юриспруденции это весьма спорное утверждение: где бы мы ни встречали термин «союз», всюду смысловое значение данной конструкции отождествляется с соглашением, договором. Уточнение, которое делается А.М. Нечаевой: под договором всегда понимается соглашение, а союз – это объединение[188], также не представляется убедительным, ибо последний, без суммы воль его участников, без целеполагания, без прав и обязанностей есть юридическое ничто, а в единении этих компонентов есть соглашение.

На самом деле противникам теории брака как гражданско-правового договора и семейного права как подотрасли гражданского права не следует, на наш взгляд, сторониться не только собственно самого термина, но и той сущности, которую он обозначает.

(В этой связи представляет определенный интерес определение брака, предложенное Л.А. Смолиной, кстати, в качестве проекта соответствующей нормы семейного закона: «Брак – это добровольный и равноправный союз мужчины и женщины, заключенный с соблюдением установленного законом порядка, основанный на семейно-правовом договоре, имеющий целью создание семьи и порождающий права и обязанности супругов»[189]. Относительно излишних эпитетов, употребленных автором и характеризующих термин «союз», мы уже писали. Однако хотелось бы подчеркнуть неясность соотношения конструкций «брак – союз», и «союз, основанный на семейно-правовом договоре», что не дает нам оснований безоговорочно принять эту версию определения.)

---

[187] См.: Орлова Н.В. Указ. соч. С. 23.

[188] См.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 43–44.

[189] Смолина Л.А. Указ. соч. С. 9.

Действительно, теоретическое признание брака договором и законное явление брачного договора (соглашение об имущественных правах и обязанностях супругов) явились в конце 90-х гг. XX в. важным аргументом «десуверенизации» семейного права, возвращения его в «лоно» материнской отрасли – права гражданского, «пуповина» с которой хоть и была перерезана в 1917 г., но генетические связь, безусловно, осталась.

М.В. Антокольская, одна из ярких сторонниц «десуверенизации», подчеркивает «полубланкетный» характер семейного договорного права, неразработанность в теории и отсутствие в семейном законе понятий о правоспособности, дееспособности, свободе воли в договоре и ее юридически значимых пороках и т.п., что порождает соответственно не только субсидиарное применение к семейным (брачным) отношениям норм гражданского законодательства (ГК РФ), но и в ряде случаев норм ГК и СК как общих и специальных[190].

Не вдаваясь в дискуссию об отраслевой самостоятельности семейного права, поскольку это не является предметом настоящего исследования[191], отметим, однако, что неразработанность в теории и отсутствие в законе понятий (в нашем случае о договоре) не являются необходимыми и достаточными аргументами «десуверенизации» – надо разрабатывать и внедрять! Тем более, что вполне допустимое использование ГК РФ к семейным отношениям в целом, но, разумеется на определенных условиях, не-

---

[190] См.: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40; Она же. Семейное право. М., 1997. С. 40–42.

[191] Подробнее об этом см., например: Ворожейкин Е.М. Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 29–52; Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1971. С. 8.; Толстой Ю.К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1957. № 1. С. 42–55; Он же. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 147–148.

См. также: Косова О.Ю. О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 74–76; Тарусина Н.Н. Семейное право. 2007. С. 5–26.

Из последних фундаментальных работ по этому вопросу см.: Нечаева А.М. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. С. 31–56.

редко невозможно, в частности, о чем пишет и сама М.В. Антокольская,[192] а также Ю.К. Толстой и другие цивилисты[193].

В уже упоминавшемся теоретико-правовом исследовании природы и сущности договора А.Д. Корецкий квалифицирует отнесение одного из центральных институтов – брака – к системе договоров как поистине революционное изменение в семейно-правовом мировоззрении[194]. Автор имеет в виду, в частности, следующее высказывание М.В. Антокольской: «Соглашение о заключении брака по своей правовой природе не отличается от гражданского договора. В той части, в которой оно регулируется правом и порождает правовые последствия, оно является договором»[195].

Констатация революционного переворота в семейно-правовом мировоззрении на брак как договор, тем более гражданско-правовой природы, – явное преувеличение. Да и сам автор отнюдь не настаивает на последнем. Условия о взаимном согласии на вступление в брак и наличие процедур его расторжения и признания недействительным квалифицируются А.Д. Корецким как элементы легальной сущности договора вообще, а не договора гражданско-правового типа. (Кстати, автор не замечает, что требования к заключению брака и исключительно юрисдикционный способ развода не столько доказывают договорную природу брака, сколько как раз «оспецифивают» его, выводят из общего правила.) Между тем М.В. Антокольская, на мнение которой автор ссылается, подчеркивает именно гражданско-правовую природу брака, что общепризнанным не является.

Как мы уже отмечали ранее применительно к семейно-правовым договорам в целом, сопоставляя понятия «договор» (гражданского права) и «соглашение» (семейного права), И.Б. Новицкий подчеркивает: «Договоры гражданского права должны быть отмежеваны от соглашений, которые могут иметь и

---

[192] См., например: Антокольская М.В. Семейное право. С. 43.

[193] См.: Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство. С. 147.

[194] См.: Корецкий А.Д. Указ. соч. С. 122–126.

[195] Антокольская М.В. Указ. соч. С. 114.

имеют место в других областях советского права, например, в советском семейном праве. Брак немыслим без свободного согласия на него данной пары; тем не менее это соглашение можно признать (да и то с некоторыми оговорками) обыкновенным договором разве лишь в буржуазном праве. … С точки зрения советского права брак никак нельзя признать договором, хотя бы в силу одного того, что целью брака является объединение всей жизни вступающих в него лиц». Соглашение, продолжал И.Б. Новицкий, является лишь одним из необходимых юридических фактов брачного правоотношения; личный элемент настолько преобладает в семейно-правовых отношениях, что соглашения не получают здесь самостоятельного значения, «и во всяком случае должны быть резко отстранены от имущественных договоров гражданского права»[196].

Если опустить неизбежный идеологически-советский «флер» приведенной позиции, то останется, пожалуй, главное: 1) соглашение как таковое для брака не только приемлемо, но и неизбежно (хотя бы как предпосылка брачного правоотношения; 2) брачное и иные семейно-правовые соглашения не могут иметь гражданско-правовой природы из-за доминирования в них личного начала.

Из многообразия констатаций о сущности договора очевидное значение для брака как разновидности семейно-правового договора имеют следующие:

1) свободная согласованность воли и волеизъявлений мужчины и женщины;

2) равенство их прав и обязанностей;

3) требования к форме – письменная;

4) особое значение госрегистрации как конститутивного элемента договора, а не его предпосылки;

5) направленность на возникновение (супружеских), изменение или прекращение (иных, в том числе различных семейных) прав и обязанностей;

6) относительная свобода расторжения, хотя и весьма специфически «охваченная» административно-процессуальными (ад-

[196] Новицкий И.Б. Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2006. С. 113–114.

министративный развод) и гражданско-процессуальными (судебный развод) рамками.

Что касается таких свойств договора, как «наличие гарантий своего исполнения» (Ю.А. Тихомиров и др.), «обеспеченность государственным принуждением (А.Д. Корецкий и др.), то эти свойства, как мы уже отмечали, представляются не стопроцентно характерными и для других видов договоров различной отраслевой принадлежности, по крайней мере, в своем буквальном прочтении. Взаимная ответственность сторон в браке имеет скорее позитивный характер (позитивная ответственность), а механизм принуждения подключается при расторжении брака, а также признании его недействительным – в специализированных процессуальных формах.

О.С. Иофре отмечал, что сходство супружеского союза со сделкой действительно очевидно, так как брак возникает на основании юридического акта, совершенного с намерением породить правовые последствия. Однако его социальное содержание и эти самые правовые последствия исключают квалификацию брака в качестве одной из разновидностей гражданско-правововых сделок. Сделка имеет своей юридической целью создание для ее участников конкретных прав и обязанностей, брак же, основанный на любви, а не на исключительно имущественных интересах, такой правовой цели не преследует, его цель – получить государственное признание созданного союза, основа которого – любовь и уважение[197] – хотя и не входит в его юридическое содержание, однако подрывает его как только исчезает. Это совершенно невозможно в гражданских сделках[198].

М.В. Антокольская, занимая по отношению к браку наиболее «програжданскую» позицию[199], выстраивает ее не столь прямолинейно, как можно было бы ожидать, отправляя свои предполо-

---

[197] Мы бы уточнили: взаимная склонность, проявляющаяся в различных формах.

[198] См.: Иофре О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 187–188.

[199] Эта роль данного ученого, на наш взгляд, весьма полезна: будучи «сыгранной» основательно и талантливо, она придала всему семейно-правовому «спектаклю» современное актуальное звучание и обновила дискуссионные позиции семейноведов.

жения от конечного результата ее построений «брак – гражданско-правовой договор».

Действительно, отмечает автор, воля вступающих в брак направлена на достижение бесчисленного множества последствий – как правовых, так и не правовых. Однако прежде всего они стремятся приобрести общественный и правовой статус законных супругов, что влечет за собой и приобретение соответствующих прав и обязанностей. Хотя большинство последних обозначены в законе императивным образом, подчинение данным указаниям происходит по свободной воле заключающих брак. На том основании, что гражданско-правовым договором стороны сами устанавливают права и обязанности, а в браке – лишь подчиняются закону, нельзя заключить принципиального отличия брака и договора. С появлением брачных договоров и соглашений об алиментах диспозитивные начала существенно усилили свое влияние: с их помощью супруги могут «почти полностью изменить свои имущественные отношения»[200].

В этих суждениях автора заложено, на наш взгляд, несколько спорных моментов. Во-первых, императивное закрепление юридической сущности брака отличает-таки его от гражданско-правовой сделки (на что и указывают О.С. Иоффе, А.М. Нечаева и другие ученые). Утверждение, что гражданский закон также содержит целый ряд обязательных предписаний для сделок-договоров в целом и по видам, разумеется, справедливо. Однако свобода усмотрения в этих случаях и свобода присоединения или неприсоединения к императиву (вступления – невступления в брак) применительно к супружескому союзу отличаются примерно так же, как скоростной бег на коньках и фигурное катание (от способа организации ледового катка до правил соревнований). Во-вторых, брачный договор и алиментное соглашение есть следствие «договора о браке», а не его содержание (даже если рассматривать брак и как юридический факт, и как правоотношение). В-третьих, как мы уже отмечали в других своих работах[201], возможность брачным договором «полностью изменить имуще-

[200] См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2001. С. 106–107.

[201] См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 17–18. См. также параграф 2.4.

ственные отношения» супругов весьма сомнительна, противоречит общим началам семейного закона (ст. 1 СК РФ). Если опираться не на частное de jure, «изобретенное» в экспериментальном для российского общества 90-х гг. XX в. порядке, а на сущее, на потребности семьи (создание которой преследуется браком – по смыслу всех исторических версий российского семейного законодательства), то выстраивается, на что мы неоднократно указывали, необходимость существенных ограничений указанных договорных возможностей для обеспечения интересов менее социально защищенных членов этой семьи, основанной на браке, – детей, супруги (супруга), занимающегося «ведением дома» (не только хозяйством!) и т.д.

Наконец, само содержание брачного правоотношения весьма отлично от сущности гражданско-правовых обязательственных (и необязательственных) договорных правоотношений, что подчеркивал еще Г.Ф. Шершеневич и другие цивилисты[202].

Вслед за ними, ни в коей мере не отрицая *договорной природы* брака, мы стремимся обозначить его иную отраслевую принадлежность, иную методологию его построения. Конечно, такие элементы брака, как согласование воли сторон, письменная форма заключения, развернутая система условий действительности, отражают договорную сущность брака. Но предмет брака-договора весьма специфичен: совместная жизнь мужчины и женщины (разумеется, на основе свободы выбора места жительства, рода занятий, взаимного решения всех вопросов функционирования семьи – ст. 31 СК РФ), характеризующаяся духовным, эмоциональным, сексуальным, экономико-бытовым взаимодействием. По справедливому замечанию М.В. Кротова, хотя эти последние компоненты остаются вне прямой правовой регуляции, внеправовыми или безразличными праву их также считать нельзя: «… они подлежат учету при принятии их или иных решений, воспринимаясь при этом как определенная данность, которая не может быть… сведена к какому-либо знаменателю»[203]. (Напри-

[202] См., например: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 377–378.

[203] См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 2001. С. 317.

мер, все эти обстоятельства оцениваются при признании брака недействительным, а также при его прекращении разводом.)

Субъекты брака-договора – лица, отвечающие совершенно нетипичным требованиям для гражданского права: разнополость, отсутствие близкого родства и правоотношений усыновления (удочерения), определенных заболеваний, несостояние в другом браке-договоре. Возраст брачующихся также определяется весьма специфическими правилами. Единственное сходное условие – дееспособность. Иначе выстраивается институт недействительности брака, особенно схема правовых последствий. Принципиально по-другому, как мы уже отмечали, институт расторжения брака-договора, да и прекращения в целом (основания развода, специальные правила развода с безвестно отсутствующими, последствия явки объявленного умершим[204]).

Таким образом, солидаризируясь с М.В. Антокольской, М.В. Кротовым и другими цивилистами о договорной природе брака, ни в коей мере не принижающей и тем более не исключающей его этико-фактической сущности, которая может представляться супругам и самым различным исследователям и как мифическое таинство, и как моральное обязательство, и как сексуально-экономический (и даже политический!) союз и т.п., мы настаиваем на семейно-правовой, вполне суверенной от гражданско-правовой, принадлежности брака-соглашения и брака-правоотношения.

При этом с удовлетворением осознаем, что для возвращения de jure брака-договора (и других семейно-правовых договоров) в сущее «лоно» гражданского права требуется не власть «полета мысли» исследователя, а власть решения законодателя, вектор которой вряд ли будет направлен в гражданско-правовую сторону.

2.3. Фактические союзы («квазибрачные партнерства»)

В основе фактического брака и квазибрачных партнерств, как и в основе рассмотренного нами «законного» брака, лежит дого-

[204] Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 48–57.

вор. В зависимости от юридического признания таковых союзов этот договор является либо правовым, либо только фактическим.

Первая, самая древняя и постоянно модифицирующаяся их разновидность – фактический брак. Указанный термин весьма условен в тех правовых системах, в частности и российской, где при отсутствии акта госрегистрации соответствующего союза мужчины и женщины брака вообще нет (п. 2 ст. 10 СК РФ). В определенном смысле эти фактические союзы «создает, – отмечает М. Босанац, – само право тем, что фиксирует границы брака»[205].

Первой формой фактического брака являлся *парный брак.* Эта посылка, конечно, условна, так как он же был единственной формой индивидуального союза мужчины и женщины, породившего далее парную семью (в противовес родье – семейному союзу брата, сестры и детей сестры[206]). Поскольку парный брак не имел правовой формы, он как бы являл нам фактический брак «в чистом виде» – в этом и состоит условность его видовой роли. Современный конкубинат (фактический брак), отмечает М. Босанац, можно было бы рассматривать как «рефлекторный остаток парного брака»[207].

Второй исторической формой являлся римский *брак sine manu,* который появился как «противовес» браку cum manu и строился на свободном соглашении мужа и жены и их равноправии в семейном союзе. Возникнув из простого брачного сожительства для избежания manus (власти мужа), этот брак заключался, отмечал И.А. Покровский, путем простого *брачного соглашения*, за которым следовал привод жены в дом мужа, сопровождавшийся, конечно, различными бытовыми обрядами, которые, однако, юридического значения не имели. «Полная бесформальность брака, при формальности целого ряда других, менее важных юридических актов, – подчеркивал автор, – представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческим происхождением брака sine manu. Эта бесформальность сохрани-

[205] См.: Босанац М. Внебрачная семья. М., 1981. С. 48.

[206] См., например: Семенов Ю.И. Происхождение брака и семьи. М., 1974. С. 266–279.

[207] Босанац М. Указ. соч. С. 55.

лась в римском праве до самого конца; лишь уже в Византии была установлена необходимость церковного венчания»[208].

«Брак республиканской эпохи, – пишет Дженнаро Франчози, – был исключительно фактическим отношением, то есть не чем иным, как продолжительным союзом между мужчиной и женщиной (парный брак в этнографии), с которым государство постепенно начинает связывать некоторые последствия».[209] Римские юристы не определяли брак, продолжает автор, так же как не регламентировало его само право: они принимали его «социальное понятие, трансформируя его медленно и не напрямую в юридическое отношение» и принимая его так, как оценивает «общественное сознание»[210].

Рядом с браком sine manu существовала и классическая историческая форма фактического брака – *конкубинат*. Он рассматривался римскими юристами как постоянный союз мужчины и женщины без обоюдного намерения вступить в брак[211]. «В римском правопорядке конкубинат, – подчеркивают И. Пухан и М. Поленак-Акимовская, – не был чисто фактическим отношением, безразличным для права или даже незаконным, а формой союза, разумеется уступающей браку, однако признаваемой правом»[212]. Конкубинат имел место всякий раз, отмечают авторы, когда союз не мог притязать на уровень брака из-за отсутствия какого-либо из необходимых условий или по причинам социального характера (например, из-за непрестижности связи сенатора и вольноотпущенницы); во избежание кривотолков всякий, кто желал иметь в качестве простой и постоянной наложницы женщину («свободнорожденную и честную»), должен был об этом заявить в присутствии свидетелей[213]. Брачным законодательством Августа для конкубината были введены определенные требования, в отсутствие которых данный союз становился безразличным для права, а в не-

---

[208] См.: Покровский И.А. История римского права. СПб., 1998. С. 453.

[209] Франчози Дженнаро. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 167.

[210] Франчози Дженнаро. Институционный курс римского права.

[211] См., например: Гарридо М.Х.Г. Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 271.

[212] Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М., 2000. С. 142.

[213] Там же С. 142–143.

которых случаях – даже незаконным: запрет родства, состояния в браке или другом конкубинате, долговременность и стабильность совместного проживания. Дети, родившиеся в конкубинате, назывались liberi natules («природными») и поэтому, хотя и не были связаны с отцом юридическими узами, находились все же в лучшем положении по сравнению с детьми vulgo guaesiti (рожденными вне брака) – посредством узаконения они могли подняться на уровень детей, рожденных в браке[214]. На конкубину не распространялось, в отличие от жены, достоинство положения мужа, и она не входила в его семью[215].

Близким по сущности союзом был contubernium – долговременный и привычный фактический союз между рабом и рабыней, между свободным мужчиной и рабыней или между рабом и освобожденной женщиной. Он также не совсем игнорировался правом (например, родство, возникшее из данного союза, признавалось препятствием заключению брака[216]).

Конкубинат (естественный, дикий брак) и contubernium воспринимались, по характеристике Чезаре Санфилопо, вполне толерантно – в отличие от adulterium (половой связи лиц, из которых хотя бы одно находилось в браке), инцеста (связи между родственниками), запрещенных и влекших наказание, а также случайных или временных связей с рабами, рабынями, блудницами и другими женщинами сомнительного поведения, наказания за которые, как правило, не следовало[217].

Фактические браки (невенчанные, не внесенные в метрические книги) существовали и в более позднее время, в том числе и на Руси – даже после ее крещения и введения церковного брака[218]. Уже в XIX в. получили распространение гражданские браки русских разночинцев с атеистическими убеждениями.

---

[214] Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право.

[215] См.: Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 271; Новицкий И.Б. Указ. соч. С. 63.

[216] См.: Гарридо М.Х.Г. Указ. соч. С. 271.

[217] См.: Санфилипо Чезаре. Курс римского частного права. М., 2000. С. 113.

[218] См., например: Нижник Н.С. Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. СПб., 2006. С. 15–16; Пахман С.В. Указ. соч. С. 394.

Своеобразным примером фактического брака был союз Жан-Жака Руссо с госпожой Рену. Знаменитый брак Руссо, который исповедовал идею брака как вида общественного договора, был «заключен» через 25 лет после его фактического начала. В книге Н.С. Суворова «Гражданский брак» дается описание этого события. Брачная церемония, по словам Руссо, совершалась «во всей простоте и во всей истинности природы»: в одной из комнат своей квартиры, в присутствии двух свидетелей, держа за руку госпожу Рену, Руссо произнес речь о той дружбе, которая соединяла их в течение 25 лет, и о принятом ими решении сделать этот союз нерасторжимым; затем он спросил свою сожительницу, разделяет ли она его чувства, и, получив положительный ответ, произнес речь об обязанностях супружества. (Ровно через год после этой церемонии мадам Руссо оставила своего супруга. Философ протестовал, требуя соблюдения обоюдного согласия на развод, т.е. такого же договора, которым совершался брак. Но протест Руссо остался бесплодным[219].)

«Фактические брачные отношения, – отмечают В.И. Данилин и С.И. Реутов, – это более или менее продолжительные и устойчивые отношения между мужчиной и женщиной, которые живут одной семьей, ведут общее хозяйство». Фактический брак, продолжают авторы, «не гражданско-правовая сделка (что косвенно вытекает из действующего закона, а союз преимущественно личного характера, весьма близкий зарегистрированному браку»[220].

Современные формы фактических браков, сожительств, партнерств, фактических супружеств достаточно разнообразны – и сущностно, и терминологически. М. Босанац из всего спектра вариантов предпочитает обозначать устойчивые союзы мужчины и женщины конкубинатом, разумеется, в широком (не римском) смысле. Конкубинат, по мнению автора, характеризуется неформальным возникновением, крепкими отношениями между партнерами, лишенными необходимости лицемерить и осознающими легкость фактического и не требующего формальностей разры-

[219] См.: Суворов Н.С. Указ. соч. С. 39–40.

[220] Данилин В.И., Реутов С.И. Юридические факты в советском семейном праве. Свердловск, 1989. С. 66–67.

ва[221]. Он же определяет его как длительный внебрачный союз мужчины и женщины, не намеревающихся формально закрепить свои семейные отношения[222].

Опираясь на судебные исследования фактического брака как основного и наиболее распространенного доказательственного факта в гражданском процессе по делам об установлении внебрачного отцовства (ст. 48 КоБС РСФСР; практика применения ст. 48 и 49 СК РФ), можно сделать некоторые дополнения о существе данного внебрачного союза. Так, правило ч. 2 ст. 48 КоБС РСФСР являлось своеобразным косвенным признанием частичного юридического значения фактического брака: доказанность совместного проживания и ведения общего хозяйства матерью (истицей) и предполагаемым отцом (ответчиком) до рождения ребенка при отсутствии обстоятельств, исключающих факт происхождения от данного лица (командировка, результаты гинекологической, урологической экспертизы и т.п.), вело к удовлетворению соответствующего иска. По сути это была правоприменительная презумпция отцовства в фактическом браке. Совместное проживание подтверждалось (и подтверждается в настоящее время, так как фактические презумпции, как и нормативные, есть результат человеческого опыта, который не зависит от включения или невключения тех или иных словосочетаний в текст нормы права) наличием обстоятельств, характерных для семейных отношений: проживание в одном жилом помещении, совместное питание, взаимная забота друг о друге, совместный досуг и т.п. Ведение общего хозяйства трактуется как удовлетворение повседневных бытовых потребностей путем приобретения продуктов питания, приготовления пищи, уборки помещения, стирки белья, покупки предметов домашнего обихода и обстановки, вещей личного пользования и т.п.[223]

Таким образом, фактический брак есть союз мужчины и женщины, характеризующийся устойчивым, длительным совместным проживанием, ведением общего хозяйства, организацией досуга, а

---

[221] См.: Босанац М. Указ. соч. С. 55.

[222] Там же. С. 54.

[223] См., например: Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье. Томск, 1981. С. 126.

при наличии детей – родительской заботой о них, т.е. поддержанием семейных отношений. Значит, главное – нахождение лиц в отношениях, характерных для супругов, в неюридическом контексте – тождественных.

В литературе высказана и иная точка зрения о его существе. Так, М.В. Кротов пишет: "Фактическим браком именуются отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированных в установленном законом порядке»[224]. Это не совсем так. В данном союзе могут не соблюдаться условия о возрасте, дееспособности, моногамии (лицо может, пусть и формально, состоять в зарегистрированном браке), запреты по состоянию в близком родстве или отношениях усыновления. Поскольку фактический брак безразличен семейному закону, первый может отвечать тем же. Другое дело, если бы он имел семейно-правовое значение, тогда бы суд, устанавливая данный юридический факт, оценивал существо отношений во взаимосвязи с требованиями, предъявляемыми к "законному" браку.

История советского и российского семейного права в вопросе о взаимодействии фактического брака и закона весьма противоречива. Как известно, в КЗоБСО 1926 г. данное явление получило правовое признание. Обсуждение проекта этого кодекса, особенно в обозначенной части, проходило весьма бурно. Так, Г.М. Свердлов отмечал, что послевоенная разруха и трудности НЭПа ставили многих женщин в зависимое положение от экономически более сильной стороны; в кулацкой и нэпманской среде весьма распространились «браки на срок», или «сезонные браки» батрачки с хозяином с целью эксплуатации ее труда в сочетании с иными удовольствиями... Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений[225].

Д.И. Курский, наиболее активно защищавший новации проекта, писал, что оградить права женщины, особенно в кратковременных, «сезонных» союзах, необходимо: в условиях безработицы алименты от бывшего мужа на год или полгода по-

---

[224] Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 269.

[225] См.: Свердлов Г.М. Указ. соч. С. 72.

зволят ей хотя бы частично «встать на ноги», найти работу. Спекулирование женщин на алиментах (явление «алиментарных женщин») есть раздувание в тенденцию отдельных фактов[226]. Прежний кодекс, продолжал автор в другом своем докладе, был принят, когда нераздельно господствовал церковный брак и не имелось другого способа оформления брачного союза – отсюда и столь решительное и жесткое требование регистрации (хотя уже и тогда раздавались голоса в поддержку фактического брака). Регистрации, однако, следует придать то значение, которое она и должна иметь, – «значение технического средства при спорах о правах, вытекающих из брака»[227]. Ранее фактические браки были как бы сомнительными в глазах общества и часто одного из фактических супругов – они перестанут быть сомнительными, «если дело будет поставлено во время спора в судебном порядке и рядом доказательств будет установлено, что эта брачная связь носила длительный характер, что она фактически признавалась вовне...». «Придет время (я глубоко убежден в этом), – заключал автор, – когда мы приравняем регистрацию во всех отношениях к фактическому браку или уничтожим ее совсем»[228]. Можно говорить о грядущем замещении фактическим браком брака зарегистрированного, так как первый представляет собой исключительно свободный союз, без «юридических оков» и, следовательно, является прообразом коммунистического типа отношений между мужчиной и женщиной[229].

Указом Президиума Верховного Совета от 8 июля 1944 г. фактическое супружество как юридический факт и отношение, частично регулируемое семейным правом, было дезавуировано, объявлено незаконным. И если в регуляции иных отношений с семейным элементом законодатель принципы Указа отринул (в 1965, 1968 – 1969 гг.), то применительно к рассматриваемому институту остался «ретроградом».

---

[226] См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 302–303.
[227] См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. С. 245–246.
[228] Там же. С. 290.
[229] Там же.

Консервативные[230] взгляды по этому поводу еще достаточно распространены. Так, например, Л.П. Короткова и А.П. Вихров полагают, что семья изначально образовывается и пребывает только в рамках закона… Сожительство как брачное состояние без регистрации не порождает семейно-правовых последствий и свидетельствует о легкомыслии в брачных отношениях, об аморфности и ненадежности их, о безответственности перед семьей и обществом, а в конечном счете – о неприятии признаваемой законом и государством семьи[231].

Ряд известных цивилистов-семейноведов не комментируют эту ситуацию, ограничиваясь констатациями положений КЗоБСО 1926 г. и соответствующими веяниями европейской семейно-правовой доктрины[232].

Некоторые из современных авторов (начала XXI в.) вообще обходят проблему молчанием[233]. Другие, не отрицая ее перспектив, полагают, что в настоящее время «почва» для решительных шагов еще не готова (например, О.Ю. Ильина)[234] и, возможно, еще не скоро будет готова (О.Ю. Косова)[235], третьи настаивают на варианте весьма ограниченного признания (С.В. Сивохина, А.В. Слепакова)[236].

Между тем основополагающий принцип российского (до 1991 г. – советского) брачного права о признании браком лишь союза, прошедшего государственную регистрацию, подвергается весьма основательному сомнению.

---

[230] Автор отнюдь не придает данному термину сколько-нибудь негативный смысл.

[231] См.: Короткова Л.П., Вихров А.П. Семья – только в рамках закона // Правоведение. 1994. № 5–6. С. 160.

[232] См., например: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 73, 91–92.

[233] См., например: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004.

[234] См., например: Ильина О.Ю. Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 34, 41.

[235] См.: Косова О.Ю. «Фактические браки» и семейное право. С. 95.

[236] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 117; Слепакова А.В. Фактические брачные отношения и право собственности // Законодательство. 2001. № 10. С. 15.

Так, уже в начале 70-х гг. XX в. мысль о допустимости возврата семейно-правовой защиты фактического брака была высказана С.И. Реутовым[237]. В 1983 г. и последующие годы в довольно резкой форме и развернутом виде она была представлена в работах автора настоящего исследования[238]. С разной степенью позитива смотрят на проблему М.В. Антокольская, О.А. Косова, М.В. Кротов и другие цивилисты.

Как мы уже отмечали, с внешней стороны фактический брак отличается от «законного» лишь актом государственной регистрации. Существо обоих явлений от этого не меняется.

Более того, поскольку совместное проживание в «законном» браке не является конститутивным требованием (ч. 1 ст. 31 СК РФ: «Каждый из супругов свободен в выборе... мест пребывания и жительства»), а в фактическом, по определению, составляет самое его существо, можно утверждать, что не только в жизни, но и de jure «законный» брак есть «меньший» брак (или может быть «меньшим»), нежели фактический, в нем «меньше семьи»...

В 1989 г. в России насчитывалось 36 млн. брачных пар, в 2002 г. – 34 млн. Причем впервые в истории российских переписей в последний раз считали не только официально зарегистрированные браки, но и внебрачные сожительства мужчин и женщин (фактические браки), численность которых составила около 3 млн. Таким образом, фактические браки, существовавшие как социальное (а в отдельные периоды правовой истории – и юри-

---

[237] См.: Реутов С.И. К вопросу о фактических брачных отношениях // Вопросы гражданского, трудового и колхозного права. Пермь, 1973. С. 82–102.

[238] См., например: Тарусина Н.Н. Спор о праве семейном в советском гражданском процессе: Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 57–59; Она же. Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. Критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридический ф-т. Кн. 3. Т. 80/81. София, 1990. С. 88–89; Она же. Семейное право. С. 60–69; Лушников А.М., Лушникова М.В. Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. С. 47–49, 59–67 и др. работы.

дическое) явление всегда, в последние годы приобретают все большую распространенность[239].

«Никакой законодательный запрет, – пишет М.В. Кротов, – не может исключить из обычной жизни внебрачные связи длительного характера, которые сами стороны, желая того или нет, признают фактическим браком. …Общественная мораль в отношении фактических браков также претерпела определенные изменения, все более и более смягчая ту нетерпимость в отношении фактических браков, которая господствовала в 70 – 80-е годы»[240].

Не считаться с этой реальностью нельзя. Недаром, отнюдь не «лоббируя» правовую защиту фактического супружества, О.Ю. Косова тем не менее утверждает: «… с точки зрения социологического толкования семьи очевидно, что и фактический брак нельзя не считать семейным союзом, если он выполняет те же социальные функции, что и семья, основанная на зарегистрированном браке»[241].

М.В. Антокольская также признает, что фактические брачные отношения получают все большее распространение, и ограничиваться просто констатацией факта, что они не порождают правовых последствий, недостаточно: «Фактический брак не следует приравнивать к зарегистрированному полностью, но за ним целесообразно было бы признать некоторые правовые последствия в области имущественных отношений. В частности, за супругом, состоящим длительное время в фактических брачных отношениях, можно было бы признать право на алименты, на наследование по закону, а также прямо разрешить фактическим супругам заключать брачные соглашения, в том числе и с условием о распространении на их имущество режима общей совместной собственности супругов»[242].

Любому государству, отмечает А.Д. Толстая, выгодно, чтобы граждане вступали в прочные семейные союзы, которые, независимо от своей регистрации, решают все основные функции се-

---

[239] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 100.

[240] Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Т. 3. М., 1998. С. 269.

[241] Косова О.Ю. Указ. соч. С. 77.

[242] См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. М., 1995. С. 120.

мьи – сексуальную, экономическую, репродуктивную и образовательную. Проблема актуализируется и в связи с расширением международных связей, миграцией населения, а также в свете интеграции России в европейское пространство[243].

Если двигаться в направлении признания явления фактического брака, то, видимо, требования к нему должны в основном коррелировать с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку, кроме признака регистрации и необязательности совместного проживания: оба они подрывают самое существо фактического супружества. Это значит, что возраст, близкое родство, отношения усыновления, состояние в другом (зарегистрированном ли, фактическом ли) браке, неанонимность (публичность) союза – условия для признания судом факта фактического брака, если к такой возможности мы в принципе вернемся. Несколько сложнее с условиями дееспособности и фактами сокрытия заболеваний, предусмотренных правилом ч. 3 ст. 15 СК РФ. Как и в случае несоблюдения требования о брачном возрасте (для «законного» брака – ч. 2 ст. 29 СК РФ), определение значения данных фактов следует оставить на усмотрение суда. Да и в целом, применительно к правовому признанию судом факта фактического брака, логично и справедливо использовать аналогии норм СК РФ о санации и отказе в санации «недействительного брака» (ст. 29) и льготах для добросовестной стороны после признания брака недействительным (ст. 30).

(Кстати, жесткое по толкованию и перспективным задачам определение исследуемого явления М.В. Кротова подобного подход не исключает: «Фактическим браком именуются отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированные в установленном законом порядке»[244].)

На Западе еще в 70 – 80-е гг. XX в. ученые, общественность и политические деятели начали проявлять беспокойство относительно кризиса семейных ценностей, семьи, основанной на браке.

---

[243] Толстая А.Д. Фактический брак: перспективы правового развития // Закон. 2005. № 10.

[244] См.: Кротов М.В. Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 269.

Однако это привело не к «ужесточению» мер против фактических брачных союзов, как это произошло в Советском Союзе в 40 – 50-е гг., а, напротив, к соответствующей либерализации законодательства ряда стран.

Так, в Нидерландах Законом о зарегистрированном партнерстве 1997 г. установлено, что мужчина и женщина, не вступая в брак, как это всегда было традиционно принято, могут заключить договор о совместной жизни, зарегистрировать его и тем самым создать семейный союз в виде партнерства. В 2000 г. в соответствии с Законом о дальнейшем сближении между браком и партнерством правовые различия между ними стали несущественными, при этом каждый из них может легко трансформироваться друг в друга[245].

Ряд стран (Швеция, Бельгия, Венгрия, Франция, Португалия) приняли нормативные акты, которыми признаются порождающими правовые последствия отношения фактического совместного семейного проживания в течение длительного времени. Такие отношения по своему существу не являются браком по смыслу законодательства о браке и семье и называются сожительством[246].

Новеллой ГК Франции в редакции закона 1999 г. стало введение нормы о конкубинате – с последующим распространением на конкубинов ряда социальных льгот. В ст. 515–8 ГК конкубинат определяется как «фактический союз, характеризующийся совместной жизнью, представляющей устойчивый, продолжительный характер, между двумя лицами разного или одного пола, живущими в паре». При этом срок законом не определен[247].

Как отмечает С.В. Сивохина, в отличие от брака и от гражданского пакта солидарности, конкубинат – не юридическое, а фактическое состояние. Однако французское право учитывает эти пары и предоставляет им защиту в различных сферах. Для этого необходимо получить в мэрии сертификат конкубината (свидетельство свободного союза): этот документ позволяет конкубинам сохранять право проживания по месту жительства умершего

[245] Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 520.
[246] Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 521.
[247] Относительно однополых союзов см. далее.

конкубина-нанимателя, права на получение пособий по социальному обеспечению и некоторых пособий на семейные нужды (карты скидок и т.п.). Ряд организаций не требуют предоставления сертификата и удовлетворяются письменными заявлениями произвольной формы. Возможны два вида конкубината: простой, где пару составляют двое людей, свободных от брака, и конкубинат-измена, когда один из сожителей состоит в браке[248].

Весьма своеобразен подход к проблеме в Эквадоре. В этой стране еще в 1982 г. был принят закон «О регистрации фактического брака». В ст. 1 закона установлено, что «постоянный и моногамный фактический брак продолжительностью более двух лет между мужчиной и женщиной, свободными от брачного союза, чтобы вместе жить, рожать детей и оказывать друг другу взаимную помощь, дает основание для образования общности имущества». Норма ст. 10 закона предписывает применять к пережившему фактическому супругу все правила о наследовании для «законных» супругов по ГК Эквадора, а ст. 11 – налоговое и пенсионное законодательство[249].

Социальным кодексом Германии в редакции 8 июня 2006 г. закреплены признаки супружеского сообщества: 1) совместное проживание на одной жилплощади более одного года; 2) наличие совместного ребенка; 3) взаимное материальное обеспечение и забота о проживающих с ними детях одного из партнеров или прочих близких родственниках; распоряжение имуществом или улаживание дел другого партнера. При доказанности одного из этих фактов союз мужчины и женщины признается фактическим сообществом и влечет обязанности по взаимной материальной поддержке.

Получили признание разнообразные зарегистрированные партнерства: социально-экономическое партнерство Франции, зарегистрированные партнерства стран Скандинавии, Германии, Исландии, Бельгии, ЮАР, Португалии, региональные партнерст-

[248] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 104–106.

[249] Слепакова А.В. Фактические брачные отношения и право собственности // Законодательство. 2001. № 10. С. 8–15.

ва в Канаде и США и т.д.[250] Частично легализовала фактические брачные отношения Украина. Семейным кодексом 2003 г. (с соответствующими изменениями) устанавливается: 1) «Если женщина и мужчина проживают одной семьей, но не состоят в браке между собой или в любом другом браке, имущество, приобретенное ими за время совместного проживания, принадлежит им на праве общей совместной собственности, если иное не установлено письменным договором между ними» (п. 1. ст. 74); 2) «при длительном проживании и нетрудоспособности одного из них, наступившей в данный период, возникает также право на содержание» (ст. 91)[251].

Определенные последствия установлены и для соглашения о заключении брака: «Лицо, отказавшееся от брака, обязано возместить второй стороне затраты, понесенные ею в связи с приготовлением к регистрации брака и свадьбе». Причем затраты не подлежат возмещению, если отказ от брака вызван противоправным, аморальным поведением противоположной стороны. Предусмотрена также возможность расторжения договора дарения (ст. 31 СК Украины).

Вызывают интерес два нормативных положения Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (в редакции от 20.07.2006 г.). Во-первых, среди общих начал семейного законодательства присутствует очень важное заявление: «Воспитание детей и ведение домашнего хозяйства признается общественно полезным трудом» (п. 3 ст. 3). Теоретически это подчеркивает необходимость защиты фактических супругов (как правило, женщины) в имущественной сфере, а практически – возможность создания справедливого прецедента, основанного на аналогии с нормами о законном супружеском имуществе. Во-вторых, в норме ст. 59, как мы уже отмечали ранее, дается определение семьи[252]. При этом ее конститутивные признаки, по сути, аналогичны признакам фактического брака (моральная и материальная

[250] Подробнее об этом см.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 521–525; Ковлер А.И. Антропология права. М., 2002. С. 420–423; Толстая А.Д. Фактический брак: перспективы правового развития // Закон. 2005. № 10. С. 21–29.

[251] Семейный кодекс Украины. Харьков, 2007.

[252] СПС «КонсультантПлюс».

общность и поддержка, совместное проживание, ведение общего хозяйства и т.п.), а в качестве субъектов, хотя и в порядке исключения, допускаются не только супруги, но и иные лица[253]. Полагаем, что до признания необходимости хотя бы некоторой защиты фактических супругов, с учетом указанных предпосылок (которые отсутствуют в российском законодательстве), белорусскому законодательству остался один шаг.

Таким образом, фактический брак как особая разновидность фактического договора о создании семьи требует, по меньшей мере, частичного признания семейным законом. Соответственно факт фактического брака с этого момента может устанавливаться в особом производстве гражданского процесса. Фактическим супругам следует предоставить право заключать договор о совместной семейно-хозяйственной деятельности (по типу брачного договора) и соглашения о предоставлении материального содержания нуждающейся стороне (в случае прекращения союза). Не исключается также предоставление фактическим супругам права быть субъектами правоотношений «технолого-репродуктивного» характера – вплоть до заключения договора о суррогатном материнстве[254].

***

В последнее время некоторыми российскими цивилистами актуализируется проблема однополовых союзов (партнерств). При этом подходы к ее решению разнятся до противоположности.

Так, О.Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в различном историческом времени, социальном и правовом пространствах такие состояния существовали и существуют сейчас. «С точки зрения физической природы человека и законов развития общества, – утверждает автор, – это аномалия. Значит, и их правовое признание – правовой нонсенс»[255].

---

[253] О семье как цели брака см. ранее.

[254] Подробнее об этом – в соответствующем параграфе.

[255] См.: Косова О.Ю. О предмете семейного права. С. 78.

Признавать такие союзы браком (да и вообще признавать их неким явлением de jure), полагают представители различных конфессий и, в частности, Русской православной церкви, значит приглашать человека к греху... В последнее время осуждение подобных союзов прозвучало и из Ватикана, несмотря на широкое распространение в Европе иного общественного мнения и принятие соответствующих законов. (Вспомним, кстати, что в недалекой советской истории «мужеложество» преследовалось уголовным законом.)

Ряд цивилистов рассматривают даже факт смены пола одним из супругов (в уже заключенном браке) либо как «социальную смерть» и основание к автоматическому прекращению брака после вынесения судебного решения об объявлении лица умершим (Д.И. Степанов), либо как основание прекращения брака без развода (Л.А. Смолина), либо как основание расторжения брака (М.Н. Малеина). Последняя, впрочем, допускает сохранение брака, в котором однополые люди ведут общее хозяйство, воспитывают детей, но не выполняют роль мужа и жены по отношению друг к другу[256]. (Впрочем, это допущение, особенно во второй своей части, ничем не может быть обеспечено…)

Н.А. Алексеев считает, что дискриминация сексуальных меньшинств в семейных отношениях существует, однако носит не прямой, а косвенный характер и является следствием не наличия, а отсутствия правового регулирования. В силу того, что отношения между однополыми партнерами российским семейным законодательством не признаются, в совместной жизни подобных пар возникает немало проблем, являющихся юридическим следствием такого непризнания (защита имущественных прав и интересов, невозможность усыновления, приема детей на воспитание в иных законных формах и т.д.[257]).

Однополые союзы, как известно, стали очевидным и общественно признаваемым явлением в 80 – 90-е гг. XX в. Впервые институт зарегистрированного однополого партнерства появился в

[256] См.: Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов. С. 10–11.

[257] См.: Алексеев Н.А. Правовое регулирование положения сексуальных меньшинств. М., 2002. С. 214–221.

1989 г. в Дании, затем в 1993 г. – в Норвегии, 1994 г. – Швеции, 1997 г. – Нидерландах, 1999 г. – Исландии, 2001 г. – Финляндии. В 2001 г. в Германии был принят закон «О прекращении дискриминации однополых союзов: пожизненных партнерствах». В настоящее время, констатирует С.В. Сивохина, свыше двух десятков государств приняли законы о партнерствах (дополнительно к перечисленным – Франция, Бельгия, Канада, Австрия, Израиль, Швейцария, Великобритания и др.). В ряде государств он легализован на региональных уровнях – в Испании (Каталония и др.), Италии (Тоскания и др.), Австрии, Бразилии, США (Гаваи, Калифорния, Вермонт, Дакота, Нью-Йорк, Мэн и др.[258]).

В конце XX в. наметились две тенденции в развитии этого блока семейного законодательства. В большинстве стран законодательные органы исходили и исходят из того, что брак не может быть заключен между лицами одного пола, поскольку тому препятствуют национальные и религиозные традиции и/или соответствующие конституции. При этом не разрешаются и иные формы союзов – партнерства. В странах, где однополые союзы разрешены, брак, как правило, остается союзом мужчины и женщины, хотя в ряде из них правовые последствия однополых партнерств, особенно в имущественном плане, существенно приближены к брачному союзу[259].

Особое место занимают Нидерланды, где на уровне законодательства в корне изменено представление о браке как семейном союзе только мужчины и женщины: в соответствии с нормой ч. 1 ст. 30 ГК «брак может быть заключен между двумя лицами разного или одного пола»[260].

Законодательным экспериментом Франции стала социально-экономическая модель зарегистрированного партнерства – на основе закона 1999 г. «О гражданском пакте солидарности» (с последующим внесением в ГК Франции положений о самостоятельном гражданско-правовом договоре), поддержанного почти

---

[258] См.: Сивохина С.В. Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции. С. 118–119.

[259] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. С. 521–522.

[260] Там же. С. 525.

половиной населения страны (при том, что 13 тыс. мэров городов и президент республики Ж. Ширак выступили против любых имитаций брака[261]).

Участники договора о партнерстве должны отвечать определенным требованиям: возраст, дееспособность, несостояние в браке или другом партнерстве. Именно это позволяет ряду исследователей признавать его косвенную семейно-правовую природу, хотя формально-юридически он таковым не является[262]. В отличие от брака, заключение которого требует регистрации в мэрии, партнерство регистрируется в суде. Расторжение осуществляется как на основе взаимного согласия, так и при наличии спора также в суде. К правовым последствиям относятся: возникновение совместной собственности (если иное не предусмотрено договором), право на социальное обеспечение по семейному типу, право требовать совместного отпуска (при работе в одной компании), перевода в область проживания партнера (для лиц, работающих в государственной администрации), право на долгосрочную визу для партнера-иностранца (с последующим получением вида на жительство), на налоговые льготы (после трех лет сожительства). Не возникает, однако, аналогий с браком в области наследования и налогообложения[263].

По мнению Н.А. Алексеева, французская модель служит образцом для стран, не готовых сразу перейти к институту зарегистрированного партнерства для однополых пар и признать их семейный статус, ибо пакт не наносит ущерба традициям брака и не разрушает материю семейного права. Автор предлагает инкорпорировать в российское законодательство правовую конструкцию партнерства, альтернативную браку, – предпочтительно не семейно-правовой, а гражданско-правовой принадлежности. Этот вариант, с его точки зрения, вызовет меньше споров и возражений. Н.А. Алексеев считает необходимым ввести в ГК РФ договор социально-экономического партнерства – это даст возможность однополым парам получить некоторые экономические преимущест-

[261] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 119–120.

[262] См.: Алексеев Н.А. Гей-брак: Семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. М., 2002. С. 107.

[263] См.: Сивохина С.В. Указ. соч. С. 122–126.

ва и официальное признание отношений. Договор должен заключаться в письменной форме и подлежать нотариальному удостоверению. На втором этапе либерализации законодательства автор предполагает корректировку разнополой сущности брака[264].

С.В. Сивохина полагает, что законодательный эксперимент, захлестнувший многие страны Европы, «в условиях патриархальной России представляется несвоевременным и даже кощунственным, если учесть низкий уровень правовой культуры населения, господство правового нигилизма, ... высокую степень распространенности гомофобии, игнорирование государством проблемы внебрачных сожительств, а также если учесть скромную, едва заметную политику государства в социальной сфере». Особенно беспокоит автора возможное разрешение воспитания и усыновления детей однополыми парами[265].

Так или иначе какие-то эксперименты в этой области нас, безусловно, не минуют. Лидеры России постоянно подчеркивают европейские статус и традиции нашей страны, а «европейский канон», которого Россия пытается придерживаться, в гендерном плане, как видим, много либеральнее нашей правовой доктрины. Ввиду светского характера государства категорическое осуждение однополых союзов православною церковью также не может быть принято за основу указанной доктрины. В вопросах же венчания и проповеди любви в классическом браке церковь, соответственно, также самостоятельна.

Этапность продвижения к юридическому признанию партнерств, предложенная Н.А. Алексеевым, на наш взгляд, не может быть принята: с одной стороны, вряд ли их природа является гражданско-правовой (это явный лично-правовой союз с семейными элементами), с другой стороны, не следует ставить перед законодателем и перспективную цель приближения таких партнерств к браку, а тем более – отождествления с ним. (Данные союзы с биологической точки зрения не относятся к нормам человеческой природы.) Допущение для участников партнерства приемного родительства, усыновления и иных прав в области попечения над детьми также представляется неприемлемым, так как

---

[264] См.: Алексеев Н.А. Указ. соч. С. 373–376.

[265] Сивохина С.В. Указ. соч. С. 129.

образцы жизнедеятельности партнеров будут оказывать очевидное влияние на воспитуемого ребенка, в котором в большинстве случаев изначально заложены обычные природные потребности.

О.И. Баженова отмечает, что прямого запрета рассмотрения однополых союзов в качестве вида семейных отношений нет, так как норма ст. 2 СК РФ допускает регулирование семейным законодательством отношений между «иными лицами»[266]. Однако это утверждение не соответствует смыслу указанного нормативного предписания: отношения иных лиц могут быть включены в сферу семейно-правовой регуляции в случаях и пределах, предусмотренных семейным законодательством. (Сложнее вопрос о признании таковых союзов «с иностранным элементом», о чем далее размышляет О.И. Баженова, опираясь на норму ст. 166 СК РФ[267].)

В любом случае, прежде, чем менять правовую доктрину в указанном направлении (если это вообще состоится), следует либерализовать отношение последней к фактическому браку, основанному на классическом семейном союзе мужчины и женщины.

2.4. Брачный договор

Термин «брачный договор» является условным. Во-первых, исторически он совпадал с договором о заключении брака. Так у древних славян два из трех способов такового заключения (похищение, покупка, приведение) являлись сделками: 1) передача купленной невесты сопровождалась «запродажной сделкой»; 2) «приведение» невесты – приданым [268]. Приданое, как известно, сохранило свое значение в России, пусть и не всегда в качестве обязательного элемента (союз с «бесприданницей»), вплоть до начала XX в. Одна из причин «теремного» быта девиц, отмечает Н.Л. Пушкарева, коренится в том, что к середине XVI в. знатные

[266] См.: Баженова О.И. Действительность брака в Российской Федерации. М., 2006. С. 158.

[267] См.: Баженова О.И. Действительность брака в Российской Федерации. С. 160–163.

[268] См.: Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 404–406.

девицы-московитки превратились в род весьма дорогого «товара», которым торговали родители, заключая династические союзы[269]. Роль предварительного договора играли соглашения о помолвке, которые, например, в XII в. включали условие о неустойке, если свадьба расстроится по вине ветреника-мужчины. С XVI в. появилась и формула о штрафе с родственников несогласной на брак невесты. Близкие родственники, разумеется, старались не допустить таких инцидентов. Однако были и дошедшие до нас исключения: богатая бабушка Марфа (начало 1560-х гг.), любя внучку Авдотью, продала два села, чтобы выплатить штраф жениху, за которого, влюбившись в другого, внучка отказалась идти замуж[270]. В крестьянкой среде акт заключения брака рядом цивилистов квалифицировался как обычная имущественная сделка – договор типа купли-продажи (Н.Г. Оршанский, К. Кавелин, А. Ефименко). Однако с этим соглашались далеко не все (С.В. Пахман, Д.И. Мейер и др.[271]). В допетровскую эпоху «брачным договором» нередко определялось время заключения брака, приданое невесты или выводные деньги со стороны жениха, оговаривались свадебные расходы, подарки, залоги, задатки и т.д.[272]

Л.Б. Максимович полагает, что в исконном значении понятие «брачный договор» тождественно понятию «брак»[273]. На наш взгляд, это не совсем так. Еще цивилисты XIX в. отмечали, что нередко происходит отождествление соглашения о заключении брака (в этом смысле – брачного договора, или договора о браке) с собственно браком, что не соответствует сущности последнего как пожизненного супружеского союза[274].

Поскольку брак нами рассматривается как разновидность семейно-правового договора о создании супружеской семейной общности, постольку выстраивается цепочка: соглашение о заключении брака, брак как договорное правоотношение и брачный

---

[269] См.: Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины: невеста, жена, любовница (X – начало XIX в.). М., 1997. С. 45.

[270] Пушкарева Н.Л. Частная жизнь русской женщины. С. 14–15.

[271] Подробнее об этом см. в параграфе о браке.

[272] См., например: Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. М., 2003. С. 14.

[273] Там же. С. 15.

[274] Подробнее об этом также см. в параграфе о браке.

договор как необязательное соглашение об имущественных правоотношениях супругов, строящихся на основах, отличных от законного режима.

В контексте действующего семейного законодательства, российского и большинства других стран, с этим (кроме констатации «брак – семейно-правовой договор») соглашается и Л.Б. Максимович[275].

Российская версия сферы применения брачного договора весьма ограничительна. В соответствии с нормой ст. 40 СК РФ последний является соглашением лиц, вступающих в брак, или супругов только об их имущественных правах и обязанностях в браке и (или) в случае его расторжения, т.е. в правоотношениях собственности и алиментном.

Между тем в ряде стран содержательный объем данного договора существенно больше. Так, его англо-американская модель допускает урегулирование не только имущественных отношений, но и отношений, связанных с воспитанием и содержанием детей[276]. Норма ст. 13 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье, в целях «укрепления брака и семьи, повышения культуры семейных отношений, осознания прав и обязанностей супругов, ответственности за детей и друг за друга», также предполагает в брачном договоре регулирование не только имущественных, но и личных отношений: формы, методы и средства воспитания детей, место их проживания, алиментирование, порядок общения с детьми отдельно проживающего родителя, а также другие вопросы содержания и воспитания детей в случае расторжения брака. Более того, устанавливается, что в данном договоре «могут быть урегулированы и другие вопросы взаимоотношений между супругами, если это не противоречит законодательству о браке и семье».

Л.Б. Максимович отмечает, что российский законодатель предпочел не англо-американскую, а континентальную модель (Франции, Германии, Италии и др.), – это «позволило решить вопрос взвешенно и осторожно, о чем свидетельствует намеренное

---

[275] Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 16.

[276] См., например: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 536; Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. М., 2005. С. 89.

сужение рамок брачного договора путем ограничения его содержания законом». Ограничение инициативы супругов имущественным аспектом, продолжает автор, произведено не только потому, что личные права и обязанности не могут быть принудительно осуществлены, но и из-за опасения многочисленных нарушений прав и законных интересов граждан[277]. П.В. Крашенинников сразу по следам принятия СК РФ констатировал, что кодекс «к счастью, нельзя назвать революционным документом»: «учитывая сложность и деликатность семейных отношений, законодатель достаточно осторожно отнесся к построению новых правовых конструкций»[278].

Вероятно, американский и белорусский законодатели (коих, кстати, никак не заподозришь в нормативном «сговоре»), «к несчастью», не были осторожны…

Между тем, во-первых, не всякие личные права и обязанности исключают принудительное осуществление (например, вопрос о месте проживания ребенка может быть обеспечен данной технологией), во-вторых, не всякие из них, если исходить не из традиций гражданского права, а из начал семейного закона, должны отвечать этому признаку. Часть положений закона вполне могут быть ориентированы на позитивную ответственность супругов и регулятивные (нормально развивающиеся) отношения в семье. Кроме того, различного рода соглашения о детях супругами могут заключаться[279]. Почему же им категорически нет места в брачном договоре?..

И наконец, мы как раз и не наблюдаем «взвешенной» позиции законодателя, так как все ограничители свободы брачного договора, которые предусмотрены семейным законом (п.3 ст. 42 СК РФ), либо относятся к классике цивилистики (обеспечение равноправия, запрет ограничения правоспособности и т.д.), либо предельно размыты, требуют оценочной и конкретизирующей

---

[277] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 81.

[278] См.: Крашенинников П.В. Вступительная статья // Семейный кодекс Российской Федерации с постатейными материалами. М., 1996. С. 5.

[279] Подробнее об этом в соответствующем параграфе по вопросу расширения сферы брачного договора за счет личных правоотношений между супругами. См. также: Князева Е.В. Диспозитивность в семейном праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2003. С. 13.

деятельности, которую супруги осуществлять, по общему правилу, не могут, будучи не профессионалами, а нотариусы – не должны по сущности своего статуса.

При этом супруги, выбирая технологию брачного договора, в противовес законному режиму, вольны довести ситуацию до противостояния его содержания методологии бездоговорного («законного») регулирования, установив принцип раздельности имущества (что сделать вправе – п. 1 ст. 42 СК РФ) и проигнорировав положения о способах участия в доходах друг друга и порядке несения каждым из них семейных расходов (что также сделать вправе – в соответствии с буквальным толкованием правила ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ).

«В принципе режим раздельности, – отмечает М.В. Антокольская, – можно назвать наиболее справедливым для современной семьи, в которой оба супруга в более или менее равной степени делят домашние обязанности и оба имеют самостоятельные доходы». Такой режим, продолжает автор, является предпочтительным и для семей, где жена имеет более высокий доход по сравнению с мужем и при этом несет на себе «львиную долю» обязанностей по ведению домашнего хозяйства, заботе о детях и их воспитании. И главное: М.В. Антокольская полагает, что при режиме раздельности «необходимо определить, в какой мере каждый из супругов будет выделять средства на ведение общего хозяйства, оплату общего жилища и другие общие расходы»[280]. Такая трактовка, верная по сути, является императивной – в то время как соответствующие правила ст. 42 СК РФ имеют диспозитивный характер. Разумеется, можно применить ссылку на общие начала семейного законодательства: семейные отношения должны строиться на основе взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов» (ч. 2 п. 1 ст. 1 СК РФ); супруги обязаны «содействовать благополучию и укреплению семьи, заботиться о благосостоянии и развитии своих детей» (п. 3 ст. 31 СК РФ). Но это, как мы уже отмечали, оценочные характеристики, поэтому, кроме опоры на них, необходимо императивным образом сформулировать указанные требования в норме ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ.

[280] См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 170.

Правила ст. 42 СК РФ не содержат и никаких ограничителей свободы договора в целях обеспечения интересов общих несовершеннолетних детей как членов данной «супружеской семьи». Между тем положения законного режима (п. 5 ст. 38, п. 2 ст. 39 СК РФ) являются в этом смысле достижениями российского законодательства, воплощением его социального, гуманитарного начала. То же касается и защиты интересов социально слабой стороны (супруга), на проблемы которой М.В. Антокольской и другими авторами вообще не делается акцента. Полагаем, что и в этой связи нормы о брачном договоре должны быть скорректированы.

***

Как в действующем варианте, так и в вариантах de lege ferenda (расширение социальных ограничений диспозитивности, содержания – за счет некоторых личных прав и обязанностей), брачный договор является комплексным, смешанным, а его природа (особенно в усовершенствованных случаях) – семейно-правовой.

По этому поводу полного единства мнений среди цивилистов нет, причем большинство с данным утверждением не согласны. Так, А.А. Иванов утверждает: брачный договор – обычная гражданско-правовая сделка и потому подчиняется правилам о сделках, обязательствах и договорах[281]. Б.М. Гонгало и П.В. Крашенинников полагают, что исследуемое явление не относится к уникальным, оно – одно из многих в ряду гражданско-правовых договоров: 1) сама возможность его заключения предусматривается в ГК РФ; 2) изменение и расторжение производятся по основаниям и в порядке, также установленным гражданским законом (п. 2 ст. 43 СК РФ)[282]. М.В. Антокольская также категорична в решении этого вопроса: во-первых, в общем виде брачный договор урегулирован нормами ГК РФ; во-вторых, невозможно объяснить, почему в отношении общего имущества супругов должны дейст-

[281] См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 310.

[282] См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. П.В. Крашенинникова и П.И. Седугина. М., 1997. С. 89.

вовать особые семейные соглашения, а в отношении раздельного – обычные гражданские договоры[283]. Да и само название свидетельствует об этом же[284]. На гражданско-правовую природу брачного договора указывают также М.И. Брагинский, В.В. Витрянский[285], Е.А. Чефранова[286] и другие.

Л.М. Пчелинцева[287], Л.Б. Максимович подчеркивают его сложную правовую природу. Так, последняя пишет: «Брачный договор обладает столь яркой и очевидной спецификой, что никак не может быть отнесен к обычным гражданско-правовым сделкам или договорам». «Супружеская общность, – продолжает автор, – не только экономическая, но бытовая, психологическая, эмоциональная, физическая – обусловлена самим браком. Именно это оказывает существенное влияние на супружеские имущественные отношения. …Вместе с тем брачный договор предназначен для регулирования именно имущественных отношений между супругами. И с этой точки зрения он, несомненно, является инструментом гражданского права…»[288].

Во-первых, тождество терминов и схожесть определений, как мы уже отмечали в главе I данной работы, отнюдь не всегда ведет к поглощению «вторичных аналогов» (договоров в международном, административном, трудовом праве и др.) первичным источником.

Во-вторых, регуляция в наиболее общем (совершенно неконкретном) виде исследуемых отношений[289] гражданским законом (п. 1, ч. 3 п. 2 ст. 256 ГК РФ) не с очевидностью свидетельствует об «узурпации» гражданско-правовой власти над брачным договором. (Например, наличие норм ст. 47 ГК РФ «Регистрация актов гражданского состояния» и ст.30–39 ГК РФ об опеке малолетних не подрывает в значительной части административно-

---

[283] См.: Антокольская М.В. Указ. соч. С. 167.

[284] См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. М., 1995. С. 118.

[285] См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. М., 1997. С. 206.

[286] См.: Чефранова Е.А. Имущественные отношения в российской семье. М., 1997. С. 53.

[287] См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России. М., 2004. С. 206.

[288] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 24.

[289] См.: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 134.

правовой природы регистрации АГС и семейно-правовой природы попечения над детьми. Законы систематики, может быть, и требуют упоминания в ГК РФ тех или иных понятий и институтов, но, коль скоро их существенные характеристики находятся в других отраслевых образованиях, а частные цели соответствуют стратегическим целям последних, природа таких понятий, норм и отношений вполне может быть и не гражданско-правовой или, по крайней мере, смешанной (двойственной).

В-третьих, сначала законодатель (в том числе те же цивилисты как участники проектирования закона) создает модель, возможно ошибочную или, по крайней мере, неточную, неоптимальную, а затем вынуждает подстраивать под нее другие модели, обрубая подчас не только «сучки», но и «древесное мясо» иных объектов.

Семейно-правовую природу отстаивают О.Н. Низамиева, И.В. Злобина, Л.А. Смолина и некоторые другие цивилисты[290]. Основные аргументы (как и у автора данного параграфа[291]) сводятся к специфике субъектного состава (лица, вступающие в брак; супруги), цели договора – регулирование имущественных отношений семейной общности, ориентации на общие начала семейного законодательства, кои, что предельно важно, принципиально отличаются от начал законодательства гражданского – в силу существенного отличия объектов регуляции[292]. Среди особых оснований недействительности брачного договора, отмечает Л.А. Смолина, имеются и неизвестные ГК РФ, например: «условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение» (п. 2 ст. 44 СК РФ)[293].

Кроме того, как мы уже подчеркивали, российский эксперимент с брачным договором не во всем успешен, особенно в социально-гуманитарной области. Если дополнительные ограничите-

---

[290] См.: Низамиева О.Н. Договорное регулирование имущественных отношений супругов: Автореф. дис. …канд. юрид. наук. Казань, 1999. С. 7–8; Злобина И.В. О юридической сущности брачного контракта: гражданско-правовая сделка или супружеский контракт // Закон и право. 2001. № 8. С. 42; Смолина Л.А. Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 14.

[291] См., например: Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 16.

[292] Подробно об этом см. в параграфе 2.1.

[293] См.: Там же.

ли его свободы будут введены, а сфера применения расширена, семейно-правовое начало существенно усилится.

***

Не ставя перед собой цели подробного анализа вариантов содержания брачного договора и других его нормативных составляющих, остановимся лишь на наиболее дискуссионных аспектах.

Так, с точки зрения многих цивилистов, не вполне ясен его субъектный состав. Во-первых, нуждается в уточнении формула «лица, вступающие в брак». О.Ю. Косова предлагает ограничительное толкование нормы: формулировка ст. 40 СК дает основания считать, что при удостоверении брачного договора стороны должны представлять нотариусу доказательства своих действительных намерений вступить в брак, например, справку органа ЗАГС о подаче ими заявления о вступлении в брак[294].

Полагаем, что ничто в тексте закона не указывает на такую формализацию поведения. Неточность термина, отмечает Л.Б. Максимович, обусловлена примененной конструкцией причастного оборота, обозначающего незаконченное действие; можно было бы избежать неточности при использовании формулы «лица, собирающиеся (или намеревающиеся) вступить в брак»[295]. Е.А. Чефранова предлагает сходный вариант: «лица, имеющие намерения вступить в брак»[296]. Хотя помолвка и статус жениха и невесты, подчеркивает Л.Б. Максимович, не имеют по российскому семейному законодательству юридического значения, мужчина и женщина приобретают право заключить брачный договор именно с момента принятия совместного решения о вступлении в брак, а не с момента подачи соответствующего заявления в орган ЗАГС. К тому же факт подачи заявления не следует переоценивать: примерно 8% от числа лиц, подавших такие заявления, не являются впоследствии на регистрацию брака[297].

---

[294] См.: Косова О.Ю. Семейное и наследственное право России. М., 2001. С. 90.

[295] См.: Максимович Л.Б. Брачный договор в российском праве. С. 33.

[296] См.: Чефранова Е.А. Указ. соч. С. 53.

[297] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 34; Кузнецова И.М. Семейное право. М., 1991. С 31.

Нет единства мнений относительно условия о дееспособности субъектов брачного договора. Очевидно, что ими не могут быть недееспособные лица, признанные таковыми решением суда. В силу ярко выраженного личного (или личностного) характера брачного договора он не может быть заключен представителем-опекуном[298]. (Здесь, кстати, дополнительным «нюансом» может стать конфликт интересов, если опекуном является второй супруг). Восполнение дееспособности, полагает М.В. Антокольская[299], возможно только в вопросах, не связанных с личностью подопечного. Представитель может и должен защищать его личные и имущественные интересы перед всеми третьими лицами и в суде, однако не может совершать акты, неразрывно связанные с личностью недееспособного душевнобольного лица (признавать внебрачное отцовство, заключать брачный договор и т.п.).

***

Особо обсуждается вопрос об ограниченно дееспособном супруге. Так, А.П. Сергеев считает невозможным допустить его к участию в данном акте: «Во-первых, брачный договор является, хотя и особой, но гражданско-правовой сделкой, на которую распространяются общие правила ГК, и, во-вторых, данной сделкой могут быть ущемлены права ограниченно дееспособного лица, способности которого к самостоятельному участию в гражданском обороте существенно подорваны его пагубным пристрастием к спиртным напиткам или наркотическим средствам»[300].

М.В. Антокольская, напротив, полагает, что, поскольку семейное законодательство прямо не устанавливает подобного запрета, а сам брачный договор направлен на укрепление семьи, его могут заключить и ограниченно дееспособные лица[301].

Однако, во-первых, направленность брака на укрепление семьи – вещь далеко не очевидная в конкретной ситуации. Во-вторых, автор, относя данный акт к гражданско-правовым сдел-

---

[298] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 48.

[299] См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. С. 84, 89.

[300] См.: Гражданское право. Ч. 3 / Под ред. А.И. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 248.

[301] См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1996. С. 91.

кам, апеллирует в решении данного вопроса исключительно к семейному закону, что не вполне последовательно (с учетом гражданско-правовой направленности ее позиции). В-третьих, М.В. Антокольской не рассматривается возможность того, что попечителем, который должен давать согласие на совершение ограниченно дееспособным всех сделок, кроме мелких бытовых, скорее всего окажется второй супруг – и «круг замкнется». Конфликт интересов может быть, конечно, преодолен – контролем органа опеки и попечительства, но это, на наш взгляд, недопустимая степень вмешательства в личную жизнь супругов без обоснованной необходимости[302]. Если добросовестный супруг, кроме той защиты интересов семьи, которая дается ограничением дееспособности недобросовестного супруга, пожелает обеспечить свои интересы в случае развода, он сможет это сделать, опираясь на нормы о законном режиме и правила об отступлении от равенства долей при разделе общесупружеского имущества (п. 2 ст. 39 СК РФ).

Нуждается в уточнении и право на заключение брачного договора несовершеннолетними. Так, А.М. Нечаева полагает, что прямая зависимость договора от факта существования брака (или намерения его оформить в установленном законом порядке) означает право заключить подобный договор и лицам добрачного возраста, а также тем, «кому в виде исключения с учетом особых обстоятельств разрешено вступить в брак и ранее»[303].

М.В. Антокольская уточняет: поскольку способность к заключению брачного договора связана с брачной правоспособностью, лицо, не достигшее брачного возраста, не может совершить данную сделку без согласия родителей или попечителей до момента регистрации брака[304]. С ней солидарна и Л.Б. Максимович[305]. (Ранее М.В. Антокольская утверждала, что несовершенно-

---

[302] Впрочем, законодательством, например, Германии ограниченно дееспособный вправе заключить договор через представителя. Если последним является попечитель, то потребуется согласие опекунского суда. См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 73.

[303] См.: Нечаева А.М. Семейное право. М., 2006. С. 135.

[304] См.: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 156.

[305] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 51.

летний вправе заключить брачный договор самостоятельно с момента вынесения решения о снижении брачного возраста[306].)

Данные позиции не вполне соответствуют российскому семейному и гражданскому законодательству. Во-первых, представительство в форме согласия родителей (М.В. Антокольская, Л.Б. Максимович) в рассматриваемом случае недопустимо ввиду личного характера правоотношений[307]. Законодатель, впрочем, может допустить такое исключение в СК РФ – из соображений защиты интересов несовершеннолетних. Пока этого нет, действует, на наш взгляд, норма п. 4 ст. 182 ГК РФ.

Во-вторых, несовершеннолетние получают полную дееспособность после регистрации брака – тогда же и право на заключение брачного договора: с 16 лет по федеральной версии, от 14 до 15 лет – по различным версиям региональных законов[308].

Соответственно эмансипация несовершеннолетнего (ст. 27 ГК РФ) имеет положительное значение. При этом в брак последний вступить не может без специального юридического факта (разрешения органа местного самоуправления на снижение брачного возраста), а заключить с 16 лет брачный договор вправе[309], однако только с момента официального снижения брачного возраста.

***

Интерес представляет вопрос о конфиденциальности договора.

Поскольку он требует нотариального удостоверения, прежде всего подлежит обсуждению обязанность нотариуса сохранять тайну нотариального действия (кроме случаев выдачи соответствующих справок по требованию суда, прокуратуры, органов следствия – п. 4 ст. 5 Основ законодательства РФ о нотариате). Что касается обязанности нотариуса извещать о доходах по сдел-

---

[306] См.: Антокольская М.В. Лекции по семейному праву. С. 119.

[307] Кстати, любопытно, что для снижения брачного возраста с целью последующего заключения брака (семейно-правового договора или даже гражданско-правового, с точки зрения М.В. Антокольской) согласия родителей не требуется – и это никем не оспаривается.

[308] На это справедливо указывает и Л.Б. Максимович. См.: Максимович Л.Б. Указ. соч.

[309] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 52.

кам налоговый орган (а в брачном договоре как комплексном могут содержаться элементы дарения и другие основания приобретения права собственности), то, как полагает Л.Б. Максимович, по рассматриваемому конкретному поводу указанная норма не может быть истолкована расширительно, необходимо прямое указание в норме ст. 16 Основ[310]. Впрочем, переход права собственности на недвижимость требует госрегистрации, поэтому субъектом, информирующим налоговый орган, и станет в надлежащий момент орган госрегистрации сделок с недвижимостью.

Вместе с тем конфиденциальность не абсолютна: законом установлена обязанность супругов уведомлять своих кредиторов о заключении, изменении или расторжении ими брачного договора для защиты интересов последних. Не выполнивший эту обязанность супруг отвечает по своим обязательствам независимо от содержания указанной сделки (п. 1 ст. 46 СК РФ); соответственно кредитор вправе требовать изменения условий или расторжения договора между ним и супругом (п. 2 ст. 46 СК РФ, ст. 451 – 453 ГК РФ).

В этой связи, как справедливо отмечает Л.Б. Максимович, возможно возникновение ситуации, когда супруг, которому по какой-либо причине стали невыгодны условия брачного договора, при отсутствии согласия второго супруга на изменение или расторжение последнего и, не желая решать вопрос в судебном порядке, для достижения своей цели вступает в сговор с кредитором или с тем, кто будет исполнять эту роль. За этим последует требование лжекредитора к супругу-должнику исполнить обязательство, что приведет к нарушению прав другого супруга. Для обеспечения защиты интересов добросовестной стороны автор предлагает предусмотреть исключительно судебный способ решения вопроса о возможности наступления ответственности одного из супругов перед кредитором на основании ст. 46 СК РФ[311].

В зарубежном законодательстве, кроме того, предусматривается регистрация брачных договоров в специальном реестре, что позволяет заинтересованному лицу узнать, по крайне мере, о факте заключения брачного договора. Во Франции, например, о

---

[310] См.: Максимович Л.Б. Брачный договор. С. 60.

[311] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 61–62.

заключении брачного договора проставляется соответствующий штамп в паспорте при регистрации брака, в Италии данный факт фиксируется в специальном реестре местных органов власти[312].

Л.Б. Максимович предлагает последовать этому опыту: если договор заключен до регистрации брака, штамп об этом факте в паспорте брачующихся должен проставить работник органа ЗАГС, а если после – нотариус[313]. Думается, что целесообразнее, чтобы специальный реестр вел нотариус: паспорт подлежит обмену, замене; брачный договор может быть расторгнут – эти и другие подобные обстоятельства при технологии «штампования» не учитываются.

Неаксиоматичным является положение семейного закона о времени заключения брачного договора: до брака и в любой момент в период брака (п. 1 ст. 41 СК РФ). Это означает, что таковой договор супруги правомочны заключить «за час» до расторжения брака в органах ЗАГС или суде. (Более того, формально – даже накануне вступления в законную силу судебного решения о разводе, ибо только с этого момента по правилу п. 1 ст. 25 СК РФ брак считается прекратившимся.)

А.А. Иванов полагает, что существенным условием брачного договора является изменение хотя бы одного имущественного права или обязанности на будущее время – именно этот признак позволяет, с его точки зрения, разграничить данную сделку и соглашение о разделе общесупружеского имущества: брачный договор не может быть ретроспективным – он рассчитан на применение в будущем (как в браке, так и при его расторжении), второе же соглашение ретроспективно и обращено в прошлое[314].

Эта позиция не соответствует формуле закона, однако она свидетельствует о том, что временной аспект брачно-договорной регуляции нуждается в уточнении.

Во-первых, возможность заключения брачного договора перед разводом переворачивает «с ног на голову» смысл данного

---

[312] См., например: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 535.

[313] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 64.

[314] См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 312.

института, призванного прежде всего имущественно сопровождать брак.

Во-вторых, право совершения этой сделки внутри брака может действовать деконструктивно, разрушительно, латентно, исподволь навязываться одним супругом другому. Аргументы о том, что материальное положение супругов в браке может существенно измениться, в том числе в лучшую сторону (а брачный договор, как известно, обычно «удел» состоятельных людей как в России, так и за рубежом, что потребует замены законного режима на договорный, т.е. совместной общности имущества – на долевую или раздельную собственность), не представляются вполне убедительными. В соответствии с началами семейного (брачного) законодательства, как мы уже отмечали, супружеский союз является семейной общностью, обусловлен взаимной заботой друг о друге и о детях (если они есть), предполагает решение всех вопросов на основе уважения и согласия. Исключения, конечно, есть, да и высокий процент разводимости в основном их наличие подтверждает. Однако именно семейный закон, в силу специфики предмета правового регулирования, должен иметь позитивно-поощрительную направленность, а не абсолютизировать свободу автономных решений вопреки своим же началам.

В ряде стран брачный договор заключается до регистрации брака (Франция, Япония, США, Украина и др.). При этом в США и Японии – с правом при определенных условиях внести в него последующие изменения, а в Германии – и отменить его[315].

Как отмечает Л.Б. Максимович, обобщение соответствующей практики показывает, что заинтересованность в заключении брачного договора преобладает у будущих или молодых супругов (со стажем семейной жизни до полутора месяцев). Это, по ее мнению, обусловлено стремлением определить и согласовать позиции по наиболее существенным вопросам имущественного характера. Если же в ходе согласований станет очевидным, что взгляды жениха и невесты на совместную жизнь принципиально различны и попытки найти компромисс не достигают успеха, им

[315] См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 89–90; Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору. Гражданское право Японии. М., 1983. С. 192; Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 42–43.

имеет смысл еще раз обсудить решение о вступлении в супружеский союз. Это подтверждается также исследованиями психологов и анализом бракоразводной судебной практики[316].

Однако из этого автор не делает никаких выводов. Между тем опыт других стран и практика применения, пусть и небольшая, нашего законодательства должны поощрить законодателя к размышлению и по поводу временного периода заключения брачного договора. По крайней мере, очевидно, что в связке «заключение брачного договора перед разводом с содержанием, сводящимся исключительно к разделу совместного имущества» – не все в порядке. В этом, по сути, А.А. Иванов прав. Такую возможность следует исключить из редакции норм ст. 40 – 41 СК РФ, скорректировав ее по компромиссному варианту: по общему правилу, договор заключается до вступления в брак, в браке же может быть изменен или прекращен – при наличии уважительных причин, которые, в случае спора, оцениваются судом. Соответственно придется и уточнить правомочия на заключение брачного договора несовершеннолетних субъектов.

2.5. Иные договоры между супругами по поводу собственности

Право супругов заключать между собой любые договоры, как правило, не подвергалось сомнению в тех правовых системах, где был принят принцип раздельности имущества супругов. Так, в Древнем Риме между мужем и женой могли существовать имущественные отношения как между всякими частными лицами – субъектами гражданского оборота, кроме дарения: данный акт воспрещался между ними для того, чтобы любовь одного супруга к другому не могла явиться причиной имущественных вымогательств со стороны этого последнего[317].

Вывод о характере имущественных отношений между супругами в древнейший период русской истории, весьма бедной па-

[316] См.: Максимович Л.Б. Указ. соч. С. 43–44.

[317] См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 184.

мятниками семейного права, отмечает Г.Ф. Шершеневич, может быть сделан только на основании общих памятников литературы, однако при этом очевидно, что в эпоху господства физической силы и полного подчинения жены мужу ни о какой имущественной самостоятельности женщины не могло быть и речи. Позднее появились некоторые элементы независимости, которые, впрочем, под татарским влиянием были в значительной степени утрачены. Много способствовал освобождению русской женщины Петр I. Некоторое значение в становлении института раздельной собственности и права совершения сделок между супругами, а также супруги с третьими лицами придают влиянию русских императриц, «которые приняли к сердцу положение женщины»[318]. Так, в 1753 году сенат по делу Головиной нашел, что жена может продать свое имение без согласия мужа, а в 1763 году сенат признал недействительным договор между супругами ввиду личной зависимости жены от мужа[319].

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает Н.Л. Пушкарева, относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (что не прослеживается в Европе), опекунство над имуществом детей (особенно при вдовстве), право на владение приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства[320].

И.А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX в., в том числе в семейно-правовой имущественной сфере, подчеркивал: «По счастливой исторической случайности наше русское право… в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность" (ст. 109 ч. I т. X Свода За-

[318] См.: Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. С. 614.

[319] Шершеневич Г.Ф. Указ. соч.

[320] См.: Пушкарева Н.Л. Женщина в российской семье: традиции и современность // Семья, гендер, культура. Материалы международных конференций 1994 и 1995 гг. / Под ред. В.А. Тишкова. М., 1997. С. 187–188.

конов)… Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно, во всяком случае, то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»[321].

В то же время Д.И. Мейер отмечал, что противоположная идея – общность имущества супругов – признается германским началом, и «немецкие юристы чрезвычайно хвалятся им, считают его одной из самых светлых сторон германского юридического быта» – и это справедливо для нормальных отношений, но не вполне благоразумно, когда идея брака не осуществляется, когда муж не только не ограждает интересов жены, но предается кутежу, проматывая свое и женино состояние или, наоборот, жена берет перевес над мужем и, увлекаясь требованиями моды, разоряет его – при таких отношениях разъединение имущественных прав супругов «оказывается благодеянием со стороны законодательства»[322].

В современном зарубежном законодательстве легальный режим супружеского имущества дифференцируется на три группы: режим общности (Франция, Швейцария, Италия, Нидерланды, ряд штатов США и др.), режим раздельности (Англия, большинство штатов США) и режим отложенной общности (Швеция, Норвегия, Дания, Исландия, Финляндия и др.)[323]. Последний вариант предполагает раздельность имущества в браке, однако объединение его и раздел на основе принципа равенства при разводе. При этом законодатель во всех трех случаях вынужден отступить от своих традиционных решений и искать новые, оптимальные способы правового регулирования имущественных отношений в браке (особенно в конце XX в.). Это объясняется, как отмечает О.А. Хазова, социально-экономическими факторами и неудовлетворительным состоянием права в части имущественного статуса замужней женщины[324].

---

[321] Покровский И.А. Указ. соч. С. 188.

[322] См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. С. 365–367.

[323] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. С. 537; Хазова О.А. Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ. М., 1988. С. 79.

[324] См.: Там же. С. 81.

При всех вариантах легального режима (как, впрочем, и в ряде случаев – при использовании технологии брачного договора) те или иные значимые интересы оказываются недостаточно защищенными. Управление и распоряжение общим имуществом (иногда и раздельным) осуществляется по различным правилам и с некоторыми ограничениями. Так, ГК Франции устанавливает, что супруги вправе только по взаимному согласию совершать сделки по безвозмездному отчуждению общего имущества, а также по сдаче его внаем и залогу. Остальным общим имуществом каждый из супругов вправе самостоятельно управлять при условии персональной ответственности за допущенные ошибки. Своим соглашением супруги могут расширить или сузить установленный законом размер общей совместной собственности. Они могут также заключить соглашение об управлении общей собственностью или о ее разделе. Указанные соглашения составляются в письменной форме и требуют нотариального удостоверения[325]. Германское гражданское уложение предусматривает право каждого супруга заключать сделки для удовлетворения потребностей семьи[326]. Однако супруг может взять на себя обязательство по распоряжению своим имуществом в целом только с согласия другого супруга (предварительного или последующего). Отказ в согласии без уважительной причины может быть преодолен решением опекунского суда. ГК Италии устанавливает, что каждый из супругов вправе требовать возмещения расходов, понесенных им лично, на цели семьи[327]. Совершение между супругами обычных гражданско-правовых сделок особым образом законом не регулируется.

Советское и российское семейное законодательство регулировало и регулирует имущественные отношения супругов в разные периоды своей истории существенно различным образом. Так, Кодекс законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г. закрепил принцип

---

[325] См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 94–95.

[326] См.: Гражданское и торговое право … С. 540–541.

[327] См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 69, 81.

раздельности имущества с одновременным правом заключения любых «межсупружеских» договоров, не умаляющих, однако, статуса супругов. Кодекс законов о браке, семье и опеке 1926 г. ввел, напротив, режим общности имущества супругов, нажитого в браке (ст. 10). Г.М. Свердлов отмечал, что норма Кодекса 1918 г. о раздельном режиме «была направлена против неравноправия женщины, против буржуазных представлений, утверждавших главенство мужа в режиме имущественных отношений супругов», но вскоре выяснилось, что … провозглашение только раздельности имущества нередко ущемляет интересы трудящейся женщины, несправедливо отстраняя ее от права на то имущество, которое нажито в браке[328]. Д.И. Курский уточнил мотивацию данной новеллы: «Жена рабочего, хозяйка, ведет домашнее хозяйство, занимается воспитанием малолетних детей и этим участвует в общем хозяйстве, а при разводе ничего не получает потому, что муж-рабочий, разводясь с ней, берет все с собой»; потребность общности режима выявлена еще судебной практикой 1922 г. – по делам, где жена ограничивалась работой только по обслуживанию семьи, не принося доходов извне, но производя, однако, «полезную работу, вполне соответствующую работе мужа …»[329].

Одновременно нормой ст. 12 Кодекса 1926 г. устанавливалось: «Супруги могут вступить между собой во все дозволенные законом имущественно-договорные отношения. Соглашения между супругами, направленные к умалению имущественных прав жены или мужа, недействительны и необязательны как для третьих лиц, так и для супругов, которым предоставляется в любой момент от исполнения их отказаться».

Ни в КоБС РСФСР 1969 г., ни в СК РФ 1996 г. подобная норма не отражена. В прибалтийском законодательстве советского периода данное правило присутствовало. Так, например, в норме ст. 28 КоБС Эстонской ССР устанавливалось: 1) супруги могут заключать между собой все дозволенные законом имущественные сделки, в том числе соглашения о полном или частичном разделе

[328] См.: Свердлов Г.М. Советское семейное право. М., 1956. С. 75–76.

[329] См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 262, 270–271.

общего имущества, а также соглашения о порядке владения, пользования и распоряжения этим имуществом; 2) указанные сделки, направленные к умалению имущественных прав одного из супругов или противоречащие интересам детей, недействительны; 3) соглашения о разделе общесупружеского имущества подлежат обязательному нотариальному удостоверению, если такое имущество зарегистрировано в соответствующих органах на имя одного из супругов; по желанию супругов нотариальному удостоверению могут подлежать любые иные соглашения о разделе общей совместной собственности. В соответствии с комментарием Ж. Ананьевой учет интересов детей должен был осуществляться на основе трех значимых положений: 1) дети при жизни родителей не имеют права на их имущество; 2) родители обязаны предоставлять содержание несовершеннолетним детям, а также совершеннолетним, однако нуждающимся нетрудоспособным; 3) родители обязаны заботиться о детях, в том числе об их физическом развитии, обучении и подготовке к общественно полезной деятельности[330]. Думается, что большая часть содержания указанных норм вполне могла бы использоваться при оптимизации современного российского семейного закона.

СК РФ 1996 г. содержит лишь указания на возможность применения норм гражданского права (ст. 5), об обязательствах супругов (гл. 9) и о праве заключать предусмотренные кодексом семейно-правовые договоры (брачный договор, соглашение об алиментах и т.д.).

Тем не менее, по смыслу действующего семейного и гражданского законодательства супруги могут вступать в самые различные сделки. Нахождение в браке, отмечает А.А. Иванов, никак не влияет на их сделкоспособность, однако в связи с ним между супругами могут возникнуть обязательства особого рода – как договорные (из брачного договора, соглашения об алиментах), так и

[330] См.: Кодекс Эстонской ССР о браке и семье. Комментированное издание. Таллин, 1974. С. 56–57. (Авторы комментариев – Ж. Ананьева и Э. Салумаа.)

внедоговорные (многие алиментные обязательства, обязательства по возмещению вреда, причиненного одним из супругов)[331].

Однако очевидно, что состояние в браке влияет не только на ассортимент сделок, но и на условия их действительности. В частности, одним из ярких правил подобного рода является презумпция согласия при распоряжении одним из супругов общим имуществом (п. 2 ст. 35 СК РФ).

Поскольку российское семейное законодательство сочетало (в меньшей степени) и сочетает в себе начала общности и раздельности, ответ на вопрос об ассортименте «межсупружеских» сделок должен зависеть, справедливо отмечает Е.А. Чефранова, от двух обстоятельств: 1) статуса имущества (личное или общее); 2) соответствия той или иной сделки по своей природе содержанию и цели, личному характеру супружеских отношений и основным началам семейного законодательства[332]. Так, полагает автор, хотя в законе нет запрета на заключение супругами рентных договоров, они, тем не менее, невозможны, ибо противоречат семейному закону, в частности, принципам ст. 1 и положениям п. 1 ст. 89 СК РФ о взаимопомощи в семье и обязанности материально поддерживать друг друга. Договор пожизненной ренты предполагает передачу рентополучателем своего имущества (как правило, недвижимого) в собственность плательщика ренты, который на этом основании обязуется выплачивать оговоренные суммы в течение его жизни. Договор пожизненного содержания с иждивением направлен, как известно, на обеспечение потребности в жилище, питании, одежде и уходе. Между тем супруг, утверждает Е.А. Чефранова, без всяких дополнительных условий обязан заботиться о другом супруге и материально поддерживать его. Хотя в последнее время участились случаи заключения «межсупружеских» рентных договоров, они не должны признаваться законными и, соответственно, удостоверяться нотариуса-

---

[331] См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 293.

[332] См.: Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами // Проблемы гражданского, семейного и жилищного законодательства. М., 2005. С. 119.

ми, а регистратором сделок с недвижимостью – регистрировать их[333].

Данная, в целом обоснованная позиция нуждается, на наш взгляд, в уточнении. Поскольку нормы ст. 596 – 605 ГК РФ не устанавливают таких специальных требований, которые закреплены в нормах ст. 89 – 90 СК РФ (в частности, о нетрудоспособности управомоченного супруга и т.п. юридических фактах), они обладают дополнительными защитными возможностями. Собственно регулятивное субъективное право на материальную поддержку (п. 1 ст. 89 СК РФ) независимо от нетрудоспособности не поддержано соответствующим охранительным правом и не обладает свойством принудительного исполнения. Договориться можно, но без гарантий. Поэтому целесообразно, если отрицать «межсупружеские» рентные договоры, расширить возможности соглашений об алиментировании – по типу первых. Тогда потребности в рентных договорах в браке или после расторжения брака не возникнет.

Супруги могут заключить соглашение о порядке пользования общим имуществом или личным имуществом каждого (одного) из супругов. Возможно доверительное управление общей собственностью, распоряжение ею на основе договора поручения, соглашение об объединении отдельных объектов добрачного имущества. Следует, однако, заметить, что регуляция их предлагается, по умолчанию, обычная гражданско-правовая. Между тем в зарубежном законодательстве, несмотря на формальное признание семейного права подотраслью права гражданского, довольно подробно отражены особенности подобного и иного сходного взаимодействия субъектов брачного правоотношения. Так, по законодательству Италии супруги могут договориться о создании имущественного семейного фонда и порядке управления им; в США (на уровне штатов), Чехии и других странах довольно подробно регламентируется управление общесупружеской собственностью, в том числе на основе соглашений; в Швейцарии супруги договариваются между собой об участии в семейном бюджете, компенсации одному из супругов, который обеспечивает ведение

[333] Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами. С. 120–121.

домашнего хозяйства, уход за детьми и/или помогает второму супругу в работе и т.д.[334] Полагаем, что российское семейное законодательство также должно развиваться в направлении более пространного и подробного регулирования имущественного взаимодействия субъектов брачного правоотношения.

Сделки между супругами по поводу совместной собственности невозможны, полагает Е.А. Чефранова, так как имущество в этом случае принадлежит всем участникам и никому в отдельности. Доля фиксируется только в результате раздела общесупружеского имущества[335] – тогда и можно ею распорядиться. Особенно ярко, отмечает автор, это проявляется при совершении сделок с недвижимостью: сначала следует определить доли путем раздела, зарегистрировать право каждого из супругов – и далее уже совершать любые сделки друг с другом, в том числе дарение[336]. Однако при приобретении имущества, допускает Е.А. Чефранова, возможно заключение соглашений об установлении долевой собственности на данные новые объекты, хотя таковые сделки непосредственно и не предусмотрены семейным законом[337]. Представляется, что расширение ассортимента соглашений (договоров) все же должно иметь лимиты, причем иного порядка, нежели в гражданско-правовом обороте, т.е. следует опираться на начала семейного законодательства. «Лакмусовой бумажкой» в этом вопросе должны быть, как мы уже отмечали, интересы семейной общности, кои отнюдь не предполагают любого развертывания событий, в том числе по вектору доминирования гражданско-правовых начал, даже и в имущественных отношениях. Гражданско-правовые сделки между супругами не должны подрывать основы законного имущественного режима, который был-таки избран супругами самостоятельно. Если они желают иных возможностей оперирования имуществом в браке, то могут заключить брачный договор –

---

[334] См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 78, 86–87, 93, 96.

[335] Автор упоминает и такой способ, как выдел доли, однако, полагаем, что в двусубъектном брачном правоотношении совместной собственности возможен только ее раздел.

[336] См.: Чефранова Е.А. Указ. соч. С. 120–121.

[337] Там же. С. 128–129.

тот, по крайней мере, пусть и недостаточно, но отражает специфику семейных отношений.

Раздел общесупружеского имущества традиционно осуществляется несколькими способами: соглашением (устным или письменным, если среди объектов нет недвижимости, с возможным нотариальным удостоверением), мировой сделкой в бракоразводном (ст. 24 СК РФ) или отдельном судебном процессе либо решением суда по преобразовательному иску одного из супругов, а также бывшего супруга.

Соглашение о разделе имущества было известно и прежнему законодательству. Более того, ряд цивилистов, анализируя соответствующие возможности КоБС РСФСР, полагали, что при заключении договоров раздела общей совместной собственности и при оформлении свидетельств на долю в общем имуществе (после определения долей) супруги в принципе не связаны правилом о равенстве их долей, предусмотренном нормами ст. 21 КоБС РСФСР. Названное правило, утверждает Н.М. Ершова, было важным для суда, разбирающего спор, но не для супругов, в бесспорном порядке устанавливающих свои доли. В нотариальной практике встречались договоренности о равных долях на дом, автомобиль, паенакопления и т.п., но были и такие, которые строились не на «формальном» равенстве, а «реальном»: супруги соглашались между собой, что «зафиксированное в юридическом документе распределение общей совместной собственности наиболее справедливо и отражает фактическое соотношение вклада каждого из них в совместно нажитое имущество»[338].

На этот же момент указывал и В.А. Рясенцев: «Супруги не вправе изменить соглашением установленный законом режим общности их имущества. Однако сделки между супругами, имеющие целью установить конкретные права в пользу одного супруга за счет другого, сами по себе действительны. Так, будет законным соглашение между супругами об установлении неравных долей или дарении доли в праве на конкретное имущество, нажитое во время брака, например, соглашение в силу которого муж будет иметь больше или меньше половины в праве на общий

[338] См.: Ершова Н.М. Вопросы семьи в гражданском праве. М., 1977. С. 82–83.

жилой дом, или о том, что вклад, внесенный в сберегательную кассу за счет общих средств, будет принадлежать супругу-вкладчику»[339].

На наш взгляд, это не вполне точное толкование смысла положений ст. 20 – 21 КоБС РСФСР. Поскольку требований госрегистрации сделок с недвижимостью не было установлено, они, конечно, могли осуществляться по указанной схеме. Однако соглашение о разделе имущества должно было подчиняться императивным правилам о равных долях, независимо от вклада, и отступления от них могут быть только при наличии значимых причин. Последние были аналогичны тем, что определены, хоть и неисчерпывающим образом, в норме п. 2 ст. 39 СК РФ. Поэтому фиксация большей доли супруга ввиду его большего вклада, возможность которой напрямую не исключается Н.М. Ершовой, противоречит сущности действовавшего семейного закона. Поскольку же нотариусы по природе своей деятельности не могут осуществлять функции по конкретизации правоотношений ситуационного типа (они лишь проверяют соответствие содержания акта формальным требованиям закона), постольку и раздел супружеского имущества не в равных долях официально мог быть осуществлен только судом – на основании оценки интересов несовершеннолетних детей или заслуживающих внимания интересов одного из супругов. Причем обратите внимание на формулу: «… в отдельных случаях …» (п. 1 ст. 21 КоБС РСФСР).

Действующий семейный закон в этом смысле вполне диспозитивен и содержит необходимую оговорку: доли признаются равными, «если иное не предусмотрено договором между супругами» (п. 1 ст. 39 СК РФ). Вопрос в том, о какого рода договоре идет речь: если о брачном, то ситуация вроде бы тождественна рассмотренной ранее; если о соглашении о разделе имущества или брачном договоре, то ситуация совершенно иная… Полагаем, что духу современного семейного закона отвечает последний вариант. Другое дело, что, как и для брачного договора, так и для указанного соглашения необходимо предусмотреть de lege ferenda ограничители – с целью защиты интересов более слабой

[339] См.: Рясенцев В.А. Семейное право. М., 1971. С. 98–99.

стороны (при условии ее добросовестности, если таковой является один из супругов, а не несовершеннолетний ребенок[340]).

Очевидно, что предмет соглашения составляют отношения общей совместной собственности с целью их прекращения – преобразования в собственность в личную или долевую, а также обязательственные отношения в части раздела в натуре, определения обязанностей по передаче отдельных объектов от супруга к супругу при необходимости выплаты компенсации за разницу в стоимости долей (при договоренности об их равенстве). Семейно-правовых санкций за неисполнение данного соглашения не предусмотрено. Можно согласиться с Е.А. Чефрановой, что в этом случае «обиженная сторона» вправе прибегнуть к гражданско-правовым мерам – взысканию убытков, процентов за пользование чужим имуществом, даже к компенсации морального вреда, если заинтересованный супруг (бывший супруг) докажет, что неисполнением договоренностей были нарушены его личные неимущественные права – с причинением нравственных и физических страданий[341].

Соглашение должно содержать положения о доле или пропорции, в которой производится раздел, и распределении вещей, входящих в состав общего имущества. «В принципе, – отмечает А.А. Иванов, – супруги могут ограничиваться распределением между собой общих вещей, не определяя размер доли, но никак не наоборот»[342]. Соглашение может также фиксировать дополнительные права и обязанности сторон: например, в нем могут быть перечислены те действия, которые супруги должны предпринять для оформления права на объекты разделенной собственности, порядок и сроки передачи тех или иных вещей[343].

---

[340] Подробнее об этом см. в параграфе 4 главы 2.

[341] См.: Чефранова Е.А. Порядок и условия совершения сделок между супругами. С. 130.

[342] См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. С. 305.

[343] Там же.

2.6. Договоры в сфере родительства и иного попечения над детьми

По смыслу семейного закона родители осуществляют свои права и исполняют обязанности по воспитанию и иной заботе о ребенке на основе взаимного согласия (п. 2 ст. 65 СК РФ). Это означает, что между ними возникают и существуют соглашения фактического характера («фактические договоры») по всем обозначенным вопросам: воспитательных приемов, обеспечения общего и дополнительного образования детей, их досуга и т.д. Семейный закон на регулятивном уровне предлагает родителям лишь общий вектор следования родительскому долгу: соответствие поведения интересам детей, обеспечение их физического и психического здоровья, нравственного развития, уважение их человеческого достоинства (п. 1 ст. 65 СК РФ).

Семейный кодекс непосредственно предусматривает лишь два вида соответствующих соглашений (договоров) – о месте проживания ребенка при раздельном проживании родителей и о порядке осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка (ч. 1 п. 3 ст. 65, ч. 1 п. 2 ст. 66 СК РФ).

Форма соглашения первого вида в законе не обозначена, для второго на диспозитивном уровне предусмотрена письменная форма.

Если родители ребенка не являлись и (или) не являются супругами, то технология их взаимодействия является классической: есть взаимное согласие по вопросу – заключается устное или письменное соглашение о месте проживания ребенка (как правило, с матерью) и его воспитании, наличествуют разногласия – обращаются в суд за разрешением спора.

Несколько иная технология применяется при расторжении брака между родителями: они, как и в первом случае, вправе заключить оба вида соглашений, однако соглашение о месте проживания ребенка проверяется судом на предмет законности (прежде всего – соответствия интересам ребенка[344]) и может быть не ут-

[344] Подробно о толковании содержания данной формулы см., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 2002. С. 199–200; Ильи-

верждено (п. 1 ст. 23, п. 1–2 ст. 24 СК РФ) – суд в такой ситуации обязан решить вопрос по своей инициативе и усмотрению.

Не вполне понятно, почему семейный закон ориентирует указанную обязанность суда только двумя семейно-правовыми проблемами: определение места проживания ребенка и его алиментирования. Обе задачи, и особенно первая из них, неразрывно связаны и с проблемой осуществления вторым родителем (разводящимся супругом) своего права на воспитание. Полагаем, что интеграция бракоразводного процесса должна включать и этот аспект родительских правоотношений. Соответственно в нормы ст. 23 – 24 СК РФ следует внести дополнения, включая положение о заключении разводящимися родителями и соглашения о воспитании ребенка[345].

Содержание соглашения о порядке осуществления родительских прав зависит от усмотрения родителей (в случае указанного изменения ст. 23 – 24 СК РФ усмотрение будет существенно ограничено контролем суда). А.М. Нечаева, впрочем, полагает, что и действующий вариант закона предполагает требование о соблюдении родителями определенных принципов, связанных с обеспечением интересов детей[346]. Практически это не так: пока вопрос не перенесен на разрешение органа опеки и попечительства или суда, содержание соглашения являет собою частную позицию сторон, которые, как известно, весьма различны по интеллекту, характеру, воспитанию, образованию и жизненному опыту.

В соглашении целесообразно определить, какое время и в какие дни недели ребенок проводит с отдельно проживающим родителем, участвует ли последний в организационном обеспечении образования ребенка (забирает из школы в определенные дни недели, водит в спортивную секцию и т.п.), вправе ли провести с ребенком каникулы, часть своего отпуска и т.д. Дополнительным

на О.Ю. Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 13–27, 71–75; Нечаева А.М. Споры о детях. М., 1989. С. 11–27; Она же. Семейное право. М., 2006. С. 166–173; Она же. Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 195–239.

[345] Подробно об этом см.: Ильина О.Ю. Интересы ребенка…С. 76–77; Тарусина Н.Н. Семейное право. С. 79–80; Она же. Брак по российскому семейному праву. Ярославль, 2007. С. 210 и след.

[346] См.: Нечаева А.М. Семейное право. С. 155.

условием соглашения может быть также обеспечение этим родителем общения с соответствующими близкими родственниками (например, дедушкой, бабушкой).

Особняком стоит вопрос о заключении подобного соглашения несовершеннолетними родителями, не состоящими между собой в браке. Поскольку в соответствии с нормой п. 2 ст. 62 СК РФ самостоятельное осуществление ими родительских прав стартует с 16-летнего возраста, до этого момента субъектный состав соглашения должен быть усложнен участием опекуна ребенка, если он назначен (норма имеет диспозитивный характер[347]), или попечителями несовершеннолетних родителей, если опекун не назначен.

***

В самом широком смысле опека (попечение) над детьми включает в себя все формы заботы о детях – от родительства и усыновления (как правового тождества первого) до классической опеки (попечительства), приемной семьи, патроната, семейно-воспитательной группы, попечения над «детьми полков» и других форм, предусмотренных федеральным или региональным законодательством (иногда – административно-правовой практикой, что, впрочем, предосудительно, так как не основано на законе).

Однако, поскольку родительство (и юридически приравненное к нему усыновление) занимало и занимает особую нишу в «здании попечения», опека (попечительство) в относительно адекватном содержанию группы сходных явлений смысле может рассматриваться как родовое понятие для всех конструкций индивидуального устройства детей, кроме усыновления[348]. При этом, по мысли Л.Ю. Михеевой, основанием возникновения всякой опеки, даже классической, является договор. «Проникновение соглашений в сферу устройства граждан, в том числе детей, нуждающихся в социальной заботе, связано, отмечает автор, с

[347] В этой связи вносятся предложения об уточнении нормы об опеке. См., например: Ильина О.Ю. Указ.соч. С. 79.

[348] Подробнее о классификации форм устройства детей см.: Михеева Л.Ю. Опека и попечительство: теория и практика. М., 2004. С. 99–102.

изменением характера и содержания социальных функций современного государства, его наметившимся уходом от патернализма[349]. Л.Ю. Михеевой предлагается рассматривать возникновение отношений по опеке (попечительству) как заключение договора – достижение соглашения опекуна (попечителя) с муниципальным образованием об осуществлении соответствующей заботы о подопечном в течение определенного срока или до отпадения соответствующих условий безвозмездно, или на условиях встречного имущественного предоставления. Автор относит все варианты попечения, в том числе над детьми, к разновидности гражданско-правового договора об оказании услуг (в большинстве случаев – возмездных[350]). При этом Л.Ю. Михеева отмечает, что если большинство законных форм попечения по своей сути являются договорными (вне зависимости от желания законодателя), то формы, возникшие на уровне некоторых административно-правовых актов, коими учреждение попечения не предусмотрено законом, хоть и объявляются договорными, однако оформляются в абсурдных вариантах. Так, передача детей в воинские части, по смыслу приказа Министра обороны РФ от 19.05.2001 г. № 235, основывается на договоре о «совместной деятельности органа опеки и попечительства и воинской части по содержанию воспитанников воинских частей»[351].

С автором, безусловно, следует согласиться в вопросе о необходимости систематизации всех форм заботы под «крышей» федерального закона и в установленных им рамках – законодательства регионального, а также о договорной природе отношений. Однако указание на гражданско-правовую их принадлежность вызывает активные возражения. Во-первых, «классические» опекуны, приемные родители, патронатные воспитатели – не работники по трудовому договору и тем более, как справедли-

---

[349] Там же. С. 134.

[350] См.: Там же. С. 136–137.

Эту точку зрения разделяют и другие цивилисты. См., например: Гражданское право. Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 433; Цветков В.А. Приемная семья как форма устройства детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству Российской Федерации: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Томск, 2005. С. 19.

[351] Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 134.

во замечает В.А. Авдякова, не лица, оказывающие услуги гражданско-правового характера. Хотя законодатель и предусматривает для большинства из данных попечителей выплату вознаграждения и определенную компенсацию затрат, его цель – выразить им признание высокой социальной значимости воспитания ребенка в семье (или – в «суррогатной» семье – как обозначает данные формы Л.Ю. Михеева). Цель попечителей – не материальная выгода, а удовлетворение своей духовной, личностной потребности в заботе о ребенке или сразу нескольких детях[352]. Добавим: если будет установлено, что данные лица преследуют именно материальную выгоду (что нормально для сферы гражданского оборота), то орган опеки и попечительства должен настаивать на прекращении договора в установленном порядке (в том числе судебном) или вынести постановление об отмене «классической» опеки (попечительства), поскольку пока в рамках действующего семейного закона эта форма не считается основанной на договоре, а возникает только из публично-правового акта.

Во-вторых, даже опека совершеннолетних лиц (если только она не сводится исключительно к имущественной), на наш взгляд, должна в перспективе рассматриваться как институт социального права (или социального законодательства), в широком смысле обеспечивающий выполнение гражданами при поддержке государства гуманитарных задач помощи ближним[353].

***

В соответствии с федеральным семейным законодательством вид попечения над детьми, возникающий из договора, – приемное родительство (приемная семья). В отличие от опекуна приемные родители выполняют свои обязанности по отношению к ребенку за вознаграждение и имеют право на возмещение соответствующих расходов (ст. 155 СК РФ). Как отмечает

[352] См.: Авдякова В.А. Правовая природа договора о передаче ребенка (детей) на воспитание в приемную семью // Семейное законодательство Российской Федерации: опыт десятилетия и перспективы. Тверь, 2006. С. 5.

[353] Концептуальное видение новых задач отрасли права социального обеспечения см. в соответствующем параграфе главы 3 пособия.

Е.Ю. Валявина, договор о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью отличается от других договоров: 1) специальным субъектным составом (органы опеки и попечительства и будущие приемные родители); 2) обусловленностью его содержания требованиями семейного закона; 3) спецификой объекта правоотношений – воспитание и содержание приемных детей; при этом ребенок становится субъектом правоотношений приемного родительства, а с 10 лет требуется его согласие на заключение договора; 4) ограниченностью срока действия, но не долее, чем до достижения ребенком совершеннолетия[354].

(После констатации указанных спецификаций, казалось бы, должен последовать вывод автора о семейно-правовой природе данного договора, чего однако не происходит, так как петербургская цивилистическая школа рассматривает семейное право как институт права гражданского.)

Этим размышления о природе договора не исчерпываются. В норме ст. 152 СК РФ применительно к вознаграждению приемного родительства используется формула «размер оплаты труда». По справедливому мнению Л.Ю. Михеевой, само по себе это не означает, что отношения приемных родителей и органа опеки и попечительства регулируются законодательством о труде. Видимо, здесь мы имеем случай очередной терминологической небрежности. При анализе предмета договора, отмечает автор, «отчетливо видно, что от исполняющей стороны … требуется всецело отдавать себя ребенку, воспитывать его, заботиться о его здоровье и развитии, "готовить его к самостоятельной жизни". Такой широкий спектр обязанностей в совокупности с условиями их исполнения не позволяет сказать, что на приемного родителя возложена определенная трудовая функция»[355].

(Вновь прокомментируем: такой предмет договора не дает возможности фиксировать и его гражданско-правовую природу, однако Л.Ю. Михеева на этом настаивает.)

Личный характер договора не позволяет приемному родителю, даже по уважительным причинам (болезнь и др.), привлечь

---

[354] См.: Гражданское право. Ч. 3 / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 433.

[355] Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 83.

кого-либо для исполнения своих обязанностей, но и не позволяет органу опеки и попечительства заменить приемного родителя другим «работником», не выплачивается ему и пособие по временной нетрудоспособности[356].

Подбор приемных родителей осуществляется на основе требований семейного закона – о совершеннолетии, дееспособности, качествах воспитателя (формально-юридических: не лишены родительских прав, не было отмены усыновления или опеки по виновным основаниям; психологических и нравственных: способность быть воспитателем, отношения между кандидатом и ребенком, психологическая совместимость с ребенком, личные качества и т.п.) и состоянии здоровья.

Положением о приемной семье установлено предельное число детей, которые могут в ней воспитываться: как правило, 8 человек, включая родных и усыновленных детей. Дети, находящиеся в родстве между собой обычно передаются в одну семью, за исключением случаев, когда это невозможно по медицинским и/или иным показаниям.

Подбор (выбор) детей осуществляется будущими приемными родителями – при информационном и консультационном содействии органов опеки и попечительства.

В договоре о передаче ребенка в приемную семью перечисляются конкретные права и обязанности приемных родителей: воспитывать ребенка на основе взаимоуважения, обеспечивать общий быт, досуг, условия для образования, здорового, физического и духовного развития, защиту прав и интересов, уход и т.д. Среди обязанностей органа опеки и попечительства – выплаты вознаграждения и компенсаций (в том числе средств на оплату отопления, освещения, текущего ремонта жилья, услуг бытового обслуживания); возможно также предоставление льгот по аренде дополнительной жилой площади, выделение средств на приобретение мебели, спортивного инвентаря, музыкальных инструментов и т.д.

***

[356] Там же. С. 84.

Как уже отмечалось, иные формы попечения детей, оставшихся без родительской заботы, могут быть предусмотрены законами субъектов РФ (ч. 2 п. 1 ст. 123 СК РФ). Многие из них воспользовались данным правом и ввели различные варианты договорного патроната («патронатная семья», «патронажная семья», «семья патронатных воспитателей» и т.д.[357]).

Так, например, в соответствии с Законом Ярославской области от 30.05.2006 г. «О формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей, на территории Ярославской области» индивидуальная социальная забота о таких детях возможна в форме патроната и семейно-воспитательной группы.

Патронат возникает на основе решения органа опеки и попечительства и соответствующего договора, который является трехсторонним – третьей стороной выступает учреждение по патронату (органы социальной защиты, здравоохранения и т.п.) и предполагает три варианта своего применения. Первый – патронатное воспитание детей с передачей их на содержание и воспитание в семью. Второй – патронатное воспитание в условиях гостевого режима сроком до 30 дней. Третий – постинтернатный патронаж как форма оказания патронатным воспитателям помощи выпускнику образовательного учреждения из числа детей, оставшихся без попечения родителей, в период его адаптации к самостоятельной жизни. Для установления патроната над ребенком 10 лет и старше требуется его согласие. Количество передаваемых детей ограничено: в первом случае – не более трех детей, за исключением устройства в семью братьев и сестер, если это отвечает их интересам; в третьем – до 5 выпускников (число детей по второму варианту формально не ограничено и, видимо, определяется разумным усмотрением органа опеки и попечительства).

Требования к патронатным воспитателям сходны с соответствующими положениями семейного закона об опекунах и приемных родителях, аналогично – и их статус, за некоторыми изъятиями в сторону уменьшения возможностей (например, способы воспитания и формы образования он согласует с органом опеки и попечительства; не предусмотрено полнообъемное представительство прав и интересов ребенка и др.). Обязательные состав-

[357] Подробнее см.: Михеева Л.Ю. Опека и попечительство … С. 87–98.

ляющие вознаграждения за патронатное воспитание предусмотрены указанным законом, дополнительные условия могут быть прописаны в договоре.

В семейно-воспитательные группы передаются дети (не более трех, за исключением братьев и сестер) из числа воспитанников учреждений социальной защиты. Ребенок при этом числится в контингенте данного учреждения. Эта форма социальной заботы, по смыслу областного закона, имеет смешанную природу: основанием передачи ребенка и определенных льгот и компенсаций по его содержанию является договор о помещении ребенка в семейно-воспитательную группу, а основанием для выплаты вознаграждения воспитателю – трудовой договор с учреждением, в контингенте которого числится ребенок. Воспитатель при этом зачисляется в штат данного учреждения. Следуя отмеченной нами ранее тенденции диверсификации социального законодательства, такая усложненная природа, даже если она и вызывает сомнения теоретического и практического порядка, принципиально смущать не должна. Тем более ее вектор не должен ориентироваться в сторону гражданского права.

Развивая идею об оптимизации социальной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей, Л.Ю. Михеева предполагает также предусмотреть «краткосрочную опеку» на период отсутствия (длительная командировка и т.п.) или болезни родителей по их просьбе и с учетом пожеланий о кандидатах, а также право родителей (родителя) «назвать опекуна» в случае смерти (как бы по завещанию)[358], которое по своей природе было бы самостоятельным распоряжением[359] (односторонней сделкой).

Таким образом, отношения по попечению детей строятся, как правило, на договорной основе семейно-правовой природы, иногда с вкраплениями административно-правовых и трудоправовых элементов. Эти договоры явно нуждаются в систематизации, дополнительном процессуальном обеспечении (например, соглашение о реализации права на воспитание отдельно прожи-

---

[358] Некие подобные правила действуют в Германии, Венгрии, Италии, Польше, Чехии, Франции. См., например: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств. С. 263, 265, 269, 273, 275.

[359] См.: Михеева Л.Ю. Указ. соч. С. 142-144.

вающего родителя), а значит, в дальнейшем внимании в качестве весьма специфического объекта исследования.

2.7. Договоры о предоставлении материального содержания

Право на содержание (материальную поддержку), право на алименты, соответствующие им обязанности и выстроенные правоотношения в различные периоды развития советского и российского семейного законодательства и с различных точек зрения рассматривались и рассматриваются то как тождественные (содержание – алименты), то как взаимодействующие по типу регулятивных и охранительных правоотношений. Этому разнобою способствовали КЗоБСО РСФСР, КоБС РСФСР и действующий СК РФ, употребляя в разных нормах термины «содержание» и «алименты» то в качестве синонимов, то в соотношении «общее и частное», то в контексте различения порядка предоставления семейно-правовой помощи (добровольно – содержание, принудительно – алименты)[360]. Так, например, правилом ч. 2 п. 1 ст. 80 СК РФ устанавливается: «Родители вправе заключить соглашение о содержании своих несовершеннолетних детей (соглашение об уплате алиментов) в соответствии с главой 16 настоящего Кодекса». В норме ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ заявлено, что супруги «вправе определить в брачном договоре свои права и обязанности по взаимному содержанию», а в п. 2 ст. 89 уже упоминается конструкция «соглашения между супругами об уплате алиментов» и т.д.

В нашу задачу не входит аналитика терминологического и сущностного различия (отождествления) «содержания» и «алиментов». Отметим лишь, что идея об охранительной природе алиментного правоотношения (обязательства) впервые была высказана О.С. Иоффе, который полагал, что последнее направлено «на обеспечение принудительного исполнения в точно установ-

[360] Подробно об этом см.: Косова О.Ю. Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. С. 60–69.

ленных размерах обязанности одного члена семьи по предоставлению содержания другому»[361].

О.Ю. Косова в своем монографическом исследовании после подробного рассмотрения точек зрения по данному вопросу, напротив, приходит к выводу, что полное смысловое отождествление данных конструкций в большей степени соответствует действующему законодательству и этимологии слов. Впрочем, автор оставляет для концепции «правоотношение по материальному содержанию – охранительное об алиментировании» запасной «аэродром»: «как бы то ни было, необходимы дополнительные научные аргументы в пользу теоретической и практической целесообразности обособления алиментов и алиментного обязательства в рамках семейно-правовых отношений по предоставлению содержания»[362]. С ее точки зрения, «алиментное обязательство в механизме правового регулирования семейных отношений предстает как возникающая при наступлении указанных в законе обстоятельств семейно-правовая связь, в силу которой одна сторона обязана содержать (алиментировать) другую сторону, а последняя вправе требовать предоставления алиментов (содержания)»[363].

Тем не менее, не употребляя термина «охранительное обязательство», М.М. Агарков (до О.С. Иоффе) отмечал, что при совместной жизни управомоченного и обязанного лица (родителей и детей, супругов и т.д.) обязательственного отношения в собственном смысле слова нет; в этом случае обязанность содержать «тесно и неразрывно переплетается с чисто личными отношениями», «имущественные элементы лишь искусственно могут быть отделены от чисто личных». В алиментном же обязательстве, продолжал автор, мы, напротив, имеем все признаки обязательственного отношения – одна сторона имеет право требовать от другой совершения определенных действий, а именно периодических уплат деньгами, а в некоторых случаях – натурой; такое

---

[361] См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 262.

[362] См.: Косова О.Ю. Указ. соч. С. 73–74.

[363] Косова О.Ю. Указ. соч. С. 75.

правоотношение обладает значительными особенностями, но все же обязательством является[364].

Таким образом, предоставление материального содержания в рамках нормально развивающихся (регулятивных) правоотношений классиками цивилистики обязательством не признавалось. Думается, что в качестве базовой предпосылки это вполне может быть принято.

(Что касается терминологической «диффузии», то она не исключительна: подобных примеров в законодательстве немало. В прикладном плане с этим считаться приходится, а для теоретического контекста это, на наш взгляд, большого значения не имеет.)

Алиментное обязательство возникает, как правило, на внедоговорной основе и в необходимых случаях его принудительное исполнение обеспечивается судебным приказом или судебным решением. А.И. Пергамент отмечала, что для него прежде всего характерны строго личная связь субъектов, непередаваемость и неотчуждаемость прав и обязанностей; безвозмездность (что не исключает будущей обязанности лица, получавшего алименты, стать лицом обязанным, однако не на этом основании, а в силу иных, самостоятельных юридических обстоятельств); предопределенность содержания жесткими установками закона; специфичность цели – обеспечение необходимых условий существования обязанного лица[365].

В целом эти характеристики актуальны и сегодня – с той лишь разницей, что с 90-х гг. XX в. взгляд на алиментные обязательства как разновидность обязательств гражданско-правовых заметно обозначил свои позиции в общем контексте десуверенизации семейного права[366]. Поскольку нас интересуют не собственно они, а договорные основания их возникновения, ограничимся констатацией данной тенденции.

---

[364] См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. С. 449–450.

[365] См.: Пергамент А.И. Алиментные обязательства. М., 1951. С. 8-14.

[366] См., например: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 3. М., 1998. С. 447.

Одновременно существенно расширена договорная основа алиментного обязательства и усилено его обеспечение нотариальным удостоверением[367].

Соглашения о предоставлении материального содержания (об уплате алиментов) возможны между всеми субъектами потенциального алиментирования. Однако между ними имеются довольно существенные различия по содержанию (которое в общем виде фиксировано в норме ст. 99 СК РФ: договоренности о размере, условиях и порядке выплаты средств).

Так, размер алиментов с родителей на несовершеннолетних детей не может быть меньше установленного законом. О.Ю. Косова справедливо уточняет, что из смысла ФЗ «Об исполнительном производстве» (ст. 66 и др.) следует и максимальный предел 70%. Добровольно выплачивать можно и больше, но силу исполнительного листа будет иметь только обязательство в указанных пределах[368]. В соглашении могут быть заложены возможности выплат в твердой сумме, натуре, смешанном варианте, индексации платежей, различной их периодичности, перечисления по почте, на банковский счет и т.д.

Супруги (бывшие супруги) вправе определить свои права и обязанности по материальному содержанию в брачном договоре (ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ) и в самостоятельном соглашении (ст. 99 СК РФ). Однако в отличие от последнего соглашение об алиментах как часть брачного договора не приравнивается к исполнительному листу[369].

Актуальным является вопрос о расширении оснований возникновения алиментного обязательства между супругами и бывшими супругами. По справедливому замечанию О.А. Хазовой, круг ситуаций, при которых один из супругов вправе рассчиты-

---

[367] Е.В. Князева, впрочем, полагает нецелесообразным применять ко всем соглашениям нотариальную форму; ее следует сохранить в обязательном порядке лишь для тех, в которых определяется правовой режим имущества супругов либо единовременно передается имущество в счет уплаты алиментов. См.: Князева Е.В. Диспозитивность в семейном праве: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. М., 2003. С. 6.

[368] См.: Косова О.Ю. Алиментные обязательства. Иркутск, 2003. С. 159–160.

[369] Там же. С. 163.

вать на алименты, крайне узок. Так, российский законодатель продолжает придерживаться исключительности алиментирования и не готов к «возвращению женщины в семью». В настоящее время, отмечает автор, «женщина, решившая посвятить себя семье и детям и не имеющая своего собственного дохода, полностью зависит от мужа; в случае развода или просто конфликтной ситуации она может оказаться совершенно незащищенной»; возможности трудоустройства ограничены, необходимо время для адаптации. Поэтому для подобных случаев, не превращая алименты в «пожизненную хлебную карточку», следует, тем не менее, предусмотреть временное алиментное обязательство экономически более сильного супруга. (Разумеется, подчеркивает О.А. Хазова, при этом должны использоваться гендерно-нейтральные формулировки, так как в роли «домашнего труженика» может, хоть и крайне редко, оказаться мужчина.) Существуют, конечно, возможности урегулировать этот вопрос по усмотрению супругов в соглашении об алиментах или брачном договоре, однако они опираются только на взаимную добрую волю, не решая проблемы, где таковая воля отсутствует[370].

Не решен положительно вопрос о возможности заключения соглашения об алиментировании между фактическими супругами. Как мы уже отмечали, он является частью общей проблемы семейно-правового признания подобных отношений, что во многих странах уже осуществлено, из ближнего зарубежья – это прежде всего Украина (ст. 91 СКУ).

Кроме того, нормой п. 1 ст. 89 Семейного кодекса Украины установлено: «Супруги, а также лица, брак между которыми расторгнут, имеют право заключить договор о прекращении права на содержание взамен приобретения права собственности на жилой дом, квартиру либо иное недвижимое имущество или получения единовременной денежной выплаты». Полагаем, что это также представляет интерес в плане совершенствования российского семейного закона.

[370] См.: Хазова О.А. К вопросу об институте алиментирования между супругами в российском праве // Forging a common legal destiny. L., 2005. P. 270–275.

2.8. Договоры в репродуктивной сфере

Репродуктивные технологии становятся все разнообразнее, эффективнее, все глубже проникают в естественные процессы взаимоотношений полов, а в настоящее время в связи с открытием метода клонирования животных подходят к черте, за которой могут начаться непредсказуемые процессы.

Соответственно множатся этические и правовые проблемы, связанные с репродукцией человека, притом что законодательство, в том числе российское, в этом вопросе фрагментарно и противоречиво, т.е. далеко не оптимально.

В настоящее время применяется несколько технологий «непорочного зачатия»: 1) оплодотворение яйцеклетки жены генетическим материалом мужа; 2) аналогичная операция, но с использованием донорской спермы; 3) имплантация супруге эмбриона, зачатого вне ее организма путем оплодотворения яйцеклетки с использованием генетического материала супруга либо донора; 4) «полное» («гестационное») суррогатное материнство, когда яйцеклетка, оплодотворенная in vitro, переносится в тело женщины (суррогатной матери) для вынашивания и рождения ребенка для генетических родителей – «заказчиков» (последняя является генетически ему посторонней); 5) частичное («традиционное») суррогатное материнство (искусственная инсеменация женщины, которая вынашивает и рожает генетически своего ребенка для «заказчиков» – с использованием генетического материала «заказчика» – мужчины или донора)[371].

В связи с применением данных технологий возникают многочисленные вопросы. Первый: вправе ли ребенок знать своих генетических родителей (донора; супружескую пару, если суррогатная мать не передала им ребенка)? Второй: только ли женщина или в равной мере мужчина может иметь доступ к методам вспо-

[371] На самом деле вариантов даже несколько больше. Подробнее об этом см., например: Литвинова Г.И. Правовые аспекты искусственного оплодотворения // Советское государство и право. 1981. № 9; Она же. Свет и тени прогресса. М., 1989. С. 132–133; Горожанкина М.А. Суррогатное материнство // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 2. Томск, 2002. С. 51.

могательной репродукции? Третий: можно ли вообще говорить «о праве каждого человека независимо от пола, брачного статуса и других обстоятельств иметь своего ребенка, коль скоро уровень медицины позволяет ставить вопрос таким образом»[372]. Четвертый (в продолжение третьего): допустимы ли в качестве «заказчиков» фактические супруги, однополые пары?..

В качестве предпосылок решения этих вопросов О.А. Хазова выдвигает следующие. «Автоматический» взгляд на проблему бесплодия «через призму женщины» является неверным с самого начала – с внедрением в практику суррогатного материнства право доступа мужчин к методам вспомогательной репродукции наравне с женщинами перестает быть умозрительным, приобретает реальные очертания. Шире следует смотреть и на так называемые медицинские показания. В норме ст. 35 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан подчеркивается условие о «детородном возрасте» женщины, претендующей на искусственное оплодотворение и имплантацию эмбриона (до 48 – 50 лет). В настоящее время этот барьер не является абсолютно непреодолимым. (Правда, в этой связи возникает вопрос, в какой мере это соотносится с интересами ребенка, так как немолодая мама может не успеть вырастить ребенка.) По общему правилу, медицинскими показаниями являются стойкое бесплодие, болезни супругов и иных «заказчиков», опасности естественного способа рождения для здоровья матери или ребенка. Однако, полагает автор, не исключается и расширительное толкование данного условия – и позиция по нему российского законодателя должна быть выражена более определенно, с учетом права человека самому принимать решения в репродуктивной сфере[373].

Роль семейно-правового регулирования в этих процессах узкоспециальна – на большинство вопросов отвечает или должно отвечать административное законодательство.

---

[372] См.: Хазова О.А. Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России // Современное медицинское право в России и за рубежом. М., 2003. С. 200.

[373] См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 202–208.

Поскольку в нашу задачу не входит анализ всего комплекса проблем, ограничимся по общим вопросам данными констатациями.

Так, семейный закон не предусматривает права ребенка знать своих генетических родителей (донора) в случае рождения с применением репродуктивных технологий. С учетом некоторых иных тенденций зарубежного законодательства (например, США) эта позиция подлежит дальнейшей дискуссии. Однако нам представляется, что консервативное решение более приемлемо – в интересах ребенка.

Еще прежним семейным законом введено правило о необходимости письменного согласия мужа на операцию по искусственному оплодотворению жены и запрете последующего оспаривания им своего отцовства (в настоящее время – ч. 1 п. 4 ст. 51, ч. 1 п. 3 ст. 52 СК РФ). Нетрудно заметить, что и в современной редакции не упоминается об одинокой женщине как субъекте подобной операции – речь идет только о супругах (лицах, состоящих в браке). Их согласие, с точки зрения общей классификации юридических фактов, является разновидностью правомерного акта. Между ними и медицинским учреждением заключается гражданско-правовой договор об оказании возмездных услуг.

Новеллой СК РФ стали нормы о суррогатном материнстве (ч. 2 п. 4 ст. 51, ч. 2 п. 3 ст. 52 СК РФ), однако они либо оспоримы, либо совершенно неудовлетворительны.

Во-первых, как и во всех других «репродуктивных» вариантах, закон игнорирует (и мы это уже отмечали) ситуации, где «заказчиками» выступали бы фактические супруги, однополые пары, одинокие женщина или мужчина. В ряде стран разрешена та или иная модификация. Например, в США после соответствующего судебного прецедента (2000 г.) неженатые пары получили право использования института суррогатного материнства[374]. В Голландии однополые союзы приравнены к союзу брачному и т.д.[375]

Полагаем непременным (для начала – при наличии соответствующих медицинских показаний) расширить «ассортимент»

[374] См.: Пестрикова А.А. Субъектный состав договора суррогатного материнства // Цивилист. 2007. № 2. С. 84.

[375] Подробнее см. в параграфе 2.3.

субъектов означенного права за счет одиноких мужчины и женщины[376].

Во-вторых, излишне жесткие требования предъявляются к суррогатной матери и по возрасту (20 – 35 лет), и по «брачности» (только замужняя женщина), и по медицинским характеристикам (родившая своего здорового ребенка, не являющаяся носителем заболеваний согласно перечню). По крайней мере, возраст может быть увеличен, а «брачность» – и вовсе не обязательна.

(Е.С. Митрякова полагает, что необходимо установить требование и к «заказчикам» – по возрастным ограничениям, психическому здоровью и т.п.[377] Думается, что вопрос требует дополнительной дискуссии: с одной стороны, имеется аналогия с требованиями к усыновителям, с другой – в репродуктивной сфере законодатель придерживается, как правило, решений с большей диспозитивностью, нежели при регулировании отношений усыновления.)

Кстати, в этой связи возникает еще одна проблема: семейный закон выводит за скобки согласования мужа суррогатной матери. Поскольку последней законом предоставлено право оставить рожденного ребенка себе (заказчики» могут быть записаны родителями ребенка только с ее согласия – ч. 2 п. 4 ст. 51 СК РФ), в отношении ее мужа не исключается формальное действие презумпции отцовства (п. 2 ст. 48 СК РФ). Следовательно, не только из соображений гендерной симметрии, но и по существу условие о согласии мужа на суррогатное материнство жены должно быть предусмотрено в нормах ст. 51 – 52 СК РФ. Данной точки зрения придерживается и О.А. Хазова[378].

Наконец, в-третьих, много неясного в части собственно договора о суррогатном материнстве. В тексте закона даже не упот-

---

[376] Например, относительно последней в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье есть прямое указание (п. 1 ст. 53).

[377] См.: Митрякова Е.С. Правовое регулирование суррогатного материнства в России: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 17–18.

[378] См.: Гендерная экспертиза российского законодательства / Под ред. Л.Н. Завадской. М., 2001. С. 129–130.

См. также: Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 82.

ребляются термины «соглашение» или «договор». Между тем на практике иного пути, как заключить специальный семейно-правовой договор, мы не видим, что подтверждается и зарубежными вариантами регуляции данного вида отношений. Так, в нормах ст. 53 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье в качестве правового основания суррогатного материнства признается договор (п. 1 ст. 53), который заключается в письменной форме и подлежит нотариальному удостоверению (п. 2 ст. 53).

Разумеется, первое затруднение в решении вопроса по указанному вектору состоит в императивной норме о передаче ребенка супругам – «заказчикам» только с согласия суррогатной матери. Это правило несправедливо, так как оно совершенно не защищает интересы женщины, мечтающей о ребенке, но по состоянию здоровья не способной его родить, да и супружеской четы («нареченных» генетических родителей) в целом[379].

М.Н. Малеина по этому поводу делает и дополнительное замечание: если суррогатная мать способна иметь детей естественным способом, то при современной дороговизне оказания медицинских услуг, небольшого количества донорского материала непонятно решение законодателя предоставить ей возможность иметь ребенка путем метода искусственного зарождения[380]. Подобное же недоумение высказывают С.Ю. Чашкова, Е.С. Митрякова и др.[381]

Иную позицию занимает О.А. Хазова: «При разработке соответствующих положений СК ставилась цель последовать лучшим правовым решениям, существующим в этом отношении в зару-

---

[379] А также одинокой женщины с аналогичным диагнозом.

Вызывает сомнение позиция Е.С. Митряковой о необходимости предоставления такого права тем супружеским парам, в которых женщина «просто не хочет вынашивать ребенка самостоятельно». См.: Митрякова Е.С. Указ. соч. С. 8.

На наш взгляд, это окончательно превратит ребенка в товар, а договор о суррогатном материнстве – в типичный договор гражданского права.

[380] См.: Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001. С. 92–93.

[381] См.: Чашкова С.Ю. Договор как способ регулирования отношений между участниками репродуктивной технологии суррогатного материнства // Юстиция. 2005. № 2. С. 67; Митрякова Е.С. Указ. соч. С. 19.

бежных странах, и тем рекомендациям, которые были сделаны в свое время экспертной группой Совета Европы. … Предоставленное суррогатной матери право оставить ребенка у себя – один из немногих правовых механизмов, который позволяет в определенной степени избежать злоупотреблений, связанных с использованием этого метода»[382].

Однако, кроме того что отказ суррогатной матери передать ребенка «нареченным» родителям является для них тяжким психологическим ударом, подобное правило провоцирует шантаж недобросовестной женщины. Так что, как всегда, идеального варианта нет. Считаем, что «пирамиду» все же следует перевернуть: основанием суррогатного материнства является юридически признанное желание бесплодной пары иметь своего ребенка – за ней и должно быть закреплено преимущественное право на ребенка. Этот приоритет этически оправдан. Одновременно можно было бы предоставить суду право в исключительных случаях принимать решение об оставлении ребенка у суррогатной матери (отказ от ребенка «заказчиков», возникшее после родов бесплодие суррогатной матери, смерть ребенка и т.п.).

По мнению аналитиков в области сравнительного правоведения, именно в пользу нареченных родителей в основном и оценивается ситуация в зарубежном законодательстве[383]. В США, кстати, имеются судебные прецеденты о частичной защите интересов суррогатной матери – при сохранении общей тенденции обязательства по передаче ребенка суррогатной паре. Так, рассматривая дело об отказе «исполнительницы» отдать ребенка «заказчикам», суд признал за ней право на свидание с ребенком[384]. В ряде стран данная программа (например, в Германии) вообще пока не разрешена. Напротив, в соответствии с правилом п. 2 ст. 123 СК Украины родителями такого ребенка являются супруги.

Итак, российский закон «затейливо» обходит вопрос о юридической природе отношения между суррогатной матерью и супругами. «Заговор молчания» распространяется и на характер их

---

[382] Хазова О.А. Правовые аспекты … С. 210.

[383] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2005. С. 550–553.

[384] Там же. С. 550.

отношений. Видимо, предполагается безвозмездность. Между тем это не всегда так: ребенок может вынашиваться близкой родственницей – и тогда прямая плата за «услугу», действительно, может не осуществляться. А какие же резоны подвигнут сторонюю женщину вынашивать генетически чуждый ей плод с последующей передачей другим лицам? Полагаем, только экстраординарные. В типичных случаях речь идет о возмездных соглашениях нередко «теневого» характера, с привлечением или без привлечения посредников.

Поскольку прямого запрета на договор в семейном законе нет, на практике к таким ситуациям используется договор о возмездном оказании специализированных услуг. Так, Е.С. Митрякова полагает, что рассматриваемые договоры во многом схожи; договор о суррогатном материнстве мог бы быть с полным основанием упомянут в перечне п. 2 ст. 779 ГК РФ (среди медицинских, ветеринарных, консультационных и др.), однако пока этого не произошло, его следует считать непоименованным договором[385].

Полагаем, однако, что исследуемые отношения сопровождают два, а возможно, и три договора: первый – между суррогатной матерью и супругами-«заказчиками», второй – между супругами и медицинским учреждением, третий – между последним и суррогатной матерью. Второй и третий договоры могут быть объединены в один, многосторонний. По своей природе он – гражданско-правовой об оказании медицинских услуг. В нем должны быть предусмотрены положения о генетическом материале, консультировании суррогатной матери о сущности и последствиях операции[386], правах супругов-«заказчиков» на информацию о ходе реализации программы, определенный контроль по отдельным вопросам, о последствиях неуспешного результата, вынашивании «двойни» («тройни») вместо одного ребенка, рождения больного ребенка, о возмещении стоимости медицинских услуг в зависи-

[385] См.: Митрякова Е.С. Указ. соч. С. 15–16.

[386] О.А. Хазова отмечает, что, возможно, степень ее информированности должна быть более высокой, чем это принято у «обычных» пациентов. В практике Санкт-Петербургского ЭКО, продолжает автор, ни одна из женщин, имевших только имущественный интерес, не стала участвовать в программе суррогатного материнства после того, как ей была предоставлена полная информация. См.: Хазова О.А. Правовые аспекты … С. 212.

мости от их ассортимента, сложности, комфортности, о гонораре медицинского учреждения, об ответственности последнего перед суррогатной матерью в случае нанесения ущерба (виновного и невиновного) ее здоровью.

Договор между суррогатной матерью и супругами (одинокой женщиной и т.д.). является семейно-правовым. В рамках действующего закона к основаниям его ничтожности относится отказ суррогатной матери передать ребенка.

В этом договоре стороны определяются с возмездностью услуг, взаимным информированием по всем вопросам программы суррогатного материнства, с условиями жизнеобеспечения женщины-«исполнительницы», ее обязанностях по соблюдению всех рекомендаций врачей, о возмещении вреда здоровью, с иными неблагоприятными последствиями программы, с обязательствами суррогатной матери, связанными с ее отказом передать ребенка, сроками передачи ребенка (например, во время нахождения в медицинском учреждении в послеродовой период), порядком и сроками выплаты вознаграждения, последствиями отказа стороны (сторон) от исполнения договора. При этом часть вопросов неизбежно пересекается с теми, которые предусмотрены предыдущим договором (договорами). Не исключаются также договоренности о праве суррогатной матери на свидания с ребенком, праве ребенка в этой связи знать об обстоятельствах своего рождения (впрочем, для нареченных родителей это вряд ли представляет интерес).

Таким образом, российскому законодателю в ближайшее время необходимо определить свою позицию по всему комплексу перечисленных проблем, тем более что в ряде вопросов его опережают законодатели ближнего зарубежья.

2.9. Фиктивные сделки в семейно-правовой сфере

Явления фиктивности в цивилистике весьма распространены. То же самое приходится констатировать и в области жизнедеятельности семейных правоотношений: фиктивными могут быть брак, развод, раздел общесупружеского имущества, брачный до-

говор, взыскание алиментов, признание отцовства, усыновление, опека, приемное родительство и т.д.[387]

Такая вариативность уже сама по себе создает основу для автономности, специфичности института семейно-правовой фиктивности: аналогия с фиктивными гражданско-правовыми сделками (мнимыми и притворными) возможна, но не исчерпывает всей проблемы. Мнимая сделка совершается лишь для вида, без цели реально создать соответствующие ей правовые последствия – видимости последних для субъектов вполне достаточно. В притворной сделке стороны также стремятся достигнуть отнюдь не того правового результата, который должен возникнуть из совершаемой сделки, но она, кроме того, играет роль прикрытия своей формой истинной сделки[388].

Фиктивным является такое действие или отношение, которое внешне – по правовой форме – отвечает требованиям закона, а по цели и содержанию не соответствует ему, вплоть до противоположности. В отличие от фикции (особого технико-юридического приема), которая выполняет роль своеобразного неординарного сорегулятора общественных отношений, наряду с классическими технологиями, достигая совместно с ними не только цели формальной определенности правовых предписаний, но нередко выполняя и социально-нравственные задачи, фиктивность есть безусловно негативное явление – правонарушение или аморальный поступок (если государственной реакции не предусмотрено, а применение санкций по аналогии невозможно). В рамках оговоренной нами терминологии к ним вполне применимо понятие фиктивной сделки (как правило, фиктивного договора). При этом данная совокупность видов составляет, как и в целом договор в его многообразии, наряду с гражданско-правовыми фиктивными сделками, фиктивными трудоправовыми, международно-правовыми и т.п. договорами, композицию общетеоретического порядка.

---

[387] Подробнее об этом см., например: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение. 1983. № 2. С. 84–87; Она же. Семейное право. С. 134–142.

[388] См., например: Тархов В.А. Гражданское право. Общая часть. Уфа, 1998. С. 230–231; Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. С. 216–217.

Семейно-правовые фиктивные акты и отношения не укладываются в общую цивилистическую типизацию еще и потому, что сущностно разнообразны, тесно связаны с личностью участников, далеко не всегда для них можно выстроить схему классических цивилистических последствий в виде реституции, если вообще можно изобрести юридически вразумительную реакцию. Остановимся на их характеристике подробнее.

А. Фиктивное заявление о вступлении в брак относится к типично российским казусам (а до этого – советским). Изначально оно было обусловлено явлением всеобъемлющего товарного дефицита и созданием в этой связи сети специализированных отделов или магазинов (“салонов для новобрачных”), где по талонам, выданным органом ЗАГС (на основании факта подачи заявления о вступлении в брак), можно было приобрести не только свадебные наряды, но и белье, одежду, обувь, посуду и прочие необходимые в быту вещи. После либерализации цен были открыты также специальные отделы или магазины, где можно было (по тем же самым талонам) приобрести продукты питания для свадебного стола. Мимо таких возможностей некоторые (и притом немалое, к сожалению, число) граждане пройти не могли... и подавали фиктивные заявления о вступлении в брак, чтобы желанные талоны получить. Соответственно работники органов ЗАГС и дворцов бракосочетаний пытались этому явлению противостоять: выдавали талоны двух типов (первый был действителен до регистрации брака – для приобретения свадебных нарядов, второй – после регистрации для покупки всего остального); в паспортах делали карандашные пометки, чтобы поймать “злоумышленников” при подаче ими заявлений неоднократно; «продуктовые карточки», разумеется, выдавались до свадьбы, так как еда была необходима к свадебному столу.

Возможны и другие мотивы данного фиктивного акта. В настоящее время «дефицитная напряженность» (в контексте фиктивного заявления) спала. Однако фиктивные заявления о вступлении в брак не потеряли своей мотивации полностью. Например, граждане, желающие пройти всестороннее бесплатное медицинское обследование (а у некоторых в определенном возрасте это становится «хобби»), могут воспользоваться соответствующими гарантиями, предоставленными нормой ст. 15 СК РФ. (Как гово-

рил великий Аркадий Райкин о важности дефицита: всегда чего-нибудь должно не хватать…) Таким образом, существо этого действия – в подаче заявления о вступлении в брак без намерения его последующей регистрации с целью получения льгот и выгод, сопровождающих процедуру заключения брачного союза.

Б. Наиболее распространенным, известным и, соответственно, достаточно давно находящимся под санкцией семейного закона (ч. 3 ст. 43 КоБС РСФСР, п. 1 ст. 27 СК РФ; КЗоБСО РСФСР 1926 года института недействительности брака не знал) является **фиктивный брак**. В КоБС РСФСР имелось лишь указание на возможность признания недействительным брака, заключенного без намерения создать семью, как фиктивного. В СК РФ содержится краткое определение данного явления: признается недействительным фиктивный брак, "то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью" (п. 1 ст. 27). Однако дефиниция предлагается как бы походя, отнюдь не среди условий заключения брака. Между тем большинство цивилистов полагают создание семьи целью брака и его конститутивным признаком. Значит, и данное основание недействительности брака должно находиться в системе с другими, а не на «выселках».

Следует отметить, что фиктивность как основание недействительности брака – также типично российское явление: даже семейное законодательство большинства стран бывшего социалистического лагеря такого института не имело [389], хотя в ряде случаев опосредованно или по аналогии добиться признания фиктивного брака недействительным было можно. Так, И. Хадерка отмечал лишь косвенную известность законодательству ЧССР явления фиктивного брака: в Инструкции Министерства внутренних дел ЧССР "О заключении браков иностранных граждан с чехословацкими гражданами" приводились примеры заключения браков "без намерения основать супружеский союз" с целью получения разрешения на пребывание иностранца в

[389] См., например: Семейный и опекунский кодекс ПНР. М., 1967; Семеен кодекс на НРБ. София, 1985; Семейное право зарубежных европейских социалистических стран / Под ред. В.П. Грибанова и А.М. Беляковой. М., 1979.

ЧССР или с целью получения чехословацким гражданином разрешения на выезд за границу. И. Хадерка характеризовал данное явление как двустороннюю симуляцию (фиктивный брак) – в отличие от односторонней симуляции, которая как фиктивный брак им не квалифицировалась[390].

Правовая реакция на фиктивный брак была возможна в Югославии[391]. Наиболее близко к российскому варианту находились теория и практика Румынии[392].

Правовая природа фиктивного брака близка природе мнимой сделки (в том числе – аналогична для двусторонне фиктивного брака)[393]. Существо и виды брачной фиктивности, как правило, обсуждались и обсуждаются с точки зрения субъективной и объективной стороны данного деяния.

Первый аспект включает, во-первых, мотивацию фиктивного акта: получение прописки-регистрации в обход существующих правил; приобретение права на жилую площадь, социальное обеспечение; возможность уклониться от нежелательного распределения на работу, место службы по окончании военного училища и других учебных заведений, где "распределение" сохранилось; приобретение права на въезд в соответствующую страну, получение вида на жительство и т.п.; желание числиться замужем – по мотивам как корыстного, так и сугубо личного характера[394], вступление в брак с престарелым или тяжело больным человеком с целью завладения имуществом после его смерти, которое недобросовестный супруг рассчитывает получить по наследству на основании закона или завещания[395].

Как отмечает Л.Б. Максимович, социальные причины данного правонарушения далеко не всегда кроются в пороках развития

---

[390] См.: Хадерка И. Вступление в брак. Правовые аспекты. М., 1980. С. 164–166.

[391] Семейное право зарубежных... С. 341.

[392] См.: Там же. С. 241.

[393] См., например: Антокольская М.В. Семейное право. М., 1997. С. 131.

[394] Подробнее о мотивах и судебной практике см.: Тарусина Н.Н. О фиктивных ... С. 84–85; Белякова А.М. Вопросы советского семейного права в судебной практике. М., 1989. С. 20–22.

[395] См.: Максимович Л. Фиктивный брак // Закон. 1997, № 11. С. 73.

личности. Определенная часть фиктивных браков – не болезнь, а симптом неадекватного законодательства, чрезмерного ограничения прав граждан[396]. На наш взгляд, это спорное утверждение: конечно, российское государство отличалось (и не только, впрочем, оно) запретительностью и категорическими императивами, однако нарушали запреты далеко не все, да и запрет запрету – рознь, как нарушение нарушению также. Например, в односторонне фиктивном браке недобросовестная сторона, нередко используя влюбленность другой стороны, получает желаемую регистрацию, вид на жительство и т.п., и затем, достигнув «блага», спешит расторгнуть брак, нанося тяжкую психологическую травму добросовестной стороне (тем большую, если раскроется фиктивность брака и будет применена процедура признания его недействительным, а не развода). Государство, разумеется, может быть «монстром», но грань, за которой следует категорическое оправдание правонарушения (кроме, конечно, отказа исполнять преступные приказы), весьма тонка. Фиктивные браки, как правило, связаны с корыстными побуждениями, а не обусловлены необходимостью физического выживания, защиты слабой стороны, собственной чести и т.п.

Во-вторых, субъективный контекст предполагает проблему дифференциации фиктивности на классическую двустороннюю (именно она по своей природе аналогична фиктивной гражданско-правовой сделке) и одностороннюю. При этом, как показывает судебная практика, последний вариант более распространен, хотя нередко и сложнее в плане судебного доказывания факта фиктивности.

В-третьих, данный вид аналитики используется для отличия фиктивного брака от брака “по расчету” и от недействительного брака, заключенного вследствие обмана. Первое отличие проводится по объективной стороне отношения (брак по расчету характеризуется созданием семьи, нормальных супружеских отношений, хотя его социальная природа и не вполне соответствует положениям ст. 1 СК РФ – о построении семейных отношений “на чувствах взаимной любви и уважения”...). Второе – прежде всего по цели правонарушителя: обман используется как способ

[396] Там же. С. 73–74.

создания с брачным партнером семьи, т.е. реального брака, а фиктивность (односторонняя симуляция) – как способ использования правовой конструкции зарегистрированного брака для достижения корыстных целей, без намерения создать реальную семейную общность.

Второй аспект позволяет ответить на весьма сложный практический вопрос: можно ли признать союз фиктивным, если стороны вступили в отношения, характерные для супругов? Теоретический спор давно разрешен[397]: да, ибо в односторонне фиктивном браке недобросовестный субъект вынужден симулировать добропорядочность своих целей для реализации недобропорядочных. Практически же решение затруднено, особенно при крайней осторожности недобросовестного "супруга", а также в связи с допущением фактов невыполнения обычных супружеских обязанностей и раздельным проживанием супругов в действительном браке. Впрочем, некоторые юристы не исключают возможности признания брака недействительным как фиктивного, даже если в таком союзе родился ребенок [398], что сомнительно: пожалуй, в подобных казусах "количество" явно перешло в "иное качество"... (Возможно, именно для подобных случаев следует ввести в семейный закон норму о неблагоприятных последствиях расторжения брака при наличии особых типов вины).

Доказательственная сторона в процессе по иску о признании брака недействительным как фиктивного весьма сложна. Отличить его от брака по расчету, брака по ошибке («затмение влюбленности»), легкомыслию и т.п. часто не только непросто, но даже невозможно.

Интереснейшим примером успешного дела является процесс в одном из судов Москвы по иску И.Я. Сыркиной к В.Н. Каревичу (с одновременным рассмотрением встречного иска последнего о расторжении брака). В речи адвоката Б.В. Филиппова отмечалось, что Каревич вступил в брак только

---

[397] См., например: Орлова Н.В. Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 86–90; Шишигина Н. Условия и последствия признания брака недействительным // Советская юстиция. 1975. № 14. С. 19–20.

[398] См., например: Максимович Л. Фиктивный брак // Закон. 1997. № 11. С. 74–75.

для получения прописки, жилой площади и работы в Москве. Это подтверждалось следующими обстоятельствами дела. Сыркина с дочерью проводила отпуск в Одессе, на пляже она познакомилась с Каревичем, молодым, интересным инженером, имеющим ту же специальность, что и она, жителем г. Черновцы. Из разговора Каревич выяснил, что Сыркина одинока, имеет хорошую двухкомнатную квартиру, в которой проживает с 8-летней дочерью; со своей стороны он пожаловался новой знакомой на одиночество и неустроенный быт. Отпуск дамы подходил к концу – «кавалер» явно и настойчиво начал проявлять свою влюбленность и даже настоял на проводах ее в Москву. В Москве он задержался на несколько дней, убеждая будущую истицу в своей любви и горячем желании видеть ее своей женой. На четвертый день было подано заявление в орган ЗАГС. Жених улетел домой. В письмах невесте исподволь проводилась мысль о том, чтобы она не афишировала свой брак, не готовилась к «пышной» свадьбе, не приглашала даже родственников, так как он противник официоза.

В день регистрации Каревич прибывает в Москву с маленьким чемоданчиком, на кольца и скромный ужин в ресторане у него не оказывается денег. Затем начинаются хлопоты с пропиской, по совету опытного сотрудника паспортного стола Сыркина оформляет пока временную регистрацию. И тогда происходит первая ссора: Каревич, не желая быть «временным мужем», уезжает домой. Сыркина оформляет постоянную прописку, устраивает мужа на работу в институт, где работает сама (это занимает определенное время, что крайне раздражает Каревича). Как только регистрация и работа получены, Каревич в первый же рабочий день настаивает на подаче заявления о расторжении брака ввиду разочарования в жене. Измученная претензиями и скандалами, Сыркина не возражает. И брак был бы расторгнут – Каревич сохранил бы максимум запланированных благ. Однако в квартире Сыркиной появляется молодая женщина, с которой, как выяснилось, Каревич несколько лет жил в фактическом браке и у которой взял взаймы 500 рублей, чтобы «расписаться» с москвичкой. Обе женщины убеждаются, что обмануты Каревичем. Сыркина обращается за советом к адвокату. В итоге предъявляется иск о признании брака недействительным как фиктивного, а Каревичем

заявляется встречный иск о расторжении брака. Дело истицей было выиграно[399].

Правовые последствия недействительности фиктивного брака традиционны и не исключительны: двусторонняя реституция – с соблюдением "правовых льгот" для добросовестной стороны и нераспространением реституции на статус детей (ст. 30 СК РФ).

Между тем и в этом вопросе позиция российского семейного права далеко не адекватна зарубежным вариантам. Так, и новый СК Республики Болгарии не только не предусматривает фиктивность как основание недействительности брака, но и последняя вообще выстраивается по иным правилам, нежели в нашем Семейном кодексе: "уничтожение" (недействительность) брака рассматривается как один из способов его прекращения (ст. 94); последствия уничтожения равны последствиям расторжения брака, а недобросовестность стороны имеет значение вины при разводе (ст. 98)[400]. Подобная позиция не случайна. Классики болгарского семейного права (Н. Меворах и Л. Ненова) полагают, что лицам, виновным в недействительности брака, негоже предоставлять возможность прекратить его по упрощенной процедуре.

Л. Ненова в качестве акта судебного толкования по этому вопросу приводит следующее решение Верховного Суда НРБ: симуляция брака не может доказываться; общественное значение акта регистрации столь важно, что он не может быть отменен по основанию тайного соглашения и в силу такого соглашения прекращен брак как симулятивный[401].

"Соображения в пользу такого решения могут быть почерпнуты, – отмечает Л. Ненова, – и в самом единстве бракосочетания, которое совершается с участием государственного органа"[402]. Ища

---

[399] Подробнее об этом см.: Речи советских адвокатов по гражданским делам. М., 1976. С. 60–70.

Другие классические дела – как с односторонней, так и двусторонней фиктивностью см.: Тарусина Н.Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях.

[400] Семеен кодекс на РБ. София, 1993.

[401] Ненова Л. Ничтожния брак // Годишник на Софийския университет. Юридически факултет. 1978. Т. 71. С. 326. (Переводы с болг. Н.Н. Тарусиной).

[402] См.: Там же.

поддержки своего коллеги Н. Мевораха, автор знакомит нас со следующим его находчивым замечанием: "...в браке мы имеем в качестве стороны не только супругов, но и общество, а общество в данном случае не участвует в скрытых уговорах и скрытых целях вступающих в брак"[403]. Однако, приводя иные позиции, частично и полностью не совпадающие с болгарской, в частности российскую, немецкую и французскую [404], Л. Ненова оставляет их практически без комментариев. Между тем "святость" акта с участием государственного регистратора брачного союза уже, например, не поддерживается автором при обнаружении значимых пороков воли и/или сокрытии иных существенных обстоятельств[405]. Да и СК РБ в этом случае предписывает уничтожение брака (ст. 96). В конце концов во всех цивилизованных странах акты государственных органов – и индивидуальные, и даже нормативные – могут быть объявлены "ничтожными" судебной властью...

Следует также заметить, что после исключения из семейного закона института недействительности фиктивного усыновления[406] признание недействительным фиктивного брака оказалось единственной реакцией семейного закона на случаи фиктивности как в брачной, так и семейно-правовой сфере в целом.

В частности, официальная реакция закона отсутствует **на случай фиктивного развода**, хотя в практике он распространен весьма давно, и в доктринальном, а также правоприменительном плане на данную проблему обратили внимание ученые и практики еще в 70-х гг. XX в.[407] Поводом к фиктивному разводу, как правило, служит желание сторон обойти жилищное законодательство (получить или улучшить социальное жилье), специальные правила о регистрации граждан (в Москве и т.п. городах), ранее – междугородном обмене квартир. Особое место занимают случаи "союзов" фиктивного развода и ***фиктивного раздела имущества*** или ***фиктивного брачного договора***, имеющие це-

[403] Цит. по: Там же. С. 326.
[404] Там же. С. 327.
[405] Там же. С. 323–325.
[406] Подробнее об этом см. далее.
[407] См., например: Зимарин В. Расторжение брака // Социалистическая законность. 1975. № 3. С. 61.

лью уйти полностью или частично от имущественных гражданско-правовых обязательств одного из супругов.

Признание фиктивного развода (единоличного или в комплексе с другими фиктивными актами) недействительным – на основании аналогии норм семейного закона о фиктивном браке и гражданского закона о фиктивной сделке (ст. 5 СК РФ), а также определение соответственно гражданско-правовых, административно-правовых или уголовно-правовых последствий не вызывает серьезных затруднений: реституция, взыскание, привлечение…

Сложнее с семейно-правовыми последствиями, ибо отношения носят сугубо личный характер, стороны могли трансформировать их в фактический развод, и объявление его недействительным выглядело бы, на первый взгляд, парадоксально. Однако и полная санация, как, например, фиктивного брака, здесь неуместна, так как “санация наоборот” есть не меньший парадокс.

Видимо, целесообразно применять “полусанацию”: правовые отношения (или правовые последствия), возникновения (наступления) которых неправомерно добивались стороны, должны подвергнуться реституции; прекращение брака, если супруги уже не желают возобновления его[408], считать состоявшимся с момента вступления в законную силу судебного решения по иску.

Возможен и другой вариант. Если суд установит, что “фиктивно разведенные” супруги (или один из них) в настоящее время стремятся к действительному прекращению брачного правоотношения, следует разрешить предъявленные прокурором (или иным законным заявителем) требования об аннулировании всех правовых последствий, кроме семейно-правовых, а последние определить с соблюдением следующей процедуры: 1) при взаимном стремлении к разводу прекратить брак по правилам ст. 23 СК РФ; 2) при одностороннем – отложить дело слушанием на 3 месяца (т.е. максимально возможный срок – ч. 2 ст. 22 СК РФ), при под-

[408] В. Зимарин (прокурор Н-ской области) в качестве примера приводит казус из своей практики: супруги фиктивно расторгли брак, чтобы произвести выгодный обмен своей квартиры в г. Днепропетровске на квартиру в г. Киеве; муж, переехав (временно без жены) в г. Киев, не захотел выполнить договоренностей и зарегистрировать брак со своей женой повторно; «бывшая» жена обратилась с жалобой в прокуратуру... (см.: Зимарин В. Указ. соч. С. 61).

тверждении просьбы – признать фиктивный развод действительным с момента вступления данного решения в законную силу, сообщить отделу ЗАГС об изменении даты прекращения брака.

Упоминавшийся здесь ***фиктивный раздел имущества*** может быть подвергнут двум различным процедурам в зависимости от способа осуществления данного акта. Если супруги заключили соглашение о разделе брачной собственности, то предъявляется иск о признании этого соглашения недействительным. Если раздел осуществлен судебным решением в результате бракоразводного (по правилам ст. 24 СК РФ) или автономного процесса, его фиктивность должна подтверждаться в порядке пересмотра судебного акта по вновь открывшимся обстоятельствам.

Фиктивный брачный договор также есть разновидность фиктивной сделки. Признание его недействительным осуществляется по правилам ГК РФ, на что указывает бланкетная норма ч. 1 ст. 44 СК РФ. Цели данного деяния аналогичны фиктивному разделу имущества.

Однако, поскольку брачно-договорные отношения регулируются преимущественно семейным законом, целесообразно предусмотреть в нормах последнего положения о сущности и последствиях фиктивности. Это станет тем более актуальным, если, как мы отмечали ранее, будет законодательно усилена социально-гуманитарная составляющая брачного договора.

До принятия СК РФ 1995 г. охранительные семейно-правовые нормы реагировали на ***фиктивное усыновление*** (ст. 111 – 113 КоБС РСФСР), а прежние кодексы – нет. Само становление и развитие института усыновления в советском семейном праве осуществлялось именно в борьбе с фиктивным усыновлением. По Кодексу законов об актах гражданского состояния, брачному, семейному и опекунскому праву РСФСР 1918 г. усыновление было запрещено во избежание возможности эксплуатации несовершеннолетних, которые под видом усыновления могли быть использованы как даровая рабочая сила. Со временем эти мотивы утратили остроту. В 1926 г. институт усыновления был восстановлен. По смыслу нормы ст. 66 КЗоБСО 1926 г. на практике допускалась возможность отмены усыновления по

иску государственных органов (например, собеса)[409], если оно возникало не с целью восполнить ребенку отсутствие родительской заботы, а использовалось лишь для незаконного получения каких-либо материальных благ (пенсии, пособия, права пользования жилым помещением и наследством ребенка и т.п.). КоБС РСФСР объявлял фиктивность основанием недействительности усыновления.

Соответствующее зарубежное законодательство, как правило, не солидарно с российской позицией и в вопросе фиктивности усыновления: либо институт недействительности усыновления отсутствует – и данное правоотношение прекращается путем отмены усыновления, либо он есть, но не предполагает такого самостоятельного основания недействительности, как фиктивность. Так, правило п. 3 ч. 1 ст. 64 СК РБ предусматривает прекращение усыновления вследствие тяжкой провинности стороны и по другим обстоятельствам, которые глубоко расстраивают отношения между усыновителем и усыновленным. Поскольку «тяжкая провинность» трактуется по аналогии с основаниями лишения родительских прав[410], фиктивность в «скрытом виде», не напрямую может присутствовать лишь в «других обстоятельствах».

Семейный кодекс РФ, введя судебный порядок установления усыновления (по правилам гл. 29 ГПК РФ), отказался от института недействительности усыновления, так как суд не может участвовать в правонарушении (в отличие от иных государственных органов). Но, разумеется, отменить явление фиктивности законодатель не в силах. Поэтому последнее (и другие нарушения условий усыновления) должно рассматриваться как основание к отмене судебного решения об установлении усыновления – в порядке гражданского судопроизводства (п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. № 9 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении усыновления»). Соответственно, по мнению авторов комментариев к СК, это может быть кассационное или надзорное

---

[409] См., например: Бошко В.И. Очерки советского семейного права. Киев, 1952. С. 291–292.

[410] См., например: Ненова Л. Вината в българското семейно право. София, 1983. С. 157, 161 и след.

производство[411]. Однако, поскольку факт фиктивности, как правило, не был и не мог быть известен суду, вынесшему решение, и заявителю (прокурору, органу опеки и попечительства), полагаем, что следует вести речь в этих случаях об исключительном судопроизводстве – пересмотре решения по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 392 ГПК РФ).

Фиктивное взыскание алиментов открывает ту группу фиктивных актов, на которые СК РФ (и прежние кодексы) не реагируют, но судебной и административной практике они известны. Заявление (для выдачи судебного приказа) или исковое заявление о взыскании алиментов подается в суд по сговору обязанного лица и формально управомоченного лица с целью последующего заявления об уменьшении размера алиментов другим лицам. Этими актами инспирируются либо бесспорная потребность в содержании, либо спор о праве на алименты. Последний фиктивен и служит как бы предметом другого спора, со своеобразной процессуальной природой – о признании фиктивным иска (заявления) о взыскании алиментов[412].

Как правило, фиктивное заявление о взыскании алиментов осуществляется в алиментных правоотношениях между родителями и несовершеннолетними детьми. Если процесс исковой, в дело в качестве третьего лица без самостоятельных требований привлекается мать ребенка, на которого наш «фиктивный ответчик» уже выплачивает алименты. Однако распространение на дела данной категории, хотя и в диспозитивном режиме, процедуры судебного приказа затрудняет, если вовсе не исключает, правильную оценку судом сложившейся ситуации. В этом случае надо либо пересматривать судебный приказ как постановление, разрешившее дело по существу (а не как вид исполнительного документа), в порядке надзорного производства, что вряд ли реально, либо при последующем судебном рассмотрении иска об уменьшении размера алиментов на первого ребенка использовать

---

[411] См., например: Комментарий к Семейному кодексу РФ / Под ред. И.М. Кузнецовой. М., 1996. С. 343.

[412] Подробнее об этом см.: Заболоцкий И.И., Кузнецова И.М. Вопросы взыскания алиментов в судебной практике // Комментарий судебной практики за 1979 г. М., 1980. С. 49–52.

суду право учесть все существенные для дела обстоятельства (п. 2 ст. 81 СК РФ).

Некоторое распространение имеет и ***фиктивное признание отцовства.*** Например, супругом матери внебрачного ребенка, вместо усыновления, процедура которого всегда была сложна[413]; посторонним мужчиной – за материальное вознаграждение со стороны матери ребенка или в связи с его желанием получить определенные льготы (по налогообложению, в предоставлении жилья, получении права на отсрочку по призыву на действительную военную службу и т.п.).

Хотя каждый из приведенных казусов есть правонарушение, первый из них как бы «мотивационно благороден» и в целом отвечает интересам ребенка, которые являются объектом приоритетной семейно-правовой охраны и защиты. Поэтому суд, на наш взгляд, вправе, если прокурор или орган опеки и попечительства решается предъявить иск о признании данного акта и записи об отцовстве недействительными, санировать его в интересах ребенка и семьи в целом, применив по аналогии правила ч. 2 и 3 ст. 20 СК РФ. Остальные же казусы правовой санации не подлежат (если только не произойдет чуда – и фиктивный отец привяжется к ребенку…). Впрочем, разумеется, корректнее предусмотреть непосредственную реакцию семейного закона, а не использовать аналогии «внатяжку».

В жизни встречаются (или могут появиться в качестве «новоделов») и другие фиктивные акты: фиктивная опека (попечительство), фиктивное приемное родительство, фиктивный патронат, фиктивная семейно-воспитательная группа и т.д., т.е. данные явления сопровождают (или в принципе могут сопровождать) отношения любого института семейного права.

Так, пока не нашла своего подтверждения в правоприменительной практике фиктивная опека, хотя по некоторым данным она существует. Как и в ряде случаев, побудительным мотивом может быть желание воспользоваться социальными льготами: получить пособие на ребенка, оставшегося без попечения родителей, использовать возможность проживания на жилплощади

---

[413] См., например: Шахматов В.П. Законодательство о браке и семье. Томск, 1981. С. 124.

подопечного, приобрести для ребенка право на внеконкурсное зачисление в вуз и т.п. При этом набор обстоятельств фиктивной опеки (ее «объективной» и «субъективной» стороны) весьма индивидуален. Например, поводом к проверке реальности опеки при анализе документов соответствующего абитуриента (путем запроса в орган опеки) может послужить опекунство ребенка бабушкой при наличии родителей или одного из них, когда предъявлено постановление об установлении опеки определенной давности и возникают сомнения в его действии на момент подачи документов в вуз.

Так или иначе очевидно, что и в теоретическом, и в прикладном плане явления фиктивности должны быть систематизированы, оценены и получить реакцию на уровне отраслевого (в нашем случае семейного) закона.

Глава 3. Договоры в трудовом праве

3.1. О многообразии договорных отношений в трудовом праве и классификация договоров о труде

Традиционно считается, что трудовое право выделилось из гражданского права, и, следовательно, трудоправовые договоры представляют собой некую модификацию гражданско-правовых договоров. Между тем это не так. Трудовое право сформировалось на стыке нескольких отраслей права, прежде всего, гражданского и полицейского (административного), органически совмещает в себе частные и публичные начала. Соответственно, договоры о труде имеют существенную публичную составляющую, а коллективные договоры (соглашения) в качестве источников права вообще не имеют аналогов в классической цивилистике. Договоры о труде относятся скорее к сфере не частного, а социального права как области пересечения частного и публичного права. В то же время очевидно, что конструкция гражданско-правового договора оказала большое влияние на становление и развитие института трудового договора. К тому же в романо-германской правовой семье, к которой относится и правовая система России, в силу исторических причин право выступало прежде всего как средство регламентирования отношений между гражданами. Другие отрасли права были разработаны гораздо позднее и менее совершенны по сравнению с гражданским правом, которое остается основой юридической науки[414].

[414] См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 21.

Договор как институт права сформировался в рамках классической цивилистики, в связи с чем обращение ученых-трудовиков к гражданско-правовым конструкциям актуально и своевременно. Наше исследование также будет проводиться с учетом наработок гражданско-правовой науки. Однако публичные ограничения свободы усмотрения сторон в последнем случае придают даже индивидуальному трудовому договору и иным индивидуальным договорам о труде существенное своеобразие.

По нашему мнению, договоры о труде как сложные, многообразные феномены можно рассматривать в нескольких аспектах: как юридические факты; как порожденные ими правоотношения, содержание которых в значительной части определяется в договорном порядке; как правоприменительные акты (как правило, письменные документы); в отдельных случаях – в качестве институтов трудового права (трудовой договор, коллективный договор и коллективное соглашение); как источники права (коллективные договоры и соглашения)[415].

Классификация договоров о труде. В теории трудового права договоры о труде традиционно подразделяются на:
1) заключаемые между субъектами трудового правоотношения, прежде всего, индивидуальный трудовой договор;
2) заключаемые с участием иных субъектов трудового права (профсоюзов, объединений работодателей и др.). Это в первую очередь коллективные договоры и соглашения. Коллективные договоры могут быть только двухсторонними, а коллективные соглашения – и трехсторонними. О коллективных договорах и соглашениях будет сказано в следующих параграфах.

Принципиальное значение имеет деление индивидуальных трудовых договоров на собственно трудовой договор, иногда именуемый основным договором, и индивидуальные соглашения, заключаемые в рамках уже существующего трудового договора (дополнительные или производные) договоры. Такое деление обосновывали А.К. Безина, К.Н. Гусов, Л.Ю. Бугров[416] и др. А.К. Бе-

---

[415] См. подробнее: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс трудового права. СПб., 2006. С. 520–732.

[416] См.: Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984. С. 29;

зина дала наиболее полную классификацию индивидуальных соглашений в трудовом праве. Все индивидуально-договорные соглашения она делит на 2 группы: основное (трудовой договор) и дополнительные. В свою очередь дополнительные соглашения о труде классифицируются в зависимости от их связи с трудовым договором: а) связанные с содержанием трудового договора, т.е. уточняющие, дополняющие и изменяющие его (соглашение о переводе, совмещении профессий и др.); б) связанные с реализацией трудового договора (соглашение об отпуске без сохранения заработной платы, договор о полной материальной ответственности и др.); в) прекращающие действие трудового договора (увольнение по соглашению сторон). В зависимости от инициатора индивидуального соглашения выделяются соглашения, в которых инициатором может выступить либо любая из сторон, либо только одна из сторон (работник или работодатель)[417]. В трудовом законодательстве достаточно полно регламентируется порядок заключения, изменения и прекращения трудового договора. Дополнительные индивидуально-договорные соглашения такого правового обеспечения не имеют. Но не вызывает сомнения их производный от трудового договора характер. Они существуют во временных границах постольку, поскольку существует сам трудовой договор. По своему содержанию и назначению эти дополнительные индивидуально-договорные соглашения можно разделить на две группы: 1) соглашения об изменении установленных трудовым договором условий; 2) самостоятельные соглашения (договоры) (ученический договор, договор о полной материальной ответственности и др.). По общему правилу, заключение, изменение и прекращение дополнительных индивидуально-договорных соглашений осуществляется соглашением сторон. Однако в отношении первой группы соглашений их изменение может подпадать под правовой режим перевода (ст. 72.1 – 73 Трудового кодекса (далее – ТК РФ)) или изменения определенных сторонами условий трудового дого-

---

Гусов К.Н. Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 33; Бугров Л.Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России. Пермь, 1992. С. 83.

[417] Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Указ. соч. С. 28–30.

вора (ст. 72, 74 ТК РФ). Этого нельзя сказать в отношении второй группы соглашений. Исходя из общего договорного принципа, эти соглашения изменяются, прекращаются по соглашению сторон либо в порядке, предусмотренном этим соглашением, когда стороны заранее определяют основания изменения и прекращения соглашения.

Общепризнанной можно считать классификацию индивидуальных трудовых договоров по сферам трудовой деятельности[418], по субъектному составу, характеристике сторон трудового договора. Последний критерий Е.Б. Хохлов конкретизирует указанием на учет личных качеств и правового положения работника и особенностей правового статуса работодателя[419]. К.Н. Гусов предлагает взять за основу классификации индивидуальных договоров о труде такие устойчивые признаки, как особенность заключения и содержания договоров о труде. В соответствии с этими признаками договоры подразделяются им на две большие группы: договоры о трудовой деятельности работника и договоры об учебно-трудовой деятельности работника. В каждой из этих групп договоров проводилась их дальнейшая классификация по иным критериям: субъектный состав, целевое назначение и др.[420] Эта классификация поддерживается большинством ученых-трудовиков. Более того, эта классификация, так же как и классификация по субъектному составу, носит характер легальной классификации трудовых договоров.

Наиболее значимым, на наш взгляд, является деление договоров о труде по следующим основаниям: 1) по форме реализации трудовых прав: на индивидуальные и коллективные; 2) по отношению к трудовому договору: на основные (трудовые договоры) и производные (иные соглашения о труде); 3) по срокам: на соглашения, заключаемые на неопределенный срок и срочные; 4) по категориям работников и работодателей (сферам трудовой

---

[418] См., например: Скачкова Г.С. Договоры (контракты) о труде в различных сферах деятельности. М., 2001.

[419] См., например: Трудовое право России / Под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. М.,2002. С. 275–284.

[420] Гусов К.Н. Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 33 и далее.

деятельности) (трудовые договоры с педагогическими, медицинскими работниками, работниками транспорта и др.); 5) по степени обязательности заключения хотя бы для одной из сторон на свободные и обязательные. Таким образом, проверку временем выдержал целый ряд – назовем их "классическими" – оснований видовой дифференциации договоров о труде, которые имеют не только теоретическое, но и практическое значение. Научная классификация договоров о труде служит основой дальнейшего совершенствования трудового законодательства, осуществления легальной дифференциации трудовых договоров на отдельные виды. Определяя в законе виды трудового договора, "государство стремится тем самым, с одной стороны, не допустить дискриминации в сфере труда, с другой – учесть особенности субъекта, реализующего свою способность к труду, и субъекта, использующего чужой труд, особенности отдельных видов трудовой деятельности, условия, в которых она осуществляется, и т.п."[421].

Рассмотрим проблему классификации договоров о труде с позиций теории договоров. В гражданском праве общепризнанным является деление договоров на основные и предварительные; в пользу их участников и в пользу третьих лиц; односторонние и взаимные; возмездные и безвозмездные; реальные и консенсуальные и др. Для трудового права такие классификации малопродуктивны. Некоторое значение имеет деление договоров по порядку заключения на свободные и обязательные. Большинство договоров о труде являются свободными, т.е. всецело зависят от усмотрения сторон. Обязательные для работодателя договоры могут заключаться только в случаях, прямо предусмотренных законом, локальными и договорными актами (прием на работу приглашенных в письменной форме в порядке перевода от другого работодателя (ст. 64 ТК РФ), соглашение об установлении неполного рабочего времени беременной женщине, одному из родителей, имеющему ребенка до 14 лет (ст. 93 ТК РФ) и др.). Некоторое значение имеет деление договоров по определению их содержания на взаимосогласованные и договоры присоединения. Условия первых из них устанавливаются совместно сторонами, а условия вторых опреде-

[421] Трудовое право России / Под ред. С.П. Маврина, Е.Б. Хохлова. М., 2002. С. 274–275.

ляет только одна сторона. Вторая сторона может либо согласиться с ними (присоединиться), либо отказаться от такого договора. В качестве примера договора присоединения можно привести служебные контракты (договоры) с государственными гражданскими служащими, условия которых, как правило, определяются нормативными актами[422]. В этой связи Е.Б. Хохлов отмечал, что трудовой договор с государственным служащим ранее играл роль только юридического факта, лежащего в основе возникновения трудового (служебного) правоотношения, содержание которого определено заранее в нормативном порядке. Иными словами, трудовой договор (служебный контракт) с государственным служащим – это соглашение о приеме-поступлении на службу на условиях, заранее определенных в законодательстве[423]. Далее остановимся на классификации индивидуальных договоров о труде, прежде всего трудовых договоров.

В советской теории трудового права такие классификации не стали предметом дискуссий. В учебной и научной литературе авторы обычно ограничивались рассмотрением отдельных видов трудовых договоров[424]. При этом большинство ученых-трудовиков при классификации трудовых договоров придавали решающее значение двум критериям: сроку трудового договора, а также особенностям его субъектного состава и содержания. В соответствии с первым критерием выделяются трудовые договоры на неопределенный срок, срочные трудовые договоры, договоры на выполнение определенной работы. Эта классификация получила легальное закрепление в КЗоТ РСФСР 1922 г., 1971 г. и современном ТК РФ. По второму критерию классификации в КЗоТ 1922 г. выделялись трудовые договоры с артелью и трудовые договоры с заемными работниками. КЗоТ 1971 г. устанавливал особенности регулирования отдельных категорий лиц, рабо-

---

[422] См.: Федеральный закон от 27 июля 2004 г. “О государственной гражданской службе Российской Федерации” // Российская газета. 2004. 31 июля.

[423] См.: Хохлов Е.Б. Экономические методы управления и трудовое право. Л., 1991. С. 124.

[424] См.: Советское трудовое право. Учебник / Под ред. В.С. Андреева. М., 1971. С. 110–118; Голованова Е. А. Трудовой договор. Пермь, 1973. С. 26–39 и др.

тающих в районах Крайнего Севера, отдельных отраслях народного хозяйства. Но при этом значительная часть отдельных видов трудовых договоров регулировалась иными нормативными актами о труде[425]. В ТК РФ включен специальный раздел XII "Особенности регулирования труда отдельных категорий работников". В нем нашли отражение многие виды трудовых договоров, которые ранее регулировались отдельными, как правило, подзаконными нормативными актами (трудовые договоры по совместительству, трудовые договоры с временными и сезонными работниками, надомниками, лицами, работающими у работодателей – физических лиц и др.), реже – законами. С учетом изложенного проблема обоснования критериев классификации трудовых договоров остается весьма актуальной. В советской теории трудового права особое место занимает специальное развернутое исследование видов трудового договора, которое было проведено на монографическом уровне Ф.М. Левиант[426]. Она констатировала, что с момента принятия КЗоТ 1922 г. появились новые виды трудовых договоров. Традиционные основания их классификации, такие как срок и форма трудового договора, по ее мнению, стали явно недостаточными. Существующие виды трудовых договоров, как считала Ф.М. Левиант, не поддаются единой классификации, а более правильным представлялось дать несколько классификаций, в которых определяющими признаками должны быть в одних случаях народнохозяйственное значение договоров, в дру-

[425] См.: Постановление ЦИК и СНК СССР от 4 июня 1926 г. "Об условиях труда на сезонных работах" // СЗ СССР. 1926. № 40. Ст. 290; Постановление ЦИК и СНК СССР от 7 марта 1933 г. "Об условиях труда рабочих и служащих, занятых в лесной промышленности и лесном хозяйстве" // СЗ СССР. 1933. № 18. Ст. 100; Постановление Госкомтруда СССР и ВЦСПС от 29 сентября 1981 г. "Положение об условиях труда надомников" // Бюллетень Госкомтруда СССР. 1982. № 1; Постановление Совета Министров СССР от 22 сентября 1988 г. № 111 "О работе по совместительству" // СП СССР. 1988. № 33. Ст. 93; Постановление ГКТ СССР и ВЦСПС от 9 марта 1989 г. "Положение об условиях работы по совместительству" // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств. 1989. № 6; Закон от 19 февраля 1993 г. "О государственных гарантиях и компенсациях для лиц, работающих и проживающих в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях" // Ведомости РФ. 1993. № 16. Ст. 4520-1 и др.

[426] См.: Левиант Ф.М. Виды трудового договора. М., 1966.

гих – срок или форма договора, особенности условий труда, характер трудовой связи и т.д. В этой связи были обоснованы следующие классификации трудовых договоров. По критерию народнохозяйственного значения выделялись трудовые договоры, заключаемые в порядке организованного набора, общественного призыва, о работе на Крайнем Севере и приравненных к нему районах; по характеру трудовой деятельности различались трудовые договоры с преподавателями, медицинскими работниками и др.; по характеру трудовой связи – трудовые договоры с временными и сезонными работниками, внештатными работниками, совместителями; по инициативе заключения разграничивались трудовые договоры, заключаемые по инициативе обеих договаривающихся сторон, трудовые договоры, заключаемые в силу предписаний органов государственного управления (трудовые договоры с лицами, закончившими высшие, средние специальные учебные заведения и профессионально-технические училища) и трудовые договоры, заключаемые при содействии органов государственного управления (трудоустройство граждан, бронь при приеме на работу несовершеннолетних)[427]. Предложенные автором классификации трудовых договоров не абсолютизировались, отмечался их условный характер, так как отдельные виды трудовых договоров могли в себе сочетать комплекс различных признаков с учетом перечисленных критериев.

В 70-х гг. XX в. была обоснована позиция, согласно которой договор бригадного подряда рассматривался как один из видов трудового договора. Рабочие и служащие состояли здесь в двух видах правовых связей с предприятием: непосредственно и опосредованно через бригаду[428]. В постсоветский период отдельные виды трудовых договоров утратили свое значение. Речь идет о договорах, заключаемых при активном участии органов государственного управления (трудовые договоры по организационному набору, общественному призыву, трудовые договоры при направлении на работу молодых специалистов). Приватизация государ-

[427] Левиант Ф.М. Виды трудового договора. С. 66–68.

[428] См.: Глозман В.А. Трудовой договор в условиях научно-технического прогресса. С. 53; Иванов С.А., Лившиц Р.З., Орловский Ю.П. Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 282 и др.

ственных и муниципальных предприятий с начала 90-х гг. поставила немало вопросов о природе трудовых отношений и договоров, заключаемых на предприятиях иных (негосударственных) форм собственности. Сам процесс приватизации шел "зигзагообразно", его правила менялись неоднократно. На первом этапе в соответствии с Законом о приватизации государственных и муниципальных предприятий (1991 г.) речь шла о праве трудовых коллективов на аренду предприятия с последующим его выкупом[429]. Закон о собственности в РФ (1990 г.) содержал упоминание о собственности коллективного арендного и кооперативного предприятия, в имуществе которых выделяются вклады работников[430]. Процесс приватизации государственной и муниципальной собственности, по мнению ряда ученых, дал основание для выделения новых видов трудовых договоров, таких как трудовой договор с "работающими собственниками" (членами корпорации). Так, Л.Ю. Бугров и Е.Б. Хохлов предлагали разграничить такие виды трудовых договоров, как договор трудового найма, который заключается в случаях поступления на работу к собственнику средств производства, и договор о труде с участником (членом) корпоративного предприятия[431]. В теории трудового права в этот период обосновывались особенности трудовых договоров, которые заключались в арендных предприятиях, в негосударственных организациях: хозяйственных товариществах, обществах, производственных кооперативах, с так называемыми членами корпоративного предприятия. Одни авторы относили контракт с членом хозяйственного товарищества к разряду гражданско-правовых договоров, тесно смыкающихся с договором подряда[432]. Другие вообще отрицали необходимость трудового договора, утверждая, что в таких объединениях собственников трудовые отношения возникают только на основе членства, но никак не трудового до-

[429] Ведомости Верховного Совета РФ. 1991. № 27. Ст. 928.

[430] Там же. 1990. № 30. Ст. 416.

[431] См.: Бугров Л.Ю. Проблемы свободы труда в трудовом праве России. С. 83–92; Хохлов Е.Б. Экономические методы управления и трудовое право. С. 123–124.

[432] См.: Акопова Е.М. Контрактная форма привлечения к труду наемных работников и членов хозяйственных товариществ. Ростов н/Д, 1992. С. 19.

говора[433]. А.С. Пашков писал о том, что если учредительный договор о совместной деятельности полно определяет место и предмет деятельности члена организации, то необходимости в трудовом договоре нет[434]. Третьи авторы настаивали на трудоправовой природе договора с работающими членами корпоративного предприятия, но с учетом особенностей этого нового вида трудового договора[435]. Такие оценки были характерны для начального периода приватизации государственных и муниципальных предприятий, когда еще перспективы новой общественной организации труда не просматривались ни на практике, ни в законодательстве.

На следующем этапе приватизации приоритет был отдан такой форме приватизации, как акционирование, т.е. учреждение акционерных обществ закрытого и открытого типов. В ГК РФ (1994 г.) законодатель определил организационно-правовые формы юридических лиц: хозяйственные общества, хозяйственные товарищества, унитарные государственные и муниципальные предприятия, производственные кооперативы. Ученые-трудовики дифференцировали особенности правового регулирования трудовых отношений в корпорациях-объединениях капиталов (хозяйственные общества) и объединениях труда (хозяйственные товарищества). В первом случае, по их мнению, для возникновения трудовых отношений достаточно заключения трудового, а во втором – речь шла о сложном фактическом составе, включающем акт приема в члены товарищества или кооператива и трудовой договор[436]. Соответственно выход из участников хозяйственного товарищества должен был повлечь за собой и прекращение трудового договора, более того, обосновывалась возможность расширения перечня оснований увольнения работника, мер дисцип-

---

[433] См.: Юсупов Д. Проблемы правового регулирования арендных отношений // Хозяйство и право. 1990. № 10. С. 65.

[434] См.: Пашков А.С. Договоры о труде в условиях многоукладной экономики // Государство и право. 1993. № 6. С. 63.

[435] См.: Никитинский В.И. и др. Правовое регулирование труда работающих собственников // Государство и право. 1992. № 6. С. 54–55.

[436] См., напр.: Глазырин В.В. Проблемы правового регулирования труда в негосударственных организациях // Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной экономике. Труды Института законодательства и сравнительного правоведения. Вып. 60. М., 1995. С. 11–18.

линарного взыскания в учредительных документах корпораций – объединений труда. Но такой подход к дифференциации трудовых договоров в теории трудового права просуществовал недолго. Ему на смену пришел иной подход к трудовым отношениям, складывающийся в хозяйственных обществах и товариществах, а именно положение о "соседстве" двух самостоятельных правоотношений: трудовых и гражданско-правовых[437], причем последние не порождают особенностей в содержании и характере труда, его условиях и т.п. Следует отметить, что в ТК РФ не проводится дифференциация трудовых договоров в зависимости от организационно-правовых форм юридического лица. В основу классификации положены иные объективные критерии – особенности характера деятельности (религиозные организации, дипломатические представительства и консульские учреждения, организации Вооруженных Сил РФ и др.) либо их местонахождение (районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности, организация работ вахтовым методом).

3.2. К учению о трудовых сделках: о теоретической важности и практической пользе

Расширение договорных основ трудового права поставило на повестку дня целый ряд новых проблем. В.М. Лебедев по этому поводу писал: "Новое время, новые условия хозяйствования нельзя долго прятать под старыми одеждами юридических конструкций, понятий, не изменяя, по крайней мере, хотя бы их содержательного характера"[438]. Одной из таких проблем стало использование конструкции трудовой сделки.

---

[437] См.: Курс российского трудового права. СПб., 1996. Т. 1. С. 89–107; Лушникова М.В. Трудовой договор и договор о предпринимательском труде: к вопросу о разграничении сферы действия трудового и гражданского законодательства // Проблемы совершенствования гражданского законодательства России. Ярославль, 1993. С. 66–77 и др.

[438] Лебедев В.М. Договоры в трудовом праве // Российское трудовое право на рубеже тысячелетий. Ч. 1. СПб., 2001. С. 160.

Учение о сделках сложилось в рамках гражданского права. В отечественной науке оно связано с именами таких видных цивилистов, как Е.В. Васьковский, Ю.С. Гамбаров, Д.Д. Гримм, Д.И. Мейер, Н.А. Полетаев, В.И. Синайский, Г.Ф. Шершеневич и др.[439] В советский период к этой проблеме после долгих лет игнорирования данного института впервые обратился М.М. Агарков[440], а впоследствии ею занимался ряд известных ученых[441]. Примечательно, что практически во всех этих работах в той или иной степени затрагивался вопрос недействительности сделок. В свою очередь, в литературе, специально посвященной недействительности сделок, находили отражение некоторые аспекты общего учения о сделках[442]. В этих условиях есть соблазн воспользоваться уже имеющимися наработками специалистов в сфере гражданского права, тем более что в рамках других отраслей феномен сделки не анализировался. Некоторое заимствование до известной степени неизбежно и, безусловно, плодотворно. Но предварительно необходимо сделать ряд методологических замечаний. Во-первых, между отраслями права нет разделительной стены и взаимодействие, и даже взаимопроникновение между ними неизбежно. Более того, трудовое и гражданское право имеют общую цивилистическую основу. Во-вторых, в настоящее

---

[439] См.: Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. Вып. 1. СПб., 1894; Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т. 1. СПБ., 1911; Гримм Д.Д. Основы учения о юридической сделке. СПб., 1900; Мейер Д.И. Русское гражданское право. Пг., 1915; Полетаев Н.А. Юридические сделки и психология. СПб., 1902; Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. СПб., 1908 и др.

[440] См.: Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946. № 3–4 . С. 41–45.

[441] См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954; Куник Я.А. Гражданско-правовые сделки. Представительство. М., 1960; Рясенцев В.А. Сделки по советскому гражданскому праву. М., 1951 и др.

[442] См.: Вавин Н.Д. Недействительность сделок. М., 1926; Генкин Д.М. Относительная недействительность сделок // Юридический вестник. 1914. Кн. 7–8; Рабинович Н.В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960; Хейфец Ф.С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М., 1999; Шахматов В.П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967; Шестакова Н.Д. Недействительность сделок. СПб., 2001 и др.

время нет необходимости доказывать самобытность и абсолютную "оригинальность" трудового права. Наоборот, следует акцентировать внимание на междисциплинарных связях, на выявлении не только особенного, но и общего. В-третьих, при этом надо учитывать специфику отрасли трудового права. Как уже неоднократно указывалось выше, она формировалась на стыке частного и публичного права, органически синтезируя в себе оба эти начала. Личностный, организационный и имущественный элементы трудового правоотношения не могут быть разделены. Нельзя забывать и о специфике объекта трудовых правоотношений – наемном труде, который не может быть приравнен ни к одному другому объекту гражданского оборота. Все это позволяет говорить скорее не о заимствовании, даже критическом, гражданско-правовых конструкций, а об их адаптации с существенными изменениями к трудовым отношениям.

Некоторые ученые-трудовики в этой ситуации предложили рецептировать из гражданского права конструкцию сделок в форме трудовых сделок с учетом специфики отрасли. Наиболее последовательно данную позицию отстаивают В.М. Лебедев и Н.И. Дивеева[443]. С научной точки зрения это предложение является весьма плодотворным, что признается даже противниками концепции трудовой сделки[444]. Если проводить аналогию с гражданским правом, а необходимость в этом есть, то именно сделки являются преобладающими и даже доминирующими юридическими фактами. В.М. Лебедев и И.В. Чернышева специально оговариваются, что термин "трудовая сделка" может быть заменен другим. По их мнению, "дело здесь, собственно, не в терминологии, а в необходимости ввести в научный оборот такое родовое понятие, которое бы отражало состояние договорной теории и

[443] См.: Лебедев В.М. Трудовое право. Проблемы общей части. Томск, 1998. С. 105–122; Он же. Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. Томск, 2002. С. 52–75; Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. (Опыт трудоправового компаративизма). М., 2007. С. 219–252; Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999. С. 66–84 и др.

[444] См.: Бондаренко Э.Н. Трудовой договор как основание возникновения правоотношения. СПб., 2004. С. 52–59.

практики в современном трудовом праве"[445]. С этим положением можно согласиться, но нам проблема терминологии не кажется второстепенной. Еще И.Б. Новицкий отмечал, что вопрос терминологии – не просто форма, внешность, ибо определенный термин наводит на определенные мысли. Отсюда следует необходимость стремиться к тому, чтобы терминология наилучшим образом соответствовала существу дела[446]. В.М. Лебедев определил трудовую сделку как юридически значимое, мотивированное выражение взаимосогласованной воли субъектов трудового права, непосредственно направленное на установление, изменение или прекращение правовых отношений в сфере зависимого, не единичного труда[447]. Очевидно, что если мы говорим о взаимосогласованной воле субъектов, то речь идет именно о договоре. Об этом свидетельствует и данное В.М. Лебедевым определение договора в трудовом праве как соглашения двух и более субъектов, направленного на установление, изменение или прекращение отношений, составляющих предмет трудового права[448]. Термины "соглашение" и "выражение взаимосогласованной воли" являются синонимичными. Это тем более очевидно, что "для трудовой сделки необходимо… соглашение (согласованные действия) субъектов трудового права"[449]. Если последовательно придерживаться договорной теории, то приводимые В.М. Лебедевым примеры односторонних сделок (перевод на другую работу в случае производственной необходимости, отстранение от работы лиц, явившихся на работу в нетрезвом виде и др.) можно скорее отнести к односторонним договорам. Но даже такое решение не ка-

---

[445] Лебедев В.М., Чернышева И.В. Догмы трудового права // Современные проблемы трудового права: Сб. ст. Новосибирск, 2002. С. 7 (прим.); Лебедев В.М. Трудовое право. Проблемы общей части. С. 105 (прим.)

[446] См.: Новицкий И.Б. Недействительность сделки // Вопросы советского гражданского права. М., 1945. С. 38.

[447] См.: Лебедев В.М. Трудовое право. Проблемы общей части. С. 105.; Он же. Сделки в трудовом праве // Состояние и проблемы развития российского законодательства. Томск, 1998. С. 141.

[448] См.: Лебедев В.М. Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. С. 65.

[449] Там же. С. 55.

жется нам удачным, так как в этих случаях лучше говорить об односторонних актах реализации работодательской власти.

На наш взгляд, в трудовом праве односторонние сделки отсутствуют. В научной литературе ряд авторов, отстаивая идею односторонних сделок в трудовом праве, относят к ним акты назначения на должность[450], акты о разовом поощрении работника[451]. Между тем в этих случаях следует говорить о принятии односторонних актов (актов реализации права). Это право опирается на положительное законодательство. К тому же в односторонней сделке обе стороны имеют равные права и, условно говоря, взаимозаменяемы. Так, супруги или родственники могут написать завещание на имя друг друга. Работник же поощрить работодателя в принципе не может, как и издать приказ о его назначении на должность, ибо это статутные права работодателя. Очевидно, что совмещение в трудовом отношении частных и публичных начал вытесняет возможность односторонней сделки, да и договорам о труде придает существенную специфику. Тем более нельзя назвать односторонней сделкой, как это делает Н.И. Дивеева[452], расторжение трудового договора по инициативе работника или по инициативе работодателя и т.п. В противном случае мы будем вынуждены поставить знак равенства между любым односторонним юридическим актом и односторонней сделкой. С точки зрения теории это ошибочно, а с точки зрения практической значимости такая конструкция односторонних сделок в трудовом праве ничего не дает.

Отметим, что наиболее часто в качестве примера односторонней сделки приводится разовое поощрение работника[453]. Это типичный акт реализации работодательской власти, что предусмотрено ст. 22 и 191 ТК РФ. Нами «не замалчивается» субъективное право работника отказаться от такого поощрения, так как это не влияет на правовую природу рассматриваемого явления.

---

[450] См.: Трудовое право России / Под ред. С.П. Маврина и Е.Б. Хохлова. С. 104.

[451] Лебедев В.М. Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. С. 64.

[452] См.: Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России. С. 70–71.

[453] Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. С. 234–235. Он же. Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. С. 64 и др.

Работник вправе отказаться от любых дополнительных выплат и льгот, если это не противоречит императивным нормам трудового законодательства. Например, он может отказаться от питания в заводской столовой, даже если стоимость этого питания оплачивается из средств работодателя и у работодателя не возникает обязанности обеспечить принудительный привод работника для приема пищи. Напомним, что сделка – основание возникновения, изменения или прекращения правоотношений (по мнению В.М. Лебедева, «как правило»)[454]. Хотелось бы узнать хотя бы одно из исключений. Между тем односторонние акты реализации права связаны именно с реализацией уже возникших прав и обязанностей как содержания правоотношения. Если право у лица возникло с момента заключения трудового договора, то его реализация может быть связана только с односторонним актом реализации этого права. При этом не важно, какой теории мы придерживаемся: единого длящегося трудового правоотношения или совокупности элементарных трудовых правоотношений. В любом случае субъективное право будет вытекать либо из взаимных договорных обязательств сторон, либо из статутных прав и обязанностей, закрепленных в нормативных правовых актах о труде. В этой связи отказ работника от забастовки – не договор и не односторонняя сделка (между кем?), как указано уважаемым ученым[455], а реализация законного права работника, точнее отказ от реализации права на забастовку. При отсутствии односторонних сделок остаются только многосторонние сделки, а это уже договоры.

По нашему мнению, само понятие сделки имеет сугубо гражданско-правовое содержание. Начнем с того, что гражданско-правовую сделку характеризуют правовое равенство, имущественная самостоятельность и автономия воли субъектов. В трудовом отношении в полном объеме этого нет. Об авторитарной составляющей в трудовых отношениях неоднократно писал еще Л.С. Таль[456]. В советский период ученые давали такую же харак-

---

[454] Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. С. 221.

[455] Там же. С. 248.

[456] См.: Таль Л.С. Проблема власти над человеком в гражданском праве // Юридический вестник. 1913. Т. 3. С. 103–140 и др.

теристику даже социалистическим трудовым правоотношениям, отмечая их авторитарный характер[457]. Это означает, что помимо горизонтальных (координационных) отношений в трудовом праве складываются элементы субординации или вертикальных отношений власти-подчинения. В настоящее время эти положения являются общепризнанными. Это позволяет говорить о неприменимости прямых рецепций гражданско-правовых конструкций и крайне осторожном проведении аналогий с гражданским правом.

В то же время, как уже указывалось, В.М. Лебедев не настаивает именно на термине "трудовая сделка", допуская его замену на договоры о труде. Термин "договоры о труде" достаточно давно и активно используется как учеными в научных работах (А.К. Безина, М.В. Молодцов и др.), так и в нормативно-правовых актах о труде (например, ст. 5 КЗоТ РСФСР 1971 г.). О регулирования трудовых отношений в договорном порядке говорится в ст. 9 ТК РФ. Менее удачным нам представляется определение трудовой сделки через правомерное поведение субъектов. По мнению Н.И. Дивеевой, это правомерное юридическое действие субъектов трудового права, направленное на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей в сфере социально-трудовых отношений[458]. Е.Б. Хохлов определяет сделки как волевые акты правомерного поведения субъектов права, направленные на установление, изменение либо прекращение прав или обязанностей[459]. Под эти определения больше подходит понятие юридического акта. Поскольку судебные и административные акты рассматриваются отдельно, а односторонние трудовые сделки отсутствуют, то мы снова возвращаемся к уже известным нам договорам о труде.

По нашему мнению, понятие "трудовая сделка" не отвечает правовым реалиям. Во всех случаях, когда термин "сделка" применяется в других отраслях права (например, судебная сделка в уголовно-процессуальном праве), имеются в виду только догово-

---

[457] См., например: Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 85–106.

[458] См.: Дивеева Н.И. Указ. соч. С. 70.

[459] См.: Трудовое право России / Под ред. С.П. Маврина и Е.Б. Хохлова. С. 104.

ры. Конечно, гражданско-правовой договор – вид гражданско-правовой сделки, но в других отраслях права мы имеем дело именно с договорами.

Советское учение о сделках, как уже упоминалось, восходит к трудам М.М. Агаркова, который отмечал относительно позднее введение этого понятия в юридический обиход (XVIII в.)[460]. Примечательно, что научные работы о сделках на рубеже XIX – XX вв. готовили многие западные цивилисты, которых можно отнести к числу первых ученых-трудовиков. Это немец Ф. Лотмар, французы М. Капитан, М. Планьоль, Р. Салейль и др. Первоначально акцент делался на разработке теории гражданско-правового договора и договорных обязательств. Даже сама категория сделки во французской цивилистической литературе рассматривалась только в публикациях о гражданско-правовых договорах. Статья 26 ГК РСФСР (1922 г.) определяла сделку как юридический факт, как "действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений". М.М. Агарков писал: "Учение о юридических фактах, в частности о сделках, составляет часть учения о правоотношении. Учение же о нормативных фактах, в частности о нормативных актах, составляет часть учения об объективном праве, о нормах права. Такова сущность классического в науке права противопоставления юридических фактов нормативным"[461]. На наш взгляд, это противопоставление актуально и сейчас, в связи с чем трудовой договор, даже если отнести его к разновидности трудовой сделки, не может служить источником права, содержать нормы права. М.М. Агарков выделил два положения, которые не позволяют нам согласиться с выделением категории трудовой сделки. Во-первых, сделка осуществляется на началах автономии, т.е. субъект сам определяет те цели, для достижения которых он будет осуществлять свою правоспособность, какие для него устанавливаются права и обязанности, как он их будет осуществлять, а

[460] См.: Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. Т. 2. М., 2002. С. 333.

[461] Там же. С. 338.

также будет ли он их осуществлять или нет[462]. Все это в значительной степени можно отнести только к заключению трудового договора, а договоры, связанные с его изменением или прекращением, и иные договоры между работником и работодателем признаку автономии часто не отвечают. Начнем с того, что права и обязанности сторон трудового правоотношения определены достаточно четко в ТК РФ (ст. 21, 22), а степень свободы их поведения существенно ограничена трудовым законодательством. Во-вторых, по мнению М.М. Агаркова, правила, установленные в законе для сделок, не имеют непосредственного применения к правомерным юридическим действиям, направленным на установление, изменение или прекращение правоотношений неимущественного характера. Они могут иметь применение только по аналогии, если для этого имеются достаточные основания. “В тех случаях, когда положения о сделках (гражданских юридических актах) по аналогии применимы к другим сферам, чем сфера имущественных отношений, перед нами лежит путь к построению общей теории юридических актов. Разработка такой теории была бы значительным достижением науки общей теории права”[463]. И.Б. Новицкий выделял три стадии формирования воли на совершение сделки: 1) возникновение потребности и осознание способов ее удовлетворения; 2) выбор способа удовлетворения потребности; 3) принятие решения совершить сделку[464]. Между тем потребности в интересующей нас сфере могут быть связаны только с социально-трудовыми отношениями, а выбор во второй стадии может выражаться только в заключении или отказе от заключения трудового договора. ГК РСФСР 1964 г., как и ГК РФ (ст. 153), определяет сделки как действия граждан и организаций (юридических лиц), направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей. Даже в рамках науки гражданского права учение о сделках по-прежнему порождает дискуссии. Но большинство исследователей выделяют

[462] Агарков М.М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву. С. 355.

[463] Там же. С.357.

[464] См.: Новицкий И.Б. Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 9 и далее.

следующие признаки гражданско-правовой сделки[465], которые мы рассмотрим на применимость к договорам о труде: 1) это юридическое действие, т.е. волевой акт; 2) это правомерное действие; 3) это действие специально направлено на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей; 4) волеизъявление субъектов должно совпадать с их волей; 5) участниками сделки могут быть только управомоченные субъекты гражданского права; 6) эти действия могут быть как односторонними, так и многосторонними; 7) предметом сделки могут быть только имущественные отношения; 8) эти действия должны быть облечены в установленную законом или соглашением сторон форму. Первые четыре признака являются системообразующими и вместе с последним из названных признаков могут быть распространены и на договоры о труде. Поскольку односторонних сделок в трудовом праве не существует, а любые двух- и многосторонние сделки являются договорами, то и надо говорить о договорах о труде как родовом понятии.

Л.С. Таль использовал понятие сделки в применении к трудовым отношениям для того, чтобы подчеркнуть отличие трудовых договоров от односторонних актов реализации работодательской власти[466]. Подчеркнем, что Л.С. Таль не соглашался с введенным немецким ученым Ф. Лотмаром понятием «договоры о труде», так как оно объединяло и нарождающиеся трудовые и гражданско-правовые договоры, не было связано со сложившимися в жизни и санкционированными наукой и законом типами договоров[467]. С этим нельзя не согласиться, но перспективность введения в научный аппарат данного понятия у классика российской науки не вызывала сомнения, как и резкое отличие договоров о труде от имущественных сделок. Руководимый им кружок на юридическом факультете Петербургского университета и в дальнейшем в качестве основной проблемы рассматривал дого-

---

[465] См.: Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. М., 1996. С. 193; Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ / Брагинский М.И., Витрянский В.В. и др. М., 1995, С. 231–232; Хейфец Ф.С. Указ. соч. С. 35 и др.

[466] См.: Таль Л.С. Трудовой договор. Ч. 1. Ярославль, 1913. С. 24 и др.

[467] См.: Таль Л.С. Договоры о труде как родовое понятие // Право. 1908. № 26. С. 1491.

воры о труде. Современное состояние науки и законодательства позволяет вычленить договоры о труде в качестве сугубо отраслевой категории трудового права. Возражения В.М. Лебедева по поводу того, что договоры о труде отражают специфику не только трудового, но и гражданского права, а многообразие таких договоров слишком велико[468], достаточно противоречиво, так как трудовые сделки в исходном смысле отражают специфику только гражданского права, а их многообразие будет еще большим, чем многообразие договоров.

Современник и оппонент Л.С. Таля, известный цивилист В.М. Гордон писал: «С выражением "трудовой договор" уже долгое время связывалось представление об общем понятии трудовой сделки, охватывающей массу определенных видов»[469]. Отождествление трудовой сделки с договором в данном случае очевидно. Кроме того, В.М. Гордон обратил внимание на отсутствие четкого разграничения понятий "договор о труде" и "трудовой договор". В начале XX в. к числу договоров о труде некоторые цивилисты относили все договоры, объектом которых был труд, в том числе договоры возмездного пользования, услуг и подряда. Как нам представляется, в настоящее время можно выделить договоры о труде, регулируемые нормами трудового законодательства, и договоры о труде, регулируемые нормами гражданского законодательства. К первым относятся все договоры, заключаемые субъектами трудового права по поводу трудовых отношений. Ф. Лотмар и Л.С. Таль сознательно акцентировали внимание на договорном характере трудовых отношений, но обосновывали их специфику и отличие от классических гражданско-правовых договоров.

Мы не согласны с утверждением В.М. Лебедева о том, что процесс труда с юридической точки зрения представляет собой непрерывную цепь (систему) сделок[470]. Очевидно, что это не так. В данном случае мы можем говорить скорее о непрерывной цепи договоров о труде и односторонних актов реализации прав и обязанностей, причем роль последних едва ли не более существенна.

---

[468] Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. С. 247, 221.

[469] Гордон В.М. К учению о трудовых договорах (Литературное обозрение). СПб., 1914. С. 4.

[470] Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. С. 219.

Даже сам процесс труда является не чем иным, как исполнением трудовых обязанностей. Уважаемым ученым проводится идея о том, что трудовые сделки по форме и существу более адекватны современному состоянию трудового права, чем понятие «договоры о труде». Это, на наш взгляд, более чем сомнительно. Отметим, что В.М. Лебедев достаточно часто учение о трудовых сделках фактически отождествляет с учением о договорном трудовом праве[471], что симптоматично и правильно. В другой своей публикации названный исследователь подготовил очень интересную сравнительную таблицу трудовых сделок по российскому трудовому праву, которая содержит только договоры (соглашения)[472].

Мы не видим связи между легализацией понятия «трудовая сделка» и «пересмотром взгляда на работника как на бесправного, безвольного, задавленного произволом работодателя субъекта»[473]. Описанная выше ситуация более характерна как раз для полной свободы трудовых сделок конца XVIII – начала XIX в. В настоящее время ситуацию может улучшить не введение нового обобщающего понятия, а создание эффективного механизма правового регулирования трудовых отношений. Формирование нового, принципиально отличного от гражданско-правового учения о трудовых сделках кажется нам исключительно трудоемким и малопродуктивным, а использование гражданско-правовой конструкции сделок – применимым лишь отчасти. Впрочем, оно может помочь в более глубоком анализе договорного трудового права.

Некоторые ученые-трудовики связывают теорию договоров о труде с перспективами формирования общеправовой теории договоров. Пока эта проблема достаточно подробно разработана только в гражданском праве. По нашему мнению, наиболее актуальной является разработка отраслевого учения о договорах. Перспективы общеправовой теории договоров весьма туманны, а первый опыт[474]трудно назвать удачным. Договоры в различных отраслях

---

[471] Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. С. 222, 236, 237 и др.

[472] Лебедев В.М. Договоры о труде как трудовые сделки // Вопросы трудового права. 2007. № 6. С. 26.

[473] Лебедев В.М. и др. Современное трудовое право. С. 248.

[474] См., например: Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001.

права существенно разнятся, и их объединяют всего два признака. Во-первых, это взаимосогласование положительно выраженной воли субъектов, во-вторых, содержание договора не должно противоречить законодательству. Даже о формальном равенстве сторон можно говорить крайне осторожно, имея в виду судебные сделки в уголовном процессе, отсрочку платежей в таможенном праве или налоговый кредит в финансовом праве. Отсюда можно сделать вывод, что теорию договора целесообразно выводить применительно к конкретной отрасли права или группе отраслей. Характерно, что выделенные еще Н.Г. Александровым признаки договора сводились только к согласованию воли формально равных субъектов с целью достижения юридических последствий, т.е. установления, изменения или прекращения прав и обязанностей[475]. Н.И. Дивеева, ратуя за создание общеправовой теории договора, в предложенной ею дефиниции в несколько расширенном аспекте только воспроизвела признаки, выделенные Н.Г. Александровым[476]. Таким образом, в качестве родовых понятий можно предложить уже апробированные договоры о труде либо трудоправовые обязательства, учение о которых пока не разработано.

Понятие трудовой сделки, на наш взгляд, не отражает правовых реалий и только приводит к удвоению терминов, ибо трудовые сделки могут быть только двух- или трехсторонними, а это уже договоры о труде. Расширенная трактовка трудовых сделок ведет к их отождествлению с юридическими актами, в том числе односторонними, и даже с любым правомерным поведением субъектов, что также необоснованно удваивает терминологию и противоречит как общей теории, так и теории гражданского права. В то же время мы согласны с учеными-трудовиками, призывающими использовать для анализа договоров о труде общецивилистическое учение о сделках, но с учетом специфики и социального назначения трудового права[477].

---

[475] См.: Александров Н.Г. К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1947. Вып. 6. С. 82 83.

[476] См.: Дивеева Н.И. Указ. соч. С. 21.

[477] См.: Лунников А.М. К вопросу о трудовых сделках // Научные труды РАЮН. Вып. 4. В 3 т. Т. 2. М., 2004. С. 159–162; Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. В 2 т. Т. 2. М., 2004. С. 187–195; Луш-

3.3. Трудовой договор как базовая отраслевая юридическая конструкция: эволюция в индустриальную эпоху

В каждой отрасли права существуют устоявшиеся конструкции, модели, выраженные в нормах права. Теория "юридических конструкций" была обоснована школой конструктивной юриспруденции, представителем которой являлся немецкий юрист Р. Иеринг[478]. В дореволюционной юридической науке Н.М. Коркунов по поводу роли юридических конструкций писал: "Если бы изучение права ограничивалось одним толкованием, то не только юристам каждого отдельного государства, но даже каждому новому поколению юристов одной и той же страны приходилось бы начинать дело изучать сызнова, так как законы меняются быстрее людских поколений. Между тем, несмотря на разнообразие и изменчивость права, в нем есть и постоянные, по крайней мере, более устойчивые элементы, не меняющиеся с каждой переменой законодательных определений"[479]. К таковым и относятся юридические конструкции[480]. Юридическая конструкция представляет собой некую идеальную модель, которая должна отражать структурное строение правоотношений, юридических фактов или их элементов, правонарушений[481]. В современной литературе А.Ф. Черданцев выделяет три аспекта понимания юридических конструкций: во-первых, в качестве метода познания права, во-вторых, средства построения нормативного материала. В-третьих, юридические конструкции служат средством

никова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 655–664.

[478] См.: Иеринг Р. Юридическая техника. СПб., 1906.

[479] Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 348.

[480] Так, В. Нечаев писал: "Юридическая конструкция – обычный метод догматического изучения права, имеющий целью обратить последнее в связанную систему понятий и точных определений". См.: Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон, 1890. Т. 31. СПб., 1895 (Ярославль, репр. изд., 1991). С. 88–89.

[481] См.: Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 131.

толкования и установления значимых фактов в процессе реализации норм права[482]. Будучи выраженными в нормах права, юридические конструкции становятся нормативными юридическими конструкциями. По этому поводу С.С. Алексеев отмечал, что "юридические конструкции представляют собой специфическое построение нормативного материала, соответствующее определенному типу или виду сложившихся правоотношений, юридических фактов, их связи между собой"[483]. Наука трудового права использует юридические конструкции как метод догматического изучения права. Она изучает, анализирует юридические конструкции, закрепленные в трудовом законодательстве, выявляет их несовершенные стороны и одновременно обосновывает новые, отвечающие современным реалиям. В тех случаях, когда применяемая в законодательстве юридическая конструкция не имеет необходимого теоретического обоснования, неизбежны ее противоречивые толкования на практике.

В каждой отрасли права используются как общеправовые конструкции (состав правонарушения, правосубъектность сторон правоотношения и др.), так и отраслевые. Во всех отраслях права и отраслевых юридических науках имеются базовые юридические конструкции, определяющие отраслевую самостоятельность этих правовых образований. Для трудового права это трудовой договор. Трудовой договор как базовая отраслевая юридическая конструкция объединяет и связывает воедино все структурные подразделения трудового права (рабочее время и время отдыха, охрану труда, заработную плату и т.д.). Юридическая конструкция трудового договора свидетельствует о ее отраслевом юридическом своеобразии. Она не совпадает по многим признакам с конструкцией гражданско-правового договора. То же самое можно сказать в отношении особой юридической конструкции коллективного договора, совмещающего признаки договора и локального нормативного акта.

Теория трудового договора лежит в основе принятой законодателем конструкции данного договора.

---

[482] Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. С. 150.

[483] Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 275–276.

Конец XIX – начало XX в. – период доктринального обоснования юридической конструкции трудового договора. Первая попытка "обнять всю область договоров о труде, независимо от лиц, его заключивших, от свойств обещанной работы и от отдельных, сложившихся в жизни типов" была предпринята немецким ученым Х. Данквардом в двух журнальных статьях, опубликованных в 1874 и 1875 гг. Примечательно, что на эти статьи обратили внимание многие русские цивилисты[484]. Понятие "трудовой договор" тогда отсутствовало в положительном праве, а фиктивно считалось, что юридическим фундаментом всех договоров о труде являются три основных типа договора, пришедших в несколько измененном виде из римского права: личный наем, подряд и поручение.

Первым о необходимости единого понимания правовой природы труда начал писать профессор Боннского университета В. Эндеманн. В 1896 г. он сделал прямой вызов ученому миру, обратив внимание на ту услугу науке, которую оказал бы тот, кто бы взял на себя исследование сделки о труде во всех его многообразных проявлениях. Первым ответом на призыв В. Эндеманна стал двухтомный труд его соотечественника Ф. Лотмара (т. 1, 1902; т. 2, 1908), который был посвящен договорам о труде по гражданскому праву Германской империи. Ф. Лотмар (1850 – 1922 гг.) провозгласил необходимость "единого понимания труда". В. Эндеманн в своей новой работе (1903 г.) также выделил общую группу "сделок о труде". Но всесторонне понятие трудового договора обосновал уже Ф. Лотмар. Он насчитал до 18 видов договоров, которые являются разновидностью единого договора о труде, подробно рассмотрел их условия, прежде всего, срок, форму, оплату и другие. Им было выделено два основных элемента трудового договора: обещание работы и вознаграждение. Отсюда трудовой договор был определен как двусторонний обязательный договор об исполнении одной стороной работы и другой стороной – представление вознаграждения за оную. Сторонами договора определялись "работодатель" и "работополучатель" (в русском варианте это работник). Работа определялась как

[484] См.: Победоносцев К.П. Курс гражданского права. III часть. СПб., 1896. С. 394.

“деятельность человека, способная служить для удовлетворения чужой потребности и по указанию опыта где-либо и когда-либо вознаграждавшаяся”. Эта “деятельность” не должна была противоречить нормам морали и права.

Таким образом, одной из главных заслуг Ф. Лотмара является обоснование широкой концепции трудового договора, которой охватываются любые договоры о труде, если иное прямо не предусмотрено правовыми нормами. Другими словами, эти договоры о труде, объединяемые общими признаками, обособлялись в особую группу договоров, природа которых отличалась от классических гражданско-правовых договоров (договоры подряда и поручения). Поэтому он отрицал возможность существования смешанных договоров, в содержание которых, наряду с обещанием работы и вознаграждения (условиями трудового договора), входят элементы других договоров (подряда, поручения и т.д.). Кроме того, он разграничивал самостоятельный (прежде всего, предпринимательский) и несамостоятельный (на основе трудового договора) труд, что являлось еще одним аргументом в пользу самостоятельности и обособления трудовых договоров от иных гражданско-правовых договоров. Страстный призыв Ф. Лотмара не отделять труд от человеческой личности и необходимости ставить последнюю в основание любых отношений встретил понимание у многих русских юристов[485]. Отметим, что один из первых российских ученых-трудовиков В.М. Догадов считал Ф. Лотмара основателем науки трудового права как особой отрасли юриспруденции[486].

Большинство первых ученых-трудовиков констатировали упрощенную схему отношений по договорам найма труда. По сути, все ГК регламентировали обмен труда на заработную плату. Французский юрист П. Бюро в своем исследовании “Рабочий договор и профсоюзный синдикат” (1902 г.) отмечал тенденции к отождествлению рабочего договора и договора купли-продажи, но “…это почти полное уподобление продажи труда продаже каменного угля или кипы хлопка не встретит скоро признания со

[485] См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 246.

[486] См.: Догадов В.М. Очерки трудового права. М., 1927. С. 49.

стороны всего просвещенного люда"[487]. Правовое нормирование найма отдельных категорий работников также не разрешало общей проблемы. В этой связи Ф. Лотмар, П. Пик, А. Шустер-Боннет, а в России Л.С. Таль последовательно выступали за законодательное и доктринальное обособление единого договора о труде, который обозначался различными терминами (рабочий, фабричный, трудовой)[488].

Дискуссия о трудовом договоре была отмечена российскими учеными, а вскоре и активно подхвачена[489]. Первые теоретические статьи на эту тему были подготовлены уже в 80 – 90-х гг. XIX в.[490] Но совершенно особое место среди них занимает научная публикация Р.А. Дистерло[491]. Во-первых, в ней затронуты практически все основные вопросы теории трудового договора, которые остаются в центре внимания исследователей и в настоящее время. При этом догматический анализ сочетался с исследо-

---

[487] Цит. по: Луи П. Рабочий и государство. Сравнительная история рабочего законодательства в странах Старого и Нового Света. М., 1907. С. 70.

[488] См.: Таль Л.С. Новый австрийский закон о найме торговых и других служащих // Право. 1910. № 16. С. 996–1006.

[489] См.: Кулишер И.М. Рабочий договор // Вестник права. 1899. № 9. С. 119–140; Колычев А. Нарушение договорных отношений рабочими золотых приисков Томской горной области // Право. 1903. № 34. С. 1992–1997; Канель В.Я. Рабочий договор. Ч. 1. М., 1907; Войтинский И.С. Новое учение в гражданском законодательстве о найме труда // Вопросы обществоведения. 1908. Т. 1. С. 5–71; Он же Стачки и рабочий договор по российскому праву. СПб., 1911; Таль Л.С. Договор о труде как родовое понятие // Право. 1908. № 26. С. 1486–1495; Гордон В.М. К учению о трудовых договорах (Литературное обозрение). СПб., 1914; Догадов В.М. Новые учения в вопросе о трудовом договоре // Право. 1915. № 5. С. 281–289; № 7. С. 436–443 и др.

[490] См.: Абрамов Я.В. Личный наем и служба. СПб., 1899; Лишин К.А. Несколько заметок о современной постановке вопроса личного найма сельских рабочих в России и желательных изменениях в нем. СПб., 1884; Яроцкий В.Г. Правила фабричного найма рабочих и надзор за отношениями хозяев и рабочих // Журнал гражданского и уголовного права. 1890. № 1. С. 1–50 и др.

[491] См.: Дистерло Р.А. О найме на сельскохозяйственные работы по закону и обычному праву России // Журнал гражданского и уголовного права. 1886. № 3. С. 45–74; № 4. С. 1–50; № 5. С. 1–75; № 6. С. 111–143 .

ванием современного автору российского и зарубежного законодательства. Во-вторых, она написана почти современным юридическим языком, просто и ясно. Это выгодно отличает исследования Р.А. Дистерло от работ того времени. В-третьих, некоторые выводы исследователя и в настоящее время не утратили своей актуальности[492].

Это тем более замечательно, что российский ученый рассматривал достаточно частный вопрос о найме на сельскохозяйственные работы по закону и обычному праву России. Но этот случай он считал частным проявлением найма труда, в связи с чем поставил перед собой две задачи: построить юридическую систему отношений, обнимающих все случаи по найму труда, и системно изложить юридические моменты в найме труда по действующему в России законодательству. Поразительно и то, что к 1886 г., когда была написана эта работа, специальные исследования по теме ограничивались уже упомянутыми статьями Х. Данквардта да фрагментарными суждениями ряда цивилистов, в том числе К.Д. Кавелина, К.П. Победоносцева, П.А. Маркова и др. Л.С. Таль в этот год только поступал на юридический факультет Московского университета, а Ф. Лотмар и В. Эндеманн лишь начинали свою академическую карьеру. В этой связи не будет преувеличением назвать Р.А. Дистерло одним из пионеров исследований проблем трудового договора.

Вернемся к выводам российского ученого, не утратившим своего значения.

По своей природе труд неотделим от человека, его связь с человеческой личностью создает для него особое юридическое положение. Отсюда вытекает необходимость определения пределов власти над человеком. Эти пределы могут быть двух видов: частные, определяемые соглашением сторон, и публичные, определяемые государственной властью. При этом соглашения сторон не могут нарушать публичного веления[493]. Главное отличие най-

---

[492] См.: Лушников А.М. У истоков учения о трудовом договоре // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения. М., 2007. С. 317–324.

[493] См.: Журнал гражданского и уголовного права. 1886. Кн. 3. С. 45–49; Кн. 5. С. 29–30, 38, 70 и др.

ма услуг от вещного найма – в предмете договора. По договору найма услуг в его качестве выступает процесс труда, живой труд, а при вещном найме – пользование вещью. По этому же критерию отличается личный найм от договоров подряда и заказа, предметами которых является желаемый результат труда, то есть чаще всего та же вещь. Труд же вещью не является. Р.А. Дистерло подчеркивал классическое, еще со времен Древнего Рима, различие договоров по найму работ и услуг между locatio conductio operarum и locatio conductio operis. Степень подчиненности работников в договорах первого вида была существенно больше. Отсюда была выведена следующая схема договора найма: 1) наем имущества; 2) наем труда. Последний распадается на: а) срочный наем труда или так называемый личный наем; б) наем на определенное предприятие, который делится на подряд и урочную работу или заказ. При этом договоры о труде могут содержать смешанные условия вышеназванных договоров[494].

Договоры найма труда (договоры о труде) всегда являются договорами обоюдными и возмездными, где обязательными элементами выступают обязанность работника (слуги) предоставить труд и встречная обязанность работодателя (хозяина) оплатить этот труд в заранее установленном размере. В связи с этим Р.А. Дистерло не согласился с Х. Данквардтом, относившим договор подряда к торговым поставкам. Все договоры личного найма через общий предмет договора создают отношения общего типа (труд фабричный, домашней прислуги, врача и др.). Следовательно, это юридически однородные договоры о труде, что не исключает их дифференциации и особенностей правового регулирования согласно Уставу фабричному, Правилам о найме бурлаков, Временным правилам для найма сельскохозяйственных рабочих и др.[495]

Была предложена следующая структура предположений юридического отношения, основанного на трудовом договоре, т.е., по сути, структура трудового правоотношения[496]:

---

[494] Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 3. С. 48; Кн. 4. С. 1–5; Кн. 6. С. 112.

[495] Там же. Кн. 3. С. 49–55, 66–68.

[496] Там же. Кн. 4. С. 1–4, 8 и др.

а) субъекты (стороны) – рабочий (нанимающийся) и хозяин (наниматель). Данные субъекты должны иметь личную способность к вступлению в договор найма, иными словами, обладать правоспособностью и дееспособностью;

б) юридический факт, устанавливающий связь между лицом и правоотношением. Таковым является договор личного найма. Условия действительности договора относятся к способу соглашения; его цели; его предмету, т.е. самим условиям, на которые стороны соглашаются; к форме, в которой соглашение выражается. Одним из условий действительности сделки признается дееспособность вступивших в нее лиц. Здесь можно усмотреть все четыре условия порочности сделки: по субъектам, форме, содержанию, воле;

в) содержание правоотношения, которое составляют права хозяина и обязанности работника, которым корреспондируют обязанности хозяина и права работника;

г) юридическая судьба правоотношения, т.е. его возникновение, изменение и прекращение.

Было выделено два вида работодателей: юридические и физические лица. Первые могли вступать в отношения найма в силу своего статуса. На дееспособность физических лиц-нанимателей влияют две группы свойств: естественные и социальные. Первые связаны с полом, возрастом, здоровьем (психическим состоянием), вторые – с подданством, сословной принадлежностью, местом жительства, семейным положением. Дееспособность рабочего связана с теми же свойствами, что и нанимателя – физического лица. При этом особо подчеркивалось, что в силу личного характера данного договора в нем в принципе не допускается перемена лиц, вследствие чего наниматель не может передать договор другому лицу, а работник обязан лично исполнять принятые обязательства.

Говоря об условиях действительности договора личного найма, Р.А. Дистерло подчеркивал следующее. Во-первых, по способу соглашения договор личного найма может быть только свободным соглашением сторон. Во-вторых, целью договора является представление результата исполненного договора, которое побудило лицо к вступлению в него, т.е. представление труда за определенное вознаграждение. В-третьих, предметом договора

выступает круг работ, подлежащих исполнению, и плата за него. Отсутствие условий о размере оплаты не делает договор ничтожным. В этом случае данное условие замещает обычно принятый в данной местности размер оплаты за данный вид работ. В-четвертых, форма договора по действующему законодательству могла быть как устной, так и письменной. Последнюю могла заменить рабочая книжка, если в ней прописывались условия договора, подписанные сторонами[497].

По мнению Р.А. Дистерло, срок договора мог определяться трояко: конкретной датой, завершением выполнения определенного объема работы, наступлением определенного события. Начало работы определялось самими сторонами. Но если этот срок не был указан, то это мог быть момент заключения договора. Эти положения он выводил не только посредством теоретического толкования и анализа действующего законодательства, но и из норм мусульманского и обычного права.

Р.А. Дистерло затронул и такую проблему, как нормирование труда, которое должно служить основанием для определения размера его оплаты. Это нормирование он связал с двумя критериями: экстенсивным, т.е. продолжительностью отработанного времени, и интенсивным, т.е. объемом выполненной работы за единицу времени. По его мнению, нормирование труда основано на комбинировании экстенсивных и интенсивных показателей[498]. Особо подчеркивалось, что работник не может отказаться от выполнения установленных по найму работ или законных требований хозяина, а последний не может требовать выполнения работ, не установленных в договоре найма. В данном случае речь идет об определенности и стабильности трудовой функции работника и запрете в одностороннем порядке изменять это условие трудового договора.

Основные обязанности работника он определял как три группы обязанностей: 1) явиться к назначенному сроку на работу; 2) прослужить у хозяина все установленное время; 3) непрерывно работать в течение определенного времени в пользу хозяина. При этом констатировалось, что ответственность за их неисполнение

[497] Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 5. С. 1–17.
[498] Там же. С. 31–34; Кн. 6. С. 112–113, 121–122 и др.

носит гражданско-правовой характер, но предпочтительнее, чтобы она сводилась только к расторжению трудового договора и возвращению взятых вперед денег. Денежные взыскания рекомендовалось осуществлять из заработка работника, хотя законодательство допускало даже арест и телесные наказания. Специально подчеркивался принцип ответственности работника только за виновные действия, тогда как невиновные нарушения (по болезни) могут вести только к возврату полученного, но не отработанного жалованья. При этом за вред, причиненный работником при исполнении приказаний хозяина, отвечает сам хозяин[499].

В качестве основных обязанностей работодателя выделялись: 1) принятие хозяином явившегося на работу; 2) доставление работнику работы и додержание его в течение всего срока найма; 3) вознаграждение работника условленной платой; 4) иные обязанности по отношению к лицу и имуществу рабочего (в том числе не нарушать права этого лица)[500].

В.Г. Яроцкий само понятие фабричного законодательства конструировал исходя из его договорной природы. Он определял его как "совокупность законодательных норм, регулирующих условия найма и работы"[501]. Этот российский ученый одним из первых поставил проблему о наличии господства над личностью в договорных отношениях, опосредующих несамостоятельный труд. Это, по его мнению, требовало вмешательства государства в сторону более четкой регламентации широкого круга вопросов, начиная от периодичности выплаты заработной платы, продолжительности рабочего дня, определения специфики труда женщин и детей и др.[502]

В предшествующих исследованиях нами уже анализировались позиции российских цивилистов относительно правовой

---

[499] Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 5. С. 45–65; 70–75.

[500] Там же. Кн.6. С. 111–116, 130 и др.

[501] См.: Яроцкий В.Г. Экономическая ответственность предпринимателей. Ч. 1 (общая). Ответственность предпринимателей как основание законодательного регулирования отношений рабочих и хозяев. СПб., 1887. С. 330.

[502] См.: Яроцкий В.Г. Правила фабричного найма рабочих и надзор за отношениями хозяев и рабочих. С. 12–16, 26 и др.

природы договора найма труда[503]. Здесь же отметим, что К.П. Победоносцев (1827 – 1907 гг.) предмет договора личного найма определил как "личный труд, личные работы и услуги: они составляют (вместе со знанием и искусством) имущество рабочего человека, которое отдается в наем, в пользование нанимателя"[504]. Разновидностью личного найма являлся наем для определенных работ. В целом он рассматривал проблему в рамках действующих на тот момент нормативных правовых актов (ст. 86-156 Устава о промышленности (изд. 1893 г.), ст. 1352 – 1359 Уложения о наказаниях и др.). Сторонами такого договора найма выступали хозяин и слуга (рабочий). Здесь уже проводится различие между личным наймом под надзором хозяина (прообраз трудового договора) и личным наймом без подчинения (для приобретения изделий, производимых трудом, т.е. договор подряда). К.П. Победоносцев отмечал: "Нельзя закупить личный труд человека, можно только нанять его"[505]. Другой отечественный цивилист, И.В. Гессен (1865 – 1943 гг.), особо отмечал личную зависимость в договоре личного найма одной стороны (работника) и неравноправие сторон, что должно было быть учтено законодателем. Он полагал обязательным правовое закрепление срочности договора о личном найме. По сути, И.В. Гессен высказал мысль о необходимости особого регулирования договора личного найма в рамках гражданского права[506].

Первоначально как на Западе, так и в России ученые-цивилисты традиционно рассматривали труд как один из объектов гражданских правоотношений, практически не выделяя или только констатируя его специфику. В Германии к этой группе можно было причислить Г.Ф. Пухту и Б. Виндшейда, чьи труды

---

[503] См.: Лушников А.М. Становление и развитие науки трудового права и права социального обеспечения в России (вторая половина XIX – XX в.). Ярославль, 2001. С. 102–113.

[504] Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. СПб., 1896. С. 393.

[505] Там же. С.395.

[506] См.: Гессен И.В. Личный наем по проекту гражданского уложения // Право. 1900. № 9. С. 461–471.

хорошо были известны в России[507]. Но первый из них упоминал категорию “прав на чужую личность”, противопоставляя им права на чужие действия и на собственную личность. Личность при этом не могла быть приравнена к вещи и поглощена. Оба немецких ученых подчеркивали связь “права над личностью” с лежащими на их обладателе обязанностями и тем самым квалифицировали их, в сущности, как правоотношения[508]. Уже здесь есть внутренне противоречивые положения, не позволяющие свести труд только к положению товара, отождествив пользование им с пользованием личностью работника. Отметим, что эти немецкие ученые были специалистами по римскому праву, что не могло не сказаться на их взглядах на правовое регулирование труда.

Подчеркнем отсутствие регламентации договора личного найма в российском положительном законодательстве XIX в. В этой связи именно российские цивилисты исходя из практических нужд дали его первую дефиницию. Так, в решении Гражданского департамента Правительствующего Сената в 1875 г. указывалось: “Договор личного найма есть соглашение о принятии на себя нанявшимся исполнения в пользу нанимателя личных работ, услужения, должностей и вообще личного труда физического или умственного”[509]. При этом четкого разграничения между собственно личным наймом и принятием заказа ремесленником, который тяготел к договору подряда, первоначально не проводилось. Между тем сенатор В.Л. Исаченко, а вслед за ним и многие другие цивилисты в число квалифицирующих признаков договора личного найма включали личное исполнение работы и подчинение воли нанявшегося воле нанимателя.

Вероятно, самым известным сторонником традиционных подходов благодаря его научной полемике с Л.С. Талем можно считать А.М. Гуляева. Позиция этого цивилиста была наиболее определенной, хотя со временем и менялась. Сначала он твердо

---

[507] См.: Пухта Г.Ф. Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874; Виндшейд Б. Учебник пандектного права. Т. 1. СПб., 1874; Он же. Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875.

[508] См.: Таль Л.С. Проблема власти над человеком в гражданском праве. Б.м., Б.г. С. 8–9 (оттиск: Юридический вестник. 1913. Т. 3. С. 103–140).

[509] Исаченко В.Л. Свод кассационных положений по вопросам гражданского материального права за 1866 – 1910 гг. СПб., 1911. С. 471.

придерживался мнения о необходимости руководствоваться римским правом, выработавшим конструкцию договора найма труда. А.М. Гуляев считал эту конструкцию образцом для современного права, хотя и с определенной корректировкой[510]. Это был даже шаг назад, так как в римском праве четко не разграничивался имущественный и личный наем, тогда как в российском гражданском праве договор личного найма наряду с договорами подряда, хранения и поручения регламентировались отдельным разделом "Личные обязательства" Свода гражданских законов. По мнению Л.С. Таля, после выхода книги Ф. Лотмара "Договор о труде по гражданскому праву Германской империи" (1908 г.) становится очевидным, что "договоры о труде составляют особую группу, резко отличающуюся от всех остальных имущественных сделок. Едва ли после книги Ф. Лотмара будет повторяться сближение личного найма с имущественным (позиция А.М. Гуляева) или с товариществом и подрядом с поставкою или изображение договора о труде в виде конгломерата других договоров"[511]. Как видим, наш известный соотечественник в этой части дал не совсем верный прогноз и до сих пор есть желающие стать последователями традиционалистов. Впрочем, позиция А.М. Гуляева впоследствии несколько трансформировалась, и он отмечал: "Когда объектом возмездного пользования являются услуги, как таковые, безотносительно к конечному их результату, то такой договор носит название личного найма"[512]. При этом он ссылается и на свою уже упомянутую работу 1893 г., и на исследования Л.С. Таля, который утверждал совершенно иное: "Правовой формой для такого приспособления рабочей силы одного человека к задачам другого и служит трудовой договор"[513]. Последний здесь понимается уже не как разновидность личного найма, а как отдельный вид договора. Таким образом, А.М. Гуляев признает сложность и дискуссионность проблемы: "Действующий закон не

[510] См.: Гуляев А.М. Наем услуг. Юрьев, 1893. С. 8 и далее.

[511] Таль Л.С. Договор о труде, как родовое понятие // Право. 1908. № 26. С. 1494.

[512] Гуляев А.М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства, кассационной практики Правительствующего Сената и проекта гражданского уложения. СПб., 1913. С. 449.

[513] Таль Л.С. Трудовой договор. Ч. 1. С. 80–81.

дает нам определения договора личного найма, ни общих положений, а имеет в виду конкретные формы этого договора". В качестве его объекта выступают не только услуги и работы, но и должность[514].

Некоторые из западных и российских цивилистов не говорили о необходимости выделения трудового договора и даже не употребляли этого термина, но именно такой вывод можно сделать из их работ. Так, И.А. Покровский признавал принцип договорной свободы как "верховное начало", но ввел понятие "эластичность договорной свободы", что предполагает принципиальную возможность ее законодательного ограничения. Он был знаком с трудами Ф. Лотмара и других основателей трудового права и высоко о них отзывался, в том числе за гуманизм формируемой отрасли. Он отмечал, что задача права – "найти … средства для защиты экономически слабых", что актуальной задачей договорного права является не только "индивидуализация", но и "солидаризация или социализация"[515].

На Западе в конце XIX – начале XX в. проблема правового регулирования найма труда не была в науке гражданского права доминирующей, но и не находилась на периферии научного интереса. Об этом можно судить по специальному обзору немецкого профессора П. Ортмана, посвященному частному праву и подготовленному для российской печати[516]. Уже в то время были отмечены труды немца Ф. Лотмара и австрийца Э. Штейнбаха. По меньшей мере о сложности, а затем и невозможности регулирования трудовых отношений в рамках гражданско-правового договора личного найма писали французские юристы Л. Брокард, А. Глассен, бельгиец Э. Пикар и другие. В 1906 г. на съезде немецких юристов в Киле был поставлен вопрос о желательности законодательного нормирования аккордного трудового договора в области промышленности. На это был получен единогласный утвердительный ответ. Но дальнейшее обсуждение было отложе-

[514] См.: Гуляев А.М. Русское гражданское право. С. 449–450.

[515] См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 241–246, 256 и др.

[516] См.: Ортман П. Направления немецкой литературы частного права с 1896 года // Право. 1900. № 3, 51, 52; 1901. № 1, 4, 26.

но из-за необходимости выяснения сложных вопросов, в том числе о правовой природе тарифного соглашения. Новое французское законодательство о трудовом договоре находилось на обсуждении в палате депутатов, и специальная комиссия высказалась в 1905 г. за общефранцузское единое законодательство о трудовом договоре. Законопроект был подготовлен в 1906 г., но так и не стал законом[517].

Русский цивилист Ю.С. Гамбаров считал несостоятельными ссылки на "свободу труда" и свободу договорных соглашений как основание невмешательства государства в отношения между работниками и работодателями. Он считал, что эти ссылки не лучше аргументов некоторых феминистов и феминисток, указывающих на равноправие полов по поводу рабочего законодательства и охраны беременных женщин. Такие сторонники формального равенства выступают против льгот беременным женщинам, ссылаясь на то, что это нарушает равенство между полами. Ю.С. Гамбаров резонно утверждал, что в этом случае идея абстрактного равенства ставится выше интересов человеческой расы. Отсюда очевидный вывод о возможности и необходимости ограничения свободы сторон трудового договора во имя соблюдения прав человека и его свобод[518].

Отечественный цивилист В.Б. Эльяшевич стал первым в российской науке, кто ввел в научный оборот термин "трудовой договор" в его современном значении[519]. Он дал подробный обзор правового регулирования труда на Западе, проанализировал последние научные работы по данной проблеме Ф. Лотмара, Г. Рюмелина, В. Эндеманна и других. Выводы В.Б. Эльяшевича вполне показательны, и некоторые из них даже сейчас не утратили своей актуальности. Во-первых, "личность нанявшегося надо защищать, и одними диспозитивными нормами не обойтись. На-

[517] См.: Пашерстник А.Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. М.; Л., 1948. Вып. 1. С. 124.

[518] См.: Гамбаров Ю.С. Свобода и ее гарантии. Популярные социально-юридические очерки. СПб., 1910. С. 25.

[519] См.: Эльяшевич В.Б. Новое движение в области договора о труде // Право. 1907. № 3. С. 172–179; № 4. С. 273–278; № 6. С. 425–434.

до прибегать к принудительным нормам"[520]. Здесь признание единства частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений очевидно. Во-вторых, "нет вопроса в области гражданского правоведения, на котором отчуждение между теорией и практикой … складывалось бы с такой силой, как на договоре о труде… Трудовой договор становится основой существования все более широких кругов населения, а юристы оперируют критериями, извлеченными из творений римских классиков – учителей права". Действующее законодательство не выходит за рамки найма услуг, что, по его мнению, "убого". Необходимо "единое понятие труда" и его правовая классификация[521]. Таким образом, В.Б. Эльяшевич вполне признавал правовые предпосылки формирования самостоятельной отрасли – трудового права и выделял особый вид договора – трудовой договор.

Отметим, что практически все представители первой генерации ученых-трудовиков, занимавшихся проблемами трудового договора, были по первой научной специализации цивилистами. Это, прежде всего, Л.С. Таль, И.С. Войтинский, К.М. Варшавский и другие.

Очевидно, что центральной проблемой формирующейся науки трудового права на рубеже XIX – XX вв. стала правовая природа трудового договора (рабочего договора, промышленного рабочего договора). Собственно с этой проблемы и началась история науки трудового права, пионером которой в России был Л.С. Таль. Отметим, что первоначально он, анализируя французский проект закона о рабочем договоре 1906 г., считал наиболее адекватным переводу с французского термины не "трудовой договор" и не "договор о труде", а именно рабочий договор[522]. Проблемы трудового договора стали центральными и в научном творчестве Л.С. Таля[523]. Он в своем учении пошел вслед за Ф.

---

[520] Эльяшевич В.Б. Новое движение в области договора о труде // Право. 1907. № 4. С. 277.

[521] Там же. № 3. С. 172–174.

[522] См.: Таль Л.С. Французский проект закона о рабочем договоре // Русская мысль. 1907. Кн. 4. С. 72–98.

[523] См.: Таль Л.С. Задачи науки гражданского права в области найма труда // Право. 1913. № 49. С. 2315–2321; Он же. Новый опыт законодательной нормировки рабочего договора // Право. 1908. № 33–34; Он же.

Лотмаром, но взял в качестве предмета исследования "трудовой договор в узком смысле". Он также выделял договоры о самостоятельном (предпринимательском) труде и договоры о несамостоятельном (служебном) труде. Последний означал трудовой договор как регулятор трудовых отношений "вытекающих из подчинения рабочей силы одного человека целям и власти другого человека". Отсюда логически необходимым элементом такого договора становилось "обещание работы (обещание труда)"[524].

Л.С. Таль первым в отечественной науке выделил четыре основных элемента (признака) трудового договора:

– длительное предоставление рабочей силы, что нельзя отождествлять с предоставлением имущественных благ;

– рабочий обещает приложить рабочую силу к промышленному предприятию работодателя;

– подчинение рабочего внутреннему порядку и хозяйской власти;

– обещание работодателем вознаграждения, которому присущ алиментарный характер[525].

Первый и второй элементы впоследствии в науке советского трудового права получили наименование личностного (личного, трудового), третий – организационного (авторитарного) и четвертый – имущественного (материального) признаков. Это позволило ему сформулировать определение трудового договора "как всякой сделки (независимо от отрасли хозяйства и социального положения работника), по которой одно лицо обещает другому приложение своей рабочей силы на определенный и неопределенный срок к его предприятию или хозяйству в качестве несамостоятельного работника, подчиняясь в пределах, определяемых договором, законом или обычаем, хозяйской власти работодателя и внутреннему порядку его предприятия или хозяйства"[526].

В дореволюционном российском законодательстве понятие трудового договора отсутствовало. В ст. 42 УПТ (изд. 1913 г.)

Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч. 1–2. Ярославль, 1913 – 1918 (переиздание 2006 г.) и др.

[524] См.: Таль Л.С. Трудовой договор. Ч. 1. С. 25–31.

[525] См.: Таль Л.С. Очерки промышленного права. М., 1916. С. 72–75; Он же. Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 97.

[526] Там же. Ч. 2. С. 1.

определялось, что “наем рабочих в фабрично-заводских, горных и горно-заводских предприятиях… совершается на основании общих постановлений о личном найме с дополнениями и изменениями в нижеследующих статьях”. Эти статьи касались специфики заключения и расторжения таких договоров, порядка и сроков выплаты заработной платы, особенностей договорных отношений с определенными категориями работников и др. Легальное закрепление юридическая конструкция трудового договора получила уже в советском трудовом законодательстве.

XX в. – период становления и развития юридической конструкции трудового договора, ее легализации. В первые годы советской власти договорный характер привлечения к труду считался “буржуазным пережитком”. КЗоТ РСФСР 1918 г. адекватно отражал военно-коммунистические реалии и не содержал определения трудового договора. Более того, в нем определялся порядок привлечения к трудовой повинности (Раздел 1) и порядок предоставления труда (Раздел 3). Вместо трудового договора законодатель устанавливал три формы применения труда: организованное сотрудничество; предоставление индивидуальных личных услуг; выполнение отдельной, определенной работы (ст. 6). При этом трудовые отношения возникали преимущественно на основании организованного сотрудничества. Авторы кодекса крайне небрежно отнеслись к его терминологии. Истоки концепции организованного сотрудничества восходят к трудам экономистов первой половины XIX в. Д. Кэри и Ф. Бастиа, сторонников гармонизации интересов труда и капитала. Они подчеркивали, что договорные отношения между работником и работодателем могут создать “усовершенствованную ассоциацию”. Эти идеи впоследствии развивал Г. Эренберг, отчасти австрийские юристы-трудовики Э. Штейнбах и А. Мешлени, считавшие, что трудовой договор создает “хозяйственную организацию”. Последний можно рассматривать с правовой точки зрения как договор товарищества. Л.С. Таль справедливо подверг эту концепцию критике, отметив, что не всякая организация с точки зрения права составляет товарищество. К тому же товарищеский договор направлен на достижение общей цели, чего нельзя сказать о трудовом договоре. Вывод Л.С. Таля был категоричен: “Классификация трудового дого-

вора как товарищества совершенно лишена почвы…"[527]. Таким образом, советское законодательство рецептировало из гражданского права термин, означавший договор о совместной деятельности и не имевший по своей юридической природе ничего общего с правовым регулированием трудовых отношений.

Только КЗоТ РСФСР 1922 г. дал легальное определение трудового договора: "… соглашение двух и более лиц, по которому одна сторона (нанимающийся) предоставляет свою рабочую силу другой стороне (нанимателю) за вознаграждение" (ч. 1 ст. 27). Опираясь на это определение, И.С. Войтинский обосновал следующие признаки трудового договора: 1) несамостоятельный характер труда, предоставляемого в распоряжение нанимателя; 2) предотавление рабочей силы, а не выполнение определенной работы; 3) оплата за труд не менее установленного минимума; 4) определенность трудовой функции с обеспечением соответствующих условий труда; 5) условия договора не могут ухудшать положение работника по сравнению с нормами КЗоТ, коллективного договора и правил внутреннего трудового распорядка; 6) определенность и закономерность (законность) условий трудового договора[528]. Он подчеркивал, что трудовой договор в СССР является организационной формой привлечения к труду, в качестве его основных признаков выделял добровольность найма, предоставление нанимающимся своей рабочей силы в распоряжение нанимателя и возмездность труда[529].

К середине 20-х гг. XX в. практически общепризнанным стало утверждение о том, что "…общие начала обязательственного права, рассчитанные на товарно-имущественный оборот, не могут иметь применение к трудовому договору без некоторых изменений и отступлений, так как мы имеем дело не с имуществом, а с личностью человека, которая стоит вне гражданского оборота и должна быть защищена в своих неотъемлемых правах"[530].

---

[527] Таль Л.С. Трудовой договор. Ч. 1. С. 69.

[528] См.: Войтинский И.С. Трудовой договор по Кодексу законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 9. С. 27–44.

[529] См.: Войтинский И.С. Трудовое право СССР. М., 1925. С. 122–123, 152 и др.

[530] Канторович Я.А. Коллективный договор. Л., 1924. С. 184.

В конце 20 – начале 30-х гг. XX в. договорное начало было практически вытеснено административным регулированием трудовых отношений. В этой связи научный интерес к теории трудового договора существенно снизился, а большинство публикаций до начала 50-х гг. имели преимущественно прикладной и комментаторский характер[531]. Некоторые исследователи вообще предлагали устранить из законодательства понятие трудового договора[532].С конца 20-х до начала 50-х гг. XX в. трудовой договор рассматривался почти исключительно как основание возникновения трудовых правоотношений, содержание которых всецело определялось централизованно[533]. Доктринально трудовой договор определялся как основная форма установления трудовых правоотношений в государственных предприятиях, учреждениях, организациях[534] и как соглашение о работе в качестве рабочего и служащего[535]. С точки зрения правового содержания данные формулировки были явно неполными и не указывали на признаки данного вида договора. Между тем А.Е. Пашерстник увидел здесь преимущественно идеологическую ошибку. Он указывал, что трудовой договор не является фактором, образующим социальную группу рабочих и служащих, так как это привело бы к оценке роли указанного института как классообразующей[536]. Такая критика не имеет к праву никакого отношения.

---

[531] См.: Данилова Е.Н. и др. Увольнение рабочих и служащих по действующему законодательству о труде. М., 1930; Киселев Я. Срочные трудовые договоры и сроки их применения // Вопросы труда. 1928. № 7–8. С. 124–129; Москаленко Г.К. Переводы и командировки по советскому праву. М., 1952 и др.

[532]См. Троицкий И. КЗоТ реконструктивного периода // Вопросы труда. 1931. № 5. С. 6–7 и др.

[533] См.: Краснопольский А.С. Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву // Вопросы советского гражданского и трудового права. Ч. 1. М., 1952. С. 111–190.

[534] См.: Советское трудовое право / Под ред. К.П. Горшенина, Р.П. Орлова, В.М. Догадова, Я.А. Карасева. М., 1939. С. 69.

[535] См.: Советское трудовое право / Под ред. Н.Г. Александрова, Д.М. Генкина. М., 1946. С. 162; Краснопольский А.С. Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву. С. 132.

[536] См.: Пашерстник А.Е. Право на труд. М., 1951. С. 205.

П.Д. Каминская предприняла попытку вернуться к развернутому определению трудового договора, назвав его договором организованного сотрудничества, по которому рабочий (служащий) обязуется выполнять определенную работу на предприятии (в учреждении, хозяйстве), а предприятие обязуется организовать труд и выплачивать вознаграждение по заранее установленным нормам, по количеству и качеству труда[537]. В этом определении не было указания на обязанность работника подчиняться правилам внутреннего трудового распорядка и работодательской власти. Отметим, что уже в своих ранних работах П.Д. Каминская признавала зависимость работника от работодателя, зависимый характер наемного труда[538]. В советский период подчинение работодательской власти включал в признак трудового договора только И.С. Войтинский.

Очевидна и излишняя идеологизация данного определения через понятие “организованное сотрудничество”. Примечательно, что А.Е. Пашерстник и А.С. Пашков отрицали необходимость такого дополнения, считая, что “организованное сотрудничество” присуще всем без исключения договорам в советском праве[539]. Эта во многом надуманная проблема занимала непропорционально большое место в научных исследованиях. Мы уже указывали, что понятие организованного сотрудничества, легализованное в КЗоТ 1918 г., было формально рецептировано из гражданского права как производное от простого товарищества и договора о совместной деятельности. При этом оно получило иное правовое наполнение, что отражало небрежное отношение советского законодателя к юридической терминологии. В советских исследованиях данная проблема порой выходила на первый план и из нее делались неадекватные выводы. Так, А.Е. Пашерстник, а вслед за ним и А.С. Пашков утверждали, что обязанность организовать труд лежит не только на администрации, но и на каждом работ-

[537] См.: Каминская П.Д. Понятие трудового договора по советскому праву // Вопросы трудового права. М.; Л., 1948. Вып. 1. С. 118–119.

[538] См.: Каминская П.Д. Очерки трудового права. М., 1927. С. 100–101.

[539] См.: Пашерстник А.Е. Указ. соч. С. 206; Пашков А.С. Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. М., 1961. С. 54.

нике[540]. К.А. Абжанов по этому поводу писал: “Организованное сотрудничество сторон трудового договора основано на экономическом, социально-политическом и моральном превосходстве социалистического строя над буржуазным… Полное совпадение интересов рабочих и служащих и предприятия является той материальной и моральной базой, на которой зиждется сотрудничество сторон трудового договора”[541].

А.Е. Пашерстник в качестве признаков трудового договора выделял: 1) привлечение к труду по соглашению сторон; 2) установление заранее рода работы, что охватывает и признак подчинения сторон трудового договора внутреннему трудовому распорядку; 3) уплата вознаграждения в соответствии с количеством и качеством труда по заранее установленным расценкам; 4) обеспечение условий труда в соответствии с требованиями законодательства. В этой связи трудовой договор определялся как соглашение, по которому трудящийся обязуется выполнять работу определенного рода, а предприятие (учреждение) обязуется выплачивать вознаграждение за выполненную работу в соответствии с количеством и качеством труда по заранее установленным нормам и обеспечить трудящемуся условия труда в соответствии с требованиями законодательства[542].

А.С. Пашков свел признаки трудового договора к трем традиционно выделяемым в отечественной науке: 1) предметному (выполнение работы по определенной специальности, квалификации, должности); 2) организационному (подчинение исполнителя работы внутреннему трудовому распорядку предприятия); 3) имущественному (оплата труда по заранее установленным ставкам, окладам, расценкам)[543].

Ф.М. Левиант обоснованно утверждала, что определение трудового договора, закрепленное в КЗоТ 1922 г. (ст. 27), устарело как терминологически, так и по существу. Она отмечала отсутствие наемного труда в условиях социалистического способа

---

[540] См.: Пашерстник А.Е. Указ. соч. С. 207; Пашков А.С. Указ. соч. С. 54–56.

[541] Абжанов К.Д. Трудовой договор по советскому праву. М., 1964. С. 12–13.

[542] См.: Пашерстник А.Е. Указ. соч. С. 200–201.

[543] См.: Пашков А.С. Указ. соч. С. 64.

производства, когда рабочий, по ее словам, не лишен орудий и средств производства, а владеет ими совместно со всем народом. Вместе с тем, она, как и большинство авторов, в качестве основных признаков правового понятия трудового договора называла включение работника, заключившего трудовой договор, в трудовой коллектив предприятия; выполнение работником определенной трудовой функции; его подчинение в процессе работы установленному трудовому распорядку. Она справедливо полагала, что предложенный А.Е. Пашерстником и С.С. Каринским признак вознаграждения за труд также следует считать существенным признаком трудового договора. В этой связи она дала определение трудового договора как соглашения между рабочим (служащим) и предприятием (учреждением), по которому рабочий принимает на себя обязательство выполнять определенную работу на предприятии с соблюдением правил внутреннего трудового распорядка, товарищеской взаимопомощи и сотрудничества, а предприятие обязуется предоставить рабочему работу обусловленного рода, выплачивать заработную плату, обеспечивать условия труда, предусмотренные трудовым законодательством, и все иные условия, благоприятные для здоровья, высокопроизводительного труда и участия в управлении производством[544]. Ф.М. Левиант особо подчеркнула, что во всех случаях возникновения трудовых правоотношений в силу предписания органов государственного управления трудовой договор являлся неотъемлемым элементом юридического состава, связанного с возникновением и существованием трудового правоотношения. По ее мнению, трудовые отношения, возникающие на основании административного акта, не теряли своего договорного характера[545].

Относительно новым признаком трудового договора, предложенным советскими учеными, можно считать включение лица, заключившего такой договор, в личный состав предприятия для выполнения там определенной трудовой функции[546]. Данный

---

[544] См.: Левиант Ф.М. Виды трудового договора. М., 1966. С. 11.

[545] См.: Там же. С. 162.

[546] См.: Александров Н.Г. Советское трудовое право. М., 1963. С. 180; Догадов В.М. Некоторые вопросы правового регулирования трудового до-

признак обозначался уже в начале XX в. немецкими учеными Г. Зинцгеймером и Х. Поттгофом, которые писали о личноправовой зависимости работника от работодателя в контексте того, что это необходимо для объединения отдельных лиц к совместному действию. Это соответствует и тому, что трудовое право регулирует не единичный, а кооперированный труд. Примечательно, что об этом же писал К. Маркс в "Капитале"[547], а затем Н.Г. Александров акцентировал на этом внимание при анализе научного наследия немецких ученых[548]. Вместе с тем, данный признак можно признать самостоятельным, хотя термины "личный состав" или "штат предприятия" достаточно многозначны.

Трудовой договор в советский период традиционно продолжал считаться только основанием возникновения трудового правоотношения, тогда как его содержание определялось почти исключительно законодательством. Такая конструкция сохранилась и в КЗоТ РСФСР 1971 г. Согласно ст. 15 "трудовой договор есть соглашение между трудящимся и предприятием, учреждением, организацией, по которому трудящийся обязуется выполнять работу по определенной специальности, квалификации или должности с подчинением внутреннему трудовому распорядку, а предприятие… обязуется выплачивать трудящемуся заработную плату и обеспечивать условия труда, предусмотренные законодательством о труде, коллективным договором и соглашением сторон". Это в общем прогрессивное определение сводилось почти к нулю ст. 5 КЗоТ, согласно которой условия договоров о труде, не только ухудшающие, но и иным образом противоречащие законодательству Союза ССР и РСФСР о труде, признавались недействительными. Таким образом, в ст. 15 можно было бы ограничиться упоминанием только законодательства о труде, так как коллективные договоры и соглашения сторон по смыслу ст. 5 могли только дублировать его, не ухудшая и не улучшая. В этой связи исследователи были ограничены преимущественно частными проблемами и

говора // Вопросы трудового, колхозного и земельного права. Л., 1959. С. 4–14; Пашерстник А.Е. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 24–25 и др.

[547] См.: Маркс К. Капитал // Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 25. С. 420.

[548] См.: Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 110.

формальной стороной договорных отношений, хотя и проблемам теории уделялось определенное внимание[549].

Принципиальные изменения произошли только после принятия Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г. и Закона РФ от 25 сентября 1992 г., согласно которым была принята новая редакция ст. 5 КЗоТ 1971 г., определявшая, что администрация предприятия, учреждения, организации совместно с советом трудового коллектива и соответствующим выборным профсоюзным органом вправе устанавливать за счет собственных средств дополнительные по сравнению с законодательством трудовые и социально-бытовые льготы для работников коллектива или отдельных категорий работников. Закон РФ от 25 сентября 1992 г. внес в ст. 15 КЗоТ изменения, легализовавшие понятие “трудовой контракт”, что вызвало дискуссию о соотношении понятий “трудовой договор” и “трудовой контракт”[550], которая в конечном итоге пришла к единому знаменателю: признанию синонимичности данных понятий. Названные изменения в КЗоТ и расширение договорных начал в правом регулировании трудовых отношений активизировали интерес ученых к проблемам трудового договора[551].

---

[549] См.: Безина А.К., Бикеев А.А., Сафина Д.А. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984; Глозман В.А. Трудовой договор в условиях научно-технического прогресса. Минск, 1978; Голованова Е.А. Трудовой договор. Пермь, 1973; Гусов К.Н. Основания прекращения трудового договора. М., 1982; Лившиц Р.З., Чубайс Б.М. Трудовой договор. М., 1986; Смолярчук В.И. Социалистический трудовой договор. М., 1974; Стависский П.Р. Трудовой договор. Одесса, 1973; Ставцева А.И., Хохрякова О.С. Трудовой договор. М., 1983 и др.

[550] См. подробнее: Акопова Е.М. Современный трудовой договор (контракт). М., 1998. С. 24–25; Гусов К.Н. Трудовые контракты и реализация права на труд // Вестн. МГУ. Серия Право. 1992. № 4 и др.

[551] См.: Акопова Е.М., Еремина С.Н. Договоры о труде. Ростов н/Д, 1995; Гусов К.Н., Толкунова В.Н. Трудовой договор. Комментарий законодательства. М., 1996; Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999; Скачкова Г.С. Договоры (контракты) о труде в различных сферах деятельности. М., 2001; Ставцева А.И. Трудовой договор. М., 1989; Хохлов Е.Б. К понятию трудового договора и договора найма труда // Правоведение. 1998. № 2. С. 122–127 и др.

ТК РФ определил трудовой договор как соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами и данным соглашением, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя (ст. 56). Таким образом, в этом определении нашли отражение все три основных элемента трудового договора: личностный, организационный и имущественный, а также единство публичных и частно-правовых начал в регулировании трудовых отношений.

В постсоветский период в теории трудового права наметилась тенденция связывать становление рыночной экономики с возможностью сближения правового регулирования трудового и гражданско-правового договора, опосредующего осуществление работ или оказание услуг. Отдельные ученые поспешили заявить о необходимости “поглощения” трудового права гражданским. Более умеренная позиция заключалась в утверждении о возможности применения к трудовым договорам цивилистической конструкции сделки и выведении родового понятия трудоправовой сделки, о чем уже говорилось выше. При этом договоры в трудовом праве рассматриваются в нескольких аспектах, а именно: в качестве источника права, юридического факта, правоотношения, акта реализации права[552].

[552] См., например: Бондаренко Э.Н. Трудовой договор как основание возникновения правоотношения. СПб., 2004.

3.4.Стабильность и гибкость юридической конструкции трудового договора в постиндустриальную эпоху

На рубеже XX и XXI вв. развитие трудового законодательства на Западе, а сегодня и в России выходит на новый качественный уровень. Трудовой договор XX в. – это юридическая конструкция, сформировавшаяся в индустриальном обществе, и только отчасти постиндустриальном. XXI в. начинается как век информационного общества, которое будет основано не на производственной (индустриальной) общественной организации труда, а на новой нарождающейся общественной организации труда, черты которой только еще намечаются. Трудовой договор прошлого века нередко не укладывается в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества. В отечественной науке трудового права впервые в таком ключе о перспективах развития трудовых прав и трудового законодательства написал И.Я. Киселев. Он отметил, что переход к постиндустриальному, информационному обществу породил кризис традиционного трудового права в странах Запада, "некоторые юристы, социологи, политики констатируют, что в складывающейся социальной среде постиндустриального общества трудовому праву просто не выжить и оно в конечном итоге обречено, или, по крайней мере, его существование как самостоятельной отрасли находится под серьезной угрозой"[553]. Но, как справедливо отмечает автор, в "XXI в. трудовое право преодолеет трудности, заново определит свою нишу, усовершенствует инструментарий и возродится на новой основе"[554].

Модель традиционной (типичной) занятости, предполагающая заключение бессрочного трудового договора на полный рабочий день с постоянным окладом, за небольшими исключениями существовала более или менее стабильно вплоть до 1970-х гг., когда массовое распространение получили атипичные формы за-

[553] Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 12.

[554] Там же.

нятости, характеризующиеся отсутствием либо видоизменением одного или более классических признаков традиционных трудовых отношений. Следствием этого стало распространение нетипичных трудовых договоров.

Причин появления атипичной занятости множество, назовем лишь некоторые из них. Глобализация рынков, международная конкуренция, международное разделение труда ускоряют циклы подъема и падения темпов развития экономики. Достаточно низкий уровень экономического роста, который характерен для большинства стран, совпадает с глубокими переменами в структуре занятости: отмечается значительный отток работников из приходящих в упадок отраслей промышленности во вновь возникающие сферы бизнеса (особенно оказание услуг). Указанные перемены в определенной степени обусловлены влиянием развивающихся быстрыми темпами информационных и коммуникационных технологий. Работодатели, полагая, что в период экономического кризиса необходимо создавать систему трудовых отношений, более свободную от жесткого регулирования законодательством, находят новые пути организации трудовых ресурсов и распределения рабочего времени, стремятся к децентрализизации процесса производства. При таких обстоятельствах модель традиционной занятости уже рассматривается как не отвечающая современным требованиям[555].

Постепенно изменяется положение работника. С одной стороны, отмечается стремление к индивидуализации, независимости, разнообразие желаний и, что немаловажно, его ожидания от выполняемой работы. Работник “нового типа” более образован, квалифицирован, профессионально подготовлен. Он уже не нуждается в традиционной защите, предоставляемой трудовым правом, способен самостоятельно отстаивать свои интересы, открыто и успешно вести переговоры напрямую с работодателем по поводу установления наиболее благоприятных и выгодных для себя условий занятости[556]. На рынке труда наблюдается измене-

[555] См. подробнее: Лушникова М.В, Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 104–121.

[556] См.: Rood M. Labour law in the 21st century // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 87.

ние спроса на самих работников. Некоторые категории высококвалифицированных (а потому высокооплачиваемых) специалистов сами предпочитают работу на условиях неполного рабочего времени или независимый статус, что дает им возможность одновременно состоять в нескольких трудовых отношениях. Высокий уровень доходов позволяет им выбирать из большого числа предлагаемых мест работы. Работодатели, желающие получить такого работника, вынуждены с этим считаться и идти на уступки. Отдельные категории работников (например, женщины, лица среднего и пожилого возраста) сознательно выбирают неполную занятость с небольшим количеством обязанностей и числом рабочих часов [557]. В отдельных случаях использование атипичной занятости обусловливается особенностями самой работы, определенной степенью умственной или физической нагрузки работника, что ведет к ограничению продолжительности рабочего времени как на законодательном уровне, так и на уровне коллективных и индивидуальных договоров. В данном случае ее целью является охрана личности работника. Определенную роль в распространении апитичной занятости играют увеличившиеся возможности мобильности работников. Под мобильностью труда в данном случае традиционно понимается каждый из возможных вариантов изменений как самой работы, так и места ее выполнения для любых категорий работников. Подобные тенденции отмечаются в ряде развитых стран. Например, если еще несколько лет назад в Японии соблюдалась традиция пожизненного найма, то сегодня менее половины компаний пытаются сохранить эту практику. Согласно данным Статистического бюро Японии, большинство работодателей предпочитают нанимать сотрудников по контракту, а размер заработной платы определять исходя не из стажа работы и возраста кандидата, как было раньше, а по результатам труда. За последние 10 лет в стране выросло число

[557] В Японии, например, выплата отдельных видов социальных пособий тесным образом связана с уровнем дохода семьи, а высокий заработок облагается повышенной ставкой подоходного налога. Поэтому некоторые замужние женщины могут позволить себе неполную занятость, посвящая свободное время семье.

людей, желающих сменить работу или подыскать дополнительную[558].

В то же время работник вынужден быть более "гибким", сталкиваясь с уменьшением спроса на рабочую силу на рынке труда и желая повысить свою пригодность к найму (employability)[559]. Это заставляет его искать альтернативы полной занятости, с одной стороны, и безработице – с другой. Многие находят такие альтернативы во временной, случайной, частичной работе, которые и составляют основу атипичных форм занятости. В данном случае демографические факторы оказывают решающее влияние. Например, молодые работники, имеющие недостаточно опыта, ищущие работу впервые и сталкивающиеся с корпоративной политикой, которая предполагает найм минимума работников, вынужденно соглашаются на заключение срочных договоров. Пожилые работники также ощущают влияние безработицы: многие из них, рано выйдя на пенсию или попав под сокращение, вынуждены прибегать к частичной занятости. Таким образом, использование атипичных форм рассматривается в качестве одной из основных мер, направленных на предотвращение безработицы, поскольку способно обеспечить больше возможностей для трудоустройства, относительно стабильный уровень занятости пусть даже на короткий период времени. Кроме того, немаловажную роль в данном процессе играет правительство. Меры политики в сфере занятости, направленные на поддержку бессрочного трудового договора и активную борьбу со случайным наймом, отменяются, поскольку государство признает распространение краткосрочной и случайной занятости в качестве факторов, облегчающих трудоустройство. Расширение субконтрактных работ рассматривается в качестве "мер, направленных на снижение государственных расходов и ухудшение оплаты труда и условий занятости"[560].

---

[558] См.: Hideyuki Morito. Deregulation and Labour Law in Japan // Bulletin of comparative labour relations. 2000. № 38. P. 109; Фуколова Ю. Долгоиграющие кадры // Секрет фирмы. 2006. № 18 (153). С. 56.

[559] См.: de Grip A., van Loo J., Sanders L. The Industry Employability Index // International Labour Review, 2004. № 3. P. 219.

[560] См.: Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся // Международный обзор труда. 2002. № 3–4. С. 154.

Использование работодателями нетипичных форм занятости объясняется, в первую очередь, стремлением к снижению трудовых издержек, особенно в тех отраслях производства, где стоимость труда традиционно высока. Далее, это дает возможность предпринимателям сосредоточиться на деятельности, составляющей основу их бизнеса, привлекая для выполнения "второстепенной" работы работников на основе субдоговоров, самозанятых работников. Рост атипичной занятости связывается с происходящими переменами в стратегии управления персоналом. Нанимая работников на период максимальной деловой активности, устанавливая при этом гибкие режимы рабочего времени каждому работнику и индивидуальный объем нагрузки, работодатели достигают большей эффективности и улучшения качества предоставляемых услуг, в частности, за счет того, что работники работают более короткий период времени и поэтому меньше устают. Кроме того, у работников, занятых неполное рабочее время, а также работающих по срочным трудовым договорам, появляются дополнительные стимулы получения большего заработка, дополнительная мотивация получения постоянной занятости. Использование труда частично занятых работников, заключение срочных трудовых договоров зачастую рассматривается самими работодателями как "завуалированный" удлиненный испытательный срок. Это позволяет удостовериться, подходит ли нанимаемый работник для данной работы и в дальнейшем нанять его на постоянной основе либо отказать в этом. Заключение срочных договоров, помимо всего прочего, дает возможность избежать трудностей, связанных с массовым сокращением численности работников в случае приостановки производства по экономическим причинам, что, в свою очередь, способствует снижению социальной напряженности.

Указанные обстоятельства, носящие объективный и субъективный характер, вызывают необходимость усиления гибкости правового регулирования труда. Традиционное трудовое право не может в полной мере учитывать все происходящие перемены в обществе и экономике, что препятствует реализации интересов участников трудовых отношений. Именно поэтому в литературе все чаще поднимается вопрос о необходимости дерегулирования, которое, в первую очередь, предполагает модернизацию законо-

дательства, в том числе посредством отмены устаревших и принятия новых норм, смягчение наиболее жестких ограничений, предусмотренных действующим законодательством в сфере защиты прав работников. Дерегулирование осуществляется путем проведения реформ, направленных на обеспечение эффективности функционирования рынка труда, к числу которых, в частности, относятся:

– упразднение монополии государства при оказании услуг по найму, а также поиску и подбору персонала, легализация частных платных агентств занятости;

– пересмотр правового положения профсоюзов;

– отказ от чрезмерной регламентации отдельных институтов трудового права;

– легитимация большого числа различных, в том числе атипичных разновидностей трудового договора. В качестве примера можно привести Циркуляр Министерства труда Италии № 43/1998 г., который признал легитимность такой договорной схемы, как разделение работы на части[561];

– предоставление сторонам большей свободы при заключении, изменении и расторжении коллективных и индивидуальных трудовых договоров, например, "путем расширения круга обстоятельств, при которых могут заключаться срочные договоры, или посредством разрешения неоднократно продлять срок их действия с условием, что они не будут приравнены к договорам на неопределенный период" и др.[562]

При этом дерегулирование "не должно представлять собой возврата к чисто рыночным механизмам, поскольку это будет означать замену трудового права нормами гражданского права"[563] и полную утрату стабильности положения работника. Это не полный отказ от регулирования, а использование новых форм и ме-

---

[561] См.: Tiraboschi M. Deregulation and Labour Law in Italy // R. Blanpain (ed.). Deregulation and Labour Law. Kluwer Law International. Printed in Great Britain. 2000. P. 69.

[562] См.: Cordova E. From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations? // International Labour Review, 1986. № 6. P. 641.

[563] Daubler W. Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 105.

тодов регулирования. Дерегулирование является общей тенденцией для большинства стран, поскольку рассматривается в качестве одной из основных мер, направленных на оживление и поддержание конкурентоспособности экономики. При этом дерегулирование по отдельным вопросам должно сопровождаться усилением регулирования в других сферах, таких как запрет дискриминации в трудовых отношениях, регламентация труда лиц, работающих на опасных производствах, защита персональных данных работника и т.п.[564]

Гибкость, на наш взгляд, в большей степени касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Стремление к большей гибкости, обусловленное необходимостью постоянно приспосабливаться к разнообразным ситуациям, приводит к изменению содержания трудового договора. В этой связи можно привести высказывание голландского ученого П. ван дер Хейдена о том, что "трудовой договор с его более или менее взаимно установленными правами и обязанностями постепенно трансформируется в более открытые свободные, постоянно эволюционирующие юридические отношения"[565].

Таким образом, сочетание рыночных механизмов, технологических нововведений, перемен в стратегии управления бизнесом, способствующее этому дерегулирование рынка труда, а также изменившееся положение работников приводят к росту атипичной занятости. При этом достаточно трудно выделить, какой из этих факторов является наиболее значимым, решающим в распространении новых видов трудовых договоров.

---

[564] См.: Yamakawa R., Araki T. Deregulation and Labour Law in the search if a Labour Concept for the 21st century // Bulletin of Comparative Labour Relations, 2000. № 38. P. 10.

[565] van der Heijen. P. Post-Industrial Labour Law and Industrial Relations in The Netherlands // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 133.

Очевидно, что атипичная занятость, отвечающая интересам и стремлениям всевозрастающей части работников, должна получить больше внимания со стороны законодателя, поскольку отсутствие регулирующих норм может усилить уязвимость положения атипичных работников. Именно поэтому необходимо установить правовую защиту, которая бы обеспечивала определенную стабильность их положения. С этой целью недостаточно просто выявить причины атипичной занятости. На наш взгляд, необходимо проанализировать разнообразные формы, которые она принимает, рассмотреть социальное положение работников и в итоге определить, какие аспекты атипичной занятости требуют большего регулирования. С этой целью ниже мы рассмотрим различные *варианты отклонений от типичной модели занятости (типичной модели трудового договора)*.

1. Первое отклонение касается продолжительности трудовых отношений между работником и работодателем, поскольку трудовое право традиционно регулирует труд работника, занятого полный рабочий день на основе бессрочного трудового договора. Конечно, договор на определенный срок используется повсеместно уже в течение долгого времени, поэтому его едва ли можно рассматривать как новую форму занятости. Еще в Кодексе Наполеона он был назван как locatio operarum, единственный, в котором усмотрение сторон ограничивалось только необходимостью указать срок договора. Работа без определенного срока рассматривалась как покушение на свободу работника.

Стоит отметить, что данный вид договора относительно недавно получил законодательное закрепление в большинстве европейских стран (Франция, Германия, Испания, Португалия), а также в странах Латинской Америки (таких, как Доминиканская Республика, Бразилия, Уругвай). В таких сферах, как ресторанный бизнес, туризм, индустрия развлечений и отдыха, ни один из других видов договоров, кроме срочного, так часто не встречается. Более того, закрепление данного вида трудового договора в законодательстве повлекло за собой расширение тех секторов экономики, где ранее было невозможно прибегнуть к его заключению, что свидетельствует о гибком использовании трудовых ресурсов для нужд производства. Фактическая либерализация рынка труда во многих странах привела к тому, что работа на ос-

новании срочного трудового договора стала серьезной альтернативой постоянной занятости.

Возможность заключения срочных трудовых договоров в некоторых странах может быть ограничена наличием перечня объективных причин: “указанием на то, что это разумно и оправданно при существующих обстоятельствах” (германское законодательство), “сущностью работы” (бельгийское законодательство), “необычностью и исключительностью, т.е. особым характером работы” (испанское законодательство). Несмотря на то, что в Великобритании или Швейцарии свобода сторон на заключение таких договоров не ограничивается законодательством, тем не менее, запрещено его перезаключение несколько раз подряд. Данное обязательное правило обеспечено санкцией, а именно возможностью переквалифицировать срочные договоры в бессрочные[566]. В соответствии с итальянским законодательством при заключении срочных договоров можно делать ссылку на коллективные договоры, получившие одобрение наиболее представительного профсоюза. При этом отраслевыми коллективными соглашениями введены обязательные условия: заключать такие договоры нельзя менее чем на четыре и более чем на двенадцать месяцев. Во Франции максимальная их продолжительность не может превышать восемнадцати месяцев. В Германии, напротив, в соответствии с Актом о содействии занятости запрещается ограничивать максимальный срок первого найма работников восемнадцатью месяцами[567]. Данное положение можно рассматривать в качестве одной из мер дерегулирования срочного трудового договора в этой стране.

Несмотря на то, что использование срочных договоров означает снижение уровня гарантий для заключивших их работников (неопределенность относительно понятия “объективной причины” как законного основания для заключения срочных договоров (Германия), неэффективность государственного контроля (Италия), ограниченное использование прав профсоюзов (Португалия)), его можно рассматривать как средство, способствующее

[566] См.: Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 106.

[567] См.: Daubler W. Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 107.

созданию новых и сохранению уже имеющихся рабочих мест, и даже новых фирм, подыскания работы для не занятых долгое время работников, молодых, ограниченно трудоспособных, работников с семейными обязанностями и др.

Одной из разновидностей рассматриваемого вида договора является *срочный договор, закрепляющий обязанность работодателя обеспечить обучение работника*. В итальянском законодательстве содержится специальное упоминание о том, что целью таких договоров является обеспечение гарантий в получении навыков, которые представляют профессиональную ценность для работника-ученика. Такие договорные модели, с одной стороны, способствуют созданию новых рабочих мест, а с другой – закрепляют определенные преимущества для предприятий. Последние заключаются в уменьшении издержек, налогов, снижении риска увольнения работников по собственному желанию, т.е. обеспечивается компромисс интересов сторон договора. Первая отличительная черта новой договорной модели заключается, во-первых, в самих работниках. Это, главным образом, молодые люди, которые принимают на себя обязательство выполнять определенную работу, а работодатель же обязуется их обучить. Во-вторых, такие договоры ограничены определенным сроком (24 месяца в Италии и Франции, 36 – в Испании и Португалии). Во Франции и Италии существует определенный вид государственного контроля, гарантирующего эффективность такого обучения. Однако, согласно итальянскому законодательству, в том случае, когда схемы обучения разработаны на основе и в соответствии с коллективным договором, их одобрение государственным органом не является обязательным. Именно в коллективных договорах устанавливаются те виды работ, для выполнения которых могут приниматься такие работники, устанавливается максимальный и минимальный срок таких договоров, минимальное количество часов, необходимое для завершения обучения. При этом предприятия обязаны трудоустроить у себя не менее 50 % работников, ранее нанятых на основе ученического договора. Такие договоры получили достаточное распространение в Испании, Португалии, где они заключаются в основном с выпускниками средних специальных учебных заведений на основе ранее дос-

тигнутых договоренностей между этими заведениями и предприятиями.

2. Второе отклонение от классической модели, обусловленное экономическими и социальными преобразованиями, касается заключения *договоров на неполное рабочее время*. Важно отметить, что сокращение числа рабочих часов не изменяет саму природу трудового договора, который предполагает по-прежнему подчиненное положение работника. Значительное увеличение количества частично занятых работников является следствием гибкости рынка труда и рассматривается в качестве одной из политических мер, направленных на обеспечение высокого уровня занятости, мер, основанных на принципе солидарности между занятыми и незанятыми работниками.

Частичная занятость обычно определяется как работа на регулярной и добровольной основе, продолжительность которой в течение дня или недели значительно короче нормальной продолжительности рабочего времени (наиболее распространенной или установленной законом). Среди частично занятых преобладают замужние женщины, имеющие малолетних детей, офисные работники в таких отраслях, как банковская деятельность, страхование и т.п.

Частичная занятость не только не запрещена, но, напротив, урегулирована законодательством большинства европейских стран, таких как Бельгия, Испания, Франция, Италия, Норвегия, Голландия, Португалия, Швейцария. Законом Швеции 1982 г. закреплено, что права сторон в договорах на условиях полной занятости применимы и к частичной занятости, однако на пропорциональной основе относительно более короткой продолжительности рабочего времени.

В условиях рыночной экономики договорную свободу можно рассматривать как проявление доверия государства к сторонам трудовых отношений, а также взаимного доверия работника и работодателя. В полной мере это применимо к случаям заключения договора о работе на условиях неполного рабочего времени. Это подтверждается разнообразием форм, в которых может выражаться частичная занятость: уменьшение нормальной продолжительности рабочего времени (так называемая горизонтальная частичная занятость), или полное число рабочих часов, но выпол-

няемое в определенные дни недели, возможно чередование рабочих дней (так называемая вертикальная частичная занятость) либо разделение работы, ранний выход на пенсию, соединенный с частичной занятостью пенсионера.

Как указал Германский Федеральный Суд, применение частичной занятости зависит исключительно от воли сторон. При этом в Бельгии на уровне коллективного соглашения установлено, что обстоятельства, подтверждающие применение работы на неполное время, должны носить технический или экономический характер. Внутри рамок договорной свободы, предоставляемой сторонам в тех странах, в которых данное явление регулируется законодательством (Франция, Испания – ст. 12 Статута Трудящихся, Италия – Закон № 863 1984 г.), можно обнаружить одно значительное ограничение свободы усмотрения. Это касается того, что частичная занятость может (в отдельных случаях достаточно серьезно) нарушить равновесие, сложившееся по поводу условий занятости в отдельных отраслях производства, что с необходимостью требует проведения консультаций между фирмой и наиболее представительным профсоюзом. Коллективные соглашения во многих странах пытаются снизить риск, связанный с использованием таких форм занятости, устанавливая максимальное процентное соотношение работников, занятых неполное рабочее время, и полностью занятых работников[568]. В других случаях профсоюзы фиксируют необходимое число рабочих часов для таких работников с тем, чтобы обеспечить их право на получение социальных льгот (например, 4 часа в день или 20 часов в неделю для работников химической промышленности, работников торговли в Германии).

Посредством частичной занятости работодатель получает возможность максимально использовать трудовые ресурсы работника, поскольку число перерывов в работе и количество свободного времени, которым характеризуется выполнение работы на условиях полной занятости, снижается до минимума. Такой тип трудового договора, с одной стороны, соответствует потреб-

[568] См.: Киселев И. Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 101.

ностям фирмы, а с другой – потребностям определенного сектора рынка труда.

Необходимо обратить внимание на положение, закрепленное в законодательстве ряда стран, а именно: приоритет на изменение продолжительности рабочего времени для частично занятых работников, которые желают работать в течение полного рабочего дня, и для тех работников, занятых полный рабочий день, кто намерен сменить полную занятость на частичную в той же самой фирме, в то время как характер работы остается тем же самым. Это положение можно обнаружить в законодательстве Франции, Италии, Греции, Бельгии, Люксембурга. При этом за каждым работником сохраняется право возвратиться к своей прежней форме занятости.

Фактически политика продвижения таких гибких форм нацелена на повышение уровня занятости. В испанском законодательстве, например, предусмотрена возможность заключения так называемых “договоров на замещение”, предполагающих разделение имеющейся работы между работниками. Этот договор предусматривает, во-первых, уменьшение продолжительности рабочего времени работнику, как правило, пожилому, у которого приближается срок выхода на пенсию, на 50% работы и закрепление в связи с этим его права на индивидуальное пособие. В течение “освободившегося” времени работу выполняет ранее безработный, а теперь нанятый на условиях неполного рабочего времени работник. Таким образом, защищаются интересы каждой из сторон договора. Подобная модель предусмотрена и законодательством Греции.

Помимо *“договоров на замещение”* стороны могут добровольно заключить *соглашение о разделении работы*. При этом соответственно работники делят между собой и заработную плату, и различные льготы. Это явление получило особую популярность в Нидерландах, Великобритании, Ирландии, где оно регулируется специальным законодательством. В других странах, таких как Италия, определение содержания договора оставлено на усмотрение сторон, что в некоторых случаях может привести к нарушению их равенства. При этом, например, во Франции, Италии, Испании профсоюзы демонстрируют неприятие данной формы гибкого использования труда, рассматривая ее как угрозу

уже сложившейся модели договора с условием о полной занятости, обращая внимание на то, что работодатель может обязать работника выполнять весь объем работы в случае отсутствия второго работника. Чтобы избежать такого риска, в Германии, одной из немногих стран, где данное явление подверглось законодательному регулированию, был принят специальный закон. Статья 1 параграфа 5 Акта о содействии занятости регулирует случаи возможного оставления на работе для замены отсутствующего работника, предусматривая необходимость заключения дополнительного соглашения либо обусловливая замену острой необходимостью самого предприятия.

Однако во многих случаях разделение работы рассматривается не только как гибкое использование рабочей силы, но и как способ поддержки занятости как таковой. Соглашение о разделе работы предполагает заключение двух договоров с двумя разными работниками. При этом, на наш взгляд, необходимым условием обеспечения качества работы в данном случае является сотрудничество работников между собой, равно как и сотрудничество работников и работодателя.

3. Следующий тип отклонений от стандартной модели занятости касается места выполнения работы. В последнее время появляются такие виды договоров, которые предполагают выполнение работниками работы вне места нахождения работодателя. Данное новшество также носит относительный характер. Однако сегодня появляются совершенно особые экономические и организационные формы работы, они становятся распространенными в немалой степени благодаря техническому прогрессу. Осуществление работником вне пределов фирмы трудовой деятельности, которая составляет часть ее производственного цикла и которая, как правило, всегда выполняется в самой фирме, ставит вопрос о том, как это соотносится с общим представлением о подчинении работника работодательской власти. Рассмотрим несколько разновидностей таких договоров.

Децентрализация работы. В прошлом, во времена кризиса капиталистической экономики (дефицита сырья, колебания цен и т.д.), фирмы были вынуждены выводить за рамки производства отдельные функции. Сегодня по различным причинам децентрализация функций становится даже выгодной предприятиям. Во

Франции такое явление известно как *филиализация*. Оно означает создание новой компании-спутника другой компанией; посредством разделения штата последней каждая новая компания обеспечена своим собственным независимым персоналом. В данном случае мы имеем дело не просто с формами сотрудничества, но с процессом особой структурной организации производства. Это позволяет предприятиям избавиться от непродуктивных видов деятельности, а также уменьшить трудовые издержки. Создание таких сопутствующих компаний ставит проблему определения того, кто является действительным работодателем с целью установления границ ответственности по отношению к работнику. Во французской судебной практике существует теория “экономического союза (экономической единицы)”. Это значит, что при распределении ответственности необходимо учитывать и “материнскую компанию”, и вновь созданные ею сопутствующие фирмы.

Отдельное внимание должно быть уделено домашним работникам (надомникам), работа которых ранее ограничивалась ручным трудом и представляла небольшую значимость для предприятия. На сегодняшний день перспективы значительно изменились, особенно в связи с использованием телекоммуникационных и информационных технологий, которые позволяют обеспечить децентрализацию многих составляющих производственной деятельности предприятия, от наиболее сложных и точных (торговля, бухгалтерское дело, программирование, проведение исследований, сбор, обработка и обмен информацией) до самых простых (набор текста на компьютере).

Явление, известное как *телеработа*, представляет собой форму работы, в процессе которой используются различные виды телекоммуникационной связи и которая может быть выполнена как непосредственно в фирме, так и за ее пределами. Телеработа, как сознательный выбор организации, нацелена на обеспечение большей гибкости в управлении рабочей силой. Круг работников, которые охватываются данным явлением, гораздо шире, чем те, труд которых регламентируется законодательством о надомном труде. Надомный труд определяется в основном как малоквалифицированный труд по производству товаров. Например, в соответствии с итальянским и бельгийским законодательством надомник – это тот, кто работает с сырьем или дополнительными

материалами. Однако в сегодняшней ситуации труд телеработника может заключаться в получении и обработке информации, т.е. не иметь овеществленного результата. И в данном случае возникает проблема применения законодательства, которое во многих странах регулирует процесс ручного труда надомников, исключая нематериализуемый труд (например, в Нидерландах). Телеработа может проявляться в различных формах. Например, независимая компания по производству программного обеспечения сотрудничает посредством телекоммуникационной связи с фирмой-клиентом. В данном случае мы имеем дело с нормальными коммерческими отношениями между фирмами, регулируемыми нормами гражданского законодательства. Второй пример – когда телеработа выполняется как непосредственно дома, так и в иных местах, расположенных вне места нахождения фирмы, но которые контролируются телеработником. Последний на основе указаний фирмы посредством самостоятельной организации работы выполняет свои функции и отсылает окончательный результат. При этом работник может сотрудничать одновременно с несколькими фирмами. Наконец, существует такая телеработа, которая выполняется работником, но за пределами фирмы, для которой он эту работу осуществляет. В данном случае работник состоит в штате предприятия, и он работает, подчиняясь власти работодателя, а потому может быть проконтролирован последним. В последнем случае телеработник по своему правовому положению практически ничем не отличается от обычного работника, за исключением видоизмененного критерия подчинения в трудовых отношениях. В то же время во втором примере телеработник должен рассматриваться скорее как независимый работник, труд которого оплачивается по сдельной системе.

Основная проблема заключается в том, чтобы выявить критерии, позволяющие установить, находится телеработник в подчиненном положении либо должен рассматриваться как независимый работник. В соответствии с британским и шведским законодательством, надомников, в зависимости от определенных обстоятельств (связан ли он с организацией, выполняет ли работу под контролем работодателя), можно рассматривать и как самозанятых, и как подчиненных работников. При этом тщательному анализу подвергается заключенный между сторонами договор,

зачастую путем сопоставления с типичными положениями трудового договора. Например, в соответствии с итальянским законодательством надомника, как подчиненного работника, отличают прочные экономические, технико-функциональные связи с производственным циклом предприятия. Другими словами, он не обязательно материально зависим от работодателя, но, тем не менее, должен подчиняться его указаниям. Бельгийские суды исходят при этом из самой сути работы, определяя в том числе, является ли работа телеработника составной частью всего производства. В свою очередь, в соответствии с германским законодательством, те, кто выполняет работу дома преимущественно для фирмы, должны рассматриваться в качестве наемных работников. В данном случае мы сталкиваемся с более гибким использованием понятия "подчинение".

Основная, заслуживающая внимания особенность заключается в том, что если в промышленной экономике работодатель одновременно является и управленцем, и техническим организатором труда, то в эпоху высоких технологий он выполняет только первую из этих ролей. Многие из работников предприятия в настоящее время являются высококвалифицированными специалистами, у работодателя больше нет необходимости контролировать, как, когда и какая работа выполняется. Его власть скорее распространяется на то, каким образом работник вовлечен в организацию процесса производства на предприятии. При этом и надомничество, и телеработа могут предполагать подчинение даже в том случае, когда работа выполняется за пределами фирмы, поскольку данное обстоятельство не исключает возможности осуществлять работодателем власть. Концепция подчинения, таким образом, не теряет ни одного из своих основных моментов, даже в том случае, когда работники в географическом плане находятся далеко от работодателя. Следствием этого является необходимость распространения на таких работников всех защитных положений действующего трудового законодательства[569].

4. Еще одна гибкая модель занятости касается содержания обязательств работника. Характерной чертой трудового договора

---

[569] См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Курс трудового права. В 2 т. Т. 2. М., 2004. С. 40–46.

является готовность работника выполнять работу в конкретный период времени. Юридическая связь с работодателем сохраняется, даже когда работник фактически не работает (находится в отпуске или временно нетрудоспособен). В настоящее время, однако, появляются такие разновидности трудового договора, в соответствии с которыми работник принимает на себя обязательство выполнить работу в будущем, а именно тогда, когда работодатель решит привлечь его для выполнения этой работы. Такие договоры получили наименование “работа по вызову”. В данном случае мы также сталкиваемся с ситуацией, при которой подчинение – характерный признак трудовых отношений – носит скорее не технический или юридический, а социально-экономический характер. В соответствии с итальянской судебной практикой подобное положение работника именуется “квазиподчинением”, поскольку работа организована таким образом, что работник находится в зависимом от работодателя положении, даже если и не подчиняется правилам внутреннего распорядка. Таким образом, происходит расширение сферы подчинения.

Заключая подобный договор, работник дает обещание, выражает свою готовность работать на фирму, даже если он не является нанятым этой фирмой. Это и составляет отличительную особенность данной формы занятости. Подобное явление достаточно распространено в сфере услуг (например, экспресс-почта), туризме, воздушном транспорте, однако во многих странах оно не урегулировано законодательством. Например, в Финляндии труд таких работников регулируется подобно труду надомников. В Германии закон устанавливает три ограничения, которые в некоторой степени защищают работника. Во-первых, закреплена обязанность работодателя, как минимум, за четыре дня предупредить работника о возобновлении работы. В противном случае работник не обязан выполнять свою работу. Во-вторых, работодатель обязан гарантировать, что продолжительность работы будет составлять не менее трех последовательных часов в день. В-третьих, договор должен содержать пункт, гарантирующий его минимальную продолжительность.

5. Основная проблема, которая связана с атипичной занятостью – прямое или скрытое ухудшение условий труда, ослабление схем социальной защиты отдельных категорий работников.

Временные работники, частично занятые, самозанятые, телеработники зачастую исключены из систем предоставления определенных льгот и преимуществ, поскольку последние основываются на модели традиционной занятости и были изначально направлены на преодоление рисков, с нею связанных, а потому неприменимы к атипичным работникам. В некоторых странах такие льготы, как медицинская страховка, предоставление и оплата отпуска по временной нетрудоспособности, оплата выходных и иные пособия являются исключительно предметом индивидуальных трудовых договоров. Однако концепция добровольной занятости и принцип свободы труда предоставляет работодателям возможность, в отсутствие профсоюза, фактически в одностороннем порядке диктовать свою волю и устанавливать выгодные для себя условия договора. Коллективные договоры также обеспечивают незначительную защиту, поскольку атипичные работники крайне редко охватываются их действием. В США, например, работодатели, имеющие так называемый "социальный план (план социальной защиты)" обязаны осуществлять выплаты пенсий и пособий работникам. Но данная обязанность существует только в отношении тех, кто работает не менее 1 000 часов в год. При этом работник, не отработавший более пяти лет на этого работодателя, таких выплат не получает[570]. Выплата надбавок за стаж по своей природе относится к долговременным, и как результат многие атипичные работники, чьи взносы на социальную защиту носят случайный, прерывистый, краткосрочный характер, обнаруживают, что несут определенные обязательства, но исключены из системы предоставления таких льгот[571]. Чтобы получить право на льготы, предусмотренные Актом об отпуске по семейным обстоятельствам или медицинским показаниям, американский работник должен отработать на данного работодателя более 12 месяцев. Работодатель не обязан платить социальный налог, если

[570] См.: Contingent employment in the United States // Comparative labour law journal. 1997. № 4. P. 511.

[571] См.: Cordova E. From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations? // International Labour Review. 1986. № 6. P. 655.

работник получает менее 500 долларов в квартал[572], т.е. временные работники, так же как и работающие неполное рабочее время, могут вообще не получить право на льготы. Пожалуй, единственное гарантированное пособие, на которое атипичные работники имеют право без всяких условий, – это компенсация при несчастном случае на производстве либо профессионального заболевания. Однако некоторые сложности могут возникнуть в связи с определением предприятия, ответственного за выплату пособия, особенно в случае тройственных трудовых отношений.

Нестабильность положения атипичных работников особенно проявляется при прекращении трудового договора. Германское законодательство о содействии занятости, например, не распространяет гарантии при увольнении на частично занятых работников, работающих менее 45 часов в месяц. В Великобритании и Ирландии частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты в случае увольнения, что и полностью занятые, однако только если работают не менее 16 часов и 18 часов в неделю соответственно. В Ирландии же предусмотрено дополнительное условие – обязанность отработать на данного работодателя не менее одного года. В Нидерландах все частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты, что и обычные работники, но только в том случае, если договор носит бессрочный характер. При этом предложение вакантной должности в случае увольнения атипичного работника по экономическим причинам обусловлено не столько стремлением избежать неблагоприятных правовых последствий, сколько не допустить возможного вреда имиджу предприятия.

С точки зрения самих работников, наиболее серьезная проблема – это дискриминация со стороны работодателей в сфере заработной платы (хотя отчасти это объясняется недостатком их квалификации). В Японии, например, средняя заработная плата работника, работающего неполное рабочее время, приблизительно равна начальной заработной плате самой низкооплачиваемой категории работников, работающих полное рабочее время. Более того, японские работники, занятые полное рабочее время, в до-

[572] См.: Contingent employment in the United States // Comparative labour law journal. 1997. № 4. P. 519.

полнение к основной зарплате получают различные премии, пособия, доплату за трудовой стаж, а также часть от ежегодной прибыли предприятия, в то время как частично занятые получают только минимум (и то не во всех случаях) таких форм вознаграждения. При этом прямая дискриминация атипичных работников в области заработной платы – достаточно редкое явление.

В США положение нетипичных работников, за исключением тех, которым устанавливается неполное рабочее время с целью их удержания в штате предприятия, также значительно хуже. Размер оплаты труда частично занятого работника составляет чуть больше половины оплаты труда среднестатистического работника, занятого полный рабочий день. Более четверти частично занятых работников получают минимальную заработную плату.

Однако в некоторых странах на законодательном уровне предпринимаются попытки обеспечить равенство прав различных категорий работников в области заработной платы. В Италии, например, закреплена обязанность работодателя выплачивать атипичным работникам заработную плату в том же размере, что и штатным сотрудникам компаний. В Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе традиционных договоров.

Германские трудовые суды пытались приравнять положение частично занятых работников к положению полностью занятых в том смысле, что заработная плата и дополнительные выплаты за час работы должны быть одинаковы. Некоторые суды основывали свои решения на ст. 2 параграфа 1 Акта о содействии занятости 1985 г., нормы которого позволили работодателям устанавливать различия между полностью и частично занятыми работниками только при наличии законных (серьезных) к тому оснований. Другие суды ссылались на нормы ЕС, запрещающие косвенную дискриминацию женщин. Это объясняется тем, что около 90% всех работающих неполное рабочее время – женщины. Правовые нормы, которые исключали частично занятых работников, работающих менее 10 часов в неделю, из числа получающих

пособие по временной нетрудоспособности, были признаны недействительными и не подлежащими применению[573].

Что касается рабочего времени и времени отдыха, то правовое положение атипичных работников также отличается нестабильностью. В Ирландии, например, частично занятые работники, которые отработали 1 400 часов в течение 12 месяцев, получают право, как минимум, на 15 дней оплачиваемого отпуска. Однако если они работали менее 12 месяцев, то они получают право на 1,25 дня отдыха за месяц работы. То же самое относится и к Франции. Право на ежегодный оплачиваемый отпуск частично занятых, а также работающих на основании срочного трудового договора работников фактически сводится к небольшой компенсации за оплачиваемый отпуск. Предоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в натуре, равно как и учебного отпуска, является редкостью.

В Германии не существует правовых препятствий для найма работников на неполное рабочее время с гибким графиком рабочего времени. Закон о содействии занятости требует только, чтобы общее число рабочих часов было зафиксировано в трудовом договоре. В соответствии с действующим германским законодательством работодатели имеют право установить гибкое рабочее время отдельным работникам, если об этом достигнуто соглашение с рабочим советом. Гибкость в этом смысле означает различную продолжительность рабочего времени в разные недели, что позволяет избежать оплаты сверхурочных работ, равно как и оплаты в периоды временного спада производства. В металлургической промышленности право устанавливать различную продолжительность рабочего времени для отдельных категорий работников предусмотрено коллективными соглашениями. Шведское законодательство не содержит никаких обязательных правил, касающихся стандартного числа рабочих часов для занятых на условиях неполного рабочего времени.

Несмотря на стремление к расширению атипичной занятости, работодатели все же сталкиваются с определенными (зачастую негативными) последствиями ее использования, а именно:

---

[573] См.: Daubler W. Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 117.

– работники менее подготовлены, что может привести к ухудшению качества продукции,

– возникают косвенные издержки, которые являются следствием низкой производительности труда,

– появляется необходимость осуществлять дополнительный контроль над процессом производства,

– трудности, связанные с управлением: увеличившееся количество трудовых смен, рост численности трудящихся,

– увеличение расходов на обучение работников и оборудование, а также спецодежду,

– пониженное чувство заинтересованности, преданности и обязательности перед работодателем у части атипичных работников.

Некоторые работодатели, например, в Великобритании стремятся преодолеть, насколько возможно, эти трудности: приглашают одних и тех же временных работников из агентств, возобновляют краткосрочные трудовые договоры с теми же работниками, поощряют частично занятых определенными льготами в течение продолжительного времени, гарантируют определенный объем работы независимым работникам, создают список претендентов, ожидающих найма, которые приглашаются на работу в случае ухода постоянного работника[574].

В заключение можно отметить следующее**.** На сегодняшний день в странах Запада традиционный трудовой договор не способен регулировать все существующие формы трудовых отношений. Это обусловлено тем, что трудовое право исторически возникло как комплекс правовых положений, изначально нацеленных на защиту находящихся в подчиненном положении работников, на регламентацию отношений, основанных на трудовом договоре, заключенном на неопределенный срок. Однако возникают новые типы работников, например, такие как “самозанятые” или “квазиподчиненные работники”, иные формы труда, когда трудящимся предоставляют больше самостоятельности в обмен на более оперативное достижение целей, которые перед ними предоставлены. Их труд также должен регулироваться нормами

[574] См.: The changing face of labour law and industrial relations. Baden-Baden, 1993. P. 167.

трудового права. Сегодня отношения по поводу занятости предполагают, с одной стороны, готовность трудящегося выполнять работу или добиваться заданной цели благодаря своим навыкам, но без учета стабильности в смысле ее продолжительности. С другой стороны, оплата труда и рабочее время определяются на основе проявленных навыков и результатов труда[575].

Поскольку такие категории работников находятся, как правило, за пределами защитной функции трудового права, некоторые исследователи высказывают предложения о необходимости изменения его предмета, расширения сферы действия отраслевых норм и включения в нее всех видов общественно полезной деятельности, в том числе зависимого и независимого труда [576]. Такие предложения являются следствием осознания того, что атипичные формы занятости – это глобальный феномен, вызванный в том числе нестабильностью экономики многих стран. Они отражают реально происходящие структурные перемены в обществе, а потому игнорировать их нельзя. Данная идея особенно поддерживается в Италии, где понятие “подчинение” трактуется достаточно широко, в том смысле, что оно не должно быть всегда непосредственным.

Очевидно, что возможное признание официального статуса обеспечит минимальный уровень правовой защиты атипичных работников путем выведения их из сферы нелегальной занятости или самозанятости и перевода в сферу той категории работников, которые трудятся на основе атипичных трудовых договоров. При этом для совмещения гибкости и защиты трудящихся предлагается, в первую очередь, заменить понятие “занятость” понятием “труд”, а понятие “наемный работник” – понятием “трудящийся”, каков бы ни был характер отношений занятости[577].

В любом случае должен существовать баланс между дерегулированием и гибкостью, с одной стороны, и надежностью, стабильностью положения работника – с другой. Использование

---

[575] См.: Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся // Международный обзор труда. 2002. № 3–4. С. 153.

[576] См.: Киселев И.Я. Трудовое право России и зарубежных стран. М., 2005. С. 296.

[577] См.: Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся // Международный обзор труда. 2002. № 3–4. С. 161.

атипичных форм занятости, прежде всего, должно быть направлено на обеспечение каждому достойной работы. Политика государства должна быть нацелена на недопущение того, чтобы "временная работа или трудоустройство через агентство для некоторых людей привело их в тупик"[578].

На наш взгляд, традиционная юридическая конструкция трудового договора не отрицает этих новых форм организации труда. В новейших зарубежных трудоправовых исследованиях и актах МОТ последовательно проводится идея о необходимости сочетания гибкости для предприятий и гарантий защищенности для работников (гибких гарантий), трудовой мобильности и стабильной занятости. Объективные данные таковы: в промышленно развитых странах каждый год сокращается и одновременно создается одно из десяти рабочих мест. Общепризнано, что рынок труда, который меняется радикальным образом под воздействием как процесса глобализации, так и технического прогресса, уже не будет обеспечивать гарантий занятости и социального обеспечения, как это было в прошлом. В связи с этим настоятельно необходимо развивать новые гарантии в отношении занятости, доходов и социальной защиты[579]. И хотя сообщения о завершении эпохи стабильной занятости "сильно преувеличены", в экономически развитых странах пребывание на рабочем месте или в должности уже не воспринимается в качестве синонима гарантий занятости. Для достижения достойного труда необходимо нечто большее, чем стабильные рабочие места. Конечно, идея обеспечения полной занятости остается одной из руководящих в деятельности МОТ, но европейская модель трудовых отношений, к которой тяготеет и Россия, основана как на защите занятости, так и на признании позитивного влияния гибкости труда на занятость и безработицу[580].

---

[578] Болле П. Динамика перемен и защита трудящихся. С. 149.

[579] См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда. Доклад Генерального директора. Т. 2. Женева. МБТ. 2005. С. 6–7, 2, 9, 66 и др.

[580] См.: Лушников А.М., Фомина М.А. Особенности правового регулирования трудовых отношений при нестандартных формах занятости // Труд за рубежом. 2007. № 2. С. 88-109.

Темпы роста “стандартной” занятости, т.е. постоянной работы на условиях полного рабочего времени, в большинстве развитых стран выше, чем “гибкие” формы, т.е. занятость по срочным трудовым договорам и на условиях неполного рабочего времени. В среднем продолжительность пребывания на рабочем месте за последние 10 лет в Европе даже несколько увеличилась и составила 10,6 года, тогда как в США – осталась на уровне 6,5 лет. Отметим, что самые стабильные рабочие места в западноевропейских странах приходятся на страны с наименее развитой экономикой, такие как Греция и Португалия. Самыми “гибкими” оказались экономические лидеры в лице Великобритании, Дании, Нидерландов. Отсюда появилась целая школа исследователей, выступающих в защиту ценностей “переходных рынков труда”, обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они ратуют не за создание “защитной оболочки”, консервирующей старые рабочие места, а выдвигают идею “крыльев безопасности”, защищающих переходы между различными сегментами рынка труда, такими как: между рабочими местами; между работой и безработицей; между работой и профессиональной подготовкой; между образованием и профессиональной деятельностью и др.[581] Это значит, что работник должен иметь возможность переходить с одного рабочего места на другое посредством плавных “переходов” через переобучение, профессиональную подготовку, социальную защиту в период временной безработицы. Работники должны быть защищены через механизмы социальной защиты: материально обеспечиваться в случае безработицы, которая должна быть только краткосрочной и заканчиваться трудоустройством с учетом запросов работника. Переход от работы к профессиональному обучению должен быть безболезненным и не вести к ухудшению материального положения работника, открывать просторы для его карьерного роста. Отсюда вывод экспертов МОТ: “Определенный уровень гибкости труда приемлем в тех случаях, когда он не разрушает стандартных трудовых отношений и опирается на гарантии рынка труда, что обеспечивает защиту при переходе на другое место работы, поскольку это способствует укреплению благополучия работни-

[581] Справляясь с переходными процессами… С. 70, 74, 75.

ка, а не его разрушению… Правительства должны формировать эффективную систему гарантий рынка труда, основанную на политике в области труда, а также в первую очередь на труде, и только затем – на социальной защите”[582].

В западной науке получило распространение деление гибкой (нетипичной) занятости на “плохую” и “хорошую”. Первая из них связана с переносом акцента с интересов работников на интересы потребителей (“всемогущих покупателей”), переносом социальных издержек труда на работников и общество в целом, ростом социально-трудовой нестабильности и неопределенности, увеличением разрыва в оплате труда. Вот как писал об этом известный американский экономист Д. Стиглиц: “Заклинания об усилении гибкости труда – это лишь плохо скрываемая попытка лишить трудящихся (под прикрытием “экономической эффективности”) завоеваний, добытых ими в ходе многолетнего торга и политической активности”[583]. Издержки такой занятости очевидны: снижение уровня профессионализма работников в силу временной востребованности, ухудшение физического и морального состояния в условиях нестабильности, более высокий травматизм[584], ослабление социальной солидарности и профессиональных связей, усложнение координации и контроля за деятельностью работников, расширение возможностей для обхода императивных норм трудового законодательства.

“Хорошую” гибкость принято связывать с известной стабильностью нетипичных трудовых отношений, равенством трудовых прав в традиционном и нетипичном секторах занятости, сочетанием интересов работников и работодателей. С ней связано новое понятие “гибконадежности (гибкобильности)”. Можно выделить 3 модели гибкости: 1) индивидуальная гибкость, основанная на индивидуальных отношениях работника и работодателя (Великобритания, Ирландия), 2) диктуемая государством гибкость, когда законодателю принадлежит достаточно важная роль

---

[582] Справляясь с переходными процессами… С. 76.

[583] Стиглиц Д. Занятость, социальная справедливость и общественное благосостояние // Международный обзор труда. 2002. Т. 141, № 1–2. М., 2003. С. 15.

[584] См.: Кузнецов Г. “Нестандартная” занятость и охрана труда // Человек и труд. 2004. № 7. С. 45–49.

в правовой регламентации нетипичной занятости (Франция, Испания, Финляндия). К этой модели с определенной оговоркой тяготеет Россия, 3) договорная гибкость, при которой важную роль играют коллективные переговоры и соглашения (Дания, Нидерланды, Германия). При этом рынок гибкой занятости достаточно сегригирован, особенно в части временной занятости женщин, молодежи, лиц старшего возраста.

Таким образом, на наш взгляд, сочетание стабильности и гибкости трудового договора означает дальнейшую дифференциацию правового регулирования трудовых отношений (нормативный уровень гибкости) и индивидуализацию условий трудового договора (индивидуально-договорный уровень гибкости), но в пределах, диктуемых публичными началами трудового права. При этом в каждом проявлении гибкого регулирования трудовых отношений динамика, отступление от регламентации стандартной занятости должны сочетаться с гарантиями прав работника, стабильностью трудового правоотношения. В каждом сегменте рынка труда глубина гибкости должна быть сопоставима с правовыми гарантиями. Это даже не “две стороны медали”, а диалектическое единство внешнего проявления производственной и социальной функции трудового права, согласования прав и интересов сторон трудового договора. Понятие стабильности трудового договора во многом связывается с гарантированностью трудовых прав работника, запретом ухудшать положение работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав, а равно уровнем международно-правовых стандартов трудовых прав.

Как уже отмечалось выше, новые виды трудовых договоров не отрицают значимости традиционной юридической конструкции трудового договора, отвечающей классической триаде признаков: личностный, организационный и имущественный. Нетипичные виды трудовых договоров характеризуются отсутствием или модификацией одного или нескольких перечисленных признаков. Так, в рассмотренном нами далее договоре о заемном труде видоизменен личностный признак и организационный в силу наличия, условно говоря, “двух” работодателей. В трудовых договорах с “компьютерными надомниками” в значительной части видоизменен организационный признак трудового договора. В трудовых договорах с руководителями организаций в значительной мере

модифицируется организационный и имущественный признаки. При этом государство в законодательном порядке определяет особенности регулирования нетипичных трудовых договоров. Степень и глубина правовой дифференциации в регулировании нетипичных форм занятости зависит от сектора приложения труда, особенностей (характера) условий труда и рода деятельности. Но эта дифференциация (различия) должна быть оправданной, обоснованной и не вести к дискриминации в трудовых отношениях, снижению уровня трудовых прав работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав.

Нетипичные формы трудового договора также характеризуются высокой степенью индивидуализации его условий соглашением сторон. Но и в этом случае свобода трудового договора ограничена пределами, вытекающими из публичных начал трудового права. Таким образом, нормативная дифференциация и договорная индивидуализация трудового договора (его гибкость) всегда сопровождаются публичными пределами. Это не что иное, как проявление более общего принципа единства частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений в ключе социального назначения трудового права. Подчеркнем, что наряду с гарантированностью, защитой трудовых прав работника социальное назначение современного российского трудового права во многом сориентировано на справедливое согласование прав и законных интересов сторон в трудовом договоре (ст. 1 ТК РФ).

Публичные пределы гибкости трудового договора включают, во-первых, назовем их, общие пределы, во-вторых, специальные (конкретные пределы). Общие пределы вытекают из социального назначения трудового права, его принципов (международно-правовых, отраслевых). В этой связи Конституционный Суд РФ отмечает: “Положения статьи 37 Конституции Российской Федерации, обусловливая свободу трудового договора, право работника и работодателя по соглашению решать вопросы, связанные с возникновением, изменением и прекращением трудовых отношений, предопределяют вместе с тем обязанность государства обеспечить справедливые условия найма и увольнения, в том числе надлежащую защиту прав и законных интересов работника как экономически более слабой стороны в трудовом правоотно-

шении…”[585]. Расширение прав работодателя в установлении условий трудового договора должно компенсироваться усилением гарантий прав работника. Баланс прав и законных интересов сторон в трудовом договоре является необходимым условием гармонизации трудовых отношений в социальном правовом государстве. Социальное назначение трудового права, без всяких сомнений, определяет общие пределы гибкости трудового договора, правового регулирования нетипичных его форм.

Полагаем, что любая юридическая конструкция нетипичных трудовых договоров должна также “жить по законам” правовых принципов, которые отражают единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений. Они обеспечивают, с одной стороны, стабильность (гарантированность) трудовых прав работника, заключившего нетипичный трудовой договор. С другой стороны, именно правовые принципы устанавливают и общие пределы договоренности сторон трудового договора. Здесь весьма уместно упомянуть о повышении авторитета международных трудовых стандартов, многие из которых воплощают общепризнанные в цивилизованном мире принципы и нормы международного права, действуют как внутреннее национальное право и даже имеют приоритет по сравнению с ним. В настоящее время формируется механизм прямого обеспечения международно-правовой защиты трудовых прав работников и появляются признаки превращения региональных трудовых стандартов в наднациональное право, например, в странах Европейского Союза[586]. Наиболее полное выражение международные стандарты трудовых прав получили в конвенциях и рекомендациях МОТ. В настоящее время МОТ концентрирует свои усилия и ее участников на активную ратификацию и применение основополагающих конвенций. К таковым относится 8 конвенций: О свободе ассоциации и защите права на организацию № 87 (1948 г.), О применении принципов права на организацию и ведение коллективных переговоров № 98 (1949 г.), О принудительном или обязательном труде № 29 (1930 г.); Об упразднении принудительного

[585] Бюллетень трудового и социального законодательства РФ. 2005. № 6.

[586] См.: Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 4.

труда № 105 (1957 г.); О дискриминации в области труда и занятости № 111 (1958 г.); О равном вознаграждении № 100 (1951 г.); О минимальном возрасте для приема на работу № 138 (1973 г.); О запрещении и мерах по искоренению наихудших форм детского труда № 182 (1999 г.). Как справедливо отмечает З.С. Богатыренко, современный этап совершенствования нормотворческой деятельности МОТ неразрывно связан с принятием Декларации об основополагающих принципах и правах в сфере труда (1998 г.), а также концепцией достойного труда[587]. Декларация МОТ "Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизм ее реализации" в качестве основополагающих трудовых прав выделила: право на объединение и ведение коллективных переговоров; право не привлекаться к принудительному или обязательному труду; право на защиту от дискриминации в области труда и занятости, а также запрет детского труда. С учетом того, что не все государства – члены МОТ ратифицировали основополагающие конвенции, в Декларации провозглашено принципиальное положение: все государства – члены МОТ, даже если они не ратифицировали указанные конвенции, имеют обязательство, вытекающее из самого факта их членства в Организации, соблюдать, содействовать применению и претворять в жизнь в соответствии с Уставом принципы, касающиеся основополагающих прав, которые являются предметом этих конвенций.

Общие пределы гибкости трудового договора определяются также и отраслевыми принципами. Полагаем, что к таким принципам относятся: 1) свобода договоров о труде и запрет принудительного труда, 2) равенство (единство) и дифференциация трудовых прав и обязанностей, а равно запрет дискриминации в трудовых отношениях, 3) единство государственно-властных, социально-партнерских и индивидуально-договорных способов регулирования трудовых отношений и запрет устанавливать условия труда, ухудшающие положение работника по сравнению с трудовым законодательством, коллективными договорами и соглашениями, и злоупотреблять трудовыми правами; 4) гаранти-

[587] Богатыренко З.С. Новейшие тенденции в нормотворческой деятельности Международной организации труда // Труд за рубежом. 2003. № 3. С. 129–158.

рованность индивидуальных и коллективных трудовых прав и интересов работников и работодателей, а равно толкование неразрешимых противоречий и сомнений в нормативных актах о труде, договорах о труде в пользу работника[588].

На наш взгляд, специальные пределы гибкости трудового договора связаны с минимальным уровнем основных трудовых прав работника, который гарантирован государством (минимальный размер заработной платы, максимальная продолжительность рабочего времени, минимальная продолжительность отпуска и т.д.).

В дальнейшем в советской теории трудового права вопросы заключения и прекращения трудового договора изучались как в прикладном ключе, так и в ключе более общих проблем юридических гарантий трудовых прав работника, стабильности трудовых отношений, свободы труда. В этой части следует особо остановиться на советской теории стабильности трудовых отношений. В обобщенном виде она сформулирована в монографии М.В. Молодцова и В.Г. Сойфера под одноименным названием. Под стабильностью трудовых отношений понималось такое состояние, для которого характерны длительные, устойчивые социально-трудовые связи работника с предприятием (организацией), его трудовым коллективом[589]. С правовой точки зрения это выражается в длительном характере действия трудового договора. Это состояние, по мнению авторов, сопровождает трудовой договор на всех его стадиях реализации. При заключении трудового договора это означает, что общим правилом является заключение трудового договора на неопределенный срок. Перевод работника на другую работу допускается, как правило, только с его согласия, т.е. гарантируется стабильность трудовой функции, места работы. В случаях изменения подчиненности организации трудовые отношения сохраняются, при сокращении штата работодатель обязан предложить работнику перевод на другую работу и т.д.

Особое место в этой теории отводилось проблемам текучести кадров, и отмечалось, что стабильность трудовых правоотноше-

---

[588] См. подробнее: Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права. М., 2003. Т. 1. С. 162–183.

[589] См.: Молодцов М.В., Сойфер В.Г. Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976. С. 11.

ний обеспечивается за счет сведения к минимуму увольнений работников, в первую очередь, увольнений, относимых к текучести кадров. Отметим, что в советской науке трудового права уделялось особое внимание правовым проблемам текучести кадров. При этом доминирующим в советской науке трудового права было определение текучести кадров как движения рабочей силы, выражающегося в увольнениях работников по неуважительным причинам[590], увольнениях, которые являются неорганизованным переходом работников на другие предприятия, что противоречит интересам народного хозяйства, государства[591]. При этом текучесть кадров отграничивали от иных объективно обусловленных форм движения рабочей силы (плановое распределение и перераспределение кадров в связи с техническим перевооружением и т.д.), которую некоторые авторы также называли текучестью кадров, отвечающей народнохозяйственным интересам[592]. Необходимой составляющей советской теории стабильности трудовых правоотношений являлось обоснование организационно-правовых форм обеспечения стабильности: правовые способы улучшения условий и организации труда, подбор, подготовка, использование кадров, укрепление трудовой дисциплины, материальное и моральное стимулирование работников и юридические гарантии, обеспечивающие стабильность трудовых правоотношений.

Красной нитью через все исследования проблем прекращения трудового договора проходит идея обеспечения юридических гарантий прав работника при увольнении (стабильности трудового правоотношения). Л.С. Таль писал, как отмечалось выше, о необходимости судебного контроля над тем, чтобы работодатель не злоупотреблял своим правом увольнения работников. Но при этом он отмечал другую крайность первых советских декретов и законов о труде. По его мнению, тяжким бременем, стесняющим

---

[590]См.: Молодцов М.В., Сойфер В.Г. Стабильность трудовых правоотношений. С. 26.

[591] См.: Трудовое право и повышение эффективности общественного производства. М., 1972. С. 66; Смирнов О.В. Эффективность правового регулирования организации труда на предприятии. М., 1968. С. 95.

[592] См.: Никитинский В.И. Эффективность норм трудового права. М., 1971. С. 161; Пашков А.С., Хрусталев Б.Ф. Обязанность трудиться по советскому праву. М., 1970. С. 126–127.

свободу увольнения, являлось участие в разрешении этого вопроса фабрично-заводских комитетов и других рабочих организаций. Прямым результатом этой системы стало катастрофическое снижение производительности труда. Л.С. Таль предполагал, что "жизнь, несомненно, очень скоро заставит законодателя отказаться от таких крайностей"[593]. Но сбылось это предсказание лишь в следующем столетии.

До начала 90-х гг. XX в. отечественные ученые-трудовики единодушно отмечали в качестве юридических гарантий стабильности трудовых отношений: 1) закрытый (исчерпывающий) перечень оснований прекращения трудового договора, предусмотренный законодательством; 2) обязательность согласования увольнения с профсоюзным комитетом организации (функцию контроля профсоюзов в решении вопроса об увольнении работника); 3) дополнительные (специальные) гарантии при увольнении отдельных категорий работников (женщин, подростков, выборных профсоюзных работников); 4) судебную защиту и восстановление на работе незаконно уволенных работников. Как отмечалось в литературе по трудовому праву, "отличительная черта советского законодательства о труде, выражающая его гуманистическую, демократическую направленность, состоит в том, что положение предприятия и работника при прекращении трудового договора неодинаково: работник свободен в увольнении по собственному желанию, право администрации на увольнение существенно ограничено… И это хорошо, в этом безусловно достоинство действующего законодательства"[594].

Перестройка с середины 80-х гг., последующая приватизация государственных предприятий с начала 90-х гг. диктовали новые условия хозяйствования и организации труда. Продолжением достоинств советского трудового законодательства, как писал Р.З. Лившиц, становятся его недостатки. Прежнее советское трудовое законодательство излишне зарегулировало поведение участников трудовых отношений, связывало их свободу и инициативу. По мнению ряда отечественных ученых-трудовиков, исчер-

[593] Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. С. 176.

[594] Лившиц Р.З. Трудовое законодательство: настоящее и будущее. М., 1989. С. 60.

пывающий перечень оснований увольнения приходит в противоречие с новыми ситуациями, которые нельзя предвидеть заранее. Р.З. Лившиц справедливо отмечал, что “сама по себе идея ограничения свободы администрации в увольнении работников должна быть при всех условиях сохранена… Но проведение этой идеи следовало бы связать с иными правовыми средствами… Гораздо логичнее указать в качестве основания увольнения не конкретную ситуацию, а ту причину, которая ее вызвала”[595]. По мнению ученого, эти причины могут быть сведены к трем. Во-первых, изменения в организации производства и труда (ликвидация организации, сокращение штата, длительный простой и т.д.). Во-вторых, несоответствие работника выполняемой работе при отсутствии виновных действий с его стороны (отсутствие необходимой квалификации, непрохождение аттестации и др.). В-третьих, виновные действия работника. В.М. Лебедев поддержал идею открытого перечня оснований увольнения и необходимости обоснованного увольнения. Он предложил отказаться от процедуры получения согласия профоргана на увольнение работника, заменив ее лишь уведомлением этого органа об увольнении[596]. Последнее предложение было легализовано в ТК РФ. Однако законодатель не счел возможным узаконить предложение об открытом перечне оснований увольнения.

Несмотря на всю самобытность правовой регламентации прекращения трудового договора по отечественному трудовому законодательству, можно найти много общего с опытом правового регулирования в странах Запада: обоснованность оснований увольнения, установление сроков предупреждения сторон трудового договора об увольнении, выплата выходного пособия и др. Дальнейшее развитие правового регулирования прекращения трудового договора по российскому законодательству видится нам в русле сложившихся международно-правовых стандартов. В настоящее время по данному вопросу действует Конвенция МОТ № 158 о прекращении трудовых отношений (1982 г.) и соответст-

---

[595] Лившиц Р.З. Трудовое законодательство: настоящее и будущее. С. 62–63.

[596] См.: Лебедев В.М. О реформе трудового права // Российская юстиция. 1997. № 9. С. 47 и далее.

вующая Рекомендация № 166 (1982 г.), а также Конвенция № 173 о защите работника в случае банкротства предпринимателя (1992 г.) и дополняющая ее рекомендация № 180. Названные Конвенции приняты с учетом сложившейся после Второй мировой войны правовой модели увольнения в странах Запада[597]. Эта правовая модель прекращения трудового договора включает в себя следующие гарантии права на защиту при увольнениях:

1) "уважительность", обоснованность причины увольнения. Увольнение по инициативе предпринимателя допускается лишь при наличии оснований, связанных со способностями работника, его поведением или вызванных производственной необходимостью (организационно-экономические причины). Запрещаются дискриминационные увольнения;

2) предупреждение сторон трудового договора для большей части увольнений. Срок предупреждения может зависеть от стажа работы, категории работников и др. Работник имеет право на предупреждение об увольнении за разумный срок или на денежную компенсацию вместо предупреждения, если работник не совершил серьезного дисциплинарного проступка;

3) соблюдение процедуры увольнения. Предприниматель обязан письменно уведомить трудящегося о решении прекратить с ним трудовой договор. В случаях, установленных национальным законодательством, могут предусматриваться предварительные консультации с представителями трудящихся. В течение срока предупреждения работник в целях поиска другой работы вправе получить освобождение от работы разумной продолжительности, предоставляемое без потери в заработной плате в удобное для обеих сторон время. Национальным законодательством могут устанавливаться дополнительные ограничения и обязанности работодателей в случаях коллективных увольнений, в том числе увольнений в случае банкротства работодателя;

4) выплата выходного пособия при увольнении, размер которого может зависеть от стажа работы, возраста. Трудящемуся, уволенному по экономическим причинам, предоставляется преимущество первоочередного обратного приема на работу, если

[597] См. подробнее: Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 154–178.

предприниматель вновь нанимает работников аналогичной квалификации;

5) право на защиту от необоснованных увольнений в суде и иных независимых компетентных органах. Бремя доказывания обоснованности увольнения возлагается судом либо на работодателя, либо на обе стороны. Если суд (или иной компетентный орган) признает увольнение необоснованным и если он в соответствии с национальным законодательством или практикой не считает возможным восстановить трудящегося на прежней работе, судебное решение должно возложить на предпринимателя обязанность выплаты трудящемуся соответствующего возмещения.

3.5. Нетипичные трудовые договоры

Рассмотрим совмещение гибкости и стабильности (гарантированности) в регулировании трудовых отношений на конкретных примерах нетипичных трудовых договоров с руководителями организаций и с заемными работниками. Это тем более интересно, что эти категории работников представляют собой, условно говоря, два полюса трудовой занятости. Руководители обычно ассоциируются со стабильной, высокооплачиваемой интеллектуальной работой. Наоборот, заемный труд традиционно связывается с нестабильной, низкооплачиваемой, исполнительской деятельностью.

Трудовые договоры с руководителями организаций. В постсоветский период особое место в дискуссиях ученых-трудовиков отводилось новому виду договора – договору с руководителем организации. Причиной тому послужила непоследовательная и неоднозначная позиция законодателя. Так, в соответствии с Указом Президента РФ от 10 июня 1994 г. № 1200 “О некоторых мерах по обеспечению государственного управления экономикой” с руководителем федерального государственного предприятия и представителями государства в органах управления акционерных обществ заключался гражданско-правовой договор[598]. Некорректные формулировки Закона “Об акционерных обществах”

[598] СЗ РФ.1994. № 7. Ст. 700.

(1995 г.) и “Об обществах с ограниченной ответственностью” (1998 г.) оставляли открытыми вопросы об отраслевой принадлежности договоров, заключаемых с руководителем и членами правления общества. Неоднозначно складывалась и судебная практика. Отсюда мнения и комментарии вышеупомянутого законодательства в отношении руководителей организации и коллегиальных исполнительных органов разделились. Одна группа авторов-цивилистов и некоторые ученые-трудовики[599] настаивали на гражданско-правовой природе рассматриваемых договоров.

Например, Т.В. Кашанина ввела новое, по ее мнению, понятие трудового контракта как коммерческого договора по поводу купли-продажи рабочей силы и ее использования, который сочетает в себе элементы трудового договора и договора подряда[600]. Никто не отрицает особого правового статуса руководителя хозяйственного общества, но предлагаемый цивилистами вариант решения проблемы не выдерживает критики. Конструкция смешанного предпринимательского договора, содержащего признаки трудового договора и договора подряда, не обоснована как с позиций трудового, так и гражданского законодательства. Институт смешанных договоров в гражданском праве имеет отношение только к различным видам гражданско-правовых договоров (ст. 421 ГК РФ). Из содержания указанной статьи не вытекает возможности заключения смешанного договора, включающего договоры различных отраслей права, т.е. межотраслевого смешанного договора. Возвращаясь к различным толкованиям положений закона о договорах с директорами и членами правления, следует отметить, что ученые-трудовики придерживаются отличной от цивилистов позиции. Они единодушно причисляют эти договоры к трудовым договорам[601]. Различались трактовки условий и содержания этого договора, оснований прекращения. Так,

---

[599] См.: Мартиросян Э.Р. Правовая природа отношений между руководителем организации и собственником имущества // Государство и право. 1996. № 10. С. 48–53.

[600] См.: Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М., 1995. С. 310–312.

[601] См.: Куренной А. Контракт с руководителем предприятия // Закон. 1995. № 9. С. 98; Сыроватская Л.А. Трудовые отношения и трудовое право // Государство и право. 1996. № 7. С. 75–82 и др.

В.В. Глазырин утверждал, что с директором хозяйственного общества может быть заключен как срочный трудовой договор, так и трудовой договор на неопределенный срок[602]. Действительно, в законе не содержалось прямого указания на срочность трудового договора с указанными лицами. Но толкование статей, посвященных порядку образования и досрочного прекращения полномочий исполнительного органа, приводило к выводу об исключительно срочном характере трудового договора. Коль скоро с названными лицами заключается срочный трудовой договор, то он может быть прекращен по инициативе работодателя только по основаниям, установленным трудовым законодательством. С этим положением не соглашался Ю.П. Орловский, буквально трактуя закон "Об акционерных обществах". Он считал, что увольнение руководителей и членов правления может производиться не только со ссылкой на конкретные основания КЗоТ РФ, но и по п. 4 ст. 69 закона "Об акционерных обществах". Более того, по мнению Ю.П. Орловского, акционеры не обязаны мотивировать основания прекращения контракта с руководителем[603]. Законодатель поставил точку в дискуссии о правовой природе договора с руководителем, выделив в ТК РФ специальную Главу 43 "Особенности регулирования труда руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации", предусмотрев особенности заключения и расторжения трудового договора, материальной ответственности.

Тем не менее, на практике встал вопрос о порядке увольнения руководителя по дополнительным основаниям по решению уполномоченного органа юридического лица или собственника имущества организации (ст. 278 ТК РФ). Должны ли названные органы и лица обосновывать досрочное прекращение трудового договора с руководителем? Эта проблема стала предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ. Речь идет о Постановлении Конституционного Суда РФ от 15 марта 2005 г. № 3-П "По

---

[602] См.: Глазырин В. Правое положение в трудовых отношениях органа управления акционерным обществом // Законодательство и экономика. 1997. № 3–4. С. 12.

[603] См.: Орловский Ю.П. Теория и практика трудового законодательства // Экономика и право. 1998. № 1. С. 93–95.

делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона “Об акционерных обществах” в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя, жалобами ряда граждан”. Конституционный Суд признал положения рассматриваемой статьи закона не противоречащими Конституции РФ. По его мнению, особые правила расторжения трудового договора с руководителем организации вытекают из объективно существующих особенностей характера и содержания труда руководителя, доверительности в отношениях собственника (учредителей) организации и руководителя. Как подчеркивает Конституционный Суд, предоставление собственнику права принять решение о досрочном расторжении трудового договора с руководителем организации без указания мотивов увольнения предполагает, в свою очередь, предоставление последнему адекватных правовых гарантий защиты от негативных последствий, которые могут наступить для него в результате потери работы, от возможного произвола и дискриминации. К числу таких гарантий относится выплата компенсации за досрочное расторжение трудового договора, размер которой должен в максимальной степени компенсировать увольняемому лицу неблагоприятные последствия, вызванные потерей работы. По сути, имеются в виду общие публичные пределы гибкости трудового договора, вытекающие из социального назначения трудового права. Иными словами, расширение прав работодателя должно сопровождаться усилением правовых гарантий работника с целью достижения баланса, согласования прав и интересов сторон трудового договора. Кроме того, Конституционный Суд в указанном постановлении называет и другие общие публичные пределы, основанные на правовых принципах. Он отмечает, что общеправовой принцип недопустимости злоупотребления правом, как и запрещение дискриминации, в полной мере распространяется на сферу трудовых отношений, определяя пределы дискреционных полномочий собственника.

Вместе с тем, порядок прекращения любого трудового договора характеризуется специальным (конкретным) пределом правового регулирования. Таковым является обоснованность основа-

ния увольнения по инициативе работодателя. К сожалению, Конституционный Суд РФ занял по этому вопросу позицию, которая вызывает у нас сомнения. Поскольку речь идет о трудовом договоре, то следует вспомнить концепцию стабильности трудового правоотношения, в соответствии с которой правовая модель прекращения трудового договора включает в себя "обоснованность" причины увольнения. Л.С. Таль писал о значимости и привлекательности идеи (теории) "стабилитета" трудового отношения, которая была обоснована австрийцем Э. Штейнбахом, немцем О. Цвиденек-Зюденгорстом и другими. Суть этой теории сводилась к запрету увольнения работника без достаточного основания и обязанности работодателя к возмещению убытков. Как отмечал Л.С. Таль, злоупотреблением является увольнение рабочего, вызванное не интересами предприятия, а другими объективно недостаточными мотивами. В этом случае работодатель должен нести ответственность за причиненный уволенному ущерб.

Л.С. Таль особо подчеркивал, что в отличие от гражданско-правовых договоров "тесная связь рабочего договора с личностью рабочего особенно сильно сказывается на разрыве трудового отношения"[604]. Это выражается, по его мнению, в следующих положениях, которые содержатся в Уставе о промышленном труде (далее – УПТ), а также были предусмотрены в законопроекте о трудовом договоре Временного правительства:

1) для прекращения рабочего договора, кроме общих оснований (истечение срока, соглашение сторон, смерть работника), предусматриваются основания, обусловленные особенностями трудового отношения;

2) закон содержит ряд постановлений, направленных против внезапного разрыва бессрочного рабочего договора без достаточного повода. Когда договор заключен на неопределенный срок, каждая сторона должна заранее предупредить другую сторону о своем намерении расторгнуть договор;

3) достаточными поводами для одностороннего расторжения рабочего договора признаются обстоятельства, не имеющие такого значения в других обязательственных договорах.

[604] Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. С. 165.

Таким образом, Л.С. Таль еще раз акцентировал внимание на особой природе рабочего (трудового договора), назвал особенности оснований прекращения рабочего договора в отличие от оснований прекращения гражданско-правовых обязательств.

К.М. Варшавский, характеризуя КЗоТ 1922 г., также обратился к принципу стабильности (устойчивости) трудового договора. По КЗоТ 1922 г., как писал ученый, трудящийся имеет право расторгнуть договор во всякое время, а наниматель оказывается связанным основаниями прекращения трудового договора, предусмотренными законом. Внутреннее основание этого принципа, по его мнению, заключается в том, что, пока трудящийся не гарантирован от произвольного расторжения договора, он никогда не будет равноправен нанимателю[605].

Мы считаем, что увольнение руководителя по инициативе работодателя без указания мотивов нарушает принцип стабильности (гарантированности) трудовых прав, о чем речь пойдет ниже. На наш взгляд, законодатель с учетом дифференциации правового регулирования труда руководителя вполне обоснованно может ограничиться открытым (оценочным) перечнем оснований прекращения трудового договора по решению собственника (учредителя) организации, обусловив лишь тот факт, что эти основания не являются “виновными” основаниями увольнения, т.е. расторжение трудового договора в этом случае не является мерой юридической ответственности. Это мы называем нормативной гибкостью трудового договора. Между тем на уровне индивидуализации трудового договора, индивидуально-договорного регулирования (договорная гибкость) основания прекращения трудового договора с руководителем организации по инициативе собственника (учредителей) должны быть конкретизированы. В случае судебного разбирательства на работодателе должна лежать обязанность обоснования мотивов прекращения трудового договора. Таким образом, в юридической конструкции трудового договора с руководителем организации, с одной стороны, налицо сочетание гибкости регулирования трудовых отношений (открытый перечень оснований досрочного прекращения трудового договора с руководителем), с другой – стабильность (обеспечение

[605] См.: Варшавский К.М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 148.

уровня гарантий трудовых прав, мотивированность увольнения, запреты дискриминации, злоупотреблений правами).

В теории трудового права вопрос о природе договора с руководителем остается открытым. Так, Т.А. Бойченко и Э.Р. Мартиросян настаивают на гражданско-правовой природе договора с руководителем организации, считают позицию законодателя необоснованной по квалификации этого договора в качестве трудового. По их мнению, этот договор не отвечает признакам трудового договора, так как, во-первых, его сторонами являются учредители (собственники) и руководитель как орган юридического лица; во-вторых, руководитель не выполняет трудовой функции и не подчиняется правилам внутреннего распорядка. В качестве общего вывода авторы констатируют, что руководитель организации является органом юридического лица, приобретает и теряет свои полномочия на основании норм гражданского права. А проблему социальной защиты руководителя можно решить с помощью субсидиарного применения норм трудового права либо путем установления соответствующих условий в договоре[606].

Позволим себе не согласиться с такой трактовкой правового статуса руководителя. С руководителем заключается один из "нетипичных" видов трудового договора. Он не является смешанным, межотраслевым, он остается трудоправовым. С учетом дифференциации трудовое правоотношение с руководителем характеризуется личным признаком (обязательно личное участие в исполнении функций руководителя), организационным (выполнение определенного круга функций управленческого характера с подчинением трудовому распорядку) и возмездным.

Практика стран Запада свидетельствует о дифференциации в правовом регулировании правового статуса руководящих работников. В большинстве стран на руководящих работников распространяется трудовое законодательство с учетом особенностей их правового статуса. Так, в отношении реализации коллективных трудовых прав названные работники обычно исключаются из числа лиц, имеющих право участвовать в коллективных перего-

[606] См.: Бойченко Т.А., Мартиросян Э.Р. Проблемы трудового права: права и обязанности работодателя. Новосибирск, 2004. С. 40 и др.

ворах, ограничивается применение к ним положений коллективных договоров. Немало норм-изъятий приняты в отношении оснований и условий расторжения трудового договора с такими работниками при одновременном предоставлении дополнительных гарантий, связанных с увольнением (более длительные сроки предупреждения, повышенное выходное пособие). Предусматривается повышенная материальная ответственность руководящих работников за вред, причиненный работодателю, в ряде случаев на основании норм гражданского законодательства. Допускается более гибкая регламентация рабочего времени и времени отдыха, ограничивается право на выбор работы на основании "пактов о неконкуренции", ограничивается совместительство. Международная организация труда рассматривает руководящих работников как субъектов трудового законодательства. В ряде конвенций и рекомендаций МОТ содержатся положения о применении к таким работникам международно-правовых стандартов трудовых прав по усмотрению национального законодателя[607].

Трудовой договор с заемными работниками. Как уже указывалось, в качестве общей тенденции современного развития выделяется количественный рост "нетипичных", не укладывающихся в классическую схему трудовых отношений. Проявлением данной тенденции стало распространение и правовая регламентация такого феномена, как заемный труд. При этом нельзя забывать слова известного немецкого философа М. Хайдеггера: "Человек должен одинаково ясно увидеть и соблазн публичности, и немощь приватности"[608]. В отношении заемного труда это должно означать поиск оптимального баланса между государственным регулированием и свободой усмотрения (договора) всех заинтересованных сторон[609].

В настоящее время заемный труд как правовое явление получил широкое распространение в странах Запада. Фактически договоры о заемном труде имеют место и в российской действи-

---

[607] См.: Лютов Н.Л. Правовое регулирование трудовых отношений руководящего персонала // Труд за рубежом. 2002. № 2. С. 71–87.

[608] Хайдеггер М. Время и бытие. М., 1993. С. 195.

[609] Лушникова М.В., Лушников А.М. Заемный труд: исторический опыт и перспективы правового регулирования // Человек и труд. 2004. № 7. С. 85–89.

тельности, однако соответствующая правовая база заключения таких трудовых договоров отсутствует. Хотелось бы отметить, что речь идет не только о заимствовании зарубежного опыта, но и об использовании законодательных и научных наработок дореволюционного и советского периодов. Отечественные ученые неоднократно ставили вопрос о необходимости активизации роли государства в помощи безработным в "приискании" работы и посреднической деятельности по согласованию спроса и предложения на наемный труд. Традиционно это связывалось не только с законотворческой ролью государства, но и с созданием "работных домов", "домов трудолюбия", специальных мастерских, организацией общественных работ, контролем за бюро найма и биржами труда. Примечательно, что бедным и сиротам не только предоставлялось первоначальное обучение, но и решался вопрос об их трудоустройстве. Последнее неразрывно связывалось с проблемами призрения малоимущих и зарождающимся правом социального обеспечения. Все это укладывалось в достаточно широкое понятие "трудовой помощи"[610]. В отличие от большинства стран Запада, в России уже в XIX в. было легализовано коммерческое посредничество, осуществляемое как физическими лицами, так и специальными конторами (бюро) найма. Кроме того, посредничеством в приискании работы (указании труда) занимались благотворительные организации, органы земского и городского самоуправления. С начала XX в. стала расширяться сеть бирж труда, а в 1915 г. создается Всероссийское бюро труда. Конечно, в данном случае трудно говорить о трехсторонней конструкции заемного труда. Скорее речь идет о чистом посредничестве, когда два заинтересованных лица при помощи третьего вступают в правоотношения по поводу использования наемного труда. Вместе с тем, при частном, а в отдельных случаях и при публичном посредничестве отдельные элементы таких трехсторонних отношений прослеживаются.

[610] См.: Гаген В.А. Частные лица в роли посредников на рабочем рынке. СПб., 1900; Горовцев А. Трудовая помощь как средство призрения бедных. СПб., 1901; Швиттау Г.Т. Трудовая помощь в России. Ч. 1–2. Пг., 1915 и др.

Российская история знала примеры правовой регламентации заемного труда. Речь идет об Уставе о промышленном труде (изд. 1913 г.) (УПТ) (ст. 534) и КЗоТ РСФСР 1922 г. (ст. 32). Л.С. Таль, анализируя положения УПТ, касался вопросов использования рабочих в случае отдачи предприятия в арендное содержание или выполнения части работ на подрядных условиях. При этом он подчеркивал, что по действующему праву часто очень трудно решить вопрос, кто при заключении рабочего договора через посредника становится работодателем: тот, от чьего имени договор заключен, или владелец фактически обслуживаемого предприятия. Ответ на этот вопрос он искал в западном законодательстве. Во Франции после февральской революции 1848 г. Правительство декретировало закон, согласно которому "эксплуатация труда рабочих через посредников уничтожается". Такого рода трудовое посредничество не только поглощало часть заработной платы работников, но и создавало благоприятную почву для эксплуатации. В других государствах, где такого запрета не было, суды для борьбы с подставными работодателями искали опоры в общих положениях гражданского права о притворных сделках и в действиях, нарушающих "добрые нравы", чтобы признать за рабочими права требования к главе обслуживаемого ими предприятия. Бельгийское законодательство в 1900 г. впервые, как полагал Л.С. Таль, поставило вопрос о заемных трудящихся в правильную плоскость. В целях восстановления соответствующего юридического положения рабочих экономическому, оно определило, что, каковы бы ни были внутренние отношения между посредником и предпринимателем, последний считается ответственным перед рабочими. Это положение было воспринято и в проекте Закона о трудовом договоре, составленном при Временном правительстве в 1917 г.[611] Впоследствии оно было перенесено в КЗоТ 1922 г. По буквальному смыслу КЗоТ (ст. 32) "ответственность возлагается на предприятие, учреждение или лицо, для которого работа производится". Именно так толковали данные положения многие современники кодекса[612]. К.М. Варшавский придерживался иного

[611] См.: Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. С. 107–117.

[612] См., например: Семенова А.Е. Очерки советского трудового права. Харьков, 1923. С. 12.

мнения, полагая, что из смысла этой статьи следует солидарная ответственность посредника и предпринимателя перед работниками[613]. Он считал, что этот пробел, допущенный в КЗоТ (ст. 32), был восполнен Декретом о квартирниках, в силу которого "предприятия, учреждения либо лица, раздающие работу на дом через доверенных лиц или посредников, несут по отношению к квартирникам солидарную с доверенными или посредниками ответственность"[614]. На наш взгляд, расширительное толкование ответственности, данное известным отечественным цивилистом, соответствует сути договорных отношений по поводу заемного труда. Свертывание НЭПа, курс на социалистическую индустриализацию, господство государственной формы собственности привели к утрате назначения данного вида трудового договора о заемном труде. Соответственно и не разрабатывалась теория данного вида договора. Возвращение к нему происходит в наше время.

В современном трудовом законодательстве стран Запада договоры о заемном (лизинговом) труде получили легализацию. Отношения между работником и лизинговым агентством, между работником и предприятием-пользователем регулируются трудовым законодательством. Трудовой договор, заключаемый между работником и лизинговым агентством, включает условие о выполнении различных по своему характеру работ в фирмах-клиентах агентства[615]. Это укладывается в рамки тенденции расширенного применения нетипичных форм занятости, о чем уже говорилось выше.

В настоящее время в Государственной Думе РФ идет работа над подготовкой законопроекта "О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам". Подготовлена и опубликована концепция правового регулирования заемного труда[616]. В целом с авторами концепции можно согласиться, тем более что она соответствует нормам Конвенции МОТ № 181 "О частных агентствах

---

[613] См.: Варшавский К.М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 65.

[614] СУ РСФСР. 1923. № 63. Ст. 611.

[615] См.: Киселев И.Я. Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 103–112.

[616] См.: Концепция правового регулирования заемного труда // Хозяйство и право. 2004. № 2. С. 52–60; № 3. С. 40–48.

занятости” (1997 г.). В этой связи хотелось бы только расставить некоторые акценты и обратить внимание на спорные положения.

1. Предлагаемая концепция федерального закона по содержанию гораздо шире заявленного названия закона. Отчасти это обосновано тем, что концепция законопроекта является одной из форм правового осознания действительности[617]. Вместе с тем, данный подход нуждается в конкретизации. Полагаем, что наиболее приемлемым с точки зрения эффективности правового регулирования заемного труда является комплексный нормативный акт, содержащий нормы трудового, гражданского и административного законодательства. Это позволит обеспечить единство правового регулирования, избежать возможных межотраслевых коллизий. Более того, названный закон даст возможность провести апробацию новых видов гражданско-правовых договоров аренды между частными агентствами занятости и предприятиями-пользователями. В дальнейшем гл. 36 ГК РФ должна пополниться нормами, определяющими особенности договора аренды (лизинга) работников (предоставления заемного труда). Аналогичная ситуация должна складываться и в отношении нового вида трудового договора, заключаемого между частным агентством занятости (работодатель) и заемным работником. Его особенности должны найти отражение в ТК РФ (часть 4, раздел 12. “Особенности регулирования труда отдельных категорий работников”). При этом надо помнить высказывание французского мыслителя М. Монтеня: “Весьма сомнительно, может ли изменение действующего закона, каков бы он ни был, принести столь очевидную пользу, чтобы перевесить то зло, которое возникает, если его потревожить… Пусть лучше законы домогаются лишь того, что им под силу, когда им не под силу все то, чего они домогаются”[618]. Из этого следует, что изменения в кодексы должны вноситься только после апробации специального федерального закона и только при наличии положительной правоприменительной практики. В противном случае заемный труд не только не будет легализован, но еще дальше уйдет в “тень”.

---

[617] См. подробнее: Баранов В.М. Концепция законопроекта. Н. Новгород, 2003; Законодательная техника. М., 2000.

[618] Монтень М. Опыты. Избранные главы. М., 1991. С. 95, 99–100.

2. С учетом специфики деятельности частных агентств занятости считаем необходимым ввести их обязательное лицензирование в органе занятости соответствующего субъекта РФ. На основании сведений последних Министерство здравоохранения и социального развития должно вести специальный Реестр названных агентств. В этой связи возникнет необходимость внесения изменений и дополнений в Закон РФ от 19 апреля 1991 г. "О занятости населения в Российской Федерации". Для получения лицензии юридические лица должны представить в государственный орган занятости предусмотренный законом перечень документов (устав, декларации о доходах учредителей – физических лиц, заверенные налоговыми органами; анкеты кандидатов на должности руководителей и главного бухгалтера, содержащие объем требований к квалификации сотрудников и др.). В случае нарушения действующего законодательства: неисполнение обязанностей по выплате заработной платы, налогов, обязательных платежей во внебюджетные государственные фонды – в течение 3 месяцев лицензия должна быть отозвана. Государственная служба занятости непосредственно не вмешивается в хозяйственную деятельность частных агентств, но осуществляет надзор за их деятельностью, проводит проверки, принимает меры по защите прав заемных работников.

3. В гражданско-правовом договоре о заемном труде между частным агентством занятости и предприятием-пользователем в качестве существенных условий договора следует предусмотреть: 1) обязанность предприятия-пользователя обеспечить трудовые права заемного работника, предусмотренные ТК РФ, договором с агентством занятости; 2) условие о способах обеспечения надлежащего исполнения условий договора. В последнем случае речь идет о двух существенных условиях рассматриваемого договора, одно из которых по выбору сторон договора обязательно должно найти закрепление в договоре: а) условие о предоставлении способа обеспечения исполнения обязанности по оплате труда заемного работника (банковская гарантия, поручительство, залог имущества и др.) либо б) солидарная ответственность частного агентства занятости и предприятия-пользователя по задолженностям перед работниками.

4. Трудовой договор между частным агентством и наемным работником может заключаться как на неопределенный, так и определенный срок. В отношении срочного трудового договора должно применяться общее требование ТК РФ (ст. 58), т.е. заключение срочного трудового договора с учетом характера и условий выполнения работ для предприятия-пользователя. Если работы, выполняемые на предприятии-пользователе, носят постоянный характер, то работнику следует предоставить право обращения в суд с заявлением о признании сложившихся трудовых отношений бессрочными с момента фактического допуска к работе. Трудовой договор с частным агентством прекращается на основании ст. 84 ТК РФ, суд обязывает оформить трудовой договор на неопределенный срок с предприятием-пользователем. Соответствующие в названном ключе дополнения следует внести в ст. 11 и 58 ТК РФ.

В заключение можно сделать следующие выводы. Во-первых, правовое регулирование заемного труда в РФ имеет свои национальные исторические корни. Российская история знала примеры правовой регламентации заемного труда. Речь идет об Уставе о промышленном труде (изд. 1913 г.) (ст. 534) и КЗоТ РСФСР 1922 г. (ст. 32). В этой связи правовое регулирование заемного труда должно основываться не только на заимствовании (рецепции) зарубежного опыта, обеспечении международных стандартов трудовых прав заемных работников, но и использовании законодательных и научных наработок дореволюционного и советского периодов. Во-вторых, Закон о заемном труде, на наш взгляд, целесообразно разработать как комплексный нормативный акт, содержащий нормы трудового, гражданского и административного права. Это обеспечит единство, предупредит возможные межотраслевые коллизии в правовом регулировании заемного труда. После апробации названного закона следующим шагом должны стать дополнения в ТК РФ и ГК РФ – в соответствующие разделы, посвященные особенностям договоров[619].

[619] См.: Лушникова М.В. Юридическая конструкция трудового договора: традиции и новации // Российский ежегодник трудового права. 2005. № 1. С. 99–131.

3.6. Коллективно-договорные акты в трудовом праве как форма социального партнерства: прошлое и настоящее

Можно с очевидностью констатировать неравенство сторон договора личного найма в условиях отсутствия его определенной публично-правовой регламентации. Это неравенство проявилось уже в средние века при цеховой организации экономики. Такая организация имела целью не только защиту экономических интересов мастеров, но и отстаивание их корпоративных интересов как работодателей в отношениях с подмастерьями (наемными работниками). Неравенство индивидуальных экономических возможностей работника и работодателя при определении условий трудового договора, когда последний мог в одностороннем порядке добиться своего, могло уравновешиваться коллективными действиями работников. Данные действия могли выражаться через заключение коллективного договора, в котором устанавливались условия, предопределяющие в некоторой части условия индивидуальных трудовых договоров. Одной из сторон таких коллективно-договорных актов выступал уже не отдельный работник и даже не их группа, а все работники (как сказали бы раньше, трудовой коллектив) в лице их представителей[620]. Немаловажно и то, что коллективные переговоры по подготовке проектов коллективных договоров, соглашений и заключение коллективных договоров, соглашений названы в ст. 27 ТК РФ одной из форм социального партнерства[621].

История, теория, законодательство о коллективных договорах. В противовес цехам постепенно образуются рабочие союзы (общины подмастерьев), оформившиеся в конце XIV в. и получившие в дальнейшем широкое распространение. В этот же

[620] См.: Лушников А.М., Лушникова М.В. Курс трудового права: В 2 т. Т. 1. М., 2003. С. 345–386.

[621] См.: Лушникова М.В. Государство, работодатели и работники: история, теория и практика правового механизма социального партнерства. Ярославль, 1997.

период встречаются единичные случаи заключения тарифных (коллективных) договоров между мастерами и подмастерьями, которые регулировали условия труда. Подобные договоры были заключены германскими ткачами в Шпейере в 1351 и 1362 гг. Во Франции единичные тарифные договоры появились только в период Великой Французской революции. Однако, по верному замечанию русского юриста И.С. Войтинского, "все это лишь первые ласточки, которые еще не делают весны"[622]. Борьба между мастерами и подмастерьями, характерная для всего периода средневековья, была связана в значительной части с условиями труда. Мастера отстаивали патриархальный строй отношений, а подмастерья стремились к усилению договорного элемента при определении условий труда.

Коллективно-договорные отношения способствовали кристаллизации и выдвижению требований, касающихся всех работников, помогали отстаивать их перед работодателем, позволяли предпринимать коллективные действия в случае их нарушения. В качестве относительно самостоятельного института коллективные (тарифные, синдикальные) соглашения о труде оформились только в XIX в. Важную роль в данном случае имела легализация рабочего представительства. При этом изначально государственным органам в этом процессе отводилось определенное место. Первоначально фабричные комитеты, выбираемые всеми рабочими конкретной фабрики, создаются в Германии. Они участвовали в заключении коллективных соглашений в пределах своей конкретной фабрики. Инициаторами их создания в части случаев становились сами предприниматели с целью улучшения управления фабричными кассами на случай болезни, фабричными лавками и другими подобными заведениями. Задачи этих комитетов постепенно расширялись, и к началу XX в. главной их целью стало выражение интересов рабочих посредством соглашений с предпринимателем. В ходе переговоров предприниматель знакомился с нуждами и пожеланиями рабочих, что позволяло избежать многих столкновений в будущем. Фабричные комитеты, в свою очередь, могли принимать жалобы от рабочих и доводить

[622] Войтинский И.С. Коллективные соглашения об условиях труда (Тарифный договор). М., 1917. С. 4–5.

их до сведения хозяина, а в случае неполучения удовлетворения – до фабричной инспекции. Фабричные комитеты создавались только добровольным соглашением сторон.

Но в конце 40-х г. XIX в. Франкфуртскому национальному конвенту был предложен законопроект, согласно которому правила внутреннего распорядка для каждой фабрики должны создаваться ее хозяином совместно с представителями рабочих и утверждаться особым "фабричным совещанием" из фабрикантов и рабочих. По сути, предлагалось ввести обязательные фабричные комитеты. Ввиду важного значения проводимых мероприятий общеимперским указом 1892 г. обращалось внимание в целях культивирования социального мира между рабочими и предпринимателями на необходимость создания форм общения между ними[623].

Первые попытки установления условий труда путем мирных соглашений работников и работодателя были предприняты в Англии в 60-х гг. XIX в., когда в Ноттингеме была организована камера соглашений на паритетных началах от рабочих и предпринимателей, решавшая все спорные вопросы. В случае невозможности достигнуть соглашения между сторонами, была установлена передача спорного случая на решение третейского судьи. В железнодорожной промышленности в те же годы заводчик Д. Дель вошел в соглашение с руководителями рабочих организаций и ввел систему соединенных комитетов, охватывающих целый ряд предприятий. Во всех случаях решения этих комитетов обеспечивались только доброй волей сторон, а нормативно-правовая база их деятельности отсутствовала[624].

Первые коллективные договоры в континентальной Европе стали заключаться в конце XIX в., но их юридическая природа оставалась спорной, а правовая регламентация явно недостаточной. Как отмечал Я.А. Канторович, «… самое понятие "коллективный договор" еще до сих пор не вполне отчетливо усвоено, не получило ни достаточного теоретического обоснования, ни достаточно полного осуществления и применения на практике»[625].

---

[623] См.: Озеров И.Х. Фабричные комитеты и коллективный договор. М., 1902. С. 4–6.

[624] Там же. С. 8–10.

[625] Канторович Я.А. Коллективный договор. Л., 1924. С. 3.

Дальше всех пошло французское законодательство. 2 июля 1906 г. министр Г. Думерг внес законопроект, определяющий природу коллективного рабочего договора. Мотивы его внесения были следующими: “Коллективное рабочее соглашение не составляет рабочего договора, а определяет общие условия, которым должны удовлетворять индивидуальные рабочие договоры, заключенные между служителями и нанимателями, составляющими стороны в соглашении”[626]. Таким образом, заключенному должным образом коллективному договору придавался статус источника трудового права.

В Англии впервые была создана система примирительных камер и третейских судов, связанных с режимом коллективных договоров, которые можно объединить общим наименованием тарифных учреждений. В этой стране впервые с 1896 г. действовал акт о промышленных соглашениях. Если коллективный договор охватывал известную отрасль производства в пределах целого государства или обширной области, то при заключении и пересмотре договора совещание договаривающихся сторон представляло собой съезд уполномоченных от рабочих и предпринимателей. Более оформленными являлись постоянные тарифные учреждения, создаваемые для проведения коллективного договора. В 20-х гг. XX в. широко распространяются промышленные советы как органы паритетного представительства определенной отрасли промышленности и паритетные комиссии на определенных предприятиях. Юридическая сила коллективного соглашения в Англии не определялась, а большинством исследователей он относился к категории “джентльменских соглашений”. Вместе с тем, взаимная заинтересованность сторон, высокая исполнительская дисциплина, отработанный механизм взаимодействия и богатые традиции способствовали тому, что стороны в большинстве случаев соблюдали условия коллективных соглашений.

В России первые коллективные договоры были заключены после крупной бакинской забастовки в декабре 1904 г. между хозяевами и работниками каспийских нефтяных приисков. Это бы-

[626] Цит. по: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 778.

ла знаменитая “мазутная конституция”[627]. В советский период этому событию была посвящена довольно обширная литература, но преимущественно историко-политического характера[628]. Значение этого прецедента было велико, но эта практика осталась местной и ограниченной во времени. В тот период встречались также отдельные коллективные договоры печатников в Санкт-Петербурге, Москве и Саратове.

Что касается разработки теории коллективных (тарифных) договоров в рассматриваемый период времени, то эта проблема представляла для ученых, по замечанию Л.С. Таля, преимущественно теоретический интерес, так как роль коллективных договоров в прошлой жизни России мала, а “для быстрого их развития... необходимы два условия: сильные профсоюзы и навык к разрешению коллективных конфликтов”[629].

Ф. Лотмар в 1900 г. посвятил тарифным соглашениям специальное исследование. Он выдвинул положение, которое впоследствии закрепилось как на уровне доктрины, так и в законодательстве: “Коллективный договор никакого трудового отношения не устанавливает, он определяет только содержание тех рабочих договоров, которые могут быть в будущем заключены”[630]. Ф. Лотмар утверждал, что коллективный договор и индивидуальный рабочий договор не заменяют, а дополняют друг друга. Он первым обосновал положение, согласно которому все условия индивиду-

---

[627] См.: Гриневич В. Профессиональное движение рабочих в России. СПб., 1908. С. 184–185.

[628] См.: Гасанов Р. Всеобщая декабрьская забастовка бакинских нефтяников в 1904 г. // Борьба классов. 1935. № 10. С. 11–20; Гулиев А.Н. Стачка бакинских рабочих в декабре 1904 г. // Вопросы истории. 1954. № 12. С. 26–38; Донгаров Г. К истории первого коллективного договора в России // Профессиональные союзы. 1948. № 11. С. 27–31; Исмаилов И. Коллективный договор в Азербайджане (история возникновения и его некоторые вопросы). Баку, 1967; Москаленко Г.К. К вопросу о первом коллективном договоре в России // Вопросы истории. 1961. № 6. С. 212–213; Сафаралиев И.Г. Еще раз о первом коллективном договоре в России // Вопросы истории. 1969. № 7. С. 206–207 и др.

[629] Таль Л.С. Тарифный (коллективный) договор как институт гражданского права. СПб., 1909. С. 4.

[630] Цит. по: Трахтенберг И.А. Коллективный договор. Харьков, 1918. С. 21–22.

альных договоров, ухудшающие положение работника по сравнению с условиями коллективного договора, должны признаваться ничтожными. Наоборот, действия коллективных договоров должны распространяться на так называемых неорганизованных рабочих, представители которых не участвовали в разработке и подписании коллективного договора, при условии, что их договоры не содержат противоправных положений. Этой точки зрения придерживался также русский цивилист Ю.С. Гамбаров[631]. Ф. Лотмар впервые ясно высказал положение о том, что тарифный договор – настоящая двухсторонняя юридическая сделка. В числе его оппонентов оказались такие известные ученые, как француз М. Планьоль, голландец А. Эйзель, немец М. Петцше. Российские ученые в большинстве отнеслись к этому положению позитивно, отстаивая юридическое значение коллективных соглашений[632]. Наиболее радикальными в этой части были французские юристы Ш. Бенуа, Л. Дюги, П. Пик и ряд других, которые выступили за придание коллективным соглашениям статуса источника права[633].

Уже в первой четверти XX в. на Западе появилась довольно обширная литература, посвященная коллективным договорам, главным образом догматической стороне проблемы. Вопросы о коллективных договорах были предметом обсуждения на целом ряде съездов юристов Германии, Австрии, Швейцарии, Голландии[634]. Наиболее плодотворно над этой проблемой работали, помимо вышеназванных, немецкие ученые Г. Рундштейн, Г. Ниппердей, В. Каскель, Г. Флатов, Э. Якоби. К числу классических можно отнести работы Г. Зинцгеймера “Корпоративный договор о трудовых нормах” в 2-х томах (1902 – 1907 гг.) и “Закон о рабочем тарифе” (1906 г.), а также труд А. Вельблинга “Аккордный и тарифный договор” (1908 г.). Впрочем, среди немецких ученых леворадикальной ориентации были противники лю-

[631] См.: Гамбаров Ю.С. Свобода и ее гарантии. Популярный социально-юридический очерк. СПб., 1910. С. 29–30.

[632] См.: Улинский А.И. Юридическая конструкция тарифного договора. Курск, 1914. С. 6 и далее.

[633] См.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. С. 776–778.

[634] См.: Канторович Я.А. Указ. соч. С. 13.

бого, в том числе коллективно-договорного, взаимодействия работников и работодателей, как затушевывающего классовую борьбу. К числу таковых относился З. Ледер[635]. Российские ученые начала XX в. при анализе коллективного договора во многом опирались на достижения западной, преимущественно немецкой науки.

Коллективный договор как новое правовое явление требовал и от отечественных исследователей теоретического осмысления. В этой связи Л.С. Таль в работе "Тарифный (коллективный) договор как институт гражданского права" предпринял попытку дать ему юридическую оценку. Так, по его мнению, коллективный договор как разновидность гражданско-правовой сделки характеризуется тремя признаками:

– одна или обе стороны договора представляют собой коллектив;

– ими определяются условия будущих индивидуальных рабочих договоров;

– эти условия устанавливаются эвентуально, т.е. на случай заключения рабочих договоров [636].

Таким образом, Л.С. Таль настаивал на договорной природе тарифного (коллективного) договора, полемизируя с известным немецким правоведом Г. Еллинеком. Последний выдвинул теорию "смешанной природы" коллективного договора, в соответствии с которой договор, имея своим источником волю сторон, содержит созданные новые правовые нормы[637]. Именно эта концепция "смешанной природы" коллективного договора нашла поддержку в советской науке трудового права. Возвращаясь к позиции Л.С. Таля, отметим, что названные им признаки коллективного договора, характеристика сторон договора впоследствии получили свое развитие в теории трудового права по вопросу о критериях юридической силы коллективных договоров. Юридическая сила коллективного договора определялась по его соотношению с индивидуальными трудовыми договорами, по его

---

[635] См.: Вопросы труда. 1924. № 12. С. 185.

[636] Таль Л.С. Тарифный (коллективный) договор как институт гражданского права. С. 16.

[637] Там же. С. 13.

распространению на работников, не являющихся членами профсоюза. А из "договорной природы" тарифного соглашения Л.С. Талем был сделан весьма важный вывод, не утративший своей актуальности и в настоящее время, о возможности предъявления судебного иска об исполнении к нарушителям договора.

В развитие указанных положений другой русский юрист И.С. Войтинский в работе "Коллективные соглашения об условиях труда" (1917 г.) писал о решении проблемы недействительности условий индивидуальных рабочих договоров, если они ухудшают положение работника по сравнению с условиями коллективного договора; о необходимости признания юридической силы за соглашениями между рабочими и предпринимателями о передаче третейскому суду споров по поводу тарифных договоров. И.С. Войтинский констатировал, что коллективный договор устанавливает минимум прав, гарантированный рабочему. При этом сущность коллективного договора не противоречит предоставлению рабочим больше того, что им установлено коллективным договором. Иными словами, предприниматель вправе улучшать положение работника по сравнению с условиями коллективного договора, но не вправе их в этом сравнении ухудшать. Особо И.С. Войтинский подчеркивал, что в качестве условия эффективной коллективно-договорной практики необходимо развитие профессиональных организаций рабочих, а также профессиональных организаций предпринимателей[638]. Последнее положение о профессиональных организациях предпринимателей (работодателей) как социальных партнерах приобрело сегодня в России особое звучание и значимость. И.С. Войтинский предлагал в законодательном порядке определить, что в тарифном договоре профессиональные союзы предпринимателей могут участвовать независимо от их легализации, а от имени сторон коллективного договора его вправе заключать как постоянные, так и временные организации рабочих и предпринимателей[639]. В той или иной мере отражение этих положений мы находим в совре-

[638] См.: Войтинский И.С. Коллективные соглашения об условиях труда (Тарифный договор). С. 14–16.

[639] Там же. С. 16.

менном российском законодательстве о профсоюзах, коллективных договорах и соглашениях.

Взгляды Л.С. Таля впоследствии претерпели некоторую эволюцию. Первоначально он рассматривал коллективный договор как институт гражданского права, хотя его юридическая сила не могла быть объяснена исходя из гражданско-правового представительства или договора в пользу третьих лиц. В этой связи он обращается к концепции "социального права", у истоков которой стоял О. Гирке, и "социальной автономии"[640]. Последняя, в отличие от частной автономии, являлось правообразующей силой, творящей в пределах общего правопорядка нормы частного права. Л.С. Таль не вполне разделял положение о том, что "соглашение воль" в публичном праве отличается от классического договора и имеет правосозидательный эффект, на чем настаивали Г. Еллинек, А. Бендлинг, М.Д. Загряцков. Аргумент для этого был более чем убедительный – любой договор по своей природе остается договором. Но коллективный договор Л.С. Таль признавал нормативным соглашением, имеющим договорный характер, одной из форм внезаконодательного правотворчества. При этом профсоюзы заключали коллективный договор в интересах других лиц, а не от их имени или за их счет. Более того, распространить их действие на неорганизованных рабочих мог только законодатель, но не суд и не сторона трудового соглашения. Таким образом, Л.С. Таль был противником приравнивания норм коллективного договора к нормам публичного права, против которых бессильна частная воля. Это позволяет констатировать публично-частно-правовой характер коллективного договора. Публично-правовую составляющую Л.С. Таль связывал с деятельностью государства, с принятием соответствующего нормативно-правового акта и государственной регистрацией таких договоров, придающих им юридическую силу источников права. Л.С. Таль прямо указывал, что источником права коллективный договор может считаться только в Швейцарии, где ст. 323 Швейцарского Уложения 1913 г. устанавливалась норма, согласно которой трудовые договоры в части, противоречащей коллективным соглашениям, недействительны. Договорный характер коллективного договора

[640] См.: Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. С. 37.

не освобождал работодателя от ответственности за нарушения его условий[641]. Л.С. Таль был готов сравнивать нормы, созданные в рамках социальных автономных образований, только с диспозитивными нормами объективного права[642].

На наш взгляд, Л.С. Таль признавал нормативность коллективного договора, но не предполагал придания ему статуса источника права без соответствующего санкционирования государством. В советский период аналогичной позиции придерживалась Ф.М. Левиант, выводившая нормативную силу коллективного договора из его санкционирования государством в форме предварительного разрешения на установление норм права в коллективно-договорном порядке[643]. В целом в российской юридической науке начала XX в. проблемы коллективного договора поднимались неоднократно[644]. А.И. Улинский предпринял попытку описания юридической конструкции тарифного договора между союзом рабочих и союзом предпринимателей[645], в современной терминологии – отраслевого коллективного соглашения. Он настаивал на его частно-правовом характере[646].

Не осталась без внимания в трудах Л.С. Таля и И.С. Войтинского проблема классификации коллективных договоров в зависимости от сферы их действия на фирменные, местные, национальные в пределах той или иной отрасли. Но если Л.С. Таль концентрировал свое внимание на договорной природе коллективного соглашения, то И.С. Войтинский больше склонял-

---

[641] См.: Таль Л.С. Очерки промышленного права. М., 1916. С. 43–55.

[642] См.: Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. С. 60.

[643] См.: Левиант Ф.М. Нормативные акты, регулирующие труд рабочих и служащих. Л., 1960. С. 97–98.

[644] См.: Войтинский И.С. Основные вопросы юридического учения о коллективном договоре // Вопросы обществознания. 1910. Т. 11. С. 44–73; Озеров И.Х. Фабричные комитеты и коллективный договор. М., 1902; Пажитнов К.А. Профессиональные союзы и коллективный договор. Пг., 1917; Сабинин С.Е. К вопросу о юридическом значении так называемых тарифных договоров // Юридические записки Демидовского юридического лицея. 1910. Вып. 1. С. 482–496 и др.

[645] См.: Улинский А.И. Юридическая конструкция тарифного договора. Курск, 1914.

[646] Там же. С. 48.

ся к французской концепции придания коллективному соглашению обязательного (нормативного) характера для его сторон.

После Февральской революции 1917 г. проблема коллективного договора из области теории переместилась в область практики. Только летом 1917 г. в одном Петрограде было заключено около 20 коллективных договоров. Специальная комиссия Министерства труда Временного правительства, в работе которой принимали участие Л.С. Таль и И.С. Войтинский, подготовила законопроект о коллективном договоре. Он предполагал правовую регламентацию процедуры его подготовки и подписания, обязательный характер его условий для сторон. Но в нем были и явные "передержки". Например, к коллективным договорам приравнивались даже договоры подряда и поставки, заключенные между казенными учреждениями или органами местного самоуправления, в которых определялись в том числе условия труда[647]. Ни до, ни после этого мировая практика не знала подобных попыток.

В прикладном ключе рассматривал вопросы коллективно-договорной практики И.А. Трахтенберг в одноименной работе "Коллективный договор" (1918 г.). Особый интерес представляют его выводы о технике коллективных договоров, которая, по его мнению, включает:

– способы заключения коллективных договоров, создание специальных органов, комиссий;

– способы, приводящие в исполнение коллективный договор, формирование тарифных комиссий на паритетных началах;

– способы разрешения коллективных конфликтов, создание примирительных учреждений – примирительных камер, третейских судов[648].

Предложенная И.А. Трахтенбергом логическая схема техники коллективных договоров кажется нам весьма полезной в плане совершенствования действующего российского законодательства о коллективных договорах и соглашениях.

Определенный интерес представляет проведенный им сравнительный анализ норм коллективных договоров с нормами ра-

[647] См.: Канторович Я.А. Указ. соч. С. 174–175.

[648] См.: Трахтенберг И.А. Коллективный договор. Харьков, 1918. С. 42–43.

бочего законодательства. Общим у них является то, что и те, и другие регламентируют трудовые отношения, которые могут возникнуть в будущем; они устанавливают минимальные условия труда. Но они различаются тем, что в первом случае мы имеем дело с частно-правовым явлением, с добровольным соглашением двух сторон, а во втором – с публично-правовым явлением, нормами, имеющими обязательный характер и принудительно выполняемыми обеими сторонами[649]. И.А. Трахтенберг дал следующую дефиницию коллективного договора: "…Договор, заключенный единичным предпринимателем или же их группой, союзом с группой рабочих или рабочей организацией и определяющий содержание (минимум, гарантированный рабочим) будущих индивидуальных рабочих договоров"[650]. Напомним, что эта работа была подготовлена еще в 1917 г., в связи с чем ее автор не считал возможность стачек и локаутов недостатком коллективно-договорной практики. Более того, по его мнению, без них не было бы и самого коллективного договора, который виделся ему путем к социальному миру. Впоследствии И.А. Трахтенберг определил принципиальные отличия коллективных договоров при капитализме и в СССР. В первом случае они являлись следствием борьбы двух сторон, имеющих антагонистические интересы. В этой связи коллективный договор фиксировал минимальные гарантии работникам. Коллективный договор в СССР являлся соглашением двух агентов социалистического творчества, выполнявших в этом процессе различную роль. Коллективный договор здесь являлся методом определения объективных условий, ставящих пределы улучшению условий труда и повышению уровня жизни рабочих[651].

С 1918 до середины 1921 г. коллективно-договорная практика была скорее орудием политической борьбы и мобилизации масс в условиях военного коммунизма и гражданской войны. В то же время коллективный договор был впервые легализован Положением СНК РСФСР от 2 июля 1918 г. "О порядке утверждения коллективных договоров (тарифов), устанавливающих ставки

[649] Там же. С. 28–29.
[650] Там же. С. 30.
[651] Трахтенберг И.А. Коллективный договор. С. 42.

заработной платы и условия труда"[652]. Проект коллективного договора должен был разрабатываться профсоюзом и по соглашению с предпринимателем представлялся в НКТ для регистрации, просмотра, утверждения и придания ему законной силы. При наличии разногласий, когда предприниматель не подписывал коллективный договор, он все равно утверждался НКТ и приобретал силу декрета центральной власти. В КЗоТ РСФСР 1918 г. термин "коллективный договор" отсутствовал, но условия труда в государственных учреждениях должны были регламентироваться тарифными положениями, утвержденными НКТ (ст. 7). В иных предприятиях и хозяйствах условия труда должны были регулироваться тарифными положениями, выработанными профсоюзами по соглашению с руководителями или владельцами предприятий и хозяйств, утвержденными НКТ. Наличие тарифных положений было обязательным для всех работодателей. При невозможности достичь соглашения с руководителями или владельцами тарифные положения вырабатывались профессиональными союзами и непосредственно поступали на утверждение в НКТ. Аналогичное правило также действовало и в отношении тарифных условий труда в форме предоставления личных услуг или выполнения отдельной определенной работы. Общее нормальное Положение о тарифе от 2 мая 1919 г. и Общее положение о тарифах от 17 июня 1920 г. не имели никакого отношения к коллективно-договорной практике, а последнее фактически заменило КЗоТ 1918 г. В этих актах содержались императивные нормы, определяющие условия труда, которые не могли быть изменены, что полностью исключало какой-либо договорный элемент.

Период с 1922 г. до конца 20-х гг. можно назвать "золотым веком" теории и практики советского коллективного договора. 22 августа 1922 г. СНК РСФСР издает Декрет "О коллективных договорах"[653], который был включен в КЗоТ РСФСР 1922 г. в качестве главы IV (ст. 15 – 26). КЗоТ рассматривал коллективный договор как соглашение нанимателя с профсоюзом, представляющим интересы трудящихся независимо от членства в профсоюзе. В коллективном договоре стороны были вправе преду-

[652] См.: СУ РСФСР. 1918. № 48. Ст. 568

[653].См.: СУ РСФСР. 1922. №54. Ст. 683.

смотреть более высокий уровень гарантий трудовых прав по сравнению с КЗоТ РСФСР. Законодательством допускалось заключение не только коллективных договоров на уровне предприятий, но и генерального договора на уровне республики между центральными комитетами профсоюзов и центральными объединениями хозяйственных органов, а также коллективных договоров, действующих в губернском и уездном масштабе. КЗоТ РСФСР (1922 г.) и названный декрет существенно расширяли сферу договорного регулирования социально-трудовых отношений. В современном понимании эти правовые акты заложили основы многоуровневого социального сотрудничества в социально-трудовой сфере.

В условиях относительной интеллектуальной свободы данная проблема была подвергнута всестороннему исследованию[654]. Соответствующие разделы имелись в работах К.М. Варшавского и И.С. Войтинского, а также очерках В.М. Догадова, П.Д. Каминской, А.Е. Семеновой[655].

Большое влияние как на законодательную практику, так и на советскую науку трудового права, особенно в части коллективных договоров, оказали события в Германии конца 10-х – начала 20-х гг. XX в. После ноябрьской революции 1918 г. в Германии возникло “новое рабочее право”, научные изыскания представи-

[654] См.: Вейнберг Г.Д. Что такое тарифное соглашение, тарифная ставка, тарифный рубль и тарифная сетка. Пг., 1923; Догадов В.М. Коллективные договоры в буржуазных государствах и СССР. Л., 1926; Забелин Л.В. Коллективный договор. М., 1926; Канторович Я.А. Коллективный договор. Л., 1924; Рабинович-Захарьин С.Л. Коллективный договор. М., 1925; Ревин Г. Коллективный договор в СССР // Записки коммунистического университета им. Я.М. Свердлова. 1924. Т. 2. С. 118–136; Каценеленбаум И.С., Троицкий И.И., Шухер М.М. Правовые вопросы коллективного договора. М., 1929 и др.

[655] См.: Варшавский К.М. Трудовое право СССР. М., 1924. С. 27–35; Войтинский И.С. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 116–187; Догадов В.М. Очерки трудового права. Л., 1927; Каминская П.Д. Очерки трудового права. М., 1927; Семенова А.Е. Очерки советского трудового права. Харьков, 1925 и др.

телей которого были хорошо известны отечественным ученым[656]. Германская Конституция 11 августа 1919 г. содержала в себе ряд положений из области трудового права. Согласно Закону от 4 февраля 1920 г. об учреждении промышленных советов (советов предприятий) рабочим была предоставлена существенная роль в управлении производством. Публично-правовое значение коллективных договоров было санкционировано государством и подвергнуто правовой регламентации еще в 1918 г. На основании Указа Совета народных уполномоченных от 23 декабря 1918 г. "О тарифных (коллективных) договорах и примирительных камерах" в Германии учреждались примирительные камеры, имеющие целью не только разрешение трудовых споров, возникающих из уже заключенных договоров о труде, но и непосредственно при заключении тарифных договоров. Этим актом устанавливались два основных принципа коллективно-договорной практики: 1) принцип неотменяемости норм коллективного договора, т.е. ухудшающие по сравнению с ним положение работника нормы трудовых договоров признаются недействующими и заменяются нормами коллективного договора; 2) принцип общеобязательности коллективного договора, т.е. министерство труда могло объявить обязательными его условия даже для лиц, его не подписавших, если такой договор распространен в определенной местности. В Германии в 1919 г. обязательными были объявлены 638 таких договоров, в 1920 г. – 1 464, а в 1922 г. – уже 1 752, в том числе 223 общеобязательных для всей страны. Все эти меры вызвали лавинообразный рост числа заключенных тарифных договоров. В 1920-е гг. во многих европейских странах принимаются специальные законы о коллективных договорах (Австрия, Чехословакия и др.)[657].

20-е гг. XX в. стали единственным периодом в истории советской науки трудового права, когда широкое распространение получили сравнительно-правовые исследования советского и за-

[656] См.: Гюк А. Тарифный (коллективный) договор по германскому праву (тарифное право). М., 1924; Каскель В. Новое трудовое право. М., 1925 и др.

[657] См.: Гюк А. Указ. соч. С. 22 и далее; Канторович Я.А. Указ соч. С. 30–32; 95–96 и др.; Фабрично-заводские комитеты в Германии. М., 1924 и др.

рубежного законодательства, в том числе регулирующего коллективно-договорные отношения. Данный аспект получил отражение в уже названных трудах В.М. Догадова, И.С. Войтинского, Я.А. Канторовича, П.Д. Каминской, И.А. Трахтенберга, а также С.Л. Рабиновича-Захарина. Так, последний отмечал сходство советского и германского коллективных договоров как по форме, так и по содержанию. При этом С.Л. Рабинович-Захарин выделял и ряд принципиальных отличий. В Германии стороной коллективного договора выступали любые представители работников, а в СССР – только профсоюзы. Условия коллективного договора по германскому праву распространялись только на лиц, участвовавших в подписании коллективного договора, у нас – на всех работающих. Принцип неотменяемости условий коллективного договора, т.е. невозможности ухудшения условий индивидуального трудового договора по сравнению с коллективным, был закреплен и в германском, и в советском праве. Но у нас такое отступление не допускалось в принципе, а в Германии было возможно в случаях, предусмотренных коллективным договором. Только в советском праве устанавливалась уголовная ответственность за нарушение условий коллективного договора, а профсоюзы освобождались от любой имущественной ответственности[658].

Советское учение о коллективном договоре первоначально формировалось в рамках западных тенденций, наибольший вклад в ее теоретическую разработку внес И.С. Войтинский. Многие обоснованные или подтвержденные им положения актуальны и на сегодняшний день. Наиболее важными из них являются следующие.

1. Коллективный договор устанавливает трудовые нормы, но при этом происходит расчленение субъекта коллективного договора на коллектив (группу или профсоюз) и индивида (отдельного рабочего). Коллективный договор создает определенную форму договорных отношений, но его юридические последствия падают не на то лицо (групповое или юридическое), которое

[658] См.: Рабинович-Захарьин С.Л. Коллективный (тарифный) договор по германскому и советскому праву // Вопросы труда. 1924. № 9. С. 93–103; Он же. Русский коллективный и германский тарифный договор (вступительная статья) // Гюк А. Коллективный договор. М., 1924. С. 3–21 и др.

является контрагентом договора, а на отдельных лиц, круг которых неопределен и которые вовсе не вступают в юридические отношения с работодателем именно по этому договору. Вслед за Л.С. Талем он выступал против приравнивания коллективного договора к особому виду рабочего договора из-за различий в субъектном составе, не считал его предварительным соглашением о заключении в будущем рабочего договора, который мог быть и не заключен. Он не квалифицировал коллективный договор как мировую сделку, так как не создавалось новых условий, не видел здесь мандата или доверенности, так как профсоюз был самостоятельным субъектом, отрицал наличие договора в пользу третьих лиц, так как права работников вытекали именно из индивидуального, а не коллективного договора. Таким образом, И.С. Войтинский допускал в качестве субъектов коллективно-договорных отношений и союз, и членов союза работников, потому что это вытекало из намерений и воли договаривающихся сторон. И.С. Войтинский развил и углубил учение Л.С. Таля о публично-правовом представительстве при заключении коллективного договора. Он отстаивал идею “делегированного нормотворчества”, возникновение юридической силы названных актов связывалось с уведомительной регистрацией в органах НКТ. По мнению И.С. Войтинского, такая регистрация не только имела информационный характер, но и нужна была для контроля за его содержанием и исполнением. Это положение представляется нам вполне плодотворным, применимым, соответствующим идее социального партнерства и социальной автономии в сочетании с публично-правовой природой коллективного договора.

2. Коллективный договор не заключает в себе определенных самостоятельных обязательств, а является лишь предварительным соглашением, определяющим содержание тех договоров, которые могут быть в будущем заключены с отдельным работником. При этом коллективный договор без последующего заключения индивидуального договора остается только протоколом без фактического применения. Коллективный договор устанавливает минимальные права работников, и отступление от его условий в пользу работников допускается. Ухудшение условий труда в индивидуальном трудовом договоре по сравнению с коллективным договором может быть оспорено в суде, а ухудшение условий са-

мого коллективного договора по сравнению с действующим трудовым законодательством не допускается. Принципиальную важность имело утверждение И.С Войтинского о том, что работодателю нецелесообразно навязывать заключение коллективного договора в его согласованной части, ибо это будет совсем другой договор. По этой проблеме он дискутировал с Е.Н. Даниловой, которая доказывала обязательность для работодателя исполнения согласованных условий коллективного договора, но в отношении преимущественно организаций частного сектора[659]. Уже здесь правовая сторона проблемы начинает подменяться политической целесообразностью.

3. Коллективный договор ставит будущие индивидуальные договоры вне воли сторон, т.е. уничтожает принцип договорной свободы. Это не согласуется с общими нормами гражданского права, где договорная свобода может быть ограничена только велением закона. При этом санкции за неисполнение условий коллективного договора не могут быть выведены из его юридической природы, основываются не на общих положениях права, а на фактическом положении вещей в виде угрозы стачек и локаутов. В СССР исполнение условий коллективного договора стало обязательно посредством веления публичной власти, а за неисполнение его условий представителем работодателя была предусмотрена ответственность вплоть до уголовной.

Забегая вперед, укажем, что И.С. Войтинский считал: условия коллективного договора, которые включались в индивидуальный договор в случае их неисполнения работодателем, порождали споры о праве и разрешались в процессе индивидуального трудового спора (спора о праве). Условия коллективного договора, касающиеся экономической и процедурной стороны, порождали споры об интересе и разрешались в процессе коллективного трудового спора (спора об интересе).

И.С. Войтинский подчеркивал, что незарегистрированный коллективный договор имеет силу только одностороннего обещания, так как регистрация придает ему статус источника права. В этой связи его позиция выглядит более обоснованной, чем

[659] См.: Вопросы труда. 1923. № 1. С. 13.

А.Ф. Ляха и ряда других ученых, которые отстаивали двухсторонний характер любого коллективного договора[660].

В начале 20-х гг. устоялся и терминологический аппарат по интересующей нас проблеме. До 1917 г. ученые предпочитали употреблять термин "тарифный договор", но "коллективный договор" уже вошел в обиход русской речи[661], а затем закрепился и в законодательстве. КЗоТ 1922 г. дал такое определение: коллективный договор – это "соглашение, заключаемое профессиональным союзом…, как представителем рабочих и служащих, с одной стороны, и нанимателем, с другой, которое устанавливает условия труда и найма для отдельных предприятий, учреждений и хозяйств или группы таковых… и определяет содержание будущих личных (трудовых) договоров найма…" (ст. 15). Некоторые ученые давали более широкое определение, включая в число субъектов иные группы работников, т.е. отрицая профсоюзную монополию. Так, Я.А. Канторович писал, что коллективный договор "означает соглашение между профессиональным рабочим союзом (или группой рабочих данного предприятия) и отдельным работодателем или союзом работодателей относительно содержания личных (трудовых) договоров, которые имеют быть в будущем заключены между этими работодателями и отдельными членами этого профессионального союза или иной группы рабочих"[662]. Похожее по содержанию определение коллективного договора, как отмечалось выше, дал И.А. Трахтенберг[663].

Мировая практика знала в то время три вида коллективных договоров: фирменные, заключаемые между одним предпринимателем и его рабочими (это собственно коллективный договор в современной терминологии); местные (локальные), заключаемые рабочими организациями одной отрасли в одной местности с соответствующими объединениями предпринимателей; генеральные (национальные), заключаемые между рабочими организациями отдельной отрасли промышленности в целом по стране.

---

[660] См.: Войтинский И.С. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 116–187; Он же. Основные вопросы коллективного договора по Кодексу законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 5–6. С. 30–39 и др.

[661] См.: Трахтенберг И.А. Коллективный договор. С. I.

[662] Канторович Я.А. Коллективный договор. С. 17.

[663] Трахтенберг И.А. Указ. соч. С. 30.

Фирменные договоры являлись первой ступенью в развитии коллективно-договорной практики. Местные (локальные) коллективные договоры получили наибольшее распространение в Германии, Австрии, Франции и Бельгии. Генеральные (национальные) олицетворяли высшую ступень развития коллективно-договорной практики и получили распространение, прежде всего, в Англии и США. Изучение зарубежного опыта позволило И.С. Войтинскому сделать следующий вывод: "На смену либеральной доктрине свободы договора личного найма и применения к договору о труде общих начал обязательственного права приходит тенденция новейшей социальной политики, признающей необходимость сочетания в области отношений трудового договора норм публичного и частного права... В области частноправовой нормировки коллективных и индивидуальных договоров… обнаруживаются публично-правовые элементы: неотменяемость коллективного договора последующими индивидуальными договорами, нормативные функции коллективного договора, распространяющегося на неопределенный круг лиц, и другие признаки, являющиеся отступлением от общедоговорных гражданско-правовых принципов"[664]. П.Д. Каминская считала коллективный договор признанием за рабочим классом права создавать правопорядок непосредственно на производстве – в цитадели, если можно так выразиться, капиталистов[665]. Показателен вывод Я.А. Канторовича о том, что коллективный договор в России построен на тех же основаниях, что и в буржуазных странах[666]. Он определил три основных отличия коллективного договора в СССР и буржуазных странах. Во-первых, в СССР защита интересов трудящихся занимает доминирующее место, а охрана труда носит публично-правовой характер. Во-вторых, наиболее крупным представителем капитала в СССР является государство, что делает формы борьбы труда и капитала иными, не конфронтационными. В-третьих, в СССР принципиально иное положение профсоюзов, которые участвуют в организации и регулировании народного хозяйства и имеют монополию на представительство в

[664] Войтинский И.С. Трудовое право СССР. С. 84–85, 187.
[665] См.: Каминская П.Д. Очерки трудового права. М., 1927. С. 66.
[666] См.: Канторович Я.А. Указ. соч. С. 176.

коллективно-договорных отношениях[667]. Общий вывод Я.А. Канторовича, сделанный в духе социологического учения Л. Дюги, можно признать актуальным на сегодняшний день: "Замеченная ныне во всех странах тенденция к законодательной нормировке коллективных соглашений знаменует собой стремление – стихийную классовую борьбу между трудом и капиталом дополнить организованным действием правовых норм и превратить коллективное соглашение из чисто социального явления, направляемого случайным соотношением борющихся сил и имеющих своею санкциею стачку и локауты, – в правовой институт, санкционированный государственной властью и обеспечивающий завоевания рабочего класса"[668].

В годы НЭПа коллективные договоры выполняли двоякую роль: развивали и дополняли положения трудового законодательства, а также регламентировали общественные отношения, не урегулированные в трудовом законодательстве. К концу 20-х гг. XX в. значение коллективных договоров существенно снизилось, а исследования стали носить преимущественно агитационно-комментаторский характер[669]. Централизованные, плановые начала экономики и регулирования трудовых отношений вытеснили коллективные договоры из числа значимых правовых регуляторов. В 1934 г. они сохранились только в отдельных отраслях промышленности, а с 1935 по 1947 г. вообще не заключались. С точки зрения руководителей политического режима, это было обоснованным решением. Декларативность коллективных договоров была очевидна, а с трудовым энтузиазмом дело и так обстояло благополучно. В этой связи их разработка и принятие только отнимали рабочее время.

Восстановление коллективно-договорной практики на основании постановления Совета Министров СССР от 4 февраля 1947 г. также в основе имело не правовую, а экономико-идеологическую мотивацию: показать, что рабочие участвуют в управлении производством, и стимулировать выполнение произ-

---

[667] Канторович Я.А. Указ. соч. С. 176–178.

[668] Там же. С. 190.

[669] См.: Вейнберг Г.Д. Колдоговоры заключительного года пятилетки. М., 1932; Исаев А., Зеленская Е. Коллективный договор. М., 1930 и др.

водственных планов. Коллективные договоры не стали источниками права и представляли собой хозяйственно-политические акты. В коллективных договорах того периода абсолютно преобладали обязательства работников производственного характера, что во многом дублировало плановые показатели. Они содержали в том числе "конкретные морально-политические обязательства"[670].

С конца 40-х гг. появились новые исследования по данной проблеме, носившие не только правовой, но и хозяйственно-идеологический характер[671]. В этот период коллективный договор определялся как соглашение между администрацией предприятия (организации) и рабочими (служащими) в лице профсоюзных органов, устанавливающее обязательства предприятия, работников и профсоюзной организации по выполнению и перевыполнению производственного плана, обеспечению материальных, культурно-бытовых и других условий труда. Практическая ценность коллективного договора представлялась, прежде всего, в мобилизации трудящихся на выполнение задач, поставленных КПСС[672]. С той или иной степенью подробности такое определение сохранилось в науке советского трудового права до конца 80-х гг. XX в.[673]

Традиционно считается, что принятие постановления Совета Министров СССР и ВЦСПС "О заключении коллективных договоров на предприятиях и в организациях" от 6 марта 1966 г. ознаменовало новый этап в истории коллективно-договорной практики. Можно согласиться с тем, что права администрации и профкомов по установлению условий труда несколько расширились, а у работников появилось больше возможностей защищать свои интересы. Но этот "новый" этап слишком много унаследовал от старого. В централизованном порядке устанавливался не только по-

---

[670] См.: Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 70.

[671] См.: Москаленко Г.К. Коллективный договор в период развернутого строительства коммунизма в нашей стране. М., 1961; Пашерстник А.Е. Коллективный договор. М., 1951; Он же. Коллективный договор в буржуазных юридических теориях и законодательстве капиталистических стран // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. 1948. № 1; Севостьянова А.И. Коллективный договор. М., 1951 и др.

[672] См.: Пашерстник А.Е. Коллективный договор. С. 53, 92 и др.

[673] См., например: Советское трудовое право / Под ред. Н.Г. Александрова. М., 1972. С. 214.

рядок заключения, но и перечень разделов коллективных договоров, что делало их строго однотипными. В течение нескольких лет коллективные договоры вновь превратились в формальные акты, правильно называемые "преимущественно хозяйственно-политическими актами", повышающими, направляющими и мобилизующими коллектив на выполнение поставленных задач[674].

КЗоТ РСФСР 1971 г. не дал определения коллективного договора, ограничившись указанием на его стороны – профком и администрацию предприятия (ст. 7), а ст. 8 "Содержание коллективного договора" не позволяла достоверно судить о его правовой природе, кроме нормативного характера его положений.

В течение всего времени своего существования, включая и рассматриваемый период, нормативный характер коллективному договору придавало обязательное его утверждение (регистрация) Народным комиссариатом труда (НКТ) или регистрация соответствующими вышестоящими министерствами (ведомствами) и профсоюзами. К тому же уже упомянутая ранее ст. 5 КЗоТ (в ред. до Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г.) не позволяла в договоры о труде включать условия, противоречащие трудовому законодательству, т.е. не только ухудшающие, но и улучшающие положение работника по сравнению с ним. Такие условия признавались недействительными. Это привело к тому, что в нормативную часть коллективных договоров могли быть в основном включены только положения, дублирующие действующее законодательство. В литературе того периода они именовались "нормативными положениями информационного характера", воспроизводившими нормы действующего законодательства, относящегося к условиям данного производства. И незначительная часть нормативных положений приходилась на локальные нормы, разработанные профсоюзным комитетом и администрацией организации в пределах предоставленных им прав.

Вместе с тем, с конца 60-х гг. интерес исследователей к проблеме коллективного договора активизировался, и до конца

---

[674] См.: Алексеев Г., Иванов Е. Профсоюзы в период строительства коммунизма. М., 1986. С. 199–200.

70-х гг. ей было посвящено 5 кандидатских диссертаций[675]. Была продолжена полемика по вопросу о сторонах коллективного договора. Разногласия по определению субъектов касались каждой из сторон. В отношении работодателя стороной коллективного договора некоторые называли предприятие[676], многие – администрацию предприятия[677] или руководителя предприятия[678]. В отношении работников стороной коллективного договора считали чаще всего либо трудовой коллектив, либо профсоюзный комитет[679], либо трудовой коллектив совместно с профкомом[680]. Суть этой дискуссии сводилась к решению проблемы, продиктованной идеологическими установками. Государственные предприятия, организации рассматривались как организованный трудовой коллектив. В государстве трудящихся, а затем и общенародном государстве иной трактовки не могло и быть. Следовательно, одной стороной коллективного договора является предприятие как организованный трудовой коллектив, другой – профсоюзный орган, представляющий все тот же трудовой коллектив. Отсюда вытекает полное совпадение сторон коллективного договора, а так не должно быть. Для того чтобы решить эту проблему, и обосновывались вышеназванные подходы к определению сторон коллективного договора в условиях социалистического строительства.

Применительно к содержанию коллективного договора позиции советских ученых-трудовиков характеризовались практически

---

[675] Их авторами являлись Б.А. Архипова (1971 г.), В.Н. Даниленко (1969 г.), В.Р. Дубуре (1977 г.), Г.И. Лях (1978 г.), С.К. Юдельсон (1969 г.).

[676] См.: Пашерстник А.Е. Коллективный договор. С. 56–58; Москаленко Г.К. Хозяйственная реформа и коллективный договор // Хозяйственная реформа и трудовое право. М., 1970. С. 151–152; Бару М.И. Коллективный договор. Харьков, 1973. С. 17 и др.

[677] См.: Советское трудовое право / Под ред. Н.Г. Александрова. С. 215; Архипова Б.А., Писарева Л.Н. Коллективный договор и профком. М., 1988. С. 32–35 и др.

[678] См.: Догадов В.М. К вопросу о субъектах коллективного договора и его правовой силе // Известия АН СССР. Отд. экономики и права. 1950. № 3. С. 203.

[679] См.: Снигирева И.О., Явич Л.С. Государство и профсоюзы. М., 1967. С. 153 и др.

[680] См.: Шебанова А.И. Коллективный договор на современном этапе // Вопросы теории государства и права. М., 1988. С. 79–80.

единым подходом с теми или иными акцентами его содержания. Всеми признавалась сложная природа коллективного договора, включающего нормативную и обязательственные части. К нормативной части коллективного договора относили основные положения по вопросам труда и заработной платы, установленные для данного предприятия (организации) в соответствии с действующим законодательством, а также положения о рабочем времени, времени отдыха, заработной плате, охране труда, разработанные администрацией и профсоюзным комитетом в пределах предоставленных им прав и носящие нормативный характер. В обязательственную часть коллективного договора включали взаимные обязательства администрации и коллектива рабочих и служащих по выполнению государственных планов экономического и социального развития, встречных планов и социалистических обязательств, развитию социалистического соревнования, укреплению производственной и трудовой дисциплины. Отмечалось, что коллективный договор также содержит обязательства администрации и профсоюзного комитета по улучшению жилищных условий и культурно-бытового обслуживания трудящихся, развитию воспитательной и культурно-массовой работы. Таким образом, коллективный договор рассматривался как важный документ юридического и хозяйственно-политического характера, который выражается в двух формах: правовой и общественно-моральной[681]. Как хозяйственно-политический акт, коллективный договор характеризовался в качестве действенной правовой формы участия трудящихся в управлении производством, эффективного инструмента улучшения хозяйственной деятельности предприятия, материального и культурно-бытового положения трудящихся.

Большинство исследователей сходились в том, что коллективные договоры могли содержать в себе три группы правил: во-первых, правила, регулирующие трудовые отношения; во-вторых, регулирующие отношения между профсоюзом и администрацией предприятия; в-третьих, общественно-моральные нор-

[681] Советское трудовое право / Под ред. Б.К. Бегичева, А.Д. Зайкина. М., 1985. С. 166.

мы. Этой проблеме был посвящен целый ряд исследований[682]. На уровне учебной литературы коллективно-договорные обязательства подразделяли на юридические и морально-политические. Первые выражались в конкретных юридических обязательствах администрации предприятия, их выполнение обеспечивалось мерами государственного принуждения. Морально-политические обязательства несут работники, профсоюзные органы. Выполнение этих обязательств обеспечивается высокой сознательностью трудового коллектива, силой общественного мнения, внутрипрофсоюзной дисциплиной. За неисполнение морально-политических обязательств отдельные работники отвечают морально перед общественностью; их поведение обсуждается на общих собраниях. Советское трудовое право исключало имущественную ответственность профсоюзов за невыполнение коллективных договоров. Особо подчеркивалось, что профсоюзные комитеты за нарушение условий коллективного договора несут моральную ответственность перед членами профсоюза, избравшими эти комитеты, и вышестоящими профсоюзными органами[683]. Таким образом делался вывод о двусторонне-обязывающем характере коллективного договора в условиях социализма, выполнение которого обеспечивалось мерами юридической и моральной ответственности.

Определенные позитивные изменения в коллективно-договорной практике были связаны с Общим положением о порядке заключения коллективных договоров, принятым Президиумом ВЦСПС и Госкомтрудом СССР 27 ноября 1987 г. Было устранено навязывание “сверху” структуры и содержания коллективных договоров, отменялась их регистрация. Но степень свободы действий сторон в условиях нарастающего кризиса была невелика, а инерция мышления не позволяла использовать даже имеющиеся возможности. Новая редакция ст. 5 КЗоТ 1971 г. (от 5 февраля 1988 г.) так и не смогла кардинально изменить ситуа-

[682] См.: Архипова Б.А., Писарева Л.Н. Коллективный договор и профкомы. М., 1988; Бару М.И. Коллективный договор. Харьков. 1973; Лях Г.И. Коллективный договор на предприятии. Минск, 1981 и др.

[683] См.: Советское трудовое право / Под ред. В.С. Андреева. М., 1971. С. 85–98; Советское трудовое право / Под ред. А.Д. Зайкина. М., 1979. С. 176–177 и др.

цию. Поэтому не случайно ряд ученых усомнился в праве на существование такой коллективно-договорной практики, поскольку значение коллективных договоров как источника права в таких случаях невелико. Так, по мнению В.А. Вайпана, в условиях перестройки, расширения самостоятельности предприятий и усиления процессов демократизации на производстве отпадет необходимость в коллективных договорах как таковых вообще, а им на смену придут локальные нормативные акты[684]. В этот период началась подготовка закона СССР о коллективных договорах и соглашениях, но до распада СССР он так и не был принят.

Возрождение роли коллективных договоров связано с принятием Закона РФ "О коллективных договорах и соглашениях" (11 марта 1992 г.)[685], однако уже в 1995 г. он претерпел существенные изменения и дополнения[686]. Применение названного закона на практике вызывало немало вопросов, а ныне он отменен.

ТК РФ 2001 г. содержит специальные главы, посвященные коллективным переговорам и коллективным договорам и соглашениям. Таким образом, коллективно-договорная практика является основной составляющей правового механизма социального партнерства. Коллективные договоры и соглашения имеют сложную публично-частноправовую природу. В законодательстве большинства стран Запада и научных доктринах они относятся к источникам права. В России первые случаи заключения коллективных соглашений отмечались с 1904 г., но нормативная база данного процесса в досоветский период так и не была создана. Советская модель коллективно-договорных отношений отличалась самобытностью. За исключением короткого периода в 20-х гг. XX в., коллективные договоры не имели характера согласования воли представителей работников и работодателей. В последнее десятилетие XX в. произошли принципиальные изменения в отечественной коллективно-договорной практике и законодательстве. В настоящее время мы можем говорить о возвраще-

[684] См.: Вайпан В.А. Функции коллективного договора сквозь призму перестройки // Советское государство и право. 1988. № 5. С. 68.

[685] Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 17. Ст. 890.

[686] Собрание законодательства РФ. 1995. № 48. Ст. 4558.

нии к изначальной сути анализируемого института: консенсусному согласованию, компромиссу интересов работников и работодателей.

3.7. Коллективные договоры и соглашения: правовая природа и соотношение с индивидуальным трудовым договором

Коллективные договоры. Согласно действующему законодательству под коллективным договором понимается правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения в организации или у индивидуального предпринимателя и заключаемый работниками и работодателем в лице их представителей (ст. 40 ТК РФ). Что следует понимать под неоднозначным термином “правовой акт”, определяющим природу коллективного договора? Может, это акт, содержащий нормы права, в том числе локальные? А может, это акт реализации прав и обязанностей сторон в форме договора? Ведь и в том и в другом случае речь идет о правовом акте.

В зависимости от характера ответов на поставленные вопросы в теории трудового права обоснованы две концепции, определяющие юридическую природу коллективного договора. В первом случае имеется в виду концепция публично-правовой природы коллективного договора, имеющего силу закона. Страны, взявшие за основу указанную концепцию, на уровне законодательства придают коллективным договорам принудительную силу. Коллективные договоры могут быть исполнены через судебные, административные органы и обеспечены различными формами ответственности за их невыполнение (США, Канада, Франция, Греция, Швеция, Испания, Бельгия, Нидерланды, Португалия). Во втором случае речь идет о договорной концепции, в соответствии с которой коллективный договор есть соглашение сторон. Поэтому в законодательстве ряда стран коллективные договоры рассматриваются как обычные цивилистические сделки,

реализуемые гражданско-правовыми методами (ФРГ, Дания, Норвегия, Швейцария)[687].

В теории советского трудового права не прижилась ни та, ни другая концепция, а сложилось единодушное в целом суждение о смешанной природе коллективного договора. Согласно названной дуалистической концепции коллективный договор – это источник трудового права, акт совместного нормотворчества заключивших его лиц. При этом подчеркивается сложная природа коллективного договора, включающего нормативные условия и обязательства[688]. С учетом современного российского трудового законодательства в литературе до недавних пор отмечалось, что "коллективный договор все более явственно приобретает черты локально-правового нормативного акта... нормативные положения по сравнению с обязательственно-правовыми становятся доминирующими в его содержании"[689]. Иными словами, констатировался факт усиления публично-правовых начал в смешанной природе коллективного договора.

Полагаем, что указанный подход к юридической природе коллективного договора связан с концепцией локального нормотворчества в трудовом праве и во многом продиктован ею. Так, в советской науке трудового права ряд авторов разграничивали акты, принимаемые в локальном порядке, на два вида: собственно локальные нормативные акты, принимаемые администрацией предприятия совместно или по согласованию с профсоюзами, и нормативные соглашения (коллективные договоры), заключаемые на предприятиях трудовым коллективом и администрацией. Нормативные соглашения отличает особый порядок их принятия и значительная диспозитивность по сравнению с нормативными актами[690].

В условиях единства и господства социалистической государственной собственности можно и должно было согласиться с

---

[687] См.: Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 246.

[688] См., например: Советское трудовое право / Под ред. Б.К. Бегичева, А.Д. Зайкина. М., 1985. С. 81; Смолярчук В.И. Источники советского трудового права. М., 1978. С. 11–12.

[689] Трудовое право / Под ред. О.В. Смирнова. М., 1996. С. 121.

[690] См.: Антонова Л.И. Локальное правовое регулирование. Л., 1985. С. 98, 105–106.

тем, что коллективный договор – это особый локальный нормативный акт, либо придерживаться более мягкой формулировки о том, что "коллективный договор содержит нормативные положения (локальные нормы) наряду с обязательственными"[691]. Причем последняя формулировка, учитывающая сложную природу коллективного договора, привела в дальнейшем к появлению в научном обороте некоего гибрида-договора, который называют нормативным соглашением[692] или нормативно-договорным соглашением[693]. Таким образом, "азбучной" стала трактовка коллективного договора как нормативного акта, имеющего договорную природу. При этом в настоящее время некоторые авторы особо акцентируют внимание на публично-правовой природе коллективных договоров. Так, Н.И. Дивеева пишет, что "коллективный договор, заключая в себе конститутивные признаки договора как средства согласованной организации общественных отношений, является нормативным соглашением локального характера, имеющим публично-правовую природу"[694].

Содержание коллективного договора. Именно договорные его начала и предопределяют содержание коллективного договора. В соответствии с ТК РФ содержание и структура договора определяются сторонами (ст. 41). При этом ТК РФ ранее (до изменений, внесенных ФЗ от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ)[695] содержал весьма некорректную классификацию условий коллективного договора. К нормативным положениям договора относились только те положения, которые появлялись в коллективном договоре при прямом предписании в действующем законодательстве об обязательности их закрепления в коллективном договоре. А все остальные условия договора (перечень открытый) причислялись к взаимным обязательствам сторон. Такой подход нельзя признать

---

[691] Тарасова В.А. Предмет и понятие локальных нормативных актов // Правоведение. 1968. № 4. С. 94.

[692] См.: Антонова Л.И. Локальное правовое регулирование. Л., 1985. С. 99.

[693] См.: Толкунова В.Н., Гусов К.Н. Трудовое право России. М., 1995. С. 33.

[694] Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999. С. 48.

[695] См.: Российская газета. 2006. 7 июля.

плодотворным, так как имеет место смешение нормативных и обязательственных условий, ограничивается сфера локального нормотворчества в коллективном договоре.

Действительно, коллективный договор включал условия нормативные и обязательственные. Нормативные условия содержали локальные нормы права. В отличие от нормативных, обязательственные условия не носили нормативного характера, предусматривали конкретные обязательства сторон с указанием срока их исполнения и ответственного лица. В новой редакции ст. 41 ТК РФ вводит однородное содержание коллективного договора, а именно в него могут включаться обязательства работников и работодателей по определенному перечню вопросов (перечень открытый). Следует ли из этого, что коллективные договоры не могут содержать норм права? Нет, не следует. В ст. 5 ТК РФ среди актов, содержащих нормы трудового права, названы коллективные договоры, соглашения. Более того, согласно ст. 8 ТК РФ коллективные договоры и соглашения имеют большую юридическую силу по сравнению с локальными актами. Следовательно, стороны таких договоров и соглашений сами вправе определять вопросы, по которым они примут нормативные условия.

Очевидно, что к данным условиям коллективного договора предъявлялся ряд требований. Локальное нормотворчество в коллективном договоре осуществляется в пределах, установленных законом. Это означает, что, во-первых, локальной нормой не могут регулироваться условия, которые регламентируются императивными нормами российского законодательства. Во-вторых, стороны обязаны в коллективный договор включить нормативные положения, если в действующих законодательных актах содержится прямое предписание об обязательном закреплении этих положений в коллективном договоре. В-третьих, в коллективный договор соглашением сторон включаются любые иные локальные нормы, не противоречащие действующему законодательству и не ухудшающие положения работника по сравнению с действующим законодательством и иными вышестоящими по юридической силе актами, содержащими нормы трудового права.

Юридическая сила коллективного договора. Традиционно в международной практике юридическая сила коллективного договора определяется по трем основным категориям: 1) взаимо-

действие коллективного договора и индивидуального трудового договора; 2) действие коллективного договора в отношении работников, не являющихся членами профсоюза; 3) возможность реализации положений коллективного договора через судебные органы[696].

Соотношение индивидуального трудового договора с коллективным договором. Международная практика пришла почти к единому знаменателю по данному критерию. Согласно Рекомендации МОТ № 163 о содействии коллективным переговорам (1981 г.) названное соотношение сводится к следующим правилам:

1) коллективный договор связывает подписавшие его стороны, а также лиц, от имени которых он заключен, и в таком случае индивидуальные договоры не должны включать условия, противоречащие положениям коллективного договора;

2) если условия индивидуальных договоров противоречат коллективному договору, ухудшая положение работника, они должны считаться недействительными и замещаться на соответствующие положения коллективного договора. Однако, если условия коллективного договора более благоприятны для трудящихся, чем положения коллективного договора, они сохраняют силу. Близкая по содержанию норма закреплена и ТК РФ (ст. 9).

Вместе с тем, в некоторых странах с учетом социально-экономического положения законодатель допускает исключения из принципа in favorem (договоры о труде могут только улучшать, но не ухудшать положение работника по сравнению с законодательством). Так, в Польше разрешено включать в коллективные договоры нормы, ухудшающие условия труда работников по сравнению с законодательством, если это оправдано необходимостью предотвращения или ограничения безработицы. Ради названных целей и в коллективные заводские договоры разрешено включать нормы, ухудшающие положение работников по сравнению с отраслевыми и региональными соглашениями[697].

---

[696] См.: Усенин В.И. Социальное партнерство или классовая борьба? М., 1968. С. 127–145.

[697] Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. С. 399.

Действие коллективного договора в отношении работников, не являющихся членами профсоюза. В современной интерпретации это принцип всеобщности действия коллективного договора по кругу работников. По действующему российскому законодательству интересы работников при заключении коллективного договора могут представлять, как правило, профсоюзные органы или иные представители работников. Работники, не являющиеся членами профсоюза, вправе уполномочить орган первичного профсоюза представлять их интересы в ходе коллективных переговоров и заключения коллективного договора (ст. 30 ТК РФ). Но если они не уполномочат профсоюзный орган на представительство своих интересов, не означает ли это, что на таких работников коллективный договор не распространяется? Из ТК РФ следует отрицательный ответ. Согласно ст. 43 ТК действие коллективного договора распространяется на всех работников данной организации, ее филиала, представительства и иного обособленного структурного подразделения.

В большинстве стран коллективные договоры также распространяются на всех занятых у работодателя лиц, независимо от их профсоюзного членства (Венгрия, Германия, США и др.). Исключения из этого правила встречаются довольно редко. Например, в Болгарии действие коллективных договоров распространено на рабочих и служащих, которые являются членами профсоюзной организации – стороны договора. Рабочие и служащие, не входящие в состав профсоюзной организации, заключившей договор, могут к нему присоединиться, подав письменное заявление об этом работодателю и руководству профсоюзной организации[698].

Возможность реализации коллективного договора через судебные органы. В большинстве стран коллективные договоры являются юридически обязательными для сторон актами. Это означает, что работодатель или работники вправе обратиться в судебные органы за принудительным исполнением условий коллективного договора. В ряде стран такими полномочиями обладают специальные трудовые суды (Германия, Дания, Франция и др.), в других странах – суды общей юрисдикции (например,

[698] См.: Трудовое и социальное право зарубежных стран / Под ред. Е.Б. Френкель. М., 2002. С. 44–50.

США), и только в Великобритании коллективные договоры считаются “джентльменскими соглашениями”, не имеют юридической силы. Однако они остаются таковыми до тех пор, пока стороны специально не заявят о том, что они желают, чтобы соглашение было юридически обеспечено, хотя это встречается крайне редко[699]. Таким образом, в большинстве стран надлежащее исполнение коллективного трудового спора обеспечивается судебной исковой формой защиты. Так, в соответствии с Трудовым кодексом Франции (ст. 135-6) лица, связанные коллективным договором, могут предъявлять любые иски об исполнении договорных обязательств или возмещении убытков. Ряд стран предусматривает в законодательстве также и административные формы защиты. Например, в Италии трудовые инспекторы коммун вправе применять административные штрафы, размеры которых увеличиваются пропорционально сроку, в течение которого продолжалось нарушение работодателем императивных условий коллективных договоров, и количеству работников, в отношении которых имели место нарушения прав.

В соответствии с ТК РФ в содержание коллективного договора включаются взаимные обязательства сторон: работодателя и работников. Между тем при внимательном прочтении закона мы обнаружим односторонний характер этих обязательств. Односторонний договор порождает у одной стороны только обязанности, у другой – права. Но при этом он остается договором, требующим соглашения сторон, юридические обязанности по коллективному договору, по сути, несет только одна сторона – работодатель. Именно обязанности работодателя обеспечиваются санкцией – административной и дисциплинарной ответственностью представителя работодателя, виновного в нарушении или невыполнении коллективного договора. Однако следует заметить, что суммы административного штрафа перечисляются в госбюджет, а не потерпевшей стороне, в данном случае коллективу работников. Более того, сам по себе административный штраф – еще не гарантия обеспечения принудительного исполнения условий кол-

[699] См.: Райдоут Р. Контроль прерогатив администрации // Сравнительное трудовое право: по материалам советско-британского симпозиума. М., 1987. С. 116.

лективного договора и восстановления нарушенных коллективных прав. Суд не вправе обязать работодателя осуществить те действия, которые должны быть выполнены по договору.

Не снимает проблемы и применение мер дисциплинарной ответственности к представителю работодателя. Согласно ст. 195 ТК РФ работодатель обязан рассмотреть заявление представительного органа работников о нарушении руководителем организации, руководителем структурного подразделения, их заместителями условий коллективного договора, соглашения и сообщить о результатах рассмотрения. В случае, если факты нарушений подтвердились, работодатель обязан применить к руководителю дисциплинарное взыскание вплоть до увольнения. Однако работодатель вправе ограничиться, например, объявлением замечания, и требования рассматриваемой статьи закона будут соблюдены.

Нам могут возразить, указав, что каждый работник индивидуально или группой вправе обратиться вначале в комиссию по трудовым спорам или в суд с иском о нарушении индивидуальных трудовых прав, предусмотренных коллективным договором. Решение суда по конкретному делу обеспечивается принудительным исполнительным производством. Очевидно, что такие индивидуальные обращения в суд не могут рассматриваться в качестве адекватного способа обеспечения исполнения договора со стороны работодателя. По коллективному договору коллективным социально-трудовым правам работников корреспондируют обязанности работодателя, следовательно, необходимы не только индивидуальные, но и коллективные средства защиты прав работников.

Из действующего трудового законодательства следует, что таким коллективным средством принудить работодателя выполнить условия коллективного договора является забастовка. Работники вправе реализовать свое право на забастовку при соблюдении установленных примирительных процедур в любое время как в период коллективных переговоров по поводу заключения коллективного договора, так и после его подписания. Сохраняется право на забастовку, даже если в коллективном договоре закреплено обязательство отказа коллектива работников от забастовок по условиям, включенным в данный коллективный договор, при своевременном и полном их выполнении работодателем. Об этом свидетельствует исчерпывающий в ст. 413 ТК РФ пере-

чень оснований признания забастовки незаконной, где такого основания, как нарушение обязательства об отказе от забастовок, не предусматривается. Таким образом, названное обязательство носит декларативный характер и не обеспечено санкциями на случай его нарушения. Это вновь подтверждает наш тезис об одностороннем характере коллективного договора.

Следует отметить, что такие обязательства были известны российской коллективно-договорной практике 20-х гг. XX в. В.М. Догадов, анализируя практику применения КЗоТ 1922 г. в отношении коллективных договоров, писал, что в нашей стране обязанность профсоюзов воздержаться от стачек по коллективному договору существует только в отношении частновладельческих предприятий, на государственных не практикуется [700].

Вернемся к действующему российскому законодательству. Возникает закономерный вопрос: зачем прибегать к такому конфликтному и "обоюдоострому" способу обеспечения исполнения коллективного договора, как забастовка? Если коллективный договор – это обязательство, подписанное сторонами, то и разрешить этот конфликт по существу следует в юрисдикционном органе. Общие суды при определенной специализации могут справиться с этой задачей, поскольку разрешается трудовой спор о праве, спор по поводу применения установленных социально-трудовых прав.

Если мы рассмотрим зарубежный опыт, то найдем немало случаев подтверждения указанной позиции. Так, Закон Испании “О статусе трудящихся” (1980 г.) устанавливает, что конфликты, связанные с применением и толкованием коллективного договора, разрешаются компетентным судебным органом. В Швеции Законом "О совместных решениях и трудовых отношениях" (1976 г.) предусматривается право суда по заявлению любой из сторон не только разрешить по существу спор по поводу нарушения условий коллективного договора, но и применить коллективные санкции организационного характера, а именно объявить коллективный договор недействительным либо освободить одну

[700] См.: Догадов В.М. Правовое положение профессиональных союзов в СССР. Очерки профсоюзного права. М.; Л., 1928. С. 44.

из сторон от обязательств, вытекающих из договора[701]. Во многих странах в качестве добровольной альтернативы судебной процедуре признается процедура примирения и арбитраж. Например, в США по Закону Тафта-Хартли профсоюзы и работники получили право обжаловать в суд действия другой стороны, нарушающей положения коллективного договора. Суд рассматривает иск по существу, если коллективный договор не содержит условия об арбитражном урегулировании конфликта[702].

Паритетная ответственность сторон в коллективном договоре. Взаимность обязательств сторон коллективного договора в зарубежной практике обеспечивается не только решениями юрисдикционных органов, но и институтом паритетной ответственности. Суть этой ответственности заключается во взаимном отказе сторон на период действия коллективного договора от забастовок и локаутов. В Федеральном законе "О порядке разрешения коллективных трудовых споров" (1995 г.), ныне отмененном, и в ТК РФ рецепция названного института носит половинчатый характер. С одной стороны, в коллективный договор стороны вправе включить обязательство от отказа от забастовок по условиям, включенным в данный коллективный договор, и при их выполнении (ст. 41 ТК РФ), с другой – локауты со стороны работодателя запрещены (ст. 415 ТК РФ). Как мы отмечали выше, в законе отсутствуют санкции на случай нарушения коллективом работников обязательства отказа от забастовок. Предусмотреть этот вид ответственности в самом коллективном договоре также невозможно, так как эти санкции будут ухудшать положение работника по сравнению с законом и потому будут признаны недействительными. Нам могут выдвинуть контраргумент, указав, что такие санкции существуют по закону в виде дисциплинарной ответственности, к которой привлекаются работники, продолжающие участие в забастовке, признанной незаконной (ст. 417 ТК РФ). Но это не ответственность стороны коллективного договора, а индивидуальная дисциплинарная ответственность конкретного работника по закону. Та-

---

[701] См.: Швеция: Конституция и законодательные акты. М., 1983. С. 260–277.

[702] См.: Мачульская Е. Управление предприятием и трудовое право: опыт США. М., 1996. С. 38–40.

ким образом, и в этой части ныне действующий закон не содержит юридических обязанностей, а следовательно, и юридической ответственности другой стороны коллективного договора – коллектива работников. Именно в этом смысле и верно утверждение, что сегодня по законодательству коллективный договор с точки зрения юридической квалификации носит односторонний характер. Эта ситуация ненормальная, взаимные обязанности и ответственность должны стать неотъемлемой частью правового механизма социального партнерства. В этой связи особый интерес представляет теория паритетной ответственности сторон, иными словами, теория "противовесов" забастовка – локаут. Ограничимся на этот счет общими замечаниями.

В советской науке названную теорию квалифицировали как буржуазную теорию "классового мира", призванную "замаскировать эксплуататорскую природу буржуазного строя, приукрасить капитализм". Вместе с тем, отечественные ученые раскрывали сущность этой теории, практику ее применения в странах развитого капитализма[703]. В буржуазной теории различают два вида "обязанности классового мира" – относительную и абсолютную. "Относительная обязанность мира" исключает забастовки, соответственно и локауты по вопросам, урегулированным коллективным договором, в течение периода его действия. Абсолютная "обязанность мира" выходит за рамки коллективного договора и распространяется на любые коллективные трудовые конфликты по вопросам, не урегулированным коллективным договором. Эта обязанность может сохраняться и после истечения срока коллективного договора[704]. Эти "мирные обязательства" также могут подразделяться на виды в зависимости от оснований их исполнения. Так, в ряде стран, где проведение забастовки запрещено в течение срока действия коллективного договора (например, Канада, США, ФРГ), этот отказ действует независимо от того, нарушается коллективный договор со стороны работодателя или

[703] См., например: Усенин В.И. Социальное партнерство или классовая борьба? М., 1968; Киселев И., Мошенский М. Буржуазные теории труда на службе монополий. М., 1965 и др.

[704] См.: Киселев И.Я. Трудовые конфликты в капиталистическом обществе: социально-правовые аспекты. М., 1978. С. 189.

нет. Исполнение коллективного договора в этих странах обеспечивается судебной защитой. В других странах, например Франции, под “мирным обязательством” понимается отказ от проведения забастовок в случае, если положения коллективного договора, соглашения не нарушаются. Различается и порядок правового закрепления юридической силы “мирных обязательств”. Например, в США, для того чтобы мирное обязательство имело юридическую силу, необходимо его закрепление в коллективном договоре, а в большинстве провинций Канады, независимо от воли сторон коллективного договора, это обязательство следует из законодательства[705].

Российскому законодателю, провозгласившему социально-партнерские начала в регулировании трудовых отношений, зарубежный опыт «мирных обязательств» может сослужить добрую службу.

Коллективные соглашения. В российском трудовом законодательстве выделяются два вида актов социального партнерства в зависимости от сферы их действия: коллективные договоры и коллективные соглашения. Между тем отметим, что международные акты о труде используют для обозначения правовых актов социального партнерства единое понятие «коллективный договор». Так, в Рекомендации МОТ № 91 «О коллективных договорах» коллективный договор определяется как письменное соглашение относительно условий труда и найма, заключаемое, с одной стороны, между работодателем, группой работодателей или одной или несколькими организациями работодателей и, с другой стороны, одной или несколькими представительными организациями трудящихся или, при отсутствии таких организаций, представителями самих трудящихся, надлежащим образом избранными и уполномоченными согласно законодательству страны.

Если согласно ТК РФ коллективные договоры заключаются на низовом уровне социального партнерства, то коллективные соглашения – это правовые акты, регулирующие социально-трудовые отношения на уровне РФ, субъекта РФ, территории

[705] См.: Лютов Н.Л. Забастовки и другие промышленные акции работников (международный и сравнительно-правовой анализ) // Труд за рубежом. 2001. № 4. С. 106–107.

(муниципального образования), отрасли (отраслей). По договоренности сторон, участвующих в коллективных переговорах, соглашения могут быть двусторонними и трехсторонними. Более того, по ТК РФ (ст. 45) перечень видов коллективных соглашений является открытым. Стороны вправе заключать иные коллективные соглашения.

Определяя юридическую природу коллективных соглашений, О.В. Смирнов считает, что в юридической иерархии источников трудового права эти соглашения стоят между законодательными (централизованными) и локальными нормативными актами, т.е. занимают промежуточное положение[706]. Однако само по себе указание на промежуточный характер коллективных соглашений не раскрывает их юридической природы. Еще в 70-х гг. прошлого века некоторые французские юристы (Ж. Камерлинк, Ж. Лион-Кан, Ю. Саватье) затруднялись определить юридическую природу генерального соглашения. При этом высказывались сомнения в том, можно ли относить эти соглашения к категории коллективных из-за участия в них государства как третьей стороны. Отечественный ученый Б.Н. Жарков считал такие соглашения разновидностью буржуазных коллективных договоров, так как на стороне предпринимателей в них выступал по существу сдвоенный субъект права (патронат и правительство), объединенные общностью государственно-монополистических интересов[707]. Последнее утверждение более чем сомнительно, но неопределенная сложная правовая природа коллективных соглашений очевидна.

В постсоветский период А.С. Пашков предлагал усилить публичные начала коллективных соглашений, возложив на работодателя в этих соглашениях обязанность иметь коллективный договор как локальный правовой акт на основании заключенных коллективных соглашений. Поскольку сужается сфера государственно-правового регулирования, постольку в этих условиях кол-

[706] См.: Трудовое право / Под ред. О.В. Смирнова. М., 1996. С. 45.

[707] См.: Жарков Б.Н. Новые социально-правовые аспекты развития коллективных договоров при капитализме // Проблемы трудового права и права социального обеспечения. М., 1975. С. 247.

лективный договор становится одним из основных источников трудового права[708].

В ТК РФ коллективные соглашения определяются как правовой акт, регулирующий социально-трудовые отношения и устанавливающий общие принципы регулирования связанных с ними экономических отношений, заключаемый между полномочными представителями работников и работодателей на федеральном, межрегиональном, региональном, отраслевом (межотраслевом) и территориальном уровнях социального партнерства в пределах их компетенции (ст. 45). На наш взгляд, из систематического толкования ТК РФ и практики заключения коллективных соглашений вытекают различные подходы к определению их юридической природы в зависимости от вида названных соглашений. Генеральное, межрегиональные и региональные коллективные соглашения определяют общие принципы регулирования социально-трудовых отношений. Они носят рамочный характер, в то время как отраслевые (межотраслевые) соглашения, территориальные соглашения устанавливают общие условия оплаты труда, гарантии, компенсации и льготы работникам. Полагаем, что они по своей природе тяготеют к коллективным договорам. Поэтому юридическую силу этих коллективных соглашений мы определяем исходя из их “смешанной природы”.

Генеральное, межрегиональные и региональные коллективные соглашения имеют особую правовую природу. К ним применима юридическая конструкция рамочного (организационного) договора. Правовая природа коллективного соглашения (генерального, межрегионального, регионального) как организационного (рамочного) предопределяется его правовой целью. Так, в Генеральном соглашении между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2005 – 2007 гг. декларируется, что стороны на основании принципов социального партнерства в числе приоритетных целей ставят проведение в предстоящий период социально-экономической политики, обеспечивающей право работников

[708] См.: Пашков А.С. Социальное партнерство в сфере трудовых отношений // Правоведение. 1997. № 2. С. 9.

на достойный труд, повышение качества жизни работников и их семей, резкое сокращение масштабов бедности[709].

В отечественной литературе по гражданскому праву теория рамочного (организационного) договора разрабатывалась О.А. Красавчиковым в контексте учения о гражданско-правовых организационных правоотношенях. Гражданскими организационно-правовыми отношениями он назвал правоотношения, построенные на началах юридического равенства их участников и направленные на возникновение или упорядочение иных, как правило имущественных, отношений. К числу организационных относятся правоотношения, имеющие целью налаживание, упорядочение, нормальное функционирование тех экономических связей, в которых стороны принимают участие[710] Автор также предложил выделять договоры, в которых на первый план выходит организационное начало. Позднее Б.И. Пугинский пишет о квалификации этих договоров в качестве самостоятельного типа договоров в гражданском праве. Он на основе теории организационных правоотношений дает определение организационного договора в гражданском праве как соглашения об упорядочении взаимосвязей двух и более лиц, определяющего процедуру возникновения и общие условия исполнения конкретных имущественных обязательств в последующем, и (или) о мерах, направленных на повышение этой деятельности[711].

Возвращаясь к рассматриваемым коллективным соглашениям, еще раз подчеркнем, что их целью и предметом как организационного договора служит определение общих начал (принципов) взаимосвязанной (социально-партнерской) деятельности в регулировании социально-трудовых отношений на предстоящий, предусмотренный договором период. Это рамочный договор о социально-партнерском сотрудничестве сторон, который имеет одну и ту же правовую цель – организацию длительных правовых

---

[709] Российская газета. 2005. № 17. 29 янв.

[710] См.: Красавчиков О.А. Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925 – 1989. Сб. статей. М., 2001. С. 156–165.

[711] Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2005. С. 308.

связей в сфере социально-трудовых отношений и связанных с ними экономических отношений.

Из предмета и цели коллективного договора как организационного (рамочного) вытекает и ряд его отличительных особенностей. Во-первых, коллективное соглашение представляет собой рамку (схему) предполагаемых на предстоящий период отношений. В его содержание включаются, как отмечается в рассматриваемом Генеральном соглашении, обязательства сторон по проведению совместной работы по разработке и реализации комплекса мероприятий, обеспечивающих повышение уровня реальной заработной платы, участие в разработке законопроектов по социальному страхованию и т.д. Иными словами, определяются рамки определенного правового пространства, которое должно стать предметом совместного решения вопросов правового регулирования социально-трудовых отношений. Если в начале пути (Генеральные соглашения начали заключаться с 1992 г.) коллективные соглашения носили во многом характер соглашений о намерениях, общих деклараций, то в настоящее время обязательства сторон имеют конкретные ориентиры, нормативы, о которых стороны договариваются. Так, например, в Генеральном соглашении на 2005 – 2007 гг. стороны обязуются рекомендовать при заключении отраслевых и региональных соглашений устанавливать минимальные тарифные ставки (оклады) в организации внебюджетного сектора экономики на уровне прожиточного минимума в субъекте Федерации, рассмотреть целесообразность перехода на определение минимальной заработной платы в соответствии с принципами Европейской социальной хартии и др.

Другой особенностью коллективного соглашения как организационного договора является особый порядок его исполнения. Так, в рассматриваемом Генеральном соглашении стороны, исходя из необходимости более четкого разделения своей ответственности за формирование и проведение эффективной социально-экономической политики, обязуются провести консультации и в двухмесячный срок после заключения Соглашения подписать в дополнение к нему протокол о сферах социальной ответственности за реализацию соглашения каждой из сторон. Кроме того, каждая из сторон в трехмесячный срок после подписания соглашения разрабатывает и представляет в Российскую трехстороннюю

комиссию план мероприятий, необходимых для реализации принятых обязательств с указанием конкретных сроков и ответственных за исполнение членов Российской трехсторонней комиссии.

Региональные законодатели предпринимают шаги по конкретизации социальной ответственности социальных партнеров, переводя ее в плоскость юридической ответственности. Так, например, Закон от 11 июня 1999 г. "О социальном партнерстве" Кабардино-Балкарской республики, аналогичный Закон Республики Коми предоставляют право социальным партнерам установить в коллективном соглашении договорную ответственность за нарушения условий соглашения, если это не противоречит закону. Условия и порядок применения таких мер ответственности также должны предусматриваться коллективным соглашением. При этом подчеркивается, что в рамках договорной ответственности стороны соглашения вправе наделить орган системы социального партнерства полномочиями по применению согласованных мер ответственности (санкций), включая денежные выплаты за невыполнение или несвоевременное выполнение соглашений. Если в коллективное соглашение включены имущественные обязательства сторон, то ответственность за их неисполнение наступает в соответствии с гражданским законодательством.

Действие коллективных соглашений. Действие коллективных соглашений по кругу лиц согласно ТК РФ определяется, в первую очередь, статусом работодателей как участников коллективных соглашений. При этом критериями выступают, во-первых, членство работодателей в объединении работодателей, заключивших соглашение, или, во-вторых, делегирование полномочий по представительству интересов объединению работодателей, или, в-третьих, присоединение к коллективному соглашению. В отношении работников действует вторичный, «зеркальный» критерий действия коллективного соглашения. Соглашение действует в отношении работников, состоящих в трудовых отношениях с вышеназванными работодателями (ст. 48 ТК).

Особого внимания заслуживает институт присоединения к коллективному соглашению. Этот институт был легализован в Федеральном законе о коллективных договорах (1995 г.), ныне отмененном. Он касался только одного вида коллективных соглашений – тарифных, профессиональных соглашений. Согласно

вышеназванному закону, Министр труда РФ имел право предложить работодателям, не участвовавшим в заключении данного соглашения, присоединиться к коллективному соглашению, в сферу действия которого включаются не менее 50% работников отрасли (профессии). Если работодатели или представители работников в течение тридцати дней не заявляли о своем несогласии присоединиться к нему, соглашение считалось распространенным на данных работодателей. В ТК РФ эта процедура видоизменена. Предложение о присоединении к заключенному на федеральном уровне отраслевому соглашению не направляется конкретным работодателям, осуществляющим деятельность в соответствующей отрасли, а только официально публикуется. Если работодатели в течение 30 календарных дней со дня официального опубликования названного предложения не представили в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда письменный мотивированный отказ, то соглашение считается распространенным на этих работодателей со дня официального опубликования этого предложения (ст. 48). Следовательно, вопрос о присоединении к коллективному соглашению решает только одна сторона – работодатель, а участие работников ограничивается участием в консультациях через выборный орган первичной профсоюзной организации.

Специальный порядок для принятия и присоединения к региональным соглашениям о минимальной заработной плате определен ст. 133.1 ТК РФ, включенной в кодекс согласно ФЗ от 20 апреля 2007 г. № 54-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в ФЗ "О минимальном размере оплаты труда" и другие законодательные акты РФ»[712]. Присоединение к региональным соглашениям о минимальной заработной плате осуществляется по инициативе руководителя уполномоченного органа исполнительной власти субъекта РФ. Он предлагает работодателям, осуществляющим деятельность на территории этого субъекта и не участвовавшим в данном соглашении, присоединиться к нему. Указанное предложение подлежит официальному опубликованию вместе с текстом данного соглашения. Если вышеназванные работодатели в течение

[712] СЗ РФ. 2007. № 17. Ст. 1930.

30 календарных дней со дня официального опубликования предложения о присоединении не представили в уполномоченный орган власти субъекта Федерации мотивированного письменного отказа присоединиться к нему, то указанное соглашение считается распространенным на данных работодателей со дня официального опубликования соответствующего предложения. За работниками, как и в предыдущем случае, сохранено только право участвовать в консультациях через профсоюзы.

А.С. Пашков писал, что в этих случаях, для того чтобы соглашения действовали в данной организации, достаточно одной из сторон присоединиться к нему, хотя такое решение небезупречно с точки зрения социального партнерства, но оно оправдано защитой интересов наемных работников[713]. В законодательстве некоторых стран эта проблема решена на социально-партнерских началах. Так, в соответствии с КЗоТ Венгрии коллективный договор действовал в отношении работодателя, который не подписал этот договор, но впоследствии присоединился к нему с согласия компетентного профсоюза.

К сожалению, наш законодатель вновь попытался быть "впереди планеты всей", соединив воедино две самостоятельные процедуры присоединения и распространения коллективных соглашений. Проведенный нами анализ зарубежного законодательства позволил вычленить проявившуюся на сегодняшний день тенденцию разграничения правовых процедур присоединения и распространения коллективного соглашения. Институт присоединения к коллективному соглашению характеризуется основным признаком – добровольным изъявлением желания работодателя или представителей работников присоединиться к этому соглашению и последующей официальной регистрацией такого присоединения. Так, по законодательству Заира к коллективному договору могут присоединяться объединения нанимателей и трудящихся, должным образом созданные и зарегистрированные, официально сообщив об этом в орган по труду. Присоединившиеся к договору имеют права и берут на себя обязательства,

[713] См.: Пашков А.С. Социальное партнерство в сфере трудовых отношений. С. 10.

обусловленные договором. Расторгнуть договор они вправе не ранее чем через 2 года[714].

Институт распространения коллективного соглашения связан с действиями государственных органов по принудительному распространению условий коллективных соглашений на то или иное предприятие, организацию по ходатайству одной из сторон или собственной инициативе государственного органа (Бельгия, Германия, Италия, Нидерланды, Швейцария и др.)[715]. При этом в законодательстве устанавливаются критерии и процедура распространения коллективных соглашений. Например, по законодательству Германии Федеральный министр труда с согласия комитета, состоящего из представителей головных организаций работодателей и работников, может по заявлению одной из сторон тарифного договора объявить договор общеобязательным, если: 1) на предприятиях, связанных тарифным договором с работодателем, занято не менее 50% работников, на которых распространяется тарифный договор; 2) объявление об обязательности тарифного договора диктуется общественными интересами. Принятию решения об общеобязательности тарифного договора предшествуют переговоры в целях выяснения позиции заинтересованных профсоюзов, объединений работодателей и высших земельных органов по труду.

В англосаксонских странах нет специального института принудительного распространения коллективного договора. Но, к примеру, в Великобритании имеется процедура, которая несколько напоминает этот институт. Министр труда вправе обратиться в Промышленный суд и возбудить дело в отношении конкретной фирмы, отказавшейся от коллективного договора, который распространяется на основную часть работников этой отрасли, региона.

Таким образом, принимая во внимание указанные выше рассуждения, полагаем, что в ТК РФ необходимо предусмотреть обе процедуры расширения действия федеральных отраслевых со-

---

[714] См.: Муцинова Н.А. Трудовое право развивающихся стран. М., 1989. С. 24.

[715] См.: Трудовое и социальное право зарубежных стран / Под ред. Э.Б. Френкель. М., 2002. С. 44–50.

глашений с учетом положений Рекомендации МОТ № 91 о коллективных договорах. Согласно упомянутой Рекомендации расширение действия коллективного соглашения предлагается обусловить в законодательстве следующими требованиями:

1) коллективное соглашение должно охватывать достаточно представительное число соответствующих предпринимателей и работников;

2) требование о распространении коллективного соглашения исходит от одной или нескольких организаций работников или предпринимателей;

3) предприниматели и работники, на которых предстоит распространить коллективное соглашение, должны иметь возможность предварительно высказать свои замечания.

Введение в ТК РФ добровольной процедуры присоединения к коллективному соглашению и принудительного порядка распространения коллективного соглашения по решению министра здравоохранения и социального развития отвечает интересам всех социальных партнеров, в интересах государства обеспечивается стабильность социально-трудовых отношений. В интересах работников – распространение действия наиболее благоприятных для них условий соглашения. Работодатели получают преимущества по выравниванию условий труда и затрат на рабочую силу, что служит и выравниванию условий конкурентной борьбы в предпринимательской сфере.

Государственная регистрация коллективных договоров и соглашений. При характеристике юридической силы коллективных договоров и соглашений несколько особняком стоит вопрос об их государственной регистрации.

В законодательстве зарубежных стран вопрос о государственной регистрации коллективных договоров решается неоднозначно. В одних странах какой-либо регистрации вообще не предусматривается. В других – государственная регистрация носит уведомительный характер либо в целях статистической отчетности, либо для проверки законности включенных в коллективные соглашения положений. В последнем случае коллективные договоры и соглашения вступают в силу, как правило, не ранее даты государственной регистрации. Например, Трудовой кодекс Польши устанавливает обязательную государственную регистра-

цию коллективных договоров в инспекции труда и соглашений в Министерстве труда. Если коллективный договор содержит положения, противоречащие закону, то регистрирующий орган предлагает сторонам либо исключить эти положения, либо внести соответствующие поправки в договор. В противном случае сторонам будет отказано в регистрации коллективного договора или соглашения, и они не вступят в силу[716].

Российский законодатель выбирает "половинчатое" решение – уведомительная регистрация коллективных договоров и соглашений. В соответствии с ТК РФ (ст. 50) они подлежат уведомительной регистрации в соответствующих органах по труду. Уведомительная регистрация не влияет на юридическую силу коллективных договоров и соглашений, которые вступают в силу с момента подписания или иной даты, указанной в коллективном договоре или соглашении. При осуществлении уведомительной регистрации соглашений орган по труду выявляет условия договора, соглашения, противоречащие законодательству о труде, и сообщает представителям сторон о выявленных противоречиях, а также в соответствующую государственную инспекцию труда. Условия коллективного договора, соглашения, ухудшающие положение работников, недействительны и не подлежат применению. Между тем ТК РФ не предусматривает порядка признания таких условий недействительными.

Уведомительная регистрация осуществляется не ради самого процесса регистрации, а должна преследовать конкретную цель, связанную с выявлением условий, противоречащих законодательству. На наш взгляд, в данной ситуации органу по труду следует предоставить право приостановить действие условий коллективного договора, соглашения, сохраняя коллективный договор, соглашение в остальной его части. Право приостановления, а не отмены таких условий соответствует уведомительной природе государственной регистрации. Окончательное решение принимают стороны коллективного договора, соглашения. Если согласованного решения в отношении договорного условия, противоречащего закону, не принимается, то любая из сторон вправе об-

[716] См.: Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 418.

ратиться в юрисдикционные органы с заявлением о признании этого условия недействительным. Полагаем, что с точки зрения интересов социальных партнеров предлагаемый механизм уведомительной регистрации взамен существующего несет положительный эффект.

Отметим, что некоторые субъекты Федерации предприняли попытку решить вопрос о юридических последствиях регистрации коллективных договоров и соглашений на уровне регионального законодательства. Например, в законе от 29 июня 2000 г. Республики Саха (Якутия) "О социальном партнерстве" предусматривается уведомительная регистрация, однако в случае неустранения сторонами выявленных противоречий условий коллективного договора, соглашения закону эти условия считаются недействительными.

Несколько слов следует сказать о пределах действия коллективных договоров и соглашений во времени. В законодательстве большинства зарубежных стран коллективные договоры и соглашения относятся к категории срочных договоров. Обычно устанавливается в законе максимальный срок (5 лет), реже – и минимальный срок. В некоторых странах (Бельгия, Великобритания, Франция) коллективные договоры могут заключаться на неопределенный срок и расторгаются при наличии предварительного предупреждения другой стороны[717].

Особая ситуация сложилась в нашей стране после принятия Закона РФ о коллективных договорах. С одной стороны, коллективные договоры и соглашения признавались срочными договорами и заключались на срок от 1 года до 3 лет (коллективные договоры) и до 3 лет (коллективные соглашения). С другой стороны, предусмотренное законом (ст. 14) правило о пролонгации коллективного договора превращало его на практике в договор на неопределенный срок, если того пожелает хотя бы одна из сторон. Согласно этому правилу, по истечении установленного срока коллективный договор действует до тех пор, пока стороны не заключат новый или не изменят, дополнят действующий. Кроме того, закон не предусматривал правила о прекращении коллективного договора в связи с истечением срока его действия даже по

[717] Киселев И.Я. Указ. соч. С. 246.

соглашению сторон. В отношении коллективных соглашений вышеназванного правила о пролонгации закон не предусматривал, следовательно, коллективные соглашения прекращают свое действие в связи с истечением срока или досрочно по обоюдному соглашению сторон. Напомним, что этот закон отменен.

В ТК РФ законодатель принимает разумное решение, восстанавливая общие правила срочности коллективного договора и коллективного соглашения. Коллективный договор, соглашение заключаются на срок до 3 лет. Стороны вправе соглашением продлить срок их действия, но не более чем на три года. Законодатель не предусматривает возможности досрочного прекращения коллективного договора, соглашения на основании договоренности сторон (ст. 43, 48).

Сделаем краткие выводы. В теории советского трудового права, рецептированной российской наукой и законодательством, сложилось промежуточное учение о смешанной природе коллективного договора, который содержит как локальные нормы права, так и взаимные обязательства сторон. Вместе с тем, между общепризнанным среди отечественных ученых отнесением коллективных договоров к числу источников права и законодательной трактовкой данной проблемы существуют определенные разночтения. Фактически российское законодательство косвенно относит коллективные договоры и соглашения к числу источников права, называя их в числе иных актов, содержащих нормы трудового права (ст. 5 ТК РФ), одновременно подчеркивая их роль как основания взаимных договорных прав и обязанностей сторон (ст. 9 ТК РФ). Ранее нормативный характер они получали только в части положений, если в законах и иных нормативных правовых актах содержалось прямое предписание об обязательном закреплении этих положений в коллективном договоре (ст. 41 ТК РФ до редакции ФЗ от 30 июня № 90-ФЗ). Это очень походило на реализацию идеи “делегированного нормотворчества” через придание коллективному договору статуса нормативного договора. Убежденность отечественных ученых в необходимости нормативно-правового характера коллективного договора нами разделялась и ранее, но она не находила подтверждения в объективном праве. При этом ссылки на международный опыт, упоминание известного изречения ряда французских ученых о том, что коллективный договор

имеет “тело договора, но душу закона”, нами также одобрялись, но мало проясняли ситуацию. Представляется, что новая редакция ст. 5 и 41 ТК РФ на уровне федерального закона закрепила статус коллективного договора как нормативного источника права. По своей правовой природе это нормативные договоры, где стороны могут устанавливать локальные нормы права, регулирующие любые социально-трудовые отношения при соблюдении отраслевых принципов и не ухудшающие положение работников. Естественно, что эти локальные нормы должны соответствовать общим требованиям к нормам права (неперсонифицированность, неказуистичность и др.). Созвучную правовую природу нормативного договора имеют также и отраслевые (межотраслевые) коллективные соглашения и региональные соглашения о минимальной заработной плате, о чем свидетельствует и легализация специальной процедуры их распространения на работодателей, не участвовавших в заключении этих соглашений. Иные коллективные соглашения (Генеральное, межрегиональные, региональные) являются по свой природе организационными (рамочными) договорами. Как юридический факт, это коллективное соглашение порождает права и обязанности социальных партнеров по сотрудничеству в сфере регулирования социально-трудовых отношений, где сотрудничество облекается в конкретные целевые мероприятия по участию в разработке законопроектов и т.д.

Юридическая сила коллективного договора (соглашения) по российскому законодательству соответствует в основном принятой на Западе практике. Его условия имеют приоритет в части улучшения положения работников как перед трудовым законодательством, так и перед трудовым договором. Действие условий коллективного договора распространяется на всех работников организации независимо от членства в профсоюзе. Вместе с тем, по действующему законодательству коллективный договор фактически носит односторонний характер. С одной стороны, коллективные обязательства работников (например, отказ от забастовок) как стороны коллективного договора декларативны. С другой стороны, в законодательстве о коллективных договорах не предусмотрены эффективные правовые способы принудительного обеспечения исполнения работодателем условий коллективного договора. Все это, на наш взгляд, нарушает баланс интересов и

принципы социального партнерства. Аналогичные пожелания имеют место и в отношении необходимости разграничения в законодательстве процедур «присоединения» к коллективному соглашению и «распространения» коллективного соглашения и их правовых последствий.

3.8. Условия действительности договоров о труде: о новом и хорошо забытом старом

КЗоТ РСФСР 1922 г. легализовал институт недействительности договоров и соглашений о труде. Все договоры и соглашения о труде, ухудшающие условия труда сравнительно с постановлениями Кодекса, признавались недействительными (ст. 4). Таким образом, при буквальном толковании речь шла о признании недействительными договоров о труде в целом. Однако Кодекс не устанавливал правового механизма такого признания.

Опираясь на нормы КЗоТ, К.М. Варшавский одним из первых определил условия действительности трудового договора. При этом он проводил параллели с условиями недействительности сделок в Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. По его мнению, к условиям действительности трудового договора относились: 1) правоспособность и дееспособность контрагентов; 2) соблюдение установленной формы договора; 3) непротивозаконность условий данного договора[718]. Правоспособность и дееспособность нанимателя К.М. Варшавский связывал с гражданской право- и дееспособностью предприятий, физических лиц-нанимателей. В отношении трудящихся автор высказал сомнение по поводу возможности признания трудового договора недействительным в целом в случаях его заключения с лицом, не достигшим 14 лет, или с женщинами, принятыми на работы, где их труд запрещен законом. В отношении формы трудового договора, как отмечал К.М. Варшавский, КЗоТ 1922 г. никаких особых правил не содержал, что позволяет считать допустимой как устную,

[718] См.: Варшавский К.М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 61 и далее.

так и письменную форму. В тех случаях, когда закон предписывает обязательную письменную форму (например, с учениками), ее нарушение, по мнению ученого, не может служить основанием признания трудового договора недействительным, поскольку это отразилось бы в первую очередь на положении трудящегося. Трудовой договор сохраняет силу, но его содержание может быть доказано свидетельскими показаниями.

К.М. Варшавский называл четыре грани, в пределах которых индивидуальное соглашение сторон трудового договора должно осуществляться, чтобы не утратить своей действительности. Во-первых, условия трудового договора не должны ухудшать положения трудящегося по сравнению с условиями, установленными законами о труде. При этом автор подчеркивал, что вопрос о том, является ли то или иное условие "ухудшающим положение трудящегося", может быть сравнительно легко разрешен, поскольку в большинстве случаев закон устанавливает известный минимум прав трудящихся. Сложнее дело обстоит в тех случаях, когда данный вопрос вообще не затронут в Кодексе. Например, спрашивает К.М. Варшавский, допустимо ли соглашение, в силу которого нанимающийся обязуется после прекращения договора не поступать на службу в конкурирующее предприятие? С одной стороны, это условие, взятое само по себе, ухудшает положение трудящегося, с другой стороны, нельзя не учесть и того, что в виде компенсации за это условие нанимающийся может выговорить себе большее вознаграждение. Проблема, поднятая К.М. Варшавским в 20-е гг. прошлого столетия, не утратила своей актуальности в настоящее время. Аналогичные вопросы встают и сегодня при применении ТК РФ. К.М. Варшавский видел решение этой проблемы в индивидуальном подходе к каждому такому случаю, это решение должно зависеть "от социально-хозяйственного назначения данного условия и той компенсации, которую нанимающийся получает"[719]. Второе ограничение свободы соглашения сторон заключалось, по мнению ученого, в том, что трудовой договор не может включать в себя условия, ухудшающие положение трудящегося по сравнению с условиями коллективного договора. Третье ограничение автономии сторон связывалось с не-

[719] Варшавский К.М. Трудовое право СССР. С. 73.

допустимостью таких условий, которые ухудшают положение сторон по сравнению с правилами внутреннего распорядка. И, наконец, последнее ограничение, которое предусматривалось КЗоТ 1922 г.: недействительны условия, клонящие к ограничению политических и общегражданских прав трудящихся.

Рассматривая недействительность условий трудового договора, ухудшающего положение трудящегося, К.М. Варшавский обоснованно писал, что в интересах защиты трудящихся гораздо целесообразнее считать недействительными только отдельные условия договора, а не договор в целом. В этом случае они заменяются соответственной нормой закона, коллективного договора или правил внутреннего трудового распорядка, в случае их недостаточности – обычными в данной отрасли труда условиями. В отличие от гражданского права, как писал ученый, здесь нет места "оспоримости" договора, законодатель считает такие условия ничтожными независимо от желания трудящегося и его обращения за защитой. Возможно, исходя из такого понимания, наш современный законодатель в ТК РФ отказался от института "недействительности условий трудового договора", заменив его на институт "неприменения" условий трудового договора (так же как и коллективного договора, соглашения), ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников (ст. 9 ТК РФ).

КЗоТ РСФСР 1971 г. предусматривал институт признания недействительными только отдельных условий договоров о труде (ст. 5). При этом перечень оснований такого признания был расширен и включал не только указание на условия договоров о труде, ухудшающие положение работника по сравнению с законодательством, но и на условия, иным образом противоречащие законодательству. По сути, недействительными должны были признаваться и условия договоров о труде, улучшающие положение работника по сравнению с трудовым законодательством. Ситуация была изменена лишь в результате внесения дополнений в формулировку рассматриваемой статьи закона (в редакции от 5 февраля 1988 г.). Согласно названной редакции исключалось основание признания договоров о труде недействительными, если они иным образом противоречат законодательству. Осталось единственное основание – ухудшение положения работника по сравнению с нормативными актами о труде. Но при этом КЗоТ

1971 г., как и его предшественник, так же не определял правового механизма реализации положений о признании условий договоров о труде недействительными. Пробелом в правовом регулировании являлись и вопросы определения органов, которые вправе признавать условия договоров о труде недействительными, и юридические последствия их недействительности. Сам собой напрашивался единственный вариант решения этой проблемы – обращение по аналогии к конструкции недействительности сделок в гражданском праве. Именно в этом ключе в советской теории трудового права эта проблема стала предметом обсуждения. В первую очередь дискутировался вопрос о возможности признания недействительным трудового договора в целом или только его отдельных условий. В гражданском праве недействительными могут признаваться как отдельные условия договоров, так и договор в целом. М.И. Бару считал, что КЗоТ 1971 г. говорит лишь о недействительности условий трудового договора, а не договора в целом. Не соглашаясь с позицией законодателя, он писал о том, что заключенные договоры, а не отдельные их условия противоречат закону и поэтому должны быть признаны недействительными[720]. Таким образом, он настаивал на возможности признания трудового договора недействительным в целом. Другие авторы придерживались иного мнения, разграничивая случаи признания недействительным трудового договора в целом, с одной стороны, и случаи признания недействительными отдельных условий трудового договора, с другой. Так, Ю.Ф. Ильин полагал, что только противозаконные условия трудового договора, которые не могут устанавливаться сторонами договора, ведут к недействительности договора в целом (например, отсутствие у одной из сторон договора трудовой правосубъектности, дефекты воли субъектов). Все прочие условия трудового договора, противоречащие закону, по его мнению, не могут вести к признанию договора недействительным в целом[721]. С решением этой проблемы был связан вопрос о правовых последствиях признания

[720] См.: Бару М.И. Признание трудового договора недействительным // Советская юстиция. 1972. № 4. С. 8.

[721] См.: Ильин Ю.Ф. Недействительность трудового договора по советскому праву: Автореф. … дис . канд. юрид. наук. Воронеж, 1971. С. 7–8.

трудового договора или его отдельных условий недействительными. Многие советские ученые-трудовики были единодушны в том, что к трудовому договору не применимы последствия признания гражданско-правовых сделок недействительными (реституция, взыскание в доход государства). Так, по справедливому утверждению Ю.Ф. Ильина, применение двусторонней реституции к недействительным трудовым договорам не может иметь места по двум причинам. Во-первых, затраченный труд возвратить нельзя, во-вторых, этот труд нельзя и не оплатить, так как это будет противоречить конституционному принципу возмездности труда[722]. Если недопустимо применение последствий признания недействительности трудовых договоров по образу и подобию гражданско-правовых сделок, закономерно ставился вопрос об обосновании специальных правовых последствий признания условий трудового договора недействительными.

В советской теории трудового права к ним относили две группы правовых последствий:

1) расторжение трудового договора;

2) устранение недействительных условий трудового договора.

Первая группа последствий вытекала из закона. КЗоТ 1971 г. включал дополнительные основания прекращения трудового договора с работниками, принятыми на работу с нарушением правил приема на работу и в других случаях (ст. 254). Анализируя судебную практику, многие авторы подчеркивали, что названные случаи прекращения трудового договора не являются его расторжением по инициативе работодателя, решение вопроса о прекращении трудового договора не зависит от воли работодателя. Требование о прекращении трудового договора ввиду недействительности его условий исходит из самого закона, поэтому трудовые отношения в обязательном порядке должны быть прекращены. А.К. Безина предлагала дополнить трудовое законодательство положением о вменении работодателю обязанности трудоустроить работника путем перевода с его согласия на другую работу. В обоснование своей позиции она приводила ряд доводов, указывая, что работодатель виновен в нарушении закона

[722] Ильин Ю.Ф. Недействительность трудового договора по советскому праву. С. 6–7.

при приеме работника на работу и имеет реальную возможность исправить ошибку путем оставления трудящегося на том же предприятии[723]. Это предложение было легализовано только в ТК РФ (ст. 84). Кстати, названная статья была дополнена еще одной новеллой – установлением обязанности работодателя выплатить работнику выходное пособие в размере среднего месячного заработка, если нарушение правил заключения трудового договора допущено не по вине работника.

Вторая группа последствий недействительности условий договора носила доктринальный характер, законом не предусматривалась. Эти последствия связывались с устранением недействительности условий трудового договора, т.е. приведением их в соответствие с требованиями закона. Критерием разграничения и выбора того или иного правового последствия, по мнению ряда ученых-трудовиков, должна стать категория "устранимости или неустранимости противоправности условия трудового договора". А.К. Безина писала, что из двух методов исправления недействительности трудового договора предпочтение следует отдать второму – исправлению недействительных условий, так как преобразование трудовых договоров из недействительных в действительные отвечает принципу стабильности, устойчивости трудовых отношений[724]. Е.А. Голованова утверждала, что только неустранимые нарушения закона должны повлечь прекращение трудового договора[725]. Эту позицию поддержала и А.К. Безина, которая отмечала, что "иногда, несмотря на согласие сторон трудового договора продолжить его на прежних условиях или на их стремление ликвидировать незаконное условие, оно не подлежит ликвидации никакими способами, кроме одного: расторжение договора"[726].

Устранение недействительности отдельных условий трудового договора как правовое последствие признания этих условий недействительными может иметь место при наличии именно уст-

---

[723] См.: Безина А.К. Вопросы теории трудового права и судебная практика. Казань, 1976. С. 25.

[724] Там же. С. 34–35.

[725] См.: Голованова Е.А. Прекращение трудового договора. М., 1966. С. 47.

[726] Безина А.К. Указ. соч. С. 25.

ранимых нарушений закона. В целях установления реальных гарантий для исправления недействительного условия трудового договора Ю.Ф. Ильин предлагал установить в законодательстве допустимость исправления недействительности договора при одновременном продолжении незаконных трудовых отношений, перевод на другую временную работу на период устранения порочности договора, отстранение от работы на это время[727].

В трудовом законодательстве также оставался открытым вопрос о моменте наступления недействительности условий трудового договора: либо с момента заключения трудового договора, либо с момента признания этих условий недействительными, т.е. только на будущее. Е.А. Голованова считала само собой разумеющимся, что трудовой договор может признаваться недействительным лишь на будущее с момента такого признания, проработанное время должно быть работнику оплачено[728]. А.К. Безина полагала иначе. Анализируя условия трудового договора, которые являются недействительными, она отметила их разнообразный характер, в силу чего последствия признания их незаконными не могут быть равнозначными. В одних случаях незаконные условия противоречат функционированию трудовых отношений. Здесь возможно, по ее мнению, лишь одно последствие – расторжение договора с сохранением трудовых прав работника в связи с предшествующей деятельностью: право на заработную плату, право на отпуск за отработанное время и др. На таких именно условиях должно расторгаться большинство трудовых договоров по причине нарушения правил приема на работу. Однако при отдельных нарушениях трудовой договор должен быть не только расторгнут, но и признан недействительным с первого дня его реализации. В качестве примера приводится практика заключения трудового договора в нарушение принципа личного исполнения трудовых обязанностей, т.е. трудовой договор заключен одним лицом, а трудовые обязанности фактически исполняются другим лицом. В этом случае, как пишет автор, должно быть ликвидировано право работника на трудовой стаж, в то же время

[727] См.: Ильин Ю.Ф. Указ. соч. С. 10–11.
[728] См.: Голованова Е.А. Указ. соч. С. 47.

право на оплату затраченного другим лицом труда должно быть сохранено[729].

Таким образом, поднятая проблема недействительности условий договоров о труде ждала своего решения. Вместо этого законодатель в ТК РФ 2001 г. отказался от института недействительности договора в отношении названных условий, ограничившись общим положением о том, что коллективные договоры, соглашения не могут содержать условий, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленный трудовым законодательством. Как уже указывалось, если такие условия включены в коллективный договор, соглашение или трудовой договор, то они не подлежат применению (ст. 9). При этом наш законодатель использовал институт неприменения и к локальным нормативным актам. Локальные нормативные акты, ухудшающие положение работников по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, либо принятые без соблюдения предусмотренного законом порядка учета мнения представительного органа работников, не подлежат применению. В таких случаях применяются трудовое законодательство или иные нормативные правовые акты, содержащие нормы трудового права, коллективный договор, соглашения (ст. 8 ТК РФ). Следовательно, сами заинтересованные стороны вправе не применять нормы локальных актов, ухудшающие положение работников по сравнению с вышестоящими нормативными правовыми актами. Отпала необходимость в их признании в судебном порядке недействительными, тем более что и сама процедура такого признания в законодательстве была не прописана. Но механизма “неприменения”, как и механизма “признания недействительными” нет, о чем будет сказано ниже.

Изменение позиции законодателя в данном случае, на наш взгляд, связано с осознанием очевидного факта – неприменимости в большей своей части цивилистического института недействительности сделки к трудовому договору. Это касается как оснований, так и правовых последствий такого признания. Рассмотрим их по порядку.

---

[729] Безина А.К. Указ. соч. С. 36.

В гражданском праве условия действительности сделок, а следовательно, и договоров неоднократно являлись объектом специального исследования. Это позволяет нам сформулировать признаваемые большинством современных цивилистов условия: 1) ее участники обладают дееспособностью (полной, конкретной или ограниченной); 2) она совершена в установленной законом форме; 3) воля субъекта сформировалась в нормальных условиях и волеизъявление соответствует внутренней воле. Иначе говоря, волеизъявление лица соответствует его действительной воле; 4) содержание сделки и ее правовые последствия не противоречат закону и иным правовым актам[730]. По этому же пути идут и некоторые ученые-трудовики[731]. Такой подход нам представляется не совсем конструктивным.

Относительно пороков в субъектном составе ТК дает достаточно однозначную трактовку. Статус работника и работодателя определен ст. 21 и 22 ТК РФ. Если лицо в силу своего возраста, отсутствия специального образования, состояния здоровья и других предусмотренных законом обстоятельств не может быть субъектом трудовых отношений, то договор с ним расторгается вследствие нарушения установленных законодательством правил при заключении трудового договора (ст. 84). Признание трудового договора недействительным в силу пороков субъектного состава не будет учитывать интересов работника, который уже отработал определенное рабочее время.

Как нам кажется, свободное выражение волеизъявления сторон надо рассматривать в связи с формой его выражения, установленной в законе. Многие статьи ТК РФ предусматривают не только письменное согласие работника на те или иные изменения условий трудового договора, но и письменное ознакомление с правом отказаться от работы, например, в ночное время (ст. 96 ТК РФ). Из содержания ст. 57 и 67 ТК РФ следует, что не только сам трудовой договор должен быть заключен в письменной фор-

---

[730] См.: Хейфец Ф.С. Недействительность сделок по российскому праву. М., 1999. С. 46–49; Шестакова Н.Д. Недействительность сделок. СПб., 2001. С. 9–11 и др.

[731] См.: Дивеева Н.И. Договорные основы трудового права России. С. 13–20; Лебедев В.М., Чернышева И.В. Догмы трудового права // Современные проблемы трудового права. Новосибирск, 2002. С. 8–11 и др.

ме, но и изменения в него должны вноситься в той же форме. Это общая норма обязательная для всех случаев, если иное не установлено специальной нормой. В этой связи нам представляется сомнительным предложение В.М. Лебедева о выделении устной формы трудовой сделки или согласия, выраженного действием. При этом дается ссылка на ст. 93 ТК РФ, которая не предусматривает специальной письменной формы для соглашения работодателя и работника об установлении неполного рабочего дня или рабочей недели[732]. Между тем ст. 93 ТК является специальной, но иного режима и формы заключения не предусматривает, следовательно, действует общая норма. К тому же установление неполного рабочего дня или рабочей недели относится к изменениям обязательных условий трудового договора, а согласно ст. 57 и 72 ТК РФ они могут осуществляться только в письменной форме. Эта императивная норма не допускает иных толкований без наличия нормы-изъятия, а последняя отсутствует. Кроме того, посредством устных договоров и соглашений, выраженных действием, можно изменить само содержание трудового правоотношения. Остается непонятным, на что будут ориентироваться органы по разрешению трудовых споров в случае возникновения такового: на обязательную письменную форму трудового договора или устные соглашения, которые могут быть подтверждены свидетельскими показаниями. Если проводить аналогию с гражданским правом, то несоблюдение обязательной письменной формы договора должно лишать стороны права ссылаться на свидетельские показания. В этом случае мы опять возвращаемся к письменному договору. Фактический допуск к работе (ст. 16) не может служить исключением, так как работодатель не позднее 3 рабочих дней обязан оформить письменный трудовой договор. По аналогии можно говорить о последующем письменном оформлении фактического перевода на другую работу или изменении определенных сторонами условий трудового договора, если они произошли по соглашению сторон. Пороки формы договоров о труде также не влекут недействительности их условий. При этом законодатель дифференцированно подходит к форме трудовых

[732] См.: Лебедев В.М. Лекции по трудовому праву России. Томск, 2002. Вып. 1. С. 59.

договоров в зависимости от их видов. Так, нарушение письменной формы индивидуального трудового договора не влечет его недействительности. Фактический допуск к работе, осуществленный с ведома или по поручению работодателя или его представителя признается заключением трудового договора (ст. 67 ТК РФ). В то же время коллективный договор и соглашение предполагают по закону исключительно письменную форму. Отсутствие подписанного коллективного договора или соглашения означает, что они не заключены.

Обязательная письменная форма договоров о труде позволяет разрешить проблему совпадения воли и волеизъявления сторон при заключении трудового договора. Если его условия ухудшают положение работника по сравнению с вышеназванными актами, то они не могут применяться вне зависимости от согласия работника. При этом цель заключения договора о труде, а тем более мотивы не имеют юридического значения. Порок воли, как таковой, не имеет в трудовых отношениях существенного значения. Это обусловлено тем, что работник в любое время может расторгнуть трудовой договор по собственному желанию, а работодатель – по основаниям, предусмотренным законом.

В гражданском праве сделки с пороками содержания признаются недействительными вследствие расхождения условий сделки с требованиями закона. Среди отдельных составов таких сделок выделяются сделки, совершаемые с целью, заведомо противной основам правопорядка и нравственности, а также мнимые и притворные сделки. В трудовом законодательстве пороки содержания договоров о труде связаны исключительно с условиями, ограничивающими или снижающими уровень трудовых прав работника по сравнению с законодательством. Означает ли это, что в трудовых отношениях не могут иметь места соглашения, заведомо противные основам правопорядка и нравственности, мнимые и притворные договоры о труде? Практика свидетельствует о наличии таких соглашений. Например, работник и работодатель в письменной форме трудового договора предусматривают условие об оплате труда в размере минимальной заработной платы, в то время как устно договариваются о ее получении в большем объеме “в конверте” без надлежащего оформления в платежных, расчетных ведомостях. После увольнения работник в

судебном порядке заявляет требование о перечислении на его накопительный пенсионный счет средств с действительно полученных им сумм заработной платы, а не мнимой заработной платы, указанной в расчетно-платежной ведомости. Таким образом, условие трудового договора о выплате заработной платы в минимальном размере следует признать мнимым, так как это соглашение совершено лишь для вида, без намерения создать соответствующие ей правовые последствия.

В трудовой практике не исключены и другие случаи заключения мнимых трудовых договоров. Например, предприятие с целью получения налоговых льгот заключает мнимые трудовые договоры с инвалидами. Посредством заключения мнимого трудового договора с родственниками “нужного человека” могут реализовываться коррупционные схемы и завуалированная дача взятки. В гражданском праве мнимая сделка является ничтожной с момента ее заключения. Признание ее недействительной не требует обращения в суд, однако такое обращение необходимо для реализации последствий признания сделки недействительной. В российском трудовом законодательстве юридические последствия мнимых трудовых договоров и соглашений не регламентируются, что оставляет открытыми вопросы о трудовом и страховом стаже, о выплаченной заработной, но не заработанной плате и др. Пробел в правовом регулировании не может быть восполнен предложенной законодателем конструкцией “неприменимости условий” договоров о труде, тем более когда они уже применены.

Притворные сделки являются оспоримыми. Примером притворной сделки может служить гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг или подряда, который заключен вместо трудового договора, и опосредует трудовые по своей природе отношения сторон. Если признавать притворную сделку недействительной, к ней должны применяться последствия сделки, которую стороны действительно имели в виду, в нашем случае – трудового договора. Но законодатель в ТК РФ решил эту проблему не с помощью института недействительности договора, а путем легального закрепления опровержимой правовой презумпции: в тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким от-

ношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права (ст. 11).

В части притворных сделок до сих пор актуальна порочная трудовая практика начала XX в. И.С. Войтинский еще в 1925 г. писал о том, что встречаются случаи, когда в целях обхода законодательства о труде предприниматели пытаются скрыть факт пользования наемным трудом под формой фиктивных гражданско-правовых отношений. Например, понуждают квартирников (надомников) оформлять на свое имя личные промысловые свидетельства или заключать гражданско-правовые договоры купли-продажи, товарищества, артели. Циркуляр НКЮ и НКТ РСФСР от 30 июня 1924 г. предписывал судам (трудовым сессиям судов) признавать такого рода сделки притворными и применять положения, относящиеся к той сделке, которая действительно имелась в виду[733].

Таким образом, единственным основанием признания условий договоров о труде недействительными, а по терминологии законодателя "не подлежащими применению", может выступать только порок их содержания – снижение уровня прав и гарантий работников. Если обратиться к анализу последствий признания договоров недействительными, то очевидно, что конструкция реституции к трудовым отношениям в чистом виде не применима, ибо труд не подлежит возврату. Скорее всего, речь должна идти лишь об одном возможном правовом последствии – это замещение недействительных условий договора (условий, снижающих или ограничивающих уровень трудовых прав работника) на условия, соответствующие действующему трудовому законодательству или коллективным договорам и соглашениям. Но каким образом это осуществить, если обязательные и факультативные условия трудового договора определяются соглашением сторон (ст. 57 ТК)? Каким образом юрисдикционный орган может провести замену условий трудового договора, при том, что ТК РФ устанавливает лишь минимальные границы уровня трудовых прав работника? Вряд ли юрисдикционный орган может наделяться такими правами.

[733] См.: Войтинский И.С. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 127.

Отказ законодателя в ТК РФ от института недействительности условий договоров о труде и его замещение на институт "неприменения условий договоров о труде" не решил все ту же самую проблему – это отсутствие правового механизма реализации названного нового института. Не определено, в каком порядке, в каких органах должен решаться вопрос о неприменении таких условий договоров о труде, каковы правовые последствия исключения таких условий из содержания договоров о труде. Здесь можно выстроить любые умозрительные конструкции, но они не будут иметь под собой фактического и юридического основания. Одно дело "признание условий договора недействительными" – в этом случае в той или иной части возможно применение по аналогии института гражданского права исходя из общих принципов договорного права, тем более что в теории советского трудового права подобные суждения высказывались. Так, в свое время одни советские ученые ратовали за субсидиарное применение норм гражданского законодательства к институту недействительности трудового договора, другие авторы предлагали прибегнуть к аналогии права. Совсем другое дело, когда речь идет о некой неизвестной общей теории права и теории договорного права конструкции "неприменения условий договоров о труде". Здесь возможны лишь общие суждения, так как оснований провести доктринальное толкование этой конструкции мы не видим. На наш взгляд, законодатель при введении такой новеллы не учел договорного характера установления условий договоров о труде и характер правового положения сторон, где работник подчиняется работодательской власти. В этой связи "благое пожелание" законодателя о неприменении условий договоров о труде, ограничивающих или снижающих уровень трудовых прав работника, адресовано то ли законопослушному работодателю, то ли иному органу, о котором законодатель умалчивает.

Полагаем, что с учетом разработанных в теории трудового права положений о недействительности условий трудового договора необходимо было идти дальше, выявляя специфику этого института в трудовом праве. Следовало бы сохранить единственное основание признания условий договоров о труде недействительными – ограничение или снижение уровня трудовых прав работника. Необходимость обращения к этому институту должна

возникнуть только тогда, когда стороны трудового договора не достигли соглашения по вопросу приведения в соответствие с действующим трудовым законодательством условий договоров о труде. В зависимости от характера условий трудового договора следует определять и правовые последствия недействительности. Если в договор включены условия, нарушающие императивные нормы трудового права (например, отказ работника от ежегодного оплачиваемого отпуска, отказ работника от увольнения по собственному желанию в течение срока действия срочного трудового договора), то юрисдикционному органу должно быть предоставлено право признать эти условия недействительными и заместить их на соответствующие закону. Они должны признаваться недействительными с момента включения их в договор. Это некий аналог ничтожных сделок. Если речь идет об иных существенных или факультативных условиях договора, которые устанавливаются соглашением сторон в пределах минимальных границ, предусмотренных законом, то в этом случае стороны должны прийти к соглашению об изменении условий договора. Возможны варианты. Юрисдикционный орган выносит решение, обязывающее работодателя изменить недействительное условие по соглашению с работником, либо утверждает мировое соглашение по этому условию. Условия будут признаваться недействительными с даты их признания таковыми. Эти случаи по характеру тяготеют к оспоримым сделкам. Еще раз подчеркнем, что мы не призываем к субсидиарному применению норм гражданского права. В то же время общие положения договорного права могут во многих случаях являться универсальным правовым инструментом не только в гражданском праве, но и иных отраслях.

В законодательстве зарубежных стран эта проблема решается либо в рамках применения гражданско-правовых норм, либо – трудового законодательства путем внесения адаптированных к трудовым отношениям норм о недействительности договоров о труде. В законодательстве зарубежных стран нередко допускается аналогия гражданского права в правовом регулировании трудового договора либо трудовой договор рассматривается как вид гражданско-правовой сделки со всеми вытекающими отсюда решениями. Например, в Греции при наличии пробелов в трудовом законодательстве широко применяется в субсидиарном порядке

Гражданский кодекс. В ряде государств трудовые договоры регулируются гражданским законодательством с учетом особенностей этого договора, в ФРГ – Германским гражданским уложением, в Италии – Гражданским кодексом 1942 г.[734]

Некоторые государства ближнего зарубежья в новой кодификации трудового законодательства в трудовые кодексы включают нормы об основаниях недействительности трудового договора, которые один к одному аналогичны основаниям недействительности сделок в гражданском праве (ТК Кыргызстана, ТК Республики Беларусь). Так, ТК Беларуси (1999 г.) предусматривает пять оснований недействительности трудового договора, которые можно отнести к порокам: воли (заключенные под влиянием обмана, насилия, вследствие стечения тяжелых обстоятельств); в субъекте (заключенные с недееспособными, с лицами до 14 лет или достигшими этого возраста, но без письменного согласия одного из родителей (опекунов, попечителей); в содержании (мнимые трудовые договоры) (ст. 22). Обязательная письменная форма трудового договора предусмотрена (ст. 18), но ее отсутствие не ведет к признанию недействительности договора. Недействительными признаются условия трудового договора, ухудшающие положение работника по сравнению с законодательством, коллективным договором, соглашением, а также условия, носящие дискриминационный характер. Недействительность отдельных условий трудового договора не влечет недействительности трудового договора в целом (ст. 23). В Законе о трудовом договоре Эстонии названы не только основания недействительности трудового договора, но и юридические последствия признания трудового договора недействительным применительно к каждому основанию. Например, если трудовой договор заключен работником под влиянием обмана со стороны работодателя, то трудовой договор признается недействительным и работнику выплачивается компенсация в размере трехмесячной заработной платы.

[734] Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 35–74.

Глава 4. Договоры в праве социального обеспечения

4.1. Договорные начала российского права социального обеспечения: новый облик отрасли

В советский период сложилась государственная патерналистски-эгалитарная модель социального обеспечения. В этой модели государству отводилась ключевая роль в разрешении социально-экономических проблем всех социальных групп на уравнительной основе. Это были уравнительное государственное социальное обеспечение, по существу не зависящее от трудового вклада лица, полная гарантированная занятость и доступное государственное здравоохранение. Советское право социального обеспечения сформировалось как публичная отрасль. Иного было не дано.

Новый облик права социального обеспечения обусловлен, на наш взгляд, модификацией природы этой отрасли. Полагаем, что она все больше приобретает публично- частную природу[735]. Отсюда "новый облик" отрасли связан также и с ее экспансией, расширением сферы действия за первоначальные публичные пределы. Речь идет, прежде всего, о расширении сферы договорного регулирования социально-обеспечительных отношений (со-

[735] В.С. Аракчеев также считает, что право социального обеспечения в современной теории следует отнести к частно-публичным отраслям права. Но, к сожалению, этот тезис не получил своего обоснования и содержательного наполнения, автор ограничился лишь общей ремаркой (см.: Аракчеев В.С. Теоретические и практические вопросы общей части права социального обеспечения. Томск, 2001. С. 28.).

циально-страховых и отношений по социальной помощи, социальному обслуживанию).

Этот процесс обновления отрасли является следствием не только внутреннего развития права социального обеспечения и социального законодательства, но и закономерным результатом определенных социально-экономических изменений в российском обществе. Экономика советского периода, основанная на государственной собственности, обеспечивала функционирование единой государственной распределительной системы социального обеспечения. Социально-экономическим условиям соответствовал и публичный характер отрасли права социального обеспечения. В настоящее время в РФ сложилась система социально-экономических отношений, основанная на других принципах (плюрализм и равенство форм собственности, свобода предпринимательства, неприкосновенность частной собственности и др.). Она кардинально отличается от прежней системы. В результате масштабной приватизации государство утратило свою прежнюю всеобъемлющую экономическую власть, сохранив политическую и законотворческую. Вместе с тем, в соответствии с Конституцией РФ на государство (правовое, социальное) возложены значительные социальные функции, которые должны быть обеспечены за счет различных источников – не только публичных финансов (государственные и местные бюджеты), но и финансов государственных внебюджетных социально-страховых фондов. Последние хотя и являются государственной собственностью, но формируются с учетом страховых взносов юридических и физических лиц. Однако они автономны и не входят в состав бюджетов соответствующих уровней.

В систему обязательного социального страхования включаются в случаях, предусмотренных законом, частно-правовые договорные механизмы (например, индивидуальный накопительный порядок формирования и распоряжения накопительной частью трудовой пенсии). Закон РФ от 28 июня 1991 г. № 1499-1“О медицинском страховании граждан в РФ”[736] распространяется на два вида договорного медицинского страхования: обязательное и добровольное. В соответствии с Федеральным законом от 2 авгу-

[736] Ведомости Верховного Совета РФ. 1991. № 18. Ст. 572.

ста 1995 г. “О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов” социальные услуги могут быть оказаны как бесплатно, так и на договорных условиях с частичной или полной оплатой. Согласно Конституции РФ (ст. 39) государство поддерживает и стимулирует добровольное социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения, т.е. негосударственные (частные) формы социального обеспечения. Иными словами, речь идет о социально-экономических факторах, определяющих новый облик права социального обеспечения в связи с возрождением обязательных и добровольных форм социального страхования.

Исторически социальное страхование как форма социального обеспечения связывается первоначально с добровольными договорными системами самострахования и взаимопомощи лиц наемного труда, позднее с вмешательством государства в регламентацию отношений труда и капитала. Соответственно, появляются обязательные формы социального страхования, когда государство законодательно обязывает определенные группы населения страховать себя или третьих лиц от того или иного вида социального риска. Таким образом, существующие сегодня во многих развитых странах системы социального страхования основаны на единстве и взаимодействии обязательных и добровольных систем страхования. Это дает основания утверждать, что обязательные и дополнительные частные системы социального страхования рассматриваются как единая по существу схема достижения намеченного уровня социальной защиты населения.

При этом каждая страна с учетом уровня социально-экономического развития, национальных традиций определяет соотношение обязательного и добровольного страхования. Так, например, социальное страхование в Германии (модель Бисмарка), имеющее более чем столетнюю историю развития, строится на сочетании публичных и частных правовых начал, на сочетании обязательного и добровольного пенсионного страхования по отдельным видам социальных рисков. Так, в настоящее время пенсионное обеспечение в Германии включает в себя две взаимосвязанные системы: 1) обязательное пенсионное страхование, охватывающее не только наемных работников, но и государственных чиновников, лиц свободных профессий; 2) дополнительное доб-

ровольное пенсионное страхование (на уровне предприятия и индивидуальное пенсионное страхование). Обязательное пенсионное страхование основано на страховых взносах и обеспечивает увязку пенсии с заработком, ориентировано на замещение заработной платы в высоких соотношениях к пенсии (60 – 70%). Дополнительная пенсионная система основана на добровольных договорных началах. Так, на предприятиях существуют: пенсионное обеспечение в виде прямого страхования на основании договора между работником и работодателем и пенсионное обеспечение через независимые учреждения социального страхования (страховые организации и пенсионные кассы). Система добровольного пенсионного страхования выполняет двоякую функцию, во-первых, распространяется на граждан, не подлежащих обязательному страхованию, и, во-вторых, является дополнительным страхованием лиц, подлежащих обязательному страхованию. Таким образом, функционирование в Германии обязательной и дополнительных систем пенсионного страхования обеспечивает конкуренцию на рынке страховых услуг и создает предпосылки для более динамичного развития в целом существующей системы пенсионного страхования[737].

Несколько отличается организация социального обеспечения в странах, выбравших модель Бевериджа (Великобритания и др.). Государство обеспечивает базовые гарантии социальной защиты на уровне прожиточного минимума, предоставляет равные возможности для воспитания детей семьями с разными доходами, равный доступ к государственной системе здравоохранения. Например, здесь обязательные страховые взносы формируют государственную базовую часть пенсии, выплачиваемой в едином размере для всех получателей. Эта часть пенсии основана на увязке с прожиточным минимумом, на принципах социальной помощи. Дифференциация размеров пенсий с учетом страхового вклада обеспечивается за счет добровольных профессиональных пенсий, организуемых в рамках национальной пенсионной системы страны, и индивидуальных пенсионных программ с помощью добровольного участия (НПФ и страховые компании). Та-

[737] См.: Антропов В.В. Пенсионное и медицинское страхование в Германии // Труд за рубежом. 1998. № 4. С. 98–116.

ким образом, государственные и частные пенсионные институты рассматриваются как единые национальные системы социального обеспечения. В промышленно развитых странах наблюдается тенденция к снижению общего уровня обязательного социального обеспечения и к более широкому использованию корпоративных пенсионных систем, финансируемых работодателями[738].

Возвращаясь к России, отметим, что действующее законодательство о социальном обеспечении также включает нормы, регулирующие отношения с участием негосударственных пенсионных фондов, медицинских учреждений, оказывающих платные медицинские услуги населению и др. На основании законодательства о негосударственных пенсионных фондах, лицо или его работодатель вправе заключить с указанным фондом договор о добровольном пенсионном страховании для получения впоследствии соответствующих выплат к пенсии. Согласно Федеральному закону от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании»[739] физические лица, уплачивающие страховые взносы в виде фиксированного платежа, вправе добровольно вступать в правоотношения по обязательному пенсионному страхованию и осуществлять уплату страховых взносов в части, превышающей сумму установленного фиксированного платежа. В этом случае индивидуальная предусмотрительность лица обеспечивает дополнительную сумму к будущей пенсии застрахованного.

В современной теории права социального обеспечения нередко подчеркивается возрастание роли социально-партнерских методов регулирования социально-обеспечительных отношений. Локальные нормативные акты, коллективные соглашения и договоры признаются источниками не только трудового права, но и права социального обеспечения. Более того, в рамках индивидуально-договорного регулирования стороны трудового договора своим соглашением включают в его содержание дополнительные

---

[738] См.: Антропов В.В. Система социальной защиты в Великобритании // Труд за рубежом. 2005. № 3. С. 37–54; Роик В.Д. Формирование института негосударственных пенсий: концептуальные предложения // Пенсионные деньги. 2006. № 1–2. С. 2–27.

[739] СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4832.

права работника в сфере социального обеспечения (оплата лекарств, дополнительные пособия при рождении ребенка и др.). В формировании социальной политики государства особая роль отводится социальным партнерам. М.Ю. Федорова отмечает, что создание дополнительных негосударственных механизмов социального обеспечения, в том числе и социально-партнерских, можно рассматривать в контексте формирования гражданского общества, его взаимодействия с государством в целях достижения социального мира и благополучия[740].

По нашему мнению, новый облик права социального обеспечения характеризуется единством публичных и частных начал правового регулирования. Последние особенно ярко проявляются в договорных режимах регулирования социального страхования и социального обслуживания, расширении круга субъектов (обязательные государственные социально-страховые фонды, работодатели, индивидуальные предприниматели, частные медицинские учреждения и частные социальные службы и др.), а равно получателей социальных выплат и услуг.

Социально-обеспечительное обязательство как базовая отраслевая юридическая конструкция. Как уже отмечалось, в каждой отрасли права используются как общеправовые конструкции (состав правонарушения, правосубъектность сторон правоотношения и др.), так и отраслевые. Во всех отраслях права и отраслевых юридических науках имеются базовые юридические конструкции, определяющие отраслевую самостоятельность этих правовых образований. Какая же категория должна выполнять роль базовой в науке права социального обеспечения в настоящее время? Ответить на этот вопрос совсем не просто, однако можно предложить некоторые направления такого поиска. Это должна быть юридическая конструкция, которая обусловливает необходимость координации вокруг нее всех иных правовых средств, обеспечивающих достижение целей и задач отрасли. По нашему мнению, в праве социального обеспечения эту объединяющую и координирующую роль выполняет юридическая конструкция социально-обеспечительного

[740] См.: Федорова М.Ю. Негосударственные организации как субъекты правоотношений по социальному обеспечению // Современные проблемы трудового права и права социального обеспечения. Минск, 2006. С. 141.

обязательства. Но прежде чем мы обратимся к анализу этой конструкции, рассмотрим решение проблемы базовых конструкций в науке права социального обеспечения.

В советской и современной науке права социального обеспечения к таким базовым понятиям все авторы относят юридическую конструкцию “социальное обеспечение”, производное от него понятие и виды “организационно-правовых форм социального обеспечения”, реже “социальную защиту населения”. Современные учебники по праву социального обеспечения содержат соответствующие разделы, посвященные указанным категориям. Традиционно понятие социального обеспечения рассматривается как экономическая и правовая категория. При этом под социальным обеспечением одни ученые понимают форму распределения, гарантирующую гражданам нормальный уровень жизненного и культурного стандарта в старости, по потере трудоспособности и кормильца[741], один из способов распределения части валового внутреннего продукта путем предоставления гражданам материальных благ в целях выравнивания их личных доходов, в случаях наступления социальных рисков за счет средств целевых финансовых источников в объеме и на условиях, строго нормируемых обществом и государством, для поддержания их полноценного социального статуса[742]. Другие ученые определяют социальное обеспечение через совокупность общественных отношений, возникающих по поводу предоставления гражданам за счет специальных фондов, бюджетных средств медицинской помощи, пенсий, пособий и других видов обеспечения при наступлении жизненных обстоятельств, влекущих за собой утрату или снижение дохода, повышенные расходы, малообеспеченность, бедность[743], или, другими словами, совокупность общественных отношений, в рамках которых лицам, не способным к обеспечению самих себя и своей семьи в силу объективных и признанных обществом при-

[741] См.: Иванова Р.И. Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. М., 1986. С. 22.

[742] См. Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России. М., 2004. С. 32.

[743] См.: Шайхатдинов В.Ш. Система социальной защиты и обеспечения населения современной России // Социальная защита населения в регионе. Екатеринбург, 1999. С. 58.

чин, предоставляется часть общественных средств в объеме, достаточном для удовлетворения их социально значимых потребностей[744]. Третьи ученые рассматривают социальное обеспечение как форму выражения социальной политики государства, направленной на материальное обеспечение определенных категорий граждан в случае наступления событий, признаваемых государством на данном этапе своего развития социально значимыми[745]. Перечень подходов к определению содержания социального обеспечения можно продолжить указанием на иные его характеристики[746]. Таким образом, в одних случаях определение социального обеспечения основано на экономической и организационной характеристиках этого явления как способа (формы) целевого распределения общественных или обобществленных (государственных) средств, либо как системы мероприятий государства в русле его социальной политики, в других – совпадает полностью или частично с определением предмета отрасли права социального обеспечения. Возникает закономерный вопрос о значении данной категории в построении системы отрасли права социального обеспечения. Столь многоплановое, выражающееся в различных аспектах понятие социального обеспечения вряд ли может стать тем ядром, вокруг которого группируются институты права социального обеспечения. Скорее перечисленные определения социального обеспечения должны рассматриваться в ключе социального назначения и функций отрасли права социального обеспечения.

Несущественно изменит ситуацию возведение в ранг базовой конструкции права социального обеспечения понятия организационно-правовой формы социального обеспечения или уровней (подсистем) социального обеспечения как системного образования. Здесь мы также сталкиваемся с неоднозначностью и многомерностью этой конструкции.

Исторически первыми формами социального обеспечения были негосударственные: частная благотворительность, мило-

---

[744] См.: Право социального обеспечения / Под ред. М.В. Филипповой. М., 2006. С. 19.

[745] См.: Право социального обеспечения / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2007. С. 11.

[746] См. подробнее: Миронова Т.К. Право и социальная защита. М., 2006. С. 153–155.

стыня, церковное и общинное призрение, затем государственное обеспечение увечных воинов, пенсии чиновникам, государственное (общественное) призрение. В условиях капиталистического способа производства социальное страхование наемных работников прошло эволюцию от добровольных форм до обязательных государственных.

В современной юридической литературе часть авторов придерживается сложившегося в советский период понятия организационно-правовой формы социального обеспечения, но классификации этих форм разнятся в зависимости от избираемых критериев. Так, Е.Е. Мачульской качестве таковых выделяются три основные формы: государственное (обязательное) социальное страхование; социальное обеспечение за счет прямых ассигнований из бюджета; государственная социальная помощь[747]. Другие авторы придерживаются иной позиции, называя следующие формы социального обеспечения: обязательное социальное страхование; государственное социальное обеспечение за счет всех уровней бюджетной системы (включая государственную социальную помощь); негосударственное социальное обеспечение[748].

М.Л. Захаров и Э.Г. Тучкова рассматривают социальное обеспечение как моногоуровневое системное образование, которое составляют государственная и негосударственная элементы системы. По их мнению, эта система содержит подсистемы финансирования расходов на социальное обеспечение за счет централизованных внебюджетных кредитно-финансовых систем (Пенсионного фонда, Фонда социального страхования, Фондов обязательного медицинского страхования); за счет федерального бюджета; за счет бюджетов субъектов РФ; за счет местных бюджетов и средств организаций; за счет фондов социальной поддержки населения. Кроме того, в системе материального обеспечения и социального обслуживания граждан, закрепленными нормами права социального обеспечения, относительно самостоятельными при-

[747] См.: Мачульская Е.Е., Горбачева Ж.А. Право социального обеспечения. М., 2000. С. 7.

[748] См.: Право социального обеспечения. Под ред. М.В. Филипповой. С. 27; Сулейманова Г.В. Право социального обеспечения. Ростов н/Д, 2004. С. 5.

знаются подсистемы: пенсионного обеспечения; обеспечения граждан пособиями и компенсациями, медицинской помощью, лечением, социальными услугами, льготами[749].

Таким образом, в зависимости от различных критериев: круга обеспечиваемых субъектов, источников финансирования, оснований обеспечения, видов социального обеспечения, органов и организаций социального обеспечения – можно предложить довольно широкий спектр классификаций форм и видов социального обеспечения. Между тем в силу многомерности этих форм вряд ли они в состоянии выполнять функцию базовых отраслевых юридических конструкций. Более того, сам законодатель в ряде случаев изменяет, реформирует правовую природу той или иной формы социального обеспечения, стирая грани между различными формами. Например, по российскому законодательству социальные пенсии имеют своим источником страховые средства Пенсионного фонда, а с 2001 г. страхование по безработице возложено только на государство. В систему медицинского страхования включено у нас и неработающее население, страхование которого осуществляется государством. Взаимодействие и взаимопроникновение рассматриваемых форм социального обеспечения – явление очевидное, и оно не должно исключать их самостоятельности. Ряд стран предпринимают попытки в некоторых случаях развести эти формы социального обеспечения. Так, например, во Франции пенсионные правоотношения по выплате социальных пенсий, назначаемых в порядке социальной помощи, исключили из системы пенсионного страхования. В 1994 г. на основании Закона о фонде солидарности по старости был создан указанный специальный фонд. Главная задача фонда – выплата минимального дохода по старости лицам, не получающим пенсий и надбавок. Средства фонда формируются за счет всеобщего социального взноса (2,4% любых доходов), части акцизов и пошлин на алкогольные напитки[750].

---

[749] См. Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России. С. 36–37.

[750] См.: Зубченко Л. Пенсионная система Франции // Труд за рубежом. 1995. № 2. С. 77–78.

Еще более общей юридической конструкцией является определение социальной защиты населения. Оно варьируется от “широкого” до “узкого” понимания. Так, в практике МОТ понятие “социальная защита населения” охватывает государственные и негосударственные формы социального страхования и вспомоществования и здравоохранения[751]. В специальной литературе российскими и зарубежными авторами предлагается более широкое понятие социальной защиты, в которое также включаются государственные и негосударственные меры, направленные на создание благоприятной среды существования человека как члена общества[752], в том числе национальные системы охраны труда, помощь государства в получении образования[753], предоставление материальных благ, связанных с реализацией права на жилище[754], меры по охране окружающей среды, смягчению негативных результатов экономической реформы и др[755].

Таким образом, предлагаемые сегодня в учебной и научной литературе юридические конструкции “социального обеспечения”, “организационно-правовых форм социального обеспечения”, “социальной защиты населения” не отвечают критериям базовой отраслевой юридической конструкции, консолидирующей все институты отрасли. На наш взгляд, эта роль должна быть отведена юридической конструкции социально-обеспечительного обязательства.

Как уже отмечалось, право социального обеспечения традиционно относят к публичным отраслям права. Однако в современных экономических (рыночных) условиях и условиях формирования гражданского общества не следует игнорировать степень проникновения частно-правовых начал, институтов, категорий в сферу социального обеспечения. Публичное право согласно тра-

---

[751] Обеспечение дохода и социальная защита в меняющемся мире. Женева. МБТ, 2000.

[752] См.: Шайхатдинов В.Ш. Право социального обеспечения. Екатеринбург, 1996. Вып. 1. С. 5.

[753] См.: Ламперт Х. Социальная рыночная экономика. Германский путь. М., 1994. С. 150–152; 182–200 и др.

[754] См.: Миронова Т.К. Право и социальная защита. М., 2006. С. 171.

[755] См.: Черноморченко Н.П. Право социального обеспечения: Учебно-методическое пособие. Саратов, 2000. С. 6.

диционной формуле обеспечивает публичный интерес, который, как уточняет современная доктрина, представляет собой не что иное, как “усредненный” частный интерес, “общее арифметическое” от частных интересов[756].

Явление обязательства присуще не только сфере гражданского оборота, но и международному, государственному, административному, финансовому праву, где традиционно доминируют публичные начала в правовом регулировании. Следует согласиться, что правовая конструкция обязательства является абстрактной и выражает определенную закономерность в правовой организации общественных отношений. Такая конструкция, как обязательство, обладает определенными устойчивыми признаками, составляющими особую правовую форму регулирования общественных отношений. Сложившись первоначально в рамках гражданского права, эта правовая конструкция приобрела относительную самостоятельность и впоследствии утратила свою отраслевую принадлежность, выделившись в правовую категорию, “стоящую над системой права”[757]. В случае ее использования для регулирования отношений иной отраслевой принадлежности последние не становятся гражданско-правовыми. В данном случае не расширяется сфера действия норм гражданского права, здесь имеет место лишь использование способов правового регулирования как составной части метода регулирования. В этой связи мы не предлагаем рассматривать социально-обеспечительное обязательство в качестве разновидности гражданско-правового обязательства. Речь идет о юридической конструкции обязательства активного типа, сочетающего частные и публичные средства регулирования социально-обеспечительных отношений. Это обязательство с особой целевой направленностью и объектом, опосредующее относительное правоотношение, где одно лицо (орган социального обеспечения) обязано совершить действия в пользу другого физического лица по предоставлению социальных благ (пособий, пенсий, социальных услуг и др.) в целях социальной защиты. Предлагаемая конструкция социально-обеспечительного обязательства применима ко

[756] См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., 1995. С. 55 и др.

[757] Танчук И.А., Ефимочкин В.П., Абова Т.Е. Хозяйственные обязательства. М., 1970. С. 19.

всем организационно-правовым формам социального обеспечения: социальное страхование, социальная помощь и социальное обслуживание, государственное социальное обеспечение. При этом речь идет не только об обязательных формах, основанных на законе, но и о добровольных, вытекающих из социально-обеспечительных договоров. Легализация этой юридической конструкции соответствует социальному назначению отрасли права социального обеспечения, тем более что в постсоветской практике правового регулирования социально-обеспечительных отношений имела место практика одностороннего отказа государства от своих социальных обязательств. Достаточно вспомнить нормативные решения об отмене индивидуальных страховых взносов с заработка работников в Пенсионный фонд РФ и Фонд занятости в начале XXI в. Судьба уже перечисленных гражданами взносов в эти фонды была решена по усмотрению государства без каких-либо встречных обязательств по их компенсации гражданам. Аналогичная ситуация повторилась и с индивидуальными накоплениями (накопительная часть пенсии) граждан в рамках проводимой пенсионной реформы. В прежней редакции Федерального закона “Об обязательном пенсионном страховании в РФ” страховые взносы, направленные на формирование пенсионных накоплений, с 1 января 2002 г., уплачивались в отношении мужчин не старше 1953 г. рождения и женщин 1957 г. рождения и моложе. Затем с 1 января 2005 г. законодателем возрастная планка была изменена в сторону “омоложения” лиц, в отношении которых формируется накопительная часть пенсии, но остался без решения вопрос о судьбе пенсионных накоплений за три года вышеназванных лиц. Если исходить из обязательственной природы социально-обеспечительных отношений, то следует вести речь о социальных обязательствах государства, гарантиях их выполнения. В этом случае заслуживают поддержки высказанные в литературе предложения о предоставлении рассматриваемой категории застрахованных лиц права выбора: либо получить накопительную часть трудовой пенсии в минимальном размере, либо ликвидировать пенсионные накопления и учесть соответствующие денежные средства в общей части индивидуального лицевого счета застрахованного, увеличив

размер страховой части пенсии[758]. Таким образом, юридическая конструкция социально-обеспечительного обязательства имеет не сколько теоретическое, сколько прикладное практическое значение.

Об обязательственной природе социально-обеспечительных отношений писали в свое время Т.В. Иванкина, Р.И. Иванова, В.А. Тарасова. При характеристике правового положения сторон в социально-обеспечительном отношении они определяли его как социальное обязательство, основанное на законе[759]. В настоящее время эта конструкция социального обязательства нашла поддержку в работах М.Ю. Федоровой, которая противопоставляет социально-обеспечительное обязательство социально-страховому. При этом под социально-обеспечительным обязательством понимается публичное безвозмездное обязательство, где государство предоставляет гражданину материальное обеспечение бесплатно, безэквивалентно, т.е. на началах алиментарности. Социально-страховое обязательство носит частно-публичный возмездный и взаимный характер и возникает на основе закона (обязательное государственное) либо договора (дополнительное)[760]. Из предложенной классификации обязательств следует, что социально-страховое обязательство не имеет социально-обеспечительной природы, автор отграничивает его от социально-обеспечительного обязательства[761]. Тем самым разрушается единство социального обязательства как правового явления, опосредованного социально-обеспечительным правоотношением.

Подчеркнем еще раз, что понятие “социально-обеспечительное обязательство” – это конструкция, которая характеризует природу социально-обеспечительных отношений, объединяет

---

[758] См.: Фрик О.В. Страховые взносы как источник формирования пенсионных накоплений: некоторые проблемы теории и практики // Российский ежегодник трудового права. 2005. № 1. С. 530.

[759] См.: Иванкина Т.В. Проблемы правового регулирования распределения общественных фондов потребления. С. 29; Иванова Р.И., Тарасова В.А. Предмет и метод советского права социального обеспечения. С. 146.

[760] Федорова М.Ю. Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск , 2000. С. 91

[761] Там же. С. 304.

общим началом и социально-страховые, и отношения по государственному социальному обеспечению, государственной социальной помощи и обслуживанию населения. Социально-обеспечительное обязательство как правовое явление должно иметь много общего с классической категорией "обязательство", разработанной в гражданском праве. Так, если социально-обеспечительное обязательство обладает родовыми признаками обязательства, то его правовое регулирование во многом может идти по пути заимствования технико-юридических цивилистических подходов. Однако необходимо учитывать, что социальное обязательство характеризуется особыми видовыми признаками, вытекающими из публично-правовой компоненты социально-обеспечительных отношений с участием государства или под его контролем. Иными словами, речь идет о сложной частно-публичной природе социально-обеспечительного обязательства.

Анализ социально-обеспечительного обязательства следует начать с его родовых признаков. Иными словами, необходимо выявить его общие признаки, которые сродни классическому цивилистическому обязательству. К таковым относятся следующие:

1. Гражданско-правовое обязательство всегда носит имущественный характер. Обязательство как научное понятие "имеет смысл и значение только тогда, когда оно рассматривается в качестве специфической правовой формы опосредования товарно-денежных отношений"[762]. Отношения, регулируемые обязательственным правом, охватываются понятием отношений экономического оборота. Общим для всех отношений экономического оборота является то, что они так или иначе связаны с перемещением материальных благ в виде вещей, денег, выполнения работ, оказания услуг и т.д. Социально-обеспечительное обязательство в значительной части (хотя и не полностью) отвечает этому признаку, так как в социально-обеспечительном правоотношении лицу предоставляются социальные выплаты (пенсии, пособия, компенсации), натуральные формы содержания (одежда, продукты питания), социальные услуги.

[762] Гражданское право / Под ред. Ю.К. Толстого и А.П. Сергеева. Т. 1. СПб., 1996. С. 417.

2. Поскольку гражданско-правовые обязательства опосредуют процесс перемещения материальных благ от одного лица к другому, постольку они всегда устанавливаются между строго определенными лицами, т.е. приобретают относительный характер. Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц) (ст. 308 ГК РФ). Социально-обеспечительное обязательство также является относительным правоотношением, стороны которого строго определены: физическое лицо и органы, организации, иные лица, предоставляющие тот или иной вид социального обеспечения.

3. Согласно гражданско-правовой теории обязательство – это всегда правоотношение активного типа, так как в соответствии со ст. 307 ГК РФ “в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности”. В обязательстве участвуют две стороны: управомоченная и обязанная. Поскольку перемещение материальных благ невозможно без активных действий, управомоченная в обязательственном правоотношении сторона наделена правом требовать от обязанной стороны совершения определенных активных действий. В свою очередь, на обязанную сторону возлагается обязанность совершить активные действия. При этом она может быть обязана к воздержанию от определенных действий, сопровождающих ее активные действия, но не заменяющему их. Такое пассивное воздержание не относится к числу существенных признаков обязательства. То же самое можно сказать и о социально-обеспечительном обязательстве. Оно всегда активного типа и развивается за счет активного поведения получателя социальных выплат и услуг (право требования, притязания), в то время как другая сторона, орган социального обеспечения обязан предоставить тот или иной вид социального обеспечения в порядке и на условиях, предусмотренных законом или договором. В социально-страховых правоотношениях эта характеристика правового положения сторон не требует особого обоснования. Однако не являются исключением и правоотношения по социальной помощи, социальному обслуживанию, несмотря на их адресный ха-

рактер. Заявитель вправе требовать рассмотреть его просьбу о предоставлении социальной помощи, а орган социальной защиты после проверки нуждаемости лица обязан при наличии оснований, предусмотренных в законе, предоставить тот или иной вид социальной помощи.

4. Признаком гражданско-правового обязательства является его целенаправленность, ибо действия должника в обязательстве осуществляются в пользу кредитора. Социально-обеспечительному обязательству этот признак присущ, так как орган, организация, предоставляющие социальное обеспечение, выполняют свою обязанность исключительно в пользу конкретного физического лица.

Таким образом, социально-обеспечительное обязательство как разновидность обязательства – это относительное правоотношение активного типа, в котором орган социального обеспечения (организация, иное лицо) обязан в порядке и на условиях, предусмотренных законом или договором, предоставить лицу определенный вид социальных выплат, социальных услуг, социальных льгот.

Между тем обязательство как институт гражданского права характеризует диспозитивный метод регулирования имущественных отношений, основанный на равенстве сторон. Обязательство в праве социального обеспечения предполагает наряду с ним и иной метод – императивный, основанный на особой социальной роли государства. Заметим, что подобное единство императивных и диспозитивных начал мы наблюдаем в правовом регулировании трудовых отношений. В этой связи применение термина “обязательство” в сочетании с термином “социально-обеспечительное” означает выявление целого ряда признаков, выражающих специфику и содержание социально-обеспечительных правоотношений. Эти признаки рельефно проявляются при его сравнении с гражданско-правовым обязательством. Итак, в чем же проявляется отличие социально-обеспечительного обязательства от гражданско-правового?

1. Гражданско-правовое обязательство возникает, как правило, на добровольной основе, допускающей изменение содержания обязательств по соглашению сторон, уступку требования и перевод долга, прекращение обязательства соглашением сторон. Соци-

ально-обеспечительные обязательства по основаниям возникновения можно подразделить на обязательные (недоговорные), вытекающие из закона (как правило, это сложный фактический состав: правовые основания социального обеспечения, предусмотренные в законе, волеизъявление лица и решение соответствующего органа социального обеспечения) и добровольные (договорные). В последнем случае, например, законом определяется порядок добровольного вступления определенного круга лиц в систему обязательного страхования на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством[763]. Иными словами, по добровольному волеизъявлению лица возникают отношения по обязательному социальному страхованию. Действующим законодательством также определяются договорные основания возникновения социально-обеспечительных обязательств, равно как и порядок заключения такого договора (например, договоры о добровольном медицинском страховании, договоры о страховании в негосударственных пенсионных фондах).

2. Содержание гражданско-правового обязательства основано на равенстве сторон и определяется сторонами. В социально-обеспечительном обязательстве его содержание устанавливается законом, а в добровольном договорном социальном обеспечении и договором, но в пределах, установленных законом. Так, например, при предоставлении платных (договорных) медицинских услуг медицинское учреждение должно обладать сертификатом и лицензией на конкретный вид деятельности. Государственные и муниципальные медицинские учреждения оказывают платные медицинские услуги по специальному решению соответствующего органа управления здравоохранением и в соответствии с установленными правилами[764]. Таким образом, публичная составляющая социально-обеспечительного обязательства обусловлена

---

[763] См.: Федеральный закон от 31 декабря 2002 г. № 190-ФЗ “Об обеспечении пособиями по обязательному социальному страхованию граждан, работающих в организациях, у индивидуальных предпринимателей, применяющих специальные налоговые режимы и некоторых других категорий граждан” // СЗ РФ. 2003. № 1. Ст. 5.

[764] См.: Правила предоставления платных медицинских услуг населению медицинскими учреждениями: утв. Постановлением Правительства РФ от 13 января 1996 г. № 27 // СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 194.

нормированием государством социального стандарта обеспечения, который не может быть ниже установленного законом. Это достигается путем законодательного закрепления видов социального обеспечения, его уровня и условий предоставления.

Таким образом, социально-обеспечительное обязательство характеризуется единством публичных (императивных) и частных (диспозитивных) начал. Но степень вмешательства государства в отношения сторон обязательства зависят от его вида.

Виды социально-обеспечительных обязательств и гарантии их исполнения. В социально-обеспечительных обязательствах, вытекающих из закона (обязательное социальное страхование, государственное обеспечение и государственная социальная помощь), императивно определяются основания возникновения обязательства, его содержание и порядок изменения и прекращения, а также объем предоставляемых социальных благ. Источником финансирования этих обязательств являются средства государства (бюджеты всех уровней, государственные внебюджетные социальные фонды). В этих обязательствах основой служит публичная компонента. Не случайно Конституционный Суд РФ называет их *публично-правовыми обязательствами государства*. В своих решениях он подчеркивает, что в регулировании социальных прав законодатель связан публично-правовыми обязательствами государства. Право на социальное обеспечение является конституционным правом и общепризнанной нормой международного права. В этом контексте названное право гарантируется правовым социальным государством и не может быть им отменено. Другое дело наполняемость, конкретный объем социальных благ, которые предоставляются гражданам при реализации ими права на социальное обеспечение. Этот объем в значительной мере зависит от социально-экономического уровня развития страны. Государство не должно необоснованно и произвольно изменять эти обязательства или отказываться от них, иное означало бы нарушение принципов справедливости и правового социального государства (Постановление Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2004 г. № 9-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федеральных законов “О федеральном бюджете на 2002 год”, “О федеральном бюджете на 2003 год”. “О федеральном бюджете на 2004 год” и приложений к

ним; Определение от 27 декабря 2005 г. № 527-О). Названные изменения социально-обеспечительного законодательства могут ухудшать положение гражданина. Установить в законодательстве абсолютный запрет на такие изменения вряд ли возможно, так как объем предоставляемых государством социальных благ зависит от социально-экономического положения страны. Такие изменения или отказы государства от исполнения ранее взятых публичных обязательств, по мнению Конституционного Суда РФ, ограничены следующими правовыми принципами. Во-первых, это принцип надлежащего и реального исполнения обязательства, а равно запрет (недопустимость) внесения произвольных изменений в действующую систему норм, ухудшающих положение получателей того или иного вида социального обеспечения. Конституционный Суд РФ называет это принципом поддержания доверия граждан к законам и действиям государства (Постановление от 24 мая 2001 г. № 8-П по делу о проверке конституционности положений части первой статьи 1 и статьи 2 Федерального закона "О жилищных субсидиях гражданам, выезжающим из районов Крайнего Севера и приравненных к ним местностей в связи с жалобами граждан А.С. Стах и Г.Н. Хваловой"). Во-вторых, при обоснованных изменениях, вносимых в действующее социально-обеспечительное законодательство, должна быть обеспечена защита приобретенных прав. Формы и способы защиты, по мнению Конституционного Суда, зависят от правовой природы и целевого назначения этих прав. В решениях названного Суда прослеживаются три основные формы защиты приобретенных социально-обеспечительных прав при изменении правового регулирования в сторону снижения уровня социального обеспечения:

1. Сохранение признанного государством объема социальных благ, достигнутого уровня социального обеспечения в отношении социальных прав отдельных категорий граждан. Имеются в виду случаи, когда государство обязуется компенсировать вред гражданам, осуществляющим социально значимые функции доноров; гражданам, пострадавшим в связи с деятельностью государства в сфере освоения и использования ядерной энергии; жертвам политических репрессий (Определения КС РФ от 4 декабря 2003 г. № 415-О; от 1 декабря 2005 г. № 462-О; от

4 апреля 2006 г. № 89-О), участникам боевых действий (Преамбула ФЗ № 122) и др.

2. Предоставление гражданам разумного переходного периода – периода адаптации к вносимым изменениям. Эту форму защиты приобретенных прав можно также встретить и в нормативных актах. Так Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. "Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам граждан, подлежащих обязательному социальному страхованию" содержит норму о сохранении ранее приобретенных прав при определении размера пособия по временной нетрудоспособности гражданам, которые до 1 января 2007 г. имели право на получение пособия в размере, превышающем размер пособия, полагающегося в соответствии с названным федеральным законом.

3. Создание компенсаторного механизма, позволяющего устранить или смягчить последствия изменения социально-обеспечительного законодательства (Постановление Конституционного Суда РФ от 24 мая 2001 г. № 8-П; определения КС РФ от 4 декабря 2003 г. № 415-О и от 11 мая 2006 г. № 88-П).

Таким образом, Конституционный Суд РФ дает толкование конституционных пределов дискреции законодателя при изменении регулирования социальных прав, тем самым обеспечивая исполнимость и стабильность публичных социально-обеспечительных обязательств[765]. Другой характерной особенностью способов обеспечения исполнения социально-обеспечительных обязательств является практика Европейского Суда по правам человека.

В российской практике появился еще один вид публичных социально-обеспечительных обязательств, которые имеют смешанный механизм реализации – это добровольное вступление в правоотношения по обязательному социальному страхованию. В настоящее время к таким случаям относятся: 1) пенсионное страхование граждан РФ, работающих за ее пределами; 2) страхование несчастных случаев на производстве для лиц, за-

[765] См. подробнее: Зорькин В.Д. Защита социальных прав и преодоление несправедливости: проблемы конституционного правосудия // Социальные права и практика Конституционного Суда РФ. СПб., 2007.

ключивших гражданско-правовой договор на выполнение работ или оказание услуг по соглашению сторон этого договора; 3) страхование временной нетрудоспособности самозанятого населения. На наш взгляд, этот вид социально-обеспечительных договоров является по своей природе договором присоединения. При заключении договоров присоединения их условия устанавливаются в данном случае только одной стороной, публичной, а именно государством в лице уполномоченных органов и организаций.

В социально-обеспечительных обязательствах по добровольному договорному социальному обеспечению государство устанавливает только пределы (границы) такой договоренности участников по тому или иному виду социального обеспечения. В этих обязательствах господствует договорный режим (частная составляющая), но она должна быть ограничена публичной компонентой. Источником финансирования такого обязательства являются, как правило, негосударственные средства (страховые взносы граждан, организаций, личные денежные средства). Однако источник финансирования не изменяет целевого назначения, сущности и предмета обязательства. Оно остается социально-обеспечительным и должно регулироваться в рамочном порядке государством нормами отнюдь не отрасли гражданского права, а права социального обеспечения. Исполнение этих обязательств, по нашему мнению, субсидиарно должно быть гарантировано государством.

В этой части представляется перспективной разработка конструкций добровольного и обязательного социального страхования на основе договоров в пользу третьих лиц с учетом их смешанной частно-публичной природы. К сожалению, наш законодатель не учитывает названных обстоятельств. Так, договор об обязательном медицинском страховании, заключаемый между медицинской страховой организацией и медицинским учреждением, оказывающим медицинские услуги, основан на гражданско-правовой конструкции договора об исполнении третьему лицу[766]. Этот вид договора не предоставляет третьему лицу (застра-

[766] В теории и практике гражданского права разграничиваются договоры в пользу третьего лица и договоры об исполнении третьему лицу

хованному лицу) никаких субъективных прав и гарантий. По сути, третье лицо не вправе требовать надлежащего исполнения условий этого договора. Социально-обеспечительная природа рассматриваемого договора диктует усиление публичных начал, т.е. его легализацию в форме договора в пользу третьего лица (застрахованного лица), которое имеет право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу. Аналогичные параллели можно провести и в отношении договоров о добровольном пенсионном страховании, заключаемых работодателями с негосударственными пенсионными фондами.

Социально-обеспечительное обязательство как определяющая отраслевая юридическая конструкция означает, что названное отраслевое обязательство рассматривается в качестве, во-первых, юридического факта, во-вторых, правоотношения и, в-третьих, письменного документа (например, договор о добровольном медицинском страховании).

Социально-обеспечительные стандарты как пределы договорного регулирования в праве социального обеспечения. Социальные стандарты являются основой социальной политики государства. Эта юридическая конструкция пронизывает все организационно-правовые формы социального обеспечения, применяется не только в публичной сфере государственного обеспечения, обязательного социального страхования, но и в сфере частных договорных форм социального обеспечения. Разработка минимальных социальных стандартов предусматривалась еще Программой социальных реформ в РФ на период 1996 – 2000 гг. Речь шла, в частности, о стандартах обеспечения населения медико-санитарной и лекарственной помощью, стандартах в области социального обслуживания и др. Был подготовлен проект федерального закона о государственных минимальных социальных стандартах, в котором система социальных стандартов охватывала следующие сферы: денежные доходы населения; оплату труда; пенсионное обеспечение; социальную поддержку граждан, нуждающихся в защите; социальное обслуживание; здравоохранение; культуру; жилищно-коммунальную сферу. К

(см.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. М., 2004. С. 596–597).

сожалению, такой закон до сих пор не принят. В Программе сотрудничества между РФ и Международной организацией труда на 2006 – 2009 гг. вновь в качестве национального приоритета в сфере социальной защиты в РФ объявляется формирование системы государственных социальных стандартов. Очевидно, что устойчивая и доступная система страхования и социальной защиты должна базироваться на системе государственных стандартов и гарантий. Социально-обеспечительные стандарты являются разновидностью государственных социальных стандартов.

1. Социально-обеспечительные стандарты (стандарты социально-обеспечительных прав) – это, прежде всего, гарантированный объем социально-обеспечительных благ, которые государство обязано предоставить лицу в рамках исполнения социально-обеспечительных обязательств. Неотъемлемой характеристикой социально-обеспечительных стандартов должна быть их публичная гарантированность, о чем речь шла выше.

2. Социально-обеспечительные государственные стандарты – это научно обоснованные показатели уровня обеспеченности и потребления важнейших жизненных благ и услуг по социально-демографическим группам населения (трудоспособное население, пенсионеры, дети) и регионам страны[767]. Эти стандарты имеют, как правило, количественные и качественные параметры. Более того, гарантией обеспечения социально-обеспечительных стандартов является установление в законодательном порядке минимального размера социального обеспечения (минимальные социально-обеспечительные стандарты). Минимальный уровень социально-обеспечительных стандартов должен быть увязан с прожиточным минимумом так же, как и минимальная заработная плата. Между тем довольно длительное время в российском постсоветском законодательстве о социальном обеспечении в качестве минимального социального стандарта для социально-обеспечительных выплат (пособий) применялся минимальный размер заработной платы, который был значительно ниже прожиточного минимума. В этой связи в теории права социального обеспечения ряд авторов предлагал ввести два вида минимальных

[767] См.: Роик В.Д. Основы социального страхования. М., 2007. С. 50–52.

социальных стандартов. Во-первых, прожиточный минимум как социальный стандарт, применяемый для сферы государственной социальной помощи. Во-вторых, для системы обязательного социального страхования предусмотреть более высокий уровень социальных стандартов, например минимальный потребительский бюджет (социальный минимум)[768]. Полагаем, что доведение размера минимальной заработной платы до величины прожиточного минимума трудоспособного населения снимает с повестки дня вопрос о введении двух вышеназванных видов минимальных социальных стандартов.

Согласно ТК РФ (ст. 133) минимальный размер оплаты устанавливается одновременно на всей территории Российской Федерации и не может быть ниже размера прожиточного минимума трудоспособного населения. Вместе с тем, порядок и сроки поэтапного повышения размера минимальной заработной платы до размера не ниже прожиточного минимума определяется федеральным законом (ст. 421 ТК РФ). Очередным таким законом стал Федеральный закон от 20 апреля 2007 г. № 54-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “О минимальном размере оплаты труда” и другие законодательные акты РФ»[769]. Названным законом этот размер повышен с 1 сентября 2007 г. до 2 300 рублей в месяц. Кроме того, принципиальной является и введенная новелла о том, что минимальный размер оплаты труда применяется исключительно для регулирования оплаты труда и определения размеров пособий по временной нетрудоспособности. Применение минимального размера оплаты труда для других целей не допускается.

В случаях, предусмотренных законом, социально-обеспечительные выплаты могут ограничиваться максимальными размерами. Впервые такое ограничение максимальными размерами сумм страховых выплат (пособий) было предусмотрено подзаконным нормативным актом – Указом Президента РФ от 15 марта

---

[768] См., например: Федорова М.Ю. Применение минимальных социальных стандартов в российской системе социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 93–94.

[769] СЗ РФ. 2007. № 17. Ст. 1930.

2000 г. “О размере пособия по временной нетрудоспособности”[770]. Затем размер этого пособия стал ограничиваться федеральным законом о бюджете Фонда социального страхования на соответствующий год. Эта тенденция проявилась и в ограничении максимальными размерами страховых выплат в порядке обязательного социального страхования от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний (профессиональных рисков). В теории права социального обеспечения ограничение максимальными размерами сумм социально-страховых пособий оценивается как посягательство на права застрахованных и нарушение принципов обязательного социального страхования, предусмотренных Федеральным законом от 16 июля 1999 г. № 165-ФЗ“Об основах обязательного социального страхования”.

На наш взгляд, оценка максимальных размеров социальных стандартов не столь однозначна. Ограничение социально-обеспечительных выплат максимальными размерами может быть продиктовано уже известными нам двумя причинами. Во-первых, содержательное наполнение, объем предоставляемых лицу социально-обеспечительных благ зависит от состояния бюджетной системы государства и доходной части внебюджетных социально-страховых фондов. Во-вторых, размер и объем социально-обеспечительных благ должен обеспечить оптимальный баланс компенсационной и реабилитационной, интеграционной функций права социального обеспечения, стимулировать лицо к участию в трудовой и иной общественно полезной деятельности. Например, пособие по безработице призвано выполнять две функции: обеспечить безработного на период безработицы средствами к существованию и сохранить стимулы к активному поиску работы. Иными словами, это ограничение должно быть социально справедливым, но и соразмерным. Так, в 2007 г. Постановлением Конституционного Суда РФ от 22.03.2007 № 4-П норма о максимальном размере пособия по беременности и родам, содержащаяся в части первой статьи 15 Федерального закона "О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2002 год" и в части первой статьи 13 Федерального закона "О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации

[770] СЗ РФ. 2000. № 12. Ст. 1259.

на 2007 год", признана не соответствующей Конституции Российской Федерации в той мере, в какой данной нормой в системе действующего правового регулирования несоразмерно ограничивается размер пособия по беременности и родам для застрахованных женщин, чей средний заработок превышает предусмотренную в ней предельную сумму.

3. Социально-обеспечительные стандарты устанавливаются на всех уровнях правового нормативного регулирования социально-обеспечительных отношений:

а) *международно-правовые стандарты* имеют международно-правовой режим, чаще всего договорный;

б) *федеральные социально-обеспечительные стандарты*. Они устанавливаются федеральным законодательством. Например, на основании Закона от 24 ноября 1995 г. № 181-ФЗ "О социальной защите инвалидов в Российской Федерации"[771] устанавливается федеральный перечень реабилитационных мероприятий, технических средств и услуг, предоставляемых инвалидам, который принимается Правительством РФ. В соответствии с Федеральным законом от 19 мая 1995 г. «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей»[772] определяется минимальный размер ежемесячного пособия по уходу за ребенком. Федеральным является и гарантированный перечень услуг на погребение, предоставляемых на безвозмездной основе по Закону от 12 января 1996 г. № 8-ФЗ "О погребении и похоронном деле"[773]. Однако стоимостная оценка этих услуг определяется органами местного самоуправления по согласованию с соответствующими отделениями ПФ РФ, ФСС РФ, а также органами государственной власти субъектов Федерации. Кроме того, качество этих услуг должно соответствовать требованиям, установленным органами местного самоуправления.

Федеральные социально-обеспечительные стандарты характерны и для обязательного социального страхования. Например, Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ "Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беремен-

[771] СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4563.
[772] Там же. 1995. № 21. Ст. 1929.
[773] Там же. 1996. № 3. Ст. 146.

ности и родам граждан, подлежащих обязательному социальному страхованию"[774] предусматривает дифференциацию размера пособия по временной нетрудоспособности в зависимости от продолжительности страхового стажа от 100% среднемесячного заработка до 60%. При этом размер этого пособия не может превышать максимального размера пособия, установленного федеральным законом о бюджете ФСС на очередной финансовый год (за исключением пособия по временной нетрудоспособности в связи с несчастным случаем на производстве и по беременности и родам).

Федеральные социально-обеспечительные стандарты применяются и в системе государственного социального обеспечения. Так, на основании Федерального закона от 15 декабря 2001 г. № 166-ФЗ "О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации"[775] размер пенсии за выслугу лет военнослужащим составляет 50% денежного довольствия (заработка), может увеличиваться за каждый год выслуги, но не более 85 % заработка;

в) *региональные социально-обеспечительные стандарты.* Примером могут служить установленные субъектами Федерации нормы и нормативы обеспечения в государственных учреждениях социального обслуживания, включающие натуральные виды обеспечения (питание, одежда, обувь и т.п.), обеспечение техническими средствами, нормативы численности работников, осуществляющих социальное обслуживание и др. Нормы материального обеспечения детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей в социальных учреждениях, также устанавливаемые на региональном уровне, включают также расходы на культурно-воспитательную работу;

г) *муниципальные социально-обеспечительные стандарты.* Они устанавливаются соответственно актами муниципальных органов власти при предоставлении социального обеспечения за счет средств местных бюджетов, например, дополнительные компенсации многодетным семьям и др.

4. Социально-обеспечительные стандарты являются обязательной нормой не только в публичной сфере (системе обяза-

---

[774] СЗ РФ. 2007. № 1 (1ч.). Ст. 18.

[775] Там же. 2001. № 51. Ст. 4831.

тельного социального страхования, государственного социального обеспечения, государственной социальной помощи и обслуживания), но и негосударственной сфере. Это касается и упомянутого выше гарантированного перечня и качества ритуальных услуг, предоставляемых негосударственными службами, качества социальных услуг в системе социального обслуживания населения в негосударственном секторе, а равно медицинских услуг. Контроль за соблюдением социально-обеспечительных стандартов осуществляет государство в лице уполномоченных органов. В эту сферу допускаются организации и лица, имеющие соответствующую государственную лицензию, или прошедшие государственную аккредитацию. В последнем случае имеются в виду организации независимо от формы собственности, осуществляющие деятельность в области реабилитации инвалидов.

В заключение особо подчеркнем, что именно социально-обеспечительные стандарты, которые носят публичный характер, служат одним из оснований включения в предмет отрасли права социального обеспечения отношений, возникающих в рамках добровольных негосударственных форм социального обеспечения. Здесь мы ограничимся указанным заявлением, однако к этому тезису мы неоднократно будем возвращаться при последующем изложении материала.

Предмет права социального обеспечения и договорные начала отрасли. В современных исследованиях сохранен в целом сложившийся подход к предмету отрасли права социального обеспечения как публичной отрасли. В учебной литературе по праву социального обеспечения безапелляционно заявляется о том, что добровольные и полностью оплачиваемые виды социального обеспечения (платные социальные услуги, добровольное медицинское страхование, платные медицинские услуги, добровольное пенсионное страхование, платные образовательные услуги) регулируются нормами гражданского права[776]. Так, М.В. Филиппова по этому поводу пишет, что в основу отношений, функционирующих в области негосударственного социаль-

[776] См.: Право социального обеспечения / Под ред. К.Н. Гусова, М., 2007. С. 35; Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения. Перспективы развития. М., 2000. С. 42.

ного обеспечения, положены начала добровольности, а значит, и равенства субъектов и договорных оснований существования. Деятельность этих субъектов и их взаимоотношения с обеспечиваемыми лицами регламентируется гражданско-правовыми нормами. И совсем иное дело отношения по государственному социальному обеспечению[777].

Особо в теории права социального обеспечения подчеркивается недопустимость, как правило, договорного регулирования социального обеспечения. Частно-договорное регулирование социально-обеспечительных отношений, включаемых в предмет отрасли права социального обеспечения, в лучшем случае ограничивается субъектами трудового права, устанавливающими в трудовом договоре дополнительные виды социального обеспечения за счет средств работодателя[778]. Таким образом, предмет права социального обеспечения ограничивается имущественными отношениями публичного характера, складывающимися в рамках государственной системы по предоставлению денежных выплат, медицинских и социальных услуг, мер социальной поддержки за счет средств бюджетной системы и внебюджетных фондов, а также процедурными отношениями по назначению определенного вида социального обеспечения[779].

По сути, все из названных характеристик предмета отрасли вызывают у нас возражения. Это касается, прежде всего, и публичного характера социально-обеспечительных отношений, и недопустимости частных (договорных) режимов правового регулирования[780]. Рассмотрим их по порядку.

Выше мы писали о “новом облике” современного права социального обеспечения, “экспансии” данной отрасли, о ее публично-частной правовой природе. На первый взгляд, перечислен-

---

[777] Право социального обеспечения / Под ред. М.В. Филипповой. М., 2006. С. 45.

[778] См.: Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России. М., 2004. С. 97, 99.

[779] См., например: Мачульская Е.Е., Добромыслов К.В. Право социального обеспечения. М., 2006. С. 31; Мачульская Е.Е., Горбачева Ж.А. Право социального обеспечения. М., 2000. С. 26–27.

[780] См. подробнее: Лушников А.М., Лушникова М.В., Барышникова Т.Ю. Теория права социального обеспечения. Ярославль, 2007.

ные выше отношения по добровольному социальному страхованию, платные (в полном объеме) отношения по социальному обслуживанию населения действительно весьма сродни гражданско-правовым. Не случайно подавляющее большинство авторов причисляют отношения по негосударственному пенсионному страхованию, дополнительному медицинскому страхованию и иные, основанные на договоре, к сфере действия гражданского права. Между тем для нас очевидно, что договор на социальное страхование от социальных рисков и договоры на платное или частично оплачиваемое социальное обслуживание, социальные контракты адаптации отличаются по своей природе от гражданско-правовых договоров. К сожалению, этот момент почти не учитывает наш законодатель, ибо применение гражданско-правовых конструкций к договорным социально-обеспечительным отношениям вряд ли можно признать обоснованным и эффективным. Точно так же, как трудовой договор по степени свободы волеизъявления сторон отличается от гражданско-правовых договоров подряда или возмездного оказания услуг, так и усмотрение сторон в договоре на социальное обслуживание ограничивается государственными стандартами качества социального обслуживания. Деятельность частных организаций и индивидуальных предпринимателей по оказанию социальных услуг требует специального государственного лицензирования. Договоры добровольного социального страхования также предполагают активное участие государства не только в сфере контроля, но и в области косвенного управления системой негосударственного социального страхования. Как нами уже отмечалось, речь идет о публичных обязательствах, которые возникают из договора в праве социального обеспечения и в которых законом ограничиваются пределы усмотрения сторон: порядок заключения таких договоров, минимальные социальные стандарты, государственные гарантии и др.

Однако современные ученые предмет отрасли права социального обеспечения единодушно ограничивают публичной компонентой. В этой связи в качестве одного из основных квалифицирующих признаков социально-обеспечительных отношений называют его субъектный состав, где, с одной стороны, как правило, выступает государство либо другой уполномоченный или

допускаемый государством орган[781], или, как его иначе называют, уполномоченный орган или организация в случаях делегирования или разрешения со стороны государства[782], который обязан или вправе предоставить социальное обеспечение, а с другой – физическое лицо, получающее социальное обеспечение. При этом ряд авторов придерживается более осторожной выжидательной позиции, отмечая, что участие негосударственных субъектов в социально-обеспечительных отношениях заслуживает неоднозначной оценки как с теоретических, так и практических позиций[783]. Отмечается, что в настоящее время для столь принципиального расширения предмета правового регулирования за счет добровольных негосударственных форм социального обеспечения "не видится достаточных оснований, однако не исключается, что в будущем они могут появиться"[784]. Так и хочется в этом случае вспомнить слова поэта Н.А. Некрасова: "Жаль только – жить в эту пору прекрасную уж не придется ни мне, ни тебе". Очевидно, что основы будущего должны быть заложены сегодня, в том числе и в теории права социального обеспечения. Однако мы вынуждены констатировать, что остается почти непререкаемым утверждение Э.Г. Тучковой о том, что "право социального обеспечения на современном этапе его развития является сугубо публичным правом, поскольку регулирует отношения, носящие распределительный характер, в связи с чем содержание правоотношений устанавливается самим государством и не может изменяться по соглашению сторон"[785].

---

[781] Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России. С. 82.

[782] Право социального обеспечения России / Под ред. К.Н. Гусова. М., 2007. С. 133.

[783] См., например: Федорова М.Ю. Негосударственные организации как субъекты правоотношений по социальному обеспечению // Современные проблемы трудового права и права социального обеспечения. Минск, 2006. С. 141.

[784] Васильева Ю.В. О функциональном подходе к предмету права социального обеспечения // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. М., 2006. С. 598.

[785] Тучкова Э.Г. Совершенствование методики преподавания права социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении про-

На наш взгляд, субъектом, предоставляющим социальное обеспечение, должны признаваться и негосударственные юридические лица, и индивидуальные предприниматели. При этом, во-первых, они должны быть наделены по действующему законодательству правом предоставлять отдельные виды социального обеспечения на договорных началах или на основании прямого указания закона. По нашему мнению, это должна быть всегда лицензируемая государством деятельность, например, как это имеет место в отношении лицензирования организаций, предоставляющих ритуальные услуги, частных агентств занятости, негосударственных пенсионных фондов. Во-вторых, виды социального обеспечения должны предоставляться по нормативам, не ниже установленных государством, муниципальными органами стандартов или при соблюдении условий, установленных действующим законодательством о социальном обеспечении. Только в случае необходимой гарантированности социально-обеспечительных прав граждан допустимо участие негосударственных субъектов в социально-обеспечительных отношениях.

Исходя из действующего законодательства можно выделить две основные правовые модели участия негосударственных субъектов в названных отношениях. В соответствии с первой моделью эти субъекты на основании закона включены в обязательные системы социального обеспечения в качестве самостоятельных субъектов. В этом случае речь идет о работодателях-страхователях в правоотношениях по выплате пособий по временной нетрудоспособности, беременности и родам своим работникам либо за счет собственных средств (первые два дня временной нетрудоспособности), либо за счет средств, перечисляемых в ФСС РФ (путем зачета в счет единого социального налога). В соответствии с Законом РФ “О медицинском страховании граждан” (1991 г.) договоры о предоставлении медицинских услуг застрахованному контингенту страховщик может заключать как с государственными, муниципальными медицинскими учреждениями, так и с частными медицинскими организациями. Последние предоставляют гражданину медицинские услуги по программе обя-

---

блемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 43.

зательного медицинского страхования бесплатно, получая возмещение расходов из средств фонда обязательного медицинского страхования.

К первой модели следует отнести и накопительные механизмы в системе обязательного пенсионного страхования, где будущему пенсионеру предоставлено право распорядиться накопительной частью пенсии, выбирая между ПФ РФ или негосударственным пенсионным фондом[786]. С последним застрахованное лицо заключает соответствующий договор об обязательном пенсионном страховании, по которому впоследствии получает накопительную часть трудовой пенсии. В этом случае негосударственный пенсионный фонд выступает в качестве страховщика по обязательному пенсионному страхованию. В рассматриваемой модели негосударственные субъекты социального обеспечения, по нашему мнению, должны предоставлять тот или иной вид социального обеспечения не ниже минимальных стандартов, установленных федеральным законодательством. Так должно быть, но, к сожалению, наш законодатель в этой части названного принципа далеко не всегда придерживается. В законодательстве устанавливаются правила инвестирования пенсионных накоплений негосударственными пенсионными фондами, однако не устанавливаются гарантии выплаты накопительной части пенсии в минимальном размере исходя из суммы пенсионных накоплений и минимального инвестиционного дохода. В этой модели источником финансирования социального обеспечения выступают, как правило, бюджетные средства и средства внебюджетных государственных фондов (за исключением накопительной части пенсии, имеющей особый правовой режим, который должен учитывать источник происхождения этих средств).

Вторая модель участия негосударственных субъектов в социально-обеспечительных отношениях складывается в отношениях по добровольному дополнительному социальному обеспечению. Еще раз подчеркнем, что мы не согласны с общей позицией специалистов по праву социального обеспечения об отнесении этих отношений к гражданско-правовым. В целях гарантированности

[786] Федеральный закон от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ “О негосударственных пенсионных фондах” // СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2017.

социально-обеспечительных прав граждан государство должно не только обеспечить лицензирование деятельности таких субъектов, государственный контроль за их деятельностью, но и установить определенные условия предоставления социальных выплат и услуг. Вряд ли здесь может идти речь о минимальных стандартах-нормативах, но о неких запретах, государственных стандартах, обеспечивающих рамочное правовое регулирование, – обязательно. Примером может служить деятельность негосударственных пенсионных фондов, заключающих с лицами договор негосударственного пенсионного обеспечения, по которому впоследствии лицо получает негосударственную пенсию.

Добровольное социальное обеспечение является дополнительным по отношению к государственному (обязательному) социальному обеспечению. Поскольку они носят дополнительный характер, то они сопровождают основные обязательные формы социального обеспечения (обязательное социальное страхование, государственную социальную помощь и государственное социальное обеспечение). В этой связи отношения по добровольному социальному страхованию, отношения благотворительности как добровольной деятельности по оказанию социальной помощи должны включаться в предмет отрасли права социального обеспечения. Федеральный закон от 11 августа 1995 г. № 135-ФЗ "О благотворительной деятельности и благотворительных организациях" [787] является комплексным нормативным актом, объединяющим нормы гражданского права (порядок создания и прекращения благотворительных организаций) и финансового права (налоговые льготы). В этот закон необходимо ввести соответствующий раздел, содержащий социально-обеспечительные нормы, определяющие цели и основания благотворительной деятельности. Аналогичные выводы можно сделать и в отношении предусмотренного законодательством добровольного медицинского страхования (индивидуального и коллективного). При этом добровольные формы социального обеспечения по своему назначению должны дополнять обязательное социальное страхование и государственную социальную помощь, но при этом не заменять их.

[787] СЗ РФ. 1995. № 33. Ст. 3340.

В рассматриваемой модели источником финансирования являются негосударственные средства (личные средства, средства работодателей и др.). Между тем источник финансирования не может изменить назначения и природы оказываемых видов социального обеспечения.

Социально-обязательственный характер социально-обеспечительных отношений. Этот отличительный признак социально-обеспечительного отношения остается предметом дискуссии. Он характеризует содержание социально-обеспечительного отношения, характер корреляции прав и обязанностей сторон отношения. Одни авторы настаивают на социально-алиментарном характере социально-обеспечительных отношений[788], их возмездно-неэквивалентном или бесплатном характере[789]. Другие его категорически отрицают, ссылаясь на возрастающую роль страховых (возмездных) начал современного российского права социального обеспечения[790], либо выбирают дифференцированный подход. В последнем случае нами ранее высказывалась позиция о том, что социально-алиментарный признак являлся характеристикой отношений по социальной помощи и социальному обслуживанию, а социально-обязательственный признак – социально-страховых отношений[791]. Ряд авторов также отмечают, что признак алиментарного характера социально-обеспечительных отношений перестал быть всеобъемлющим, отношения могут носить возмездно-неэквивалентный[792] или условно-эквивалентный характер[793]. Так, М.Ю. Федорова, исследуя со-

---

[788] См.: Право социального обеспечения / Под ред. М.В. Филипповой. М., 2006. С. 47–50

[789] Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения. Перспективы развития. С. 43.

[790] См.: Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России. С. 89 и др.

[791] См.: Лушникова М.В., Лушников А.М., Тарусина Н.Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001.

[792] См. Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения. Перспективы развития. М., 2000. С. 35–36.

[793] См.: Федорова М.Ю. Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 85 и др.

циальное страхование как организационно-правовую форму социальной защиты населения, подчеркивает, что “социальное страхование в отличие от социального обеспечения не является для застрахованных алиментарным, безвозмездным и безэквивалентным. Всякое страхование является возмездным, и социальное в том числе”[794]. Возмездность в социально-страховых отношениях носит неэквивалентный характер, застрахованному, как правило, в полном объеме не возмещаются утрата дохода или заработка, и размер получаемых страховых выплат и услуг относительно соизмерим с уплаченными застрахованным лицом взносами.

Таким образом, социально-обеспечительные отношения, составляющие предмет отрасли, неоднородны по своей природе, их основу определяют не только социально-алиментарные начала, но и договорно-возмездные, относительно-эквивалентные. Не случайно применение в сфере социального обеспечения гражданско-правовых обязательственных норм является реальностью сегодняшнего дня. Эти нормы применяются либо напрямую, либо субсидиарно, либо по аналогии. Следовательно, вывести за пределы предмета отрасли права социального обеспечения договорные социально-обеспечительные отношения – это “закрыть глаза на проблему”. Необходим поиск объединяющего и квалифицирующего признака социально-обеспечительных отношений. Ранее существовавший признак социальной алиментации не отвечает в полной мере современным реалиям организационно-правовых форм социального обеспечения.

На наш взгляд, определяющим интегрирующим признаком социально-обеспечительных отношений является их социально-обязательственный характер. Юридическая конструкция социально-обеспечительного обязательства (договорного и недоговорного, страхового и нестрахового типов) лежит в основе названного признака социально-обеспечительных отношений. Долженствование для предоставляющего обеспечение субъекта основано на обязательстве, которое вытекает из закона и (или) из публичного социально-обеспечительного договора. В свою оче-

[794] Федорова М.Ю. Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования.

редь, публичные социально-обеспечительные договоры могут быть как обязательными, так и добровольными. Последние должны дополнять в случаях, предусмотренных законодательством, обязательные формы социального обеспечения. Сочетание терминов “социальное” и “обязательство” подчеркивает единство, с одной стороны, обязанности органа социального обеспечения предоставить физическому лицу по его обращению определенный вид социального обеспечения на условиях, предусмотренных действующим законодательством, договором. С другой стороны, предметом этих отношений, целью их функционирования является предоставление социальных благ в материальной и нематериальной формах (пенсий, пособий, социальных, реабилитационных услуг и др.) нуждающимся лицам в объеме, необходимом для обеспечения достойного уровня жизни с учетом социально-экономического уровня развития общества. Именно социальные блага являются объединяющим критерием, характеризующим социально-обеспечительные отношения.

Таким образом, социально-обеспечительные отношения, составляющие предмет отрасли, являются по своей природе социально-обязательственными отношениями, возникающими между органами (организациями) социального обеспечения (государственными или негосударственными, признаваемыми государством в качестве агентов социального обеспечения) и физическими лицами по поводу предоставления социальных благ (социально-страхового и нестрахового характера) в целях устранения или минимизации последствий социальных рисков путем их материальной компенсации и восстановления материального положения лица, а равно и социальной интеграции, восстановления социального статуса лиц.

Метод права социального обеспечения и договорные начала отрасли. В настоящее время в теории социального обеспечения сложились два основных подхода к определению отраслевого метода, которые, на первый взгляд, являются взаимоисключающими. Однако фактически они в значительной части совпадают. При этом одни авторы признают отраслевой метод как один из основных признаков самостоятельности, самодостаточности отрасли. Другие отрицают этот факт, полагая, что ни одна отрасль права, в том числе и право социального обеспечения, не имеет в

своем арсенале уникального, присущего лишь ей набора средств правового регулирования. В этой связи заявляется отказ от категории метода права социального обеспечения и необходимости замещения его понятием механизма правового регулирования[795]. Сторонники отраслевого метода права социального обеспечения с незначительными разночтениями в целом в одном ключе определяют составляющие отраслевого метода как метода публичной отрасли права, отмечая сочетание императивного и диспозитивного приемов правового регулирования, при доминировании первого в определении правового положения сторон социально-обеспечительного отношения. Большинство норм носят обязывающий, предписывающий характер[796]. При этом диспозитивное регулирование (дозволение) сводится исключительно к дозволению особого рода – к субъективному праву лица требовать тот или иной вид социального обеспечения. Отсюда, например, Е.Е. Мачульская называет метод права социального обеспечения методом позитивного обязывания (предписания), адресованного государственным органам или учреждениям в целях предоставления социального обеспечения лицам, пострадавшим от социальных рисков[797]. Однако, по нашему мнению, с таким же успехом метод административного права можно назвать методом позитивного обязывания государственных органов (предписаний). Некоторые авторы называют сочетание императивных и диспозитивных начал метода отрасли координацией, которая обеспечивает, как правило, нормативный, недоговорный способ правового регулирования, значительно реже – договорный. Иными словами, вполне справедливо связывают диспозитивные начала с договорными формами социального обеспечения[798].

---

[795] См.: Право социального обеспечения / Под ред. М.В. Филипповой. М., 2006. С. 58–70.

[796] См.: Захаров М.Л., Тучкова Э.Г. Право социального обеспечения России. С. 94; Рогачев Д.И. Метод права социального обеспечения. М., 2002. С. 79–87; Право социального обеспечения в России. Под ред. К.Н. Гусова. М., 2007. С. 26 и др.

[797] См.: Мачульская Е.Е., Добромыслов К.В. Право социального обеспечения. М., 2006. С. 38.

[798] См.: Сулейманова Г.В. Право социального обеспечения. Ростов н/Д, 2004. С. 25–29.

По нашему мнению, во-первых, нельзя говорить о методе права социального обеспечения вообще, без привязки к конкретной совокупности социально-экономических отношений. В идеале он должен строиться на общих, незыблемых принципах, но в реальности это было и есть далеко не так. Так, в советский период абсолютно преобладал административно-правовой метод правового регулирования государственного социального обеспечения. Во-вторых, выработанное в рамках отечественной теории права учение о методе права социального обеспечения позволяет рассмотреть воздействие этой отрасли на общественные отношения, но не дает в полном объеме возможности определить его особенности. Между тем для определения "физиономии" отрасли необходимо выявить не только ее предмет, но и метод. По мнению С.С. Алексеева, главной особенностью каждой отрасли является наличие особого юридического режима ("метода регулирования"), который характеризует то, как, каким образом осуществляется юридическое регулирование[799]. В-третьих, можно согласиться с тем, что существует некий единый метод правового регулирования общественных отношений, так как ограниченное число способов правового воздействия предполагает их комбинированное использование в любой отрасли права. В-четвертых, этот метод имеет свою отраслевую специфику, что позволяет говорить об отраслевом методе как модификации единого метода в применении к конкретному предмету правового регулирования.

С учетом сказанного насущной необходимостью является определение особенностей метода права социального обеспечения в современных условиях. В советский период единая государственная система социального обеспечения предполагала адекватный этой системе метод правового регулирования как метод социально-алиментарных притязаний и предоставлений. В современных условиях с очевидностью в системе социального обеспечения сформировались три основные формы: возрожденное социальное страхование, государственное социальное обеспечение и социальная помощь; эти формы дополняются негосударственными формами социального обеспечения. Развитие этих форм социального обеспечения проходит не только при активном

[799] См.: Алексеев С.С. Право. М., 1999. С. 45.

участие государства, но и при участии институтов гражданского общества. Следует отметить, что Н.П. Черноморченко в качестве признаков современного метода отрасли права социального обеспечения называет не только его осуществление государством в лице уполномоченных органов, но и дополнительного социального обеспечения за счет негосударственных фондов, в том числе фондов добровольного социального страхования. Но затем, как бы в отрицание этого положения, автор делает вывод о том, что социальное обеспечение является частью *государственной* системы социальной защиты населения[800].

Нам представляется, что в настоящее время определились контуры метода современного права социального обеспечения. Его можно назвать *методом социально-обязательственных притязаний и социально-солидарных предоставлений социальных благ членам общества, вытекающих из закона или договора, в целях обеспечения достойного уровня жизни*. Этот метод адекватно отражает современные особенности правового регулирования социально-обеспечительных отношений. Зарубежный опыт стран с социально-ориентированной экономикой свидетельствует, что развитие общества без социальных потрясений и разрушений во многом связывается с обеспечением социальной безопасности каждому члену общества. Не вызывает сомнений, что названный метод охватывает все уровни и формы правового регулирования в социально обеспечительной сфере: социальное страхование, социальную помощь и государственное социальное обеспечение.

Специфику данного метода определяет целый ряд факторов и, прежде всего, предмет правового регулирования. Как уже указывалось, он неоднороден, сочетает частно-правовые и публично-правовые начала и имеет сложную структуру. Метод права социального обеспечения призван обеспечить сбалансированность интересов частных (отдельных лиц) и публичных, когда “свободное развитие каждого является условием свободного развития всех”. Это обеспечивается механизмом публичных социально-обеспечительных обязательств, о которых мы писали выше. В публичных социальных обязательствах (императивных, выте-

[800] См.: Черноморченко Н.П. Право социального обеспечения. Саратов, 2000. С. 4–7.

кающих из закона, и диспозитивных, основанных на договоре) основные черты метода правового регулирования выражаются в ограничении законом форм проявления автономии воли сторон. Это не означает подчинения одной стороны другой, это подчинение воли всех без исключения субъектов общей модели отношения, урегулированного законом.

Социальное обеспечение осуществляется за счет солидарных источников: бюджетной системы (налоги), внебюджетных фондов обязательного страхования; средств добровольного социального страхования. Право социального обеспечения обеспечивает специальный механизм защиты членов общества от социальных рисков. Это то, что Н.А. Вигдорчик называл "организованной взаимопомощью людей"[801], В.Г. Яроцкий – соединением людей в различные группы, которое имеет в своей основе известную долю самопожертвования членов – одного в пользу остальных и обратно[802]. Хотя названные ученые писали о социальном страховании, однако этот тезис можно распространить и на иные виды социальной помощи за счет средств бюджетной системы.

Обеспечение достойного уровня жизни не ограничивается материальным социальным обеспечением. Во Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. закреплено, что каждый человек имеет право на жизненный уровень, включая пищу, одежду, жилище, медицинский уход и необходимое социальное обслуживание, который необходим для поддержания здоровья, благосостояния его самого и его семьи, и право на обеспечение на случай безработицы, болезни, инвалидности, вдовства, наступления старости или иного случая утраты средств к существованию по независящим от него обстоятельствам. Между тем, как уже неоднократно подчеркивалось, право на социальное обеспечение включает и правомочие на защиту от социального отторжения (ст. 30 Европейской социальной хартии)[803].

---

[801] См.: Вигдорчик Н.А. Теория и практика социального страхования. Вып. 1. Пг.; М., 1919. С. 29.

[802] См.: Яроцкий В.Г. Страхование рабочих в связи с ответственностью предпринимателей. СПб., 1895. Т. 1. С. 197.

[803] Пересмотренная Европейская социальная хартия. Совет Европы. Страсбург, 1999.

4.2. Социально-обеспечительные договоры

Договоры в обязательном и добровольном социальном страховании. Обязательные социально-страховые правоотношения подразделяются на два вида. Во-первых, это те отношения, которые возникают в силу закона независимо от волеизъявления лица. Речь идет о случаях, когда лицо подлежит обязательному социальному страхованию. Во-вторых, это отношения по обязательному социальному страхованию, которые возникают только при наличии добровольного волеизъявления. Например, согласно действующему законодательству граждане РФ, работающие за пределами РФ, могут добровольно вступать в правоотношения по обязательному пенсионному страхованию и осуществлять уплату страховых взносов в бюджет ПФ РФ. Согласно Федеральному закону от 26 декабря 2006 г. № 255-ФЗ "Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам гражданам, подлежащим обязательному социальному страхованию" адвокаты, индивидуальные предприниматели вправе добровольно вступать в отношения по обязательному социальному страхованию и осуществлять за себя уплату страховых взносов в Фонд обязательного социального страхования. Согласно Закону от 24 июля 1998 г. № 125-ФЗ"Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний"[804] обязанность осуществления страхования может быть возложена на заказчика по гражданско-правовому договору по соглашению сторон этого договора. В этом случае страхователь должен пройти соответствующую регистрацию в исполнительных органах страховщика в установленном порядке.

Обязательными или добровольными могут быть профессиональные пенсионные системы. К сожалению, у нас до сих пор не принят специальный закон о профессиональных пенсионных системах, хотя заявления о необходимости таковых звучат с первых шагов по реализации концепции пенсионной реформы. Опыт развитых стран свидетельствует о перспективности таких пенсионных систем. По подсчетам экспертов ЕС, около 25% работающих

[804] СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3803.

в странах ЕС имеют пенсионное обеспечение через профессиональные системы по месту работы. Например, в Швейцарии эти системы являются обязательными, и все работодатели обязаны предоставить своим работникам профессиональные пенсии. В других странах профессиональные пенсионные системы носят добровольный характер, но, тем не менее, широко распространены. Так, в Швеции коллективные договоры между союзами работодателей и профсоюзами обеспечивают охват профессиональными пенсиями более 90% работающих, в США – более 70%[805].

Добровольные договорные социально-страховые правоотношения возникают вне рамок обязательного социального страхования, существуют самостоятельно, дополняя и сопровождая обязательное социальное страхование. В настоящее время в условиях дефицита бюджета Пенсионного фонда РФ, по мнению специалистов, решение проблемы пенсионного обеспечения видится не в увеличении финансового участия государства в общем объеме поступлений в этот фонд, а в привлечении к пенсионному процессу работодателей. Государственные доходы за счет нефтяных излишков (Фонд национального благосостояния) весьма нестабильны и зависят от колебаний цен на нефть. Делать ставку на личное пенсионное и иное социальное страхование, когда население само должно заботиться о будущих пенсиях, неоправданно, так как средний уровень доходов большинства граждан не позволяет откладывать средства на старость и иные страховые случаи. Единственно возможной альтернативой, давно с успехом практикуемой в развитых странах, является корпоративное пенсионное, медицинское и иное социальное страхование. В России это добровольное корпоративное страхование применяется главным образом на крупных предприятиях. Государство должно создать условия для его широкого распространения. Если первоначально такое страхование осуществлялось полностью за счет средств работодателей, то в последние годы все большее место занимают паритетные пенсионные программы, основанные на совместном финансировании работниками и работодателем пенсионных сче-

[805] См.: Чубарова Т.В. Профессиональные пенсии в системе пенсионного обеспечения (опыт развитых стран) // Труд за рубежом. 2003. № 2. С. 106–125.

тов сотрудников. Между тем специалисты права социального обеспечения не предлагают адекватных правовых механизмов реализации дополнительных договорных форм социального обеспечения. Они отдают эти проблемы “на откуп” цивилистам, в то время как гражданско-правовые формы добровольного страхования в этих случаях не обеспечивают в необходимой мере защиты социально-обеспечительных прав граждан в силу отсутствия или ограничения публичных правовых механизмов.

Зарубежные специалисты давно убедились в том, что недопустимо освобождение государства от ответственности за социальное обеспечение и социальное страхование и необходима их передача под полный контроль социальных партнеров. Государство обязано по возможности обеспечить стабильность и гарантированность дополнительных договорных страховых систем. Как показывает зарубежный опыт, активная регулирующая роль государства проявляется в двух основных формах. Согласно первой форме во многих странах существуют правовые положения, ограничивающие свободу решения о размещении страховых средств частными страховыми организациями. Безопасность размещения достигается по-разному. В странах с развитым рынком капиталов (Великобритания, США и др.), по крайней мере, одна вторая стоимости активов страховых компаний должна быть размещена в акциях. В других странах, особенно континентальной Европы, преобладают государственные ценные бумаги. Так, во Франции их минимальная доля устанавливается законом не менее 34% всех страховых средств. Вторая форма связана с государственным перестрахованием дополнительных страховых систем. В некоторых странах существует обязательное страхование на случай неплатежеспособности организаций, обслуживающих пенсионные фонды. В Германии – это Общество пенсионной безопасности, в Финляндии – Центральный институт пенсионного обеспечения. Если и у этих гарантийных организаций возникают проблемы, то государство принимает решение о дофинансировании агентства, страховой организации из федерального бюдже-

та[806]. В США был принят Закон о безопасности пенсионных доходов работников (1974 г.), который предусмотрел прямое государственное страхование пенсионных выплат участникам частных пенсионных систем. В соответствии с этим законом была создана Корпорация гарантийных пенсионных выплат, которая вправе в принудительном порядке прекратить деятельность любого пенсионного фонда, если сочтет его финансово несостоятельным. При этом Корпорация гарантирует участникам несостоятельных фондов страховые выплаты в размере 80% их пенсионных накоплений. Если бы государство не установило столь "жестких правил игры" в этой сфере, частные пенсионные системы никогда бы не могли достичь национальных масштабов. В настоящее время эти системы аккумулируют инвестиционный пенсионный ресурс, сравнимый по объему с ВВП страны[807].

Зарубежный опыт был в определенной части учтен в Федеральном законе от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ" О негосударственных пенсионных фондах"[808]. По закону негосударственный пенсионный фонд – особая организационно-правовая форма некоммерческой организации социального обеспечения, исключительными видами деятельности которой являются:

а) деятельность по негосударственному пенсионному обеспечению участников фонда в соответствии с договорами негосударственного пенсионного обеспечения; осуществляется на добровольных началах и включает в себя аккумулирование пенсионных взносов, размещение и организацию размещения пенсионных резервов, учет пенсионных обязательств фонда, назначение и выплату негосударственных пенсий участникам фонда;

б) деятельность в качестве страховщика по обязательному пенсионному страхованию в соответствии с Федеральным законом от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ "Об обязательном пенсион-

---

[806] См.: Иванов П.В. О пенсионном обеспечении в ФРГ // Труд за рубежом. 1990. № 3. С. 88–93; Милютина Н.Н. Развитие системы пенсионного обеспечения в зарубежных странах // Там же. 1995. № 3. С. 110–119.

[807] См.: Попов А.А. Частные пенсионные системы США // Труд за рубежом. 2005. № 1. С. 61–83; Он же. Пенсионное инвестирование: опыт США // Там же. № 3. С. 55–75.

[808] Российская газета. 1998. 13 мая.

ном страховании в Российской Федерации"[809] и договорами об обязательном пенсионном страховании; она включает в себя аккумулирование средств пенсионных накоплений, организацию инвестирования средств пенсионных накоплений, учет средств пенсионных накоплений застрахованных лиц, назначение и выплату накопительной части трудовой пенсии застрахованным лицам;

в) деятельность в качестве страховщика по профессиональному пенсионному страхованию в соответствии с федеральным законом и договорами о создании профессиональных пенсионных систем, законодательство о которых до сих пор находится на стадии законопроектных работ.

Таким образом, НПФ заключают два основных вида социально-обеспечительных договоров: 1) договор негосударственного пенсионного обеспечения (пенсионный договор) – соглашение между фондом и вкладчиком фонда, в соответствии с которым вкладчик обязуется уплачивать пенсионные взносы в фонд, а фонд обязуется выплачивать участнику (участникам) фонда негосударственную пенсию; 2) договор об обязательном пенсионном страховании – соглашение между фондом и застрахованным лицом в пользу застрахованного лица или его правопреемников, в соответствии с которым фонд обязан при наступлении пенсионных оснований осуществлять назначение и выплату застрахованному лицу накопительной части трудовой пенсии или выплаты его правопреемникам. К правопреемникам застрахованного лица относятся лица, указанные в п. 6 ст. 16 Федерального закона от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ "О трудовых пенсиях в Российской Федерации»[810].

Эта деятельность НПФ осуществляется под контролем государства. Уполномоченным федеральным органом исполнительной власти выступает федеральный орган исполнительной власти, на который Правительством Российской Федерации возложены государственное регулирование деятельности фондов по негосударственному пенсионному обеспечению, обязательному пенсионному страхованию и профессиональному пенсионному

[809] СЗ РФ. 2001. №51. Ст.4832.
[810] СЗ РФ. 2001. №52. Ст.4920.

страхованию, а также надзор и контроль за указанной деятельностью. Правительством РФ устанавливаются порядок лицензирования деятельности НПФ, Правила размещения пенсионных резервов НПФ и контроля за их размещением, Типовой договор об обязательном пенсионном страховании, Типовые страховые правила НПФ, осуществляющего деятельность по обязательному пенсионному страхованию, Требования к пенсионным схемам, применяемым для негосударственного пенсионного обеспечения населения; Типовой кодекс профессиональной этики НПФ, осуществляющих деятельность в качестве страховщика по обязательному пенсионному страхованию, Перечень ценных бумаг международных организаций, которые могут составлять пенсионные резервы НПФ и др. Контрольно-надзорная деятельность уполномоченного федерального органа связана с его правом давать фондам обязательные для выполнения предписания об устранении нарушений, приостанавливать действие лицензий, обращаться в суд с исками о ликвидации фондов и защите прав участников и государства и др.

Гарантиями исполнения НПФ своих обязательств являются: 1) установленные уполномоченным федеральным органом нормативные размеры пенсионных резервов для пенсионных схем с установленными выплатами; 2) минимальный совокупный вклад учредителей фонда (не менее 30 млн. рублей); 3) нормативный размеры страхового резерва и порядок его формирования и использования, которые устанавливаются уполномоченным федеральным органом; 4) размещение средств пенсионных резервов в государственные ценные бумаги Российской Федерации, банковские депозиты и иные объекты инвестирования, предусмотренные Правительством Российской Федерации; 5) ежегодное актуарное оценивание деятельности НПФ и независимый аудит по итогам финансового года.

Вместе с тем, такое важное условие стабильности негосударственного пенсионного страхования, как система обязательного государственного перестрахования, в федеральном законе не заложена. Законодатель ограничился упоминанием о добровольных системах перестрахования или создания негосударственными пенсионными фондами (также в добровольном порядке) объединенных гарантийных фондов.

Юридическая квалификация договора о негосударственном пенсионном обеспечении и договора об обязательном пенсионном страховании как договоров в пользу третьих (застрахованных) лиц с самостоятельными правами-требованиями обеспечивает последним определенный уровень гарантий прав. Именно в этом случае с помощью механизмов отрасли права социального обеспечения можно обеспечить защиту отложенных прав и надлежащую фиксацию прав на пенсию по негосударственному пенсионному страхованию, независимо от того, кто бы ни вносил взносы – работник или работодатель. Аналогичное требование может предъявляться и к индексации пенсионных накоплений и пенсий. Кроме того, необходимо в социально-обеспечительном законодательстве предусмотреть и механизмы "портативности" пенсионных прав (сохранение пенсионных прав при смене работы) и защиты прав застрахованных в случае досрочного выхода из негосударственной пенсионной системы. Как пишут специалисты, действующее гражданское законодательство, регламентирующее правовой статус негосударственных пенсионных фондов и названные выше договоры, не гарантируют вышеперечисленных пенсионных прав граждан в системе негосударственного пенсионного страхования. В принципе гражданско-правовыми методами указанные выше проблемы не решить. Например, действующее законодательство о НПФ (будучи по своей природе гражданским законодательством) вообще не регулирует вопроса об "отложенных правах", поэтому его решение зависит исключительно от пенсионного договора (стороной которого работник не является), доброй воли работодателя. Более того, по нормам гражданского права работодатель по пенсионному договору не ограничен в праве в любое время расторгнуть этот договор с НПФ и забрать обратно деньги без согласия работника, если иное не будет предусмотрено этим договором. Также от доброй воли работодателя, закрепленной в условиях пенсионного договора, зависит решение вопроса о сохранении ранее приобретенных пенсионных прав при смене места работы. Та же ситуация с индексацией пенсионных накоплений[811]. В этой связи мы вновь

[811] См. подробнее: Афанасьев М.А. Защита прав и интересов работодателя и работников при организации системы негосударственного пенси-

возвращаемся к обоснованному нами тезису “об экспансии отрасли права социального обеспечения” в современных условиях и социально-обеспечительной природе договоров в системе негосударственного социального обеспечения.

Таким образом, государство должно выступать активным социальным партнером в системах дополнительного социального страхования, главным образом пенсионного. В таком контексте правоотношения по договорному (добровольному) социальному страхованию не вызывают сомнений как социально-обеспечительные. Соответственно названные отношения должны получить свое правовое опосредование в рамках отрасли права социального обеспечения РФ. Правовое регулирование добровольных систем социального обеспечения должно строиться на единстве частных и публичных начал, присущих отрасли права социального обеспечения. В противном случае, если отношения по договорному добровольному социальному обеспечению вывести за рамки названной отрасли, то это будет означать господство частных начал, правовое регулирование гражданско-правовыми методами. Следовательно, государственное вмешательство (публичные начала), государственные гарантии прав в добровольных системах социального обеспечения практически исключаются. С таким решением, полагаем, большинство из нас не согласятся.

Обязанность страховщика осуществить обеспечение по социальному страхованию возникает с наступлением страхового случая. С его наступлением застрахованное лицо обращается с заявлением о предоставлении социально-страховых выплат или услуг к социально-страховому органу (страховщику, страхователю иной уполномоченной организации в зависимости от вида социального страхования). Решением указанных социально-страховых органов завершается формирование сложного фактического состава – основания возникновения социально-страхового правоотношения.

По содержанию социально-страховые правоотношения являются многосторонними. Права и обязанности участников соци-

---

онного обеспечения России // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. М., 2006. С. 659–661.

ально-страховых отношений по обязательному социальному страхованию определяются законом и не могут изменяться соглашением участников, в то время как содержание социально-страховых отношений по добровольному страхованию определяется договором. Последние правоотношения характеризуются по содержанию двумя особенностями: они дополняют систему обязательного страхования, и усмотрение сторон по содержанию прав и обязанностей должно ограничиваться законом. Сказанное можно проиллюстрировать на сравнительно-правовом примере правоотношений по медицинскому страхованию.

В развитых странах применяются главным образом три модели медицинского обслуживания: бюджетная, страховая и частная. Первая модель имеет в своей основе систему государственного здравоохранения, когда государство финансирует почти полностью или большую часть расходов на здравоохранение (Великобритания, Дания и др., в прошлом – СССР). Так, в Великобритании государственная Национальная служба здравоохранения предоставляет населению относительно недорогие, доступные и одинаковые по качеству медицинские услуги. Только 12% жителей страны пользуются частным медицинским страхованием[812]. Рассматриваемая модель основана не на страховых началах, а на началах государственного социального обеспечения. Социально-страховые правоотношения в этой модели практически отсутствуют.

Вторая модель основана на обязательной страховой медицине. Она финансируется путем страховых взносов работодателей, работников, при активном участии государства (Германия, Франция и др.). Обязательное медицинское страхование дополняется частным страхованием. Во многих странах застрахованные помимо регулярных страховых взносов оплачивают дополнительно до одной трети стоимости медицинских услуг из своих собственных средств[813]. В медицинском страховании Германии абсолютно

[812] См.: Антропов В.В. Система социальной защиты в Великобритании // Труд за рубежом. 2005. № 3. С. 37–54.

[813] См.: Еркина Г.А. Особенности функционирования отдельных видов социального страхования в развитых странах // Труд за рубежом. 1994. № 3. С. 49–52; Шестакова Е.Е. Главные направления реформирования ор-

преобладает система обязательного страхования. Она получила такое развитие, что практически все виды услуг здравоохранения предоставляются застрахованным лицам бесплатно. Осуществлением обязательного медицинского страхования в Германии занимаются около 1 500 больничных касс. Частное добровольное медицинское страхование предоставляет возможность получения дополнительной медицинской помощи сверх предусмотренного перечня услуг обязательного медицинского страхования. Однако государство активно вмешивается и в правовую регламентацию частного медицинского страхования. Так же как и в рамках обязательного медицинского страхования, в системе частного медицинского страхования государство законодательно устанавливает принципы его функционирования и стандарты, а также осуществляет контроль за его деятельностью. В частности, медицинским страховым компаниям с учетом особой правовой природы договора запрещается изменение размера взносов в сторону увеличения по мере старения человека, расторжение договора страхования в одностороннем порядке[814].

И третья модель предусматривает медицинское обслуживание в основном за счет пациентов – потребителей медицинских услуг. Так в США исторически сложилась ведущая роль частного медицинского страхования населения по месту работы. Доступ к медицинской помощи связан не просто с занятостью, а прежде всего с конкретным предприятием, что порождает “букет” проблем, связанных с неполным охватом медицинским страхованием населения, “неравномерностью и непостоянством” объема страховых медицинских услуг при смене места работы. Следует иметь в виду, что в США отсутствует общенациональная система здравоохранения. Возникшие только в 60 – 70-е гг. государственные программы медицинского страхования (в основном федеральные программы Medicare для пожилых людей и инвалидов и Medicaid для определенной части бедного населения) ограничиваются теми категориями населения, которые обычно выпадают

ганизации и финансирования медицинского обслуживания // Труд за рубежом 1998. № 2. С. 57–78.

[814] См.: Антропов В.В. Пенсионное и медицинское страхование в Германии // Труд за рубежом. 2000. № 4. С. 99–116.

из системы частного страхования. Президентом Б. Клинтоном была предпринята попытка распространить систему медицинского страхования на все население страны. Работодатели должны оплачивать до 80% взноса на стандартный план, покрывающий набор медицинских услуг, гарантированный федеральным правительством. Сами страхуемые компенсируют разницу между взносом работодателя и стоимостью выбранного им плана. Однако программа Б. Клинтона по усилению государственного вмешательства в медицинское страхование потерпела фиаско. В то время как работодатели Европы отдают предпочтение государству как организатору медицинских программ, в США работодатели выступают против введения так называемой социализированной медицины[815].

С начала 80-х гг. в Чили введена новая система медицинского обслуживания, финансовую основу которого составляют взносы занятого населения и пенсионеров (5,7% от заработной платы или пенсии). Работодатели в финансировании медицинского обслуживания не участвуют. Оплата населением медицинских услуг зависит от уровня дохода пациента и вида медицинской помощи. Пациенты, имеющие месячный доход ниже минимальной зарплаты, медицинские услуги получают бесплатно, но только необходимые и в минимальном объеме. Остальные услуги граждане оплачивают до 50% от стоимости большей части медицинской помощи[816].

Думается, что вышеназванные примеры медицинского обслуживания служат яркой иллюстрацией необходимости поиска оптимального соотношения публичных и частных начал в правовом регулировании систем социального страхования, в том числе и медицинского, определения правового статуса их участников.

В настоящее время в России существует некая смешанная модель медицинского обслуживания и медицинской помощи. С одной стороны, Основы законодательства РФ от 22 июля 1993 г.

---

[815] Григорьева Н.С., Чубарова Т.В. Обеспечение работающих медицинскими услугами: опыт США // Труд за рубежом. 1998. № 4. С. 120–132.

[816] См.: Шестакова Е.Е. Социальные реформы в Чили // Труд за рубежом. 1994. № 1. С. 97–101

“Об охране здоровья граждан”[817] гарантируют всем гражданам РФ охрану здоровья в соответствии с Конституцией РФ, доступность бесплатной медико-социальной помощи. С другой – на основании Закона РФ от 28 июня 1991 г. № 1499-1 “О медицинском страховании граждан в РФ” вводится медицинское страхование, цель которого – гарантировать гражданам при возникновении страхового случая получение медицинской помощи за счет накопленных страховых средств. Медицинское страхование осуществляется по закону в двух видах – обязательном и добровольном, и тот и другой основаны на договорах. В системе обязательного медицинского страхования заключаются три вида взаимосвязанных договоров: 1) договор на предоставление медицинских услуг между медицинской организацией (страховщиком) и медицинским учреждением в пользу застрахованного лица (это должен быть социально-обеспечительный договор в пользу третьего лица, однако по юридической конструкции, закрепленной в действующем законодательстве, он является гражданско-правовым договором об исполнении третьему лицу); 2) договор обязательного медицинского страхования между страховой медицинской организацией (страховщиком) и страхователем; 3) договор о финансировании обязательного медицинского страхования между территориальным фондом обязательного медицинского страхования и страховой медицинской организацией (страховщиком).

Социально-обеспечительным по своей природе является договор на предоставление медицинских услуг, заключаемый между страховой медицинской организацией и медицинским учреждением в пользу застрахованного лица. Именно на основании данного договора граждане имеют право на бесплатную медицинскую помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения и учреждениях системы социальной защиты населения. Гарантированный объем бесплатной медицинской помощи гражданам обеспечивается в соответствии с Федеральной (базовой) и территориальными программами обязательного медицинского страхования. Рассматриваемый договор заключается сторонами в соответствии с утвержденными Правительством РФ типовыми формами. Стороны обязаны вступать в договорные

[817] Ведомости Верховного Совета РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

отношения в предусмотренных законом случаях и не вправе по своему усмотрению изменить условия договора, вытекающего из законодательства и территориальной программы обязательного медицинского страхования. В рассматриваемом договоре из договорных отношений фактически исключается самая заинтересованная сторона – застрахованное лицо. Оно лишено права определять условия получения медицинской помощи, выбора медицинской страховой организации, выбор медицинского учреждения и врача и т.д. Эти права реализует страхователь. Между тем перечисленные права застрахованного лица легально закреплены в Законе о медицинском страховании (ст. 6). Данным законом устанавливается и право застрахованного предъявлять иски к страхователю, страховой медицинской организации, медицинскому учреждению. Медицинские страховые организации осуществляют контроль за объемом, сроками и качеством медицинской помощи, оказываемой застрахованным лицам. Им также предоставлено законом право предъявлять в судебном порядке иски медицинским учреждениям о материальном возмещении ущерба, причиненного застрахованным.

Договоры обязательного медицинского страхования и договоры финансирования обязательного медицинского страхования являются правовыми обязательствами с публичными ограничениями. Договор обязательного медицинского страхования, заключаемый между страхователем и страховой организацией, следует рассматривать только во взаимосвязи с первым договором. Этот договор мы причисляем к социально-обеспечительным обязательствам, которые реализуются в рамках производных (вспомогательных) социально-обеспечительных отношений. Медицинские страховые организации по действующему законодательству осуществляют свою деятельность на некоммерческой основе, несут публичные обязанности по заключению договоров с медицинскими учреждениями на оказание медицинской помощи застрахованным лицам, выдаче страховых полисов, контролю объема и качества предоставляемой медицинской помощи, вправе участвовать в определении тарифов на медицинские услуги.

Фонды обязательного медицинского страхования, будучи стороной договора о финансировании, также наделены публичными полномочиями по контролю за правильностью и обосно-

ванностью использования страховыми медицинскими организациями полученных средств. Эти договоры относительно самостоятельны, они не носят социально-обеспечительного характера.

Оказание медицинской помощи и социального обслуживания населения носит безусловный характер. При этом объем предоставляемых медицинских услуг работающему населению не зависит от размеров средств в составе ЕСН, которые работодатель (страхователь) перечисляет в фонд обязательного медицинского страхования. По сути, отсутствует соотносимость медицинского обеспечения с размерами уплаченных страховых взносов в составе ЕСН. В таком же объеме (территориальной программы обязательного медицинского страхования) предоставляются медицинские услуги неработающему населению. Система обязательного медицинского страхования является страховой только по форме, но не по существу. Фактически она представляет собой государственную систему медицинского обеспечения по минимальным стандартам. В этой системе задействовано, на наш взгляд, "лишнее звено" – страховые медицинские организации, деятельность которых носит посреднический характер, в то время как Законом "Об основах обязательного медицинского страхования" посредническая деятельность в этой сфере не допускается.

В науке права социального обеспечения обосновываются пути решения поставленных проблем. Так, М.Ю. Федорова считает, что специфика социальных рисков, компенсируемых в системе обязательного медицинского страхования, обусловливает необходимость его отмены для неработающего населения. Гарантии медицинской помощи в этом случае должны предоставляться в системе государственного социального обеспечения с финансированием из бюджетов. Обязательное медицинское страхование работающих граждан необходимо объединить со страхованием на случай временной нетрудоспособности, усилив его профилактическую направленность, и осуществлять через фонд социального страхования[818].

[818] См.: Федорова М.Ю. Теоретические проблемы правового регулирования социального страхования. Омск, 2003. С. 357.

Дополнительные медицинские услуги сверх названных программ лицо получает по договору добровольного медицинского страхования за свой счет или страхователя (работодателя).

Сегодня много пишут о проблемах медицинского страхования, решение которых нам видится в поиске оптимального соотношения обязательного и добровольного страхования на основе договоров о медицинском страховании, которые бы имели ярко выраженную социально-обеспечительную природу. В этой части весьма показателен зарубежный опыт как в позитивном (например, медицинское страхование в Германии), так и негативном для нас плане (например, медицинское страхование в Чили).

Договоры в системе социальной помощи и социального обслуживания. Социальная помощь и социальное обслуживание, исторически имеющие в своей первооснове общественное призрение, предполагают единство, взаимодействие государственных и негосударственных систем социальной поддержки членов общества. В дореволюционной России право бедного на призрение рассматривалось именно в таком ключе. В ряде зарубежных стран право на получение гарантированного минимального дохода в системах социальной защиты связывают еще с одним юридическим фактом – договором социальной службы и трудоспособного лица о его социальной и профессиональной реинтеграции. Так, во Франции с такими лицами подписываются муниципальными органами “интеграционные соглашения”, где определяются персональные условия включения гражданина в общественно полезную деятельность, прохождения профессиональной подготовки и т.п. Финансируются интеграционные программы за счет специального Фонда солидарности, т.е. специальных налогов с 1994 г. Полагаем, что этот опыт с учетом национальных условий может быть шире использован в законотворческой практике РФ.

Кроме того, в зарубежной практике в недавнее время стали практиковаться специальные механизмы добровольного социального страхования по уходу за пожилыми людьми. ФРГ была первой страной, которая еще 10 лет назад оформила такой вид социального страхования. Урбанизация жизни, малые семьи объективно требуют дополнительных форм социальной защиты пожилых людей, которые не могут рассчитывать на поддержку со стороны семьи или какой-либо сети социальных служб. Иными

словами, эти лица заранее заботятся о своей старости и надлежащем уходе, уплачивая на эти цели страховые взносы. Таким образом, система государственной социальной помощи дополняется системами добровольного договорного социального страхования, где социальный риск продиктован необходимостью дополнительных социально значимых расходов на уход за пожилым лицом. В российской науке права социального обеспечения М.О. Буянова предлагает заимствовать зарубежный опыт и ввести у нас новый вид социального страхования – страхование социального обслуживания[819].

В соответствии с Федеральным законом от 10 декабря 1995 г. № 195-ФЗ "Об основах социального обслуживания населения"[820] бесплатное социальное обслуживание в государственной системе социальных служб в объемах, определенных государственными стандартами социального обслуживания, предоставляется:

1) гражданам, не способным к самообслуживанию в связи с преклонным возрастом, болезнью, инвалидностью, не имеющим родственников, которые могут обеспечить им помощь и уход, если среднедушевой доход этих граждан ниже прожиточного минимума, установленного для субъекта Российской Федерации, в котором они проживают;

2) гражданам, находящимся в трудной жизненной ситуации в связи с безработицей, стихийными бедствиями, катастрофами, пострадавшим в результате вооруженных и межэтнических конфликтов;

3) несовершеннолетним детям, находящимся в трудной жизненной ситуации.

Согласно закону РФ от 24 ноября 1995 г. "О социальной защите инвалидов" лицам, официально признанным инвалидами, гарантируется перечень реабилитационных услуг и социальных льгот на бесплатной основе в пределах федерального перечня реабилитационных мероприятий инвалидов.

---

[819] См.: Буянова М.О. Экономические гарантии права граждан на социальное обслуживание. Некоторые вопросы методики преподавания права социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 276–277.

[820] СЗ РФ. 1995. № 50. Ст. 4872.

Напротив, на договорных началах социальное обслуживание предоставляется за плату в двух случаях. Во-первых, любое социальное обслуживание в частных социальных службах является платным. Во-вторых, в государственных и муниципальных социальных службах на договорной платной основе обеспечивается социальное обслуживание двум категориям лиц: тем, чей среднедушевой доход превышает установленный региональный прожиточный минимум, и лицам, получающим социальные услуги сверх региональной базовой программы.

Платные услуги в государственной системе социальных служб оказываются в порядке, установленном органами государственной власти субъектов Федерации. В этой части их социально-обеспечительный, публичный характер очевиден. Эти правоотношения являются по своей природе социально-обеспечительными, а не гражданско-правовыми. Условия и порядок оплаты социальных услуг в социальных службах иных форм собственности устанавливаются ими самостоятельно. Между тем к этим услугам предъявляются требования к качеству в соответствии с региональными социальными стандартами. В законах субъектов Федерации о социальном обслуживании населения довольно часто встречаются положения о том, что требования, установленные государственными стандартами социального обслуживания, являются обязательными для социальных служб независимо от формы собственности. Так, согласно Федеральному закону от 2 августа 1995 г. “О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов” контроль за деятельностью по предоставлению социальных услуг в негосударственном секторе социального обслуживания осуществляется в порядке, предусмотренном федеральным законодательством и законодательством субъектов Федерации. Таким образом, по содержанию правоотношения по государственной социальной помощи и обслуживанию являются социально-алиментарными. Возмездный характер носят правоотношения по социальному обслуживанию на основе договора, предусматривающего частичную или полную оплату социальных услуг.

Названный подход к содержанию рассматриваемых правоотношений не разделяется рядом авторов. Так, Е.Е. Мачульская, по сути, отрицает социально-обязательственный характер правоот-

ношений по государственной социальной помощи. В частности, она пишет, что “если оказание социальной помощи производится адресно, то никакой обязанности по ее предоставлению на государственный орган не возлагается. Решение принимает территориальный или муниципальный орган социальной защиты по своему усмотрению после предварительной оценки уровня доходов и имущественного положения”[821]. Здесь, на наш взгляд, автор допускает необоснованную подмену понятий: процедурные правоотношения смешиваются с материальными правоотношениями по социальной помощи. В рамках процедурных правоотношений вопрос действительно решается о предоставлении социальной помощи по усмотрению органа социальной защиты. Но после принятого решения органа социальной защиты материальное правоотношение по предоставлению такой помощи носит социально-алиментарный характер. Как указывалось выше, решение органа социальной защиты населения является необходимым юридическим фактом в фактическом составе – основании возникновения материального правоотношения по социальной помощи и обслуживанию.

Правоотношения по социальной помощи и обслуживанию могут быть классифицированы на две группы в зависимости от порядка предоставления социальных услуг (по закону и по договору). В последнем случае мы выделяем:

А. Правоотношения по государственной социальной помощи и социальному обслуживанию, которые характеризуются следующими признаками:

- основанием их возникновения являются нуждаемость (бедность) и трудная жизненная ситуация, в которой находится лицо;
- социальная помощь и обслуживание как объект правоотношения призваны обеспечить уровень жизни нуждающимся до определенного законом минимального уровня. Финансирование осуществляется за счет средств государственных и местных

[821] Мачульская Е.Е. Право социального обеспечения. Перспективы развития. С. 121.

бюджетов, а перечень гарантированных социальных услуг предоставляется безвозмездно;

- права и обязанности участников – государственных и муниципальных социальных служб, с одной стороны, и физического лица, с другой – носят социально-алиментарный характер, а указанные социальные службы обязаны предоставить социальную помощь и обслуживание на условиях и в порядке, предусмотренном законом.

Б. Договорные правоотношения по социальной помощи и социальному обслуживанию, которые отвечают следующим признакам:

- субъектами названных отношений являются, с одной стороны любые физические лица, независимо от признака нуждаемости (бедности), с другой – не только государственные и муниципальные социальные службы, но и частные;
- объектом правоотношения выступают социальные услуги и иные виды социального обслуживания, уровень которых не должен быть ниже установленных государственных стандартов качества социального обслуживания, но предоставляются они на платной основе (полностью или частично). Установлен государственный контроль за деятельностью по предоставлению услуг частными социальными службами, вплоть до лишения их лицензии;
- взаимные права и обязанности сторон определяются договором на условиях частичной или полной оплаты предоставляемых социальных услуг.

4.3. Международные договоры в системе источников права социального обеспечения

Общая характеристика международного права социального обеспечения

В XXI в. международное сообщество вступило с международным кодексом социальной защиты. По сути, международными усилиями создан свод международных социальных стандартов в сфере труда и социального обеспечения. Как справедливо писал И.Я. Киселев, международные стандарты труда – это нормативная субстанция международного трудового права, одно из достижений современной цивилизации, отразившее результаты согласованной деятельности государств по внесению в рыночную экономику социальных ценностей. Содержание этих стандартов представляет собой концентрированное выражение опыта многих стран, плод тщательного отбора наиболее ценных и значимых норм национальных систем права[822]. В полном объеме это утверждение справедливо и в отношении международных стандартов права социального обеспечения. Остановимся на основных характеристиках международного права социального обеспечения.

1. Источниками международно-правового регулирования социально-обеспечительных отношений являются, прежде всего, акты Организации Объединенных Наций (ООН) и Международной организации труда (МОТ), действующие во всемирном масштабе, акты, принятые региональными организациями государств и двусторонние международные договоры. Таким образом, *международное право социального обеспечения – это многоуровневое правовое явление.*

2. Согласно Конституции РФ (ст. 15) общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы. Более того, в Конституции РФ (ст. 46) закреплено право каждого в соответствии с международными договорами РФ обращаться в

[822]См.: Киселев И.Я. Трудовое право России и зарубежных стран. М., 2005. С. 468.

межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты. Таким образом, *названные нормы международного права социального обеспечения инкорпорированы в национальную правовую систему*. В этой связи в структуре отрасли российского права социального обеспечения можно выделить институт международно-правового регулирования социально-обеспечительных отношений.

3. Международное право социального обеспечения имеет сложную структуру. На наш взгляд, *международное право социального обеспечения как структурное правовое явление включает три основных образования: общая часть, коллизионное международное право социального обеспечения и процессуальное (контрольно-надзорное) международное право*. Общая часть содержит общепризнанные принципы и нормы международного права социального обеспечения, легализующие право на социальное обеспечение, его различные виды, право на защиту от социального отторжения.

Коллизионное международное право социального обеспечения включает международные коллизионные нормы, регулирующие международные социально-обеспечительные отношения с участием субъектов иностранного права (мигрантов, иностранных граждан, лиц без гражданства). С помощью этих нормативных предписаний разрешается особый вид коллизий, которые возникают из различий в законодательстве стран в случае правового регулирования социально-обеспечительных отношений.

Процессуальное (контрольно-надзорное) международное право призвано обеспечить нормативное регулирование гарантий соблюдения международно-правовых норм, форм и способов защиты социально-обеспечительных прав, предусмотренных международными актами. Речь идет, во-первых, о юрисдикционных (судебных, административных) формах: контрольные механизмы МОТ, деятельность Европейского Суда по правам человека и др. Во-вторых, здесь задействованы и неюрисдикционные формы, например международные социально-партнерские механизмы обеспечения социально-обеспечительных прав, деятельность неправительственных организаций по защите женщин, инвалидов и др.

Общепризнанные принципы и нормы международного права социального обеспечения. В теории права социального обеспечения проблема общепризнанных международно-правовых принципов и норм является весьма актуальной, многогранной и далеко не однозначной в разрешении. Принимая это во внимание, остановимся на следующих вопросах: 1) легальное закрепление общепризнанных международно-правовых принципов права социального обеспечения; 2) приоритет и непосредственное применение общепризнанных международно-правовых принципов и норм международного права социального обеспечения.

В конце XX в. международное сообщество выработало основополагающие принципы социальной защиты населения. На наш взгляд, к этим общепризнанным принципам и общепризнанным международным нормам относятся те, которые получили закрепление, прежде всего, в уставных документах международных организаций (ООН, МОТ и др.). Общепризнанные принципы международного права социального обеспечения также находят отражение в международных пактах, торжественных декларациях. Именно названные источники придают им характер общепризнанных принципов и норм, признанных мировым (международным) сообществом. Речь идет об основополагающих международных актах (Устав ООН, Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Конвенция Совета Европы «О защите прав человека и основных свобод» (ратифицирована РФ в 1998 г.), Европейская социальная хартия 1961 г. (в ред. 1996 г.) и др.). Затем эти принципы внедряются в международные договоры, конвенции, рекомендации международных организаций. Согласно Уставу Международного Суда ООН, общепризнанные принципы международного права определяются как «общие принципы, признанные цивилизованными нациями». В теории международного права понятие «общепризнанные принципы международного права» рассматривается как общее, интегрирующее понятие, включающее «общие принципы и отраслевые прин-

ципы»[823]. Согласно российской правовой доктрине, к общим принципам международного права относят семь принципов: равенство, сотрудничество, добросовестное исполнение обязательств, мирное урегулирование споров, невмешательство и неприменение силы, уважение фундаментальных прав человека и право наций на самоопределение. Эти общеправовые международные принципы приобретают отраслевое проявление, в нашем случае в сфере социальной защиты, о чем пойдет речь ниже.

Императивность (обязательность) общепризнанных принципов и норм международного трудового права обусловлена членством государства в той или иной международной организации, сообществе. Пленум Верховного Суда РФ в Постановлении от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»[824] разъяснил, что под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие, императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. К общепризнанным принципам международного права, в частности, относятся принцип всеобщего уважения прав человека и принцип добросовестного выполнения международных обязательств. Под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного.

Более того, общепризнанные международные принципы и нормы права социального обеспечения имеют правовой механизм их реализации государствами – членами международных сообществ (МОТ, Европейского Союза и др.), а в ряде случаев – правовой механизм контроля и международно-правовой судебной защиты (Европейский Суд по правам человека и др.). Эти признаки также свидетельствуют об императивности рассматривае-

[823]См.: Додонов В.Н., Панов В.П., Румянцев О.Г. Международное право. Словарь-справочник. М., 1997. С. 5; Международное право / Отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 2000. С. 43.

[824] Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

мых принципов и норм. Общепризнанные принципы международного права как любые правовые принципы являются не просто основополагающими правовыми идеями, а идеями, как подчеркивалось в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия», которые получили «закрепление в международных пактах, конвенциях и иных документах»[825]. Таким образом, общепринятые международные принципы и нормы права характеризуются следующими признаками: 1) легальное закрепление в международно-правовых источниках; 2) признание международным сообществом в целом; 3) императивность.

Между тем толкование перечня общепризнанных международных принципов права социального обеспечения на практике не будет отличаться единством. Если в отношении международных договоров имеется формальный критерий – их ратификация РФ, то в отношении международных общепризнанных принципов и норм – только общие определения этих понятий в постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 5 от 10 октября 2003 г. Эта проблема ждет своего разрешения хотя бы на уровне судебного толкования. Анализ и обобщение содержания вышеназванных международно-правовых источников и обозначенные подходы к определению этих принципов позволили нам обосновать следующую систему общепризнанных международно-правовых принципов в сфере социального обеспечения.

Система общепризнанных международно-правовых принципов и норм права социального обеспечения. Любая система (классификация) правовых явлений должна строиться на основе определяющих их назначение и сущность критериев. Это должны быть критерии, отражающие природу регулируемых общественных отношений (предметный критерий) и метод правового регулирования. В роли первого выступает критерий единства естественно-правовых и позитивистских начал в определении природы социальных прав. Это означает единство и взаимообусловленность в рамках системы принципов права социального обеспечения, с одной стороны, провозглашающих равенство и справедли-

[825] Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

вость в социально-обеспечительных отношениях, с другой – гарантированность и защиту этих прав со стороны государства. Критерий метода правового регулирования, который лежит в основе классификации, систематизации общепризнанных принципов права социального обеспечения, означает единство частных и публичных начал в правовом регулировании социально-обеспечительных отношений. Таким образом, на основании названных критериев выстраивается следующая система общепризнанных международных принципов права социального обеспечения:

- Первую группу составляют принципы, основанные на естественно-правовом и частно-правовом критериях. К ним относятся: а) принцип равенства прав (всеобщности) в сфере социального обеспечения; б) принцип социальной ответственности в) принцип социальной солидарности и социального партнерства (социального сотрудничества); г) принцип защиты от социального отторжения.
- Вторая группа принципов, основанная на позитивистских и публично-правовых критериях, включает: а) принцип запрета дискриминации; б) принцип гарантированности социально-обеспечительных прав; в) принцип обеспечения достойного уровня жизни.

Принципы названных групп взаимообусловлены и применяются, как правило, в единстве, системе. Так, принцип равенства коррелируется с принципом запрета дискриминации. Принцип социальной ответственности лица за свое материальное и социальное благополучие рассматривается в единстве с принципом гарантированности социально-обеспечительных прав и принципом обеспечения достойного уровня жизни, когда социальные государства гарантируют своим гражданам минимальный базовый уровень социальной защиты, а сверх этого уровня предполагается участие гражданина в договорных системах социального обеспечения, например, на основании коллективных договоров. Этот перечень можно продолжить.

Высшая юридическая сила Конституции РФ по отношению ко всем действующим на территории РФ нормативным актам безусловна. Но составной частью правовой системы РФ признаются также и общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ. В этой связи возни-

кает проблема о соотношении во внутренней иерархии Конституции РФ и названных международных актов. Ряд ученых-трудовиков полагают, что международные договоры находятся на втором после Конституции месте, поскольку Конституция РФ является исходным правоустанавливающим актом внутри страны, который обладает высшей юридической силой по отношению к другим правовым актам, действующим на ее территории[826]. Многие теоретики права также отмечают, что признание примата международного права не должно вести к нарушению суверенных прав России, а следовательно, на современном этапе развития российского государства и общества необходима их обязательная трансформация, адаптация к национальному праву[827].

Как отмечалось выше, ратифицированные международные договоры, наряду с общепризнанными международными принципами и нормами, включаются в состав правовой системы РФ. Однако очевидна и неоднородность вышеперечисленных источников международного права. Это отражается, в первую очередь, на правовом механизме их применения. Речь идет о применении названных источников международного права. Проблема их применения в значительной части решена в Федеральном законе от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации»[828]. В соответствии с этим законом (ст. 5 п. 3) все международные договоры делятся на самоисполняющиеся и несамоисполняющиеся, последние требуют издания внутригосударственных актов для их применения. В этой связи в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ» особо подчеркивается, что при применении договорных норм международного права необходимо учитывать две ситуации. Положения официально опубликованных международных договоров РФ, не требующие издания внутригосударствен-

[826] См.: Иванов С.А. Применение конвенций МОТ в России в переходный период. Некоторые проблемы // Государство и право. 1994. № 8–9. С. 72; Миронов В.И. Законодательство о труде: теория и практика. М., 2000. С. 102.

[827] См.: Марченко М.Н. Источники права. М., 2005. С. 355.

[828] СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

ных актов для применения, действуют в РФ непосредственно. Для осуществления иных положений международных договоров РФ принимаются соответствующие правовые акты. Именно в последнем случае и применяется процедура имплементации норм международных актов[829]. Таким образом, механизм непосредственного применения международных договоров РФ в российской системе источников трудового права имеет дифференцированный правовой механизм реализации. Весьма созвучна такому подходу и позиция Международной организации труда. Этот вывод вытекает из содержания многих конвенций и рекомендаций МОТ. Так, при их внимательном прочтении мы зачастую будем сталкиваться с юридическими оборотами типа "каждая страна определяет характер и форму процедур ... принимаются меры, соответствующие условиям страны", "национальное законодательство определяет, в какой мере гарантии, предусмотренные Конвенцией, будут применяться", "заявление имеет силу, если оно оправдано уровнем развития страны" и т.д. В этой связи далеко не все конвенции подлежат непосредственному и прямому применению.

Таким образом, прямому непосредственному применению подлежат только самоисполняющиеся международные договоры, не требующие для их применения принятия внутригосударственного нормативного акта. Проблему механизма прямого и непосредственного применения международных договоров можно считать в целом решенной. Для осуществления иных положений международных договоров РФ принимаются соответствующие нормативные акты. Так, согласно ратифицированной Конвенции № 156 о трудящихся с семейными обязанностями (1981 г.) был принят Федеральный закон от 30 апреля 1999 г. № 84-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Кодекс законов о труде Россий-

[829] См.: Аметистов Э.М. Международное право и труд. Факторы имплементации международных норм о труде. М., 1982; Гавердовский А.С. Имплементация норм международного права. Киев, 1980; Иванов С.А. Проблемы международного регулирования труда. М., 1964. С. 95–142; Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997; Патракеев С. Международные договоры о защите прав и свобод человека и гражданина в системе российского права // Сравнительное конституционное обозрение. 2005. № 2 (51) С. 60–73 и др.

ской Федерации», т.е. этот закон обеспечил имплементацию международных норм в национальное законодательство.

Таким образом, общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры являются необходимым минимумом социальных прав. Международно-правовые стандарты – это не максимум того, что требует международное сообщество от государства, а минимум того, что оно должно обеспечить своим гражданам. Но государство вправе «повысить эту планку», конкретизировать, адаптировать международные стандарты социальных прав с учетом национальных условий. Именно в таком ключе следует определять правило о приоритете и непосредственном применении международно-правовых стандартов социальных прав.

Особо отметим, что международные стандарты социально-обеспечительных прав являются генерализирующим, системообразующим фактором гармонизации (сближения) и унификации (приведения к единообразию) национальных систем социального законодательства в условиях глобализации экономики. Например, конвенции МОТ являются основой для гармонизации национального социального законодательства, а принятые Европейским сообществом (ЕС) регламенты – типичный пример унификации национального социального законодательства стран ЕС, о чем речь пойдет подробнее далее.

О соотношении международного права социального обеспечения и российского социально-обеспечительного законодательства. Коллизионными предписаниями применительно к соотношению международных актов в сфере социального обеспечения и российского социально-обеспечительного законодательства, по нашему мнению, являются следующие коллизионные нормы:

1) приоритет и прямое применение общепризнанных принципов и норм международного права, а равно международных договоров, не требующих имплементации, если они не ухудшают положения граждан по сравнению с российским законодательством о социальном обеспечении;

2) общепризнанные принципы и нормы международного права социального обеспечения обладают более высокой юридической силой, чем нормы международных договоров как в международном, так и в российском праве;

3) нормы ратифицированных международных договоров обладают в национальном пространстве приоритетом применения.

Юридическая сила международных источников права социального обеспечения связана с решением вопроса о соотношении международного и внутригосударственного права. В теории советского права до принятия действующей сегодня Конституции РФ СССР относили к группе стран, где международные нормы не подлежали прямому и непосредственному применению, они должны были пройти специальное закрепление во внутригосударственном законодательстве (имплементация). Сейчас ситуация изменилась. Многие авторы, со ссылкой на Конституцию РФ (ст. 15), утверждают, что вопрос о возможности прямого применения международных норм получил свое разрешение. На конституционном уровне теперь закреплен принцип приоритета международных норм над внутригосударственными.

Как уже отмечалось, в правовую систему РФ включаются общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры РФ. Однако принцип приоритета провозглашен Конституцией РФ только в отношении международных норм, содержащихся в международных договорах РФ, и не распространяется, как следует из буквального толкования, на иные международные общепризнанные принципы и нормы. Если международным договором РФ установлены другие правила, чем предусмотрены законами и иными нормативными правовыми актами, применяются правила международного договора (ст. 15 Конституции РФ). В этой части формулировка коллизионного нормативного предписания явно некорректна. В этой связи ряд теоретиков права полагают, что, в отличие от ратифицированных международных договоров, общепризнанные принципы и нормы международного права таким приоритетом, как договоры, не обладают, за исключением установленных Конституцией РФ (ч. 1 ст. 17) общепризнанных принципов и норм, которые касаются прав и свобод человека[830]. Между тем ограничительное толкование приоритета международно-правовых общепризнанных принципов и норм международного права не имеет под собой основа-

[830] См.: Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 66; и др.

ний, о чем заявил и Конституционный Суд РФ. В своем определении от 3 июля 1997 г. № 87-О Конституционный Суд РФ отметил, что отсылочная норма Конституции РФ (ч. 4 ст. 15) охватывает все формы международного права и по смыслу названной статьи, в случае, если обнаруживается, что какая-либо норма противоречит общепризнанным принципам и нормам международного права или международным договорам Российской Федерации, при рассмотрении конкретных дел надлежит применять правила соответствующих международных актов. Более того, общепризнанные принципы права социального обеспечения обеспечивают условия легализации в национальном законодательстве международных стандартов социальных прав. Таким образом, приоритет и прямое применение общепризнанных принципов и международных норм в сфере социального обеспечения в правовой системе Российской Федерации у нас не вызывает сомнений.

Таким образом, общепризнанные принципы подлежат прямому непосредственному применению. Они не требуют процедуры имплементации. В обоснование данной позиции приведем, по крайней мере, два аргумента. Во-первых, по нашему мнению, общепризнанные принципы международного права обладают более высокой юридической силой, чем международные договоры, как в международном, так и в российском трудовом праве. Этот вывод вытекает из признаков, определяющих характеристик общепризнанных принципов международного права. Круг общепризнанных принципов международного права закрепляется в международных пактах, конвенциях и других документах, обязательных для государств – членов международных сообществ. В общепризнанные принципы включаются лишь те международные принципы, которые носят императивный характер. И, наконец, во-вторых, Пленум Верховного Суда РФ в своем Постановлении от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» подчеркнул, что неправильное применение судом не только норм международных договоров РФ, но и общепризнанных принципов и норм международного права является основанием к отмене или изменению судебного акта.

В заключение следует хотя бы кратко остановиться еще на одном предназначении международных стандартов социальных прав. Мы солидарны с теми авторами, которые считают, что пробельность национального законодательства при разрешении судами конкретных дел может быть восполнена не аналогией закона или права, как это принято в правоприменительной практике, а прямым применением международных норм[831]. Полагаем, что в такой роли будут выступать как общепризнанные принципы и нормы международного права, так и ратифицированные конвенции. Применение в порядке аналогии нератифицированных конвенций и рекомендаций вызывает у нас сомнение, хотя и предлагается некоторыми авторами[832].

Виды международно-правовых актов о социальном обеспечении

Акты Организации Объединенных Наций. Главным вкладом ООН в международно-правовое регулирование социальной защиты является определение каталога основных прав человека, которые должны обеспечиваться в законодательстве любой страны, претендующей считаться цивилизованной. Всеобщая декларация прав человека (1948 г.), в первую очередь, программный политический документ, в котором сформулирован пакет основных неотъемлемых и неотчуждаемых социально-трудовых прав человека. Среди таких прав Декларация провозглашает право на социальное обеспечение; право на обеспечение на случай безработицы, болезни, инвалидности, вдовства, наступления старости и иного случая утраты средств к существованию по независящим от человека обстоятельствам; право на особую защиту материнства и детства; право на образование, которое должно быть бесплатным, по меньшей мере в том, что касается начального и общего образования, причем начальное образование должно быть обязательным. Всеобщая декларация прав человека стала основой, международным стандартом для всей системы международных актов по правам человека, в том числе деклараций о правах

[831] См.: Анишина В.И. Применение российскими судами международных трудовых норм. М., 2003. С. 14.

[832] См.: Там же. С. 15.

отдельных категорий лиц, нуждающихся в повышенной социальной защите, пактов и конвенций ООН. Специалисты международного права считают, что права и свободы, провозглашенные во Всеобщей декларации, являются юридически обязательными общепризнанными нормами.

Международные декларации ООН содержат общепризнанные международные принципы и права. Так, Принципы ООН в отношении пожилых людей (1991 г.) включают такие общепризнанные международные принципы, как независимость пожилых людей, обеспечение их участия в жизни общества, защита их достоинства и обеспечение реализации внутреннего потенциала, а равно общепризнанные социальные права на уход и защиту со стороны семьи и общества в соответствии с системой культурных ценностей данного общества, на обеспечение доступа к медицинскому обслуживанию, к социальным и правовым услугам. Декларация ООН о правах инвалидов (1975 г.) предусматривает права инвалидов в социальной сфере, которые обеспечивают им социальную интеграцию (реинтеграцию), такие, как право на восстановление здоровья и социального положения в обществе; на профессиональную подготовку и восстановление трудоспособности; на социальное обслуживание и др.

Пакты и конвенции ООН, ратифицированные государством, носят юридически обязательный характер. Согласно Международному пакту об экономических, социальных и культурных правах (1966 г., ратифицирован в 1973 г.[833]) участвующие в Пакте государства признают право каждого человека на социальное обеспечение, включая социальное страхование (ст. 9); право каждого на достойный жизненный уровень для него и его семьи (ст. 11); право на образование, на обязательный и бесплатный характер начального образования (ст. 13). Государства, ратифицировавшие этот пакт, обязаны периодически представлять доклады о соблюдении взятых обязательств. Доклады рассматриваются Комитетом независимых экспертов и Экономическим и социальным Советом ООН.

[833] Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

Конвенция о правах ребенка (1989 г., ратифицирована в 1990 г.[834]) признает за каждым ребенком право на жизнь, на имя, на приобретение гражданства, на сохранение его индивидуальности, а равно права пользоваться благами социального обеспечения, включая социальное страхование; право на образование и т.д. Конвенция закрепляет права неполноценного в умственном или физическом отношении ребенка на особую заботу со стороны общества, гарантирующую ему достойную и полноценную жизнь.

Акты Международной организации труда. Одним из основных источников международно-правового регулирования социально-обеспечительных прав являются акты МОТ. В 1919 г. в соответствии с Версальским мирным договором была создана Международная организация труда (МОТ). Первоначально это была Международная комиссия для выработки конвенций и рекомендаций по вопросам трудового законодательства и улучшению условий труда при Лиге наций. В 1945 г. с принятием Устава ООН Международная организация труда становится специализированным учреждением ООН и в настоящее время объединяет 178 государств[835]. Характерной чертой структуры МОТ является трипартизм, т.е. формирование и деятельность почти всех органов на основе трехстороннего представительства: правительств, предпринимателей и работников. Одним из основных направлений деятельности МОТ является нормотворчество – разработка и принятие международно-правовых актов (деклараций, конвенций, рекомендаций), содержащих международные социально-трудовые нормы. Декларации МОТ хотя и являются юридически необязательными актами, однако носят основополагающий характер для разработки и принятия конвенций и рекомендаций. Ратифицированные конвенции МОТ являются юридически обяза-

[834] Ведомости Верховного Совета СССР. 1990. № 26. Ст. 497.

[835] О деятельности МОТ см.: Бордадын А.Ф. Международная организация труда и Россия. М., 1999; Владимиров Н.А. Международная организация труда. М., 1959; Гусов К.Н., Курилин Н.М. Международно-правовое регулирование труда (в конвенциях и рекомендациях МОТ). М., 1992; Иванов С.А. Международная организация труда и профсоюзное право в капиталистических странах. М., 1959; Костин Л.А. Международная организация труда. М., 2002 и др.

тельными (императивными) актами. Рекомендации МОТ, как уже следует из их наименования, носят рекомендательный характер, сопровождают соответствующие конвенции МОТ, детализируя, уточняя эти положения, расширяя возможности выбора для государств тех или иных международно-правовых норм. Они не требуют ратификации.

Основополагающие документы Международной организации труда являются источниками общепризнанных международных принципов и норм права социального обеспечения. Всего в истории МОТ были приняты 3 торжественные декларации. Первой является Филадельфийская декларация 1944 г., включенная впоследствии в Устав МОТ. В ней отмечалось, что мандат МОТ заключается в создании условий «свободы и достоинства, экономической устойчивости и равных возможностей, в которых все люди независимо от пола, расы или веры имеют право на осуществление своего материального благосостояния и духовного развития». Вторая декларация, принятая в 1964 г., была посвящена действиям против апартеида в Южной Африке. С исчезновением апартеида она была объявлена устаревшей и отменена в 1994 г. Третья – Декларация МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации», принятая 18 июня 1998 г. на 86-й сессии МОТ. Она имеет целью дать социально-политические решения проблемам, поставленным эпохой глобализации. В Декларации содержится своеобразный социальный минимум, которому должно следовать каждое государство в рамках мандата МОТ. Декларации МОТ подтвердили, что одним из принципов, на которых основана Организация, является то, что нищета в любом месте – это угроза для общественного благосостояния и борьба с ней должна вестись в каждом государстве. Более того, государства должны стремиться к расширению социального обеспечения с тем, чтобы обеспечить основной доход для всех нуждающихся в этом и предоставить всем полное медицинское обслуживание.

Учитывая, что не все государства – члены МОТ ратифицировали основополагающие конвенции, в Декларации «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации» провозглашено принципиальное положение: все государства – члены МОТ, даже если они не ратифицировали ука-

занные конвенции, имеют обязательство, вытекающее из самого факта их членства в Организации, соблюдать, содействовать применению и претворять в жизнь в соответствии с Уставом принципы, касающиеся основополагающих прав, которые являются предметом этих конвенций. Генеральный директор МБТ в докладе «Достойный труд» на 87-й сессии Международной конференции труда (1999 г.) отмечал: «Декларации – это такие акты, которыми МОТ пользовалась довольно широко. В отличие от международных договоров, которые являются обязательными лишь для государств-членов, которые их ратифицировали, действие декларации автоматически распространяется на все страны, принявшие Устав МОТ, независимо от того, ратифицировали они или нет основополагающие конвенции МОТ»[836].

В контексте рассматриваемых проблем заслуживает внимания названный выше доклад Генерального директора МБТ «Достойный труд», в котором выдвинута и обоснована программа достойного труда, рассматривающая в единстве взаимодействия право на труд и право на социальное обеспечение. Названная программа преследует четыре стратегические цели: претворение в жизнь основополагающих прав в сфере труда; расширение возможностей занятости и получения дохода, совершенствование системы социальной защиты, укрепление социального диалога[837]. Таким образом, как определяет МОТ, стратегия развития трудовых и социально-обеспечительных отношений в XXI в. должна строиться на создании возможностей равного доступа всех граждан к фундаментальным правам и свободам – праву на труд и социальное обеспечение, свободе объединений, принципам равенства возможностей каждого, недопустимости дискриминации и принудительности труда.

Рассматриваемая программа МОТ «Достойный труд» в качестве своей составляющей включает концепцию «социальной безопасности». Социальная безопасность в измерении МОТ – понятие

---

[836] См.: Достойный труд. Доклад Генерального директора. Международная конференция труда. 87-я сессия. Женева: МБТ, 1999. С. 19.

[837] Вступительное слово Генерального директора на МКТ: Закрепить успех и двигаться вперед. Доклад 1 (А). МКТ. 93-я сессия. 2005. Женева: МБТ, 2005. С. 5.

многогранное, оно охватывает безопасность и гигиену труда, стабильность рабочих мест, гарантии дохода и доступность государственных услуг, надлежащие доходы в старости и в случае болезни, а также защиту против разного рода непредвиденных обстоятельств. В этой связи под достойным трудом понимается работа, обеспечивающая не только приличный доход в настоящее время, но и гарантированный доход в случае экономической неопределенности и рисков, с которыми сталкиваются трудящиеся на производстве и после выхода на пенсию. Для решения этой задачи МОТ особое внимание уделяет проблемам формирования в государствах социальной политики, обеспечивающей социальную защиту населению. В этой части особый интерес для нас представляет Доклад Генерального директора МБТ МОТ Хуана Сомавия «Обеспечение дохода и социальная защита в меняющемся мире», который был сделан на рубеже веков в 2000 г.[838] В данном докладе были даны определения основных понятий и ориентиры для социальной политики в отношении того, как системы социальной защиты населения могли бы развиваться в XXI в.

МОТ дефиницию «социальное обеспечение» связывает с государственными мерами, охватывающими социальное страхование (т.е. системы, основанные на страховых взносах) и универсальные выплаты (т.е. пособия, финансируемые за счет налогов и выплачиваемые без проверки дохода и нуждаемости получателя). Между тем МОТ не ограничивается проблемами социального обеспечения и, как правило, социальную политику увязывает с более широким понятием «социальная защита». При этом в социальную защиту включаются не только государственные системы социального обеспечения, но и частные, или необязательные, преследующие аналогичные цели, при условии, что взносы в них *не целиком* определяются рыночными факторами. Такие системы, по мнению МОТ, могут опираться, например, на трудовую солидарность, субсидию работодателя или даже на государственную субсидию[839]. Таким образом, мы еще раз убеждаемся, что в современных условиях новый облик отрасли права социального

[838] См.: Обеспечение дохода и социальная защита в меняющемся мире. Женева: МБТ, 2000. М., 2001.

[839] Там же. С. 34–35.

обеспечения (именно под таким названием эта отрасль исторически сформировалась в системе отраслей советского, а затем российского права) обусловлен ее экспансией в частную сферу общественных отношений. Частно-публичный характер отрасли определяется активной ролью государства в регулировании названной сферы. Более того, в качестве основной тенденции развития системы социальной защиты в XXI в. МОТ считает передачу государством некоторых своих функций частному сектору на договорных началах. В рассматриваемом докладе отмечается, что «в условиях увеличивающегося бремени социальной защиты многие правительства уступили влиянию неолиберальных идей в пользу сокращения прямого участия государства в обеспечении социальной защиты и усилении роли частного сектора»[840]. В ряде стран это привело к переосмыслению ролей и ответственности, в результате чего обычно считают, что государство непосредственно отвечает лишь за базовый уровень защиты, а сверх этого выступает только как регулятор и координатор. Это оставляет простор для развития смешанных систем. Но при этом государство, по мнению МОТ, не может отказаться от своей ответственности за систему социальной защиты, оно должно обеспечить и эффективной контроль за частным сектором предоставления социальных услуг, дополнительных страховых пенсий в системе добровольного пенсионного страхования и т.д. Это означает, что по мере усиления сочетания государственных и частных начал в системах социальной защиты становится все более очевидной потребность в общих рамках и системе координации, формировании цельной согласованной системы социальной защиты в меняющемся мире.

По классификации МОТ механизм социальной защиты включает в себя следующие элементы: 1) системы здравоохранения; 2) социальную защиту в случае нетрудоспособности, которая распространяется не только на наемных работников, но и самозанятых лиц; 3) пенсии по старости, по случаю потери кормильца; 4) пособия по безработице; 5) социальные выплаты родителям и детям; 6) социальная помощь, которая рассчитана на нуждающих-

[840] Обеспечение дохода и социальная защита в меняющемся мире. С. 212–213.

ся лиц. При этом социальная защита должна базироваться, во-первых, на обязательных взносах в фонды социального обеспечения, во-вторых, на общем налогообложении и, в-третьих, дополняться частными системами социального обеспечения[841].

Конвенции МОТ в сфере социального обеспечения. Конвенции МОТ по вопросам социального обеспечения можно разделить на две группы. Первую составляют основополагающие рамочные конвенции, обеспечивающие единство (равенство) правового регулирования социально-обеспечительных отношений. К ним относятся Конвенции № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952 г.); № 117 «Об основных целях и нормах социальной политики» (1962 г.); № 118 «О равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения» (1962 г.); № 143 «О злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения» (1975 г.); № 156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями» (1981 г., ратифицирована в 1997 г.[842]); № 157 «Об установлении международной системы сохранения прав в области социального обеспечения» (1982 г.).

Вторую группу конвенций составляют акты, посвященные дифференциации социального обеспечения по видам социального обеспечения и по кругу лиц. Имеются в виду следующие Конвенции: № 2 «О безработице» (1919 г.); № 103 «Об охране материнства» (1952 г., ратифицирована в 1956 г.[843]); № 121 «О пособиях в случае производственного травматизма» (1964 г.); № 128 «О пособиях по инвалидности, по старости и по случаю потери кормильца» (1967 г.); № 130 «О медицинской помощи и пособиях по болезни» (1969 г.); № 159 «О профессиональной реабилитации и занятости инвалидов» (1983 г., ратифицирована в 1988 г.[844]); № 168 «О содействии занятости и защите от безработицы»

[841] Там же. С. 9.
[842] СЗ РФ. 1997. № 44. Ст. 5020.
[843] Ведомости Верховного Совета СССР. 1956. № 14. Ст. 301.
[844] Там же. 1988. № 14. Ст. 233.

(1988 г.); № 183 «О пересмотре конвенции 1952 г. "Об охране материнства"» (2000 г.).

Часть конвенций специально посвящена социальному обеспечению моряков в силу характера их трудовой деятельности. Это Конвенции: № 55 «Об обязательствах судовладельца в случае болезни, травмы или смерти моряков» (1936 г.); № 71 «О пенсиях морякам» (1946 г.), № 164 «О здравоохранении и медицинском обслуживании моряков» (1987 г.); № 165 «О социальном обеспечении моряков (пересмотренная)» (1987 г.).

Из перечисленных конвенций нашей страной ратифицированы только три – № 103, 156, 159. Одной из причин столь незначительного числа ратифицированных международных актов является характер социально-обеспечительных прав, которые должны быть не просто гарантированы государством, но и обеспечены в объеме достойного жизненного уровня. Так, еще в Генеральном соглашении между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2000-2001 гг. от 16 декабря 1999 г. стороны взяли на себя обязательства обеспечить ратификацию Конвенций МОТ № 42, 102, 117, 157. Но обязательство было не выполнено. Вновь в Генеральном соглашении на 2002 – 2004 гг. от 20 декабря 2001 г. это обязательство было воспроизведено и перечень конвенций дополнен Конвенцией № 168. Однако история повторилась. В Генеральном соглашении на 2005 – 2007 гг. от 29 декабря 2004 г. перечень конвенций был дополнен еще одной Конвенцией – № 143.

В рассматриваемом перечне конвенций особого внимания заслуживает рамочная Конвенция № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952 г.). Она включает, во-первых, свод международных принципов права социального обеспечения. Во-вторых, она устанавливает минимальные международные нормативы социально-обеспечительных прав по основным видам социального обеспечения и по кругу лиц, на которых распространяется социальное обеспечение (медицинское обслуживание, пособие по временной нетрудоспособности, пособие по безработице, семейные пособия, пособия по старости, по инвалидности). В юридической литературе отмечается, что в российском законодательстве регламентируются все виды обеспечения, предусмотренные Конвенцией № 102. Для ратификации этой конвенции

достаточно, чтобы национальное законодательство предусмотрело 3 из 9 видов социального обеспечения. При этом обязательными являются пособие по безработице, пособие в случае трудового увечья или профессионального заболевания, пособие (пенсия) по старости, инвалидности или по случаю потери кормильца. Между тем анализ действующего российского законодательства, как пишет Е.Е. Мачульская, показал, что из обязательных для ратификации конвенции пособий только пособие по временной нетрудоспособности в связи с трудовым увечьем или профзаболеванием по своему размеру соответствует международным нормативам. В этой связи делается вывод об отсутствии достаточных оснований говорить о возможной ратификации этой конвенции в ближайшем будущем[845].

Проблема ратификации государствами конвенций МОТ не носит только национального характера, эта проблема имеет и международные аспекты в условиях глобализации. Для того чтобы МОТ сохранила свою значимую роль в международном нормотворчестве в настоящее время, ей необходимо определить новые подходы к работе с международными нормами трудового права и права социального обеспечения. Сегодня МОТ в качестве своей задачи ставит переоценку давно принятых конвенций МОТ с точки зрения их соответствия современной ситуации. Изменения на рынке труда бросают вызов многим нормам МОТ. Например, Конвенция № 102 о минимальных нормах в области права социального обеспечения 1952 г. была принята в то время, когда большинство работников в промышленно развитых странах работали на условиях полного рабочего времени, когда было меньше неполных семей и разводов. Программы, основанные на этой модели, по-прежнему ущемляют права женщин, которые часто не могут иметь такой же непрерывный стаж работы, как мужчины. В настоящее время МОТ ведет работу в направлении обновления нормативной базы организации. Административный совет организации принял решение в отношении 181 конвенции и 191 рекомендации, которые распределены по трем категориям: совре-

[845] См.: Мачульская Е.Е. Перспективы ратификации Россией международных актов в сфере социального обеспечения // Новый Трудовой кодекс Российской Федерации и проблемы его применения. М., 2004. С. 439.

менные акты; акты, требующие пересмотра, и устаревшие акты. Современной признана 71 конвенция, 24 конвенции подлежат пересмотру и 54 – предложены к денонсации. В этой связи проводится ратификация поправки к ст. 19 Устава МОТ о процедуре отмены конвенции большинством в две трети голосов, поданных присутствующими делегатами. Нельзя не отметить еще одну современную тенденцию международно-правового регулирования трудовых и социально-обеспечительных отношений. Речь идет о комплексном подходе к разработке международных трудовых и социально-обеспечительных норм на основе создания всеобъемлющих (рамочных) конвенций. Конвенции нового типа должны содержать общую и особенную части. Каждую из частей можно дополнять приложениями, для которых будет предусмотрен упрощенный порядок обновления. Это придаст необходимую гибкость общим нормам конвенции, расширит возможности ратификации такой конвенции[846].

Рассмотрим поставленную проблему на примере конвенций, посвященных охране материнства. Проблемы охраны материнства находятся в сфере внимания МОТ со времени основания этой организации. В 1919 г. на первой Генеральной конференции МОТ была принята Конвенция № 3 об охране материнства. Эта Конвенция распространялась только на работающих в промышленности и торговле. В 1921 г. была принята Рекомендация об охране материнства в сельском хозяйстве, которая рекомендовала государствам-членам принять меры по охране труда женщин, подобно тем, которые предусмотрены Конвенцией № 3.

В 1952 г. были приняты Конвенция № 103 об охране материнства и Рекомендация № 95, которые расширили и уточнили ряд положений Конвенции № 3, повысили уровень международно-правовых стандартов социальных прав работающих женщин. Всеобъемлющая Конвенция № 103 охватывает все сферы занятости: промышленные предприятия, непромышленные работы, сельское хозяйство, надомный труд. Однако при этом странам предоставлялась возможность делать небольшие исключения. Государства,

[846] См.: Богатыренко З.С. Международная организация труда в XXI веке: новые условия и новые перспективы // Трудовое право. 2006. № 4. С. 33–34.

ратифицировавшие указанную Конвенцию, могут изъять установленные в ней запретительные и ограничительные нормы в отношении некоторых категорий непромышленных, сельскохозяйственных работ, надомного труда, транспортных учреждений. В Конвенции № 103 предусматривается выплата пособий по беременности и родам за период законодательно установленного отпуска, т.е., по меньшей мере, за 12 недель. Размеры денежного пособия по беременности и родам устанавливаются национальным законодательством, но согласно Конвенции «таким образом, чтобы обеспечить для самой женщины и ее ребенка хорошие с точки зрения гигиены жизненные условия и надлежащий уровень жизни». Предусмотрена и минимальная норма этого пособия – не менее двух третей предыдущего заработка женщины, принимаемого в расчет для установления размера пособия. В Рекомендации № 95 предлагается по мере возможности повышать размеры пособий по беременности и родам до 100% заработка.

В период отпуска по беременности и родам женщина имеет право на медицинскую помощь, обслуживание. Согласно Конвенции № 103 медицинские услуги должны включать дородовое обслуживание, услуги во время родов и послеродовое обслуживание со стороны квалифицированных акушерок и медицинского персонала, а равно как госпитализацию в случае необходимости. Конкретные условия, дающие право на эти льготы, находятся в компетенции законодательства каждой страны. Однако женщинам, которые по действующему национальному законодательству не могут претендовать на денежные пособия и медицинскую помощь, должна предоставляться соответствующая помощь за счет фондов общественного вспомоществования при условии проверки доходов этих женщин. Конвенция МОТ № 103 специально предусматривает, что медицинские услуги и денежные пособия – сфера деятельности системы обязательного страхования или же они финансируются за счет государственных средств. Эти издержки не должен нести каждый отдельный работодатель. Считается, что в случае исключительной ответственности работодателя за оказание таких услуг они неохотно бы брали на работу женщин детородного возраста, а это отрицательно отразилось бы на равном обращении в отношении мужчин и женщин.

По заключению экспертов МОТ, многие страны сталкиваются с трудностями при принятии решения о ратификации Конвенций 1919 и 1952 гг. об охране материнства в силу их излишне жесткого характера. В этой связи назрела необходимость в более гибком подходе при подготовке новой конвенции[847]. В повестку дня 87-й сессии Международной конференции труда, состоявшейся в июне 1999 г., был включен вопрос о пересмотре Конвенции №103 и сопровождающей ее Рекомендации № 95 об охране материнства. Принятию новой конвенции предшествовали процедура обсуждения, консультации с государствами – членами МОТ, организациями работодателей и трудящихся. Так, правительство США выразило готовность поддержать пересмотр конвенции, если новый акт послужит для администрации стран гибким руководством, более четко определяющим право женщин на собственный выбор. В случае необоснованного повышения этим документом роли государства в предоставлении обязательных льгот такой поддержки обещано не было. В ряде случаев при обсуждении положений будущей конвенции высказывались противоположные точки зрения. Так, Конфедерация ассоциации немецких предпринимателей подчеркивала, что при пересмотре актов следует остановиться на определении минимальных норм в сфере охраны материнства. Они должны быть сформулированы так, чтобы стать доступными для всех стран мира, прежде всего развивающихся. Позиция профсоюзов Моравии и Чехии иная: конвенцию нельзя строить на минимальных требованиях, поскольку она должна стать эталоном на первую половину XXI в.

Многие страны – члены МОТ поддержали необходимость повышения роли социальных партнеров в решении проблем по охране материнства. Предлагали закрепить в Конвенции основополагающие права по охране материнства, предоставив механизм их соблюдения на усмотрение национального законодательства и коллективных переговоров. По информации МОТ изучение практики стран показывает, что в ходе коллективных переговоров нередко устанавливаются более высокие нормативы продолжительности отпуска по беременности и родам и его оплаты по сравне-

[847] См. подробнее: Малютина Н.Н. Охрана материнства на производстве // Труд за рубежом. 1999. № 3. С. 57–72.

нию с международно-правовыми стандартами. В рекомендациях МОТ содержатся положения, выходящие за рамки минимальных норм, с тем чтобы ими могли руководствоваться страны, социальные партнеры, которые готовы расширять защиту женщин.

В 2000 г. МОТ приняла Конвенцию № 183 о защите материнства, пересмотревшую ряд положений Конвенции № 103 (не ратифицирована РФ). Новая конвенция увеличила продолжительность отпуска по беременности и родам до 14 недель и внесла изменение в формулировку запрещения увольнения женщины в период отпуска по беременности и родам. Такое увольнение не допускается, за исключением случаев, когда оно вызвано другими основаниями, нежели беременность, роды, кормление ребенка. Прекращение трудовых отношений допускается по основаниям, не связанным с беременностью или рождением ребенка и их последствиями или с кормлением грудного ребенка. Бремя доказывания справедливости увольнения возложено на работодателя. Конвенция № 183 обязывает государства принять меры к тому, чтобы беременность и роды не вели к дискриминации женщин в сфере занятости, в частности при приеме на работу. Это включает запрет на проведение теста на наличие беременности или требование предоставления справки об отсутствии беременности, если только национальное законодательство не запрещает прием на данную работу беременной женщины или кормящей матери либо если данная работа создает опасность для женщины или ребенка. По мнению ряда специалистов-международников, рассматриваемая Конвенция оценивается по сравнению с предыдущей неоднозначно. Отмечается «незначительное продвижение вперед, но в то же время и откат назад, потеря трудящимися уже завоеванного»[848]. Так, запрещение использования труда беременных женщин на тяжелых и вредных работах не предусматривается Конвенцией и излагается только в Рекомендации к ней. Аналогичная ситуация складывается и в отношении права на отпуск по уходу за ребенком. Все это свидетельствует о новой тенденции, упомянутой нами ранее, в международно-правовом регулировании трудовых отношений. Речь идет о разработке МОТ рамочных конвенций, со-

[848] См., например: Костин Л.А. Международная организация труда. М., 2002. С. 282.

держащих общие нормы и имеющих гибкий механизм их дополнения, обновления на основе приложений. Ратифицируя рамочную конвенцию, государства – члены МОТ должны будут согласиться с минимальным числом таких приложений к конвенции.

МОТ является форумом, где ведется социальный диалог на международном уровне. В рамках региональных соглашений государств также наметилась тенденция решения проблем труда и социальной защиты. Конвенции региональных международных организаций государств – это разновидность многосторонних международных договоров регионального характера с ограниченным числом участников.

Международные региональные акты в сфере социального обеспечения. Имеются в виду акты, принятые региональными организациями государств, например Советом Европы, Европейским Союзом, СНГ.

Совет Европы (СЕ) – одна из региональных европейских организаций, созданная в 1949 г., объединяющая более 40 государств, в том числе Российскую Федерацию. Совет Европы принял более 150 конвенций по правам человека, в том числе содержащих социально-трудовые стандарты. Среди них лидирующее место занимают конвенции Совета Европы «О защите прав человека и основных свобод» (ратифицирована РФ в 1998 г.), Европейская социальная хартия 1961 г. (в ред. 1996 г.) (подписана, но не ратифицирована Россией в 2000 г.[849]). Основные региональные европейские стандарты труда закреплены главным образом в этих двух актах. Социальная хартия является продолжением Европейской конвенции о правах человека в социальной сфере и в совокупности с ней гарантирует осуществление свыше 30 социальных прав. Как отмечается специалистами права социального обеспечения, Россия в настоящее время не в состоянии ратифицировать эту Хартию. Это обусловлено тем, что Хартия требует от ее участников соблюдения европейских стандартов по экономической и социальной защите прав человека, а выполнение этих требований для России в силу состояния ее социально-экономического развития, уровня жизни населения, системы га-

[849] СЗ РФ. 2000. № 20. Ст. 2118.

рантий социально-экономических прав пока в полной мере невозможно[850].

Соблюдение Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод призван обеспечить Европейский Суд по правам человека, его юрисдикция обязательна для государств – членов СЕ. Европейский Суд по правам человека рассматривает как межгосударственные споры, так и жалобы юридических и физических лиц о нарушении прав и свобод, закрепленных в конвенции, государством – участником СЕ, ратифицировавшим конвенцию. Возможность индивидуального обращения любого российского гражданина при исчерпании национальных средств судебной защиты в Европейский Суд по правам человека является уникальным международно-правовым механизмом защиты, в том числе социально-трудовых прав.

Соблюдение Европейской социальной хартии обеспечивается иным правовым механизмом. Государства, ратифицировавшие Европейскую социальную Хартию, обязаны один раз в два года направлять Генеральному секретарю Совета Европы доклад о применении хартии в национальном законодательстве. С жалобами на неудовлетворительное соблюдение Хартии могут обращаться национальные и международные организации профсоюзов и предпринимателей и другие международные неправительственные организации. Жалоба рассматривается Комитетом независимых экспертов. В отличие от Европейского Суда процедура индивидуальных жалоб не предусмотрена и решение по результатам рассмотрения жалоб, которое носит характер рекомендации соответствующему государству, принимает Комитет министров Совета Европы.

Европейская социальная хартия включает наиболее широкий (из имеющихся в настоящее время в международных актах) набор основных социальных прав и устанавливает обязательства государств по осуществлению этих прав. Как отмечал И.Я. Киселев, «хартию можно рассматривать как важный документ международного права, осуществивший синтез основных трудовых прав для европейских государств и установивший определенную

[850] Право социального обеспечения / Под ред. М.В. Филипповой. М., 2006. С. 130.

планку в отношении уровня защитных функций трудового права, ниже которой не может опускаться ни одна цивилизованная европейская страна, признающая демократию и социальные ценности и идеалы»[851]. Аналогичный вывод можно сделать и в отношении социально-обеспечительных прав.

В Европейской социальной хартии содержится «широкий» подход к определению социальных прав и социальной защиты. Под социальной защитой подразумевается не только система защиты граждан от социальных рисков (безработица, болезнь, старость, утрата кормильца), но и обеспечение жизнедеятельности граждан в широком смысле, включая и социальную интеграцию, получение образования, охрану здоровья, обеспечение жильем, оказание социального обслуживания[852]. Таким образом, система социальной защиты населения объединяет активные формы социального обеспечения (социальное страхование) и пассивные (государственная социальная помощь). В основе первой лежат принципы социального партнерства (трипартизма или бипартизма) в формировании источников социального страхования, управлении социально-страховыми фондами. Вторая основана на принципах социальной справедливости и солидарной ответственности общества, предоставления государственной социальной помощи всем нуждающимся лицам. Однако на рубеже веков явно наметилась тенденция перехода в организации социальной помощи государством от формулы «welfare» (всеобщей безусловной государственной помощи нуждающимся) к «workfare» (предоставление социальной помощи при условии включения лица в социальные интеграционные программы). Иными словами, речь идет о переходе от патерналистской политики государственного вспомоществования к интеграционной социальной политике, предполагающей встречные усилия и обязательства со стороны гражданина в поиске работы, профессиональном переобучении, участии в общественных работах и т.д. В кон-

---

[851] Киселев И.Я. Трудовые стандарты Совета Европы // Труд за рубежом. 1999. № 4. С. 115.

[852] См.: Исаченко Т.М. Социальная политика Европейского Союза: опыт развития // Труд за рубежом. 1999. № 1. С. 84–96; Чубарова Т.В., Исаченко Т.М. Европейский Союз и проблемы социальной защиты населения стран-участниц // Труд за рубежом. 2000. № 3. С. 83–105.

тексте нашего исследования отметим, что Европейская социальная хартия предусматривает следующие права:

1) право на социальное обеспечение всех трудящихся и их иждивенцев. Государства обязуются установить и поддерживать систему социального обеспечения на удовлетворительном уровне, по крайней мере достаточном для ратификации Европейского кодекса социального обеспечения, стремиться последовательно совершенствовать систему социального обеспечения. Государства также обязуются принять меры по обеспечению равенства граждан в области социального обеспечения в случае миграции работников из одной страны в другую (ч. II, ст. 12) Социальная хартия предусматривает, что каждый престарелый имеет право на социальную защиту;

2) Право на медицинскую и социальную помощь каждого человека, не имеющего достаточных материальных средств. Государства должны предусмотреть, чтобы каждый мог получить через посредство соответствующих государственных и частных служб такой совет и личную помощь, какие необходимы, чтобы предотвратить, ликвидировать или облегчить личную или семейную нужду (ч. II, ст. 13);

3) право пользоваться услугами социальных служб. В целях обеспечения названного права государства обязуются содействовать деятельности или созданию служб, которые, используя методы социальной работы, способствовали бы благосостоянию и развитию как отдельных лиц, так и групп в обществе, а также их адаптации к социальной среде (ч. II, ст. 14);

4) право на защиту от нищеты и социального отторжения, которое обеспечивается путем облегчения этим лицам доступа к занятости, жилью, профессиональной подготовке, образованию, культуре, а также социальной и медицинской помощи (ч. II, ст. 30);

5) право на социальную, юридическую и экономическую защиту семьи, детей, молодых людей. Государства обязуются содействовать экономической, юридической и социальной защите семейной жизни путем выплаты семейных пособий, налоговых льгот, строительства семейного жилья, пособий для новобрачных и иных подходящих мер (ч. II, ст. 16);

6) право лиц с физическими и умственными недостатками на независимость, социальную интеграцию и участие в жизни общества (ч. II, ст. 15);

7) право лиц пожилого возраста на социальную защиту. В целях содействия осуществлению этого права государства обязуются принимать и поощрять непосредственно или в сотрудничестве с государственными и частными организациями меры, направленные на то, чтобы дать пожилым людям возможность как можно дольше оставаться полноценными членами общества, свободно выбирать свой образ жизни и вести независимое существование в привычной для них обстановке, пока они желают и могут делать это (часть II, ст.23);

8) право работников-мигрантов и их семей на защиту и помощь (ч. II, ст. 19);

9) право на жилье, которое обеспечивается в том числе и обязательствами государства сделать цену на жилье доступной для людей, не имеющих достаточных средств (ч. II, ст. 31).

Социальная хартия предусматривает, что закрепленные в ней права не могут быть объектом ограничений, не предусмотренных в самой хартии. Исключения могут устанавливаться национальным законодательством в целях защиты прав и свобод других лиц, общественных интересов, национальной безопасности, общественного здоровья и морали. В рассматриваемом международном акте особо подчеркивается, что государства обязуются обеспечить, чтобы социальная и медицинская помощь не вела бы к сокращению политических и социальных прав лиц, ее получающих (ч. II, ст. 13).

Здесь же следует сказать хотя бы несколько слов о Европейском кодексе социального обеспечения, который разрабатывался в сотрудничестве с МОТ на основе Конвенции МОТ № 102 «О минимальных нормах социального обеспечения» (1952). Этот Кодекс (1990 г.) определяет минимальный уровень защиты, который договаривающиеся государства обязаны предоставлять в связи с материнством, содержанием детей, инвалидностью, старостью и т.д. Первыми этот кодекс ратифицировали 13 государств, в том числе Австрия, Бельгия, Германия, Италия, Норвегия, Финляндия, Швеция и др.

Европейский союз (ЕС) – это региональная организация, возникшая в результате интеграционных процессов, произошедших в Европе после Второй мировой войны. В Римском договоре 1957 г. о создании Европейского экономического сообщества (ЕЭС) были определены рамки правотворческой деятельности ЕЭС в сфере трудовых отношений. В числе важнейших целей Римский договор провозгласил сближение законодательства государств – членов ЕЭС. Важным шагом в реализации идеи европейской интеграции стал Маастрихтский договор 1992 г., закрепивший создание ЕС. Данным договором предусматривалась унификация различных правовых систем и международного права, в том числе в сфере регулирования трудовых и социально-обеспечительных отношений государств – членов ЕС[853]. Согласно этому договору скоординированная социальная политика в ЕС «имеет своей задачей…содействовать повсеместно в Сообществе… достижению высокого уровня занятости, социальной защиты, равноправию мужчин и женщин… повышению жизненного уровня и качества жизни». Социальная сфера является предметом совместного ведения Европейского сообщества и государств-членов[854].

Финансовое обеспечение мероприятий Сообщества в социальной сфере возложено на бюджет, а также специальные структурные фонды Сообщества, среди которых ключевую роль играет Европейский социальный фонд. Разработка и осуществление мероприятий социальной политики ЕС является задачей трех институтов Сообщества – Совета, Европейского Парламента, принимающих нормативные акты в социальной сфере, и Комиссий и Комитетов, например, Комитета социальной защиты, имеющий консультативный статус[855].

Отметим, что в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве России и Европейского Союза (1994 г.) в качестве обязательного условия сотрудничества выдвигается сближение и гармонизация

---

[853] См.: Источники трудового права Европейского Союза. Бюллетень. Вып. 1 / Под ред. В.М. Лебедева. Томск, 2005.

[854] См.: Трудовое и социальное право Европейского Союза. Документы и материалы. М., 2005. С. 14.

[855] См. подробнее: Право Европейского Союза / Под ред. С.Ю. Кашкина. М., 2002.

законодательства РФ и ЕС (ст. 55). Это соглашение имеет большое значение для развития российского права социального обеспечения.

Особое место в системе источников ЕС занимает Хартия Европейского сообщества об основных социальных правах трудящихся (1989). Несмотря на то, что Хартия носит характер декларации, она имеет принципиальное значение, так как определяет базу для дальнейшего развития трудового и социального законодательства ЕС. В ней изложены основополагающие трудовые и социальные права, в этой части она полностью созвучна с рассмотренной нами ранее Европейской социальной хартией.

Нормативные акты ЕС в сфере труда и социальной защиты принимаются в соответствии с принципом субсидиарности, т.е. по тем вопросам, которые предполагают общие нормы (стандарты) правового регулирования социально-трудовых отношений в рамках сообщества (например, трудоправовые нормы о свободном передвижении работников внутри сообщества). Европейское трудовое право и право социального обеспечения как унифицированное международное региональное социальное право ЕС включает часть общую (первичное право) и особенную (вторичное право). Общую часть составляют Договор о создании ЕС и иные учредительные документы. Эти первичные нормы представляют собой «самоисполнимый закон», они непосредственно регулируют трудовые и социально-обеспечительные отношения в странах ЕС и не нуждаются в имплементации. Более того, они имеют приоритет по отношению к национальному праву стран-членов ЕС. Особенная часть (вторичное право) включает регламенты, директивы и рекомендации, которые издаются органами ЕС на основе «первичного права».

Регламенты – это нормативные акты, которые имеют прямое действие и приоритет в ЕС. Регламенты действуют наряду с внутренним законодательством государств-членов. Это акты унификации национального права, аналогичные по своей юридической силе законам.

Директивы – это также нормативные акты, но, как правило, предполагается их имплементация, так как каждое государство определяет способы и средства осуществления предписаний директив. Директива – это средство гармонизации законодательства

государств-членов, она содержит «модельные» нормы права. Директиве обычно корреспондирует акт национального законодательства, имплементирующий ее положения.

Рекомендации, резолюции представляют собой предложения руководящих органов ЕС, которые адресуются государствам-членам, но не обязательны для них.

Принципы равенства и запрета дискриминации являются одними из основных принципов функционирования ЕС (ст. 12, 13 Договора о ЕС). Важной гарантией принципа равенства мужчин и женщин в профессиональной сфере является распространение принципа равенства полов на системы социальной защиты. Этому посвящена Директива Совета 79/7/ ЕЭС от 19 декабря 1979 г. о поступательной имплементации принципа равенства мужчин и женщин в сфере социальной защиты. Эта Директива применяется к системам социального обеспечения и социальной помощи по основаниям болезни, инвалидности, старости, трудового увечья или профессионального заболевания, безработицы. Документ предписывает устранить любую дискриминацию в том, что касается применения систем социального обеспечения и условий доступа к ним, обязанностей по уплате взносов и определения их размера, а также определения размера социальных выплат, сроков и условий их сохранения. Директивой Совета 86/378/ ЕЭС от 24 июля 1986 г. «Об имплементации принципа равенства мужчин и женщин в системах трудовой социальной защиты» принцип равенства мужчин и женщин был распространен на пенсионное обеспечение. В свою очередь Директива Совета 86/613/ ЕЭС от 11 декабря 1986 г. «О применении принципа равенства между мужчинами и женщинами, занятыми в том числе в сельском хозяйстве, в качестве лица свободной профессии, а также защите лиц свободных профессий женского пола в течение беременности и материнства» распространила рассматриваемый принцип на лиц свободных профессий. В 1992 г. была принята Директива 92/85/ЕЭС о введении мер, содействующих улучшению безопасности и здоровья беременных работниц, которая установила минимальный размер пособий и компенсаций данной категории работников (не менее пособия по временной нетрудоспособности).

Однако следует отметить, что в связи с формированием экономического и валютного союза и подписанием 18 июля 2004 г.

Конституционного договора ЕС проводится интеграционная политика в социально-трудовой сфере. Предполагается, что унификация национальных типов развития приведет к возникновению некой интеграционной европейской модели, которая будет носить социально ориентированный характер. Этот курс был объявлен еще в 1992 г. в Маастрихтском договоре и получил развитие в решениях Амстердамского саммита ЕС (1997 г.). Как отмечается в литературе, совершенно очевидно, что эта европейская модель будет строиться на основе усредненных показателей. В настоящее время, если Северная Европа представляет самый высокий уровень социальной защищенности, то Южная Европа – минимальный в масштабах ЕС[856]. Более того, страны ЕС переходят на принципиально иную систему социальной защиты семьи, краеугольным камнем которой станет не раздача социальных пособий, а содействие в трудоустройстве, т.е. оказание помощи в повышении квалификации, поиске работы, интеграции (реинтеграции) в рынок труда.

Создание координированной системы социального обеспечения предполагает и наличие единых координирующих органов. В ЕС таковыми являются два общеевропейских органа: это Административная комиссия ЕС по социальному обеспечению и Консультативный трехсторонний комитет по социальному обеспечению трудящихся-мигрантов. При этом принцип равенства прав и запрета дискриминации в сфере труда и социальной защиты является определяющим в деятельности названных органов. Например, скоординированная общеевропейская система социальной защиты для мигрантов основывается на трех постулатах: 1) равенстве прав на получение материального вознаграждения между выходцами из стран ЕС и гражданами страны пребывания; 2) возможности суммирования страхового стажа, накопленного одним человеком в разных странах ЕС; 3) возможности перевода социальных пособий из одной страны ЕС в другую[857].

---

[856] См.: Антропов В.В. Проблемы занятости и социальной защиты женщин в странах Евросоюза // Труд за рубежом. 2006. № 1. С. 39.

[857] См.: Рочко А.В. Координирование систем социальной защиты граждан в ЕС // Труд за рубежом. 1994. № 1. С. 5–12.

В настоящее время в европейских странах идет интенсивный процесс переосмысления традиционных подходов к государственному регулированию социальной сферы. Ранее, в «золотое тридцатилетие» послевоенного экономического процветания «государства всеобщего благоденствия», стабильность систем социальной защиты развитых государств базировалась на механизме социально-страховой солидарности и обеспечения государством всем жителям страны минимального социального дохода. В XXI в. условиях демографических изменений (старение населения, снижение рождаемости), распада семейных связей (утрата семейного содержания), возрастания мобильности людей идет процесс индивидуализации не только трудовых, но и социально-обеспечительных отношений. В этой связи общей тенденцией для стран ЕС является переосмысление традиционных подходов к государственному регулированию социальной сферы и намерение европейских стран ее реформировать посредством перевода части функций социальной защиты населения в сектор добровольного или коллективного социального страхования. Однако при этом государство не отказывается от обязанности по обеспечению населения необходимыми социальными гарантиями[858].

Содружество Независимых Государств (СНГ) – региональное объединение 12 стран Европы и Азии – республик бывшего Советского Союза. К сожалению, в отличие от ЕС этой международной региональной организации не удалось стать эффективным наднациональным органом, унифицирующим социальное законодательство государств.

Международные акты СНГ можно подразделить на две категории. Первую составляют акты, устанавливающие единые стандарты в отдельных сферах социального обеспечения. Эти акты призваны обеспечить унификацию социального законодательства стран-участниц. Это, прежде всего, Конвенция о правах и основных свободах человека (ратифицирована в 1995 г.)[859], Соглашение «О сотрудничестве в решении проблем инвалидности и инвалидов» (1996 г.), так называемые модельные акты «Об индекса-

[858] См.: Антропов В.В. Социальная защита в странах ЕС: современные тенденции, проблемы, перспективы // Труд за рубежом. 2005. № 4. С. 47–57.

[859] СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4239.

ции доходов населения» (1998 г.), «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний (1998 г.), «Об основных гарантиях прав ребенка в государстве» (1999 г.), «Об основах социального обслуживания населения» (2002 г.).

Вторую группу международных актов СНГ составляют соглашения, содержащие коллизионные предписания, направленные на сохранение приобретенных социально-обеспечительных прав, их взаимного признания или приобретения новых социально-обеспечительных прав. Это довольно широкий перечень соглашений, таких, как «О гарантиях прав граждан государств – участников СНГ в области пенсионного обеспечения» (1992 г.); «О порядке пенсионного обеспечения военнослужащих и их семей и государственного страхования военнослужащих государств – участников СНГ» (1992 г.); «О порядке пенсионного обеспечения военнослужащих пограничных войск, членов их семей и государственного страхования военнослужащих пограничных войск государств – участников СНГ» (1992 г.); «О взаимном признании льгот и гарантий для участников и инвалидов Великой Отечественной войны, участников боевых действий на территории других государств, семей погибших военнослужащих» (1994 г.); «О гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов» (1994 г.); «О взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей» (1994 г.) и др.

Двусторонние договоры в сфере социального обеспечения. Такие договоры также подразделяются на виды. Одни из них посвящены вопросам сотрудничества государств в социальной сфере, такие договоры заключены нашим государством (СССР, затем РФ) с Румынией (1960 г.), Венгрией (1962 г.), Монголией (1981 г.), Испанией (1994 г.) и др. В других международных договорах регламентируются вопросы социального обеспечения отдельных категорий граждан либо отдельные виды социального обеспечения. Имеются в виду договоры между Россией и Эстонией (1994 г.), Россией и Латвией (1994 г.) о предоставлении гарантий пенсионерам из числа военнослужащих, договоры о пен-

сионном обеспечении России с Грузией (1994 г.), Украиной (1996 г.) и др. Наиболее полным по содержанию с точки зрения гарантий права на социальное обеспечение является Договор между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о сотрудничестве в области социального обеспечения (24 января 2006 г.)[860] Этот договор регулирует государственное социальное обеспечение, обязательное (государственное) социальное страхование и обязательное страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний лиц, проживающих на территориях договаривающихся сторон и являющихся их гражданами, а также членов семей этих лиц, подпадавших или подпадающих под действие законодательства договаривающихся сторон. Этот договор охватывает следующие виды социального обеспечения: 1) пособия по временной нетрудоспособности и материнству; 2) пособия по безработице; 3) трудовые пенсии по возрасту (по старости), инвалидности, по случаю потери кормильца, за выслугу лет (в Республике Беларусь) и социальные пенсии; 4) пособия в случае трудового увечья или профессионального заболевания; 5) пособия для семей с детьми; 6) пособия на погребение. Между тем договор не распространяется на военнослужащих вооруженных сил, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел, членов их семей, других лиц, приравненных к указанным военнослужащим в части пенсионного обеспечения, а также на государственных гражданских служащих в Российской Федерации и государственных служащих в Республике Беларусь.

Коллизионные нормативные предписания международного права социального обеспечения

Нормы международного права социального обеспечения по своей регулятивной функции можно разделить на материально-правовые и коллизионные. Коллизионные нормативные предписания содержатся как в специальных международных конвенциях, регламентирующих порядок сохранения прав в области социального обеспечения (например, Конвенция МОТ № 157 «О сохранении прав в области социального обеспечения» (1982 г.), №118 «О равноправии в области социального обеспечения» (1962 г.)), так и в отдельных двусторонних международных дого-

[860] Бюллетень международных договоров. 2007. № 6.

ворах. Коллизионные нормативные предписания призваны решить вопрос, какими материально-правовыми нормами (какого государства) регулируются те или иные социально-обеспечительные отношения, которые осложнены иностранным элементом. Иными словами, предметом правового регулирования международного коллизионного права являются социально-обеспечительные отношения, осложненные иностранным элементом. В международных социально-обеспечительных отношениях иностранный элемент может присутствовать как в субъектном составе (иммигрант, иностранный гражданин, лицо без гражданства), так и в объекте (трудовая деятельность осуществляется за границей, переезд лица на постоянное место жительства в другое государство). Коллизионная норма позволяет решить вопрос, законодательство какого государства подлежит применению при назначении и выплате пенсий, социальных пособий трудящимся-мигрантам, лицам, проживающим вне территории государства, по законодательству которого назначен тот или иной вид социального обеспечения и т.д. Этот вопрос разрешается с помощью специальных «коллизионных привязок»: закон места жительства, закон места работы, выбор юрисдикции по усмотрению заявителя и др.

В теории международного частного права в зависимости от способа создания коллизионные нормы разделяются на две категории: национальные, т.е. созданные в рамках национального права отдельным государством самостоятельно и применяющиеся в одностороннем порядке, и собственно международные, разработанные в процессе сотрудничества (соглашения) двух и нескольких государств. Примером первого случая может служить норма Федерального закона «О трудовых пенсиях» (2001 г.), которая предусматривает, что иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие в РФ, имеют право на трудовую пенсию наравне с гражданами РФ, за исключением случаев, установленных федеральным законом или международным договором. Периоды работы и (или) иной деятельности за пределами РФ включаются в страховой стаж в случаях, предусмотренных законодательством РФ или международными договорами, либо в случае добровольной уплаты страховых взносов. Между тем, если имеется соответствующий ратифицированный международный договор, то именно он подлежит применению.

В международных нормативных актах о социальном обеспечении предусматриваются три основных правовых режима сохранения прав в области социального обеспечения:

1) режим (национальный режим, режим равенства), основанный на коллизионной привязке «постоянное место жительства»;

2) режим, основанный на коллизионной привязке «место работы, место уплаты социально-страховых взносов». Он предусматривает взаимные пропорциональные финансовые расчеты или расчеты страхового стажа по законодательству каждого государства-стороны договора с последующим их суммированием (накоплением);

3) режим, основанный на коллизионной привязке «применение законодательства по выбору заявителя».

Первый из названных режимов означает применение национального законодательства о социальном обеспечении в отношении всех лиц (граждан, иностранных граждан, лиц без гражданства), законно пребывающих на территории данного государства на равных условиях. Этот режим является универсальным, он применим как при назначении и выплате долговременных социальных пособий, пенсий страхового характера (социально-страховые выплаты), так и краткосрочных социально-обеспечительных выплат (так называемые «безвзносные пособия»), а равно в медицинском обслуживании. Так, в Европейской социальной хартии (ст. 13) содержится коллизионная норма, согласно которой стороны обязуются обеспечить *любому лицу,* которое не имеет достаточных средств к существованию и которое не в состоянии ни добыть их своими собственными усилиями, ни получить их из других источников, предоставление соответствующей социальной помощи, а в случае болезни – уход, необходимый в его состоянии. Таким образом, социальная помощь и необходимое медицинское обслуживание предоставляется государством на равных началах своим гражданам и гражданам других государств-участников Хартии, которые законно находятся на территории соответствующего государства.

В Соглашении между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о порядке оказания медицинской помощи (24 января 2006 г.) установлен дифференцированный национальный режим в зависимости от времени пребывания на территории

другого государства-стороны соглашения и причины пребывания. Граждане договаривающихся сторон, постоянно проживающие либо временно работающие на территории одной из сторон договора, имеют равные права на получение медицинской помощи, включая бесплатное лечение в государственных учреждениях здравоохранения. Для временно проживающих на территории другого государства также предусмотрены равные права на медицинскую помощь, но в ограниченном объеме: получение скорой медицинской помощи и медицинской помощи в случае возникновения у таких лиц в период пребывания в этом государстве социально опасных заболеваний.

Национальный режим положен в основу Соглашения «О гарантиях прав граждан государств-участников СНГ в области пенсионного обеспечения» (1992 г.), в соответствии с которым пенсионное обеспечение (в том числе порядок исчисления трудового стажа) граждан, работавших на территории другой страны-участника соглашения, производится по законодательству страны проживания. Пенсионное обеспечение в этом случае осуществляется по законодательству и за счет средств государства, на территории которого они постоянно проживают. Иными словами, коллизионной привязкой признается «постоянное место жительства». Взаимные расчеты между государствами не производятся, если иное не установлено двусторонними соглашениями. При назначении пенсии учитывается трудовой стаж, приобретенный на территории любого из государств СНГ, а также на территории бывшего СССР за время до вступления в силу данного Соглашения. При переселении пенсионера в пределах государств-участников соглашения выплата пенсии по прежнему месту жительства прекращается, если пенсия того же вида предусмотрена законодательством государства по новому месту жительства.

Между тем в специальных исследованиях многими авторами отмечается появление в настоящее время проблем, связанных с односторонним отказом участников данного Соглашения от обязательств. Это во многом вызвано различными способами и временными рамками проведения пенсионных реформ в государствах СНГ. Названное Соглашение не разрешает коллизий, появившихся в национальных правовых системах в связи с введением накопительных частей пенсий и исчислением страхо-

вого стажа как времени уплаты страховых взносов и др. В ряде случаев принятые в отдельных странах СНГ пенсионные законы фактически поставили в разряд неисполнимых рассматриваемое международное соглашение[861]. Это далеко не весь перечень проблем применения этого международного акта[862].

Эти проблемы разрешаются в рамках иного режима, основанного на коллизионной привязке «места работы, места уплаты страховых взносов». Он означает применение законодательства о социальном обеспечении сторон международного договора в зависимости от времени (продолжительности) трудовой деятельности, уплаты страховых взносов на территории каждого государства. Он характерен в основном для социально-страховых пособий, выплат из общественных (государственных) фондов социального обеспечения.

Отметим, что в актах МОТ устанавливаются коллизионные правила, основанные на сочетании рассматриваемых режимов приобретения, сохранения и возобновления социально-обеспечительных прав. Так, Конвенция МОТ №102 «О минимальных нормах социального обеспечения» закрепляет равенство обращения с лицами, не являющимися гражданами страны проживания. Однако в этой Конвенции предусматриваются исключения в отношении лиц, не являющихся гражданами данной страны, в том случае, если пособия или части пособия выплачиваются из государственных фондов.

Конвенция (пересмотренная) № 97 «О трудящихся-мигрантах» (1949 г.) предусматривает, что члены МОТ, ратифицировавшие Конвенцию, обязуются предоставлять без дискриминации мигрантам, законно пребывающим на его территории, условия не менее благоприятные, чем те, которыми пользуются его собст-

---

[861] См.: Межибовская И.В. Международное сотрудничество Российской Федерации и Республики Казахстан в сфере социального обеспечения: современные тенденции и перспективы развития // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения. М., 2007. С. 670–679.

[862] См. подробнее: Васильева Ю.В. Пенсионное право Российской Федерации. Пермь, 2006. С. 53–55; Федорова М.Ю. Международные стандарты социального обеспечения // Российский ежегодник трудового права. 2005. № 1. С. 518–519 и др.

венные граждане в отношении социального обеспечения. Однако допускается существование иных коллизионных правил. Во-первых, законодательство страны иммиграции может предписать особые положения относительно пособий, покрываемых полностью из общественных фондов, и пособий, выплачиваемых лицам, не отвечающим условиям для получения нормальной пенсии. Например, по законодательству Финляндии разрешается перевод пособий (сохранение права на получение этих пособий) как гражданам страны, так и трудящимся-мигрантам, но только в отношении долгосрочных пособий (пособия по старости, по инвалидности, по случаю потери кормильца, в связи с производственной травмой). Во многих странах существуют ограничения по переводу за границу пособий по безработице. Во-вторых, могут приниматься особые соглашения для сохранения уже приобретенных прав или прав, находящихся в процессе приобретения. Например, в Договоре между Россией и Королевством Испании (11 апреля 1994 г.) устанавливается, что каждая договаривающаяся сторона исчисляет и выплачивает часть пенсии, соответствующую страховому или трудовому стажу, приобретенному на ее территории, а в случае, если сумма пособий, выплачиваемых сторонами, не достигнет минимального размера, установленного в стране проживания, то эта страна выплачивает ему и разницу, гарантирующую указанный минимум.

В Европейской социальной хартии (ст. 12) также предусматривается коллизионная норма о предоставлении, сохранении и возобновлении права в области социального обеспечения в случае миграции работников из одной страны в другую путем аккумуляции страхового или трудового стажа в соответствии с законодательством каждой из сторон на основе двусторонних и многосторонних договоров.

Конвенция МОТ № 157 «О сохранении прав в области социального обеспечения» (1982 г.) и одноименная Рекомендация (1983 г.) составляют основу международной системы сохранения приобретенных прав для трудящихся, которые переезжают на постоянное место жительства из одной страны в другую страну, перевода социально-обеспечительных пособий за границу. В соответствии с этой Конвенцией государства-члены МОТ, ратифицировавшие Конвенцию, принимают на себя обязательства по

сохранению приобретенных прав только в отношении долговременных выплат, т.е. выплат, финансируемых за счет страховых взносов, за исключением специальных систем выплат жертвам войны, социальной и медицинской помощи. С помощью двусторонних договоров государства устанавливают правила суммирования периодов, дающих право на пособия по системам социального обеспечения, и порядок пропорционального распределения, связанных с выплатами расходов между государствами, а также правила возмещения государствами взаимных расходов по выплате пенсий и пособий. Если законодательством разных стран предусмотрена выплата одного и того же пособия в конкретном случае, но установлен разный механизм его исчисления, Конвенция содержит норму о назначении более высокого по размеру пособия. Также Конвенция устанавливает гарантии выплаты пенсии, пособия в размере, не ниже минимального, предусмотренного в стране «постоянного проживания», при суммировании периодов страхования в разных странах.

Что касается краткосрочных (нестраховых выплат), то в соответствии с данной Конвенцией государства лишь «стремятся принимать участие в системе сохранения прав, приобретенных на основании их законодательства» в отношении медицинского обслуживания, пособий по болезни, по безработице, семейных пособий. Эти вопросы государства решают на основании двусторонних международных договоров, юридических консультаций, взаимных расчетов[863].

В завершение анализа международного коллизионного права обратимся к рассмотрению Договора между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о сотрудничестве в области социального обеспечения (24 января 2006 г.), который содержит широкий спектр коллизионных нормативных предписаний, охватывающий все из перечисленных нами режимов. Так, в отношении назначения и выплаты социальных пенсий, семейных пособий на детей, пособий по безработице устанавливается принцип применения законодательства страны проживания (места жительства). В отношении страховых социально-обеспечительных выплат об-

[863] См. подробнее: Мачульская Е.Е., Горбачева Ж.А. Право социального обеспечения. М., 2000. С. 265–272.

щим правилом является применение к застрахованным лицам законодательства того государства-участника соглашения, на территории которого выполнялась работа. Из этого общего правила предусмотрены исключения, возможность применения иных коллизионных привязок. Например, если работодатель застрахованного лица зарегистрирован на территории другого государства-стороны договора, то к застрахованному лицу применяется законодательство о социальном обеспечении этого другого государства или законодательство «места работы» лица по выбору застрахованного. На членов экипажа судна распространяется законодательство той договаривающейся стороны, под флагом которой судно совершает плавание.

Порядок назначения социально-страховых выплат основан на признании и суммировании страхового стажа, приобретенного на территориях договаривающихся государств. Так, для установления права на пособия по временной нетрудоспособности и материнству, а также определения их размера полностью учитывается страховой (трудовой) стаж, приобретенный в связи с трудовой деятельностью на территориях обеих сторон. Эти пособия назначаются и выплачиваются согласно законодательству и за счет средств той договаривающейся стороны, законодательство которой распространялось на застрахованного в период осуществления им трудовой деятельности.

Сведения об авторах

Лушников Андрей Михайлович, доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права юридического факультета Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова (ЯрГУ). Специалист в области теории и истории трудового права и права социального обеспечения, автор свыше ста пятидесяти научных и учебно-методических публикаций, в числе которых монографии: «Становление и развитие науки трудового права и науки права социального обеспечения в России (вторая половина XIX – начало XX в.)». Ярославль: ЯГПУ, 2001; «Наука трудового права России: историко-правовой очерк в лицах и событиях». М.: Проспект, 2003; «Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование)». Ярославль: ЯрГУ, 2001 (в соавт.), «Курс трудового права»: В 2 т. Т. 1 М.: Проспект, 2003; Т. 2. М.: Проспект, 2004 (в соавт.), «Очерки теории трудового права». СПб.: Юридический центр Пресс, 2006 (в соавт.), «Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов». М.: Проспект, 2006 (в соавт.), «Курс права социального обеспечения». М.: Юстицинформ, 2008 (в соавт). Член квалификационной коллегии судей Ярославской области.

В сфере его научных интересов находятся общие проблемы истории науки и образования, а также военной истории России. Автором по этой проблеме издан цикл книг: «Советский Союз в период Второй мировой войны» Ярославль, 1993 (в соавт.); «Армия, государство и общество». Ярославль, 1996; «Советская военная школа в 1921 – 1941 гг.: социально-политические аспекты развития». Ярославль, 1997; «Государственная политика России в области образования в 1861 – 1917 гг.». Ярославль, 1999; «Реформы и контрреформы в России (XIX – начало XX в.)». Ярославль, 2000 и др. Является академиком Академии военно-исторических наук.

Лушникова Марина Владимировна, доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права ЯрГУ. Является специалистом по трудовому праву и праву социального обеспечения, автор свыше ста шестидесяти научных и учебно-методических публикаций, в числе которых монографии: «Государство, работодатели и работники: история, теория и практика правового механизма социального партнерства (сравнительно-правовое исследование)». Ярославль: Подати, 1997; «Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование)». Ярославль: ЯрГУ, 2001 (в соавт.); Курс трудового права: В 2 т. Т. 1. М.: Проспект, 2003; Т. 2. М.: Проспект, 2004 (в соавт.); «Очерки теории трудового права». СПб.: Юридический центр Пресс, 2006 (в соавт.), «Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов». М.: Проспект, 2006 (в соавт.), «Курс права социального обеспечения» М.: Юстицинформ, 2008 (в соавт)., а также учебных пособий «Трудовые споры в СССР». Ярославль, 1991; «Право социального обеспечения. Общая часть». Ярославль, 1997 и др.

В сфере ее научных интересов находятся также проблемы финансового права, по которым издан ряд книг: «Налоговое право. Часть общая». Ярославль, 1998; «Правовой механизм налогового планирования». Ярославль, 1999; «Правовые основы налоговой системы: теория и практика». Ярославль, 2000; «Финансовое право: бюджетное, эмиссионное и валютное законодательство». Ярославль, 2004; «Налоги юридических лиц». Ярославль, 2005 и др. Член научно-консультативного совета арбитражного суда Ярославской области.

Тарусина Надежда Николаевна, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса, декан юридического факультета Ярославского государственного университета им. П.Г.Демидова (ЯрГУ) с 1991 года, Заслуженный юрист РФ. Окончила ЯрГУ в 1975 году (первый выпуск специальности «Правоведение»), заочную аспирантуру Ленинградского (Санкт-Петербургского) государственного университета (научный руководитель – д-р юрид. наук, профессор Н.А. Чечина). Специалист в области гражданского процесса и семейного права. Тема дис-

сертации: «Спор о праве семейном в советском гражданском процессе».

Автор свыше 100 научных и учебно-методических трудов, в том числе 7 учебных пособий (3 – в соавт.) и 4 монографий («Очерки теории российского семейного права». Ярославль: ЯрГУ, 1999; «Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений: история, теория и практика (сравнительно-правовое исследование)». Ярославль: ЯрГУ, 2001 (в соавт.); «Вопросы теории семейного права и гражданского процесса». М.: Проспект, 2001, «Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов». М.: Проспект, 2006 (в соавт.)

Учебное издание

Лушников Андрей Михайлович
Лушникова Марина Владимировна
Тарусина Надежда Николаевна

Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения

(цивилистическое исследование)

Учебное пособие

Редактор, корректор В.Н. Чулкова
Компьютерная верстка И.Н. Ивановой

Подписано в печать 25.12.2007. Формат 60x84/16. Бумага тип.
Усл. печ. л. 25,04. Уч.-изд. л. 22,09. Тираж 250 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен
в редакционно-издательском отделе ЯрГУ.

Ярославский государственный университет
150000 Ярославль, ул. Советская, 14

Отпечатано
ООО «Ремдер» ЛР ИД № 06151 от 26.10.2001.
г. Ярославль, пр. Октября, 94, оф. 37
тел. (4852) 73-35-03, 58-03-48, факс 58-03-49.