

Министерство образования и науки Российской Федерации
Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова

Серия
«Ярославская юридическая школа
начала XXI века»



Вестник трудового права и права социального обеспечения

Выпуск 5

**Оптимизация межотраслевых связей
трудового права и права
социального обеспечения**

Ярославль 2010

УДК 340.2
ББК Х 623я43
В 38

Серия основана в 2000 году

*Рекомендовано
редакционно-издательским советом университета
в качестве научного издания. План 2010/2011 учебного года*

Вестник трудового права и права социального обеспечения: сб. науч. тр. Вып. 5: Оптимизация межотраслевых связей трудового права и права социального обеспечения / под ред. А. М. Лушниковой, М. В. Лушниковой; Яросл. гос. ун-т им. П. Г. Демидова. – Ярославль : ЯрГУ, 2010. – 172 с. – (Серия «Ярославская юридическая школа начала XXI века»).

Настоящий тематический сборник продолжает традиции периодических научных публикаций Демидовского юридического лица. Сборник включает две части. В первой из них рассматриваются теория и практика оптимизации межотраслевых связей трудового права и права социального обеспечения. Во второй части представлены рецензии на научные и учебные издания по трудовому праву и праву социального обеспечения, опубликованные в 2008–2010 гг.

Предназначен для преподавателей, магистров, аспирантов и студентов юридических вузов и юридических факультетов университетов, а также для практических работников-юристов. Он адресован всем, кто интересуется проблемами трудового права и права социального обеспечения.

УДК 340.2
ББК Х623я43

© Ярославский
государственный
университет
им. П. Г. Демидова, 2010

Содержание

Часть 1. Оптимизация межотраслевых связей трудового права и права социального обеспечения: теория и практика

Лушникова М. В., Лушников А. М. Учение о системном межотраслевом взаимодействии трудового права, права социального обеспечения: вводные положения	5
Лушников А. М. Трудовое право и гражданское право: конфронтующее партнерство	18
Лушникова М. В. Трудовое право, право социального обеспечения и административное право: дуализм публичных интересов и субъективных трудовых прав	32
Барышникова Т. Ю. Материнский капитал как особый вид социального обеспечения: семейно-правовые и гражданско-правовые аспекты.....	52
Поварёнков А. Ю. Трудовое и гражданское право: некоторые дискуссионные вопросы оптимизации межотраслевых связей	65
Исаева Е. А. Влияние современных тенденций развития европейского и международного права на модернизацию норм социальных отраслей российского законодательства: гендерный аспект.....	74
Смирнов Д. А. О некоторых вопросах соотношения законодательства о государственной тайне и трудового законодательства	82
Барышникова Т. Ю., Кузнецов Ю. А. К вопросу о природе социально-страховой ответственности	93
Рощепко Н. В. Обязательные социально-страховые взносы: правовая природа и назначение	105

Часть 2. Юридическая библиография

- Лушников А. М.** Рец. на кн: Курс трудового права. Общая часть: учебное пособие / А. А. Войтик и др.; под общ. ред. О. С. Курылевой и К. Л. Томашевского. Минск: Тесей, 2010. 602 с. 117
- Лушникова М. В.** Рец. на кн. Черняева Д. В. Международные стандарты труда (международное публичное трудовое право). М.: Кнорус, 2010. 232 с. 122
- Барышникова Т. Ю.** Рец. на кн.: Васильева Ю. В. Кодификация российского законодательства о социальном обеспечении: теоретические и практические проблемы. Пермь, 2009. 364 с. 125
- Ратехина В. А.** Рец. на кн.: Права работодателей в трудовых отношениях: монография / Под ред. А. Ф. Нуртдиновой и Л. А. Чикановой. М.: Эксмо, 2009. 480 с. 129
- Поварёнков А. Ю.** Рец. на кн.: Жильцов М. А. Дефекты трудового права. Екатеринбург: Изд-во УГТУ-УПИ, 2010. 312 с. 137
- Барышникова Т. Ю.** Рец на кн.: Костян И. А. Защита субъективных прав, свобод и законных интересов: трудовправовой аспект: монография. М., 2009. 264 с. 142
- Исаева Е. А., Кузнецов Ю. А.** Рец. на кн.: Драчук М. А. Субъекты трудового права: монография. Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2009. 336 с. 145
- Смирнов Д. А.** Рец. на кн.: Договоры о труде в сфере действия трудового права: учеб. пособие / К. Н. Гусов, К. Д. Крылов, А. М. Лушников [и др.]; под ред. К. Н. Гусова. М.: Проспект, 2010. 256 с. 150
- Ратехина В. А.** Рец. на кн.: Иванчина Ю. В. Правовые аспекты оценки работников. Екатеринбург, 2009. 180 с. 153
- Кошлев Д. А., Кузнецов Ю. А.** Рец на кн.: Сапфорова А. А. Защита трудовых прав и законных интересов работников органами государственного надзора и контроля. Краснодар: Кубанькино, 2009. 452 с. 158
- Барышникова Т. Ю., Колпазанова Е. В.** Рец на кн.: Драчук М. А. Локальные нормативные акты организации: учебно-методическое пособие. Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2008. 316 с. 164
- Сведения об авторах** 172

Часть 1

**Оптимизация межотраслевых связей
трудового права
и права социального обеспечения:
теория и практика**

М. В. Лушникова, А. М. Лушников

**Учение о системном
межотраслевом взаимодействии трудового права,
права социального обеспечения:
вводные положения**

Учение о системном межотраслевом взаимодействии трудового права, права социального обеспечения имеет в своей основе общетеоретические положения о структуре права как сложной целостной системе, структурированном системном явлении, где основными подразделениями структуры являются отрасли права. По сложившейся традиции как в научной, так и учебной литературе рассматривается место конкретной отрасли права в системе отраслей российского права, ее отграничение, с одной стороны, и взаимодействие со смежными отраслями права – с другой. По сути, речь идет о предмете и сфере действия трудового права, права социального обеспечения, которые не могут быть в полном объеме рассмотрены без анализа межпредметных пересечений со смежными отраслями права. В свою очередь смежные отрасли права оказывают воздействие на трудовые и социально-обеспечительные отношения. В последнем случае это воздействие может быть связано с субсидиарным применением норм других отраслей права в регулировании названных отношений, использованием юридических конструкций, понятийного аппарата смежных отраслей права.

Современный этап развития правового регулирования трудовых отношений, характеризующийся известным усложнением соответствующей правовой регламентации, ставит задачу исследования межотраслевых связей трудового права. Полагаем, что такое исследование позволит решить ряд научных и прикладных проблем: с одной стороны, проблему оптимизации связей отрасли трудового права со смежными отраслями, с другой – устранение возможных коллизий при параллельном или конкурирующем правовом регулировании. Такие научные разработки должны внести известный вклад в формирование межотраслевых коллизионных правил, обеспечивающих оптимальное, эффективное использование в трудовом праве понятий и средств правового регулирования иных смежных отраслей права, не нарушая целостности и социального назначения отрасли. Например, компенсацию морального вреда как способ защиты прав возможно использовать в гражданском и трудовом праве. Включение подобного способа защиты в трудовую сферу связано, по нашему мнению, с тем, что в данной области законодатель вслед за практикой признает необходимость защиты нематериальных благ. Аналогичная ситуация складывается и в отношении легализации в ТК РФ такого способа защиты трудовых прав, как самозащита.

Исследование межотраслевого взаимодействия трудового права со смежными отраслями позволит также выработать рекомендации законодателю по устранению существующих правовых коллизий межотраслевого характера. Необходимость в разработке таких межотраслевых коллизионных норм очевидна, достаточно упомянуть проблемы параллельного конкурирующего правового регулирования в сфере государственной службы.

Начнем с того, что с позиций теории и практики необходимо разграничить понятия «предмет отрасли трудового права (или права социального обеспечения)» и «сфера применения норм трудового права (или права социального обеспечения)». Нам представляется плодотворным выделение (наравне с предметом трудового права) права социального обеспечения, сферы применения (области регулирования) норм трудового права, социально-обеспечительных норм. Первое традиционно относится только к отрасли права, а второе – к отрасли законодательства. Отметим, что предмет и ме-

тод в качестве системообразующих признаков отраслей права начали выделяться только после теоретической дискуссии 1938–1941 гг., а до этого общим правилом было применение термина «сфера действия» в современном значении «предмет» трудового права, как это делал И. С. Войтинский. Более того, А. Е. Семенова писала об объеме действия КЗоТ, а П. Д. Каминская – о пределах действия КЗоТ¹. И впоследствии предмет и сфера действия трудового права по традиции нередко отождествлялись². В ТК Республики Беларусь 1999 г. ст. 3 называется «Сфера действия Трудового кодекса», а в ТК Республики Казахстан 2007 г. ст. 9 именуется «Сфера действия настоящего Кодекса». Нам не кажется оптимальным отказ от теоретических наработок по разграничению предмета и сферы действия трудового права, осуществленных в значительной части еще в советский период. Указание в ТК РФ названных государств только на сферу действия может свидетельствовать и об отказе от предметного критерия разграничения отраслей в пользу признания только разграничения сфер законодательства. Нам это в любом случае не кажется обоснованным.

Разделение предмета отрасли и сферы действия норм трудового права происходило постепенно и интенсифицировалось в 70-х гг. XX в. Так, по мнению Б. К. Бегичева, эту область «образуют не только трудовые отношения, составляющие ее основное ядро, но и иные, родственные с ними общественные отношения»³. В современной литературе сфера действия трудового права обычно определяется в общем смысле как пределы распро-

¹ См.: Войтинский И. С. Сфера действия Кодекса законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 12. С. 11–23; Его же. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 121; Каминская П. Д. Советское трудовое право. М., 1929. С. 32; Семенова А. Е. Очерки советского трудового права. Харьков. 1923. С. 15 и др.

² См., например: Горшенин К. П. Кодификация законодательства о труде: Теоретические вопросы. М., 1967. С. 24–55; Пашерстник А. Е. О сфере действия и принципах советского трудового права // Советское государство и право. 1957. № 10. С. 92–103; Смирнов О. В. О сфере действия советского трудового права // Проблемы трудового права и права социального обеспечения. М., 1975. С. 35–41.

³ Бегичев Б. К. Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 47.

странения норм трудового права⁴ либо как «совокупность таких общественных отношений, которые, независимо от наличия юридического опосредования, ... могут быть урегулированы нормами трудового права»⁵. Последнее определение из области субъективного «желаемого, а не действительного».

А. В. Кузьменко выстраивает весьма сложную конструкцию взаимно пересекающихся «предмета трудового права», «сферы действия трудового права» и «сферы влияния трудового права». Сфера действия трудового права рассматривается как более широкое понятие по сравнению с предметом трудового права. В сферу действия включаются собственный (неразделяемый) предмет правового регулирования и совместный (разделяемый) предмет правового регулирования. Общественные отношения, составляющие собственный предмет трудового права, как правило, полностью регулируются нормами трудового законодательства. Нормы иной отраслевой принадлежности применяются к трудовым отношениям субсидиарно, их применение не вносит в правовое регулирование иной отраслевой специфики. Совместный предмет трудового права, по мнению автора, составляют те общественные отношения, в правовом регулировании которых нормы трудового и иных отраслей права участвуют «на равных» при разумном отступлении от отраслевых принципов трудового права в сторону приемлемого компромисса (например, правовое регулирование труда руководителей организации, членов производственных кооперативов, государственных служащих). Остается только выяснить, что означает правовое регулирование трудовых отношений «на равных» началах различными отраслями права и разумном компромиссе? В сферу влияния трудового права А. В. Кузьменко включает общественные отношения, к которым трудовое законодательство применяется субсидиарно (например, правовое регулирование труда военнослужащих, сотрудников правоохранительных органов). Между тем разграничение автором сферы действия и сферы влия-

⁴ См.: Скачкова Г. С. Расширение сферы действия трудового права и дифференциации его норм. М., 2003. С. 124; Толкунова В. Н. Трудовое право. М., 2002. С. 18.

⁵ Дресвянкин В. Б. Пробелы в российском трудовом праве: Автореф. ... дис канд. юрид. наук. Пермь, 2001. С. 7.

ния трудового права теоретически оригинально, но, к сожалению, не просматривается практическое значение и возможность применения предлагаемой конструкции разграничения сферы действия норм и сферы влияния норм⁶.

На наш взгляд, необходимо более четко, с использованием конкретных критериев, разделять предмет правового регулирования и иную сферу действия (применения) норм трудового права. Так, в сферу действия норм трудового права в определенной части могут попадать трудовые отношения членов производственных кооперативов, лиц, отбывающих наказание по приговору суда и других лиц. Но при этом названные отношения не составляют предмета трудового права. В этой части справедливо замечание В. М. Лебедева, который допускает возможность взаимного субсидиарного применения норм различных отраслей права и отмечает, что «использование норм трудового права административным, аграрным, правом социального обеспечения и другими отраслями вовсе не свидетельствует о расширении предмета трудового права...Применение норм трудового права в субсидиарном порядке расширяет не предмет правового регулирования, а сферу его действия»⁷. Иными словами, сфера трудового права включает не только правовое регулирование предмета отрасли трудового права, но и субсидиарное регулирование нормами трудового права отношений, связанных с трудом, иной отраслевой принадлежности.

На наш взгляд субсидиарное применение норм трудового права к общественным отношениям в сфере труда, которые не входят в предмет трудового права, осуществляется двумя способами:

1) непосредственное применение в силу прямого указания, содержащегося в законе или ином нормативно-правовом акте (отсылочные и бланкетные нормы к трудовому законодательству и иным нормативным актам, содержащим нормы трудового права);

2) применение на основании межотраслевой аналогии закона при преодолении пробелов в правовом регулировании. Иными

⁶См.: Кузьменко А. В. Предмет трудового права России. СПб., 2005. С. 128–130, 139–143 и др. ; Трудовое право России / Под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. С. 22–24 (авторы параграфа – С. П. Маврин и А. В. Кузьменко).

⁷ Лебедев В. М. Лекции по трудовому праву. Вып. 2. Томск, 2001. С. 23–24.

словами, под субсидиарным (дополнительным) понимают обычно такое применение правовых предписаний, когда они распространяют свое действие на отношения, не являющиеся непосредственно предметом их регулирования⁸.

Сфера действия норм той или иной отрасли права зависит от воли законодателя. О субсидиарном применении норм трудового права к иным общественным отношениям, которые не включаются в предмет отрасли трудового права, речь идет в тех случаях, когда в федеральном законе или ином нормативном правовом акте прямо указана возможность непосредственного применения этих норм. На наш взгляд, трудовое законодательство субсидиарно применяется к трудовой деятельности отдельных категорий лиц в случаях и пределах, предусмотренных специальным федеральным законом и (или) уставными документами организации (непосредственное субсидиарное применение). Перечисленные отношения не включаются в предмет отрасли трудового права, но отчасти находятся в сфере правового регулирования трудовым законодательством в силу прямого указания закона и (или) локальных корпоративных актов. Они входят в сферу действия норм трудового права. Сюда относятся трудовые отношения а) членов производственных кооперативов; б) лиц, отбывающих наказание в виде лишения свободы по приговору суда; в) государственных и муниципальных служащих, хотя ст. 11 ТК РФ находится в прямом противоречии с профильными специальными федеральными законами; д) лиц, проходящих службу в военизированных организациях и органах (органах внутренних дел, таможенных органах, органах МЧС, в службе судебных приставов и др.); е) судей; ж) а также иные общественные отношения, не основанные на трудовом договоре, но связанные с использованием личного труда (по некоторым видам гражданско-правовых до-

⁸ Отметим, что в юридической литературе термин «субсидиарное применение правовых норм» не имеет однозначного толкования. Чаще всего его связывают с разновидностью правовой аналогии или межотраслевой аналогией норм права (См.: Ашихмина А. В. Аналогия в советском трудовом праве: Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 1979; Дресвянкин В. Б. Пробелы в российском трудовом праве. Пермь, 2004. С. 102–105; Ершов В. В., Ершова Е. А. Трудовой договор. М., 1999. С. 45).

говоров, отношения, связанные с военной службой, прежде всего по контракту и др.).

В свою очередь, к трудовым отношениям, составляющим предмет отрасли, могут применяться субсидиарно нормы иных отраслей права также в силу прямого указания нормативно-правового акта и на основании межотраслевой аналогии закона. Например, согласно ТК РФ (ст. 277), в случаях, предусмотренных федеральными законами, расчет убытков, причиненных виновными действиями руководителя организации, осуществляется в соответствии с нормами, предусмотренными гражданским законодательством. В ТК РФ (ст. 237) упоминается о компенсации морального вреда, но отсутствует правовой механизм его возмещения. Восполнить указанный пробел можно с помощью межотраслевой аналогии гражданского законодательства. Но в любом случае применение гражданского законодательства к трудовым отношениям в порядке аналогии допустимо постольку, поскольку это не противоречит существу трудовых отношений и принципам трудового права. В настоящее время можно признать вполне обоснованными прозвучавшие в литературе предложения о возможности субсидиарного применения к трудовым отношениям норм других отраслей права, прежде всего гражданского права⁹.

Субсидиарное применение норм трудового права к отношениям в сфере труда может основываться на межотраслевой аналогии в случае отсутствия в законе прямой ссылки к определенному нормативному акту. Это тот случай, когда субсидиарное применение норм трудового права непосредственно законодателем не предусмотрено. Речь идет о пробелах в правовом регулировании трудовых по своей природе отношений (или сходных с трудовыми отношений). Эти пробелы в праве могут преодолеваются судебными органами, реже другими правоприменителя-

⁹ См., например: Карабельников Б. Р. Трудовые отношения в хозяйственных обществах. М., 2003. С. 234–239; Кузнецова Л. Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Пермь, 2004; Островский Л. Я. Сфера действия законодательства о труде // TEISE / Вильнюсский университет. 1999. № 33. С. 56; Сойфер В. Г. Стабильность и динамика трудового правоотношения. М., 2004. С. 74 и далее.

ми¹⁰. Такое субсидиарное применение проводится на основе межотраслевой аналогии закона. При этом имеют место сходные ношения и сходные методы правового регулирования, а также генетическая связь смежных отраслей права. Так, к общественным отношениям в сфере труда, которые мы по Л. С. Талю называем частным трудовым правом, применима аналогия гражданского законодательства. К отношениям в сфере труда, которые охватываются публичным трудовым правом, применимы по аналогии права нормы административного права. Субсидиарное применение норм имеет место тогда, когда законодатель отказывается от дублирования идентичных правовых норм в различных смежных отраслях, т. е. имеется известная общность в круге регулируемых отношений.

Вышеизложенный материал позволяет подтвердить одну из важнейших тенденций развития трудового права в XXI в., а именно «экспансию трудового права». В настоящее время проблема экспансии трудового права из чисто теоретической перешла в практическую плоскость и приобретает все большее значение в контексте развивающихся междисциплинарных связей. Термин «экспансия» (от лат. *expansio* – распространение) означает расширение сферы господства, влияния, распространение чего-либо за первоначальные пределы. В последние десятилетия прошлого века об экспансии трудового права начали писать такие ведущие западные ученые-трудовики, как британцы О. Кан-Фройнд, лорд Уэддерберн, С. Фридмэн, Б. Хеппл, французы, Ж. Лион-Кан, М. Деспа, немец В. Дойблер, бельгиец Р. Бланпен. Истоки этой концепции восходят еще к трудам немца Г. Зинцгеймера, опубликованным в первой половине XX в. Более того, в перспективе намечается трансформация понятия «труд» в «социальную деятельность» и обособление комплексной суперотрасли с условным названием «право занятости». В России об этом впервые начал писать И. Я. Киселев¹¹. Но если

¹⁰ Под правоприменительной деятельностью нами понимается властная деятельность компетентных уполномоченных органов по вынесению в установленной форме индивидуально-конкретных решений (предписаний). (См.: Карташов В. Н. Теория правовой системы общества. Ярославль, 2005. Т. 1. С. 294–295.

¹¹ Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 27–28; Его же. Трудовое право стран Запада на рубеже XXI века // Государство и право. 1996. № 1. С. 121–132 и др.

последние тенденции видятся делом будущего, то экспансия трудового права – это сегодняшний день, и данный феномен требует дальнейшего концептуального осмысления.

Данная экспансия связана с тем, что нормы трудового права применяются к общественным отношениям, которые ранее не входили не в предмет, не в сферу действия трудового права (труд полицейских, лиц свободных профессий, работающих по отдельным видам гражданско-правовых договоров, труд заключенных, труд членов производственных кооперативов, профессиональных спортсменов, военнослужащих по контракту и др.). По мнению многих ученых (А. Супио, Р. Бланпен, И. Я. Киселев и др.), с которым мы согласны, эта тенденция будет только углубляться. Это не исключает и обратной стороны такого «вторжения» и возможности применения норм других отраслей, прежде всего гражданского, к регулированию отдельных видов трудовых отношений (с руководителями и высшим менеджментом и др.).

Между тем «эта экспансия» трудового права не во всех случаях имеет под собой необходимые основания. Примером служит решение нашего законодателя о включении в предмет трудового права производных отношений по обязательному социальному страхованию. Право социального обеспечения – сравнительно молодая отрасль в системе советского, а затем и российского права. Э. Г. Тучкова отмечает, что «вот уже около четырех десятилетий у ученых-юристов не возникает сомнений по поводу самостоятельности такой отрасли, как право социального обеспечения. Оно имеет все основные признаки отрасли: собственный предмет, метод, принципы правового регулирования»¹². В предмет современного российского права социального обеспечения включаются, как правило, социально-страховые правоотношения, охватывающие все виды обязательного социального страхования (пенсионного, по временной нетрудоспособности, медицинского страхования и страхования в связи с несчастными случаями на

¹²Тучкова Э. Г. Проблемы совершенствования методики преподавания права социального обеспечения в системе высшего юридического образования // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 36.

производстве и профессиональными заболеваниями). Кроме того, к предмету отрасли причисляют и отношения по оказанию государственных социальных услуг (трудоустройству) и выплате пособия по безработице лицам, ищущим работу (т. н. право занятости)¹³. Это – теория права социального обеспечения, однако законодательная практика выбирает иной путь. В действующем ТК РФ в первоначальной редакции были закреплены принцип обеспечения права на обязательное социальное страхование среди основных принципов трудового права (ст. 2), право работника на обязательное социальное страхование (ст. 21) и обязанность работодателя осуществить обязательное социальное страхование (ст. 22) в перечне прав и обязанностей сторон трудового правоотношения. В этой связи вполне закономерным смотрится решение законодателя о внесении дополнений в ТК РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ, согласно которым перечень производных от трудовых отношений дополнен отношениями по обязательному социальному страхованию в случаях, предусмотренных федеральными законами. Таким образом, названные отношения включены в предмет отрасли трудового права. При наличии уже сформировавшейся отрасли права социального обеспечения такое решение нашего законодателя вызывает вопросы.

Попытаемся выяснить причины «наложения» предметов правового регулирования двух смежных отраслей. Начнем с отношений по обязательному социальному страхованию.

На поверхности лежит причина, связанная с заинтересованностью законодателя на уровне кодифицированного акта легализовать право и обязанность на обязательное социальное страхование. При отсутствии кодифицированного акта о социальном обеспечении названные отношения, видимо, по причине опасения оказаться «бесхозными» или отнесенными к предметам гражданского и административного отраслей права, оказались включенными в ТК РФ. Эти опасения имеют под собой основания. В современной науке гражданского права многие авторы обязательное социальное страхование включают в состав граждан-

¹³ См.: Захаров М. Л., Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения. М., 2004; Право социального обеспечения России / Под ред. К. Н. Гусова. М., 2007; Право социального обеспечения / Под ред. М. В. Филипповой. М., 2006 и др.

данского права. Они утверждают, что «социальное страхование, несмотря на обилие регламентирующих его публично-правовых норм, не может быть исключено из сферы влияния гражданского права. В той части, в которой законодательство о социальном страховании (пенсионное обеспечение, обеспечение занятости и т. п.) включает нормы частного права, оно входит в состав гражданского права и тем самым подчиняется ГК РФ»¹⁴. Другие цивилисты занимают, на наш взгляд, более взвешенную позицию, ограничиваясь указанием на применение к социальному страхованию норм гражданского права в субсидиарном порядке и не включают в предмет отрасли гражданского права¹⁵.

Следующая группа причин, послуживших основанием пересечения (совпадения) отчасти предметов правового регулирования трудового права и права социального обеспечения, носит сущностной глубинный характер. Они обусловлены исторически сложившейся генетической связью названных отраслей права в связи с социальной защитой наемных работников¹⁶. Законодательство о социальном страховании работников развивалось в тесной взаимосвязи вначале с фабрично-заводским, а затем и трудовым законодательством.

В настоящее время общепризнанной характеристикой социально-страховых отношений является их целевая направленность – компенсация последствий реализации социальных рисков. Появление таких понятий, как социальный риск и его превращение в страховой случай, связано с этапом капиталистического способа производства, с появлением наемной рабочей силы и соответственно заработной платы как основного источника средств к существованию наемного работника. Для значительной части членов общества возникает и особый вид социальной незащищенности – высокая вероятность риска материальной не-

¹⁴ Гражданское право / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2004. Т. 2. С. 574–575.

¹⁵ См.: Гражданское право России. Часть вторая: Курс лекций / Под ред. О. Н. Садикова. М., 1997. С. 484.

¹⁶ См. подробнее: Вестник трудового права и права социального обеспечения: Право на труд и право на социальное обеспечение в системе прав человека. Вып. 2 / Под. ред. А. М. Лушниковой, М. В. Лушниковой. Ярославль, 2007.

обеспеченности вследствие утраты заработка. Причинами утраты заработка являются либо потеря работником способности к труду (нетрудоспособность), либо отсутствие спроса на труд (безработица). Этот риск носит массовый общественный характер, т. е. социальный, поскольку во многом определяется социальными условиями жизни и не зависит или мало зависит от каждого человека¹⁷. Как писал Н. А. Вигдорчик, социальное страхование обнимает трудящиеся массы, для которых заработная плата — единственный источник средств к существованию¹⁸.

Общей закономерностью развития законодательства о социального страховании являлось движение от добровольного страхования работников к обязательному¹⁹. При этом обязательное социальное страхование работников формировалось как особый вид страхового законодательства, которое строится на принципах, отличных от гражданско-правовых принципов страхования. Особая правовая природа обязательного социального страхования получила теоретическое обоснование в работах ученых и практиков еще во второй половине XIX в. (Е. М. Дементьев, В. П. Литвинов-Фалинский, Б. А. Любимов, И. И. Чистяков и др.).

Возвращаясь к современной 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. Кроме того, нельзя не упомянуть о Федеральном законе от 7 мая 1998 г. «О негосударственных пенсионных фондах»²⁰, который принят с учетом зарубежного опыта. В современной теории права социального обеспечения нередко подчеркивается возрастание роли социально-партнерских методов регулирования социально-обеспечительных отношений. Социальное правовое государство должно вы-

¹⁷ См.: Никольский П. А. Основные вопросы страхования. Казань, 1895. С. 390 и др.; Догадов В. М. Социальное страхование. Л., 1926; Яроцкий В. Г. Страхование рабочих в связи с ответственностью предпринимателей. СПб., 1895. Т. 1.

¹⁸ См.: Вигдорчик Н. А. Социальное страхование в общедоступном изложении. М., 1927. С. 10–16.

¹⁹ См. подробнее: Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. М., 2009. С. 107–230.

²⁰ СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2071.

ступать 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 согласится. К сожалению, в современной теории права социального обеспечения отношения по добровольному социальному страхованию, как правило, относят к предмету гражданского права. Новый облик отрасли права социального обеспечения связан не только с дальнейшим развитием названных отношений в рамках предмета этой отрасли, но и системным взаимодействием этих отношений с добровольным социальным страхованием работников, социально-партнерскими отношениями в сфере социального обеспечения работников. На наш взгляд, в будущем Кодексе о социальном обеспечении должен найти свое место раздел «Социальное партнерство в сфере социального обеспечения».

А. М. Лушников

Трудовое право и гражданское право: конфронтирующее партнерство

В научной литературе неоднократно высказывалось мнение, что трудовое право выделилось из гражданского. Это по существу неверно, как и утверждение о его выделении из административного права. Но межпредметная связь трудового права с гражданским несомненна, что требует пристального внимания как ученых-трудовиков, так и цивилистов. Сначала сделаем несколько вводных замечаний.

Во-первых, позицию «мягких» цивилистов о необходимости сближения трудового и гражданского законодательства при сохранении отраслевых отличий между ними поддерживают не только некоторые трудовики (Б. Р. Карабельников), но и цивилисты (П. В. Крашенинников)¹. Отметим, что аналогичное мнение было одним из преобладающих в начале 20-х гг. XX в.² Во-вторых, позиция сторонников поглощения трудового права гражданским получила некоторое распространение среди специалистов по гражданскому праву, но полностью отвергается трудовиками. Приверженцев этой «ультрацивилистической» концепции можно разделить на три группы:

1. Догматические «ультрацивилисты», которые строят свою позицию на анализе действующего законодательства с учетом телеологического аспекта. Наиболее ярко она представлена в работах М. И. Брагинского³;

¹ См. подробнее: Карабельников Б. Р. Трудовые отношения в акционерных обществах. М., 2001. С. 91.

² См.: Войтинский И. С. Кодекс Законов о Труде и Гражданский Кодекс // Вопросы труда. 1924. № 12. С. 39–45; Лях А. Ф. Гражданский Кодекс и трудовые отношения // Там же. 1923. № 12. С. 36–47 и др.

³ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 17–24; Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры. М., 1999. С. 238–239 и др.

2. Аналитические «ультрацивилисты», для которых характерен комплексный концептуальный подход к поглощению, опирающийся на историческое, экономическое и правовое обоснование⁴;

3. Радикальные «ультрацивилисты», позицию которых рассматривать мы не будем, ибо она построена на принципе «подгонки под концепцию», а попытки рационального обоснования исчерпываются аргументацией представителей двух предшествующих групп⁵.

Обозначенная проблема затрагивалась уже неоднократно как в советской⁶, так и в современной литературе⁷. Это позволяет нам сконцентрироваться только на результирующих положениях. Начнем с позиции догматических «ультрацивилистов». Из ст. 2 ГК РФ выводится принципиальная возможность субсидиарного применения гражданско-правовых норм к трудовым отношениям. Это допускалось учеными-трудовиками и ранее, но только в случаях пробелов в трудовом законодательстве. К. М. Варшавский прямо указывал на это, а И. С. Войтинский допускал такое применение только через ст. 4 ГПК РСФСР 1922 г., т. е. руководствуясь началами действующего законодательства о труде и общей государственной политикой⁸. По сути, такое применение предлагалось до-

⁴ См.: Гражданское право. Ч. 1 / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 2004. С. 15–16.

⁵ См.: Санникова Л. В. Договор найма труда в России. М., 1999.

⁶ См.: Варшавский К. М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 11–14, 20; Войтинский И. С. Трудовое право СССР. М.; Л., 1925. С. 47 и далее; Гинцбург Л. Я. Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 61, 99, 100 и др.; Данилова Е. Н. Законодательство о труде в новых экономических условиях // Вопросы труда. 1923. № 1. С. 10–16; Каминская П. Д. Ответственность нанявшегося по трудовому договору // Там же. 1925. № 4. С. 66–70; Поленина С. В. «Пограничный» институт гражданского и трудового права // Советское государство и право. 1974. № 10; Троицкий И. Подряд и трудовой договор (К вопросу о взаимоотношениях Гражданского Кодекса и КЗоТ) // Вопросы труда. 1924. № 10. С. 44–48 и др.

⁷ См.: Киселев И. Я. Трудовое право России: Историко-правовое исследование. М., 2001. С. 286–287; Карабельников Б. Р. Трудовые отношения в акционерных обществах. С. 81–96; Лушников А. М. Становление и развитие науки трудового права и науки права социального обеспечения в России (вторая половина XIX – начало XX в.). Ярославль, 2001. С. 98–113 и др.

⁸ См.: Войтинский И. С. Кодекс Законов о Труде и Гражданский Кодекс. С. 44–45.

пускать по судейскому усмотрению. Укажем, что в тот период еще не в полной мере завершилось формирование российского трудового законодательства после принятия КЗоТ РСФСР 1922 г. В дальнейшем некоторые ученые (А. Ф. Лях, В. М. Догадов, Д. М. Генкин, М. И. Бару, С. Н. Братусь, С. В. Поленина) допускали применение норм гражданского права к трудовым отношениям в случае пробелов в трудовом законодательстве. Иным было утверждение о том, что нормы ГК к трудовым отношениям не следует применять, а в случае необходимости соответствующие нормы ГК включать в КЗоТ⁹. Такой позиции начиная с 30-х гг. придерживалось большинство советских ученых-трудовиков. В дальнейшем цивилисты также предлагали субсидиарно применять нормы гражданского права к трудовым отношениям, причем фактически в интересах работников. Так, Б. С. Антимонов и Е. А. Флейшиц настаивали на том, что авторские отношения, возникшие из трудовых договоров, должны регулироваться гражданским правом¹⁰. Характерно, что ученые-трудовики, например А. Е. Пашерстник, также допускали параллельное существование в этом случае трудового и гражданско-правового отношения, но без конкретизации этого положения. Впрочем, по поводу оплаты труда он был категоричен – либо заработная плата, либо авторский гонорар¹¹. Отметим, что некоторые ученые-цивилисты шли еще дальше, либо признавая авторские отношения трудовыми¹², либо предлагая применять типовой издательский договор на началах КЗоТ¹³. Б. С. Антимонов и Е. А. Флейшиц справедливо указали, что главным признаком трудового отношения является подчиненный характер труда, но это не препятствует сочетать применение норм трудового и авторского права, а не сводить все к их

⁹ См.: Кусиков А. 412 и 413 ст. Гражданского кодекса должны быть перенесены в Трудовой кодекс // Вопросы труда. 1926. №7. С.62.

¹⁰ См.: Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторство и трудовое правоотношение // Советское государство и право. 1956. № 5. С.48-57.

¹¹ См.: Пашерстник А. Е. К вопросу о понятие вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. М.-Л., 1948. С.221-222.

¹² См.: Генкин Д. Предмет и система советского трудового права. // Советское государство и право. 1940. № 2. С.64.

¹³ См.: Гордон М. В. Понятие советского авторского права // Ученые записки Харьковского юридического института. Вып.1. 1939. С.97.

альтернативе. В итоге авторы предложили нормативно четко закрепить авторское право на произведения, созданные по трудовому договору, с чем нельзя не согласиться.

Таким образом, в советский период прослеживается жесткая закономерность обособления, отмежевания трудового права от гражданского права, отказ от цивилистических конструкций и терминов и появление отраслевых понятий: трудовая повинность, трудовой договор, заработная плата и т. д. С конца 90-х гг. прошлого века в условиях «движения от публичного права к частному», возрастания роли локального и договорного регулирования, сначала в КЗоТ 1971 г., затем ТК РФ появляются прямые ссылки на субсидиарное применение норм ГК РФ в отношении материальной ответственности руководителей организации (ст. 277), заключения гражданско-правового договора на производственное обучение с лицом, ищущим работу (ст. 198 ТК в ред., действовавшей до ФЗ от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ), возмещения убытков, причиненных незаконной забастовкой (ст. 417 ТК РФ). Появляются цивилистические конструкции «обязательств работников и работодателей» (ст. 41 ТК), «существенных условий трудового договора (ст. 57 ТК в ред., действовавшей до ФЗ от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ), «самозащита трудовых прав» (ст. 352 ТК) и др. Не избежал наш законодатель и коллизионных ситуаций в случае применения норм трудового и гражданского права к некоторым отношениям в сфере труда. Например, речь может идти о рассогласовании положений, касающихся ответственности работника за разглашение служебной или коммерческой тайны вопреки трудовому договору¹⁴.

В ТК РФ однозначно закреплено положение о верховенстве норм трудового права, содержащихся в ТК РФ относительно аналогичных норм, имеющих место в других законах. Более того, нормы трудового права, содержащиеся в других федеральных законах, должны соответствовать ТК РФ, а в случаях противоречий между нормами ТК РФ и иных федеральных законов применяются нормы Трудового кодекса (ст. 5 ТК РФ). В случаях когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового

¹⁴ См.: Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» // СЗ РФ. 2004. № 32. Ст. 3283.

характера фактически регулируются трудовые отношения, к ним применяются положения трудового законодательства (ст. 11). Это значит, что допускаемое ГК РФ применение его норм к трудовым отношениям не находит отражение в ТК РФ. Излишне напоминать, какие нормы должны иметь верховенство. В этой связи была бы интересна реакция уважаемых специалистов по гражданскому праву, если бы в Налоговом кодексе РФ или в том же ТК РФ допускалось применение их норм к гражданско-правовым отношениям. Даже само толкование ст. 2 ГК РФ не столь очевидно, т. к. трудовое отношение предполагает, в том числе, подчинение работника работодательской власти. Столь категоричное суждение цивилистов связано с традиционным и жестким делением права на частное и публичное с выделением присущих им методов правового равенства сторон и властеподчинения. Исходя из единства метода гражданского и трудового права, некоторыми учеными предлагалось не считать трудовое право самостоятельной отраслью¹⁵. При этом О. С. Иоффе занимал более компромиссную позицию, предложив считать трудовое право не самостоятельной отраслью права, а самостоятельной отраслью юридических знаний¹⁶. К данной проблеме мы еще вернемся. Здесь же отметим, что эту крайность еще в начале XX в. отмечали В. А. Гаген, В. М. Гессен, В. Ф. Дерюжинский, Б. А. Кистяковский.

Между тем трудовое право представляет собой органическое единство частных и публичных начал и «разорвать» его по определению невозможно. К тому же в само публичное право все больше проникают начала децентрализации, в том числе в методе правового регулирования. Достаточно назвать институт судебной сделки в уголовно-процессуальном законодательстве, а также налоговые кредиты в НК РФ, отсрочку и рассрочку таможенных платежей и др. Здесь мы выходим еще на один принципиальный момент, не учтенный догматическими «ультрацивиристами». Участники трудового отношения не являются участниками гражданского оборота

¹⁵ См.: Гражданское право. Ч. 1. М., 1938. С. 30; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. О системе советского права // Советское государство и право. 1957. № 6. С. 104; Мревлишвили И. Г. Предмет и система советского права // Там же. 1954. № 7. С. 111.

¹⁶ См.: Иоффе О. С. Советское гражданское право. Л., 1958. С. 14.

и их не связывают имущественные или обязательственные (в чистом виде) отношения. Кроме того, между ними нет равенства (работодатель экономически сильнее и обладает работодательской властью), их воля неавтономна (работодатель не может обойтись без наемного труда, а работник вынужден вступать в трудовые отношения, ибо в противном случае он лишится источника существования), они не имеют имущественной самостоятельности (орудия труда представляет работодатель, а заработная плата является единственным источником существования работника).

Наконец, не учитывается, быть может, самый главный фактор – социальная ценность труда, невозможность сравнения его с любым другим видом товаров, принципиальная необходимость гораздо более активного вмешательства государства в трудовые, нежели в гражданские отношения. А. М. Куренной обоснованно подчеркивает, что труд не является товаром в классическом понимании этого слова и только с применением кавычек все-таки можно сказать, что рабочая сила является «товаром особого рода»¹⁷. Степень такого вмешательства в трудовые отношения устанавливается законодательно. Если наше общество претендует на звание цивилизованного, а государство – демократического и правового, то трудовое право должно быть их необходимым атрибутом.

Практическая польза от объединения трудового и гражданского права не только сомнительна, но и контрпродуктивна. Представим себе, что будет принята часть 5 или 6 ГК РФ под названием «Трудовое право». Если распространить на него действие предыдущих частей, то мы вернемся к концу XIX в. – началу XX в. Уже тогда была очевидна для многих исследователей принципиальная невозможность регулирования трудовых отношений в классических рамках гражданского права. Это означало бы не просто бег по кругу, а возврат к негативному и не оправдавшему себя в России опыту. Между тем на страницах научных изданий с разной степенью категоричности уже звучат призывы о том, чтобы государство вообще ушло из трудовых отношений¹⁸. Пока к этому призывают только экономи-

¹⁷ См.: Трудовое право России / Под ред. А. М. Куренного. М., 2004. С. 28.

¹⁸ См., например: Какой рынок труда нужен российской экономике? Перспективы реформы трудовых отношений. М., 2003. С. 106–107.

сты, но на языке права такой «уход государства» и означает перенос всей совокупности трудовых отношений в предмет гражданского права. Но все дело в том, что частную сферу, где действительно обо всем можно договориться, надо отделять от сферы общего (публичного) интереса. Нельзя отдать на полную свободу усмотрения сторон правила техники безопасности, контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства, установление условий труда несовершеннолетним, а в отдельных случаях и женщинам, пороговые условия труда для всех (минимальный оплачиваемый отпуск, нормальное рабочее время, минимальная оплата труда и др.). Даже в тех странах с англо-саксонской правовой системой, где условия заключения, изменения и прекращения трудового договора максимально либерализованы, они не сопоставимы по жесткости с гражданскими договорами. Действительно, Employment Law является частью контрактного или частного права, иногда структурно включается в предпринимательское право (наравне с антитрестовским законодательством и экологическим правом). Примечательно при этом, что в США значительная часть трудовых прав и механизм их правовой защиты оказались в Конституционном праве, а в Калифорнии принят Трудовой кодекс¹⁹. Мы уже не говорим о Labor Law, т. е. преимущественно коллективном трудовом праве, которое не имеет аналогии в гражданском праве. В этих странах нет четкого деления на отрасли права, а обширное трудовое законодательство и корпус прецедентов по объему сопоставимы с налоговым правом. По верному замечанию отечественных исследователей, отнесение индивидуального трудового права формально к гражданскому праву должно расцениваться исключительно как юридино-техническая проблема, имеющая несколько вариантов решения и не сказывающаяся на правовом регулировании трудовых отношений²⁰. Даже самая либеральная американская модель не предполагает отказа от активного вмешательства государства в трудовые отношения, несопоставимого с вмешательством в гражданские отношения. Так,

¹⁹ См.: Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. М., 2006. С. 570–587, 946–968; Черняева Д. В. Трудовое правоотношение в странах англо-саксонской правовой семьи: Автореф. ... дис. канд. юрид. наук. М., 2007 и др.

²⁰ См.: Трудовое право России / Под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. С. 25.

при формальном праве уволить любого работника в любое время без всякого основания американские работодатели в этом праве настолько ограничены, что некоторых работников вообще предпочитают не увольнять. Это относится, например, к чернокожим американкам, имеющим детей или инвалидность. Ограничения эти установлены с целью недопущения дискриминации и касаются пола, возраста, сексуальной ориентации, цвета кожи, членства в профсоюзе и др. Нам такая модель не кажется безупречной, но, как шутят американские юристы, свобода договорных отношений касается в некоторой степени только белых мужчин среднего возраста и традиционной половой ориентации. Еще раз подчеркнем, что даже в индивидуальном трудовом праве в любой западной стране есть масса публичных ограничений и предписаний, немыслимых в классическом гражданском праве.

Если же соблюсти все гарантии работникам и специфику трудового права, что несовместимо с действием общей части ГК РФ, то возникает вопрос: зачем тогда его включили в гражданское право? Это тем более неконструктивно, что специалистам по гражданскому праву придется осваивать новую для себя отрасль права, как бы ее ни называли, а то, что это достаточно сложно, свидетельствует хотя бы тот факт, что «ультрацивилисты» постоянно хотят взять себе в союзники Л. С. Таля. Между тем именно этот ученый обосновал принципиальную невозможность регулирования трудовых отношений только в рамках гражданского права и необходимость выделения трудового (рабочего, фабричного) права. То, что его основной труд по трудовому договору имел подзаголовок «Цивилистическое исследование» говорит только о том, что у гражданского и трудового права есть общая цивилистическая основа.

Компромиссный вариант предложил Б. Р. Карабельников. Он признает актуальность аргументов Л. С. Таля о несводимости трудовых отношений к гражданско-правовым, но отмечает при этом изменения в самом гражданском праве. В частности, они касаются выделения нескольких суботраслей, в которых свойственная цивилистике свобода ограничена средствами защиты прав экономически слабой стороны, – это законодательство о защите прав потребителя, о правах вкладчиков банков, о правах за-

строителей при долевым финансировании строительства жилья. Отсюда – предположение о том, что трудовое право могло бы быть первым среди этих суботраслей гражданского права²¹. В другом месте статьи автор предлагает считать трудовое право комплексной суботраслью, тяготеющей к гражданскому праву²². Эти предложения слабо согласуются между собой, но требуют правовой оценки. Начнем с того, что названные автором суботрасли гражданского права (законодательство о защите прав потребителя и др.) являются скорее институтами гражданского законодательства и не призваны регулировать договорные отношения. Наоборот, они защищают права экономически более слабой стороны в уже сложившихся договорных гражданско-правовых отношениях. А коль трудовые отношения несводимы к гражданско-правовым, то непонятно, что будет защищать трудовое право в каком бы то ни было качестве. Скорее, следуя логике автора, трудовое право надо было поставить в один ряд с институтом договора банковского вклада, но это невозможно даже теоретически. Еще более проблемным кажется конструирование трудового права как комплексной суботрасли, тяготеющей к гражданскому праву. Мы придерживаемся точки зрения Р. З. Лившица и Л. С. Явича, которые не допускали существования комплексных отраслей (и, естественно, суботраслей), а только презюмировали комплексные отрасли законодательства. Но даже в этом качестве мы можем говорить только об индивидуальном трудовом праве, что является проблемой юридической техники.

При этом остается непонятным, каким образом в рамках гражданского права будет регулироваться деятельность профсоюзов и иных представителей работников, контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства, охрана труда, институт коллективного договора и некоторые другие институты, не имеющие аналогов в гражданском праве. С. П. Маврин по этому поводу отмечал: «Достаточно сказать, что максимум, о чем более или менее серьезно

²¹ См.: Карабельников Б. Р. Л. С. Таль и судьба его сочинений в российской правовой действительности: Печальные размышления у непарадного подъезда отечественного законодательства // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. С. 188–189.

²² Там же. С. 183.

можно вести речь, – это о включении трудового договора (контракта) в число гражданско-правовых сделок». Также вполне очевидно, что это «фактически ничего не изменит, кроме смены формальной принадлежности данного договора к определенной отрасли права. Но читатель должен согласиться, что эта цель далеко не оправдывает тех затрат, неудобств и просто тупиков, которые неминуемо возникнут как в ходе, так и в результате ее достижения»²³.

Перейдем к позиции аналитических «ультрацивилистов». Большинство ее исходных положений спорно или ошибочно. Так, еще в 40–50-е гг. XX в. М. М. Агарков и Ю. К. Толстой не признавали самостоятельности отрасли трудового права на основании того, что в трудовых отношениях существует имущественный и организационно-управленческий элементы, которые регулируются различными правовыми методами. Отсюда делается вывод, что отсутствие единого предмета и единого метода отрасли позволяет говорить и об отсутствии самостоятельной отрасли трудового права²⁴. Но, как уже указывалось, трудовое право органично совмещает в себе частно-правовое и публично-правовое начало. Еще Л. С. Таль выделял частное трудовое право и публичное трудовое право. Аргументированную критику позиции вышеназванных цивилистов давали как специалисты по теории права, так и ученые-трудовики (М. А. Аржанов, Л. Я. Гинцбург, А. Е. Пашерстник и др.)²⁵. Отметим, что Ю. К. Толстой скорректировал свою позицию и уже не отрицает самостоятельности отрасли трудового права²⁶.

²³ Курс российского трудового права. Т. 2. М., 2001. С. 53.

²⁴ См.: Агарков М. М. Предмет и система советского гражданского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9. С. 52–72; Толстой Ю. К. О теоретических основах кодификации гражданского законодательства // Правоведение. 1957. № 1. С. 42–53.

²⁵ См.: Аржанов М. А. Предмет и метод правового регулирования в связи с вопросом о системе советского права // Советское государство и право. 1940. № 8–9. С. 12–28; Гинцбург Л. Я. Соотношение советского трудового и гражданского права // Там же. 1978. № 1. С. 62–78; Пашерстник А. Е. К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы труда. М.; Л., 1948. Вып. 1. С. 121–273; Его же. Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства. М., 1955 и др.

²⁶ См.: Толстой Ю. К. Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 128–149.

Более того, он отводит трудовому праву самостоятельное место в системе права, отмечает его важные общесоциальные и социализаторские функции. Мы вполне разделяем взгляд Ю. К. Толстого о месте трудового и гражданского права в системе российского права: «Так что всем хватит места под солнцем!»²⁷.

В настоящее время некоторыми цивилистами были выдвинуты иные доказательства в обоснование «ультрацивилистической позиции». Так, Н. Д. Егоров утверждает, что «по мере перехода к рыночной экономике и формирования рынка труда все явственнее просматривается товарный характер отношения, возникающих по поводу трудовой деятельности человека. Поэтому указанные отношения в принципе должны входить в предмет гражданского права и регулироваться соответствующим структурным подразделением гражданского законодательства, в котором значительное влияние имеют публично-правовые нормы, обеспечивающие необходимую защиту интересов работника»²⁸. Аргументация исследователя в пользу данного предложения напоминает «бой с тенью», причем от несуществующего предмета. Так, утверждается, что современная доктрина трудового права строится на преобладании публично-правовых начал. Критикуется исторически сложившаяся практика правового регулирования трудовых отношений без учета их стоимостного характера, что является одной из причин неэффективности нашего производства²⁹.

Ответим на эти аргументы по порядку. Нетоварный характер рабочей силы был очевиден для большинства исследователей еще в конце XIX в. Филадельфийская Декларация МОТ 1944 г. прямо провозгласила, что труд не является товаром. К тому же само зарождение трудового права было как раз и связано с развитием рыночной экономики, стало ее «продуктом», своеобразной предпосылкой конкуренции. Нам непонятно, что имеется в виду под не учетом «стоимостного характера» трудовых отношений. Одним из признаков трудовых отношений всегда был имущественный, и это никогда и никем не отрицалось, а «бесстоимостной»

²⁷ Толстой Ю. К. Гражданское право и гражданское законодательство. С. 148.

²⁸ Гражданское право / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 2004. С. 15.

²⁹ Там же. С. 15–16.

труд характерен для рабовладения и феодализма. А. С. Пашков по этому поводу отмечал, что содержание трудового отношения не сводится к обязательствам имущественного характера. Своеобразие предмета трудовых отношений, неотделимость способности к труду от личности работника порождают особые лично-правовые и организационные связи между участниками трудовых отношений. Предметом трудового права был и остается процесс труда (живой труд) в его общественной форме, а предметом гражданского права – овеществленный труд в его стоимостной форме. В этой связи А. С. Пашков предложил говорить даже не об имущественном элементе трудовых отношений, а о возмездном³⁰.

Если опираться на вышесказанное, то с таким же успехом можно утверждать, что гражданско-правовые отношения в принципе могут быть включены в предмет трудового права, но с предоставлением большего усмотрения сторонам в их договорном сегменте.

Аргументация в пользу поглощения трудового права гражданским не может опираться и на работы русских дореволюционных цивилистов. Более того, в числе первых ученых-трудовиков преобладали специалисты по гражданскому праву. Достаточно назвать К. М. Варшавского, И. С. Войтинского, Д. М. Генкина, А. Г. Гойхбарга, Е. Н. Данилову, В. М. Догадова, Л. С. Таля и др. Среди русских цивилистов, рассматривающих трудовой договор как разновидность гражданско-правовых договоров, было распространено мнение о его особом характере и о необходимости для этого специальной правовой регламентации (Ю. С. Гамбаров, В. М. Гордон, В. Б. Ельяшевич и др.)³¹.

Все вышесказанное позволяет сделать следующие выводы. Во-первых, сближение трудового и гражданского права без взаимного поглощения уже началось и, вероятно, будет продолжаться. Во-

³⁰ См.: Проблемы правового регулирования труда в развитом социалистическом обществе / Под ред. А. С. Пашкова. Л., 1984. С. 10–12; Трудовое право России / Под ред. А. С. Пашкова. СПб., 1994. С. 11.

³¹ См.: Гамбаров Ю. С. Свобода и ее гарантии: Популярный социально-юридический очерк. СПб., 1910. С. 24–25; Гессен И. В. Личный наем по проекту Гражданского уложения // Право. 1900. № 9. С. 461–471; Гордон В. М. К учению о трудовых договорах (Литературное обозрение). СПб., 1914; Ельяшевич В. Б. Новое движение в области договора о труде // Право. 1907. № 3, 4, 6 и др.

вторых, самостоятельность трудового права как отрасли не должна подвергаться сомнению, т. к. это – исторически сложившееся и социально необходимое, зрелое правовое явление. С. С. Алексеев отнес трудовое право к числу специальных отраслей, где правовые режимы модифицированы, приспособлены к особым сферам жизни общества³². В рамках этой отрасли нашли отражение преимущественно модифицированные режимы двух профилирующих отраслей – гражданского и административного права. Но трудовое право имеет свои, отличные от них, предмет, метод, принципы, источники, социальное назначение и функции, особое место в системе российского права. Известный русский цивилист и одновременно один из первых трудовиков К. М. Варшавский впервые обосновал идею о трудовом праве как замкнутой системе, которая в то же время не является изолированной и взаимодействует не только с гражданским, но и с административным, финансовым и другими отраслями права³³. Он был последовательным сторонником цивилистической концепции, распространяя нормы ГК на трудовые отношения в части, не противоречащей КЗоТ. Но самостоятельность отрасли трудового права им под вопрос даже не ставилась.

Если вернуться в день сегодняшний и обратиться к мировому опыту, то можно констатировать следующее. У цивилистов должно быть гораздо больше опасений за отраслевую принадлежность некоторых традиционных гражданско-правовых институтов, т. к. «в последние десятилетия на Западе наблюдается тенденция к расширению области применения трудового права, к распространению его защитных положений на категории трудящихся, не относящихся к наемному персоналу, на так называемых автономных (независимых) работников (ремесленников, мелких торговцев, лиц свободных профессий), на членов производственных кооперативов, семейных предприятий, на государственных служащих...По всей вероятности, экспансия трудового права ...будет продолжаться»³⁴. Более того, в тех странах, где трудовые отношения регулируются

³² См.: Алексеев С. С. Право: азбука–теория–философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 46.

³³ См.: Варшавский К. М. Трудовое право СССР. Л., 1924. С.7; Его же. Ответственность нанимающих за причиненный вред // Вопросы труда. 1927. № 2. С. 70.

³⁴ Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 28.

нормами Гражданских кодексов, предусматриваются либо принцип приоритета трудового законодательства, либо принцип восполнения трудовым законодательством пробелов в правовом регулировании гражданским кодексом трудовых отношений, либо установление особенностей правового регулирования трудовых отношений в самом гражданском кодексе. Так, в Египте ряд норм о взаимоотношениях работников и работодателей (условия найма, расторжения трудового договора и др.) содержатся в Гражданском кодексе Египта (Закон № 131, 1948 г.). Эти нормы применяются в том случае, если не противоречат Трудовому кодексу (2003 г.), а также в отношении категорий работников, не включенных в кодекс³⁵. В Германском гражданском уложении практически сразу после введения его в действие договор об оказании услуг разделился на два самостоятельных подвида: договор об оказании услуг «самостоятельным лицом» и договор об оказании услуг «зависимым» лицом (работником). Со временем появился целый ряд специальных законов, устанавливающих дополнительные гарантии для работников, да и само уложение в этой части было существенно дополнено. Для зависимых работников установлен повышенный уровень гарантий и обеспечение защитой в специализированных трудовых судах³⁶.

³⁵ См.: Черняева Д. В. Новое трудовое законодательство Египта // Труд за рубежом. 2005. № 3. С. 104.

³⁶ См.: Захарова Т. Н. Договоры об оказании услуг «самостоятельным лицом» и лицом, «схожим с работником» в немецком праве // Трудовое право. 2007. № 6. С. 64–65.

М. В. Лушникова

Трудовое право, право социального обеспечения и административное право: дуализм публичных интересов и субъективных трудовых прав

Начнем с того, что еще раз повторим, что трудовое право, строго говоря, не выделялось из гражданского или административного права. В конце XVIII – первой половине XIX в. трудовые отношения регулировались в рамках гражданского права. До этого преобладающая отраслевая принадлежность норм, регулирующих трудовые отношения, колебалась от административного к гражданскому праву, причем в рамках первого это осуществлялось длительное время. К тому же ученые в последнее время соотношению трудового и административного права уделяют гораздо меньше внимания, что не всегда обоснованно.

Само содержание полицейского (административного) права в начале XX в., когда формировалось трудовое право, понималось иначе, чем сейчас. Его предмет трактовался как внутреннее управление, а под последним подразумевалась совокупность различных проявлений деятельности государства, направленных к обеспечению задач, присущих ему, как правомерному¹. В сфере его действия оказывались союзы и собрания (в том числе профсоюзы и забастовки), общественное призрение и благотворительность (с зачатками социального обеспечения), а также фабричное законодательство (или публичное трудовое право). Очевидно, что выделение последнего было в то время вполне обоснованно. Специально стоит отметить В. Ф. Дерюжинского, давшего вполне адекватное определение фабричного законодательства как совокупности норм, «ближайшим образом регулирующих взаимные отношения предпринимателей и рабочих и ограждающих интересы последних от неблагоприятного влияния современных усло-

¹ См.: Дерюжинский В. Ф. Полицейское право. Пг., 1917. С. 1.

вий крупного производства»². Впоследствии, как уже неоднократно подчеркивалось, Л. С. Таль в структуре нарождающейся отрасли трудового права выделил публичное трудовое право и частное трудовое право. Таким образом, трудовое право генетически связано с административным правом.

Теория современного российского трудового права не отрицает необходимости государственного регулирования трудовых отношений. ТК РФ основан на единстве нормативного и договорного регулирования трудовых отношений. Между тем остаются проблемы «пограничного» взаимодействия трудового и административного права. Одной из таких проблем является правовое регулирование труда государственных служащих.

Регулирование трудовых отношений государственных чиновников традиционно относилось к предмету полицейского (административного) права. Н. М. Коркунов определял государственную службу как «особое публично-правовое отношение служащего к государству, основанное на подчинении и имеющее своим содержанием обязательную деятельность, совершаемую от имени государства и направленную к осуществлению определенной задачи государственной деятельности»³. Как уже указывалось, в ходе дискуссии о предмете и методе советского права в 1938–1941 гг. ученые-административисты заняли в целом сдержанную позицию, не претендуя на охранительный блок трудово-правовых норм. Но в советский период правовое регулирование труда государственных служащих долгое время оставалось «ничейной областью», и в настоящее время его отраслевая принадлежность только определяется.

Ныне действующий Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»⁴ по сути легализовал включение трудовых (служебных) отношений государственных служащих в предмет административного права. В этом законе отсутствуют даже ссылки на трудовое законодательство, а его возможное применение допускается наряду

² Дерюжинский В. Ф. Указ. соч. С. 478–479.

³ Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 1. СПб., 1904. С. 400–401.

⁴ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

(на равных) с иными федеральными законами, и только в части, не урегулированной законом о государственной гражданской службе (ст. 5, 73). Следовательно, нормы трудового законодательства могут применяться к этим отношениям только субсидиарно, при наличии пробелов в данном административном законе.

Последующая редакция ч. 7 ст. 11 ТК РФ в противовес вышеназванному закону отнесла трудовые отношения государственных и муниципальных служащих к предмету трудового права. Прямо указано, что на них распространяется действие трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, но с особенностями, предусмотренными специальными федеральными законами иными нормативными правовыми актами РФ, законами, иными нормативными правовыми актами субъектов РФ о государственной гражданской и муниципальной службе. Следовательно, эти отношения включены уже в предмет трудового права, а нормы административного права применяются только в случаях прямого указания обозначенных нормативных правовых актов. Законодателю необходимо определиться с этой межотраслевой коллизией, т. к. верховенство данных норм определить не представляется возможным.

Отметим, что многие современные ученые-административисты считают деятельность государственных служащих предметом регулирования административного права⁵. Их аргументация сводится в основном к четырем положениям: 1) одной из сторон такого отношения выступает государство, что придает им в значительной степени публичный характер; 2) государственные служащие принимаются на службу для выполнения государственных функций, то есть действуют, по сути, не от своего имени, а от имени государства; 3) из Конституции РФ и федеральных законов прямо вытекает обязанность государства уважать личность государственного служащего, что вполне достаточно; 4) особый характер служебной деятельности (тру-

⁵ См., например: Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Старилов Ю. Н. Административное право. М., 2007. С. 253–330; Старилов Ю. Н. Служебное право. Воронеж, 1996. С. 23.

да) госслужащих, который существенно отличается от других видов трудовой деятельности⁶.

Представители науки трудового права в большинстве своем отдают предпочтение нормам своей отрасли – трудового права⁷. Но имеются и иные мнения. Некоторые из ученых, как, например, Е. Б. Хохлов, ранее настаивали на его регулировании «если не исключительно, то преимущественно в публично-правовом порядке»⁸. В. М. Лебедев полагает, что труд на государственной службе составляет предмет административного права. По его мнению, нормы трудового права применяются субсидиарно путем проникновения норм одной отрасли в другую. При этом они становятся равноправными элементами новой отрасли права⁹.

При этом для многих ученых-трудовиков очевидно, что «сама природа управления в государственной сфере и в сфере труда различна: государственное управление жестче, в сфере труда управляющий и управляемый связаны договорными отношениями, работники в установленных пределах участвуют в управлении производством. Поэтому управленческие отношения в процессе труда выходят за пределы административного права и регулируются правом трудовым»¹⁰. Хрестоматийными стали ссылки на разделение «внутренних» и «внешних» отношений в сфере государственной службы. Так, еще А. Е. Пашерстник писал: «Линия разграничения между трудовым и административным правом лежит в плоскости различия между положением государственных служащих в трудовом процессе и их положением во внешней среде. От-

⁶ См.: Гришковец А. А. Проблемы соотношения норм административного и трудового права при регулировании отношений в сфере государственной службы // Государство и право. 2002. № 12. С. 24; Его же. Правовое регулирование государственной гражданской службы в Российской Федерации. М., 2003. С. 7 и далее; Поляков С. Регулирование служебных и трудовых отношений // Российская юстиция. 1998. № 12. С. 23–25 и др.

⁷ См.: Трудовое право / Под ред. О. В. Смирнова, И. О. Снигиревой. М., 2007. С. 23.

⁸ См.: Курс российского трудового права. СПб., 1996. Т. 1. С. 103.

⁹ См.: Лебедев В. М. Трудовое право. Проблемы общей части. Томск, 1998. С. 49.

¹⁰ Трудовое право России / Под ред. Р. З. Лившица и Ю. П. Орловского. М., 1998. С. 24.

ношения с внешней средой являются областью административного права, отношения в процессе труда – областью трудового права»¹¹. Аналогичные аргументы разграничения трудовых отношений и административных в сфере государственной службы звучат и в современной литературе по трудовому праву¹². Кроме того, встречаются суждения и о неприемлемости такого разграничения отношений в сфере государственной службы. Так, Л. А. Чиканова обосновывает положение о сложном характере государственно-служебного отношения, при этом служебно-трудовое отношение включается в структуру этого единого сложного отношения. В частности она пишет, что речь должна идти уже не о разграничении административного и трудового права в зависимости от вида регулируемых отношений – "внутренних" и "внешних", а о разграничении внутри "внутренних" отношений, то есть разграничении отношений, а следовательно, и применяемого к ним законодательства внутри самого государственно-служебного отношения на гражданской службе¹³. Иными словами, имеется в виду все то же разграничение публичных отношений, регулируемых административным правом, и служебно-трудовых, составляющих предмет трудового права. Но при этом мы имеем дело с неким межотраслевым правоотношением, включающим публичные и частные (трудовые) отношения. Существование такого «гибрида» вызывает у нас сомнения как с точки зрения теории правоотношения, так и с точки зрения практического значения такой конструкции¹⁴.

В западном законодательстве в настоящее время преобладает мнение, что отношения в сфере государственной службы –

¹¹ Пашерстник А. Е. К вопросу о советской государственной службе // Вопросы советского административного права. М.; Л., 1949. С. 123.

¹² См.: Гафаров З. С., Иванова С. А., Шайхатдинов В. Ш. Правовое регулирование труда и социальной защиты государственных служащих субъектов Российской Федерации. Екатеринбург, 1998. С. 10–19; Нестерова Т. А. Государственная служба в Российской Федерации и проблемы трудового права. Пермь, 2002; Нестерова Т. А., Фадеева Л. А. Российское трудовое право и служба в прокуратуре. Пермь, 2001.

¹³ Чиканова Л. А. Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика: Автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 9, 16–18.

¹⁴ См. также: Ершова Е. А. Правовая природа служебных отношений // Трудовое право. 2005. № 5. С. 12–19.

монополия административного права. Это обосновывается тем, что конституирование отношения государственной службы – это односторонний акт, не имеющий ничего общего с трудовым договором. Например, в ФРГ комплекс норм, касающихся труда государственных чиновников, включается в «чиновничье право», являющееся подотраслью административного права¹⁵. В настоящее время государственная служба во Франции регулируется серией законов, принятых в 80-е гг. прошлого века и составивших различные разделы Общего устава служащих государства и территориальных коллективов, которые содержат права государственных служащих (право на вознаграждение, право на забастовку, право на участие в обсуждении, право на отпуск и др.)¹⁶. Но общая тенденция развития западного трудового права свидетельствует о постепенном распространении трудового законодательства на госслужащих и полицейских. Более того, ряд Конвенций МОТ, в частности Конвенция № 151 (1978 г.) (не ратифицирована РФ) о трудовых отношениях на государственной службе включает их в сферу действия трудового законодательства. Она предусматривает защиту от дискриминации профсоюзов госслужащих, а также привлечение госслужащих к участию в процессе принятия управленческих решений, затрагивающих их трудовые интересы. В недавнем прошлом российский законодатель в этой части действовал в русле международно-правовых стандартов. Так, в ранее действовавшем Законе РФ от 31 июля 1995 г. «Об основах государственной службы РФ»¹⁷ устанавливалось общее правило о распространении действия законодательства о труде на указанные категории служащих с особенностями, предусмотренными названным законом. Таким образом, трудовые отношения государственных служащих в прошлом включались в предмет трудового права. Это означало, что при отсутствии в указанном

¹⁵ Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 83.

¹⁶ См.: Васильев Д. И. Государственная служба в странах основных правовых систем мира. / Под ред. А. А. Демина. М., 2004. С. 261–262.

¹⁷ СЗ РФ. 1995. № 31. Ст. 2990.

выше законе специальных норм, регулирующих трудовые отношения, применяются общие нормы именно трудового права. Принцип применения трудового законодательства к трудовым отношениям госслужащих ранее можно было сформулировать следующим образом: эти отношения регулируются трудовым законодательством с учетом приоритета действия специальных норм. Это нашло отражение в исследованиях правовых аспектов государственной службы¹⁸.

Как уже отмечалось, ситуация принципиально изменилась после принятия Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹⁹. Он по сути легализовал обособление от трудового нового служебного права как подотрасли административного права. Такая позиция законодателя была подвергнута аргументированной критике учеными-трудовиками. Они справедливо считают, что отсутствует практический смысл в выделении служебного права, состоящего из модифицированных норм трудового права, а законодательство о государственной гражданской службе, по их мнению, имеет в своей основе ошибочную теоретическую концепцию об исключительности служебных отношений и необходимости смены правовых средств их регулирования с трудовых на административные²⁰. Действительно, Закон о государственной гражданской службе по содержанию полностью построен на прямом заимствовании норм ТК РФ, а по форме (терминологии) от него дистанцируется. Вместо термина «трудовой» идет его замена на «служебный» (служебный контракт, служебный распорядок, служебная дисциплина, служебное время, служебный спор). Содержательное

¹⁸ См.: Дедкова Т. А. Особенности регулирования труда государственных служащих субъектов РФ: Дис. ... канд. юрид. наук, Томск, 2000; Джигоев С. Х. Правовое регулирование трудовых отношений федеральных государственных служащих: Дис. ... канд. юрид. наук, М., 1997; Нестерова Т. А. Государственная служба в РФ и проблемы трудового права. Пермь, 2002 и др.

¹⁹ СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215.

²⁰ См.: Правовое регулирование отношений в сфере госслужбы / С. А. Иванов и др. // ЭЖ-Юрист. 2004. № 6; Нестерова Т. А. Государственные органы и их служащие в системе защиты трудовых прав. Пермь, 2005; Полетаев Ю. Н. Правовое положение государственных служащих в сфере труда. М., 2005 и др.

наполнение перечисленных институтов созвучно ТК РФ. При этом часть статей содержит нормы, учитывающие особенности правового статуса государственного служащего (ограничения, запреты, связанные с гражданской службой, дополнительные государственные гарантии гражданских служащих, кадровый резерв и др.). Они укладываются в рамки дифференциации трудовых отношений. Новеллы служебного права представляют собой неизвестные теории права, в том числе и теории трудового права, конструкции «перезаключения» служебного контракта (ст. 25), приостановления служебного контракта по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон (ст. 39) и др. В случае выявления пробелов в правовом регулировании неизбежно субсидиарное применение норм трудового законодательства, что и предусмотрено ст. 73 настоящего Закона.

Вероятно, именно эти аргументы были определяющими при внесении изменений и дополнений в ТК РФ Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ. Так, в ч. 7 ст. 11 ТК РФ появилась норма, ранее звучавшая в Законе РФ от 31 июля 1995 г. «Об основах государственной службы РФ» (ныне отмененном) о том, что на государственных гражданских служащих и муниципальных служащих действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права, распространяется с особенностями, предусмотренными федеральными законами и иными нормативно правовыми актами о государственной гражданской и муниципальной службе. Таким образом, речь идет отнюдь не о субсидиарном применении норм трудового права, а вновь заявлено о включении названных отношений в предмет отрасли трудового права, их регулировании на основании принципа единства и дифференциации в правовом регулировании трудовых отношений.

Специалисты административного права эту коллизию ТК РФ и Федерального закона от 27 июля 2004 г. «О государственной гражданской службе Российской Федерации» единодушно разрешают в пользу последнего и обосновывают особый характер служебных правоотношений, принципиально отличный от

трудовых²¹. Так, А. А. Гришковец утверждает, что в системе государственной службы преобладающими должны являться нормы административного права и императивный метод правового регулирования; а право гражданина на равный доступ к государственной службе не является формой реализации конституционного права на труд, и это есть не что иное, как самостоятельная форма реализации конституционного права гражданина на участие в государственном управлении²².

Специалисты по трудовому праву Санкт-Петербургской юридической школы с учетом существующей сегодня позиции законодателя подошли с точки зрения поиска компромисса интересов трудового права и административного права. Они стали писать об «интеграции правового регулирования, выражающейся во все более тесном и сложном взаимодействии и взаимовлиянии норм различных отраслей при правовом регулировании ряда общественных отношений, о двойственном характере института государственной службы, что проявляется в совместном правовом регулировании нормами трудового и административного права отношений гражданских государственных служащих, гражданского персонала в сфере военной и правоохранительной государственной службы»²³. Об этой двойственности в свое время писал А. С. Пашков, отмечавший комплексный характер института государственной службы. Нормы, регулирующие управленческую деятельность госслужащих он отнес к предмету административного права, а нормы, регулирующие условия применения их способности к труду, – к предмету трудового права²⁴.

В теории трудового права в этой связи предлагается концепция «совместного предмета правового регулирования». Если довести эту концепцию до логического завершения, то она, по сути, будет означать отрицание отраслевого деления системы права по

²¹ См., например: Старилов Ю. Н. Что происходит с институтом российской государственной службы? // Журнал российского права. 2004. № 9. С. 11–25.

²² См.: Гришковец А. А. Правовое регулирование государственной гражданской службы в Российской Федерации: Учебный курс. М., 2003. С. 32–62.

²³ Трудовое право России / Под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. С. 22–23.

²⁴ См.: Проблемы регулирования труда в развитом социалистическом обществе. Л., 1984. С. 18–21.

предмету и методу правового регулирования. Кстати, в отношении отраслевого метода правового регулирования Санкт-Петербургская школа трудовиков уже вынесла «свой вердикт», заменив его на механизм правового регулирования общественного труда²⁵. На наш взгляд, о предмете совместного регулирования можно вести речь в рамках комплексного законодательства и комплексных нормативных актов, содержащих нормы различных отраслей права. Не являясь сторонником выделения комплексных отраслей права, полагаем, что комплексной может быть отрасль законодательства. Автор теории комплексных отраслей права С. С. Алексеев рассматривал их как соединение разных институтов базовых (конституционное, гражданское, уголовное, административное и процессуальные отрасли права) и специальных отраслей (трудовое, право социального обеспечения, семейное, земельное и др.). Такое соединение отраслей носит переходный, временный характер до перерастания этого синтеза в основную отрасль²⁶. Л. С. Явич, вполне, на наш взгляд, справедливо возражал против комплексных отраслей права, утверждая, что комплексных отраслей не может быть, в то время как комплексные отрасли законодательства возможны и нужны. Он, в частности, отмечал, что часто приходится создавать отрасли законодательства, которые не совпадают с отраслями права, включают принципы и нормы нескольких отраслей²⁷. Заслуживает особого внимания, по нашему мнению, позиция Р. З. Лившица, который считал, что нет «полноценных» и «неполноценных» отраслей, профилирующих и специальных, основных и комплексных. По его мнению, речь должна идти об отраслях законодательства, которые равны, но при приоритете отрасли, именуемой государственным правом, которую точнее называть законодательством о государственном строе²⁸. Между тем представляется, что при

²⁵ См. подробнее: Лушникова М. В., Лушников А. М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 391–409.

²⁶ См.: Алексеев С. С. Право: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 45–46.

²⁷ См.: Явич Л. С. Социализм: право и общественный прогресс. М., 1990. С. 45–46.

²⁸ См.: Лившиц Р. З. Теория права. М., 1994. С. 122–124.

всей практической значимости отраслей законодательства вряд ли имеются основания для отказа от отраслей права как первичных правовых образований, составляющих систему права. Именно в качестве комплексного нормативного акта, содержащего нормы административного, трудового права и права социального обеспечения, рассматривает современное законодательство о государственной гражданской службе Ю. Н. Полетаев²⁹.

А. В. Гусев идет дальше и дает прогнозы в отношении формирования в перспективе новой отрасли права – права публичной (государственной и муниципальной) службы со своим социальным назначением, функциями, принципами, предметом и методом правового регулирования³⁰. При этом подчеркивается, что во многих странах государственная служба в целом выведена из сферы действия трудового права (Германия, Франция, Англия, США, Канада и др.). По такому же пути пошли и некоторые постсоветские республики (Эстония, Азербайджан)³¹. Другие выбрали иной путь. Так, в действующем Трудовом кодексе Республики Казахстан содержится специальная глава «Особенности регулирования труда гражданских служащих».

На наш взгляд, отрасль трудового права, основанная на единстве частных и публичных начал, в силу своей неоднородной природы содержит необходимый арсенал правовых средств регулирования особого вида трудовых отношений – служебных (публичных). С одной стороны, эта отрасль обеспечивает защиту социально-трудовых прав государственных и муниципальных служащих, а по международной классификации – социальных прав человека и гражданина. С другой стороны, публичные начала отрасли трудового права не исключают государственно-властных императивов в определении порядка прохождения публичной службы. Административное право, будучи исключительно публичной отраслью, вряд ли обеспечит надлежащее правовое

²⁹ См.: Полетаев Ю. Н. Правовое положение государственных гражданских служащих в сфере труда. М., 2005. С. 8.

³⁰ См.: Гусев А. В. Российская государственная гражданская служба: проблемы правового регулирования. Екатеринбург, 2005. С. 205–213.

³¹ См.: Комментарий к Федеральному закону «О государственной гражданской службе в Российской Федерации» и законодательству о гражданской службе зарубежных государств. М., 2005. С. 449–569.

регулирование служебных отношений государственных и муниципальных служащих и справится с задачей создания необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов государства в обеспечении эффективной профессиональной служебной деятельности и интересов государственных служащих, гарантий их социальных прав и свобод, в том числе свободу объединения в профсоюзы и др. Следовательно, формирующееся служебное право должно быть основано на единстве частных и публичных начал, но с преобладанием публичных начал.

Правовым регулированием трудовых отношений государственных служащих не исчерпываются «пограничные» сферы взаимодействия трудового и административного права. Отношения по трудоустройству (занятости) характеризуются постоянным и «неизбежным» соседством и взаимообусловленностью трудовых и административных правоотношений. Расширение трудовой миграции в условиях глобализации экономики поставили на повестку дня вопросы защиты трудовых прав мигрантов³². Это тоже «пограничная» сфера трудового и административного отраслей права. Обычно принимающее государство с помощью административных мер влияет на географическое и секторное распределение работников-мигрантов³³. В РФ это связано с установлением квот, привлечением иностранных работников на основе разрешений.

Стабильность и защита трудовых отношений с мигрантами связана с определением международных стандартов трудовых прав мигрантов. Этому посвящены Конвенция МОТ № 97 о трудящихся-мигрантах (1949 г.) и соответствующая Рекомендация

³² См.: Довгерт А. С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992; Киселев И. Я. Труд с иностранным участием (правовые аспекты) М., 2003. С. 114–157; Костин Л. А. Международная организация труда. М., 2002. С. 292–303; Шестерякова И. В. Международно-правовое регулирование труда. Саратов, 2004. С. 53–92; Права иностранных рабочих в России / Под ред. И. Л. Трунова. М., 2006; Скачкова Г. С. Труд иностранцев в России: правовое регулирование. М., 2006.

³³ См. подробнее: Миграция и иммиграционный контроль: теория и практика России и зарубежных стран / Н. А. Алексеев, А. А. Глуходедов, С. О. Харламов, И. Г. Загрядская. М., 2006.

МОТ № 86 (1949 г.), Конвенция МОТ № 143 о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения (1975 г.), Конвенция ООН о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990 г.). Россия не ратифицировала перечисленные международные акты, но Конституция РФ (ст. 62) предоставляет иностранным гражданам на территории страны «национальный правовой режим», кроме изъятий предусмотренных федеральным законодательством и международными соглашениями РФ. Иными словами, в отношении иностранных граждан применяется в принципе «национальный режим». Иностранцам и апатридам – лицам без гражданства – в РФ предоставляются такие же права, что и российским гражданам (за некоторыми изъятиями), и они несут такие же обязанности, что и российские граждане.

Применительно к трудовому статусу иностранных граждан и лиц без гражданства, т. е. их положению в области труда и трудовых отношений, действует следующее правило. На них распространяются правила, установленные российским трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации (ч. 5 ст. 11 ТК РФ). Они могут быть членами профсоюзов (ст. 2 Федерального закона от 12 декабря 1996 г. «О профсоюзах, их правах и гарантиях деятельности»). Из ст. 11 ТК РФ следует, что особенности правового регулирования труда иностранных работников устанавливаются в соответствии с ТК РФ. В рамках трудового законодательства любые ограничения трудовых прав мигрантов, снижающие уровень гарантий стандартов трудовых прав, означают их дискриминацию в трудовых отношениях. Однако это не исключает дифференциации в правовом регулировании трудовых отношений с мигрантами. Таким образом, правовое регулирование трудовых отношений работников-мигрантов сопровождается административно-правовыми правилами привлечения и использования иностранной рабочей силы в РФ. Это сфера совместного правового регулирования трудового права и административного права. Трудовой статус иностранных работников обусловлен административным разрешительным порядком привлечения и использования иностранной

рабочей силы. Однако отношения по применению труда иностранных работников остаются трудовыми, заключаемые договоры – трудовыми договорами. В этой связи специалистами по трудовому праву предлагается включить в ТК РФ в раздел XII «Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников» специальную главу, посвященную работникам-мигрантам. Соответственно правила, касающиеся административного порядка привлечения и использования иностранной рабочей силы, составляют, как отмечают некоторые авторы, самостоятельный институт административного права³⁴. Вместе с тем очевидна и тесная взаимосвязь и взаимообусловленность норм трудового и административного права в рассматриваемой сфере. В этой связи в настоящее время в юридической литературе можно встретить суждения о процессе формирования в перспективе самостоятельной отрасли права – миграционного права³⁵, а современное состояние миграционного законодательства рассматривают как комплексный межотраслевой институт³⁶, выдвигаются идеи принятия Миграционного кодекса.

ТК РФ (ст. 1) включает в предмет трудового права отношения по трудоустройству у данного работодателя. Это лишь малая часть отношений, возникающих в сфере содействия трудовой занятости на основании законодательства о занятости населения. Вместе с тем ТК РФ (ст. 2) среди основных принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений называет принцип защиты от безработицы и содействие в трудоустройстве.

³⁴ См.: Шумилов О. В. Международно-правовое регулирование миграционных процессов в СНГ // Юрист-международник. 2007. № 1. С. 16.

³⁵ См.: Баранов В. М. Незаконная миграция в современной России: понятие, виды, эффективность противодействия // Миграция, права человека и экономическая безопасность в современной России. Н. Новгород, 2004. С. 48; Миграционное законодательство Российской Федерации и проблемы прав человека в России: Круглый стол: проблемы, дискуссии, предложения. М., 2002. С. 46 и др.; Тоцкий Н. Н. Введение в миграционное право. М., 1999. С. 9–10

³⁶ См.: Хабриева Т. Я. Миграционное право как структурное образование российского права // Журнал российского права. 2007. № 11. С. 18–23.

Названный принцип является универсальным и распространяется не только на отношения между лицом и будущим работодателем по трудоустройству, но и на отношения по трудоустройству с участием государственной службы занятости, отношения по профессиональной подготовке, повышению квалификации и переподготовке по направлению службы занятости, отношения по выплате пособия по безработице и иным видам социальной поддержки безработных. Именно такой широкий подход к определению правового института содействия занятости нашел отражение в современных учебниках по трудовому праву³⁷. В указанных учебниках в структуру особенной части отрасли включается институт «Правовое регулирование отношений в сфере занятости и трудоустройства», который содержит нормы, регулирующие права граждан в сфере занятости, правовой статус безработного, трудоустройство граждан, полномочия федеральных органов власти и органов власти субъектов федерации в сфере занятости и др. Более того, некоторые авторы рассматривают безработного как особого субъекта трудового права. Они называют его вспомогательным субъектом трудового права с производной правоспособностью от способности основного субъекта трудового права – работника³⁸.

Одновременно в учебниках по праву социального обеспечения мы также находим указание на институт права социального обеспечения «Социальное обеспечение в случае безработицы»³⁹. Таким образом, с одной стороны, мы вновь сталкиваемся с пересечением предметов правового регулирования отношений по содействию занятости различными отраслями права: трудовым, правом социального обеспечения и административным. С другой

³⁷ См., например: Трудовое право России / Под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2007. С. 249–293; Трудовое право России / Под ред. А. М. Куренного. М., 2004. С. 148–172; Трудовое право / Под ред. О. В. Смирнова, И. О. Снигиревой. М., 2007. С. 199–224; Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право России. М., 2003. С. 104–120.

³⁸ Курс российского трудового права / Под ред. С. П. Маврина, А. С. Пашкова, Е. Б. Хохлова. М., 2001. Т. 2. С. 376.

³⁹ См., например: Право социального обеспечения / Под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 326–341.

стороны, имеет место необоснованное расширение отраслевого предмета за счет включения в него социально-обеспечительных и административных отношений.

Законодательство о занятости населения в РФ отличается комплексным характером и содержит нормы различных отраслей права. В этой связи институт занятости выступает межотраслевым комплексным институтом. Составной частью этого института является правовое регулирование содействия трудовой занятости (трудоустройство).

Еще в советском трудовом праве в 70-е гг. XX в. большинством ученых отношения по трудоустройству рассматривались как производные в предмете отрасли трудового права. Эти отношения, как уже отмечалось, подразделялись на три вида: 1) отношения, возникающие между гражданином и органом по трудоустройству; 2) отношения, возникающие между работодателем и органом трудоустройства и 3) отношения между гражданином и предприятием о заключении трудового договора на основании направления органа по трудоустройству. Всеми авторами признавался в качестве отношений по трудоустройству первый из названных видов отношений. Позиции не совпадали только применительно к двум следующим. Одни причисляли отношения, возникающие между работодателем и органами трудоустройства, к сфере административного права⁴⁰, другие, наоборот, включали в предмет трудового права, но не признавали отношениями по трудоустройству отношения между гражданином и работодателем, направленным на работу органом по трудоустройству⁴¹. Но в целом отношения по трудоустройству, по мнению советских ученых, обязательно предполагали участие органов по трудоустройству⁴².

Советское трудовое право являлось публичной по своей природе отраслью права. Работодателями (причем единственными в условиях социалистической государственной собственности на

⁴⁰ См.: Советское трудовое право / Под ред. В. С. Андреева. М., 1971. С. 10.

⁴¹ См.: Советское трудовое право / Под ред. Н. Г. Александрова. М., 1972. С. 176.

⁴² См., например: Уржинский К. П. Трудоустройство граждан в СССР. М., 1967.

средства производства) признавались государственные предприятия, организации, учреждения. В этой связи полноправным субъектом трудового права выступали и государственные органы по трудоустройству, равно как и участники производных от трудового отношений – отношений по трудоустройству. Такая юридическая отраслевая квалификация отношений по трудоустройству в качестве производных от трудового соответствовала публичной природе отрасли трудового права, ее социальному назначению.

В современной интерпретации понятие трудоустройства охватывает не только трудоустройство при посредничестве третьих лиц (органов по трудоустройству), но и непосредственное трудоустройство как результат самостоятельных действий работодателя и потенциального работника⁴³. Современная система российского трудового права, по нашему мнению, предполагает иное «разделение труда» между отраслями трудового права и права социального обеспечения в сфере трудоустройства и занятости.

Применительно к предмету трудового права, на наш взгляд, речь можно вести только в отношении трудоустройства, т. е. отношений, возникающих между лицом, ищущим работу, и работодателем как с участием службы занятости, так и без таковой. Собственно, этот вид отношений и является отношениями по трудоустройству у данного работодателя. Правовое регулирование отношений, возникающих между службой занятости и безработным по поводу оказания лицу услуг трудового посредничества, профессиональной подготовки, переподготовки, предоставления общественных работ, выплаты пособий по безработице, составляют предмет отрасли права социального обеспечения. Отношения между работодателем и органом по трудоустройству (государственным или частным) соответственно регулируются административным правом и гражданским правом. Исторически законодательство о содействии занятости формировалось как самостоятельный вид законодательства на пересечении государственного (общественного) призрения, в более поздний период также и законодательства об обязательном социальном страховании от безработицы.

⁴³ См.: Курс российского трудового права / Под ред. С. П. Маврина, А. С. Пашкова, Е. Б. Хохлова. Т. 2. С. 409.

С принятием Закона РФ от 19 апреля 1991 г. «О занятости населения в Российской Федерации»⁴⁴ задачей государства провозглашалось проведение политики содействия реализации прав граждан на полную, продуктивную и свободно избранную занятость. Это в полной мере соответствовало ратифицированной Конвенции МОТ № 122 «О политике занятости» (1964 г.).

Если в советский период предметом исследования были отношения по трудоустройству, то в настоящее время с учетом названного выше закона исследования проводятся в ключе анализа более широкого спектра отношений – отношений по содействию занятости. Как правило, многие авторы подчеркивают межотраслевой характер законодательства о занятости и обосновывают формирование межотраслевого института⁴⁵. Так, одни авторы включают в предмет трудового права три вида отношений: отношения по трудоустройству у данного работодателя, отношения по участию в общественных работах и отношения с участием профсоюзов, иных представительных органов работников и работодателей в коллективных переговорах и взаимных консультациях по вопросам занятости. Иные отношения по профессиональной подготовке в профессиональных образовательных учреждениях, профориентации, по их мнению, составляют часть предмета административного права, отношения по материальной и социальной поддержке безработных – права социального обеспечения и т. д.⁴⁶ Другие авторы, не отрицая межотраслевого характера института правового регулирования содействия занятости, пишут об образовании и признании на базе традиционных институтов трудоустройства, профессиональной подготовки и повышения квалификации непосредственно у данного работодателя качественно нового института – обеспечения трудовой занятости, основанной на трудовом договоре (или направленной на заключение

⁴⁴ Ведомости ВС РСФСР. 1991. № 18. Ст. 565.

⁴⁵ См., например: Андреева Л. А., Медведев О. М. Трудовой договор в России. М., 2004. С. 21; Лебедев В. М. Трудовое право: проблемы общей части. Томск, 1998. С. 17.

⁴⁶ См.: Правовое регулирование содействия занятости населения в Российской Федерации / В. Ш. Шайхатдинов и др. Екатеринбург, 2003. С. 11–15.

такового)⁴⁷. Таким образом, предлагаемый институт охватывает не только институт трудоустройства, но и существующие институты профессиональной подготовки и переподготовки работников на производстве, внутреннего трудоустройства в порядке переводов и т. д. В этой связи предлагается реанимировать в ТК РФ ранее существовавшую в КЗоТ РФ 1971 г. (в ред. Закона РФ от 25 сентября 1992 г.) главу III-A «Обеспечение занятости и гарантии реализации права граждан на труд»⁴⁸. Третьи идут дальше и предпринимают попытки обосновать необходимость легального признания права на содействие трудовой занятости как некоего комбинированного права, объединяющего права, имеющие самостоятельное значение: право на труд, право на трудоустройство, право на защиту от безработицы, право на образование, профобучение и др., но при этом названное право признается качественно новым правовым образованием⁴⁹. Сторонники этой позиции ратуют за включение в ТК РФ специального раздела «Содействие трудовой занятости», регламентирующего правовые основы распределения и перераспределения рабочей силы, трудоустройства, профподготовки и переподготовки кадров непосредственно на производстве, высвобождения работников, профотбора и т. д. В пример приводится Трудовой кодекс Франции, где имеется специальный раздел (книга 3) «Занятость и трудоустройство»⁵⁰. В США право занятости – это подотрасль трудового права, которая «занимается» в основном проблемами устранения дискриминации в области занятости и незаконными увольнениями, а также процедурным порядком их обжалования. В некоторых странах Запада, например в Великобритании, уже активно обсуждают формирование суперотрасли под условным названием «право за-

⁴⁷ См.: Андреева Л. А., Медведев О. М. Трудовой договор в России. М., 2004. С. 21.

⁴⁸ См.: Андреева Л. А., Медведев О. М. О месте норм об обеспечении трудовой занятости в системе российского права // Государство и право. 2007. № 2. С. 54–60.

⁴⁹ См.: Джигоев С. Х. Правовые проблемы содействия трудовой занятости. М., 2006. С. 72; 77; Медведев О. М. Правовые проблемы обеспечения занятости населения: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1994. С. 10, 21–23; Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право. М., 2003. С. 162–164.

⁵⁰ См.: Киселев И. Я. Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 76.

нятости», которая бы включала в свой предмет все общественные отношения, связанные с трудоустройством, а также трудовое право в современном понимании. Как нам представляется, для нашей правовой системы эта проблема если и станет актуальной, то не в ближайшем будущем. Но в любом случае занятость остается для экономически развитых стран высшим приоритетом социальной политики XXI в.⁵¹

На наш взгляд, предлагаемые юридические конструкции права на содействие трудовой занятости в рамках трудовых отношений, особая глава ТК РФ являются весьма искусственными и не учитывают исторически складывающееся «разделение труда» между различными отраслями права. Более того, вряд ли оправданным станет ликвидация самостоятельности института профессиональной подготовки и повышения квалификации работника, исключение из института трудового договора норм, связанных с так называемым «внутренним трудоустройством». Такая перегруппировка нормативного материала не представляется нам обоснованной и необходимой как с позиции теории вопроса, так и практики применения действующего законодательства. По сути, когда речь идет о физическом лице, мы имеем дело с публичным правом на содействие трудовой занятости как правом на государственную помощь, получение публичных услуг по трудоустройству, профессиональному обучению и переобучению, материальному обеспечению на период безработицы. Это право относится к социально-обеспечительным правам; возникающие в этой связи отношения регулируются правом социального обеспечения. Прообразом этого права было право на трудовую помощь. В предмет трудового права в качестве производных отношений с очевидностью включаются отношения между лицом, ищущим работу, и работодателем.

⁵¹См.: Каргалова М. В. Занятость как высший приоритет социальной политики XXI века // Труд за рубежом. 2003. № 1. С. 3–19.

Т. Ю. Барышникова

**Материнский капитал как особый вид
социального обеспечения: семейно-правовые
и гражданско-правовые аспекты**

Федеральным законом «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» № 256-ФЗ от 29.12.2006 г.¹, вступившим в силу с 01 января 2007 г., введен новый для российского социального законодательства вид социального обеспечения – так называемый материнский (семейный) капитал.

Материнский капитал следует рассматривать как вид социального обеспечения, поскольку он обладает всеми признаками последнего, а именно:

- представляет собой материальное благо и реализуется в рамках имущественного отношения²,
- реализуется в рамках социально-обязательственного правоотношения.

Мы вслед за рядом ученых являемся сторонниками использования конструкции социально-обеспечительного обязательства³, которая, по нашему мнению, позволяет охарактеризовать природу социально-обеспечительных отношений в целом, объединив различные организационно-правовые формы социального обеспечения. М. В. Лушниковой, А. М. Лушниковым выделены родо-

¹ ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», № 256-ФЗ от 29.12.2006 г. // СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 19.

² См., напр.: Захаров М. Л., Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России. М., 2001. С. 65.

³ См.: Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. М., 2008. С. 167; Федорова М. Ю. Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 86 и след.; Иванова Р. И., Тарасова В. А. Предмет и метод советского права социального обеспечения. М., 1983. С. 146.

вые признаки социально-обеспечительного обязательства, присущие цивилистической конструкции обязательства (имущественный характер, относительный характер, правоотношение тивного типа, целенаправленность) и видовые характеристики, отличающие социально-обеспечительное обязательство от других обязательств (доминирование недоговорных, вытекающих из закона социально-обеспечительных обязательств, односторонний характер, преимущественно публичный характер)⁴. Таким образом, соглашаясь с данной позицией, мы будем рассматривать социально-обеспечительное обязательство как 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 льгот⁵. Различное сочетание частных и публичных начал в различных видах социально-обеспечительных обязательств⁶, по нашему мнению, не мешает использованию единой концепции социально-обеспечительного обязательства для всех организационно-правовых форм социального обеспечения.

Особенности субъектного состава отношений по предоставлению материнского (семейного) капитала, а также особенности порядка его предоставления и использования позволяют сделать вывод об особом характере данного вида социального обеспечения.

На основе действующего законодательства можно выделить следующие общие признаки материнского капитала как вида социального обеспечения, который предоставляется: 1) вне зависимости от наличия и продолжительности страхового или иного вида трудового стажа, вне связи с осуществлением трудовой деятельности, 2) в рамках двухсубъектных отношений, 3) вне зависимости от нуждаемости, уровня среднедушевого дохода или на-

⁴ Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. С. 473.

⁵ Там же. С. 473.

⁶ См., например: Иванкина Т. В. Проблемы правового регулирования распределения общественных фондов потребления. Л., 1979. С. 29; Иванова Р. И., Тарасова В. А. Указ. соч. С. 146; Федорова М. Ю. Указ. соч. С. 91.

хождения в трудной жизненной ситуации, 4) для использования в определенных законом целях.

Таким образом, предоставление материнского капитала как вида социального обеспечения можно охарактеризовать признаками всеобщности, гарантированности, публичности и целевого назначения. Учитывая дифференциацию видов социального обеспечения в зависимости от организационно-правовой формы (к которым мы вслед за большинством авторов относим социальное страхование, социальную помощь и государственное социальное обеспечение⁷), следует сделать вывод, что вышеуказанные признаки позволяют отнести материнский капитал к такой организационно-правовой форме, как государственное социальное обеспечение.

Особенность материнского капитала как вида социального обеспечения заключается в специфике объекта социально-обязательственного правоотношения. По мнению большинства авторов⁸, объектом социально-обеспечительного правоотношения является материальное благо в форме денежной выплаты (пособия, пенсии), в натуральной форме (продукты питания, одежда, средства санитарии, гигиены, специальные технические средства реабилитации инвалидов и др.), в виде социальных субсидий и компенсаций, социальной услуги, социального обслуживания (как комплекса социальных услуг) и т. п.

Материнский (семейный) капитал в соответствии со ст. 2 ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», это средства федерального бюджета, передаваемые в бюджет Пенсионного фонда Российской Федерации на реализацию дополнительных мер государственной поддержки. Таким образом, материнский капитал нельзя отнести к денежным выплатам, поскольку субъект-получатель материнского капитала не приобретает права собственности на данные денежные средства. Отличия материнского капитала от социальных субсидий и компенсаций заключается в предоставлении получателю мате-

⁷ См., например: Андреев В. С. Право социального обеспечения в СССР. М., 1987. С. 12–27; Мачульская Е. Е., Горбачева Ж. А. Право социального обеспечения. М., 2000. С. 7.

⁸ См., напр.: Захаров М. Л., Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России. М., 2001. С. 65, 129 и след.; Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс права социального обеспечения. С. 194, 201.

ринского капитала права выбора целевого использования данных денежных средств.

Таким образом, материнский (семейный) капитал характеризуется следующими специфическими признаками: 1) «натуральной» формой предоставления, то есть отсутствием прямой денежной выплаты, 2) отсутствием признака удовлетворения основных жизненных потребностей самого получателя, вследствие чего материнский капитал не может рассматриваться как социальная услуга (в отличие, например, от медицинской услуги или социального обслуживания), 3) правом выбора целевого направления данных денежных средств.

В соответствии с п. 3 ст. 7 ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», лица, получившие сертификат, могут распоряжаться средствами материнского (семейного) капитала в полном объеме либо по частям по следующим направлениям: а) улучшение жилищных условий; б) получение образования ребенком (детьми); в) формирование накопительной части трудовой пенсии женщины. Таким образом, в данном случае объектом социально-обязательственного правоотношения, на наш взгляд, является право распоряжения денежными средствами материнского (семейного) капитала.

Необходимо отметить, что в соответствии с ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях повышения уровня материального обеспечения отдельных категорий граждан» № 72-ФЗ от 28.04.2009 г.⁹ в период до 01.05.2010 г. часть материнского (семейного) капитала могла быть предоставлена в виде единовременной выплаты в размере 12000 рублей лицам, получившим государственный сертификат на материнский капитал. Действовавшие в указанный период Правила подачи заявления о предоставлении единовременной выплаты за счет средств материнского (семейного) капитала и порядок ее осуществления¹⁰ предполагали предоставление еди-

⁹ СЗ РФ. 2009. № 18 (1 ч.). Ст. 2152.

¹⁰ Правила подачи заявления о предоставлении единовременной выплаты за счет средств материнского (семейного) капитала и порядок ее осуществления,

современной выплаты за счет средств материнского (семейного) капитала на счет, открытый лицом, получившим сертификат, в кредитной организации. При этом, по нашему мнению, поскольку законом «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях повышения уровня материального обеспечения отдельных категорий граждан» не предусмотрено иное, то требование о целевом использовании единовременной денежной выплаты должно сохраняться в соответствии со ст. 7 ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей». Однако вышеуказанные Правила подачи заявления о предоставлении единовременной выплаты за счет средств материнского (семейного) капитала и порядок ее осуществления не содержали обязанности лица, обращающегося за единовременной денежной выплатой, указывать ее целевое назначение и не содержали способов контроля за расходованием единовременной денежной выплаты, что влекло за собой возможность несоблюдения целевого назначения указанных средств.

Таким образом, материнский (семейный) капитал – это комплексный вид социального обеспечения, представляющий собой право распоряжения денежными средствами материнского капитала на основании выданного территориальным органом Пенсионного фонда государственного сертификата в целях, предусмотренных законом, а также право на получение единовременной денежной выплаты за счет средств материнского капитала в случаях, предусмотренных законом.

При этом распоряжение материнским капиталом влечет за собой проблемы определения правового режима данных денежных средств в различных отраслях права. Субъектный состав отношений по предоставлению материнского капитала как публичного социально-обязательственного правоотношения включает двух субъектов: орган социального обеспечения в лице территориального органа Пенсионного фонда, с одной стороны, и субъект – получатель материнского капитала – с другой стороны. При этом наиболее интересным является вопрос о субъекте – получа-

теле данного вида социального обеспечения: мать, отец, семья или ребенок (дети)?

Появление в федеральном законе «О государственной социальной помощи»¹¹ такой категории получателей, как «малоимущая семья», позволило некоторым авторам выделять в качестве самостоятельного субъекта социально-обеспечительных отношений (отношений по государственной социальной помощи) семью¹². В последующем законодатель применяет понятие «семья» и в других нормативных актах (например, в Социальном кодексе Ярославской области¹³), но в качестве получателя пособий, назначаемых семьям, как правило, указывается конкретный субъект (родитель, законный представитель и т. п.) (например, п. 3 ст. 25 Социального кодекса Ярославской области).

На наш взгляд, субъектом – получателем материнского капитала является женщина-мать (усыновитель) и мужчина – единственный усыновитель второго и последующих детей в силу следующих оснований. Анализ положений ст. 3 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», позволяет сделать вывод о том, что основным субъектом является женщина, родившая (усыновившая) второго (третьего и последующих) ребенка (либо мужчина, являющийся единственным усыновителем второго (третьего и последующих) ребенка, а право иных субъектов (отца или самого ребенка) производно от права матери (усыновителя), ибо возникает в случае ее (его) смерти, объявления умершей, лишения родительских прав и т. п. оснований, препятствующих реализации возникшего права. Кроме того, целью данного вида социального обеспечения является стимулирование к рождению (усыновлению) второго и последующих детей при условии добросовестности при исполнении родительских обязанностей в отношении первого ребенка. Целевое назначение определяется по выбору получателя из трех це-

¹¹ Федеральный закон «О государственной социальной помощи» № 171-ФЗ от 17.07.1999 //СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3699.

¹² См., например: Право социального обеспечения / Под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 159.

¹³ Закон ЯО «Социальный кодекс Ярославской области» от 19.12.2008 № 65-з // Губернские вести. 2008. 20 дек.

лей, направленных как на нужды ребенка (образование), семьи (улучшение жилищных условий), так и на нужды самого получателя-женщины (формирование накопительной части трудовой пенсии женщины, родившей (усыновившей) второго, третьего или последующих детей).

Подход законодателя к распоряжению материнским капиталом в целом нам представляется непоследовательным. В частности, это касается семейно-правовых и гражданско-правовых аспектов распоряжения материнским капиталом. Как мы уже отмечали выше, права собственности на материнский капитал у субъекта-получателя не возникает. Это особый вид социального обеспечения, который заключается в праве распоряжения этими денежными средствами на основании государственного сертификата и в соответствии с выбранным получателем целевым назначением. Право собственности может возникнуть только на единовременную выплату в счет средств материнского капитала. В соответствии с п. 2 ст. 34 Семейного кодекса РФ к имуществу, нажитому супругами во время брака (общему имуществу супругов), относятся, в том числе, полученные ими пенсии, пособия, а также иные денежные выплаты, не имеющие специального целевого назначения. Поскольку, как мы уже отмечали выше, единовременная выплата предоставляется на условиях целевого назначения, то ее правовой режим должен определяться в соответствии с п. 2 ст. 34 Семейного кодекса РФ как режим личной собственности супруга-получателя, не входящей в состав общесупружеского имущества. В связи с тем, что Налоговый кодекс относит средства материнского капитала к доходам физических лиц (см., например, ст. 101, 217 НК РФ), соответственно правовой режим имущества, приобретенного с использованием средств материнского капитала, должен быть определен как «имущество, приобретенное за счет личных доходов» супруга-получателя материнского капитала, и следовательно, как его личная собственность в силу п. 2 ст. 34 СК РФ.

Однако законодателем вопрос о правовом режиме имущества, приобретенного с использованием средств материнского капитала, решен иначе, в частности при направлении материнского капитала на улучшение жилищных условий. В соответствии со

ст. 10 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», направление материнского капитала на улучшение жилищных условий может предполагать приобретение (строительство) жилого помещения, осуществляемое гражданами посредством совершения любых не противоречащих закону сделок и участия в обязательствах. В соответствии с Правилами направления средств (части средств) материнского капитала на улучшение жилищных условий, утв. Постановлением Правительства РФ от 04.12.2009 № 994¹⁴, целевым назначением охватывается направление материнского капитала на приобретение жилья, строительство жилья, в том числе на оплату строительства индивидуального жилого дома, в качестве платежа в счет уплаты вступительного взноса и (или) паевого взноса в жилищном, жилищно-строительном, жилищном накопительном кооперативах, на уплату первоначального взноса, погашение основного долга и уплату процентов по кредиту (займу) на приобретение или строительство жилья, в том числе по кредиту (займу), обязательство по которому возникло у лица, получившего сертификат, до возникновения права на получение средств материнского (семейного) капитала.

Законодатель попытался решить вопрос о правовом режиме имущества, приобретенного с использованием средств материнского капитала, путем закрепления в п. 4 ст. 10 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», нормы о том, что такое жилое помещение оформляется в общую собственность родителей, детей (в том числе первого, второго, третьего ребенка и последующих детей) и иных совместно проживающих с ними членов семьи с определением размера долей по соглашению. Думается, что данная норма имеет своей целью защиту прав детей от злоупотреблений со стороны родителей (усыновителей), получивших право на материнский капитал.

Однако считаем такой подход законодателя непоследовательным по нескольким причинам:

¹⁴ Правила направления средств (части средств) материнского капитала на улучшение жилищных условий, утв. Постановлением Правительства РФ от 04.12.2009 № 994 // СЗ РФ. 2007. № 51. Ст. 6374.

Во-первых, определение режима имущества, приобретенного за счет средств материнского капитала как общей долевой собственности родителей, детей (в том числе первого, второго, третьего ребенка и последующих детей) и *иных совместно проживающих* с ними членов семьи ставит вопрос о критериях понятия «совместное проживание». Поскольку Закон «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», данное понятие не конкретизирует, то при определении данного понятия следует применять п. 1 ст. 31 Жилищного кодекса РФ, в соответствии с которым к членам семьи собственника жилого помещения относятся проживающие совместно с данным собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруг, а также дети и родители данного собственника; другие родственники, нетрудоспособные иждивенцы и в исключительных случаях иные граждане могут быть признаны членами семьи собственника, если они вселены собственником в качестве членов своей семьи. С учетом императивного характера нормы п. 4 ст. 10 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», столь широкое определение круга лиц, получающих право собственности на имущество, приобретенное с использованием средств материнского капитала, по нашему мнению, способно повлечь за собой существенное уменьшение доли несовершеннолетних детей и самого получателя материнского капитала, в результате чего цель данной нормы не достигается.

Во-вторых, возникает вопрос об определении размера долей при наличии разногласий об этом между всеми проживающими членами семьи. Норма п. 4 ст. 10 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» предусматривает наличие соглашения между будущими сособственниками по вопросу распределения долей в праве собственности. При отсутствии такого соглашения данный вопрос подлежит урегулированию в соответствии с нормами гражданского законодательства, в частности с нормой п. 1 ст. 245 ГК РФ, по которой при отсутствии соглашения и указания закона на размер долей доли считаются равными. Такое положение, по нашему мнению, нельзя считать справедливым, поскольку, например, при приобретении жилого помещения исключительно или преимущественно

но за счет средств материнского капитала при отсутствии или незначительности вложений со стороны иных совместно проживающих лиц результат будет все равно выражен в равенстве долей, что также существенно нарушит права несовершеннолетних детей и самого получателя материнского капитала.

В-третьих, такой подход не защищает права ребенка в случае направления средств материнского капитала на исполнение кредитных обязательств (например, ипотечного кредита под залог жилого помещения), возникших до даты приобретения права на дополнительные меры государственной поддержки. В соответствии с п. 1 ст. 77 Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)»¹⁵ жилой дом или квартира, приобретенные или построенные полностью либо частично с использованием кредитных средств банка или иной кредитной организации либо средств целевого займа, предоставленного другим юридическим лицом на приобретение или строительство жилого дома или квартиры, считаются находящимися в залоге с момента государственной регистрации права собственности заемщика на жилой дом или квартиру. Если заемщиком по кредитному договору выступает только мать или отец ребенка, то у ребенка, равно как и у других совместно проживающих членов семьи, право общей долевой собственности возникнуть не может без совершения соответствующей сделки. Получается, что требования п. 4 ст. 10 Закона можно выполнить только в случае совершения заемщиком сделки по переходу доли в праве собственности на данное жилое помещение ребенку и/или иным проживающим членам семьи. Однако обязать заемщика совершить такую сделку невозможно, что, на наш взгляд, может повлечь за собой ущемление прав несовершеннолетних детей.

Исходя из вышеизложенного, по нашему мнению, вопрос о правовом режиме имущества, приобретенного с использованием средств материнского капитала, должен быть решен путем избавления от императивности в установлении долевой собственности всех совместно проживающих членов семьи и сохранения права

¹⁵ ФЗ РФ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 29. Ст. 3400.

на долю в общей долевой собственности только субъекта-получателя материнского капитала и несовершеннолетних детей. В связи с этим предлагаем изложить п. 4 ст. 10 Закона следующим образом: «Лицо, получившее государственный сертификат на материнский (семейный) капитал и его несовершеннолетние дети приобретают долю в праве собственности на жилое помещение, приобретенное с использованием средств материнского капитала».

Следующий вопрос, который возникает в связи с целевым назначением материнского капитала – это направление материнского капитала на формирование накопительной части трудовой пенсии по старости.

По данному целевому назначению материнским капиталом могут распорядиться по прямому указанию ст. 12 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», только женщины, родившие (усыновившие) второго и последующих детей. При этом закон предусматривает право женщины отказаться от направления материнского капитала на формирование накопительной части трудовой пенсии до дня назначения накопительной части трудовой пенсии при условии осуществления его использования по иному целевому назначению. Пенсионное законодательство уже учло данное право женщины, что отражено в федеральном законе «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации»¹⁶ и в федеральном законе «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»¹⁷, в ст. 1 которого понятие пенсионных накоплений определено уже как совокупность учтенных в специальной части индивидуального лицевого счета средств, сформированных за счет, в том числе, средств (части средств) материнского (семейного) капитала, направленных на формирование накопительной части трудовой пенсии, и дохода от их инвестирования.

На наш взгляд, основной проблемой законодательства является определение судьбы данной части пенсионных накоплений в случае смерти женщины, воспользовавшейся своим правом направить материнский капитал по данному целевому назначению.

¹⁶ СЗ РФ. 2001. № 30. Ст. 3028.

¹⁷ СЗ РФ. 2001. № 52 (1 ч.). Ст. 4920.

Очевидно, что правовой режим пенсионных накоплений отличается от правового режима имущества, входящего в наследственную массу по нормам гражданского законодательства¹⁸, поскольку в силу ст. 5 ФЗ «Об инвестировании средств для финансирования накопительной части трудовой пенсии в Российской Федерации» пенсионные накопления не являются собственностью пенсионера, а являются собственностью РФ. Соответственно, нормы гражданского законодательства о наследовании не распространяются на пенсионные накопления; переход права на пенсионные накопления (в том числе средства материнского капитала) – институт пенсионного законодательства, а не гражданского.

В силу п. 12 ст. 9 Закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» в случае, если смерть застрахованного лица наступила до назначения ему накопительной части трудовой пенсии по старости, средства, учтенные в специальной части его индивидуального лицевого счета (*за исключением средств (части средств) материнского (семейного) капитала, направленных на формирование накопительной части трудовой пенсии, и дохода от их инвестирования*), выплачиваются родственникам, к которым в соответствии с п. 12 ст. 16 Закона относятся дети, в том числе усыновленные, супруг, родители (усыновители), братья, сестры, дедушки, бабушки и внуки независимо от возраста и состояния трудоспособности, в порядке очередности. Однако по прямому указанию закона средства материнского (семейного) капитала, направленные на формирование накопительной части трудовой пенсии, включая доход от их инвестирования, не подлежат включению в состав средств пенсионных накоплений, подлежащих выплате правопреемникам умерших застрахованных лиц.

Такой подход мы считаем не соответствующим смыслу п. 3, 4 ст. 3 Закона «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей», в соответствии с которым не реализованное право женщины может «перейти» в случае ее смерти (признания умершей и т. п.) к отцу ребенка или самому ребенку. Реализация права на распоряжение средствами материн-

¹⁸ См., напр.: Фрик О. В. О применении законодательства при переходе прав на пенсионные накопления // Журнал российского права. 2004. № 1.

ского капитала должна повлечь за собой приобретение материального блага, в этом смысл социального обеспечения. Однако, на наш взгляд, круг лиц, которым могут быть выплачены средства материнского капитала, учтенные в специальной части лицевого счета застрахованного лица, должен быть ограничен в силу целевого назначения данного вида социального обеспечения только супругом (отцом детей) и несовершеннолетними детьми.

Таким образом, считаем, что стимулирующая цель материнского капитала как вида социального обеспечения законом обеспечивается не в полной мере. На наш взгляд, необходимо внести соответствующие изменения в Закон «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» в части изменения правового режима имущества, приобретенного за счет материнского капитала, а также в нормы пенсионного законодательства в части изменения правового режима средств материнского капитала, учтенных в специальной части лицевого счета застрахованного лица.

А. Ю. Поварёнков

**Трудовое и гражданское право:
некоторые дискуссионные вопросы
оптимизации межотраслевых связей**

Изучение разнообразных аспектов системности во всякое время является актуальным для любой отраслевой правовой науки, в том числе и для трудового права. Причин тому немало. Как уже отмечалось, вопрос о соотношении трудового и гражданского права в последнее время приобрёл особую остроту¹. Однако, как представляется, в последнее время важно уже не столько установление приоритетов и абстрактного первенства между отраслями, сколько определение возможности самодостаточности тех или иных правил трудового законодательства. В настоящей работе мы останавливаемся лишь на части проблем, возникающих на «стыке» трудового и гражданского права. Анализируемые примеры и высказанные суждения не являются догмами, а представляют наше видение вопроса о том, в каком направлении возможно нормативное совершенствование как трудовых, так и гражданско-правовых норм при их применении в сходных ситуациях либо в случаях, когда применение правила трудового законодательства обусловлено гражданско-правовыми актами.

Рассмотрим ситуацию, при которой имеет место обязанность выплаты процентов за необоснованное пользование чужими денежными средствами. Соответствующие правила об этом присутствуют и в трудовом, и в гражданском праве. Внешне они имеют определённое сходство. Но так ли это на самом деле? Согласно

¹ Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: в 2 т. Т. 1: Историко-правовое введение. Общая часть: Коллективное трудовое право: Учебник. М., 2003. С. 138.

ст. 236 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ)², при нарушении работодателем установленного срока выплаты заработной платы, оплаты отпуска, выплат при увольнении и других выплат, причитающихся работнику, работодатель обязан выплатить их с уплатой процентов (денежной компенсации) в размере не ниже одной трехсотой действующей в это время ставки рефинансирования Центрального банка Российской Федерации от невыплаченных в срок сумм за каждый день задержки начиная со следующего дня после установленного срока выплаты по день фактического расчета включительно. Размер выплачиваемой работнику денежной компенсации может быть повышен коллективным договором или трудовым договором. Обязанность выплаты указанной денежной компенсации возникает независимо от наличия вины работодателя.

Возможность уплаты законодательно установленных процентов, начисляемых на сумму просрочки должника, конечно, не может рассматриваться только как специальное правило, присущее исключительно трудовому законодательству. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 395 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)³ за пользование чужими денежными средствами вследствие их неправомерного удержания, уклонения от их возврата, иной просрочки в их уплате либо неосновательного получения или сбережения за счет другого лица подлежат уплате проценты на сумму этих средств. Размер процентов определяется существующей в месте жительства кредитора, а если кредитором является юридическое лицо, в месте его нахождения учетной ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства или его соответствующей части. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения. Эти правила применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором.

Практика исчисления процентов за необоснованное пользование чужими денежными средствами обобщена в Постановлении Пленума ВС РФ и ВАС РФ № 13/14 от 08.10.1998 г. «О

² Собрание законодательства Российской Федерации (далее – СЗ РФ). 07.01.2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

³ СЗ РФ. 1994. 5 дек., № 32. Ст. 3301.

практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами»⁴. В п. 2 отмечено, что при расчете подлежащих уплате годовых процентов по ставке рефинансирования Центрального банка Российской Федерации число дней в году принимается равным соответственно 360, если иное не установлено соглашением сторон, обязательными для сторон правилами, а также обычаями делового оборота. Отсюда следует, что налицо рассогласование между сходными правилами, имеющими разноотраслевую природу в размере процентов, взыскиваемых принудительно с должника. В ст. 236 ТК РФ императивно установлен ежедневный размер процентов за просрочку как $1/300$ часть действующей во время просрочки ставки банковского рефинансирования. Как отмечено в п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 17.03.2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»⁵, начисление процентов в связи с несвоевременной выплатой заработной платы не исключает права работника на индексацию сумм задержанной заработной платы в связи с их обесцениванием вследствие инфляционных процессов. Исходя из п. 2–3 приведенного выше Постановления Пленума ВС и ВАС РФ от 08.10. 1998 г., ежедневный размер процентов следует исчислять как $1/360$ той же самой ставки банковского рефинансирования, но вопрос о том, какую учетную ставку банковского процента следует применить (на день предъявления иска или на день вынесения решения суда) остаётся только лишь за судом, рассматривающим гражданско-правовой спор.

В обоих рассмотренных примерах речь идёт о взыскании процентов за необоснованное пользование чужими денежными средствами в сходных по сути ситуациях. Очевидно, что разница в подходе вряд ли может быть адекватно объяснена только лишь с точки зрения разноотраслевой природы процентов. Не отрицая своеобразие отраслей трудового права и гражданского права, их специфику, лишь заметим, что никакого логического объяснения существу-

⁴ Вестник ВАС РФ. 1998. № 11.

⁵ Бюллетень Верховного суда РФ. 2007. № 3.

щей разнице при взыскании одних и тех же процентов не имеется. В частности, это подтверждается и тем, что ст. 236 ТК РФ была принята значительно позже появления в отечественном законодательстве ст. 395 ГК РФ и разъяснений ВС РФ и ВАС РФ по вопросу её применения в гражданских правоотношениях. При этом мы далеки от высказывавшейся одно время идеи о том, чтобы ввести в ТК РФ специальную главу, содержащую нормы гражданского права, применяемые при регулировании трудовых отношений⁶. По нашему мнению, предпочтителен подход, применяемый судами при разрешении гражданско-правовых споров. В частности, при нём, по крайней мере, можно обосновать размер процентов в качестве 1/360. Сущность обязанности, возлагаемой на работодателя правилом ст. 236 ТК РФ, аналогична обязанности должника в гражданско-правовом обязательстве. По этой причине «плата» за просрочку должна быть соотносима с днями, в течение которых она допущена, т. е. приведена к количеству календарных дней года. При использовании для расчетов сумм, взыскиваемых при просрочке ставки 1/300, логики в кратности дням не наблюдается.

Наоборот, в отличие от гражданско-правовых норм, из которых так и неясна правовая природа процентов за необоснованное пользование чужими денежными средствами (мера гражданско-правовой ответственности, плата за фактическое использование заемных средств и т. д.)⁷, из п. 55 Постановления Пленума ВС РФ от 17.04.2004 г. однозначно следует, что по своей природе проценты по ст. 236 ТК РФ имеют характер ответственности. Размышляя по другому, невозможно объяснить, почему в таком случае к сумме просрочки, помимо взыскиваемых процентов, ещё может быть применена и индексация.

С другой стороны, такой вывод даёт возможность дальнейших размышлений относительно межотраслевой оптимизации сходных правил в гражданском и трудовом законодательстве. Так, в соответствии с п. 7 Постановления Пленума ВС и ВАС РФ от 08.10.1998 г., если определенный в соответствии со ст. 395 ГК РФ размер процентов, уплачиваемых при неисполнении или просрочке

⁶ Скобелкин В. Н. Трудовые правоотношения. М., 1999. С. 16 и след.

⁷ Обзор точек зрения цивилистов по данному вопросу см., например: Белов В. А. Денежные обязательства: Учеб. пособие. М., 2007. С. 107 и след.

исполнения денежного обязательства, явно несоразмерен последствиям просрочки исполнения денежного обязательства, суд, учитывая компенсационную природу процентов, применительно к ст. 333 Кодекса вправе уменьшить ставку процентов, взыскиваемых в связи с просрочкой исполнения денежного обязательства. Данное разъяснение, конечно же, напрямую относится лишь к гражданским правоотношениям. Более того, обратившись к главе 38 ТК РФ, нельзя заметить оснований для какого-либо уменьшения размеров взыскиваемых процентов на основании ст. 236 ТК РФ. Не содержит критериев такой возможности и Постановление Пленума ВС РФ от 17.04.2004 г. С учётом сказанного, на сегодняшний день уменьшение размера процентов, подлежащих взысканию с работодателя в порядке ст. 236 ТК РФ, возможным не представляется. Косвенные признаки справедливости на данный момент такого подхода заметны и в трудовом законодательстве. Например, ст. 250 ТК РФ регламентирует случаи возможного снижения размера ущерба, подлежащего взысканию с работника с учётом степени и формы вины, материального положения работника и других обстоятельств. Аналогичного правила, предусматривающего бы подобный механизм снижения мер ответственности для работодателя, в ТК РФ отсутствует. Между тем вполне реально предположить ситуацию, при которой размер взыскиваемых с работодателя процентов по ст. 236 ТК РФ явно несоразмерен характеру допущенной просрочки, а сама просрочка не связана с виной обязанного к выплате субъекта.⁸ Полагаем, что в данной части возможность установления в законе уменьшения размера ответственности работодателя при применении ст. 236 ТК РФ является весьма обоснованной. В таком случае имущественные интересы взыскателя, т. е. бывшего или настоящего работника, пострадать не должны, т. к. взыскание процентов по ст. 236 ТК РФ, как уже отмечалось выше, позволяет

⁸ Для наглядности можно привести ссылку на гражданское дело № А63-2000/09-С2-4, рассмотренное 16-м Арбитражным апелляционным судом 10.06.2010 г. В нём, в частности, шла речь о правомерности выплаты в качестве так называемых «золотых парашютов» бонусов высшему руководству ОАО «ОГК-2» в размере 446 545 770, 60 руб. // http://kad.arbitr.ru/proxy.php?service=file&id=9f5203ca-950b-4359-8010371781e1cc3f&file_Name=A63-2000-2009_20100610_ResheNiija%20i%20postaNoovleNiija.pdf.

одновременно с этим ставить перед судом и вопрос об индексации взыскиваемой денежной суммы, составляющей сумму основного долга работодателя.

Немало проблем на практике порождают и вопросы прекращения трудового договора с единоличным исполнительным органом юридического лица и связанные с этими вопросами большое количество проблем, разрешаемых арбитражными судами в рамках так называемых корпоративных споров. Однако, несмотря на разграничение подведомственности между судами общей юрисдикции и арбитражными судами, порой возникают ситуации, не имеющие прямого законодательного решения. Для рассматриваемой категории дел они зачастую связаны с отсутствием корреспонденции между гражданско-правовыми и трудовыми правилами. К примеру, согласно ч. 1 ст. 43 Федерального закона от 08.02.1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (далее – ФЗ «Об ООО»)⁹ решение общего собрания участников общества, принятое с нарушением требований ФЗ «Об ООО», иных правовых актов Российской Федерации, устава общества и нарушающее права и законные интересы участника общества, может быть признано судом недействительным по заявлению участника общества, не принимавшего участия в голосовании или голосовавшего против оспариваемого решения. Согласно п. 7 ст. 49 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее – ФЗ «Об АО»)¹⁰ акционер вправе обжаловать в суд решение, принятое общим собранием акционеров с нарушением требований ФЗ «Об АО», иных правовых актов Российской Федерации, устава общества, в случае, если он не принимал участия в общем собрании акционеров или голосовал против принятия такого решения и указанным решением нарушены его права и законные интересы.

Предположим, что в рамках разрешения конкретного спора арбитражным судом признано недействительным решение общего собрания хозяйственного общества об избрании лица генеральным директором общества (например, по мотивам неизвещения или ненадлежащего извещения истца о времени и месте общего собрания

⁹ СЗ РФ. 1998. 16 февр., № 7. Ст. 785.

¹⁰ Там же. 1996. 1 янв., № 1. Ст. 1.

участников) при том, что срок полномочий данного лица ещё не истёк. По идее, вступление в законную силу решения арбитражного суда, помимо гражданско-правовых последствий, должно влечь и трудовые последствия как для самой организации, так и для её руководителя, чьё избрание на должность является незаконным. Правила ст. 278 ТК РФ на рассмотренный пример не распространяются, поскольку в них вопрос о принятии судебного акта, касающегося действительности избрания руководителя, не затрагивается. Кстати, о явном пробеле с точки зрения законодательной техники ТК РФ в данном случае свидетельствует ещё и тот факт, что в ч. 1 ст. 278 ТК РФ определён один из случаев необходимости регламентации трудовых отношений, изменяющихся в случаях, предусмотренных гражданским законодательством. Так, в силу названной нормы, трудовой договор с руководителем организации прекращается в связи с отстранением от должности руководителя организации – должника в соответствии с законодательством о несостоятельности (банкротстве). Последний вариант зафиксирован, например, в ст. 60, 69, 82, 83 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹¹. Из содержания этих правил следует, что основанием для отстранения является определение арбитражного суда, рассматривающего вопрос о несостоятельности организации.

Однако этим правилом не охвачена другая не менее распространённая на практике ситуация, при которой осуществляется так называемая добровольная ликвидация коммерческого юридического лица. В соответствии с п. 3 ст. 62 ГК РФ с момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят полномочия по управлению делами юридического лица. В п. 3 ст. 57 ФЗ «Об ООО» и п. 3 ст. 21 ФЗ «Об АО» сходная формулировка звучит ещё категоричнее – с момента назначения ликвидационной комиссии к ней переходят все полномочия по управлению делами общества. Ликвидационная комиссия от имени ликвидируемого юридического лица выступает в суде. Таким образом, ликвидационная комиссия, по смыслу правил гражданского законодательства, действует от имени юридического лица, что, в принципе, влечёт необходимость решения вопроса о

¹¹ СЗ РФ. 2002. 28 окт., № 43. Ст. 4190.

трудовых отношения организации с её единоличным исполнительным органом. Предположение о том, что в таком случае руководитель подлежит увольнению по п. 1) ст. 81 ТК РФ представляется нам неочевидным. Сопоставляя данное основание со стадиями добровольной ликвидации юридического лица (ст. 63 ГК РФ), полагаем, что в «чистом» виде указанное в ТК РФ основание к увольнению подлежит применению в том случае, если составлен окончательный ликвидационный баланс. Полагаем, что сказанное вполне соотносится с тем, что каких-либо максимальных временных границ, в которых происходит добровольная ликвидация юридического лица, гражданское законодательство не предусматривает. Это означает, что теоретически процедура может длиться сколь угодно долго с необходимостью существования не только самой организации, но и органов управления ею. По этой причине до составления ликвидационного баланса возможность расторжения трудового договора в соответствии с п. 1) ст. 81 ТК РФ представляется неочевидной. Между тем переход всех дел от руководителя организации к ликвидационной комиссии императивен, т. е. не зависит от воли единоличного исполнительного органа. Но с учётом сказанного получается, что, кроме описанного выше случая, его увольнение вообще невозможно ввиду пробельности ТК РФ на сей счёт.

Возвращаясь к случаю признания недействительным решения общего собрания о назначении руководителя, отметим, что попытка разрешить возникшую ситуацию с помощью общих правил трудового законодательства также выглядит неудачной: ст. 77 ТК РФ не регламентирует рассматриваемую ситуацию. В ней, правда, есть указание на то, что трудовой договор может быть прекращен и по другим основаниям, предусмотренным настоящим ТК РФ и иными федеральными законами. Сложность лишь в том, что до настоящего времени в Кодексе таких «других оснований» применительно к нашему примеру не имеется. Что же касается ФЗ «Об ООО» и ФЗ «Об АО», то в них, естественно, порядок прекращения трудового договора единоличного исполнительного органа в связи с признанием недействительным акта, на основании которого он заключён, не регламентирован. С точки зрения соотношения разноотраслевых норм такая ситуация представляется нормальной, поскольку порядок и условия прекраще-

ния трудового договора для всех возможных случаев должны содержаться в специальном нормативном акте, т. е. в ТК РФ.

На такую пробельность в правовом регулировании в данной ситуации в литературе уже обращалось внимание со ссылкой на то, что описанный случай является примером логической незавершённости правовой конструкции, поскольку правовые последствия судебного акта о признании избрания руководителя хозяйственного общества незаконным, в ТК РФ не предусмотрены¹².

Рассмотренный случай примечателен ещё и тем, что влечёт за собой целый ряд вопросов, также касающихся взаимовлияния трудовых и гражданско-правовых норм. Например, небезынтесной может показаться юридическая судьба и гражданско-правовых, и трудовых договоров с наёмными работниками, заключённых руководителем юридического лица, чьи полномочия впоследствии были оспорены, и решение об избрании которого признано недействительным в установленном законом порядке. И опять ст. 77 ТК РФ не даёт никакого ответа на этот вопрос, поскольку такого основания прекращения трудового договора в ней просто не имеется. В этой связи для иллюстрации возможна ссылка на п. 1 ст. 183 ГК РФ, согласно которой при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица или при превышении таких полномочий сделка считается заключённой от имени и в интересах совершившего ее лица, если только другое лицо (представляемый) впоследствии прямо не одобрит данную сделку. С другой стороны, частно-правовая конструкция вряд ли возможна к применению в трудовых отношениях до тех пор, пока такая возможность не будет прямо предусмотрена в трудовом законодательстве.

¹² Жильцов М. А. Дефекты трудового права: Монография. Екатеринбург, 2010. С. 105.

Е. А. Исаева

**Влияние современных тенденций развития
европейского и международного права
на модернизацию норм социальных отраслей
российского законодательства: гендерный аспект**

Равенство – явление, в чем-то сходное с линией горизонта, чем ближе к нему, тем оно дальше. Достигнув равенства в одном отношении, оказываешься неравным в другом¹.

Отрасли российского права не могут существовать в отрыве от тенденций развития международных стандартов. В настоящее время система российского законодательства во многих аспектах трансформируется на основе международных норм. Оценивая современное состояние норм социальных отраслей российского права, с очевидностью можно констатировать стремление законодателя дифференцировать отраслевые нормы в целях повышения защиты социально уязвимых групп населения. В частности, в таких отраслях, как семейное право, трудовое право, право социального обеспечения, четко просматривается традиционное желание российского законодателя защитить тем или иным образом женщин-работников, женщин-матерей.

Тенденции развития международных стандартов, которые воспринимаются Россией, постепенно влияют на выведение женщин в российском законодательстве из единственной защищенной по определенным параметрам категории (что ранее серьезно влияло на конкурентоспособность женщины на рынке труда), распространяя дополнительную защиту в том числе и на

¹ Кашина М. А. Гражданское общество, социальное государство и гендерное равенство в России // Управленческое консультирование. 2005. № 2. С. 200–218.

мужчин. В частности, тот факт, что Россия ратифицировала Конвенцию МОТ № 156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящихся с семейными обязанностями», сделало легально возможным распространение льгот и гарантий, предусмотренных для матерей-одиночек на одиноких отцов и лиц с семейными обязанностями. На наш взгляд, позиция законодателя является верной. Запрет дискриминации не должен применяться таким образом, чтобы нарушать политику обеспечения равенства возможностей в сфере труда.

Гармонизация отраслевых нормативных актов в аспекте решения гендерного вопроса должна идти одновременно. Приведем пример непоследовательности законодателя, которая на практике приводит к серьезным нарушениям прав женщин. Трудовой кодекс РФ, защищая права матери и ребенка, как еще не родившегося, так и уже появившегося на свет, запрещает женщине работать по трудовому договору в течение 140 дней (70 до родов и 70 после). Этот период будет оплачен женщине из фонда социального страхования. При этом пособие будет рассчитываться исходя из «белой» заработной платы, что вполне возможно поставит женщину в крайне тяжелую ситуацию на все четыре с половиной месяца, вынудив ее искать себе и своему ребенку дополнительные средства к существованию. Тут на помощь ей приходит гражданское право, которое никаким образом не ограничивает правоспособность беременной и только что родившей женщины. Она вполне может устроиться по договору подряда на тяжелую и вредную работу, что негативно скажется как на ней, так и на ребенке, но она получит те денежные средства, которые ей необходимы. На практике работодатели, сочувствуя женщине, или не желая терять хорошего работника даже на время, оформляют ушедшую в декретный отпуск женщину по договору подряда на выполнение аналогичной трудовой функции. Формально закон не нарушен. Нам видится в такой ситуации возможным ослабление защитной функции трудового права путем предоставления беременной женщине права самостоятельного выбора – работать ей в период данных 140 дней или нет. Данный выбор, безусловно, должен определяться состоянием здоровья работника и возмож-

ностью работодателя обеспечить безопасные для женщины условия труда, например создать специальное рабочее место. Конечно, мы не предлагаем пойти по пути США, где Акт о запрете криминации по признаку беременности не предусматривает для беременных женщин никаких специфических гарантий, которые бы отличали беременность от обычных заболеваний и давали бы беременной женщине какие бы то ни было привилегии. В соответствии с Актом работодатели должны относиться к беременным женщинам как к обычным людям, имеющим определенное заболевание². Это означает, что если работодатель обычно оплачивает больничные листы и сохраняет за работником рабочее место, то это должно распространяться и на беременную женщину. Если работодатель требует от заболевшего работника документальное подтверждение невозможности работать, то этого можно требовать и от беременной женщины.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод, что вариант американского трудового и социального законодательства является далеко не примером для подражания. Даже если законодатель рассматривает беременность как «особое» заболевание, то гарантии, применительно к лицам, им «болеющим», должны быть предусмотрены в законе, пусть и безотносительно к полу. Ведь вполне возможны ситуации, когда мужчина может усыновить новорожденного ребенка, и в этом случае вопрос пола усыновителя, которому необходимы законодательно закрепленные льготы, роли уже играть не будет. А законодательство сохранит свой гендерно нейтральный характер. Обратим внимание на то, что продолжительность отпуска по беременности и родам в соответствии с положениями Конвенции МОТ № 103 «Об охране материнства» должна составлять не менее 12 недель, причем продолжительность обязательного послеродового отпуска должна составлять шесть недель. В соответствии с Конвенцией запрещается выходить на работу до истечения шести недель после родов ребенка. Однако каждое государство – член МОТ, ратифицировавшее Конвенцию, может определять по своему усмотрению порядок использования этого отпуска.

² The practical guide to employment law. Bureau of business Practice. 1999. P. 12–1.

Мы бы предложили российскому законодателю уйти от императивности нормы о 140 днях недопуска к работе по трудовому договору, придав ей статус нормы диспозитивной, чтобы при соответствующем заявлении женщины и соблюдении обоснованных требований по охране труда, а также показателей по физическому и нравственному здоровью, женщина могла бы продолжить трудовую деятельность до того момента, до которого посчитает для себя удобным.

На наш взгляд, семейное право как отрасль, закладывающая в России нормы семейной, т. е. общечеловеческой, а соответственно и трудовой, и гражданско-правовой, и уголовно-правовой и т. д., морали, в настоящее время в меньшей степени подвержена влиянию новейших тенденций стран, влияющих на формирование международных стандартов, в частности стран Европы. Обратим внимание лишь на два аспекта, изменение которых в рамках семейного права по образцу стран Европы серьезно повлияет на правовое положение женщины в семейном и трудовом праве, а также праве социального обеспечения. Это фактический брак и однополые браки с разрешением однополым супругам усыновлять детей.

В настоящее время семейное право не придает фактическому сожительству юридического статуса, а однополые браки далеки от легализации в России. Но допустим, что данные модные тенденции все же будут восприняты российским правом. Ведь все больше стран Европы готовы признавать и защищать такие союзы, как фактическое сожительство и однополый брак. К этим странам относятся Великобритания, Голландия, Норвегия, Испания, Канада, Швеция, Исландия и другие. Регистрация однополых браков узаконена и в пяти американских штатах – Айова, Коннектикут, Массачусетс, Нью-Гемпшир и Вермонт, тогда как в 40 штатах существуют специальные запреты на регистрацию подобных браков. В Канаде перед судебной системой уже был поставлен вопрос о легализации семьи, состоящей из 3 человек. На наш взгляд, признание фактического брака российским семейным правом приведет к необходимости уточнения норм трудового права в разрезе правового положения лиц с семейными обязанно-

стями. В настоящее время Трудовой кодекс, к примеру в статье 256, указывает, что отпуска по уходу за ребенком могут быть использованы полностью или по частям также отцом ребенка, бабушкой, дедом, другим родственником или опекуном, фактически осуществляющим уход за ребенком. В том случае, если сожитель матери ребенка пожелает взять отпуск по уходу за ее ребенком, то без оформления опекуинства данное желание вряд ли увенчается успехом. Также встанет лишь поверхностно решенный законодателем вопрос применительно к регламентации правового положения матерей-одиночек и одиноких отцов. Если фактический брак будет легализован, то для предоставления гарантий, предусмотренных для одиноких родителей, придется проводить проверку на наличие или отсутствие у работника фактического супруга, который в «нужный» момент может появляться, а в «ненужный» исчезать. Отметим, что одинокие родители пользуются в соответствии с трудовым законодательством довольно существенными гарантиями: (ч. 3 ст. 64, ч. 5 ст. 96; ч. 5 ст. 99, ч. 7 ст. 113, ч. 4 ст. 254; ст. 256, 259, 258, 260, 261, 262, 263, 298 ТК РФ).

Легализация однополых браков в Европе базируется на принципе недискриминации по признаку сексуальной ориентации. Директива 200/78 ЕС запрещает дискриминацию в трудовой сфере на основании сексуальной ориентации. Необходимость выделения сексуальной ориентации в отдельный дискриминирующий признак юридически была вызвана решением Суда по делу «Grant»³, в котором Суд указал, что сексуальная ориентация не охватывается признаком половой принадлежности, таким образом расщепив гендерный признак на две части⁴. Для нашей страны легализация однополых браков пока маловероятна по причине того, что уровень терпимости российского общества (особенно в провинции) к сексуальным меньшинствам – один из самых низких в Европе. Но, на наш взгляд, если легализация все же произойдет, то это не так уж сильно повлияет на содержание норм отрасли трудового права. Поясним свою позицию. Трудовое пра-

³ Дело C-249/966 *GraNet* [1998] ECR I-621.

⁴ Кашкин Ю. С. Трудовое право Европейского Союза: учеб. пособие. М., 2009. С. 109.

во, провозглашая равенство и запрещая дискриминацию, выделяет регулирование труда женщин и лиц с семейными обязанностями в отдельную главу, сводя ее нормы к запретам и преференциям, которые объясняются желанием работодателя защитить как женщину, так и любого другого члена семьи. В случае легализации однополых браков как мужчины, так и женщины смогут воспользоваться защитой норм ТК РФ. На наш взгляд, ТК РФ частично готов, в отличие от СК РФ, к легализации однополых браков и усыновлению однополыми супругами детей, что, к примеру, демонстрирует конструкция статей 256 и 257. А вот 264 статья явно требует корректировки.

Статья 3 ТК РФ прямо не называет такого основания дискриминации, как сексуальная ориентация, но в связи с тем, что перечень дискриминационных оснований открыт, он может подразумевать огромное множество факторов, по которым осуществляется дискриминация. Данная позиция законодателя не является бесспорной по причине того, что другие отрасли права, в частности семейное право, не готовы принять и регламентировать положение однополых союзов. Заметим, что даже США, страна с самым развитым антидискриминационным законодательством, не закрепила пока на федеральном уровне такое основание дискриминации, как сексуальная ориентация (несмотря на бурные обсуждения). На наш взгляд, повальное европейское веяние по легализации однополых союзов вряд ли в ближайшие 5 лет станет для России актуальным, несмотря на активность сторонников лоббирования данного направления модернизации российского законодательства и позиции европейского законодателя. Отметим, что нам видится положительной тенденция российского законодательства по учету отдельных аспектов развития международного права, направленных на сглаживание норм, определяющих излишне защищенное положение женщин на рынке труда. Несмотря на наметившиеся в России позитивные тенденции, дифференциация труда женщин и ограничения на допуск женщин к определенным видам работ все еще слишком сильны. Подобные ограничения должны вызываться исключительно заботой о здоровье женщин, но ни в коем случае не умалять их право на само-

стоятельный выбор рода деятельности, как это было, например, с доступностью для женщин военной службы, работы в качестве пилота гражданской авиации, капитана корабля дальнего плавания и т. д. Да, сегодня закон охраняет здоровье женщин, запрещая применение их труда на тяжелых, вредных и подземных работах (за исключением работ, не связанных с физическими нагрузками, или санитарно-бытовым обслуживанием). Однако данная норма, несмотря на ее внешнюю гуманность, ограничивает права женщин на свободный трудовой выбор. В таком случае под всеобъемлющим запретом применения женского труда на определенных производствах мы не защищаем, а автоматически лишаем женщин права на трудоустройство. В связи с чем не согласимся, несмотря на мотивацию, с позицией Кассационной коллегии Верховного суда Российской Федерации⁵, оставившей без изменения решение ВС РФ от 2 марта 2009 по заявлению гражданки Клевец А. Ю. о том, что запрет женщинам на доступ к профессии «машинист электропоезда» и «помощник электропоезда» является законным и не нарушает прав женщин распоряжаться своими способностями к труду и правом выбирать род деятельности и профессию. Также обратим внимание на то, что значительное количество научных статей, посвященных правовому положению женщины на рынке труда, делают упор на усиление защиты женщин в России, считая ее недостаточной. К примеру, Н. Н. Шептулина предлагает запретить работодателям заключать договоры о работе по совместительству с беременными женщинами и женщинами, имеющими детей в возрасте до полутора лет, а также ограничить продолжительность смены данной категории работников. Эта мера заставит работодателя, по мнению автора, более ответственно относиться к беременной женщине⁶. На наш взгляд, подобные меры не защищают женщину, а

⁵ Определение Верховного Суда РФ от 21.05.2009 № КАС09-196 Об оставлении без изменения решения Верховного Суда РФ от 02.03.2009 № ГКПИ09-36, которым было отказано в удовлетворении заявления о признании недействующим в части пункта 374 раздела XXX Перечня тяжелых работ и работ с вредными или опасными условиями труда, при выполнении которых запрещается применение труда женщин, утв. Постановлением Правительства РФ от 25.02.2000 № 162.

⁶ Шептулина Н. Н. Защита материнства нормами трудового права // Журнал российского права. 2008. № 9.

буют по ее возможному благосостоянию. Вряд ли женщина ищет работу по совместительству от хорошей жизни и избытка времени. В случае подобного запрета будет вынуждена уговаривать потенциального работодателя по совместительству заключить с ней не трудовой договор, а, к примеру, договор подряда, что ухудшит ее положение.

Мы считаем, что необходимо реформировать российское законодательство об охране труда женщин в русле гендерной политики МОТ, т. е. необходимо принять акты, более адаптированные к современному подходу обеспечения равенства, например включающие принципы, относимые как к мужчинам, так и к женщинам, что и указано в Конвенции МОТ № 171⁷. Защита здоровья в конкретных случаях должна быть обеспечена для всех работников, независимо от пола. Особые меры в отношении женщин следует предпринимать только при выполнении такой работы, которая может быть потенциально опасной для репродуктивной функции женщин, и их следует пересматривать периодически в свете последних научных достижений.

⁷ URL: http://www.ilo.ru/llg_ru/ch7/ref_1.

Д. А. Смирнов

**О некоторых вопросах соотношения
законодательства о государственной тайне
и трудового законодательства**

Нередко трудовые отношения тесно переплетаются с отношениями другой отраслевой принадлежности, а сами трудовые отношения начинают регулироваться нормами других отраслей. В результате на практике очень сложно бывает разграничить отношения различной отраслевой принадлежности. Кроме того, нормы трудового права и других отраслей нередко противоречат друг другу, что добавляет сложностей на практике. Довольно много подобных коллизий содержится в трудовом и административном праве, в частности в институте государственной тайны. Некоторым проблемам соотношения норм трудового законодательства и законодательства о государственной тайне посвящена данная статья.

В соответствии со ст. 2 Закона РФ «О государственной тайне»¹ государственная тайна – это защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации. Закон содержит перечень сведений, составляющих государственную тайну и перечень сведений, которые не могут быть отнесены к государственной тайне и засекречены (ст. 5, 7 Закона). Указанный в ст. 5 Закона перечень сведений является примерным и нуждается в конкретизации. Отчасти эту проблему позволяет решить перечень сведений, отнесённых к государственной тайне, утверждённый указом Президента от 30 ноября 1995 г. № 1203². Однако, в конечном счёте, вопрос отне-

¹ О государственной тайне: Закон Российской Федерации от 21 июля 1993 г. № 5485-1(с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. 1997. 13 окт., № 41. Ст. 8220–8235.

² Об утверждении перечня сведений, отнесённых к государственной тайне: Указ Президента РФ от 30 ноября 1995 г. № 1203 // Собрание законодательства РФ. 1995. 4 дек., № 49. Ст. 4775.

сения тех или иных сведений к государственной тайне решается компетентными лицами (перечень этих лиц утвержден распоряжением Президента РФ от 16 апреля 2005 г. № 151-рп³) исходя из целесообразности. Сведения, отнёсённые к государственной тайне, представляют собой информацию с особым правовым режимом. В науке обоснованно обращается внимание на то, что в рамках института государственной тайны регламентация правового режима информации является одной из самых полных⁴. Естественно, что доступ к указанной информации обуславливает серьёзную специфику трудовых отношений, их тесное переплетение с административными отношениями.

Заключение трудового договора на выполнение трудовой функции, требующей доступа к государственной тайне, влечёт значительное усложнение процедуры заключения трудового договора. Необходимой предпосылкой для возникновения отношений по допуску гражданина к государственной тайне является принятие номенклатуры должностей работников, подлежащих оформлению на допуск. Эта номенклатура разрабатывается специальным органом, созданным работодателем, отвечающим за обеспечение сохранности государственной тайны. Подзаконные акты именуют его режимно-секретным подразделением. Утверждается этот локальный акт руководителем организации после согласования с органами ФСБ. Работник может быть допущен к государственной тайне только в случае, если его должность предусмотрена в номенклатуре должностей работников. Собственно процедура заключения трудового договора также значительно усложнена. Э. А. Бондаренко говорит здесь о наличии сложного юридического состава, а именно необходимым условием для возникновения трудовых отношений является юридический факт

³ О перечне должностных лиц органов государственной власти и организаций, наделяемых полномочиями по отнесению сведений к государственной тайне: Распоряжение Президента РФ от 16 апреля 2005 г. № 151-рп // Там же. 2005. 25 апр., № 17. Ст. 1547.

⁴ См. об этом: Терещенко Л. К. К вопросу о правовом режиме информации. // Информационное право. 2008. № 1 (СПС «Консультант Плюс»).

допуска к государственной тайне⁵. Её позиции придерживаются и практические работники⁶. В данном случае полагаем, однако, что отношения по допуску не относятся к трудовым отношениям, а являются административными. Тот факт, что в отношениях по допуску гражданина к государственной тайне участвуют подразделения организаций-работодателей, не влияет на их природу, а объясняется делегированием государством полномочий по допуску к государственной тайне указанным субъектам.

Следует обратить внимание и на ещё одну особенность. В ст. 57 ТК РФ в числе дополнительных условий трудового договора названо условие о неразглашении охраняемой законом тайны (государственной, служебной, коммерческой или иной). Более ТК РФ не конкретизирует данные условия. Однако законодательство о государственной тайне содержит их подробную регламентацию. А именно п. 10 Инструкции о порядке допуска должностных лиц и граждан Российской Федерации к государственной тайне (утверждена постановлением Правительства от 6 февраля 2010 г. № 3)⁷ указывает, что обязательства граждан перед государством по соблюдению требований законодательства о государственной тайне, с которыми заключается трудовой договор (контракт), отражаются в трудовом договоре (контракте). Примерное содержание обязательств представлено в форме 2 приложения к инструкции. По нашему мнению, формулировка п. 10 инструкции не вполне удачна и на практике способна повлечь ряд проблем, а именно непонятно, идёт ли речь о лицах, впервые заключающих трудовой договор (контракт), или ещё и о лицах, с которыми уже был заключён трудовой договор (контракт)? Полагаем, что ближе к истине расширительное толкование. Существенных различий в процедуре допуска к государственной тайне у лиц, впервые заклю-

⁵ Бондаренко, Э. Н. Возникновение трудового правоотношения из незавершённого сложного юридического состава // Журнал российского права. 2005. № 1. С. 33–34.

⁶ Ломакина Л. А. Вопросы теории и практики заключения трудового договора // Законодательство и экономика. 2006. № 2. С. 78.

⁷ Об утверждении инструкции о порядке допуска должностных лиц и граждан Российской Федерации к государственной тайне: Постановление Правительства РФ от 6 февраля 2010 г. № 63 // Собрание законодательства РФ. 2010. 15 февр., № 7. Ст. 762.

чающих трудовой договор, и у лиц, уже заключивших трудовой договор, нет. Соответственно, более обоснованно было бы говорить в рассматриваемом постановлении о допуске к государственной тайне работников (лиц, поступающих на работу) и государственных и муниципальных служащих (граждан, поступающих на государственную или муниципальную службу).

Кроме того, серьёзные сомнения вызывает включение обязательств перед государством в трудовой договор. Как известно, трудовой договор представляет собой соглашение между работником и работодателем. Здесь же в трудовой договор включаются обязательства перед третьим лицом – государством. Можно выдвинуть предположение, что перед нами своего рода трехсторонний договор. Для проверки данной гипотезы обратимся к содержанию указанных обязательств, которые зафиксированы в форме 2 инструкции. Содержание указанных обязательств можно разделить на 3 составляющих:

1. Согласие на частичные временные ограничения прав гражданина (в том числе права на выезд из РФ, права на неприкосновенность частной жизни на период оформления допуска к государственной тайне);

2. Принятие на себя обязательств в соответствии с законодательством о защите государственной тайны, в том числе обязательства передать заграничный паспорт на хранение работодателю, предоставлять в кадровое подразделение документы об отсутствии медицинских противопоказаний для работы со сведениями, составляющими государственную тайну; в случае попытки посторонних лиц получить информацию секретного характера немедленно сообщить об этом в режимно-секретное подразделение работодателя или в органы ФСБ РФ.

3. Предупреждение об ответственности за нарушение гражданином взятых на себя обязательств.

Анализ содержания рассматриваемых обязательств явно свидетельствует о том, что перед нами обязательства не трудового, а административного характера. Об этом свидетельствуют, помимо прочего, и неоднократные отсылки к законодательству о государственной тайне (о трудовом законодательстве вообще не

упоминается). Кроме того, в рамках трудовых отношений полностью обеспечить соблюдение частичных временных ограничений прав гражданина вообще невозможно. Участие же работодателя (точнее, кадрового и режимно-секретного подразделения работодателя) в указанных отношениях, как мы уже говорили выше, не меняет их природы и обусловлено делегированием государством части своих функций работодателям.

Таким образом, мы сталкиваемся с весьма нетипичной ситуацией, когда в трудовом договоре отражаются обязательства по административным отношениям. А это опять же чревато проблемами на практике, так как ст. 57 ТК РФ содержит требования к дополнительным условиям, а именно они не должны ухудшать положение работника по сравнению с установленным трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами. А здесь явно имеет место ухудшение положения работника, установленное нормами иной отраслевой принадлежности, и, в строгом смысле, подобные положения ст. 57 ТК РФ помещать в договор запрещает.

Другим проблемным моментом является прекращение трудового договора в связи с нарушением режима государственной тайны. ТК РФ содержит два основания прекращения трудового договора, связанные с государственной тайной. Это увольнение работника по инициативе работодателя по пп. «в» п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ за разглашение работником охраняемой законом тайны и прекращение трудового договора по п. 10 ч. 1 ст. 83 ТК РФ в связи с прекращением допуска к государственной тайне, если работа требует такого допуска.

Подпункт «в» п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ указывает на возможность увольнения работника в связи с разглашением охраняемой законом тайны (государственной, коммерческой, служебной и иной), если эта тайна стала известна работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей (в том числе разглашения персональных данных другого работника). Пленум Верховного суда в Постановлении № 2 от 17 марта 2004 г. в п. 43 указал, что для возникновения у работодателя права на увольнение работника по пп. "в" п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ за разглашение государственной

тайны необходимы три условия в совокупности: 1) факт разглашения государственной тайны; 2) эта тайна стала известна работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей; 3) работник обязывался не разглашать эти сведения. Следует отметить, что данное основание увольнения связано со ст. 283 УК РФ «Разглашение государственной тайны», которая устанавливает ответственность за разглашение сведений, составляющих государственную тайну, лицом, которому она была доверена или стала известна по службе или работе, если эти сведения стали достоянием других лиц, при отсутствии признаков государственной измены. Обратим внимание на то, что для увольнения работника по пп. «в» п. 1 ст. 81 ТК РФ в качестве обязательного условия не указаны последствия – секретные сведения стали достоянием других лиц. В связи с этим необходимо выяснить, возможно ли применение понятия «разглашение» в уголовном праве к трудовому праву. В уголовном праве под разглашением традиционно понимается предание соответствующих сведений огласке⁸. Данное определение вряд ли можно признать совершенным ввиду его тавтологичности. В то же время обращается внимание на то, что предание данных сведений огласке возможно как в форме действия, так и в форме бездействия (например, оставление документов в месте, где с ними могут ознакомиться другие люди).

Можно ли уволить работника за разглашение государственной тайны в случае оставления им секретных документов в месте, где с ними могли ознакомиться посторонние люди, если с ними никто не ознакомился? Полагаем, что на этот вопрос следует ответить отрицательно. В противном случае практически любое нарушение правил обращения с секретной информацией влекло бы возникновение права работодателя уволить работника по пп. «в»

⁸ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. А. Чекалина, В. Т. Томина, В. В. Сверчкова. М., 2007. С. 1044; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. В. М. Лебедев. М., 2006. С. 745; Бриллиантов А. В., Долженкова Г. Д., Иванова Я. Е. и др. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. В. Бриллиантова. М., 2010; Комментарий к статье 283 // СПС «КонсультантПлюс»; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. И. Чучаева. М., 2010.

п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ. Таким образом, в рамках трудового права для возникновения факта разглашения государственной и иной охраняемой законом тайны обязательны последствия (эти сведения должны стать достоянием других лиц).

Следует отметить ещё один аспект соотношения трудового и уголовного законодательства, а именно когда следует уволить работника по рассматриваемому основанию, если в отношении него возбуждено уголовное дело, – до постановления судебного приговора или после? Действующее законодательство не содержит запрета на увольнение работника и до вынесения судебного приговора. В этом случае, однако, работодатель несёт риск возникновения обязанности восстановить работника на работе в случае постановления оправдательного приговора. Презумпция невиновности, как видно, в данном случае действовать не будет.

Рассмотрим более подробно такое основание прекращения трудового договора, как прекращение допуска к государственной тайне. Данное основание относится к основаниям прекращения трудового договора по обстоятельствам, не зависящим от воли сторон. Это значит, что в случае прекращения допуска работодателя незамедлительно обязан начать процедуру прекращения трудового договора. Необходимым условием для увольнения работника по данному основанию является невозможность его перевода с письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу (как вакантную должность или работу, соответствующую квалификации работника, так и вакантную нижестоящую должность или нижеоплачиваемую работу), которую работник может выполнять с учетом его состояния здоровья.

Подробнее рассмотрим само основание прекращения допуска к государственной тайне. Прекращение допуска к государственной тайне регламентируется ст. 23 Закона «О государственной тайне» и п. 15 Инструкции о допуске должностных лиц и граждан к государственной тайне. Основанием для прекращения допуска к государственной тайне является соответствующее решение должностного лица, допустившего гражданина к государственной тайне. В нашем случае этим должностным лицом является руководитель организации-работодателя (возможность работы ИП со сведениями, составляющими государственную тайну, дей-

ствующее законодательство не предусматривает). Закон и инструкция содержат закрытый перечень оснований для принятия такого решения, а именно:

а) расторжение с гражданином трудового договора (контракта) в связи с проведением организационных и (или) штатных мероприятий;

б) однократное нарушение гражданином обязательств, связанных с защитой государственной тайны;

в) возникновение обстоятельств, являющихся основанием для отказа гражданину в допуске к государственной тайне.

Рассмотрим подробнее каждое из этих оснований. Первое основание прекращения допуска к государственной тайне не может быть основанием прекращения трудовых отношений по п. 10 ч. 1 ст. 83 ТК РФ. Однако само понятие организационных и (или) штатных мероприятий (или организационно-штатных мероприятий) нуждается в уточнении. Трудовое законодательство данного термина не использует, однако он активно используется в служебном праве (например, в ФЗ «О статусе военнослужащих»⁹). Следует отметить, что в ряде законов и подзаконных актов содержится определение понятия организационно-штатных мероприятий. Под организационно-штатными мероприятиями понимаются ликвидация соответствующего государственного органа или учреждения либо сокращение его численности или штата (п. 5 ст. 18 ФЗ «О службе в таможенных органах Российской Федерации», п. 4 ст. 40.1 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»¹⁰, п. 67 указа Президента «О правоохранительной службе в органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ»¹¹). Сама формулировка основания свидетельствует о том, что и к трудовым отношениям понятие организационных и (или) штатных мероприятий тоже применимо.

⁹ О статусе военнослужащих: Федеральный закон от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ (с изм. и доп.) // Собрание законодательства РФ. 1998. 1 июня, № 22. Ст. 2331.

¹⁰ О прокуратуре Российской Федерации: Федеральный закон от 17 января 1992 г. (с изм. и доп.) // Там же. 1995. 20 нояб., № 47. Ст. 4472.

¹¹ О правоохранительной службе в органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ: Указ Президента от 5 июня 2003 г. № 613 (с изм. и доп.) // Там же. 2003. 9 июня, № 23. Ст. 2197.

Действующая практика понимает под ними только увольнение работника в результате сокращения численности или штата работников организации (п. 2 ч. 1 ст. 81 ТК РФ). В то же время логически более обоснованным было бы отнести туда также и увольнение работника в связи с ликвидацией организации (п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ).

Второе основание для прекращения допуска к государственной тайне – однократное нарушение гражданином обязательств, связанных с защитой государственной тайны. Они зафиксированы в форме 2 Инструкции о порядке допуска должностных лиц и граждан к государственной тайне и уже были отчасти нами проанализированы. Следует отметить, что сама форма 2 именуется «Примерное содержание обязательств граждан перед государством по соблюдению требований законодательства Российской Федерации о государственной тайне». Это значит, что содержание обязательств может быть откорректировано. Следует, однако, отметить, что сама инструкция никак не уточняет ни субъектов, которые могут осуществлять конкретизацию, ни пределы конкретизации. На практике она осуществляется работодателем посредством установления дополнительных обязательств работника. Л. В. Щур-Труханович был составлен достаточно большой список дополнительных обязательств, которые обычно указываются в трудовом договоре. Среди них можно назвать такие обязательства, как: пользоваться только специальными учётными рабочими тетрадями; производить копирование, тиражирование секретных документов, иных носителей секретной информации только с разрешения подразделения по безопасности; не использовать секретные сведения в несекретной служебной переписке, не выносить источники секретной информации за пределы места работы, не перевозить секретные документы, носители секретной информации в общественном транспорте; не вести переговоры по секретным вопросам по незащищенным линиям связи, осуществлять пересылку сведений внутри организации и за ее пределами по незащищенным каналам связи; не выполнять секретные работы на дому, не работать с секретными сведениями на незащищенном компьютере. Вполне допустимо вместо подробной конкретизации поместить в договор условие об обязательстве

работника соблюдать государственную тайну и не нарушать требований должностных инструкций по работе со сведениями, составляющими государственную тайну¹².

Соответственно, прекращение допуска к государственной тайне осуществляется работодателем, при этом обязательства, связанные с защитой государственной тайны, также устанавливаются работодателем. Полагаем, что подобная ситуация явно нарушает баланс интересов в пользу работодателя, который за любое (даже малейшее) нарушение в данной сфере может прекратить доступ к государственной тайне и уволить работника по п. 10 ч. 1 ст. 83 ТК РФ. Следует отметить также, что ситуация, при которой работодатель по своей инициативе устанавливает дополнительные обязательства работника перед государством, представляется нам противоестественной. Полагаем, что здесь имеет место необоснованная подмена работодателем государства.

Третье основание – возникновение обстоятельств, являющихся основанием для отказа гражданину в допуске к государственной тайне. Перечень указанных обстоятельств содержится в ст. 22 Закона о государственной тайне (продублирован в п. 12 Инструкции) и включает в себя, в частности, признание гражданина недееспособным, ограниченно дееспособным или рецидивистом, наличие у гражданина медицинских противопоказаний для работы с государственной тайной, постоянное проживание гражданина или его близких родственников за границей и т. п.

Следует отметить, что по второму и третьему основаниям органы безопасности уполномочены направлять работодателю уведомление о возникновении соответствующих обстоятельств. Конечное решение о прекращении допуска к государственной тайне принимает работодатель, но до принятия такого решения работник отстраняется от работы. Необходимо отметить, однако, что обязанности работодателя направлять в органы безопасности информацию об обязательствах работника, связанных с защитой государственной тайны, законодательство не содержит. Соответственно, органы безопасности могут направить уведомление о

¹² Щур-Труханович Л. В. Государственная тайна в трудовых отношениях // СПС КонсультантПлюс. 2006.

нарушении обязательств, указанных в форме 2. О дополнительных обязательствах они могут и не знать.

Таким образом, мы не находим чёткого разграничения административных и трудовых отношений, что, как показал наш обзор, на практике чревато многими проблемами. Устранить эти проблемы, по нашему мнению, позволит ряд мер, в том числе направленных на разграничение трудовых и административных отношений:

1. Установление жёсткой унифицированной формы обязательств гражданина перед государством в сфере государственной тайны. Эти обязательства не должны быть частью трудового договора, так как являются документом административно-правового характера. В самом трудовом договоре должно найти отражение обязательство работника перед работодателем не разглашать государственную тайну и иные связанные с ним обязательства.

В целях защиты прав работника на уровне постановления Пленума Верховного Суда указать на неприменимость понятия «разглашение государственной тайны» в уголовном праве к трудовым отношениям. Обратить внимание на то, что в трудовых отношениях обязательным признаком разглашения государственной тайны являются последствия – секретные сведения становятся достоянием третьих лиц.

2. В целях защиты прав и законных интересов работника лишить работодателя права устанавливать дополнительные обязательства работника перед государством в сфере государственной тайны. В трудовом договоре обязательства работника перед работодателем в сфере защиты государственной тайны могут быть прописаны, но нарушение этих обязательств не должно влечь прекращения допуска к государственной тайне.

Т. Ю. Барышникова, Ю. А. Кузнецов

**К вопросу о природе
социально-страховой ответственности**

В России процесс реформирования системы социального обеспечения начался с возврата к страховым началам с 90-х гг. XX века, когда были заложены правовые и организационные основы социального страхования. В частности, в качестве финансовой основы социального страхования были созданы финансовые институты социального страхования – внебюджетные социально-страховые фонды, средства которых не были консолидированы в составе федерального бюджета и каждый из которых являлся финансовой основой страхования от определенной группы социальных страховых рисков, что призвано обеспечивать большую прозрачность и контроль за целевым использованием страховых средств.

Первоначально были созданы четыре фонда: Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ, Федеральный и территориальные фонды обязательного медицинского страхования РФ и Государственный фонд занятости населения РФ.

Необходимо отметить, что особенности правового статуса государственных внебюджетных социально-страховых фондов заключаются в их двойственной правовой природе, обусловленной их ролью в системе обязательного социального страхования: с одной стороны, государственный внебюджетный фонд является частью финансовой системы РФ и опосредует участие государства в отношениях по обязательному социальному страхованию, с другой стороны, внебюджетный фонд как страховщик наделен правами и обязанностями в отношении страхователей и застрахованных лиц в частно-публичных отношениях по социальному страхованию.

Следует согласиться с мнением М. В. Лушниковой о том, что отношения по формированию социально-страховых фондов

и, следовательно, статус социально-страхового фонда могут стать предметом исключительно права социального обеспечения только в случае изменения принципов формирования и управления социально-страховыми фондами (отделение средств социально-страховых фондов от государственной собственности и признание их собственностью самих фондов, формирование фондов, в том числе, за счет личных средств работников)¹.

Таким образом, правовой статус внебюджетного социально-страхового фонда включает социально-обеспечительные права и обязанности фонда как страховщика и публично-правовой статус фонда как государственного финансово-кредитного учреждения и зависит от системы социально-страховых взносов и принципов формирования финансовой основы социального страхования.

Правовое регулирование финансового механизма различных видов социального страхования нельзя назвать последовательным, условно можно выделить несколько этапов в формировании системы социального страхования:

1-й этап – этап формирования внебюджетных социально-страховых фондов (90-е гг. XX в.) и начала систематизации законодательства об обязательном социальном страховании (1998–1999 гг.).

2-й этап (2001 – 2008 г.) – этап изменения механизма финансирования системы социального страхования в связи с введением единого социального налога и консолидацией социально-страховых взносов в составе единого социального налога;

3-й этап (2009 г. – н. в.) – этап реформирования системы обязательного социального страхования в связи с отменой единого социального налога и возвратом к системе социально-страховых взносов.

Особое внимание в рамках данной статьи мы хотели бы уделить контрольной функции внебюджетных социально-страховых фондов, которая, как и в целом правовой статус фонда, представляется нам состоящей из двух частей: финансо-

¹ См.: Лушникова М. В., Барышникова Т. Ю. Предмет и метод права социального обеспечения: новые подходы // Вестник ЯрГУ им. П. Г. Демидова. Серия «Гуманитарные науки». Ярославль, 2009. № 3. С. 18.

во-правовой (контроль за правильным начислением и своевременной уплатой страховых взносов) и социально-страховой (контроль за правильностью и своевременностью предоставления обеспечения по социальному страхованию). Содержательное наполнение контрольной функции также подвергалось изменениям в течение всего периода существования социально-страховых фондов.

Как уже отмечалось, третий этап коренного изменения законодательства об обязательном социальном страховании ознаменован принятием федерального закона «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования»², который возложил функцию контроля за правильностью исчисления, полнотой и своевременностью уплаты страховых взносов в государственные внебюджетные фонды на Пенсионный фонд Российской Федерации и его территориальные органы в отношении страховых взносов на обязательное пенсионное страхование и страховых взносов на обязательное медицинское страхование и на Фонд социального страхования Российской Федерации и его территориальные органы в отношении страховых взносов на обязательное социальное страхование на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством.

Наиболее ярко поставленный вопрос иллюстрирует анализ контрольной функции Фонда социального страхования за правильностью выплаты обязательного страхового обеспечения по обязательному социальному страхованию на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством. В последние годы активно формируется неоднозначная судебная практика по вопросу правомерности отказа ФСС в выделении средств страхователю на выплату страхового возмещения в связи с оценкой обоснованности расходов страхователя на выплату

² СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3738.

страхового обеспечения³. В частности, речь идет о правомерности отказа ФСС в случаях «искусственного создания работодателем (страхователем) экономически не обоснованной ситуации с целью получения возмещения средств из фонда социального страхования»⁴, в том числе в случаях приема на работу беременной женщины незадолго до наступления отпуска по беременности и родам, установления более высокой заработной платы, наличия нескольких совместительств и т. п.

На наш взгляд, такая практика не соответствует действующему законодательству.

В соответствии с п. 4 ст. 4.6. федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством»⁵ при рассмотрении обращения страхователя о выделении необходимых средств на выплату страхового обеспечения территориальный орган страховщика вправе провести проверку правильности и обоснованности расходов страхователя на выплату страхового обеспечения, в том числе выездную проверку, в порядке, установленном статьей 4.7 данного закона.

Статья же 4.7. указанного закона предусматривает следующие основания непринятия к зачету и отказа в выделении средств (п. 4 ст.4.7): 1) в случае выявления расходов на выплату страхового обеспечения, произведенных страхователем с нару-

³ См., например: Постановление ФАС Уральского округа от 14 декабря 2009 г. № Ф09-9888/09-С2, Постановление ФАС Уральского округа от 11.02.2009 № Ф09-359/09-С2, ФАС Северо-Западного округа от 07.05.2008 № А21-4040/2007, Постановление ФАС Уральского округа от 22.09.2008 № Ф09-5938/08-С2, Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.01.2009 № А10-2301/08-Ф02-6679/08 по делу № А10-2301/08, Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 25.06.2009 по делу № А32-14231/2008-26/230, Постановление ФАС Дальневосточного округа от 31.10.2008 № Ф03-4788/2008 по делу № А73-7850/2008-23, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 24.04.2008 по делу № А31-5748/2006-16, Постановление Президиума ВАС РФ от 29.06.2004 № 2901/04, Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 26.09.2005 № А29-659/2005А и др. // СПС «КонсультантПлюс»

⁴ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 11.01.2009 № А10-2301/08-Ф02-6679/08 по делу № А10-2301/08 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Федеральный закон от 29.12.2006 № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» // СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 18.

шением законодательства Российской Федерации об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством, 2) не подтвержденных документами, 3) произведенных на основании неправильно оформленных или выданных с нарушением установленного порядка документов. Перечень оснований носит исчерпывающий характер, следовательно, для отказа в выделении средств необходимо установить факт неправильного оформления документов, либо их отсутствия, либо какого-то иного нарушения законодательства об обязательном социальном страховании. При этом п. 18 Положения о Фонде социального страхования Российской Федерации, утвержденного Постановлением Правительства Российской Федерации от 12.02.1994 № 101, к расходам по государственному социальному страхованию, не подтвержденным документами, относятся «не возмещенные страхователем суммы пособий по временной нетрудоспособности вследствие трудового увечья или профессионального заболевания, а также суммы пособий по временной нетрудоспособности, по беременности и родам, выплаченные на основании неправильно оформленных или выданных с нарушением установленного порядка листков нетрудоспособности». Отказ в выделении страхователю средств на выплату страхового обеспечения не может «транслироваться» на застрахованное лицо, то есть при наличии трудовых отношений застрахованное лицо имеет право на получение всех предусмотренных законодательством выплат, отказ в возмещении средств страхователю не является основанием ни для отказа в предоставлении пособия застрахованному лицу (ст. 8 федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством»), ни для возврата излишне выплаченного пособия (ст. 15 закона).

Таким образом, выплатив в полном объеме пособие застрахованному лицу, страхователь в такой ситуации не получает возмещения в сумме выплаченного пособия, что является, по нашему мнению, специфическим видом социально-страховой ответственности страхователя за нарушение законодательства в

сфере обязательного социального страхования. Основанием ответственности страхователя должен выступать полный состав проступка, то есть нарушение (ненадлежащее исполнение) страхователем его обязанностей, предусмотренных действующим законодательством в сфере социального страхования. Таким образом, при соблюдении всех обязанностей страхователя, предусмотренных, в частности, п. 2 ст. 4.1. федерального закона «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством», основание для привлечения к ответственности отсутствует.

Более подробно остановимся на отраслевой принадлежности данного вида ответственности и составе правонарушения, выступающем основанием данной ответственности.

Признавая отказ в возмещении страхователю сумм выплаченного пособия по временной нетрудоспособности видом юридической ответственности, мы исходим из понимания юридической ответственности как обязанности правонарушителя претерпеть предусмотренные законом невыгодные отрицательные последствия своего действия⁶. Указанные неблагоприятные последствия могут выражаться как в лишении (ограничении) принадлежащего правонарушителю субъективного права, так и в возложении на него дополнительной юридической обязанности. Не вызывает сомнений то обстоятельство, что лишение права на полное возмещение страхователю сумм выплаченного пособия является для последнего лишением права, предусмотренного ст. 4.1, 4.6 Закона об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством. Таким образом, являясь видом юридической ответственности, отказ в возмещении выплаченного пособия должен соответствовать общеправовым принципам юридической ответственности, таким как вина, гуманизм, справедливость, определенность. Немаловажным является и определение

⁶ Стависский П. Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве. Киев; Одесса, 1982. С. 19; Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 277; Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс трудового права. Т. 2. М., 2004. С. 444; Молодцов М. В., Головина С. Ю. Трудовое право России: учебник для вузов. М., 2003. С. 426 и др.

отраслевой принадлежности данного вида ответственности. В этой связи мы считаем возможным согласиться с мнением П. Р. Стависского, который считал, что ответственность тесно связана с правоотношением и определяется его отраслевой принадлежностью. Природу ответственности определяет характер нарушенной обязанности⁷. Поскольку порядок исчисления и выплаты пособий по временной нетрудоспособности является обязанностью, вытекающей из социально-страховых отношений, то, следовательно, данный вид ответственности является социально-обеспечительной ответственностью. Прикладное значение данного вывода заключается в том, что при отсутствии в законе норм, прямо регулирующих те или иные отношения, по аналогии закона могут применяться нормы иных нормативных актов в сфере социального обеспечения.

Объектом подобного правонарушения являются отношения в сфере социального обеспечения по выплатам пособий на случай временной нетрудоспособности.

Субъектом правонарушения являются страхователи, указанные в ст. 2.1. Закона об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством.

Субъективная сторона данного правонарушения характеризуется умышленной формой вины. Наиболее сложным здесь является вопрос, когда в качестве страхователя выступает юридическое лицо. Следует обратить внимание, что Закон об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством вообще не упоминает вины в качестве обязательного условия для отказа в возмещении сумм выплаченного пособия. Однако, как уже указывалось, подобный отказ является видом юридической ответственности, и, следовательно, вина должна являться обязательным условием ее наступления, поскольку ответственность за

⁷ Стависский П. Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве. С. 20.

вину является общеправовым принципом⁸. При определении вины юридического лица можно использовать два подхода. Первый подход основывается на понимании вины юридического лица, закрепленного в ч. 1 ст. 2.1 КоАП РФ, согласно которой юридическое лицо признается виновным в совершении административного правонарушения, если будет установлено, что у него имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых настоящим Кодексом или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но данным лицом не были приняты все зависящие от него меры по их соблюдению. Примерно аналогичное понимание вины содержится и в Гражданском кодексе. Поскольку отрасль права социального обеспечения сочетает в себе частные и публичные начала, то применение по аналогии норм административного и гражданского права в какой-то части можно признать оправданным. С другой стороны, в науке административного права подобная дефиниция вины вызывает обоснованные возражения⁹. Мы не будем более подробно останавливаться на дискуссионных вопросах вины юридического лица в административном праве, заметим лишь, что подобное определение вины, которое «работает» в гражданском праве, недопустимо переносить на отрасли публично-правовые, поскольку в них действуют совершенно иные принципы (в частности, презумпция невиновности в административном праве в отличие от презумпции вины правонарушителя в гражданском). Кроме того, значительно отличается и направленность ответственности: если в частноправовых отраслях она носит восстановительный характер и направлена в первую очередь на восстановление имущественных интересов потерпевшего, то в публичных отраслях, и тем более в административном праве, она носит ярко выраженный карательный характер. Таким об-

⁸ См.: п. 53 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 "О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации" // БВС РФ. 2004. № 6.

⁹ См., например: Сорокин В. Д. Новый Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях: Первые впечатления // Приложение к журналу "Юридическая мысль". 2002. № 6. С. 22; Его же. К вопросу об административной ответственности юридических лиц // Юридическая мысль. 2005. № 5 (30). С. 31.

разом, применение по аналогии ст. 2.1 КоАП РФ в части определения вины страхователя недопустимо. На наш взгляд, решение проблемы вины возможно путем применения аналогии кона, а именно Закона о страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования сийской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования. Указанный закон имеет ту же отраслевую принадлежность, что и Закон об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством, а ч. 4 ст. 42 данного закона прямо определяет, что вина организации в совершении правонарушения определяется в зависимости от вины ее должностных лиц либо ее представителей, действия (бездействие) которых обусловили совершение правонарушения. Таким образом, при рассмотрении дел об обжаловании отказа в возмещении сумм выплаченного пособия, по нашему мнению, подразделениям ФСС необходимо доказать наличие умысла у лиц, полномочных заключать трудовые договоры.

Пожалуй, наиболее спорные вопросы практики применения ст. 4.7 Закона об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством касаются объективной стороны правонарушения. Как уже указывалось выше, Закон закрепляет лишь 3 случая, когда ФСС вправе отказать в возмещении выплаченного пособия, причем перечень данных случаев является закрытым и не подлежащим расширительному толкованию. Анализ же правоприменительных решений по указанным спорам позволяет нам сделать вывод о том, что подавляющее число отказов ФСС в возмещении работодателям сумм пособий основано на достаточно широком толковании такого основания для отказа в выплате возмещения, как «выявления расходов на выплату страхового обеспечения, произведенных страхователем с нарушением законодательства Российской Федерации об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством». Так, в постановлении от 29 июня 2004 г. № 2901/04

Президиум ВАС РФ отнес к нарушениям законодательства РФ несовершеннолетие работника, отсутствие у него необходимого опыта и знаний для замещения соответствующих должностей, заключение контрактов на замещение должностей работником в один день, назначение на соответствующую должность перед наступлением страхового случая (отпуска по беременности и родам). Не вызывает сомнений, что подобное расширительное толкование нарушения законодательства не основано на нормах закона. Трудовой Кодекс Российской Федерации не содержит запретов на замещение любых должностей несовершеннолетними работниками, за исключением случаев, предусмотренных ст. 265 ТК РФ. Признание нарушением закона назначение на должность в период беременности не соответствует ст. 3 ТК РФ, содержащей запрет на ограничение в трудовых правах и свободах от обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работника. Таким образом, изложенная позиция ВАС РФ вызывает сомнения в части ее соответствия основным началам трудового законодательства и ст. 4.7 Закона об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством, поскольку никаких норм законодательства в рассматриваемом случае выявлено не было. Более того, подобная позиция судебных органов может привести к ситуации, когда работодатель будет отказывать беременным женщинам в приеме на работу только лишь по той причине, что впоследствии, выплатив ей пособие по беременности и родам, он не сможет получить возмещение за счет средств фонда социального страхования. Уже в настоящее время в актах проверки территориальные подразделения ФСС в качестве основания отказа в выплате пособия указывают следующее: «работодатель необоснованно принял на работу женщину на поздних сроках беременности». Не вызывает сомнений и то, что подобные работники фактически могут быть лишены права и продвижения по службе (работе), поскольку у работодателя вновь возникает риск неблагоприятных имущественных последствий.

В другом случае ФАС Волго-Вятского округа примерно аналогичную ситуацию квалифицировал в качестве злоупотребления правом и ссылкой на ст. 10 ГК РФ отказал страхова-

телю в требовании о возмещении расходов по выплате пособий¹⁰. Подобная позиция также вызывает у нас сомнение в своей обоснованности и законности. Во-первых, о злоупотреблении правом можно говорить лишь в случаях, когда реализация права направлена исключительно на причинение вреда другому лицу. В данном случае такой цели не было. Более того, отношения по возмещению страхователю сумм выплаченных пособий носят ярко публично-правовой характер, т. е. по существу являются отношениями власти и подчинения, поскольку ФСС обладает совокупностью государственно-властных полномочий в отношении страхователей. ФСС вправе проводить проверки, привлекать к ответственности и т. д. В свою очередь, п. 3 ст. 2 ГК РФ содержит правило, согласно которому к имущественным отношениям, основанным на властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется.

Нам представляется, что в описываемой ситуации лишение страхователя права на возмещение сумм выплаченного пособия возможно лишь в ситуации, когда трудовой договор заключен фиктивно, или, выражаясь цивилистическим языком, трудовой договор является мнимой сделкой, а именно стороны заключили (изменили) трудовой договор без намерения создать соответствующие правовые последствия. Мы не являемся сторонниками теории трудовправовых сделок¹¹, поскольку считаем, что использование гражданско-правовых механизмов в трудовом праве невозможно без учета специфики трудового права¹². Однако мы

¹⁰ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 24.04.2008 по делу № А31-5748/2006-16 // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Наиболее последовательно данную точку зрения отстаивает В. М. Лебедев (см., например: Лебедев В. М. Договоры в трудовом праве // Российское трудовое право на рубеже тысячелетий. Ч. 1. СПб., 2001; Его же. Трудовое право: проблемы Общей части. Томск, 1998; Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г. Современное трудовое право (опыт трудовправового компаративизма). Книга первая / под ред. В. М. Лебедева. М., 2007).

¹² Кузнецов Ю. А. О некоторых теоретических прикладных аспектах теории трудовправовых сделок // Сборник докладов и выступлений на конференции, посвященной 100-летию профессора Н. Г. Александрова. М.: МГУ, 2008. С. 37.

полностью разделяем точку зрения М. М. Агаркова о возможности применения отдельных положений, сформулированных для сделок, к иным юридическим актам по аналогии¹³. В качестве доказательства мнимости договора могут использоваться данные, свидетельствующие о том, что работник фактически не выполнял работы, предусмотренные трудовым договором.

Поскольку заключение мнимой сделки является правонарушением, то подобный факт будет являться нарушением законодательства Российской Федерации и, следовательно, охватываться условиями наступления ответственности, предусмотренными ст. 4.7 Закона об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством.

Отсутствие единообразия судебной практики является прямым результатом отсутствия в действующем социально-обеспечительном законодательстве общих норм об ответственности субъектов социального страхования. По нашему мнению, публичный характер отношений между страхователями и страховщиками при осуществлении последними контрольной функции влечет за собой необходимость решения этой проблемы путем законодательного закрепления не только общих принципов ответственности, но и конкретных составов правонарушений в сфере обязательного социального страхования.

¹³ Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. Т. 2. М., 2002. С. 357.

Н. В. Рощенко

**Обязательные социально-страховые взносы:
правовая природа и назначение**

На протяжении всего периода существования обязательного социального страхования его финансовая основа подвергалась неоднократному кардинальному реформированию, затрагивавшему, в том числе, и правовой режим социально-страховых платежей. С 90-х гг. до 1 января 2001 г. формирование социально страховых фондов производилось за счет взимания «особых обязательных платежей»¹ – страховых взносов в государственные внебюджетные социальные фонды. Страховые взносы как материальная гарантия социального обеспечения граждан при реализации социальных страховых рисков обладали рядом характерных черт, вытекающих из сущности обязательного социального страхования – возмездностью, пусть и частичной, возвратностью, адресностью. Однако избранный законодателем механизм администрирования социально-страховых платежей не обеспечивал результативности данной системы. Стремясь повысить собираемость страховых взносов, усилить государственный контроль за их уплатой, упростить и удешевить социальное страхование законодатель прибегнул к налогообложению. В период с 1 января 2001 г. до 1 января 2010 г. финансирование обязательного социального страхования осуществлялось посредством взимания единого социального налога (далее ЕСН), консолидировавшего страховые взносы в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации и фонды обязательного медицинского страхования Российской Федерации. Администрирование ЕСН было возложено на налоговые органы. Вопреки утверждению, что ЕСН призван заме-

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 24.02.1998 № 7-П // Собрание законодательства РФ. 1998. № 10. Ст. 1242 (далее – СЗ РФ).

нить страховые взносы лишь по названию, но не по сущности, названная реформа повлекла за собой не только смену порядка администрирования. Речь шла о фактическом отказе от страховых принципов и о ликвидации системы обязательного социального страхования. Результатом реформы явились концептуальные противоречия, основанные на смешении различных по своей природе экономических категорий и финансовых механизмов – налогообложения и социального страхования. Возврат к страховым принципам формирования и расходования бюджетов государственных социально-страховых фондов являлся лишь делом времени. И начало ему было положено 1 января 2002 г.: введение системы обязательного пенсионного страхования² требовало пересмотра соответствующих финансовых институтов – из состава ЕСН были выделены пенсионные страховые взносы.

Вступление в законную силу с 1 января 2010 г. Федерального закона от 24.07.2009 № 212-ФЗ «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования»³ (далее ФЗ № 212) закрепило отказ законодателя от ЕСН в пользу страховых взносов в указанные государственные внебюджетные фонды.

Вновь на повестку дня встал вопрос об отраслевой принадлежности рассматриваемых взиманий:

- либо это обязательные страховые платежи, но в рамках гражданского права;
- либо это обязательные, парafискальные платежи с присущими им признаками;
- либо это особый вид платежей в праве социального обеспечения?

К вопросу о гражданско-правовой природе социально-страховых платежей. Глава 48 Гражданского кодекса Российской Феде-

² Федеральный закон от 15. 12.2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации // СЗ РФ. 2001. № 51. Ст. 4832.

³ СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3738.

рации⁴ (далее – ГК РФ) охватывает широкий набор многообразных страховых отношений, определяет сущность, правовые основания, в том числе и обязательного страхования. При этом такая его разновидность как социальное страхование, по мнению представителей цивилистической науки, выведена за пределы гражданско-правового регулирования. «Исторически возникнув из гражданско-правового (материнского) института, оно обособилось в самостоятельную правовую форму, функционально обслуживающую интересы лиц, находящихся в трудовых отношениях, с публично-правовыми механизмами регулирования»⁵. Насколько соотносима вышеназванная позиция с нормами ГК РФ?

Обязательное гражданско-правовое страхование предполагает заключение договора страхования во исполнение закона. Последний императивно определяет условия и порядок проведения такого страхования, а также минимальные размеры страховых сумм. Набор возможных объектов обязательного страхования и страховых рисков установлен ст. 935 ГК РФ – жизнь, здоровье, имущество других лиц на случай причинения вреда их жизни, здоровью или имуществу, риск своей гражданской ответственности. Наличие публично-правовых элементов в регламентации обязательного страхования не лишает правоотношения, складывающиеся в данной сфере, диспозитивности. Прежде всего закон, устанавливая обязательство страхования, адресован страхователю и ни к чему не обязывает страховщика⁶. В силу п. 2 ст. 927 ГК РФ для последнего заключение договора страхования на предложенных страхователем условиях не является обязательным. Положения ГК РФ позволяют сделать вывод о том, что обязательное страхование представляет собой не самостоятельный его вид, а только обяза-

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

⁵ Гражданское право. Обязательственное право. Т. 4 / Под ред. Е. А. Суханова. М., 2008.

⁶ «Для этого последнего вступление в договорные отношения с лицом, на котором лежит обязанность заключить договор (со страхователем), осуществляется таким же образом, как и с теми, кто заключает договор по собственному желанию» (Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Книга третья. М., 2003. С. 651).

тельство заключить договор страхования, основанное на законе, обязательство, в котором страховщик не участвует⁷. Собственно страховые правоотношения возникают именно с момента заключения договора, что одновременно означает и прекращение рассматриваемого обязательства вследствие его исполнения⁸. Имеющее место ограничение свободы усмотрения сторон договора обязательного страхования продиктовано необходимостью защиты более слабой стороны страховых отношений – выгодоприобретателя. Однако это не колеблет гражданско-правовой природы отношений страхователя со страховщиком, обязанного лица с тем, в чьих интересах вводится страхование.

Говорить о каком-либо особом виде обязательных страховых платежей в рамках гражданского права также нет оснований. Страховые взносы, производимые по договору страхования, представляют собой не более чем плату за оказание страховщиком – организацией, занимающейся предпринимательской деятельностью, услуги⁹. Это эквивалентная возмездно-индивидуальная цена договора, имеющая гражданско-правовую природу¹⁰. Что подчеркивается, в том числе, и несколько иной терминологией ГК РФ, который оперирует таким понятием, как страховая премия. О страховых взносах речь идет лишь в случае, если договором страхования предусмотрено внесение страховой премии в рассрочку. При заключении договора обязательного страхования ее размер определяется страховщиком, однако последний руководствуется установленными страховыми тарифами – ценовыми ставками, величина которых учитывает коммерческий характер обязательного гражданско-правового страхования и позволяет удовлетворить не только инте-

⁷ Исключение из этого правила – публичный договор страхования, предусматривающий личное страхование, а также ОСАГО (абз. 2 п. 1 ст. 927 ГК РФ и ст. 1 Федерального закона от 25.04.2002 № 40-ФЗ "Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств" // СЗ РФ. 2002. № 18. Ст. 1720).

⁸ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Книга третья. М., 2003. С. 652.

⁹ Ст. 254 ГК РФ.

¹⁰ См.: Постановление Конституционного Суда от 31.05.2005 № 6-П // СЗ РФ. 2005. № 23. Ст. 2311; Комментарий к Гражданскому кодексу РФ / Под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Ю. Кабалкина. М., 2005 (СПС «КонсультантПлюс»).

рессы выгодоприобретателя при выплате страхового обеспечения, но и получить прибыль страховщику. Как и любая плата за услугу, премия составляет собственность страховщика.

Несомненно, по поводу обязательного страхования складываются правовые отношения различной отраслевой принадлежности. Помимо частноправовых, имеют место и публичные, с участием государства, реализующего свои властные функции. Речь идет не только о нормативном установлении страховых тарифов, но и о государственном контроле за выполнением законодательно закрепленной обязанности страхования, об обеспечении финансовой устойчивости страховщика¹¹. Особенно четко публично-правовые элементы проявляются в обязательном государственном страховании, где отношения по ряду вопросов носят фискальный характер в силу особого источника финансирования данного вида страхования – средств бюджета, выделенных федеральным органам исполнительной власти, выступающим в роли страхователей.¹²

Обязательное социальное страхование как часть государственной системы социальной защиты населения в большей степени подчинено императивному регулированию. Момент возникновения правоотношений по обязательному социальному страхованию для его субъектов законодательно определен. Так, для страхователя – это заключение трудового договора и (или) регистрация в исполнительных органах страховщика. Нет исключения и для обязательного медицинского страхования (далее ОМС) – единственного, осуществляемого в форме договора. Здесь обязанность заключить договор страхования со страховой медицинской организацией производна от его статуса страхователя. Приобретение последнего связано единственно с вступлением в трудовые отношения с работником или же с выплатой вознаграждения по соответствующему гражданско-правовому договору. Закон не предоставляет страховой медицинской орга-

¹¹ В настоящее время их регламентация осуществляется Законом РФ от 27.11.1992 № 4015-1 "Об организации страхового дела в Российской Федерации", а также законами о конкретных видах обязательного страхования.

¹² См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. С.656.

низации той свободы в части заключения договора, какая имеет место в случае с обязательным гражданско-правовым страхованием – при соответствии договора действующим условиям она не имеет права отказать страхователю в его заключении.¹³

Анализ самой конструкции договора ОМС с точки зрения классического страхования если и позволяет называть его страховым, то со значительными оговорками. Договор выступает основанием обязательства по оказанию неких услуг организационного характера: страховая медицинская организация «обязуется организовывать и финансировать предоставление застрахованному контингенту медицинской помощи ...»¹⁴ Речь не идет о страховой услуге – страховой защитой лицо пользуется на основании закона с момента заключения трудового договора со страхователем. Именно с этим юридическим фактом законодатель связывает не только возникновение у работодателя статуса страхователя, но и статуса застрахованного лица у работника. В механизме ОМС отсутствует и столь характерная для гражданско-правового, классического страхования корреляция прав и обязанностей сторон договора в части страховой премии. Обязанность по уплате страховых взносов страхователь несет перед государственным учреждением – Федеральным и территориальными фондами обязательного медицинского страхования. Последние, не являясь страховщиком, стороной договора ОМС, выполняют часть его функций – аккумулируют и распределяют средства на обязательное медицинское страхование. Основой же обязанности по уплате взносов является не заключение договора страхования, а закон, детально регламентирующий все элементы названной обязанности, что не позволяет признать за ней гражданско-правовой, договорной природы.

О финансово-правовой природе социально-страховых платежей. Конституционно значимые цели обязательного социального страхования обуславливают жесткую, императивную его

¹³ В случае необоснованного отказа предусмотрено лишение лицензии на право заниматься медицинским страхованием. См.: ст. 15, 27 Закона РФ от 28.06.1991 № 1499-1 «О медицинском страховании граждан в Российской Федерации» // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 27. Ст. 920.

¹⁴ Там же. Ст. 4.

регламентацию. Это находит отражение не только в особом статусе социально страховых фондов – как государственные финансово-кредитные учреждения они являются составной частью финансовой системы России, реализуя при этом публичную правоспособность, – но и в применении правил бюджетного процесса при формировании и расходовании средств страхования. Бюджеты государственных внебюджетных фондов включены в бюджетную систему РФ, а составляющие их страховые взносы признаются федеральной собственностью и предназначены для исполнения расходных обязательств РФ¹⁵.

Как известно, «принцип правового государства отвергает коммерциализацию государственного управления»¹⁶ – обязательное социальное страхование имеет некоммерческий характер. В равной мере это требование распространяется и на ОМС, где страховщиками могут выступать юридические лица любой формы собственности. Соответственно, недопустима оценка страховых взносов как цены страховой услуги. Да, законодатель признает их доходами бюджетов социально страховых фондов, однако единственно допустимое направление расходования таких доходов и соответственно целевое назначение самих взносов – компенсация или минимизация для работающих граждан последствий изменения их материального положения в связи с наступлением социальных страховых рисков, каждому из которых соответствует определенный вид страхового обеспечения.

Надо сказать, что законодатель, исключив страховые взносы из сферы действия НК РФ, полностью заимствовал присущий ему механизм администрирования. Что проявляется и в характере самой обязанности по внесению страховых платежей. Последняя не только законодательно закреплена в единстве всех необходимых элементов – объекта обложения, расчетной базы, отчетного и расчетного периодов, порядка и сроков уплаты, – но и возведена в один из принципов социального страхования. Примечательно, что даже в сфере обязательного медицинского страхования указанная

¹⁵ См.: Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 № 145-ФЗ. Ст. 10, 11, 13, гл. 17 // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

¹⁶ Государственное право Германии: в 2 т. М., 1994. Т. 2. С. 149.

обязанность страхователя выведена за рамки договора, тем самым подчеркивается ее публичный характер. Отсюда и наделение органов страховщика – Фонда социального страхования РФ и Пенсионного фонда РФ – полномочиями по проведению камеральных и выездных проверок, бесспорному взысканию недоимок по страховым взносам, привлечению страхователя к ответственности согласно нормам ФЗ № 212. Круг указанных полномочий широк и соответствует полномочиям налоговых органов.

На мой взгляд, проведенная реформа финансовых основ обязательного социального страхования хотя и закрепила отказ законодателя от использования налоговой системы в качестве средства формирования бюджетов социально-страховых фондов, однако сами взносы сохранили фискальный характер. В этой связи оправдано отнесение общественных отношений, складывающихся в процессе финансирования обязательного социального страхования, к предмету правового регулирования финансового права, а страховых взносов – к категории парафискальных платежей¹⁷. Данная категория является в большей степени доктринальной, поскольку в правоприменительной практике и практике Конституционного Суда РФ используется понятие неналогового фискального сбора¹⁸. Проведя исследование правовой природы целого ряда обязательных публичных платежей, взимаемых за рамками налоговой системы, можно сформулировать следующую дефиницию парафискального сбора как обязательного публично-правового платежа, вносимого в бюджетную систему, имеющего своей целью компенсацию затрат государства, не покрытых налоговыми доходами и носящих возмездно-соразмерный характер.

В системе обязательного социального страхования предоставление страховой защиты необходимо с позиций общественных, публичных интересов. Именно они и лежат в основе безусловной, регламентированной на уровне федерального закона и обеспечен-

¹⁷ Ипатов А. Б. О финансово-правовой природе института страхования // Финансовое право. 2006. № 6. С. 26–29; Стрельников В. В. Финансово-правовое регулирование страхования // Финансовое право. 2005. № 2. С. 36.

¹⁸ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 10.12.2002 г. № 284-О // СЗ РФ. 2002. № 52. Ст. 5290; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 28.02.2006 г. № 2-П // Там же. 2006. № 11. Ст. 1230.

ной государственным принуждением обязанности страхователей по уплате страховых платежей. Социальная обусловленность страховых взносов проявляется в персональном целевом назначении последних – обеспечить права граждан на защиту от социальных страховых рисков. В отличие от налоговых взиманий рассматриваемые платежи не обезличиваются при поступлении в бюджетную систему, а составляют страховое обеспечение конкретных застрахованных лиц, что наделяет взносы еще и такими признаками, как индивидуальная возмездность, адресность, возвратность.

Страховые начала формирования и расходования бюджетов социально страховых фондов требуют соблюдения принципа эквивалентности, проявляющегося в тесной взаимосвязи индивидуального вклада застрахованного, его страхователя с размером страхового обеспечения. Возмездность, эквивалентность являются сильными сторонами института классического, гражданско-правового страхования. Они были заимствованы законодателем применительно к системе обязательного социального страхования. Средством реализации этих принципов обоснованно избраны социально-страховые взносы. Вместе с тем социальное страхование – это часть государственной системы социальной защиты населения, а направления расходования бюджетов социально страховых фондов – исполнение расходных обязательств собственно Российской Федерации. С этих позиций обязательные страховые взносы – это компенсационные соразмерные платежи, покрывающие особые расходы публичной власти, расходы, которые не могут быть должным образом обеспечены налоговой системой.

Выведя обязательные страховые взносы из-под налогового правового режима регулирования, законодатель, безусловно, заложил основу для развития страховых принципов в системе обязательного социального страхования; возможно, гарантировал ее финансовую устойчивость на среднесрочную перспективу. Однако дальнейшее развитие института социального страхования, его эффективность во многом зависит от степени участия самих застрахованных лиц, их заинтересованности и уверенности в надежности, состоятельности систем страхования. Избранные же законодателем для этих целей средства регулирования полностью

отстраняют застрахованных лиц от участия в социальном страховании, снимают с них всякую социальную ответственность за свое будущее при реализации социальных страховых рисков. Еще менее заинтересованными в развитии обязательного социального страхования представляются страхователи, которых законодатель определил в качестве источников пополнения бюджетов социально-страховых фондов, подкрепив указанную обязанность соответствующими средствами принуждения. На мой взгляд, регламентация финансовой базы обязательного социального страхования исключительно фискальными средствами в рамках финансового права не позволит рассчитывать на ту же результативность данной системы, какая имеет место в мировой практике. Не случайно при подготовке проекта ФЗ № 212 указывалось на необходимость реформирования обязательного социального страхования посредством иных принципов, к сожалению, не нашедших применения: создания стимулирующих инструментов с целью привлечения личных средств работников в социально-страховые фонды, развития системы добровольного социального страхования. Указанные направления совершенствования социального страхования могут быть реализованы только в рамках отрасли права социального обеспечения, сочетающей публичные и частные начала правового регулирования. Но на сегодняшний день оснований для включения отношений по формированию социально-страховых фондов в предмет названной отрасли нет, хотя такое мнение высказывается в литературе¹⁹ и, более того, характеристике и анализу механизма финансирования социального страхования уделяются отдельные параграфы, главы учебников по праву социального обеспечения²⁰.

Предмету ПСО принадлежат собственно социально-страховые отношения, возникающие между застрахованным лицом и организацией (органом), предоставляющей социально страховые

¹⁹ См.: Мачкасов А. И. Частноправовая природа обязательного государственного страхования // Юридический мир. 2009. № 12 (СПС «Консультант-Плюс»); Барков А. В. О месте договоров страхования в системе российского договорного права // Юридический мир. 2008. № 12 (СПС «КонсультантПлюс»).

²⁰ См.: Захаров М. Л., Тучкова Э. Г. Право социального обеспечения России: учебник. М.: 2001. 576 с.; Право социального обеспечения России: учебник / под ред. К. Н. Гусова. М., 2006. 488 с.

выплаты и услуги. Отнесение же отношений по финансированию страховых фондов требует изменения самих принципов их формирования и управления – отделения социально-страховых средств от государственной собственности, установления паритетного участия социальных партнеров в системе страхования и т. д.²¹ В этом случае и сами страховые взносы приобретут иную правовую природу.

Регулирование института социального страхования носит комплексный характер – это сфера действия норм различной отраслевой принадлежности. Формирование средств государственных социально-страховых фондов обеспечивает финансовое право, компенсацию, минимизацию последствий изменения материального и (или) социального положения застрахованных лиц при реализации социальных страховых рисков – право социального обеспечения. Не исключается и применение в данной сфере норм гражданского права, несмотря на то что «отношения по социальному страхованию обособились от гражданско-правовых подобно тому, как трудовой договор когда-то выделился из гражданско-правовых договоров найма»²². В силу прямого указания закона (ст. 970 ГК РФ) правила о страховании (глава 48 ГК РФ) применяются к медицинскому страхованию, страхованию пенсий постольку, поскольку законами об этих видах страхования не установлено иное. Данная норма находит в литературе весьма ограниченное толкование – служит обоснованием отнесения к предмету гражданского права добровольного медицинского и пенсионного страхования. Между тем речь идет лишь о сфере действия его норм. Кроме того, законодатель не делает уточнения относительно характера страхования, его добровольности или обязательности. Да оно и излишне. Договорные начала пронизывают добровольное медицинское, пенсионное страхование. Но они также действуют, хотя и со значительными оговорками, в системе обязательного меди-

²¹ См.: Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. М., 2008. С. 491.

²² Свит Ю. П. Договор страхования // Гражданское право. Ч. 2: Учебник / отв. ред. В. П. Мозолина. М., 2004. С. 633–634.

цинского страхования, а равно и обязательного пенсионного страхования, если речь идет о накопительном элементе страховой части трудовой пенсии.

Что касается оценки добровольного социального страхования как института гражданского права, то это традиционный подход не только в цивилистической науке, но и в теории права социального обеспечения. При этом не учитывается, что названная форма страхования, сопровождая и дополняя обязательное, требует обеспечения необходимого уровня защиты прав граждан. Достигнуть этого уровня посредством исключительно гражданско-правового, диспозитивного режима регулирования невозможно. Обязательства, основанные на договоре добровольного социального страхования, по своей природе являются публичными, что предполагает законодательное ограничение усмотрения сторон такого договора, активное участие государства не только по контролю, но и по косвенному управлению системой негосударственного социального страхования. В этой связи дополнительное социальное страхование, наряду с обязательным, должно опосредоваться нормами права социального обеспечения как отрасли, сочетающей публичные и частные начала.

Часть 2

Юридическая библиография

Глубокие мысли появляются только в дискуссии, при наличии возражений, только при потенциальной возможности высказать не только верные, но и сомнительные идеи.

Академик А. Д. Сахаров

А. М. Лушников

Рец. на кн.: Курс трудового права. Общая часть:
учебное пособие / А. А. Войтик и др.; под общ. ред.
О. С. Курылевой и К. Л. Томашевского. –
Минск: Тесей, 2010. 602 с.

В литературе по трудовому праву жанр курса является относительно редким. В России вышло два подобных издания¹, а на постсоветском пространстве, насколько нам известно, до недавнего времени ничего подобного не публиковалось. Тем интереснее представляется рецензируемое издание, подготовленное преимущественно преподавателями кафедры гражданского процесса и трудового права Белорусского государственного университета. Среди авторов Курса такие ведущие ученые-трудовики и специалисты в области права социального обеспечения Белоруссии, как кандидаты юридических наук, доценты А. А. Войтик, О. С. Курылева,

¹ См.: Курс российского трудового права. Т. 1–3 / Под ред. Е. Б. Хохлова и др. СПб.; М., 1996–2007; Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права: В 2 т. М., 2009 (1-е изд. М., 2003–2004).

Х. Т. Мелешко, Е. В. Мотина, Т. А. Пустовалова, К. Л. Томашевский. Их труды хорошо известны в России и других государствах².

Данное издание имеет целый ряд положительных характеристик, на которых мы остановимся подробнее.

Во-первых, авторам удалось выдержать традиционные каноны жанра Курса, совместив структуру учебного пособия с его высоким научным уровнем, а также с подчеркиванием авторской позиции. При этом изложение материала логично и дидактически обосновано, по разделам даны выводы, а по главам представлен список, надо сказать достаточно подробный, рекомендуемой литературы. Белорусские ученые рассматривают разные подходы к изучаемым проблемам, в том числе и те, с которыми они выражают несогласие. При этом, отметим это еще раз, они не оставляют читателя наедине с многообразием позиций, а излагают свою, как правило, хорошо мотивированную точку зрения. В приложения помещены учебная программа по учебной дисциплине и перечень конвенций МОТ, участницей которых является Республика Беларусь. Стоит отметить и полноту охвата всех проблем общей части – с истории становления трудового законодательства до классических проблем предмета и метода отрасли, ее функций и принципов, системы, источников, трудовых и тесно связанных с ними правоотношений.

Во-вторых, в Курсе выдержано своеобразное трехслойное изложение материала. За основу, что естественно, берется изучение источников белорусского трудового права, практически в такой же степени представлен анализ российского трудового законодательства и существенное место уделено источникам международного и зарубежного трудового права. При этом, образно говоря, соблюден рецепт коктейля Джеймса Бонда: «Взболтать, но не смешивать». В результате авторы дают комплексный анализ проблемы, но с выделением трех уровней правового опосредования: белорусского, зарубежного (в значительной части российского), международного. Этому способствует наличие двух отдельных глав (6-й и 10-й), по-

² См., например: Курылева О. С. Судебная практика и совершенствование трудового законодательства. Минск, 1989; Томашевский К. Л. Изменения трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы. М., 2005; Его же. Очерки трудового права. Минск, 2009; Пустовалова Т. А. Курс права социального обеспечения Республики Беларусь. Минск, 2008 и др.

священных соответственно международно-правовому регулированию в сфере труда и основам сравнительного трудового права. В достаточной степени в рецензируемой работе представлена как белорусская и российская, так и иная зарубежная литература, прежде всего немецкая. В этой связи изложение материала носит, в известной степени, сравнительно-правовой характер. Особо стоит отметить внимательное отношение авторов не только к современной, но и дореволюционной и советской литературе.

В-третьих, многие сюжеты книги являются новыми и интересными, особенно для российского читателя. Это касается зарождения правового регулирования трудовых отношений в периоды древних белорусских княжеств, Великого княжества Литовского и Речи Посполитой (с. 11–20)³, регулирования трудовых отношений в Западной Беларуси с 1921 по 1939 гг., т. е. когда она входила в состав Польши (с. 40–42). Интересен так же анализ Кодекса о труде БССР (1929 г.) и КЗоТ БССР (1972 г.) (с. 42–51), сферы действия трудового права (с. 73–79), роли указов Президента Республики Беларусь в системе национальных источников трудового права (с. 215) и др. Выигрышными являются выделение проблемы представительства в трудовом праве (глава 7), а так же глава 9, полностью посвященная срокам в трудовом праве. Это достаточно нетрадиционно, но находится в рамках сюжетного замысла.

Подчеркнем и хорошую научную редактуру книги, осуществленную О. С. Курылевой и К. Л. Томашевским. В различных частях текста и внутри отдельных сюжетов нет взаимных противоречий и постоянных оговорок о том, что не все соавторы или редакторы согласны с изложенной позицией. Увы, это частый спутник коллективных трудов. В данном же случае, напротив, идейное, терминологическое и стилистическое единство обеспечило и целостность восприятия поданного материала.

Однако рецензируемое издание несвободно от спорных положений, некоторых неточностей. Сразу оговоримся, что ниже будет идти речь не столько о замечаниях, сколько о пожеланиях авторам на будущее.

³ В скобках указаны страницы рецензируемого издания.

1. Одобряя в целом структуру работы, следует отметить, что явно выходят за пределы общей части некоторые разделы главы 7 «Субъекты трудового права...». Это касается профсоюзов и работодателей, правовое регулирование деятельности которых традиционно относится к коллективному трудовому праву и институту «социальное партнерство». Это находит подтверждение не только в ТК РБ (раздел IV) и ТК РФ (раздел II и глава 58), но и в научной доктрине. Однако в рецензируемом Курсе (с. 151) к Общей части трудового права Беларуси отнесен институт правового положения субъектов трудового права и их представителей (в том числе государственных органов, осуществляющих контроль и надзор за соблюдением трудового законодательства). Между тем в главе 7 все субъекты сведены к работникам, работодателям, профсоюзам и объединениям работодателей. Подчеркнем, что круг субъектов трудового права существенно шире и включает в себя органы по разрешению трудовых споров и др., о которых ничего не сказано, а в тексте Курса они даже не перечислены (с. 313). Напротив, глава 8, посвященная трудовым и тесно связанным с ними отношениям, осталась с усеченным разделом о субъектах трудовых отношений. В этой связи, вероятно, следовало бы либо традиционно ограничиться правовым статусом и правосубъектностью работника и работодателя, либо объяснить, почему деятельность одних коллективных субъектов регламентируется в общей части, а других нет. Осталось непонятным, как разделены «Субъекты и стороны трудового правоотношения» (с. 407). Очевидно, что в роли и тех и других в двустороннем отношении может выступить только работник и работодатель и их разделение («субъект и сторона» предполагают, что можно быть субъектом, но не стороной) в принципе невозможно. Разграничение субъектов права и субъектов правоотношения к этой ситуации отношения не имеет.

Кроме того, глава 6 «Международно-правовое регулирование труда» по традиционной структуре должна быть предпоследней, непосредственно перед главой 10 «Основы сравнительного трудового права». Подчеркнем, что глава 6 повествует не только об источниках международного трудового права, но и об общих вопросах, истории и структуре МОТ и др. Достаточно необычно, что

после этого продолжают анализироваться проблемы субъектов трудового права, трудовых правоотношений и др.

2. Некоторые частные проблемы представлены достаточно нетрадиционно, что требует хотя бы авторского комментария. Так, в структуре общей части обычно выделяют социальное назначение, функции, цели и задачи трудового права. Их основное различие в том, что социальное назначение и функции отрасли относятся к доктрине и являются первичными (С. А. Иванов, Р. З. Лившиц), а цели и задачи, как правило, отражены в законодательстве, более изменчивы и производны от социального назначения и функций трудового права. Это частично закреплено в ст. 2 ТК РБ и в полном объеме отражено в ст. 1 ТК РФ. В этой связи выведение на первый план «роли, задач и функций трудового права» (с. 94–102) не совсем понятно, тем более что определение роли (с. 95) вполне подойдет и социальному назначению трудового права. При выделении отраслевых функций (с. 99–100) можно отметить отсутствие единого критерия для этого. Авторами разведены социальная и защитная функции, хотя они, по сути, тождественны, зато выделена функция развития социального партнерства, хотя это подфункция социальной. Выделение воспитательной функции сомнительно, т. к. это общая функция права, свойственная, естественно, любой отрасли.

Предложенная в Курсе классификация принципов трудового права достаточно традиционна (с. 111), но в ней не названы принципы международного трудового права. Стоило бы высказать свое мнение и по поводу возможного выделения конституционных принципов. Крайне спорным выглядит отнесение графика отпусков к числу локальных нормативных актов в сфере труда (с. 238). По своей правовой природе это индивидуальный право-реализационный акт.

Некоторые замечания относятся, вероятно, к технической редакции. Так, немецкий ученый Гуго Зинцгеймер назван «Зимигеймером» (с. 163), между выходом исследований об источниках трудового права В. И. Миронова (2000 г.) и Е. А. Ершовой (2008 г.) прошло все-таки не 18 лет (с. 175), а всего 8 и др.

Однако в заключение мне хотелось бы подчеркнуть главное. Сама широта и глубина рассматриваемых в рецензируемой книге

проблем с неизбежностью провоцирует дискуссию, желание обсуждать предложенные сюжеты и развивать их в дальнейшем. С чем-то можно соглашаться, с чем-то нет, но в «сухом остатке» остается довольно масштабный труд, дающий представление о состоянии проблем теории современного трудового права. Белорусская наука и высшее образование получили в «лице» этого Курса наиболее подробный и обстоятельный учебник по общей части трудового права, который не имеет аналогов в Беларуси и имеет крайне мало аналогов за рубежом (преимущественно в России и Германии). Он, несомненно, будет актуален и для российского читателя, адресован всем специалистам, интересующимся проблемами трудового права. Остается только пожелать нашим белорусским коллегам, чтобы и следующий том, посвященный особенной части трудового права, был выполнен на таком же достойном уровне.

М. В. Лушникова

Рец. на кн.: Черняева Д. В. Международные стандарты труда (международное публичное трудовое право). – М.: Кнорус, 2010. – 232 с.

Рецензируемое издание заявлено как учебное пособие. По своему содержанию и форме оно соответствует этому жанру. Форма изложения автором учебного материала довольно удачна. Каждая тема сопровождается перечнем конкретных вопросов, списком дополнительной литературы, дан также список рекомендуемых тем курсовых и дипломных работ. Особо следует отметить предложенный Д. В. Черняевой интересный перечень вопросов для обсуждения на семинаре также по каждой теме. Для ответов на поставленные вопросы студентам потребуется проявить творческие поисковые навыки, самостоятельность суждений. В приложениях к темам учебного пособия дана «краткая нарезка» основных социально-трудовых прав из международно-правовых актов, субъектный состав ряда международных сообществ, перечень конвенций и рекомендаций МОТ с указанием их

статуса и информации о ратификации Российской Федерацией. Это, несомненно, облегчит студентам усвоение столь объемного материала, т. к. он дан уже в систематизированном виде. Таким образом, для студентов, использующих данное учебное пособие в ходе учебного процесса создается благоприятная основа для конструктивной дискуссии, формирования собственной точки зрения.

По своему содержательному наполнению рецензируемое учебное пособие отличает авторская позиция по всем вопросам, рассматриваемым в пособии. Это действительно авторское учебное пособие, со «своим лицом», своей логикой построения учебного материала. С академическими изданиями это учебное пособие роднит «классика» избранных автором тем. Д. В. Черняева последовательно рассматривает: 1) возникновение и развитие идеи международно-правового регулирования; 2) понятие, предмет, метод, систему и функции международного публичного трудового права; 3) принципы международного публичного трудового права; 4) субъекты международного публичного трудового права; 5) источники; 6) механизмы интеграции и имплементации международных стандартов труда; 7) системы контроля и надзора за соблюдением международных стандартов труда; 8) системы обеспечения реализации международных стандартов труда; 9) понятие и систему международно признанных прав человека в сфере труда; 10) проблемы, тенденции и перспективы международно-правового регулирования труда. Данное учебное пособие отличает довольно глубокий анализ закономерностей установления и реализации международных стандартов труда. В нем обобщаются не только достижения отечественной юридической науки, но и зарубежной. К последним Д. В. Черняева обращается довольно активно, включая зарубежные публикации, в том числе и в списки дополнительной литературы по темам. Во многом благодаря этому, автор вводит в научный оборот и учебный процесс новые юридические конструкции, ранее неизвестные или малоизвестные. В частности, можно назвать рассмотренные автором современные способы обеспечения реализации международных стандартов труда («социальная оговорка» в инструментарии ВТО, социальные инвестиции и социальная маркировка, между-

народные кодексы поведения и др.). Нельзя не отметить, что данное пособие является информационно насыщенным, сочетающим теоретические и практические вопросы, очевидно стремление автора к обобщениям, выявлению закономерностей и перспектив международно-правового регулирования труда.

Вместе с тем столь емкая по содержанию и творческая по исполнению работа не может не вызвать определенных размышлений, сомнений и замечаний. Они во многом касаются принципиальных теоретических положений учебного пособия.

Во-первых, вызывает вопросы авторское определение международного публичного права и его предмета. Д. В. Черняева пишет, что международное публичное трудовое право – это комплексная подотрасль трудового и международного публичного права (с. 21). Означает ли это, что речь идет о подотрасли в структуре международного публичного права? Но почему эта подотрасль комплексная? Может быть, союз «и» в определении (трудовое и международное...) означает включение в эту подотрасль внутригосударственных норм трудового права? Далее автор в предмет международного публичного трудового права включает «общественные отношения по установлению и применению модельных подходов к правовому регулированию социально-трудовых вопросов в рамках того или иного международного сообщества». Почему речь идет о неких «модельных подходах», а не нормах международного трудового права? Каким образом можно обеспечить правовое регулирование вопросов? Как известно, правовому регулированию подвергаются не вопросы, а общественные отношения. Кроме того, и международные сообщества могут быть негосударственными, тогда о каком международном трудовом *публичном* (выделено нами. – М. Л.) праве идет речь?

Во-вторых, требует обоснования и предложенная автором двойственная правосубъектность субъектов международного публичного трудового права, включающая международную правосубъектность и социально-трудовую правосубъектность (с. 45). Между тем социально-трудовая правосубъектность означает способность иметь права и нести обязанности в качестве субъекта трудовых правоотношений. Международное публичное трудовое право не регулирует трудовых отношений, это сфера внутри-

государственного права и международного частного права для трудовых отношений с иностранным элементом. Полагаем, что скорее всего речь должна идти о специальной международной правосубъектности субъектов международного публичного трудового права.

В-третьих, авторское разграничение систем надзора и контроля за соблюдением международных стандартов труда, с одной стороны, и систем обеспечения реализации международных стандартов – с другой, также порождает немало вопросов, тем более что их изложение во многом пересекается, начиная с классификации этих механизмов. На наш взгляд, способы обеспечения реализации международных стандартов – более емкое понятие, включающее и формы международного контроля. Думается, что данный материал еще нуждается в осмыслении и доработке.

Но указанные выше вопросы не снижают достоинств рецензируемого учебного пособия, а свидетельствуют о попытках автора сформулировать новые принципиальные теоретические положения. Появление этого учебного пособия – заметное событие не только в области учебной литературы по трудовому праву, но и в сфере научных знаний. Наша отечественная литература пополнилась новым ценным, содержательным и полезным учебным пособием по международному трудовому праву.

Т. Ю. Барышникова

**Рец. на кн.: Васильева Ю. В. Кодификация
российского законодательства
о социальном обеспечении: теоретические
и практические проблемы. – Пермь, 2009. – 364 с.**

Актуальность темы монографического исследования Ю. В. Васильевой бесспорна, поскольку разрозненность и противоречивость нормативных актов в сфере социального обеспечения является, с одной стороны, отражением нестабильности и недостаточного развития системы социально-обеспечительного законодательства, а с

другой стороны, одним из факторов, тормозящих дальнейшее его развитие. Кроме того, одним из показателей актуальности и глобальности данной проблемы является то, что попытки решить ее проявляются на различных уровнях правового регулирования – от регионального до международного.

В этой связи монография Ю. В. Васильевой является как нельзя более своевременной и необходимой в науке права социального обеспечения. Многие выводы автора заслуживают поддержки. Так, следует поддержать позицию автора по вопросу отраслевого характера кодификации (с. 44–45, 165). Одним из горячо обсуждаемых в теории права социального обеспечения является вопрос о соотношении понятия «право социального обеспечения» с выделяемым в настоящее время в науке понятием «социальное право». Социальное право рассматривается в науке как комплексное правовое образование, объединяющее различные отрасли и институты отраслей (административного, трудового, гражданского, собственно права социального обеспечения), но имеющее общую цель – социальную защиту населения. По данному вопросу мы согласны с Ю. В. Васильевой и считаем, что необходимо сохранить традиционную концепцию права социального обеспечения как самостоятельной отрасли права, включающей в себя отношения по социальному страхованию, государственному социальному обеспечению и социальной помощи. Соответственно такой же подход должен быть применен и к формированию отрасли социально-обеспечительного законодательства и систематизации нормативно-правовых актов в сфере социального обеспечения.

Следует также поддержать вывод автора о необходимости федеральной кодификации законодательства о социальном обеспечении, поскольку множество теоретических и практических проблем в области социального обеспечения может быть решено путем закрепления принципов социального обеспечения, видов социального обеспечения, соотношения централизованного и децентрализованного регулирования социально-обеспечительных отношений (с. 286), пределов ведомственного нормотворчества (с. 77) в едином федеральном Кодексе социального обеспечения РФ. Проблема кодификации социально-обеспечительного законо-

дательства носит многоуровневый характер и, как верно отмечено Ю. В. Васильевой, стремление к кодификации проявляется и на региональном уровне. Со своей стороны отметим, что в Ярославской области принят Социальный кодекс Ярославской области, который, как и многие другие подобные акты региональной кодификации, носит достаточно «сырой» и противоречивый характер, не содержит механизма реализации и механизма защиты права на отдельные виды социального обеспечения. Поэтому мы, безусловно, придерживаемся позиции о необходимости определения на уровне федерального кодекса рамок для регионального нормотворчества, разграничения полномочий между федеральными и региональными органами, установления единого порядка введения в действие региональных нормативно-правовых актов, порядка установления новых видов социального обеспечения и повышения размеров социального обеспечения. Справедливым нам видится замечание Ю. В. Васильевой о том, что при принятии федерального кодекса необходимость в региональных кодексах упадет, поскольку многие нормы неизбежно будут дублированы из федерального кодекса, а те виды социального обеспечения, которые находятся в рамках регулирования регионального законодательства, представляют собой лишь особенности правового регулирования, чего для кодекса недостаточно. Однако, по нашему мнению, систематизация регионального законодательства также необходима в силу разнообразия видов социального обеспечения на уровне субъектов РФ (в частности, в Социальный кодекс Ярославской области вошли далеко не все виды социального обеспечения, например, социальное обслуживание осталось за рамками кодификации), но вид систематизации целесообразно отдать на усмотрение самих субъектов РФ.

Необходимо отметить, что по ряду вопросов автор, рассматривая различные позиции, избегает конкретизации своей собственной точки зрения, в связи с чем исследование данных вопросов выглядит недостаточно полным и незаконченным, в частности, в следующих случаях. На с. 286 автор перечисляет различные варианты соотношения федерального и регионального законодательства, однако собственной конкретной позиции по данному вопросу не вы-

сказывает. Рассматривая вопрос об обратной силе закона (с. 125), автор обращает внимание на особенности социально-обеспечительного законодательства, в частности на необходимость стабильности и последовательности правового регулирования. Поддерживая в целом эту позицию, считаем недостаточно определенными выводы автора в части закрепления принципа стабильности в качестве принципа правового регулирования социально-обеспечительных отношений. Также нам показалась неопределенной позиция автора об особенностях обратной силы закона в силу длящегося характера социально-обеспечительных отношений. В частности, речь идет о пенсионных отношениях, а именно об особенностях исчисления страхового стажа и о наиболее актуальной в настоящее время проблеме – проблеме повышения пенсионного возраста. Хотелось бы выяснить позицию автора по вопросу «разумного переходного периода» в случае увеличения пенсионного возраста для назначения трудовой пенсии по старости.

В недостаточной степени исследованной представляется проблема включения в кодекс норм об источниках социального обеспечения (с. 70–71). На с. 229 автор, возвращаясь к этому вопросу, останавливается только лишь на правомерности закрепления в социально-обеспечительном законодательстве страховых тарифов, порядка их уплаты, порядка формирования пенсионного капитала. Концептуальный подход к этому вопросу, несмотря на всю его важность, отсутствует.

Недостаточно полно исследован и вопрос о включении в систему права социального обеспечения и социально-обеспечительного законодательства института негосударственного социального страхования (с. 218–219), отсутствует достаточная мотивация позиции автора; кроме того, за рамками исследования остался вопрос о других формах негосударственного (договорного) социального обеспечения.

Следует заметить, что вышеуказанные вопросы носят дискуссионный характер. Монография Ю. В. Васильевой посвящена актуальной теме, научную и практическую значимость которой трудно переоценить. Широкий круг поставленных вопросов делает объективно невозможным абсолютно полное исследование данной темы и оставляет простор для дальнейших исследований. Автором было

проведено глубокое научное исследование данной проблемы, которое, на наш взгляд, достойно повлияет и на развитие законодательства, и на развитие науки. По нашему мнению, рецензируемая монография займет заслуженное место среди монографических исследований в сфере права социального обеспечения.

В. А. Ратехина

**Рец. на кн.: Права работодателей
в трудовых отношениях: монография**
/ под ред. А. Ф. Нуртдиновой и Л. А. Чикановой. –
М.: Эксмо, 2009. – 480 с.

Рецензируемая работа посвящена теме, научный интерес к которой в тех или иных ее аспектах за последние годы значительно возрос. Очевидно, что в трудовом праве социальная функция превалировала всегда, вместе с тем в настоящее время существенное развитие получила и другая функция трудового права – экономическая. По этой причине на повестку дня закономерно встает вопрос не столько об обязанностях, сколько о правах работодателя. Более того, очевидно, что процессу совершенствования трудового законодательства в целях обеспечения баланса интересов сторон трудового отношения никогда не было и не будет присуще состояние «статики». В этой связи обращения ученых-трудовиков к проблемам исследования прав субъектов трудового правоотношения, в том числе прав работодателя, всегда актуальны.

Следует отметить, что представленная к рецензии монография – одно из немногих исследований, в котором предпринята попытка всестороннего анализа прав работодателя в сфере трудовых и производных от них отношений. Без научного анализа не осталось ни одно из прав работодателя, закрепленных ст. 22 ТК РФ. Более того, по всей видимости, именно ст. 22 ТК РФ в части основных прав работодателя и была положена в основу структуры работы, несмотря на наименования отдельных глав: глава 2

«Кадровая политика», глава 3 «Права работодателя по эффективному использованию персонала». Ознакомление с работой позволяет заключить, что в ней затронуты теоретические и практические проблемы реализации основных прав работодателей как в регулятивных и охранительных, так и в индивидуально-договорных и социально-партнерских (коллективных) отношениях. Такой комплексный характер монографии не может не вызвать одобрения. Вместе с тем очевидно, что наименованием работы не охватываются права работодателей в производных от трудового отношениях. В этой связи, полагаем, что название монографии звучит уже и не вполне соответствует ее содержанию.

Стремление к широте охвата теоретических и практических проблем по заявленной тематике выявило необходимость участия в написании монографии авторского коллектива. Несомненно, это позволило каждому ученому сосредоточиться на проработке проблемы в своей части более детально. Главное при этом, на наш взгляд, – недопущение ситуации, при которой заявленный жанр научной монографии был бы выхолощен в сборник статей. К сожалению, авторскому коллективу не во всех случаях удалось соблюсти принцип системности и последовательности в изложении материала. Так, исторические аспекты того или иного вопроса, международно-правовой и зарубежный опыт, опыт коллективно-договорного регулирования, материалы судебной практики подаются в работе, во-первых, в весьма скудном, урезанном виде, а во-вторых, избирательно, применительно не ко всем главам¹. Тем самым в существенной части теряется «дух единства», свойственный научному жанру коллективной монографии, а работа приобретает фрагментарный характер.

Более единодушными авторы оказались при решении вопроса, касающегося совершенствования понятийного аппарата отрасли трудового права. Примечательно, что практически каждая глава работы содержит анализ основных понятий, которыми в дальней-

¹ Например, международно-правовой опыт раскрывается в основном в главе 7, посвященной правам работодателя в системе социального партнерства, зарубежный опыт в принципе вообще отсутствует, за исключением информативного материала, содержащегося в сносках (гл. 2, с. 77). Перечень подобных замечаний может быть продолжен.

шем оперирует соответствующий ученый. На основе национально-го законодательства, существующих в доктрине трудового права точек зрения критическому и обстоятельному анализу подвергаются такие понятия и конструкции, как «работодатель» (наниматель))» (с. 14–31), «деловые качества работника» (с. 97), «трудовая функция» (с. 120–126), «место работы» (с. 127–136), «аттестация» (с. 150–151), «другая работа» (с. 177–182), «оставление на работе» (с. 199), «увольнение» (прекращение, расторжение трудового договора, с. 203), «аннулирование трудового договора» (с. 206–207), «профессиональная подготовка», «переподготовка», «повышение квалификации» (с. 279–280), «меры защиты», «меры ответственности» (с. 405), «отстранение от работы» (с. 445–446).

Многие выводы и предложения авторов заслуживают поддержки и одобрения. В частности, в § 1.3. главы 1 вызывает интерес ряд вопросов, посвященных общим и дополнительным условиям возникновения работодательской правосубъектности работодателей – физических лиц, не являющихся индивидуальными предпринимателями. Следует согласиться с мнением Т. Ю. Коршуновой, полагающей, что осуществление предпринимательской деятельности с привлечением наемных работников предполагает повышенную моральную ответственность, которая едва ли присуща подросткам. В это связи несовершеннолетние граждане не должны признаваться работодателями. Представляется весьма обстоятельной и убедительной критика предложения, высказанного М. В. Филипповой, относительно возможности использования таких гражданско-правовых конструкций, как оферты и акцепта при регулировании отношений, связанных с заключением трудового договора (гл. 2, с. 106–115). Мы полностью поддерживаем точку зрения Л. А. Чикановой о нецелесообразности заимствования трудовым правом указанных конструкций по причине противоречивости, искусственности и, в конечном счете, теоретической необоснованности высказанной идеи (с. 115). Видится достаточно конструктивным предложение о включении в ТК РФ нормы, предусматривающей выплату работнику, которому необоснованно отказали в приеме на работу, не полученной им заработной платы и компенсации морального вреда за все время со дня отказа в приеме

на работу до дня вынесения судебного решения (с. 117). Заслуживает пристального внимания глава 7 рецензируемой работы, посвященная правам работодателя в сфере профессиональной подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников. Небезынтересно, но достаточно спорно предложение И. В. Занданова о закреплении в ТК РФ права работодателя заключать договор с другим работодателем о переходе прав по ученическому договору или по договору об обучении при согласии работника в целях компенсации связанных с обучением затрат работодателя (с. 316). В то же время другое предложение автора о необходимости внесения изменений в ТК РФ в части введения дисциплинарной ответственности учеников, установления испытательного срока, в течение которого ученический договор мог бы быть расторгнут без соответствующих материальных последствий для ученика, заслуживает полной поддержки.

Вместе с тем следует отметить, что эти, как и многие другие, выводы и предложения авторов отличаются в значительной своей части практической направленностью, что объясняется в большей степени тривиальностью поставленных для исследования проблем. Подобный подход не вполне согласовывается с избранным научным жанром монографии. Более того, рассмотренные в работе проблемы теоретического характера, в частности касающиеся правосубъектности работодателя (глава 1), нормативной власти работодателя (глава 5), юридических средств защиты прав работодателей (глава 8), не являются глубокими и теряются на общем фоне комментирования нормативно-правового материала². Таким образом, из содержания книги следует, что она представляет собой более научно-практический комментарий действующего законодательства. Не случайно годом позже, в 2010 году, рецензируемая работа была выпущена уже в несколько ином жанре — жанре новейшего юридического справочника³.

² Излишняя увлеченность комментированием ошибочно привела автора главы 2 к цитированию положений постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 2 от 17 марта 2004 г. дважды: в основном тексте главы на с. 137 и повторно в тексте сноски на той же странице.

³ См.: Права работодателей в трудовых отношениях: Новейший юридический справочник / под ред. А. Ф. Нуртдиновой, Л. А. Чикановой. М., 2010. 480 с.

В целом с формальной и содержательной сторон рецензируемая работа порождает достаточное количество замечаний, сомнений и вопросов. Ряд положений нуждается в дополнительной аргументации и пояснении. Остановимся на некоторых из них, вызывающих наибольшую полемичность, более подробно.

1. Названия главы 2 «Кадровая политика работодателя и способы ее реализации», главы 3 «Права работодателя по эффективному использованию персонала» представляются нам не вполне корректными, а избранная терминология – не соответствующей закону по нескольким причинам. Во-первых, ТК РФ понятий «кадровая политика» и «эффективное использование персонала» не содержит и не определяет. Единственный случай, о котором упоминает ТК РФ применительно к сменной работе – это эффективное использование оборудования (ст. 103 ТК РФ). Спорные понятия более свойственны, на наш взгляд, такой дисциплине, как управление персоналом. Во-вторых, кадровая политика обычно понимается как деятельность работодателя по принятию кадровых решений, в том числе не только о приеме на работу, но и об изменении и прекращении трудового договора. В этой связи видится нелогичным построение работы в той части, когда наряду с главой «Кадровая политика работодателя и способы ее реализации», посвященной способам подбора персонала и правам работодателя при заключении трудового договора, авторами в самостоятельные главы выделены вопросы, касающиеся прав работодателя при изменении условий трудового договора и при прекращении трудовых отношений с работниками.

2. Рассматривая такой признак работодателя, как его способность предоставить работнику работу и организовать их труд, Т. Ю. Коршунова приходит к выводу, что невозможно представить ситуацию, когда с работниками заключен трудовой договор, а работа не предоставляется, не производится и не оплачивается (с. 24). Отсюда, по мнению автора, вытекает, что в таких случаях лицо не должно признаваться работодателем, последний не вправе заключать трудовые договоры. Однако данный вывод, несмотря на его привлекательность, противоречит не только фактической ситуации, присутствующей на рынке труда, но и

законодательству. В противном случае это приведет к необоснованному ограничению не только трудовой, но и гражданской правосубъектности предпринимателя-работодателя. ТК РФ не содержит запрета заключения работодателем трудового договора в случае отсутствия необходимых средств, обеспечивающих оплату труда. Решение проблемы относительно требований наличия минимального имущества у работодателя-предпринимателя видится в рамках гражданского законодательства, а несение каких-либо неблагоприятных имущественных последствий охватывается таким понятием, как работодательский (предпринимательский) риск. Не случайно, ТК РФ предусмотрена норма ст. 157 относительно обязанности работодателя оплатить работникам «непредоставленную работу» по правилам, определенным для оплаты простоя не по вине работника.

3. Вызывает ряд возражений следующее суждение Т. Ю. Коршуновой: «... является совершенно оправданным употребление наряду с термином «работодатель» термина... «предприниматель» для обозначения стороны трудового правоотношения, противостоящей работнику» (с. 29). Считаем, что такое предложение о заимствовании терминологии иной отраслевой принадлежности в рецензируемой работе не вполне обосновано.

4. На с. 25 подвергается критике такой признак работодателя, как регистрация в качестве плательщика социального налога (обязательных страховых взносов во внебюджетные фонды) за использование чужого наемного труда. В частности, указывается, что такая регистрация «...не может рассматриваться в качестве условия реализации работодательской правосубъектности». Однако здесь же автор полагает, что «такая регистрация является условием реализации работодательской правосубъектности». Тем самым, ввиду явного противоречия и непоследовательности в суждениях, нам не представилось возможным выяснить авторскую точку зрения по заявленной проблеме.

5. Не может не вызвать дискуссии предложенная на с. 36 классификация работодателей – физических лиц. Последние классифицируются на три группы, при этом в самостоятельную группу выделяются работодатели – физические лица, привлекающие работников для целей профессиональной деятельности без цели из-

влечения прибыли. На наш взгляд, и в этом мы солидарны с М. В. Лушниковой и А. М. Лушниковым, такое дробление является излишним. Главным критерием классификации должна являться направленность трудовой деятельности, и в этом аспекте достаточно деления работодателей на две группы: использующих наемный труд исключительно для удовлетворения личных потребностей и использующих наемный труд для осуществления предпринимательской или профессиональной деятельности⁴.

6. Во многом спорным представляется отнесение к субъектам, наделенным правом заключения трудовых договоров с работниками, филиалов и представительств, а также общественных объединений и профессиональных союзов, не имеющих статуса юридического лица (с. 45, с. 53).

7. В работе, по сравнению с иными параграфами и главами, в недостаточной степени освещены проблемы, касающиеся оснований расторжения трудового договора по инициативе работодателя (§ 4.2. гл. 4). Автор, Л. А. Чиканова, всецело подчеркивая практическую значимость данного вопроса, тем не менее из 14 оснований увольнения, предусмотренных ст. 81 ТК РФ, подвергает анализу всего 3 из них, а именно: расторжение трудового договора в связи с ликвидацией организации (п. 1 ч. 1 ст. 81 ТК РФ), увольнение в случае однократного грубого нарушения руководителем организации (филиала, представительства), его заместителями своих трудовых обязанностей (п. 10 ч. 1 ст. 81 ТК РФ) и прекращение трудового договора в связи с предоставлением работником работодателю подложных документов при заключении договора (п. 11 ч. 1 ст. 81 ТК РФ). При этом нам видится необоснованным аргумент, по которому применение именно перечисленных оснований увольнения вызывает серьезные затруднения на практике. Большое количество вопросов, как теоретического, так и практического толка, вызывает применение иных оснований увольнения по ст. 81 ТК РФ.

8. На с. 183–186 Л. А. Чикановой предлагается классификация переводов на другую постоянную работу исходя из интересов

⁴ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В. Курс трудового права. Т. 1. М., 2009. С. 827.

сторон трудового договора. К переводам на другую постоянную работу в интересах работодателя ученый относит только один вид – перевод работника на вышестоящую должность или вышеоплачиваемую работу. Одновременно автор подчеркивает, что в таком переводе может быть заинтересован и работник. Вместе с тем автором не учитывается, что при таком подходе теряется критерий и какой-либо смысл в предложенной классификации.

9. Представляется не вполне аргументированным тезис о том, что при осуществлении локального правового регулирования у работодателя отсутствует интерес и объект притязаний (с. 233). Видится достаточно полемичным вопрос о соотношении локальных нормативных актов и коллективных договоров, их взаимозаменяемости.

10. Остановливаясь на характеристике юридических средств защиты прав работодателей, О. В. Абрамова никак не соотносит их с таким понятием, как гарантии. Более того, в рецензируемой работе термин «гарантия» применительно к правам работодателя даже не упоминается. Полагаем, что рассмотрение заявленной темы в контексте гарантирования прав повысило бы актуальность работы, тем более что ст. 2 ТК РФ Российской Федерации прямо закрепляет принцип установления государственных гарантий по обеспечению прав не только работников, но и работодателей. Как известно, гарантии являются своего рода «спутником», средством обеспечения реализации прав. Поскольку в трудовых и производных от них отношениях правами наделяются не только работники, но и работодатели, указанная категория применима и к работодателю. В трудовых отношениях гарантии, как правило, сориентированы на работника как более слабую сторону. Работодатель, в свою очередь, наделяется властными полномочиями. Напротив, в производных отношениях установление гарантий прав работодателя не только возможно, но и необходимо. В частности, ТК РФ предоставляет возможность объединения работодателей в целях представительства и защиты своих интересов. Гарантией прав работодателя является норма статьи 249 ТК Российской Федерации, предусматривающая возможность возмещения затрат, связанных с обучением работника. В этом случае гарантируется право работодателя на компенсацию убытков.

В целом высказанные замечания касаются отдельных частных вопросов и не влияют на общий вывод о практической и в ряде случаев теоретической значимости проведенного исследования и не снижают достоинств работы, которая фактически представляет собой первую и успешную попытку комплексного анализа прав работодателя в трудовых и производных от них отношениях. Предпринимательское сообщество и юристы – теоретики и практики – получили интересную и практически полезную работу, восполняющую пробел в научно-практической литературе по трудовому праву.

А. Ю. Поварёнков

**Рец. на кн.: Жильцов М. А. Дефекты
трудового права: монография. –
Екатеринбург: Изд-во УГТУ-УПИ, 2010. – 312 с.**

Монография М. А. Жильцова, посвящённая дефектам трудового права, является значимой публикацией на просторах большого количества современной юридической литературы. При прочтении его труда сразу же подкупает и широта проблем, обозначить и разрешить которые взялся автор, и используемая им аргументация с большим количеством примеров из судебной практики, и достаточно адекватное изложение многих теоретических вопросов, характерных не только для трудового, но и для иных отраслей права. Так, в работе на отраслевом уровне теоретически обобщены всевозможные ситуации пробелов, противоречий, нарушений логической целостности трудового законодательства, опiski да и просто несуразности текстуального свойства, затрудняющие правоприменение в каждом конкретном случае. Эти случаи автор предлагает именовать дефектами трудового права (с. 28). По этим причинам понятна логика работы, в силу которой вначале читателям предлагается общетеоретический подход к исследуемому явлению (глава 1 монографии), а затем – его транс-

формация в отраслевом разрезе (главы 2–4 монографии). Из перечня цитируемых здесь источников наглядно следует, что в настоящее время учение о правовых дефектах, в большей степени, развивается на уровне общей теории права, в то время как количество специальных работ по рассматриваемой проблеме в отраслевых науках, включая трудовое право, существенно уменьшается.

В первой главе работы предлагается определение понятия дефектов трудового права, обозначаются критерии, в силу которых его следует ограничивать от сходных понятий «юридическая коллизия» (с. 8 и след.), «юридическая ошибка», «правотворческая ошибка» (с. 22–28). Здесь же дефекты трудового права классифицированы автором в зависимости от оснований их возникновения (с. 47–59). В главах 2–4 монографии уделено внимание изучению отдельных видов дефектов трудового права в рамках избранной автором классификации. Следует отметить, что принцип классификационного единства при этом в большинстве случаев соблюден и логика работы, за редкими исключениями, не нарушена. В заключительной части работы (главы 5–6) особое внимание уделено способам преодоления дефектов права средствами юридической техники, а также судами различных инстанций как при разрешении конкретных трудовых дел, так и в рамках формирования правовой позиции по возникшему спору, вынесения актов толкования, обязательных для всех нижестоящих судов, и т. д.

Большое количество примеров, используемых для аргументации, не превратили монографию в обычную компиляцию судебной практики с комментариями составителя. Приводимые в работе дела, как правило, не только удачно иллюстрируют те или иные соображения М. А. Жильцова, но и анализируются с теоретической точки зрения. Кроме того, в работе выделены (правда, не отдельными выводами, а в качестве итогов рассмотрения каждого конкретного дефекта) основные направления совершенствования действующего трудового законодательства в целях его совершенствования и преодоления вскрытых автором дефектов.

Вместе с тем, несмотря на логичную структуру и интересный авторский подход ко многим проблемам, рассматриваемая работа не свободна от некоторых недостатков.

1. Анализируя мнения, сложившиеся в науке относительно понятия «дефект права», автор вольно или невольно использует для своей аргументации выражения «дефект системы права», «дефект текста Трудового кодекса РФ», «дефект законодательства», ссылаясь при этом на различных авторов (Н. А. Власенко, С. Ю. Головина, В. М. Баранов) (с. 7 и след.). В этой ситуации, как видно, М. А. Жильцов отождествляет понятия «система права» и «система законодательства», что вряд ли допустимо. К сожалению, такое смешение встречается по ходу работы неоднократно. Например, аргументируя необходимость отграничения понятия правовых коллизий от дефектов права, автор вновь ссылается на недостатки законодательства (с. 10–11), а не системы права.

2. Как уже отмечалось выше, в работе М. А. Жильцова сформулировано авторское определение понятия «дефекты трудового права». Под ними понимаются недостатки, несовершенство, противоречия трудового права и трудовых конструкций, которые приводят к проблемам правоприменения, нарушению трудовых прав и законных интересов субъектов трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений (с. 28). Но в само определение автором работы заложены оценочные понятия «проблема правоприменения», «нарушения трудовых прав» и т. д. Причём, что понимать под проблемами правоприменителя в данном случае, остаётся за границами исследования. Представляется, что как таковая проблема правоприменения в русле методологии М. А. Жильцова также может иметь несколько аспектов. Это может быть и субъективная сложность для конкретного судьи, рассматривающего спор, вытекающая из неясности выбора при существовании тех или иных альтернатив; и «половинчатость» судебного акта с точки зрения сторон спора и др. В этих примерах видно, что проблемы для правоприменения, пожалуй, имеют в большей степени субъективный характер, в то время как автором на протяжении всей монографии последовательно отстаивается объективный характер дефектов права. Поэтому полагаем, что внедрение в определение дефектов трудового права субъективных элементов не добавляет ясности в рассматриваемое понятие.

3. К числу технико-тактических причин возникновения дефектов трудового права в работе причислен риск законодателя. Изучение монографии в этой части позволяет утверждать, что М. А. Жильцовым развивается идея о возможности неправильного выбора варианта законодательного решения ситуации при наличии альтернатив (с. 39–40). Здесь же разъясняется, что «законодатель не смог учесть и выявить закономерности общественного развития, вследствие чего был принят нормативный правовой акт, содержащий дефекты трудового права». Высказанные в монографии соображения в этой части представляются нам небесспорными. По сути, автор развивает вопрос об ошибках законодателя, допущенных по его вине. Вместе с тем концепция риска, в том числе и с субъективной точки зрения, по нашему мнению, не предполагает упречного поведения субъекта в данной ситуации¹, что в работе не учтено. Кроме того, сомнительны в рассматриваемом случае и основания, избранные в работе для классификации. Дело в том, что на с. 40–41 к другим самостоятельным технико-тактическим причинам возникновения дефектов трудового права, помимо риска, отнесены невнимательность субъектов нормотворчества и выбор законодателем формы нормативно-правового акта, неадекватного предмету правового регулирования. Очевидно, что «выбор формы» также относится к случаям законодательного решения ситуации. Поэтому непонятно, что позволило автору дифференцировать рассмотренные технико-тактические причины возникновения дефектов трудового права на самостоятельные основания. По нашему мнению, подкреплённому и логикой изложения оснований, и приводимыми самим же М. А. Жильцовым примерами, сколь-нибудь значимых и аргументировано сформулированных посылок для предпринятого им на с. 40–41 деления причин не имеется.

4. На с. 70–71, обращаясь к способам устранения и преодоления дефектов трудового права на стадии реализации норм, отмечается, что судебные органы при рассмотрении конкретных дел также могут устранять дефекты трудового права, а именно про-

¹ См. например Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М.: Юридическая литература, 1976. Гл. 6; Ойгензихт В. А. Воля и риск // Правоведение. 1984. № 4. С. 41; Его же. Право и мораль. Душанбе, 1987. С. 112.

белы в правовом регулировании путем применения аналогии права и аналогии закона (ст. 11 ГПК РФ). Об этом же, но уже более подробно, с приведением соответствующих примеров, повествуется и на с. 283–284 работы. Из изложенного можно сделать вывод, что функция районного суда по преодолению дефектов трудового права сводится только к применению аналогии закона или аналогии права. Между тем сам автор подобный подход до конца не разделяет.

Например, на с. 264 работы он указал, что при рассмотрении конкретного дела и выявлении того, что один акт противоречит другому, суд обязан применить нормативный акт, обладающий наибольшей юридической силой (п. 2 ст. 11 ГПК РФ). С учетом этого трудно объяснить, почему ранее, на с. 70, под устранением дефектов трудового права понимается сугубо применение аналогии. Очевидно, что судебные возможности в данной части гораздо шире границ, в которые их искусственно поместил критикуемый автор. Полагаем, что в рассматриваемой части общие выводы по полномочиям суда по преодолению дефектов трудового права (с. 70) должны быть приведены в полное соответствие с высказываниями о том, что возможностью применения правовых норм по аналогии они на сегодняшний момент не ограничиваются.

5. На с. 128–130 работы изложен ряд критических соображений автора работы на предмет содержания ст. 20 ТК РФ. По его мнению, необоснованно к одной и той же категории работодателей причислены как индивидуальные предприниматели, так и лица, осуществляющие публично-правовые функции (адвокаты, частные нотариусы). Соответствующие положения, сформулированные в ч. 5 ст. 20 ТК РФ, рассматриваются в работе в качестве примера алогизма как разновидности логико-структурных дефектов трудового права. В целом, соглашаясь с подмеченной М. А. Жильцовым особенностью, следует заметить, что при рассуждениях по этому вопросу им не приведено аргументации, свидетельствовавшей бы о том, что, выражаясь его терминологией, такой дефект влечёт какую-нибудь проблему правоприменения и нарушение трудовых прав данных лиц или их наёмных работников. Это тем более странно, что в голословных утверж-

дениях о том, что та или иная норма закона представляет собой дефект трудового права, автора упрекнуть при прочтении работы невозможно.

Т. Ю. Барышникова

**Рец на кн.: Костян И. А. Защита субъективных
прав, свобод и законных интересов:
трудоправовой аспект:
монография. – М., 2009. – 264 с.**

Проблема защиты трудовых прав в различных ее аспектах всегда являлась и до сих пор остается актуальной в науке трудового права, а в последнее время интерес к комплексному исследованию системы защиты трудовых прав усилился, что подтверждается наличием множества научных трудов и диссертационных исследований, посвященных различным аспектам защиты трудовых прав и законных интересов.

Автором избран традиционный подход к анализу рассматриваемой проблемы, используемый большинством ученых при исследовании защиты субъективных прав, а именно проанализировано понятие защиты трудовых прав, соотношение терминов «защита» и «охрана» прав, исследовано понятие правового механизма защиты, элементы правового механизма защиты, понятие форм, способов и средств защиты. Необходимо отметить, что автором понятие защиты трудовых прав рассматривается в неразрывной связи с понятием реализации субъективного права, подчеркивается обусловленность способа защиты особенностями характера подлежащего защите субъективного права или законного интереса. Данный подход представляется нам достаточно интересным и целесообразным.

Однако следует признать, что, проводя на протяжении всей работы мысль о единстве защиты и реализации субъективных прав, автор зачастую ограничивается лишь постановкой пробле-

мы и далее сравнительного анализа точек зрения, имеющих в юридической литературе, не идет. В монографии, к сожалению, отсутствуют выводы о соотношении понятий «защита права» и «реализация права», отсутствуют выводы, которые позволяли бы признать наличие логической связи первой главы с дальнейшим исследованием.

Некоторые актуальные вопросы теории защиты оставлены автором за рамками исследования. В частности, автор вполне справедливо придерживается распространенной в науке трудового права позиции об особенностях законного интереса как объекта защиты (параграф 2 главы 3), однако вопрос о том, как влияет объект защиты на выбор способа защиты, автор не рассматривает и практического значения выделения законного интереса как объекта защиты не показывает. Определенная незавершенность проведенного исследования проявляется также в наличии внутренних противоречий в логике самого автора:

1) Так, на с. 157–158 автор разграничивает следующие средства защиты: правовые меры, способы и формы. При этом в дальнейшем такое разграничение автором не всегда выдерживается. Так, в качестве способа защиты автор называет привлечение работника к материальной ответственности (с. 206), тогда как по определению, данному на с. 157, это больше подходит под понятие правовой меры защиты.

2) Критикуя точку зрения о классификации способов защиты в зависимости от субъекта трудового правоотношения (с. 250) и говоря в связи с этим о необходимости выделять способы защиты других субъектов трудового права, в частности профсоюзов, коллектива работников, автор не раскрывает особенностей защиты прав данных субъектов.

С некоторыми выводами автора мы в корне не можем согласиться, в частности с выводом об отнесении профсоюзов к числу правоохранительных органов в силу присущих им контрольных функций (с. 112). Мы не согласны также с позицией автора о том, что «охранительные правовые нормы определяют не только меры юридической ответственности субъектов охранительных правоотношений и процедуру их применения, но и порядок осуществле-

ния компетентными органами охранительной деятельности» (с. 109). Данная позиция и приводит автора к таким конструкциям, как «охрана права на защиту» и «нарушение права на защиту». В действительности, кроме регулятивных и охранительных, необходимо различать материальные и процессуальные отношения. Охранительное материальное правоотношение нельзя отождествлять с процессуальным. Охранительная связь является «внутренней для трудового правоотношения: ее субъекты те же, что и в трудовом правоотношении»¹; охранительное правоотношение существует до момента возникновения процессуального отношения, а следовательно, юрисдикционный орган не может быть его субъектом; в случае возникновения спора охранительное отношение переносится на рассмотрение суда и становится предметом его деятельности. Таким образом, при возникновении препятствий на пути осуществления права на защиту, например в виде неправомерного отказа в принятии искового заявления, речь идет о возникновении охранительного процессуального отношения, которое существует параллельно с охранительным материальным отношением и не смешивается с ним по содержанию.

Думается, что причина различий в понимании концепции охранительных и регулятивных норм связана с различным пониманием охранительной функции трудового права, под которой автор понимает направленность на обеспечение охраны труда (с. 58), что, на наш взгляд, означает подмену понятий «охранительная функция права» и «социальная функция трудового права». На с. 212 автор излагает позицию, в соответствии с которой право на привлечение работника к сверхурочным работам также осуществляется в рамках охранительной функции права, а юридическим фактом, порождающим охранительное правоотношение, является инициатива управомоченного лица (с. 213). В таком понимании смысла в разграничении регулятивных и охранительных отношений нет, поскольку отсутствуют критерии их разграничения.

¹ Стависский П. Р. Проблемы материальной ответственности в советском трудовом праве. Киев; Одесса, 1982. С. 123. См. также: Лушникова М. В. Трудовые споры в СССР. Ярославль, 1991. С. 9.

Следует отметить, что высказанные замечания носят в основном дискуссионный характер. Они лишь подчеркивают интерес рецензента к книге и отнюдь не умаляют ее достоинств. В целом при анализе монографии можно прийти к выводу, что автор логично и последовательно исследовал вопросы, касающиеся определения понятий защита трудовых прав, законных интересов и свобод, места защиты права в правовом механизме защиты, содержания защиты трудовых прав, права на защиту. В монографии проанализированы научные исследования, систематизированы различные точки зрения, защита права рассмотрена с точки зрения комплексного подхода к проблеме, выбранный автором аспект исследования разнообразит и дополняет имеющуюся научную базу по проблеме защиты прав и законных интересов в трудовом праве.

Е. А. Исаева, Ю. А. Кузнецов

**Рец. на кн.: Драчук М. А. Субъекты
трудового права: монография. –
Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2009. – 336 с.**

Проблемы, связанные с определением правового статуса субъектов трудового права, являются одними из наиболее обсуждаемых в отраслевой науке. М. А. Драчук предприняла попытку провести в данной монографии комплексное исследование вопроса, рассмотрев соотношение понятий субъект трудового права и субъект трудовых правоотношений, охарактеризовав правовой статус работника, дав свое видение трудовой правосубъектности работника. В монографии автор постаралась исследовать субъектов трудового права с общетеоретических аспектов, а также дала характеристику с позиции отрасли трудового права и смежных отраслей. Исходя из того, что М. А. Драчук является вслед за своим учителем В. Н. Скобелкиным сторонницей концепции расщепленного трудового пра-

воотношения, в монографии субъекты рассмотрены в системе множественности трудовых правоотношений.

К достоинствам монографии стоит отнести значительное количество приведенных в ней научных позиций, причем не только специалистов в области трудового права, а также теоретиков права, представителей цивилистической науки. Это позволяет нам сделать вывод о том, что указанная работа будет информативно полезна всем лицам, интересующимся проблемой субъектов правоотношений. Также отметим удачные примеры зарубежного законодательства, которые автор приводит для иллюстрации своей позиции.

Несмотря на отмеченные плюсы, мы все же остановимся на ряде критических замечаний, как структурного, так и содержательного характера.

Определенные вопросы вызывает сама структура работы. В параграфе 1.1. М. А. Драчук очень подробно раскрывает вопрос, касающийся трудовых правоотношений, но впоследствии автор лишь один раз делает отсылку к данному параграфу, который фактически содержательно выпадает впоследствии из структуры монографии.

На с. 154 автор приходит к выводу, что суды необходимо включить в систему субъектов трудового права, что, на наш взгляд, не совсем логично. Концепция множественности трудовых правоотношений, из которой исходит автор, включая в круг субъектов трудового права, кроме суда, и Государственную инспекцию труда и ряд других государственных органов и органов местного самоуправления, при ее оценке с практической точки зрения может привести к тому, что в отрасль трудового права придется включить целиком административное право, гражданский процесс и ряд других отраслей. А при изучении, например, семейного и иных отраслей права, развивая логику автора, необходимо также включать все процессуальные отрасли права, хоть как-то соприкасающиеся с молодоженами, супругами, расторгающими брак, и т. п., что в принципе исключит необходимость самостоятельного выделения процессуальных отраслей, которые целиком включатся в материальные.

М. А. Драчук на с. 167 высказывает точку зрения, согласно которой решению Комиссии по трудовым спорам не должна быть присуща принудительность исполнения. Позволим себе не согласиться с позицией автора по причине того, что «джентльменские соглашения», которые, по мнению автора, могут быть достигнуты в ходе работы КТС, будут исполняться в России только в том случае, если в споре одержит верх работодатель. Низкая, по мнению автора, квалификация членов КТС полностью компенсируется возможностью судебного обжалования решения комиссии. На наш взгляд, работу КТС не стоит смешивать с процессом медиации, который может запускаться на предприятиях для разрешения индивидуального трудового спора.

Во второй главе автор монографии выступает против «делегирования государственных полномочий на локальный уровень», имея в виду работу КТС, предлагая их возврат на «их законное место» (с. 176). На наш взгляд, КТС создана с целью разгрузить суды и сделать разрешение индивидуального трудового спора более быстрым и простым для работника. КТС не подменяет собой суд, позволяя решить спор, не вынося сор из избы, что зачастую выгодно не только работнику, но и работодателю, когда о нарушениях трудового законодательства не становится известно контролирующим органам.

Третья глава рецензируемой монографии посвящена исследованию непосредственно сторон трудового и коллективного договора.

Мы не будем подробно останавливаться на отдельных частях указанной главы, а выскажем лишь суждения общего плана. Безусловно, что развитие юридической науки невозможно без плюрализма мнений по любой проблеме. Не вызывает сомнений и то, что любой юрист должен обладать определенной долей толерантности к высказываемым точкам зрения. Однако любая позиция должна строиться на анализе существующих доктринальных взглядов на проблему, на анализе законодательства и его генезиса. К сожалению, по нашему мнению, именно подобных основ лишена данная глава. Конечно, в ней содержатся те или иные точки зрения, анализируются положения нормативных актов, од-

нако выводы и предложения автора являются настолько неожиданными и «оригинальными», что возникает вопрос, а с какой целью делался весь предыдущий анализ.

В качестве иллюстраций оригинальных идей автора приведем лишь наиболее яркие его сентенции. Так, на с. 211 автор предлагает рассматривать органы государственной власти местного самоуправления и некоммерческие организации, не имеющие статуса юридического лица, в качестве «предварительной корпорации» или «предварительного юридического лица». По мнению автора, «эта идея представляется очень удачным решением проблемы доказательного включения в число субъектов трудового права организаций без статуса юридических лиц и органов власти». Во-первых, идеи предварительной корпорации не получили поддержки в цивилистической науке, а во-вторых, даже в гражданском праве органы власти никогда не рассматривались в качестве примера таких корпораций. Далее на с. 213 М. А. Драчук уже рассматривает в качестве предварительной корпорации договор простого товарищества. Прикладное значение такого сходства М. А. Драчук видит в том, что «при споре в суде у работника есть значительные шансы доказать факт вступления в трудовые отношения с каждым из участников простого товарищества». Во-первых, мы затрудняемся даже представить себе, как субъект правоотношения – «предварительная корпорация» – может быть «очень похож» на юридический факт- договор простого товарищества. Во-вторых, к сожалению, автор даже не дает намека на то, какой закон предусматривает возможность наличия нескольких работодателей у одного работника в рамках одного трудового договора.

Не менее интересные и радикальные предложения М. А. Драчук высказывает относительно работника как субъекта трудового правоотношения. Конечно, в первую очередь мы не можем не оставить без внимания предложения автора о выделении и нормативном закреплении, причем на международном уровне, следующих категорий работников: а) разумные, с правом большей договорной свободы, б) неразумные, с повышенным набором социальных гарантий, по причине «неразумности», в) психически больные, находящиеся за пределами сферы действия трудового

права (с. 288). До реализации указанных идей на практике, автор предлагает закрепить презумпцию неразумности работника. Очевидно, исходя именно из данной презумпции, на с. 240–241 М. А. Драчук предлагает в правилах внутреннего распорядка специально установить запрет для работников употреблять алкоголь или наркотики на рабочем месте (по мнению М. А. Драчук, в настоящее время в ТК РФ установлен лишь запрет появляться на рабочем месте в состоянии опьянения), уносить с собой имущество, принадлежащее работодателю, использовать оборудование работодателя в личных целях без его разрешения и т. д.

Остается только надеяться, что М. А. Драчук не пойдет дальше и не предложит подобного деления для всех отраслей права.

Единственный вопрос к автору – какой орган будет решать разумный работник или не разумный и какова будет форма такого решения? Если последовательно продолжать данную идею, то, по всей видимости, необходимо будет делать соответствующую запись о разумности (неразумности) работника в его трудовой книжке как основном документе, связанном с работой.

Рассматриваемая часть работы содержит еще немало «новых» идей, как-то: «связь работника с рабочим местом похожа на аренду» (с. 300), «письменное уведомление может быть сделано в любой форме (очевидно, и в устной тоже. – Ю. К., Е. И.)» (с. 301), «трудовой договор – это особый вид услуговой корпоративной сделки, ... разновидность договора простого товарищества» (с. 305) и т. д.

После прочтения работы у нас сложилось впечатление, что в погоне за оригинальностью и креативностью автор полностью утратил критическое отношение к содержанию своей работы. Высказанные в этой части работы предложения не имеют ни теоретического, ни прикладного значения.

Д. А. Смирнов

**Рец. на кн.: Договоры о труде в сфере действия
трудового права: учебное пособие / К. Н. Гусов,
К. Д. Крылов, А. М. Лушников [и др.]; под ред.
К. Н. Гусова. – М.: Проспект, 2010. – 256 с.**

Одной из наиболее серьёзных проблем на рынке труда является переизбыток некоторых специальностей. С сожалением приходится констатировать, что одно из лидирующих мест среди таких профессий занимают юристы. А это влечёт усиленную конкуренцию среди юристов на рынке труда и, как следствие, необходимость специализации на определённых отраслях права. Указанная проблема не является чуждой и высшему юридическому образованию. В настоящее время студенты изучают не просто набор обязательных дисциплин, но и проходят спецкурсы, элективы, спецсеминары и прочие дополнительные модули занятий с целью углублённого изучения отдельных отраслей права. Не является исключением и трудовое право.

Несомненным положительным примером успешного предоставления студентам возможности специализации является Московская государственная юридическая академия. Девиз академии «Мы учимся не для школы, а для жизни» нашёл отражение в многочисленных спецкурсах и спецсеминарах, предлагаемых студентам. В частности, преподавателями кафедры трудового права и права социального обеспечения только на дневном отделении института правоведения читаются 7 спецкурсов и спецсеминаров¹. Одним из таких спецкурсов является курс «Договоры о труде в сфере действия трудового права», который направлен на углублённое изучение договоров в трудовом праве.

Помочь студенту надлежащим образом освоить данный спецкурс призвано одноимённое пособие. К работе над пособием

¹ URL: http://www.msal.ru/kafedrs/kafedra_trud_ud.html

были привлечены ведущие учёные-трудовики, в частности К. Н. Гусов, К. Д. Крылов, А. М. Лушников, Ю. Н. Полетаев, А. И. Шебанова. Учебный материал изложен подробно доступным учащимся языком. Пособие выполнено на достаточно высоком уровне и не сводится к комментарию действующего законодательства. В частности, в нем излагаются и позиции ведущих учёных, и история регулирования соответствующих договоров. Можно с уверенностью констатировать, что указанное пособие будет весомым подспорьем студентам при изучении спецкурса.

Пособие состоит из десяти глав. Главы 1 и 2 посвящены регулированию отношений в сфере трудового права (общим положениям и истории развития регулирования наёмного труда). В главах 3–7 рассматривается трудовой договор (в том числе порядок его заключения, изменения и прекращения, а также особенности отдельных видов трудовых договоров). Главы 8–10 посвящены рассмотрению социального партнёрства, в том числе коллективным договорам и соглашениям.

В то же время пособие несвободно и от ряда недостатков. Остановимся на них подробнее.

Не вполне понятно само название пособия (как и спецкурса). В частности, неясно, что понимается под сферой действия трудового права. В работе данное понятие никак не раскрывается, однако из контекста его употребления мы можем сделать вывод, что под сферой действия трудового права понимается собственно предмет трудового права (напр.: § 3 гл. 1 «Метод правового регулирования отношений в сфере трудового права»). Полагаем, что не следовало бы усложнять терминологический аппарат отрасли посредством введения дополнительного термина для её обозначения. Аналогично возникает ряд вопросов и относительно содержания понятия «договоры о труде». Если под трудом понимать человеческую деятельность, обладающую определёнными признаками (неотделимостью от личности работника, нетоварным характером труда, невозможностью сбережения труда и пр.), то содержание работы гораздо шире её названия. В частности, в работе рассмотрены не только трудовой договор, но и ученический договор, а также коллективные договоры и соглашения, то

есть договоры, имеющие иной предмет, нежели труд. Если же предположить, что авторы ошиблись с названием и работа посвящена договорам в трудовом праве, то непонятно, почему тогда не рассмотрены, например, письменные договоры о полной материальной ответственности работников.

Этот недостаток обусловил и недостатки в структуре работы. Пособие не воспринимается как нечто единое, а представляет собой совокупность трёх модулей, указанных выше. В некоторых местах логика компоновки работы не вполне ясна. Например, истории регулирования трудовых отношений посвящена гл. 2 «Возникновение и развитие правового регулирования наёмного труда в Российской империи» и § 1 гл. 2 «Трудовой договор по КЗоТ РСФСР 1922 г. и 1971 г. Полагаем, что рассмотрение исторических аспектов развития договоров о труде воспринималось бы студентом более целостно, если бы было помещено в одну главу.

Следует также отметить и целый ряд досадных неточностей и ошибок. Так, на стр. 20 пособия содержатся неоднократные ссылки на ФЗ «Об основах охраны труда в Российской Федерации», несмотря на то что этот акт был отменён ФЗ от 30.06.2006 г. Также в § 1 гл. 4 затронута проблема дискриминации в сфере труда и, в частности, обращено внимание на то, что перечень оснований дискриминации, зафиксированный в ч. 1 ст. 3 ТК РФ, неполон. Автором предлагается дополнительно включить в этот перечень семейные обязанности и семейное положение. Подобное предложение, однако, уже отчасти нашло отражение в законодательстве, а именно ФЗ от 30.06.2006 в перечень ч. 1 ст. 3 ТК РФ введёно такое основание дискриминации, как семейное положение. Сомнение вызывает также определение авторами обязательных условий трудового договора как условий, по которым «стороны должны при заключении договора достичь обязательного соглашения и зафиксировать их в трудовом договоре. При отсутствии такого соглашения нельзя говорить и о заключении трудового договора» (стр. 80). Подобное утверждение тем более странно, если учесть, что на предыдущей странице авторами указывалось, что если «в соответствии с гражданским законодательством отсутствие в договоре хотя бы одного из существующих условий влечёт признание

договора незаключённым, то в трудовых отношениях такие последствия недопустимы» (стр. 79).

Несмотря на указанные недостатки, следует отметить, что они не снижают теоретическо-прикладной ценности пособия, и обусловлены стремлением авторов составить методическую базу для подготовки специалистов в сфере трудового права. Не приходится сомневаться, что указанное пособие займёт в ней достойное место.

В. А. Ратехина

**Рец. на кн.: Иванчина Ю. В. Правовые аспекты
оценки работников: монография. –
Екатеринбург, 2009. – 180 с.**

В науке трудового права проблемы правовой оценки работников не относятся к числу наиболее разработанных: комплексного исследования заявленной проблемы до выхода в свет представленного к рецензии труда не проводилось. Вместе с тем очевидно, что известное крылатое выражение «кадры решают все» не утратило своей актуальности и по сей день. С одной стороны, регулярное проведение оценки работников на должном уровне – залог успеха в управлении персоналом и основа эффективной деятельности работодателя в целом. С другой стороны, надлежащая оценка работников призвана обеспечить справедливость в оплате труда, обосновать карьерные притязания последних. Тем самым в необходимости установления процедур оценки работников имеется интерес обеих сторон трудового отношения. Задача трудового законодательства – оптимально согласовать, сбалансировать такие интересы (ст. 1 ТК РФ).

В этой связи представляется примечательным обращение автора к проблемам правовой оценки работников в условиях проблемности правового регулирования соответствующих отноше-

ний. Автор верно отмечает, что ТК РФ подробно регулирует всего один вид оценки – испытание при приеме на работу. В отшении применения иных видов оценки работников отсутствует унификация законодательства (избрание по конкурсу, квалификационный экзамен, аттестация), а некоторые виды оценки законом вообще не предусмотрены (конкурсный отбор). С учетом изложенного необходимо отметить безусловную актуальность темы рецензируемой монографии.

Научный труд выгодно отличается системным подходом, положенным в основу структуры (содержания) монографии. Авторская компоновка глав монографии «подкреплена» богатой палитрой мнений ученых-трудовиков при изложении материала.

В *главе первой* дана общая характеристика оценки работников. В первую очередь понятие оценки работников проанализировано автором с точки зрения понимания термина в таких дисциплинах, как экономика, теория и практика управления, кадровый менеджмент, социология и психология. Данное обстоятельство свидетельствует о применении междисциплинарного подхода, что повышает актуальность темы. Далее, констатируя наличие правовой сущности у рассматриваемой категории, выявляются сильные и слабые стороны дефиниций правовой оценки, предложенных учеными-трудовиками. Результатом исследования в данной части явилось авторское определение оценки работников, которое представляется достаточно конструктивным (с.11).

В рассматриваемой главе автор довольно подробно останавливается на видах оценки работников, как предусмотренных, так и не предусмотренных ТК РФ. На основе обширной нормативно-правовой базы существующих в доктрине трудового права точек зрения раскрывается сущность анализируемых явлений, выводится авторская дефиниция, признаки и процедура (порядок применения) каждого вида оценки. Представляется вполне логичным применение сравнительно-правового метода исследования в целях разграничения сходных видов оценки (например, аттестация и квалификационный экзамен, избрание по конкурсу и конкурсный отбор).

Большой интерес вызывают классификации видов оценки по различным основаниям, имеющие, несомненно, прикладное значе-

ние (в зависимости от оказываемого влияния на динамику трудового отношения, в зависимости от времени проведения оценки работников, по периодичности, по субъекту, проводящему оценку, по обязательности прохождения, по предмету оценки, с. 42–43).

Представляется весьма успешной попытка автора исследовать принципы правового регулирования оценки работников (в частности, единства и объективности, регулярности и своевременности, гласности), что, в сущности, легло в основу конструктивного вывода о необходимости выделения оценки работников в самостоятельный институт трудового права.

Глава вторая рецензируемой книги посвящена правовому опосредованию элементов оценки работников. Автор подвергает критическому анализу методы оценки работников и качества работников, подлежащие проверке и оценке. В целом заслуживает поддержки, хотя и является небесспорным, предложение автора о закреплении в ТК РФ нормы, регламентирующей возможность и порядок применения в целях оценки работников психодиагностических тестов, а также проведение опроса работников с использованием полиграфа (с. 90–91). При исследовании проблемы определения деловых качеств автор резонно приходит к выводу о том, что состояние здоровья работника может относиться к его профессионально важным качествам и подлежать оценке посредством прохождения медицинского освидетельствования (осмотра) исключительно в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами и тогда, когда это связано с видом профессиональной деятельности (с. 105).

Завершает монографию *глава третья*, в основе которой – авторская классификация видов оценки в зависимости от влияния оценки работников на динамику трудовых отношений. Следует отметить, что рассматриваемая глава, как и две предыдущие, имеет полновесное прикладное значение. Автор подвергает доскональному исследованию порядок применения различных видов оценки работников при возникновении, сохранении, изменении и прекращении трудовых отношений. При этом затрагиваются проблемы гарантирования, обеспечения прав и законных интересов субъектов оценки, обеих сторон трудового отношения. Следует

согласиться с предложениями автора о необходимости: а) закрепления в централизованном порядке перечня должностей, подлежащих замещению по конкурсу (с. 117); б) установления сроков проведения конкурсного отбора (с. 132); в) внесения ряда изменений в перечень лиц, которым не должно устанавливаться испытание при приеме на работу (с. 136); г) установления работнику индивидуального плана прохождения испытания и промежуточного подведения итогов в период испытательного срока (с. 140); д) закрепления в нормах ТК РФ нового вида оценки работников – квалификационного экзамена (испытания) (с. 147); е) расширения круга субъектов, не подлежащих аттестации, установления сроков и периодичности проведения аттестации в ТК РФ и ряд других.

Необходимо еще раз подчеркнуть, что монографию отличает ярко выраженное, сугубо авторское «измерение». В работе вполне успешно сочетается практическая направленность и теория вопроса. Несмотря на отсутствие в монографии в достаточной степени анализа международного и зарубежного опыта, а также материалов судебной практики, рецензируемая работа, безусловно, весьма содержательна и оригинальна. Особой ценностью и новаторством обладают прикладные предложения *de lege ferenda*, направленные на совершенствование понятийного аппарата института оценки работников, а именно: дефиниции понятий и категорий «оценка работников» (с. 11), «избрание по конкурсу» (с. 22), «конкурсный отбор» (с. 25), испытание при приеме на работу» (с. 27), «квалификация» (с. 29), «аттестация» (с. 38), «профессионально важные качества» (с. 107), «должностная инструкция» (с. 114) и ряд практических рекомендаций по совершенствованию порядка применения исследуемых видов оценки работников.

Все авторские положения аргументированы, но некоторые из них, на наш взгляд, являются дискуссионными.

1. На с. 62 автор, рассуждая о принципе регулярности и своевременности проведения аттестации, утверждает, что работодатель не может устанавливать различные промежутки между аттестациями в отношении конкретного работника. Тем самым автор возражает против проведения разовой или единовременной аттестации. Необходимо отметить, что несмотря на всю привлека-

тельность такого возражения, вопрос о целесообразности разовой аттестации является спорным. На сегодняшний день рад ученых считают, что разовая аттестация, проводимая по инициативе работодателя в целях решения вопроса об увольнении работника по п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, имеет право на существование наряду с очередной аттестацией¹.

2. Представляется весьма спорным разрешение вопроса о том, при каком количестве претендентов на замещение должности конкурс считается состоявшимся. По мнению автора, в этом случае достаточно одного кандидата, поскольку «даже при участии одного кандидата не нарушаются основные демократические принципы, такие как гласность процедуры проведения, исключение субъективных оценок». Однако такая позиция нам представляется не до конца аргументированной. Мы присоединяемся к точке зрения ученых, которые полагают, что при наличии только одного претендента на замещение вакантной должности теряется сама суть конкурса как способа подбора наиболее достойного кандидата, так как собственно конкурс представляет из себя состязание между претендентами на одну должность². Отсюда более соответствующим данному способу следует признать правило, допускающее проведение конкурса только при наличии не менее двух кандидатов³.

3. Глава 2 монографии называется «Правовое опосредование элементов оценки работников». Тем самым в научный оборот вводится новая категория – элементы оценки работников. Между тем, что именно следует понимать под элементами оценки, автор не раскрывает. Косвенно, из структуры главы 2, можно прийти к выводу, что к таким элементам должны быть отнесены методы оценки, качества, подлежащие оценке, и критерии оценки. На наш взгляд, с методологической стороны, более правильным будет являться использование понятия «системы элементов оцен-

¹ См.: Права работодателей в трудовых отношениях / под ред. А.Ф. Нуртдиновой, Л. А. Чикановой. М., 2010. С. 168–174.

² Пашков А. С., Иванкина Т. В., Магницкая Е. В. Кадровая политика и право. М., 1989. С. 187.

³ Там же. С. 88.

ки». Последняя, наряду с перечисленными элементами, должна включать субъектов оценки и такой элемент, как процедура (порядок применения) оценки.

В заключение отметим, что указанные спорные моменты монографии ни в коем случае не снижают высокую положительную оценку и значения проведенного ее автором исследования. Рецензируемое издание будет интересно и полезно не только практическим и научным работникам в сфере трудового права, но и специалистам по управлению персоналом.

Д. А. Кошлев, Ю. А. Кузнецов

Рец на кн.: Сапфирова А. А. Защита трудовых прав и законных интересов работников органами государственного надзора и контроля: монография. — Краснодар: Кубанькино, 2009. — 452 с.

Тема защиты прав и законных интересов работников органами государственной власти является традиционно актуальной для науки трудового права. В своей работе А. А. Сапфирова предприняла попытку комплексного анализа данного института трудового права. В главе 1 работы освещаются вопросы теоретической основы защиты прав и законных интересов работников органами государственной власти. Здесь автор проводит детальный анализ таких общеправовых понятий, как функции государства, публичный, государственный и частные интересы, правоотношение, субъективное право, охраняемый законом интерес. В рамках данной главы автор исследует значительное число мнений, сложившихся в теории права и в различных отраслевых науках. С учетом количества использованных источников указанная часть работы будет представлять интерес не только для специалистов в области трудового права, но и для представителей иных отраслевых наук.

Однако при прочтении первой главы у читателя, не являющегося специалистом в области трудового права, на наш взгляд, может сложиться впечатление, что защита прав и интересов работника органами государственной власти является каким-то совершенно новым институтом трудового права, появившимся с принятием Конституции РФ, провозгласившей Российскую Федерацию социальным государством. Именно исходя из социальной природы Российского государства, автор и выводит необходимость защиты работников органами государственной власти в рамках контрольно-надзорных функций. К указанному выводу также приводит и то, что в работе автор совершенно не анализирует трудовое законодательство советского периода и дореволюционное законодательство.

Подобный подход представляется нам не совсем оправданным. Спецификой трудового права как отрасли с момента ее возникновения являлось то, что государственный контроль и надзор в отношениях между работниками и работодателями имманентно присущ трудовому праву. Это и деятельность фабричных инспекций в дореволюционный период, деятельность профсоюзных органов, расценочно-конфликтных комиссий, создание и существование на всем протяжении советского периода специального государственного органа по труду (НКТ, ГКТ СССР и т. д.). Более того, начиная с КЗоТ РФ 1918 г., каждый кодифицированный акт о труде содержал разделы, посвященные государственному надзору в сфере наемного труда. Именно наличие института государственного контроля и надзора уже на заре становления отрасли трудового права позволило ученым сделать вывод о «несводимости» новой отрасли к существующим частным отраслям, в первую очередь к гражданскому праву, и констатировать уже бесспорное в настоящее время заключение о становлении трудового права на единстве частных и публичных начал. Таким образом, теоретические основы государственного контроля и надзора в сфере труда надо искать не с момента принятия Конституции РФ 1993 г., а с момента возникновения отрасли, используя для этого значительный нормативный массив дореволюционного и советского периода, а также теоретические работы ученых XIX и

XX веков. К сожалению, именно подобных основ указанная часть работы лишена.

Исследованию форм и способов защиты трудовых прав и законных интересов работников посвящена вторая глава монографии. Указанная часть работы, безусловно, имеет большое информативное значение относительно тех разработок, которые существуют в юридической науке в отношении форм и способов защиты. Здесь автор проводит тщательный анализ существующих точек зрения во многих отраслевых науках. Однако нам представляется, что научный жанр – монография – предполагает выработку совершенно новых концептуальных определений. В свою очередь, формулируя свое понимание тех или иных понятий, автор ограничивается лишь присоединением к уже существующим точкам зрения с незначительными авторскими вариациями. Так, при определении формы защиты субъективного трудового права, автор в основу своего определения кладет определение А. В. Стремоухова о форме защиты субъективного права вообще (с. 183–184), при определении неюрисдикционной формы защиты автор приводит определение, уже давно существующее в правовых науках (с. 189–190) и т. д. Подобный «согласительно-присоединительный» подход больше характерен для учебной, нежели для научной литературы, и не отвечает заявленному жанру монографии, которая по определению должна обладать научной новизной.

Третья глава названной монографии посвящена органам государственного надзора и контроля в системе органов, реализующих функцию защиты трудовых прав и законных интересов работников. В рамках параграфа 3.1. автор подробно исследует существующие в науке трудового права подходы к классификации органов государственной власти, осуществляющих защиту трудовых прав и законных интересов. Проведен анализ существующих мнений относительно «узкой» и «максимально расширенной» (с. 217–219) классификации. Произведен анализ значительного материала статистической отчетности по обращениям граждан в органы государственного управления о нарушении трудовых прав. Однако в итоговой части автор придерживается официальной позиции, закрепленной ТК РФ, причем, на наш

взгляд, автором необоснованно исключаются из системы органов, реализующих функцию защиты трудовых работников, органы местного самоуправления. Данная позиция кажется нам не совсем верной, поскольку часть 3 статьи 353 ТК РФ напрямую предоставляет органам местного самоуправления право внутриведомственного государственного контроля в подведомственных организациях.

На с. 242 автором монографии определяется задача органов государственного надзора и контроля – досудебное урегулирование разногласий между сторонами трудовых правоотношений. Данная позиция представляется весьма спорной, поскольку задачи органов государственного надзора и контроля раскрываются через поставленные цели. Целью последних является защита нарушенных прав работников. Рассмотрение же вопроса о судебном или досудебном решении возникшего разногласия следует отнести не к задачам, а к формам защиты нарушенного права.

Вызывает сомнение позиция автора, согласно которой предлагается разграничить функции по надзору, присущие федеральным службам, от функций по оказанию государственных услуг (с. 264–265), свойственных федеральным агентствам. Дифференциации федеральных служб и федеральных агентств по данному признаку явно не достаточно.

При оценке роли органов прокуратуры как органа государственного надзора, реализующего функцию защиты трудовых прав и законных интересов, автором монографии закрепляется приоритет прокуратуры в системе органов государственного надзора и контроля. Подобный подход нам представляется также не совсем оправданным. Спецификой развития трудового права как самостоятельной отрасли с момента ее возникновения являлось то, что данные отношения носят как публичный, так и частноправовой характер. Особая роль в регулировании трудовых правоотношений всегда отводилась государству, которое не только осуществляло нормативное регулирование трудовых отношений, но и осуществляло государственный надзор посредством специального государственного органа надзора – трудовой инспекцией, которая, в отличие от прокуратуры, является специализирован-

ным органом государственного надзора и осуществляет государственный надзор и контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, а не осуществляет государственный надзор за их точным и единообразным исполнением.

Решение автором монографии вопроса о «путанице» с разграничением понятий «контроль» и «надзор» (с. 261) представлялось бы более полноценным при исследовании вопроса о слиянии НКТ СССР и ВЦСПС 23 июня 1933 г., поскольку именно с данного момента, по нашему мнению, происходит объединение надзорной функции НКТ СССР с контрольной функцией ВЦСПС в трудовом законодательстве.

В четвертой главе монографии автором достаточно подробно исследуется генезис законодательства о деятельности федеральной инспекции труда, принципы и задачи деятельности инспекции. Однако утверждения автора о несоответствии российского законодательства Конвенции МОТ № 81 в той части, согласно которой федеральная инспекция труда РФ подчиняется центральному органу государства опосредованно через Федеральную службу по труду и занятости, являются преждевременными (с. 316). Статья 4 Конвенции говорит о том, что данное требование должно совмещаться «с административной практикой членов Организации», причем для федеративных государств это может означать подчинение как центральному органу Федерации, так и частей Федерации. В этой связи с учетом «административной практики» можно считать, что инспекция как структурная часть федерального министерства находится под наблюдением и контролем центральной власти.

При исследовании вопросов компетенции федеральной инспекцией труда и ее совершенствовании некоторые положения содержат весьма спорную авторскую позицию, в частности о соотношении порядка и количества проверок федеральной инспекцией труда в рамках статьи 15 Федерального закона № 294-ФЗ. Вместе с тем для полноты настоящего исследования считаем необходимым произвести соотношение названного Федерального закона с действующим трудовым законодательством и опреде-

лить сферу его применения по отношению к государственному надзору и контролю за соблюдением трудового законодательства.

Работа не лишена и отдельных недостатков технического характера. Так, гл. 2 носит название «Формы и способы защиты прав и законных интересов работников», а уже параграф 2.1. называется «Формы защиты трудовых прав работников и работодателей», глава 3 носит название «Органы государственного надзора и контроля в системе органов, реализующих функцию защиты трудовых прав и законных интересов работников», вместе с тем уже параграф 3.1. называется «Система органов государства, реализующих функцию защиты трудовых прав и законных интересов работников и работодателей». Таким образом, содержание структурного элемента главы значительно выходит за название самой главы.

К сожалению, так же как и в первой главе, автор не уделил достаточного внимания генезису законодательства о труде в части государственного надзора и контроля, что лишает работу определенной целостности.

Содержание исследуемых в настоящей монографии глав показывает, что автором исследования произведен обширный анализ существующих концепций по различным исследуемым вопросам как в науке трудового права, так и в смежных отраслях. К сожалению, нам не удалось определить авторскую новизну и концептуальность представленного монографического исследования.

Т. Ю. Барышникова, Е. В. Колпазанова

Рец на кн.: Драчук М. А. Локальные нормативные акты организации: учебно-методическое пособие. — Омск: Изд-во Ом. гос. ун-та, 2008. — 316 с.

В условиях изменения трудового законодательства РФ и усиления внимания к частно — правовым способам регулирования трудовых и иных непосредственно связанных с ними отношений особую значимость приобретает исследование особых источников трудового права — локальных нормативно-правовых актов. Одним из комплексных монографических исследований указанной проблемы после принятия Трудового Кодекса РФ (далее — ТК РФ) является книга М. А. Драчук, без сомнения, оригинальная, актуальная и своевременная как с теоретической, так и с практической точек зрения. В качестве основных задач данного исследования автором сформулированы следующие: а) определение авторских понятий локальной юридической нормы права и локального нормативного акта; б) исследование субъектов локального нормотворчества и их классификация; в) анализ видов локальных нормативных актов, в том числе обязательных локальных нормативных актов наивысшей юридической силы в организации, базовых и функциональных локальных нормативных актов.

Ознакомление с монографией М. А. Драчук позволяет, на наш взгляд, условно разделить ее на две основные части: первая связана с исследованием локальной юридической нормы, выявлением ее признаков, функций, видов, структуры, определением общего понятия локального нормативного акта, подробным анализом субъектов локального нормотворчества, пределов локального нормотворчества, а вторая — с исследованием базовых и функциональных локальных нормативных актов.

Как ранее отмечалось, в науке трудового права локальные нормативно-правовые акты являются предметом исследования многих ученых. В то же время, несмотря на желание автора исследовать особенности локального нормативно-правового регулиро-

вания отношений, составляющих предмет трудового права, в традиционном «ключе», следует отметить, что многие выводы автора носят дискуссионный характер. Попытка объять необъятное и исследовать вопросы, находящиеся в сфере гражданского и трудового права, общей теории права, привела автора к недостаточной проработке теоретической части работы. К сожалению, в рамках настоящей рецензии сложно в полном объеме отразить все спорные вопросы и поэтому мы остановимся лишь на основных.

1. Прежде всего в работе прослеживается смешение основных понятий, юридических конструкций гражданского и трудового права, не учитывается специфика данных отраслей права, особенности их предмета и метода. В частности, к локальным нормативным актам автор относит устав, учредительный договор (с. 117, 119 и др.), отождествляет работников с членами корпорации (с. 21), выделяет в качестве принципов локального корпоративного нормотворчества принципы частного права, закрепленные в части первой Гражданского Кодекса РФ (с. 11–12), предопределяет содержание локальных актов через закрепление в Конституции РФ единства экономического пространства, равенства перед законом, права на неприкосновенность частной жизни и личную тайну, права на отдых, право на защиту от безработицы, иных прав и свобод граждан (с. 12–14), указывает на злоупотребление правом при нечитаемом изложении (по размеру, цвету, интенсивности, наличию пробелов и т. д.) текста локального акта (с. 76) и др.

Из работы следует, что данная позиция связана с оригинальным пониманием автором локального нормотворчества в широком смысле как корпоративного нормотворчества, т. е. корпоративного нормативного или поднормативного регулирования (с. 22), системы юридических установлений корпорации и присоединяющихся к данному бизнесу работников (с. 5), выделения в этой связи корпоративных нормативных регламентов (с. 23) и отнесения к локальным нормам не только норм трудового, но и гражданского права. Хотя подчеркнем, что юридические конструкции, предлагаемые автором в работе, в большей части не рас-

крываются в отличие, например, от традиционных понятий, таких как «филиал», «представительство» (с. 231) и др.

С учетом такой позиции автора спорным представляется даже историко–правовой анализ особенностей локального нормативно-правового регулирования в российском законодательстве (начало которого, по мнению М. А. Драчук, связано с периодом «правления царя Алексея Михайловича и реформами Петра Великого» (с. 5)) и выделение его основных этапов, к которым автор относит разработку централизованных актов корпоративного права, призванных упорядочить локальное нормотворчество в начале XX в., смену свободы локального правотворчества на императивные централизованные нормы после 1917 г. (с. 9) и другие.

Однако при этом автор полностью игнорирует и достижения науки трудового права, и положения трудового законодательства, не учитывает, что локальное нормотворчество является одной из особенностей метода трудового права как самостоятельной отрасли и одним из способов правового регулирования отношений, составляющих ее предмет, наряду с договорным в рамках децентрализованного уровня правового регулирования.

Особо хочется отметить положения ст. 71 Конституции РФ, которые также полностью проигнорированы автором на с. 14 и заключаются в том, что принятие и изменение федеральных законов, в том числе и Трудового Кодекса РФ, относится к ведению РФ, а не совместной компетенции органов госвласти РФ и ее субъектов, как считает М. А. Драчук.

2. В юридической науке понятийному аппарату всегда уделяется значительное внимание и придается особое значение. Однако в работе М. А. Драчук предлагается множество юридических конструкций и классификаций, сущность, правовая природа, значение и целесообразность которых автором не раскрывается, а многие из них противоречат существующему законодательству РФ о труде. В качестве примеров можно привести понятие увольнения как исключение работника из корпорации за нарушение локальных норм (с. 21), охранительные локальные акты, регламентирующие условия и порядок применения к правонарушителям мер юридической ответственности (с. 24), локальные нормы как результат первичного или вторичного правообразования (с. 25), функции локальных

норм и локальных актов (с. 27–28), индивидуальный предприниматель как основной субъект локального нормотворчества (с. 47), коллектив работников как факультативный субъект локального нормотворчества и его органы управления (с. 50, 53), генеральное понятие представительного органа работников (с. 55), локальное коллективное соглашение (с. 59), срок пресекательной давности в коллективном договоре (с. 221), объективный рыночный критерий допустимого вмешательства работодателя в сферу личных интересов работника (с. 179), третий элемент юридической нормы – стимул (с. 30) и многие другие.

На с. 85 исследования упоминается о локальных нормативных правовых актах трудового законодательства. Однако в соответствии с ТК РФ трудовое законодательство не включает в себя локальные нормативно – правовые акты, а ограничивается ТК РФ, иными федеральными законами и законами субъектов РФ, содержащими нормы трудового права (ст. 5 ТК РФ).

3. Характерной особенностью работы является ее описательный характер. Большинство изложенных в работе позиций и мнений, в том числе существующих в юридической науке (теории трудового и гражданского права), автором лишь декларируются, но никоим образом не анализируются и не соотносятся с существующими положениями трудового и гражданского законодательства РФ. Например, автор безосновательно заявляет, что без разрешения некоторых вопросов в локальных актах не будет ни рынка труда, ни конкуренции, ни предпринимательства (с. 26). Неясно, какое отношение к науке трудового права имеет конструкция «предварительной корпорации», которой автор посвятил в работе особое внимание.

В некоторых случаях автор противоречит сам себе. В частности, на с. 85 автор указывает, что коллективный договор не является локальным нормативно-правовым актом. Однако к моменту написания параграфа 4 раздела 2 автор пришел к выводу, что коллективный договор является локальным актом, обладающим более высокой юридической силой (с. 194–223) по отношению к другим локальным актам.

Правила внутреннего трудового распорядка позиционируются автором как дополнительный дисциплинарный устав для работников (с.315). Однако ст. 189 ТК РФ определяет данный локальный нормативный акт как устанавливающий права и обязанности и работника, и работодателя. Кроме того, правила внутреннего трудового распорядка как профессионально-этический кодекс впервые были определены Г. В. Хныкиным в монографии «Локальные нормативные акты трудового права».

4. Неоднозначным является мнение автора в отношении выделения таких признаков локальной нормы права, как строго подзаконный характер, конкретизация и модификация общих норм применительно к условиям данной организации, учет судебными и иными правоохранительными органами при рассмотрении споров, вытекающих из внутренней деятельности организации, социальная направленность, результат делегированного нормотворчества и др. (с. 19). Значение указанных признаков локальной нормы права в работе отсутствует. В то же время автор соглашается с позицией ряда ученых об исключении такого признака, как ограниченная сфера действия локальной нормы, и о необходимости распространить ее на определенный круг лиц, придавая ему неперсонифицированный характер (с. 20). При этом отметим некоторую непоследовательность автора в изложении собственной концепции, поскольку впоследствии им указывается на вид локальных актов по территории действия, распространяемых на всю организацию, ее структурные подразделения (с. 25), и определяет в качестве цели локальных актов регламентацию правовых отношений в конкретной организации (с. 58).

Кроме того, абсолютно непонятным является мнение автора о существовании фактических корпоративных норм, не относящихся к сфере действия права, которые могут быть юридически безразличными либо преследоваться по закону и быть наказуемыми (с.21).

5. Недостаточно четкой представляется позиция автора в отношении целесообразности выделения такого участника локального нормотворчества, как трудовой коллектив (с. 53 и др.). Прежде всего законодатель не выделяет такого субъекта трудовых правоотношений. Но автором не указан критерий, положенный в основу

данной классификации. При этом несколько странным представляется возмущение автора по поводу отсутствия в Конституции РФ прямого указания на право граждан на локальное нормотворчество (с. 14). Традиционно принятие локальных нормативных актов осуществляется работодателем в рамках трудовых и иных непосредственно связанных с ними правоотношениях, складывающихся с работником, представителями работников как участников или субъектов указанных отношений. Внимание законодателя в большей степени должно быть обращено на совершенствование механизма взаимодействия между работодателем, работником, представителями работников по данному вопросу. Нормотворческие «функции» представителей работников при заключении коллективного договора никем в науке трудового права не отрицаются. Позиция о том, что коллективный договор сочетает в себе нормативную и договорную части является традиционной. В отношении же работодателя еще Л. С. Талем определено, что «правовое основание нормативной власти кроется в принадлежащей предприятию как социальному образованию способности к правовому самоопределению, др. сл. в его социальной автономии. Хозяин осуществляет эту автономию ... как глава предприятия»¹. К тому же законодатель как общее правило устанавливает именно право работодателя принимать локальные нормативные акты (ст. 22 ТК РФ), независимо от того, является он физическим или юридическим лицом. На основании этого нельзя согласиться с позицией автора, согласно которой работники и их представители могут принимать локальные нормативно-правовые акты.

6. Часть параграфа 3 раздела 1 монографии посвящена анализу пределов локального нормотворчества (с. 92–95). На наш взгляд, позиция автора по данному вопросу является непоследовательной. Во-первых, автором не определено указанное понятие. Во-вторых, в качестве пределов обозначена лишь возможность улучшать положение наемных работников и без конкретизации – пределы, установленные законодательством. Однако в ст. 8 ТК РФ говорится о таком пределе, как запрет принимать локальные

¹ Таль Л. С. Трудовой договор: Цивилистическое исследование. Ч. 1. Ярославль. 1918. С. 184.

нормативные акты, ухудшающие положение работников по сравнению с трудовым законодательством, коллективным договором, соглашениями. Запрет включать условия, снижающие уровень прав и гарантий работников, установленный трудовым законодательством, касается в соответствии со ст. 9 ТК РФ лишь коллективного договора. Пределы локального нормотворчества, предусмотренные в ст. 8, 9 ТК РФ являются оценочными категориями и в действующем трудовом законодательстве РФ не раскрываются. Тем не менее полагаем, что снижение уровня гарантий прав работников и ухудшение их положения нельзя понимать исключительно как увеличение или улучшение. В-третьих, неясно, распространяются ли определенные автором пределы локального нормотворчества на работников и представителей работников, которые, по мнению автора, также обладают локально-нормотворческими функциями, либо в их отношении необходимо выделять специальные пределы. Кроме того, автором не учитывается, что пределы локального нормотворчества могут устанавливаться не только законодателем. Это может быть в локальном, а также договорном порядке. Отсутствие достаточной четкости в вопросе полномочий работодателя по разработке и принятию локальных нормативных актов не следует рассматривать как несоответствие общей тенденции развития законодательства, направленной на внимательное отношение к внутренним документам организации. Предоставляя работодателю право определять внутренний распорядок в своем «предприятии», законодатель определяет пределы его осуществления либо порядок установления таких пределов. Да, можно говорить о нарушении законных интересов работников в случае их несогласия с проектом локального акта при необходимости обязательного учета мнения представительного органа работников. Однако употребление автором при этом формулировки «несомненное нарушение их интересов» (с. 61) является некорректным. В данном случае работодатель при осуществлении своего права действует, в частности, в установленных ст. 8, 9 ТК РФ пределах.

Вопрос о пределах осуществления прав не имеет однозначного решения ни в общей теории права, ни в отраслевых науках. К сожалению, из работы нельзя сделать однозначного вывода, ка-

кой концепции пределов осуществления прав, в данном случае локального нормотворчества, придерживается автор. Следствием неоднозначной позиции по данному вопросу являются выводы автора по характеристике отдельных локальных нормативно-правовых актов, к которым, например, по мнению автора, относятся не только должностные инструкции, правила внутреннего трудового распорядка и др., но и штатное расписание, графики отпусков, графики сменности и ряд других индивидуальных актов работодателя.

Вышесказанные замечания и недостатки оставляют открытым для читателя вопрос об оценке рецензируемой монографии. Одно, несомненно, эта работа носит поисковый характер, т. е. содержит немало интересных суждений, которые, оставаясь дискуссионными, заставляют исследователей находиться в постоянном поиске.

Сведения об авторах

Барышникова Т. Ю. – кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета

Исаева Е. А. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры социального и семейного законодательства Ярославского государственного университета

Кошлев Д. А. – аспирант кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета

Лушников А. М. – доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, завкафедрой трудового и финансового права Ярославского государственного университета

Лушникова М. В. – доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета

Колпазанова Е. В. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры социального и семейного законодательства Ярославского государственного университета

Кузнецов Ю. А. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета

Поваренков А. Ю. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса Ярославского государственного университета

Ратехина В. А. – кандидат юридических наук

Рощенко Н. В. – студентка юридического факультета Ярославского государственного университета

Смирнов Д. А. – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета

Научное издание

Серия
«Ярославская юридическая школа
начала XXI века»

Вестник трудового права и права социального обеспечения

Выпуск 5

Оптимизация межотраслевых связей трудового права и права социального обеспечения

Редактор, корректор Л. Н. Селиванова
Верстка И. Н. Иванова

Подписано в печать 28.11.2010. Формат 60×84 ¹/₁₆.
Бум. офсетная. Гарнитура "Times New Roman".
Усл. печ. л. 10,0. Уч.-изд. л. 8,53.
Тираж 200 экз. Заказ

Оригинал-макет подготовлен
в редакционно-издательском отделе ЯрГУ им. П. Г. Демидова.
Ярославский государственный университет
150000, Ярославль, ул. Советская, 14

Отпечатано
ООО «Ремдер» ЛР ИД № 06151 от 26.10.2001
150049, г. Ярославль, пр. Октября, 94, оф. 37
тел. (4852) 73-35-03, 58-03-48, факс 58-03-49

