Н. Н. ТАРУСИНА, А. М. ЛУШНИКОВ, М. В. ЛУШНИКОВА

СОЦИАЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ В ПРАВЕ

МОНОГРАФИЯ

Электронные версии книг на сайте
www.prospekt.org

•ПРОСПЕКТ•
Москва
2017

УДК 349.3:364.662
ББК 67.405(2Рос)
Т22

Электронные версии книг
на сайте www.prospekt.org

Авторы:
Тарусина Н. Н. – гл. 1 (1.1, 1.4), гл. 2;
Лушников А. М. – гл. 1 (1.2, 1.3), гл. 3–5 (совм. с М. В. Лушниковой);
Лушникова М. В. – гл. 1 (1.2, 1.3), гл. 3–5 (совм. с А. М. Лушниковым).

Рецензенты:
Хохлов Е. Б., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового права и охраны труда Санкт-Петербургского государственного университета;
Ильина О. Ю., доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского права Тверского государственного университета.

Т22 Социальные договоры в праве : монография / Н. Н. Тарусина, А. М. Лушников, М. В. Лушникова. – Москва : Проспект, 2017. – 480 с.

ISBN 978-5-392-23504-9

Предлагаемый вниманию читателей монографический труд является продолжением многолетнего исследовательского проекта, осуществляемого в рамках традиций Ярославской юридической школы (см.: Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее. Коллективная монография под ред. С. А. Егорова, А. М. Лушникова, Н. Н. Тарусиной. Ярославль, 2009. 834 с.). Он является комплексным исследованием учений о договорах в сфере семейного права, трудового права и права социального обеспечения – на основе общеправовой и цивилистической теории данной конструкции. Нацелен на развитие юридической доктрины, ориентирован на образовательные программы бакалавриата, магистратуры и аспирантуры по направлению «Юриспруденция». Может также представлять интерес для практикующих юристов, небезразличных к вопросам развития юридической науки, – в увязке с тенденциями законодательной и правоприменительной практики.

Законодательство приводится по состоянию на март 2016 г.

УДК 349.3:364.662
ББК 67.405(2Рос)

Научное издание

Тарусина Надежда Николаевна,
Лушников Андрей Михайлович,
Лушникова Марина Владимировна

СОЦИАЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ В ПРАВЕ

Монография

Оригинал-макет подготовлен компанией ООО «Оригинал-макет»
www.o-maket.ru; тел.: (495) 726-18-84
Санитарно-эпидемиологическое заключение
№ 77.99.60.953.Д.004173.04.09 от 17.04.2009 г.
Подписано в печать 06.10.2016. Формат 60x90 $^{1}/_{16}$.
Печать цифровая. Печ. л. 30,0. Тираж 1000 (1-й завод 200) экз. Заказ №

ООО «Проспект»
111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

© Тарусина Н. Н., Лушников А. М.,
Лушникова М. В., 2016
© ООО «Проспект», 2016

ISBN 978-5-392-23504-9

ВВЕДЕНИЕ

Данная монография является пятым исследованием в общей серии подобных междисциплинарных исследований, проводимых авторами в рамках научных разработок ярославской юридической школы[1].

Ранее нами были опубликованы следующие монографии: «Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений» (Ярославль: ЯрГУ, 2001); «Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов» (М.: Проспект, 2006); «Гендер в законе» (М.: Проспект, 2015). Этот перечень продолжает учебное пособие научно-исследовательского типа «Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения» (Ярославль: ЯрГУ, 2008; М.: Проспект, 2010 (2-е изд.)). Книга также переиздавалась в 2014 и 2015 гг.

Сразу оговоримся, что это не новое издание последней из названных книг. Расширяя рассматриваемую проблематику, новое издание имеет другую компоновку и даже относится к другому жанру. Это монография, и данный формат позволил авторам более глубоко рассмотреть отдельные теоретические проблемы. Речь идет, в частности, о конструкции социальных договоров в праве и определении их признаков. Данная проблематика связана с конструкцией договора в семейном праве, трудовом праве и праве социального обеспечения. Все эти договоры относятся, по мнению авторов, к числу социальных.

С момента первого издания вышеназванного учебного пособия (2008 г.) прошло более 7 лет, за это время не только существенно изменились нормативная правовая база и судебная практика, но и теоретические подходы подверглись некоторой корректировке. В частности, в значительной мере были переосмыслены проблемы нетипичных трудовых и семейно-правовых договоров, коллективных договоров, договоров в сфере социального обеспечения, договоров, связанных с репродуктивной сферой, и т. д.

Все это позволило авторам уделить существенное место анализу новых теоретических подходов к названным проблемам. При этом в центре внимания находится конструкция[2] социального договора в праве, а также договоры в семейном праве, трудовом праве, праве социального обеспечения.

---

[1] См.: Ярославская юридическая школа: прошлое, настоящее, будущее / под ред. С. А. Егорова, А. М. Лушникова, Н. Н. Тарусиной. Ярославль, 2009. См. также: *Лушников А. М., Тарусина Н. Н.* Ярославская юридическая школа: от Демидовского юридического лицея до Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова // Lex Russica. 2014. № 3. С. 261–273.

[2] О юридической конструкции см.: *Лушников А. М.* Юридические конструкции: общеправовой и трудоправовой аспекты (вводные положения) // Вестник трудового права и права социального обеспечения. Вып. 6. Ярославль, 2012. С. 5–17.

Семейное право, трудовое право и право социального обеспечения имеют ярко выраженное договорное начало. В данной монографии предпринята попытка осуществить комплексное исследование и систематически изложить учения о конструкции договора и дать характеристику отдельных договоров в названных социальных по своей природе отраслях права. Объединение в рамках системного исследования семейного права, трудового права и права социального обеспечения не случайно. Не отрицая самостоятельности, суверенитета этих специальных отраслей права, мы тем не менее видим необходимость в их согласовании, единстве, социальной направленности. Такой межотраслевой подход к характеристике социальных прав породил в науке концепцию социального права как некой комплексной отрасли[1]. Мы считаем, что рассматриваемые в монографии договоры также имеют отношение к социальному праву, о чем будет сказано в § 1.2. В этой связи название монографии связано с социальными договорами в праве, понятие и признаки которых предложены в работе. Все последующие анализируемые договоры относятся, как уже указывалось, к числу социальных.

Подчеркнем, что семейное право, трудовое право и право социального обеспечения органически сочетают в себе частные и публичные начала. Это придает договорам как видам социальных договоров в данной сфере качественное своеобразие и отраслевую специфику. Не отрицая необходимости создания общеправовой теории договоров, мы считаем более перспективным и актуальным создание отраслевых и межотраслевых договорных теорий. Выработанное в рамках гражданского права учение о договорах служит для нас отправной точкой, но не может быть калькировано для отраслевых учений. При этом в настоящее время наметились группы договорных общественных отношений, в которых нормы гражданского права взаимодействуют и даже конкурируют с нормами рассматриваемых нами отраслей. Это касается брачных договоров, трудовых договоров с руководителями организаций и т. д. При этом надо иметь в виду, что в таких отношениях договорная свобода сторон в значительной мере ограничена специальными нормами, а в отдельных случаях — и публично установленным порядком управления. Поэтому наше исследование будет осуществляться не только в связи с цивилистической по своей сути конструкцией договора, но и с необходимыми экскурсами в публичную сферу в силу специфики предмета рассмотрения. Напомним, что обоснование особой правовой природы трудового договора и предпосылок обособления отрасли трудового права известным российским ученым Л. С. Талем было проведено именно в рамках цивилистического исследования[2].

При этом не подлежит сомнению и общеправовое значение конструкции договоров, как и ее широкое распространение не только в частных, но даже

---

[1] Подробнее см.: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Курс права социального обеспечения. М., 2009. С. 314–334; *Лушникова М. В.* Социальное право: многообразие понимания и версия Европейского Союза // Социально-юридическая тетрадь. 2011. № 1. С. 5–21; *Тарусина Н. Н.* Социальная направленность цивилистики и смежных областей юриспруденции: предпосылки, гипотезы и некоторые констатации // Социально-юридическая тетрадь. 2011. № 1. С. 22–35.

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

и в публичных отраслях права (международные договоры, налоговый кредит, сделка о признании вины и др.). Это позволяет констатировать обособление особой группы социальных договоров в праве.

По нашему мнению, одной из причин кризисных явлений в российской правовой науке было ослабление межотраслевых связей в теоретических исследованиях. Излишняя вера в «уникальность и неповторимость» той или иной отрасли права или правового института привела к тому, что ученые уделяли явно недостаточно внимания работам специалистов других отраслевых дисциплин. В этой связи «пограничные» с предметами этих отраслей области были малоисследованны либо предпринималась попытка их одностороннего включения в «свой» предмет изучения. Яркий пример — изучение в течение длительного времени феномена договоров почти исключительно в рамках гражданского права и попытка отнесения практически любых частных договоров к числу гражданско-правовых. Это явная передержка с претензией на универсальность. Неслучайно в настоящее время не только специалисты по теории права, но и специалисты по отраслевым наукам предлагают уделять большее внимание созданию общей теории договора[1]. В то же время создание общеправовой теории договоров невозможно без разработки отраслевых теорий. Это тем более важно потому, что число договорных отношений возрастает практически во всех отраслях права, а семейное право, трудовое право и даже отчасти право социального обеспечения — яркие тому подтверждения. Вышеназванное позволило обосновать конструкцию социально-обеспечительного договора.

Авторы осознают, что именно в силу вышесказанного заявленная проблематика является очень объемной и охватывает едва ли не большую часть семейного права и трудового права, а отчасти и право социального обеспечения, кроме совсем уж публичных отношений в рамках названных отраслей. Это, например, охрана труда, а также контроль и надзор в трудовом праве, о чем мы уже писали[2].

В этой связи в соответствии с заявленным жанром авторы более подробно рассматривают вопросы, только затронутые в других изданиях или вообще обойденные вниманием (трудовые сделки, социально-обеспечительные договоры, фиктивные сделки в семейно-правовой сфере и др.). Традиционные и не вызывающие дискуссий проблемы, напротив, рассмотрены нами фрагментарно или только обозначены. Не ставится целью и подробное комментирование законодательства об отраслевых договорах. Однако, на наш взгляд, монография дает информацию к размышлению и позволяет сформулировать представление о договорах в семейном праве, трудовом праве и праве социального обеспечения, а также тенденции развития вышеназванных отраслей.

---

[1] См., напр.: *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. Пермь, 2013. С. 128–129; и др.

[2] См.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Охрана труда и трудоправовой контроль (надзор). М., 2015.

Глава 1
ДОГОВОР КАК ОБЩЕПРАВОВОЕ ЯВЛЕНИЕ: КЛАССИКА И НЕОКЛАССИКА ЖАНРА

1.1. Феномен договора за пределами гражданского права

Очевидно, что договор — это двусторонняя сделка, или как бы «слияние в экстазе» двух и более сделок[1], поэтому то, что присуще им как актам одностороннего и двустороннего типа, проецируется и в ткань договорной конструкции, не исчерпывая ее характеристик, ибо, как известно, количество почти всегда формирует качество.

При этом историкам-«универсумам» и историкам права также очевидно и то, что явление сделки (договора) возникло до права в его классическом смысле, а психологам и биологам не чужда мысль о зачатках договорных отношений в мире живой природы...

Другое дело, что сделка и договор, возникнув в давние времена, объектом научно-юридического исследования стали относительно недавно. Выявление понятия сделки, отмечал один из первых советских исследователей данной конструкции М. М. Агарков, — это сравнительно поздний результат научного юридического анализа, хотя термином negotium пользовались еще римские юристы (впрочем, в разных значениях, не вполне адекватных современному). В XVIII в., продолжал автор, понятие сделки под наименованием actus juridicus стало входить в европейский обиход, а в конце XVIII в. — и в российский. Далее учение о ней разрабатывается в трудах Д. И. Мейера, Н. Л. Дювернуа, Г. Ф. Шершеневича, В. И. Синайского и других российских цивилистов XIX — начала XX в.[2] В 20-х гг. XX в. вопрос о сделках рассматривался только И. С. Перетерским[3]. Г. Ф. Шершеневич писал: «Под именем юридической сделки понимается такое

---

[1] Хотя для нас данное предположение — скорее риторический ход, в принципе, в цивилистике обсуждается вопрос, не является ли договор союзом нескольких односторонних сделок. Большинство авторов отрицают это (см., напр.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1998. С. 201–202). Заключить договор, отмечает Ю. А. Серкова, без взаимодействия с иными участниками не представляется возможным — договор как соглашение подразумевает разделение такой сделки на необходимые составные части (оферту, акцепт, конклюдентные действия) и прохождение определенных стадий, т. е. является комбинационным юридическим фактом (см.: *Серкова Ю. А.* Сущность гражданско-правового договора как юридической конструкции // Ученые записки Казанского университета. Гуманитарные науки. 2013. Т. 155. Кн. 4. С. 170).

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

[3] См. там же. С. 338.

выражение воли, которое непосредственно направлено на юридические последствия, т. е. на установление, изменение или прекращение юридических отношений. Юридическая сделка иначе называется юридическим актом». Она может быть, продолжал автор, односторонней и двусторонней (договором), возмездной и безвозмездной, имущественной и неимущественной; последняя не преследует экономического интереса, например узаконение детей[1]. Впрочем, подробно на этом аспекте теории сделок Г. Ф. Шершеневич не останавливался.

С. В. Пахман в своих трудах «до Шершеневича» понимал под сделками собственно договоры — сделки как частные распоряжения, основанные на обоюдном согласии нескольких лиц, отличаются от распоряжений односторонних, «хотя и последним иногда усваивается общее название сделок (в смысле negotia juris)»; однако, продолжал автор, резкого различия между ними нет, «так как те и другие сходятся в общем понятии юридических действий, направленных к изменению юридических отношений»[2].

Д. И. Мейер также замечал: сделка предполагает участие нескольких лиц, ибо слово «сделка» происходит от «соделка». «Но за неимением более удачного термина мы принуждены разуметь под сделкой и действие одного лица»[3].

Размышляя о вариациях юридических актов, их сводимости или несводимости к разновидностям сделки, М. М. Агарков констатировал абсолютную неисследованность в нашей цивилистической литературе вопроса о юридических актах по поводу личных прав, также относящихся к правомерным (как и сделка) и порождающих права и обязанности. Не соглашаясь с Г. Ф. Шершеневичем, ученый подчеркивал, что «ряд положений о сделке по аналогии применим и к такого рода актам. Правила, установленные для сделок (отношений имущественного типа), не могут быть перенесены непосредственно на такие акты, как брак, усыновление и т. п.[4], — это вытекает из закона и из сущности акта. Однако не исключается применение к ним по аналогии некоторых правил, сформулированных для сделок»[5]. Подобная возможность «ставит перед юридической наукой задачу создания общей теории юридического акта»[6].

Вслед за М. М. Агарковым на дифференциации юридических актов настаивал и О. А. Красавчиков. При этом, по мысли автора, с точки зрения собственно дефиниции, например, семейно-правовой акт неотличим от своего гражданско-правового «собрата»: «Под семейно-правовым актом следует понимать такой юридический акт, который направлен на установление, изменение или прекращение брачно-семейных правоотношений». Разграничение, полагал он, необходимо проводить по сфере и целевому вектору применения соответствующего акта[7].

---

[1] См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 148–149, 151.

[2] См.: *Пахман С. В.* Обычное гражданское право в России. М.: Зерцало, 2003. С. 51. (Издано по текстам 1877 и 1879 гг.)

[3] См.: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Ч. 1. М.: Статут, 1997. С. 178. (По изданию 1902 г.)

[4] Дополним: административные акты, акты в сфере труда...

[5] См.: *Агарков М. М.* Указ. соч. С. 357.

[6] См. там же. С. 360.

[7] См.: *Красавчиков О. А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды в 2 т. Т. 2. М.: Статут, 2005. С. 204–206.

Аналогичной позиции придерживались и придерживаются цивилисты — специалисты по семейному праву, за исключением приверженцев идеи десуверенизации семейного права, которая неоднократно анализировалась нами в других трудах[1]. Еще более выражена тенденция суверенности трудоправовых актов (сделок, договоров) — на основе тех же спецификаций, т. е. особенностей предмета, целей и метода трудоправового регулирования[2]. В принципе, гражданско-правовые положения о сущности, значении, условиях действительности сделки, процедуры и формулы последствий признания ее недействительной в той или иной степени — субсидиарно или по аналогии — применимы к другим отраслям цивилистики, однако с существенными оговорками. Так, конструкция недействительности сделок в семейно-правовой сфере допустима в институтах брака и брачного договора в силу прямого указания семейного закона, хотя основания признания недействительным, например, брачного союза и тем более последствия такового признания весьма и весьма специфичны. Конструкцию недействительности фиктивных актов законодатель решается применить также только в отношении брака. Российское трудовое право вообще отказалось от данной конструкции — в силу сугубо специальных задач трудового законодательства[3]. С 1996 г. правоприменителю известны неимущественные сделки 10-летних граждан — согласие на совершение в отношении данных субъектов ряда семейно-правовых актов. И так далее и тому подобное. При этом сами конструкции сделки и договора, в отличие от позиций советского законодательства и советской цивилистической доктрины, для смежных с гражданским правом отраслей отнюдь не исключаются.

Еще Г. Ф. Шершеневич определял договор (вид сделки) как соглашение двух и более лиц (контрагентов), направленное к установлению, изменению или прекращению юридических отношений. Автор фиксировал три существенных условия его действительности: согласную волю нескольких лиц (соответствие намерений) — в единстве воли и волеизъявления (дополняли впоследствии другие цивилисты[4]), взаимное познание этой воли (усвоение одним лицом содержания воли другого), возможность содержания воли (юридически значимая цель, осуществимость, соответствие установленному нравственному и правовому порядку)[5].

К. П. Победоносцев замечал: «Чтобы установить твердое юридическое отношение, необходимо связать чужую волю, получить возможность управлять чужим действием... Эта цель достигается посредством договора...»[6].

Д. И. Мейер подчеркивал имущественный характер договора: он «представляет собой соглашение воли двух или нескольких лиц, которое порождает право

---

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014. С. 4–37.

[2] См.: *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. М.: Проспект, 2010. С. 154–160.

[3] Подробно об этом см. далее.

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

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

[6] *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. В 3 т. Т. 3. М.: Зерцало, 2003. С. 2.

на чужое действие, имеющее имущественный интерес»[1]. Такое уточнение для автора принципиально, так как хотя он и характеризовал брак как «союз двух лиц разного пола, удовлетворяющий известным юридическим условиям и дающий известные гражданские последствия», сущности его данной констатацией не исчерпывал, вовлекая нас в пространство религии и нравственности[2].

Единственное легальное определение *договора* содержится в «естественно-логическом» источнике договорного права — Гражданском кодексе РФ (ст. 420): «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей». Как мы видим, оно вполне коррелирует с позицией Г. Ф. Шершеневича и совпадает с большинством последующих доктринальных дефиниций[3]. Различие же формулировок «юридических отношений» и «прав и обязанностей» непринципиально, так как последние и составляют содержание первых.

Отметим лишь одно уточняющее замечание В. А. Белова: этимология слова «соглашение» не допускает возможности его совершения одним лицом (самого с собой), поэтому указание на двусубъектность (многосубъектность) состава тавтологично и его следует из определения договора изъять[4]. Автором также несколько корректируется и собственно определение: «Договор — это сделка, внешне выражающаяся в соглашении субъектов общественных отношений, направленном (судя по его внешним признакам) на правовую оценку (правовое регулирование) этих отношений[5]. Если первое уточнение приемлемо, хотя противное и недраматично, то отождествление — посредством использования скобок — правовой оценки и правового регулирования сомнительно, а автором при этом не прокомментировано.

Как известно, альтернативой данному классическому взгляду выступает концепция договора как обещания, сделанного одной стороной договора. Этот подход отражен в доктрине ряда западноевропейских стран, но остается чуждым российскому праву[6], притом что собственно указанное родовое понятие использовалось некоторыми классиками нашей цивилистики. Так, Д. И. Мейер отмечал, что соглашение воли двух или нескольких лиц проявляется в том, что «одна сторона дает обещание совершить какое-либо действие, представляющее имущественный интерес, а другая принимает обещание». Однако одностороннее обещание, подчеркивал автор, не принятое другой стороной, еще не порождает для нее права[7]. Л. С. Таль, исследуя сущность трудового договора, писал: «В фактиче-

---

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

[2] См. Там же. С. 348.

[3] См., напр.: *Халфина Р. О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М., 1954. С. 120; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 26; Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. 2. Полутом 1. М., 2000. С. 152; Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. СПб., 1996. С. 428; *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1998. С. 116; Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 838.

[4] См.: *Белов В. А.* Гражданское право. Общая часть. Т. 2. М.: Юрайт, 2011. С. 682.

[5] Там же. С. 680.

[6] Подробнее см.: *Бекленищева И. В.* Гражданско-правовой договор. Классическая традиция и современные тенденции. М., 2006. С. 120–150.

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

ский состав всякого возмездного договора о труде входят три элемента: обещание деятельности, обещание вознаграждения и взаимность этих двух обязательств»[1].

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

Наибольший и перспективный интерес представляет влияние данной концепции на применение конструкции преддоговорной ответственности: это позволяет стороне требовать компенсации убытков при одностороннем виновном прекращении переговоров, возложения ответственности при признании договора недействительным, ответственности за причинение вреда на стадии преддоговорных отношений. Первый и третий варианты неизвестны российскому праву, а второй не квалифицируется им именно как преддоговорная ответственность[3]. Не исключая развития доктрины гражданско-правового договора в этом направлении, И. В. Бекленищева предлагает «интегративный» вариант определения: «Гражданско-правовой договор — это соглашение двух или более сторон или обещание одной стороны, на которое рассчитывала другая сторона, направленное на возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей»[4].

Применительно, например, к развивающейся концепции брака-договора[5] в качестве информации для будущего размышления значение имеет иное толкование природы ответственности в недействительном браке (возмещение материального и морального вреда при недобросовестности одной из сторон), а также — чисто гипотетически — возможность возмещения материального ущерба и компенсация морального вреда, наступивших вследствие отказа от публичного обещания заключить брак, исторические примеры которой мы имели и в русском, и в зарубежном праве[6] и выборочно имеем в настоящее время (например, в украинском семейном законодательстве).

В той или иной степени признанным в цивилистике является также положение о трех формах существования договора — как соглашения (юридического факта), правоотношения (самого договорного обязательства или иного договорного правоотношения), им порожденного, и как документа, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения. При этом О. А. Красавчиков и другие цивилисты неоднократно отмечали факты смешения первых двух ипостасей договора как в теории, так и в судебной практике[7]. Наиболее подробно эта триада разработана О. С. Иоффе[8]. Она освещена и упо-

---

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

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

[3] См. там же. С. 147–150, 162–163.

[4] Там же. С. 176.

[5] О сущности концепции см. гл. 2 данного учебного пособия.

[6] А также в образцах классической литературы (комедия П. Бомарше «Женитьба Фигаро»; роман Ч. Диккенса «Посмертные записки Пиквикского клуба» и др.).

[7] См., напр.: *Красавчиков О. А.* Указ. соч. С. 172–173.

[8] См.: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. С. 26. См. также: Гражданское право / под ред. Е. А. Суханова. Т. 2. Полутом 1. М., 2000. С. 151–152; Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого и А. П. Сергеева. Ч. 1. М., 1998. С. 495 и др.

треблением в Гражданском кодексе РФ (ГК РФ)[1], хотя, как водится применительно к понятийному аппарату, без достаточной степени дифференциации смыслов.

Справедливости ради следует заметить, что все же второй контекст конструкции договора периодически подвергается сомнению, а иной раз даже нападкам и полному отторжению. Так, по мотивам уточняющих заявлений М. В. Брагинского и В. В. Витрянского о договоре как правоотношении[2] Б. И. Пугинский резко заметил, что подобная трактовка уводит от действительных ценностей договора, акцентирует внимание на малозначимых признаках, непригодных для объяснения договора, является «крайне неудачной и даже ошибочной», поскольку «тощая абстракция "правоотношение" не позволяет осуществить сколь-нибудь полный и значимый разбор содержания договора»[3].

В этой связи М. Н. Марченко миролюбиво и вполне справедливо подчеркивает, что можно и не соглашаться с трактовкой договора как правоотношения, однако независимо от этого фактом остается его роль в качестве основания развития первого, юридической формы фактических отношений между сторонами, моделью правоотношений — через субъективные права и юридические обязанности[4].

(При этом следует также заметить, что обсуждаемая «возмутительная» трактовка, как мы уже констатировали ранее, появилась в цивилистической науке задолго до столь эмоциональной реакции... Видимо, в данном случае, как и в других подобных, по поводу которых сетовал О. А. Красавчиков, со стороны одних ученых последовало не вполне четкое обозначение позиции, со стороны других — преувеличенная оценка такой небрежности. Со стороны третьих — констатация «триадности», однако без какого бы то ни было аналитического обоснования или хотя бы пояснения[5].)

Разумеется, возможны и другие его «ипостаси» — институт экономико-правовой категории[6], программа совместных действий, способ организации взаимоотношений сторон, учитывающий их обоюдные интересы[7] и т. д., однако классическими и важными остаются два варианта его рассмотрения из указанной триады.

Разумеется, прежде всего под договорными подразумеваются обязательственные правоотношения, хотя первые не сводятся ко вторым, а вторые могут быть обусловлены и иными юридическими фактами. Обязательство, подчерки-

---

[1] См.: *Полдников Д. Ю.* Понятие гражданско-правового договора (современная доктрина и ее исторические истоки) // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2006. № 4. С. 78.

[2] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 1998. С. 10.

[3] См.: *Пугинский Б. И.* Гражданско-правовой договор // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 2002. № 2. С. 38, 47.

[4] См.: *Марченко М. Н.* Источники права. М.: Проспект, 2011. С. 301.

[5] См., напр.: Договорное право / пол общ. ред. Р. А. Курбанова, А. М. Эрделевского. М.: Проспект, 2015. С. 3.

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

[7] См., напр.: *Пугинский Б. И.* Указ. соч. С. 40–41.

вал М. М. Агарков, — это отношение между двумя сторонами, одна из которых имеет право требования, а другая — соответствующую этому праву обязанность[1]. Однако норма п. 1 ст. 420 ГК РФ предусмотрительно не содержит прямого указания на обязательство как универсальное следствие[2].

Независимо от того или иного варианта применительно к гражданско-правовому договору, речь, как правило, идет, как отмечает И. В. Бекленищева, об установлении относительных прав и обязанностей между сторонами; среди прочих — семейно-правовые договоры: заключение брака (в некоторых правовых системах), договор о передаче ребенка на воспитание в семью, соглашение о месте проживания ребенка, которые не всегда можно назвать обязательственными[3].

Еще Г. Ф. Шершеневич подчеркивал, что «область договора выходит за пределы обязательственных отношений, как в свою очередь и обязательства могут иметь в своем основании не договор, а другой юридический факт, правонарушение, неосновательное обогащение. Договор имеет место, не создавая обязательственного права, в сфере брака, государственных и международных отношений»[4]. «Спорным, — отмечал ученый, — представляется вопрос, должен ли интерес обязательства быть имущественным или нет, может ли предметом обязательства быть действие, интерес которого не поддается денежной оценке. <...> Нельзя допустить обязательство с неимущественным интересом не потому, что они носят личный характер, так как мы уже отнесли к гражданскому праву личные отношения, устанавливаемые семейным союзом. Такому допущению противится природа обязательственных отношений»: чужое действие, объект прав по обязательству, не может быть вынуждаемо; чтобы сохранить юридический характер за обязанностями, соответствующими праву требования, следует придать им санкцию имущественного характера, дабы ответить за имущественный ущерб; трудно, однако, найти санкцию за неисполнение обязанностей, которые не могут быть выражены в денежном эквиваленте[5].

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

---

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

[2] Подробнее см., напр.: *Бекленищева И. В.* Указ. соч. С. 67–69. Например, не является обязательством распорядительный договор (уступка требования). Подробно об этом см.: *Вошатко А. В.* Договор уступки как распорядительная сделка // Сборник статей к 50-летию Е. А. Крашенинникова. Ярославль, 2001. С. 61–73.

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

[4] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 431–432.

[5] См. там же. С. 376–378.

ной характеристикой, которую следует искать в их специфическом содержании, основанном на тех высоких задачах, которые стоят перед советской семьей[1].

Впрочем, относительно алиментных обязательств позиция М. М. Агаркова отнюдь не сводится к «святой простоте». С одной стороны, автор констатирует, что в данной конструкции имеются все признаки обязательственного отношения — «одна сторона (кредитор, лицо, имеющее право на алименты) имеет право требовать от другого (должника, лица, обязанного платить алименты) совершения *определенных* действий, а именно периодических уплат деньгами, а в некоторых случаях — натурой». С другой стороны, ученый подчеркивал, что «обязанность содержать в условиях совместной жизни не обладает той степенью определенности, которая необходима для применения правил об обязательствах» — она «тесно и неразрывно переплетается с чисто личными отношениями»; нельзя отделить содержание детей от их воспитания[2].

Поддерживая данную позицию, И. Б. Новицкий полагал, что договоры гражданского права «должны быть отмежеваны от соглашений, которые могут иметь место и имеют место в других областях советского права, например в семейном праве. Брак немыслим без свободного согласия на него данной пары», но это соглашение нельзя признать обычным договором, целью брака является объединение всей жизни участвующих в нем лиц. Соглашение в данном случае выступает лишь одним из элементов фактического состава. Личный элемент настолько преобладает в исследуемой группе отношений, что соглашения здесь не получают самостоятельного значения и во всяком случае должны быть резко отграничены от имущественных договоров гражданского права[3].

Соответствующая специфика констатируется и в такой области цивилистики, как трудоправовая. Так, И. В. Бекленищева вслед за рядом других цивилистов подчеркивает: «Из всех, помимо обязательственных, договоров, которыми устанавливаются относительные правоотношения между сторонами, наибольший интерес, пожалуй, в нашей науке вызывает трудовой договор»[4]. Его отличительной чертой выступает подчинение работника власти работодателя. Этот признак был выделен еще Л. С. Талем[5]. Однако, разумеется, его сущность не сводится лишь к хозяйской власти над работником — значительные публичные элементы с одной стороны и исключительно личный характер данного правоотношения с другой с очевидностью «выстреливают» этот объект в пространство самостоятельного действия и исследования[6].

Что касается традиционного аргумента[7] о констатации классиками цивилистики (Л. С. Таль, Г. Ф. Шершеневич и др.) принадлежности трудового договора (и трудовых отношений) и семейно-правовых договоров (и семейных правоотношений в целом) к гражданскому праву, во-первых, они исходили из status quo — ничего, кроме гражданского права, тождественного цивилистике, в част-

---

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

[2] См. там же. С. 449–450.

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

[4] *Бекленищева И. В.* Указ. соч. С. 69.

[5] См.: *Таль Л. С.* Указ. соч. С. 88.

[6] Подробнее см. гл. 3 данного учебного пособия.

[7] См., напр.: *Бекленищева И. В.* Указ. соч. С. 70–71.

но-правовой сфере не существовало, во-вторых, учеными (и на интуитивном, и на доказательственном уровне), как мы уже отмечали, находилось так много специфического в институтах трудовой и семейно-правовой принадлежности, что до соответствующих «революционных» выводов оставался один шаг[1].

* * *

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

Проще всего отграничить соглашение от согласия. Последнее непосредственно не порождает, не изменяет и не прекращает правоотношение — его роль скромнее: оно служит элементом юридико-фактического состава, условием, при котором закон предоставляет лицу возможность совершить сделку либо иной правомерный акт: согласие на распоряжение общим имуществом (п. 1 ст. 246 и п. 2 ст. 253 ГК РФ), залог (п. 2 ст. 335 ГК РФ), перемена лиц в обязательстве[2] (п. 2 ст. 382 и п. 1 ст. 391 ГК РФ); согласие работника на перевод на другую работу (ч. 1 ст. 72, ч. 1 ст. 73 Трудового кодекса РФ); согласие родителей и других лиц на усыновление, ребенка — на передачу в приемную семью и т. д. (п. 1 ст. 129, ст. 57 Семейного кодекса РФ).

Тождество соглашения и договора основывается на том, что «сделка, совершенная в виде соглашения, тем самым может быть только договором»[3]. Впрочем, в другом месте своей работы, посвященной договорному праву, данные авторы отмечают, что наряду с согласованием воли важен и другой квалифицирующий признак договора-сделки — его направленность на возникновение прав и обязанностей; если этот признак отсутствует, то нет и основания для отождествления соглашения с договором. В качестве примеров предлагаются: соглашения между лицом, нашедшим вещь, и лицом, управомоченным на ее получение, о размере долей участников общей собственности и др. (п. 2 ст. 229, п. 1 ст. 245, п. 2 ст. 231, ст. 242, 312, 331 ГК РФ и т. д.); соглашения организационного типа, которые не укладываются ни в рамки п. 1 ст. 420 ГК РФ с его определением договора, ни в рамки ст. 153 ГК РФ, содержащей определение сделки[4]. При этом авторы, к сожалению, не раскрывают принципиальных подходов к различению соглашений-договоров и соглашений-недоговоров, тем более что по крайней мере часть из приведенных примеров к правовым последствиям, аналогичным договору, все-таки ведет и «эволюционное» влияние на правоотношения оказывает.

Высказано также мнение, что договором являются только те соглашения, которые направлены на установление прав и обязанностей, согласие же сторон на изменение и прекращение уже возникших договорных отношений следует оставлять в ранге соглашения[5]. На практике, действительно, изменения к договору оформляются в качестве дополнительных соглашений (например, к трудовому договору, договору о возмездном оказании образовательных услуг и т. д.).

---

[1] Подробнее см. гл. 2 и 3 данного учебного пособия.

[2] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 151.

[3] Там же. С. 119.

[4] См. там же. С. 149–151.

[5] См.: *Мозолин В. П., Фарнсворт Е. А.* Договорное право США и СССР. М., 1988. С. 195.

Однако в большинстве случаев это обусловлено техническими (бухгалтерскими и иными) соображениями. Как замечает Т. В. Кашанина, «здесь больше присутствует игра слов»[1].

Нередко соглашениями именуются, как мы уже отмечали, некоторые договоры семейно-правовой сферы. Приводили, в частности, позицию И. Б. Новицкого: брак нельзя признать договором, хотя соглашение и является одним из необходимых юридических фактов брачного правоотношения; личный элемент настолько преобладает в семейных правоотношениях, что соглашения здесь не имеют самостоятельного значения и во всяком случае должны быть отграничены от имущественных договоров семейного права[2].

Если опустить неизбежный идеологический советский флер («С точки зрения советского права брак никак не может быть договором») приведенной позиции, то остается, пожалуй, главное: 1) соглашение как таковое для брака не только приемлемо, но и неизбежно (как предпосылка брачного правоотношения); 2) брачное и иные семейно-правовые соглашения не могут иметь гражданско-правовой природы вследствие доминирования в них личного начала; 3) договор (соглашение) как юридический факт для семейного правоотношения в ином функциональном ряду являет собой собственно договорное семейное правоотношение (аналогичные рассуждения могут быть присущи и трудоправовой доктрине).

Терминологические различия внутри семейно-правовой сферы делает и И. В. Бекленищева: договор о передаче ребенка в семью, соглашение о месте проживания ребенка и т. д., — не подвергая, впрочем, данное различение аналитике[3].

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

Акты сторон по заключению брака именуются данным автором соглашением, которое по своей правовой природе не отличается от гражданского договора. При этом отнесение брака к системе договоров квалифицируется в качестве революционного этапа в развитии семейно-правового мировоззрения. Взаимное решение родителей о месте жительства ребенка то объявляется соглашением, или «неюридическим договором», то приводится в перечне семейно-правовых договоров. Среди прочих им вообще не упоминаются соглашения о разделе общего супружеского имущества, патронате и др.[4]

Договорное регулирование семейных отношений находится в зачаточном состоянии, констатирует А. Д. Корецкий (и с этим мы почти готовы согласиться, — возможно, мы лишь настоим на факте появления «ребенка» на свет и формирования у него первых молочных зубов: 1) все договоры (соглашения) носят вторичный, вспомогательный по отношению к нормам характер — их роль сво-

---

[1] *Кашанина Т. В.* Структура права. М.: Проспект, 2013. С. 531.

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

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

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

дится к детализации, а пределы усмотрения сторон жестко ограничены; 2) как правило, они не имеют механизма принуждения; 3) условия соглашения не являются обязательными для суда; 4) в законе отсутствуют меры по обеспечению исполнения договорных обязательств[1].

Однако, во-первых, в определенном смысле не только семейно-правовые, но и многие другие (а строго говоря, все) договоры носят вторичный характер по отношению к правовым нормам, которые и в классическом гражданско-правовом поле в той или иной степени «строят» договаривающихся субъектов и лимитируют их кажущуюся юридическую свободу. Даже договоры, не предусмотренные ГК РФ, должны соответствовать основам договорной цивилистики. Разумеется, чем больше в договорном правоотношении влияния публичного начала, тем жестче эта зависимость, что характерно не только для семейно-правовой сферы, но и для других отраслей, где частные и публичные компоненты тесно взаимодействуют[2].

Во-вторых, соглашение о месте проживания ребенка и т. п. другие, действительно, весьма специфичны с точки зрения классического подхода. Справедливо, что принципиальное решение вопроса в этих случаях отнесено к компетенции суда и основанием к применению мер государственного принуждения будет судебное решение, а не соглашение. Однако суд хотя и вправе не утвердить его, но только в случае незаконности (такое условие применимо к любой сделке) или явного несоответствия интересам ребенка, что, собственно, также относится к специальным случаям законности — вкупе со справедливостью и обоснованностью. Активная значительная роль суда вообще характерна для гражданского процесса по семейным делам[3] (а также по трудовым, ряду жилищных и др.) — ввиду, как мы только что отмечали, известного присутствия публичных начал в методе семейно-правового (и иного) регулирования, отраженных далее в процессуальной форме разрешения соответствующих конфликтов и даже особенностей их саморегулирования.

В-третьих, явным преувеличением является констатация революционности переворота в семейно-правовом мировоззрении в связи с признанием брака договором — тем более гражданско-правовой природы. Условия о взаимном согласии на вступление в брак и наличие процедур его расторжения и признания недействительным квалифицируются А. Д. Корецким как элементы легальной сущности договора вообще, а не договора гражданско-правового типа. Между тем М. В. Антокольская, на «взрывную» позицию которой автор ссылается, относит брак и брачный договор к институтам гражданского права, что является идеей популярной, но не общепризнанной. Особые требования к условиям заключения брака и исключительно юрисдикционные способы развода предельно «оспецифивают» брак как договор[4].

---

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

[2] Подробно об этом см. ниже. См. также: *Лушникова М. В., Лушников А. М., Тарусина Н. Н.* Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. Ярославль, 2001.

[3] Подробнее см., напр.: *Тарусина Н. Н.* О судебном усмотрении: заметки семейноведа. Ярославль, 2011. С. 247–251; *Бутнев В. В., Тарусина Н. Н.* Очерки по теории гражданского процесса. М.: Проспект, 2015. С. 236–240.

[4] Подробнее о природе брака-договора и брачного договора см. гл. 2.

Следует далее заметить, что факт отнесения того или иного института (в нашем случае — брачного договора) к ГК РФ не всегда означает безусловное (аксиоматичное) признание его гражданско-правовой природы — не на законодательном, ибо законодатель субъективен, а на теоретико-сущностном уровне. Так, акты гражданского состояния ранее были компонентом Кодекса о браке и семье РСФСР, сейчас — ГК РФ. Но существует еще и Федеральный закон «Об актах гражданского состояния», который является членом административно-правовой «семьи». По-прежнему присутствует немало — пусть и расположенных «вразброс» — норм об актах семейного состояния в Семейном кодексе РФ (СК РФ). То же самое можно сказать и о брачном договоре, упоминание о котором наличествует в ГК РФ, а детализация содержится в СК РФ[1].

Наконец, факт отсутствия реального механизма принуждения для договоров международного права и семейного права оценивается А.Д. Корецким по-разному: первые остаются в договорной системе, вторые объявляются сомнительными (что ж, двойные стандарты — «хит последних сезонов», видимо, не только в политике и правоприменении).

При этом А.Д. Корецкий полагает, что классическая дефиниция договора является формальной и «не годится в качестве основы серьезного учения о договоре». У автора прежде всего вызывает сомнение использование в качестве родового понятия именно термина «соглашение»: 1) в русском языке «договор» и «соглашение» — синонимы; не всякое соглашение достигает обозначенной цели; 2) соглашение есть лишь намерение сторон совершить то или иное действие; 3) даже федеральные законы — с определенной, конечно, долей условности — можно рассматривать как соглашение депутатов (принятие закона), Президента (подписание); 4) разница между договорами и законами очевидна для каждого, однако объяснить ее исходя из приведенных определений договора невозможно[2].

«Понимание договора как соглашения, — отмечает А.Д. Корецкий,— “вызрело” в науке гражданского права, но, несмотря на почтенную академическую “родословную”, является в высшей степени неудачным по причине, прежде всего, своей номинальности»[3].

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

---

[1] О необходимости «осемейнивания» сущности брачного договора см. гл. 2 данного учебного пособия.

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

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

А. Д. Корецкий утверждает: «Юридический договор — объективированные в установленном законодательством порядке, свободно согласованные намерения нескольких лиц совершить друг с другом юридическую сделку (или сделки) в целях реализации личных интересов»[1].

Однако, во-первых, придется очередной раз напомнить об условности большинства терминов, в том числе юридических, и несводимости в этом плане юриспруденции к филологии. Не преминем обратиться в этой связи к известному речению О. С. Иоффе: «...Если бы содержание специального научного понятия было тождественно его словесному обозначению, семантика превратилась бы во всеобщее и исключительное средоточие человеческих знаний»[2]. Во-вторых, так широко трактуемая конструкция соглашения — как согласование воль депутатов между собой и далее с Президентом при принятии и подписании закона приведет нас гораздо дальше положений об общественном договоре Ж.-Ж. Руссо и «растворит» соглашение во всех, даже квазисогласованных действиях — вплоть до хоккея и кордебалета. В-третьих, «свободно согласованные намерения» — это еще не соглашение. Договор — лишь намерение совершить сделку? При такой постановке вопроса остается, собственно, сам вопрос, а существо как бы исчезает в мечтаниях об установлении прав и обязанностей, их изменении или прекращении в розовеющем будущем. (Кстати, применима ли категория «личные интересы» в международном праве и других публичных отраслях? Или там — «совсем другой» договор? Как же тогда быть с общеправовым значением предложенной дефиниции?) В-четвертых, вполне к месту очередной раз вспомнить о нескольких «воплощениях» договора — как юридического акта (факта) и правоотношения (модели фактической связи субъектов).

И. В. Бекленищева, критикуя подходы А. Д. Корецкого, справедливо замечает, что из определения автора следует, что договор в принципе не имеет никакого отношения к «юридическому регулированию», поскольку объектом такового, по утверждению же данного автора, выступают действия, то есть он — «абсолютное ничто с точки зрения права»[3] (т. е. нечто типа протокола о намерениях?).

Несмотря на эксперименты (как способ жизни, в том числе доктринальной, нами неотрицаемый) академические подходы к сущности договора, прежде всего гражданско-правового, несмотря на жесткие заявления некоторых наших современников, полагаем выдержавшими очередную атаку. Что касается интегративных представлений о договоре, опирающихся как бы на два родовых понятия — «соглашение» и «обещание», — то они нуждаются в дальнейшем эволюционировании.

«Можно, конечно, — писал О. А. Красавчиков о дефиниции договора, — переставлять логические составляющие данного определения, вводить дополнительные признаки, акцентировать внимание на той или иной его черте и т. д. Можно, но данные моменты очевидно не нужно, поскольку сам по себе понятийный аппарат заслуживает специального обсуждения лишь в тех случаях,

---

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

[2] *Иоффе О. С.* Что такое ответственность? // Правоведение. 1974. № 5. С. 108.

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

когда детали этого логического механизма перестают срабатывать и ведут к искажению заключенной в них информации»[1].

* * *

Как следует из предыдущей серии рассуждений, даже на уровне «упоминания вскользь» явление *договора* давно пересекло границы гражданского права и стало *разноотраслевым* с прикладной точки зрения и *надотраслевым* — с общетеоретической.

В работе 1974 г. «Общее учение о правоотношении» Р. О. Халфина отмечала: «До настоящего времени договор рассматривался главным образом как институт советского гражданского права. Но договор играет большую роль и в правовом оформлении самых различных общественных отношений. Представляется, что созрели условия для разработки общей теории договора, охватывающей применение данной правовой формы в различных областях жизни общества»[2].

Действительно, очевидно, что явление договора присуще не только сфере гражданского оборота, но и другим правовым сферам — международной, государственной, административной, финансовой (налоговый кредит), трудовой, земельной, семейной, гражданско-процессуальной (мировые соглашения в гражданском и арбитражном процессе), даже уголовно-правовой и уголовно-процессуальной (в России — в сугубо исключительных случаях: соглашение о примирении между лицом, совершившим преступление, и потерпевшим (ст. 76 Уголовно-процессуального кодекса РФ); в других странах, например в США, — в обычном плане)[3].

«Щупальца» конструкции договора давно уже охватили не только частноправовую, но и публично-правовую сферу. Так, М. И. Пискотин называет административные договоры средством реализации управленческих задач и функций, а Д. Н. Бахрах — формой реализации административной власти[4]. А. В. Демин полагает, что под административным договором следует понимать «управленческое соглашение не менее двух субъектов административного права, заключенное на основе норм административного права в публичных целях, опосредующее горизонтальные (координационные) управленческие отношения, правовой режим которых содержит административно-правовые элементы, выходящие за рамки частного права»[5].

---

[1] *Красавчиков О. А.* Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции. Свердловск, 1980. С. 10.

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

[3] См., напр.: *Александров Н. Г.* К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. Вып. 6. М., 1947. С. 82–83; *Демин А. В.* Общие вопросы теории административного договора. Красноярск, 1998. С. 14–29; *Марченко М. Н.* Источники права. М., 2005. С. 267–268, 271–272; *Суханов Е. А.* О видах сделок в германском и российском праве // Вестник гражданского права. 2006. № 2. Т. 6. С. 10, 24; *Тихомиров Ю. А.* Договор как регулятор общественных отношений // Правоведение. 1990. № 5. С. 27–35; *Черданцев А. Ф.* Толкование права и договора. М., 2003. С. 316–317; Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 1. С. 841; и др.

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

[5] *Демин А. В.* Указ. соч. С. 29.

Размышляя о пределах договорного регулирования и допуская таковое в означенных сферах, В. А. Белов подчеркивает, что договоры в них заключаются не для удовлетворения собственных (частных) интересов сторон, а в первую очередь для достижения предустановленных законом целей, при этом субъекты должны быть поставлены в отношения не субординации, а координации; расширение предметных границ данного инструмента само по себе может свидетельствовать лишь о том, что некоторые виды общественных отношений вопреки своему целостному регулированию правом публичным изымаются из сферы его компетенции и регулируются на принципах, свойственных праву частному, гражданскому. И — авторский апофеоз: все это не лишает договор его гражданско-правового характера, лучшее доказательство тому — «социализационная» тенденция в рамках самого гражданского права под названием пределов свободы договора[1]. Однако, во-первых, «социализационность» присутствует и в других институтах гражданского права, хотя и не составляет, в отличие, например, от семейного, трудового права, соответствующей доминанты (жилищное, наследственное законодательство). Как инородное тело она является исключением, а не правилом для классической цивилистики и подвергается систематическим атакам со стороны идеологии гражданского оборота. Во-вторых, в это уготованное цивилистами договорное «лоно» не укладывается, например, международное право: отношения координации там заданы, но это не трансформирует природу соответствующего договора с публичной на гражданско-правовую, на чем, впрочем, и не настаивают идеологи гражданско-правовой природы любого договора.

В международном праве на прикладном уровне международный договор определяется Венской конвенцией о праве международных договоров как «международное соглашение, заключенное между государствами в письменной форме и регулируемое международным правом, независимо от того, содержится ли такое соглашение в одном документе, в двух или нескольких связанных между собой документах, а также независимо от его конкретного наименования»[2]. В зависимости от «характера их нормосодержания» международные договоры отличаются друг от друга тем, что одни из них формируют общие нормы, рассчитанные на точно неопределенный круг участников и многократность применения, а другие содержат в себе индивидуальные нормы только для договаривающихся сторон[3]. Очевидно, что все они являются признанными, а первые — еще и приоритетными источниками права, регуляторами соответствующих отношений.

Трудовой договор и целая «компания» иных договоров в трудоправовой и социально-обеспечительной сферах продолжают развиваться, постепенно восходя, возможно, к неким общим канонам социального права, что комментируется нами в следующем параграфе данной главы.

При этом только на том основании, что договор присущ гражданскому праву, его понятие и существенные элементы предусмотрены ГК РФ, как правило, никакой отрасли, кроме права семейного, напрямую не предъявляется обви-

---

[1] См.: *Белов В. А.* Указ. соч. С. 689–690.

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

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

нения в «узурпации» части «договорной власти» и не делается стратегических предложений вернуться в «семью». Так, трудовому праву, возникшему из союза гражданского и административного (полицейского) права, подобные предложения уже не делаются, хотя попытки — хотя и редкие — обозначить гражданско-правовую природу индивидуального трудового договора все еще предпринимаются[1].

О. Ю. Скворцов, констатируя факт экспансии договоров в различные области регулирования отношений между людьми, также признает правомерность постановки вопроса о межотраслевом характере института договорного регулирования и одновременно подчеркивает объективно доминирующее влияние конструкции гражданско-правового договора на соответствующие конструкции смежных отраслей права. Разумеется, главным признаком, отличающим первый от вторых, продолжает автор, является тот правовой эффект, который им производится, — порождение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей. К другим отличительным признакам относится: ограниченное регулирующее воздействие, равенство субъектов, значительная свобода договора (например, в области процессуального права соглашения подчинены иному принципу: «разрешено только то, что прямо указано в законе»). Следуя известной позиции петербургской цивилистической школы[2], автор, не отрицая права на жизнь договоров из публичных правоотношений, правоотношений трудоправовой сферы и др., видимо, сознательно не упоминает о явлениях семейно-правовых договоров[3].

Между тем «главный отличительный признак» гражданско-правового договора — прямое влияние на судьбу гражданских прав и обязанностей — работает применительно к договорам всех иных правовых сфер со сменой лишь отраслевого «эпитета», а равенство в цивилистической правовой среде отсутствует не только в трудовом договоре. Брачный договор — едва ли не единственный из всей массы соглашений о праве семейном — конечно, влияет на судьбу гражданских прав и обязанностей, но он же рождает, изменяет и прекращает аналоги семейного типа. Именно поэтому можно предположить его двойственную (комплексную) природу[4].

Разумеется, семейное право (и соответствующие договоры) удержать в гражданско-правовых границах проще: его «детство, отрочество и юность» прошли под попечением «матери» — гражданского права (впрочем, частично и права церковного)[5]. Данная генетическая связь и в настоящее время является предпосылкой дискуссии о суверенности семейного права[6].

---

[1] См., напр.: *Бекленищева И. В.* Указ. соч. С. 70–71.

[2] «Семейное право» традиционно входит в качестве раздела в третий том учебника по гражданскому праву.

[3] См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 1. С. 841–842.

[4] См. об этом гл. 2 данного учебного пособия.

[5] См., напр.: *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Т. 2. М., 2003. С. 19. (Публикуется по изданию 1896 г.). См. также: *Суворов Н. С.* Учебник церковного права. М., 2004. (По изданию 1908 г.)

[6] Подробнее см.: *Антокольская М. В.* Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40; *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 1997. С. 40–42; *Ворожейкин Е. М.* Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское

Не вступая в описанную дискуссию, отметим, что неразработанность в теории семейного права и отсутствие в семейном законе понятий о договоре не является необходимым и достаточным аргументом в пользу очевидной гражданско-правовой природы исследуемого явления. Тем более что применение норм ГК РФ к семейным отношениям в целом и их договорным разновидностям в частности далеко не всегда возможно, с чем соглашаются и многие цивилисты[1]. Впрочем, об этом мы более подробно поразмышляем в следующей главе.

Отрадно, что Ю. К. Толстой, несмотря на известную позицию петербургской школы по этому вопросу, отмечает, что все же не склонен «отказывать ни трудовому, ни семейному, ни экологическому праву в том, что они занимают в системе права самостоятельное место, выступая в качестве комплексных правовых образований, выполняющих важные общесоциальные и социализаторские функции»[2] (не в порядке исключения, как гражданское право, а доминантно.

Исследуя вопрос о видах сделок, в том числе по сферам применения, Ю. А. Суханов подчеркивает, что «традиционное для данной классификации обособление семейно-правовых сделок, фактически сохранившееся в условиях современной российской правовой системы, хотя ее практически общепризнанной особенностью стало отделение семейного права от гражданского»; сохранив свою частноправовую природу, семейное право, кроме того, «прямо допускает субсидиарное применение гражданско-правовых норм к регулируемым им отношениям (ст. 4 Семейного кодекса РФ), в частности, к изменению и расторжению типичной семейно-правовой сделки — брачного договора (п. 2 ст. 43 СК)»[3].

* * *

Вернемся, однако, к общеправовым подходам. Н. Г. Александров, исследуя договор в качестве одного из регуляторов отношений, определял его как «согласованное волеизъявление двух или нескольких формально равных (в момент заключения договора) субъектов, совершаемое с целью вызвать юридические последствия»[4]. Таким образом, ученый, во-первых, подчеркивал два его признака — согласительный (волевой) характер и правовую цель, во-вторых, указывал на формальность равенства. Это, на наш взгляд, точное и перспективное замечание, спрогнозировавшее один из существенных векторов развития явления договора, а именно — в публично-правовую сферу, а также в тех областях частного права, где публичные начала весьма сильны (в трудовом и семейном праве). В этих случаях в ситуации именно договора (а не всего комплекса отношений соответствующей отрасли) происходит выравнивание — часто «искусственное» — положения субъектов.

государство и право. 1967. № 4. С. 29–37; *Нечаева А. М.* Семейное право: проблемы и перспективы развития // Государство и право. 1999. № 3. С. 69–75; *Нечаева А. М.* Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 31–57; *Тарусина Н. Н.* Семейное право. М., 2001. С. 5–26 и др.

[1] См., напр.: *Антокольская М. В.* Семейное право. С. 43.

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

[3] См.: *Суханов Е. А.* О видах сделок в германском и российском праве. С. 24.

[4] *Александров Н. Г.* Указ. соч. С. 82.

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

Ю. А. Тихомиров придерживается традиционных гражданско-правовых формулировок, полагая договор соглашением сторон об установлении, изменении и прекращении прав и обязанностей. Последний характеризуется им как свободное волеизъявление участников (1) с согласием по всем существенным аспектам договора (2), равенством сторон (3), наличием юридических гарантий своего исполнения (4), возмездностью — по общему правилу (5), взаимной ответственностью сторон за невыполнение принятых обязательств (6). В итоге автор допускает гипотезу о формировании в будущем договорного права в связи с возрастанием удельного веса договоров во многих отраслях права и его роли как специфического регулятора общественных отношений[1].

Нетрудно заметить, что не только дефиниция, но и выстроенный «шестигранник» в значительной степени отражает свойства гражданско-правового договора, а не договора «универсального». Ю. А. Тихомиров при этом классифицирует его многообразие (по субъекту и сфере применения) на договоры хозяйственные, арендные, кредитные, в области труда, межгосударственные, управленческие, общественные (например, между жителями городов)[2]. Очевидно, что не все из них составляют «классику жанра» — «изгоями» являются международно-правовые договоры (по крайней мере, часть из них), общественные договоры и др. Мы бы добавили сюда и большую часть семейно-правовых договорных конструкций, о которых автор вообще не упоминает[3].

В. В. Иванов, подчеркивая, что юридическая наука по-прежнему изучает в основном отраслевые договоры, «не имея достаточно четкого представления о том, что есть договор в принципе»[4], «в самом широком смысле» определяет его как «совместный правовой акт, оформляющий выражение обособленных согласованных автономных волеизъявлений двух или нескольких формально равных субъектов права, устанавливающий условия, исполнение которых предполагается обязательным»[5]. Хотя автор, как, впрочем, и ряд других, не применяет в качестве родового понятия «соглашение», используемый им набор «эпитетов» неизбежно на это указывает. Любопытным представляется и положение о том, что обязательность исполнения договора лишь презюмируется, что также отличает его позицию, например, от точки зрения Н. Г. Александрова, делает дефиницию более универсальной, ибо всякая презумпция опровержима[6].

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

---

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

[2] См. там же. С. 29.

[3] Возможно, потому, что явление брачного договора еще не обострило данную проблему (в 1990 г. не было ни действующего ныне ГК РФ, ни СК РФ).

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

[5] Там же. С. 34.

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

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

Признак возмездности за пределами «классики жанра» также не универсален. Впрочем, Ю. А. Тихомиров употребляет применительно к нему уточнение «как правило». Тем не менее в значительном ряде договоров международного, семейного, частично трудового и других отраслей права он, напротив, как правило, отсутствует. Значит, если признавать эти явления членами «договорной семьи», а не архиспецифическими двусторонними правомерными актами[1], то признак возмездности уходит далеко на второй план. Впрочем, в теории права уточняется, что речь должна идти об эквивалентности (обмене благами) как более универсальной характеристике[2].

Что касается таких «граней геометрической фигуры договора», как наличие юридических гарантий исполнения и взаимной ответственности, первая, на наш взгляд, частично поглощает вторую. Это, правда, не снимает с повестки дня проблемы как таковой. Действительно, и то и другое должно сопровождать договорные отношения регулятивного типа и приводиться в действие в охранительном правоотношении. Это общее положение относится ко всей системе правоотношений — и договорных и недоговорных — однако далеко не всегда работает. Мы полагаем, что к данной идеальной модели следует стремиться даже, например, в лично-правовой части «семейного пространства», где, как известно, немало деклараций о долженствовании субъектов, не подкрепленных санкциями. Но дело это, во-первых, далеко не одного дня и не одной «атаки», а во-вторых, исключения все равно останутся, если законодатель сохранит традицию внедрения нравственных или иных сугубо личных социально значимых постулатов в «ткань» семейного закона[3]. Впрочем, не последнюю роль в деле развития «обеспечительных мер» в нетипичных, негражданско-правовых договорах может сыграть разумное творческое усмотрение его сторон как инструмент конкретизации правоотношения — в пределах общих начал соответствующего законодательства.

* * *

В контексте проблемы источников права договор исследуется с точки зрения его значения как нормативно-правового и индивидуально-правового регулятора общественных отношений. Так, значительная часть международных договоров, безусловно, является составляющей инструментария первого типа.

---

[1] Как характеризовал, например, подобные семейно-правовые акты О. А. Красавчиков. См.: *Красавчиков О. А.* Категории науки гражданского права. Избранные труды. Т. 2. М., 2005. С. 205–206.

[2] См., напр.: *Кашанина Т. В.* Структура права. С. 532–533.

[3] Подробнее см., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. М., 2001. С. 12–14. О базисных предпосылках в отношении этого вопроса см.: *Ворожейкин Е. М.* Семейное право как самостоятельная отрасль права // Советское государство и право. 1967. № 4. С. 29–36.

Коллективные договоры в трудовом праве можно отнести к локальному нормативно-правовому регулированию и т. д.

Роль индивидуального договора как конкретизатора общественных отношений достаточно очевидна и давно обозначена еще в советской юридической науке[1]. В. В. Иванов именует его «актом правоприменения, актом, порождающим индивидуальные правовые установления»[2], Т. В. Кашанина — «микронормами», которые дополняют и конкретизируют отдельные элементы обычных правовых норм[3]. Эти идеи в принципе коррелируют с положениями ГК РФ («изобретенными», впрочем, законодателем, а не высшей объективной силой): субъекты гражданского права «свободны в установлении своих прав и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора» (п. 2 ст. 1); гражданские права и обязанности возникают в том числе «из договоров и иных сделок, хотя и не предусмотренных законом, но не противоречащих ему» (ч. 2 п. 2 ст. 8).

В определенном смысле здесь уместна аналогия с одним из значений судебного акта как конкретизатора общественных отношений и образца для будущих суждений суда по схожим ситуациям. М. Н. Марченко в этой связи, опираясь на положительный опыт таких различных и принадлежащих к разным правовым семьям стран, как Великобритания и Франция, признающих правовой характер и индивидуальных норм, вырабатываемых судами в своих решениях, отмечает, что последние вполне могут претендовать на такой статус и у нас[4]. Однако, продолжает автор, подобная констатация относительно индивидуальных договоров не имеет ни формальных, ни фактических оснований. Более того, полагает М. Н. Марченко, возможность такой «абсолютной демократизации отношений» и «мультиправовой», в частности, экономики может привести к беспорядочной общественной жизни, к обществу, состоящему «из миллионов законодателей и, соответственно, такого же количества систем законодательства»[5]. При этом квалификация индивидуального договора в качестве акта правоприменения не отнимает у него регулирующей функции и значения источника конкретных субъективных прав и юридических обязанностей[6].

* * *

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

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

---

[1] См., напр.: *Голунский С. А., Строгович М. С.* Теория государства и права. М., 1940. С. 248–250.

[2] *Иванов В. В.* Указ. соч. С. 100.

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

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

[5] Там же. С. 311.

[6] Там же.

Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного»[1]. При этом можно постоянно наблюдать конвергенцию данных систем, причем в масштабах, подвергающих опасности их и так относительную автономию. И. А. Покровский, в исследовательских целях доводя такую «диффузию» до предельной степени, предполагает, что по началам публичного права может быть построена, например, чуть ли не вся область семейственных отношений: какое-нибудь государство, «задавшись целью количественного или качественного улучшения прироста населения», может прийти к мысли о предписании всем здоровым мужчинам определенного возраста вступать в брак с женщинами, указанными властями. При этом история, продолжает ученый, подобные экзотические примеры имеет: в государстве перуанских инков достигшая половой зрелости молодежь ежегодно собиралась на площади, где представители власти соединяли между собой наиболее, на их взгляд, подходящие пары, а брачный закон римского императора Августа устанавливал обязанность мужчин от 25 до 50 лет и женщин от 20 до 45 лет состоять в браке и иметь детей[2].

«В самом деле, — писал Г. Ф. Шершеневич, — где граница между частным и общественным интересом? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются с задачами общества? Охраняя интересы отдельного лица, право имеет своей целью в то же время охранение интересов всего общества»[3].

Анализируя различные теории о критериях деления права на частное и публичное и взаимодействии между ними, М. М. Агарков подчеркивал: 1) распределению между частным и публичным правом подлежат не институты (они могут быть смешанными, построенными и по «лично-свободному» типу, и по «типу социального служения»), а субъективные права; 2) частное право есть «право лично-свободное»; в его границах субъект может осуществлять его в любом направлении; частноправовая мотивация ставит только известный предел действию других мотивов (эгоистических, альтруистических и др.), не вытесняя их и не заменяя их собой; наоборот, «публично-правовая мотивация сама указывает направление, в котором должно осуществляться право, и исключает действие других мотивов»[4]. В другом своем труде автор упоминал о делении рядом немецких цивилистов оснований возникновения обязательств на три группы — из сделок, из недозволенных действий и из оснований, в которых заложена «социально обязывающая сила», которые имеют значение в том числе для обязательств семейного права[5]. (Автор подвергал эти воззрения содержательной критике, однако для нас в данном случае интерес представляет сам термин, с помощью которого выделяется специфическая группа отношений, где движущим является не частное, а социальное начало.)

---

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

[2] Там же. С. 43.

[3] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 2.

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

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

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

Другие члены цивилистической семьи — трудовое и семейное право, а также право социального обеспечения и даже отдельные специализированные институты права гражданского (жилищное и наследственное законодательство) — существенно отличаются от ее главы более тесным и сложным взаимодействием публичных и частных начал, значительными элементами «социального служения». И это, разумеется, неслучайно: воспроизводство человека в семье, добыча пропитания и иных средств существования через труд, проживание в приемлемом жилище, поддержка человека в старости, передача нажитого имущества потомству (членам семьи) — первейшие и насущнейшие предпосылки выживания индивида и общества в целом.

Отсюда и ограничения диспозитивности, свободы автономии воли, в частности в исследуемом контексте, т. е. в договорных отношениях трудовой и семейной принадлежности[3]. Это проявляет себя и в особых требованиях к субъектам договора, специфике его предмета и цели (целей), содержании, последствиях неисполнения[4].

* * *

Таким образом, *договор* является двусторонней (многосторонней) сделкой, а его родовым понятием является *соглашение*. Он характеризуется свободой *воли* и *волеизъявления* (при относительной автономии принятия решения), *формальным равенством* участников, определенными *гарантиями исполнения и ответственности*. При этом последняя составляющая не универсальна — и именно для отраслей, в которых в качестве предмета правового регулирования доминируют отношения личного характера. Значительная часть договоров относится к возмездным (или эквивалентным). В договорах ряда отраслей публично-правовая «взвесь» присутствует в больших количествах и приводит к обозначению договора как публично-правового (международном, административном праве и др.) или с существенными элементами оного (трудовое, семейное право, право социального обеспечения и др.). Договор как юридический факт, сделка проецируется в договорное правоотношение обязательственного и необязательственного типа, более внимательное исследование специфики которого,

---

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

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

[3] Подробнее см., напр.: *Лушникова М. В., Лушников А. М., Тарусина Н. Н.* Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений.

[4] Подробнее об этом см. ниже.

видимо, еще предстоит, в том числе в контексте механизма правового регулирования. В этом же перспективном поле находится и идеология взаимодействия надотраслевых, общеправовых и отраслевых характеристик договора — несмотря на устойчивое сопротивление классической цивилистики. В следующих главах и будут предприняты попытки где-то первичной, где-то повторной «пропашки» данного поля.

1.2. Социальное право и конструкция социальных договоров

В настоящее время в научных изданиях, причем не только правового характера, достаточно много пишется о социальном праве. Примечательно, что подход к его содержанию у разных авторов рознится, причем порой остаточно существенно. Отчасти этой проблемы мы уже касались в своих предыдущих публикациях[1], однако острота дискуссии и рост многообразия подходов с тех пор не уменьшается.

Еще раз подчеркнем, что сам термин в виде сочетания слов «социальное право» вызывает по крайней мере недоумение. Право по определению регулирует общественные (социальные) отношения и в этом контексте «несоциального» права не существует. Очевидно, что право есть явление социальное. Между тем, как справедливо писал русский и французский социолог права Г. Д. Гурвич (1894–1965), «употребление данного термина оказывается тем более обоснованным, что он имеет долгую и славную историю» начиная с XVII в.[2] История идеи социального права свидетельствует о многозначности ее трактовки в трудах философов, экономистов, социологов, юристов. Не претендуя на развернутую характеристику доктрин социального права, остановимся только на тех, которые представляют особый интерес в аспекте данного исследования.

При этом мы выделим четыре направления в обосновании социального права. Такое разграничение условно, представляя собой скорее социологическую схему. В определенной части эти направления пересекаются и созвучны в определении тех или иных характеристик государства и права[3].

1. Социальное право определяется как «всеобъемлющая» категория права, как «право интеграции».

Например, российский цивилист и теоретик права Л. И. Петражицкий (1867–1931) считал, что право имеет одно измерение — социальное. По мнению ученого, понятие позитивного права не может быть сформулировано как производное от государства. Констатируется факт, что большая часть права не только не происходит от государства, но даже не обладает «официальным характером». Так называемое неофициальное право проявляется и занимает

---

[1] См.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. В 2 т. Т. 1. М., 2009. С. 43–51; *Они же.* Курс права социального обеспечения. М., 2009. С. 314–334; *Они же.* Социальное право, трудовое право, право социального обеспечения: сравнительный анализ // Вестник трудового права и права социального обеспечения. Ярославль, 2007. Вып. 2; *Они же.* Социальное право: многообразие понимания и версия Европейского Союза. С. 5–21; и др.

[2] См.: *Гурвич К. Д.* Философия и социология права. Избранные сочинения. СПб., 2004. С. 186.

[3] Подробнее см.: *Лушников А. М.* Теория государства и права. М., 2012.

доминирующую позицию в правовой жизни и регулирует множество межличностных и межгрупповых отношений. Мы можем утверждать, что последующее развитие внегосударственных правовых институтов (например, коллективных трудовых отношений, связанных в том числе с коллективными договорами, обычных прав профсоюзов, производственной демократии) как в национальной, так и в международной жизни (например, международное трудовое право) подтвердили прозорливость Л. И. Петражицкого.

Такой подход к определению права привел Л. И. Петражицкого к выводу о неприемлемости деления права на частное и публичное в силу того, что такое деление не имеет под собой иного критерия, как изменчивая воля государства. В зависимости от исторической эпохи государство ставит тот или иной сектор права в привилегированное положение. Такое деление права на частное и публичное может применяться только к узкой сфере права — официальному праву, которое подчинено государству. По его мнению, настоящим противопоставлением видов права является их разделение на «право социального служения» и «свободное и индивидуальное право». В его понимании право социального служения шире публичного права, поскольку интегрирует и нормы, исходящие от государства, и нормы, определяющие внутреннюю жизнь автономных субъектов (профсоюзное право, церковное право, право ассоциаций, корпораций и др.). Последнее, так называемое неофициальное право социального служения, расширяло горизонты внегосударственного правотворчества за счет коллективных трудовых соглашений, обычного права профсоюзов, институтов индустриальной демократии и т. п.[1] Г. Д. Гурвич по этому поводу отметил, что Л. И. Петражицкий готовил путь к современным теориям социального права как права чистой интеграции, отличающегося как от права координации (частное право), так и от права субординации (публичное право)[2].

Последовательным учеником Л. И. Петражицкого был упомянутый нами выше Г. Д. Гурвич. Он полагал, что право существует и помимо государства и его структуры. Критикуя нормативистский подход к праву Г. Кельзена (1881–1973), этот ученый предлагал иной взгляд на правовую жизнь, где каждая социальная группа автономно создает свое право, а социальная жизнь с ее противоречиями и антагонизмами приводит к созданию определенного баланса сил, который и характеризует систему права отдельно взятого общества. Иными словами, право — это то, что фактически дано в социальной жизни в качестве двусторонней связи притязаний и обязанностей участников социального взаимодействия.

Он выделял два вида социального права в зависимости от связи с государством: 1) социальное право, конденсированное в правопорядок демократического государства (право, гарантированное безусловным принуждением); 2) чистое социальное право, интегрирующее социальные тотальности и учреждающие социальную власть с помощью одного лишь условного принуждения. К первому он относил, по сути, право, исходящее от государства и обеспеченное принуждением. Чистое социальное право в свою очередь подразделялось

[1] См.: *Петражицкий Л. И.* К вопросу о социальном идеале и возрождении естественного права // Юридический вестник. 1913. Кн. 2. С. 5–59.

[2] См.: *Гурвич Г. Д.* Указ. соч. С. 352.

на типы: а) чистое и независимое социальное право (например, социальное право Международной организации труда, социальное право коллективных трудовых соглашений, церковное право); б) чистое, но подчиненное опеке государственного права социальное право (например, право федералистской собственности); в) социальное право, аннексированное государством, но сохраняющее свою автономию (право местного самоуправления, право ассоциации в профсоюзы в рамках публичного права, обязательное государственное страхование работников и др.). Как утверждал ученый, основой для всех видов социального права служит чистое независимое социальное право. Оно является абсолютно независимым от государственного порядка и утверждается в качестве наиболее эффективного и реального ограничения государства и выступает по отношению к последнему как юридический противовес. Г.Д. Гурвич выражает надежду, что «так долго занимающие умы противопоставление общества и государства может быть уточнено и сконструировано в правовых категориях с помощью идеи социального права»[1].

Наши современники — теоретики права также рассматривают право в качестве общесоциального феномена, социального регулятора, обеспечивающие права и законные интересы личности. Следует, на наш взгляд, особо отметить понимание социального права как исторического типа права, сложившегося в XX в.[2] В целом соглашаясь с плодотворностью данного подхода, уточним следующее. Полный отрыв государства от социального права переводит его в раздел иных, чем право, социальных регуляторов. Поэтому правильнее говорить о признании или санкционировании государством социального права, которое формируется во внегосударственной сфере. Данный подход сопряжен с крайностями учения о естественном (в данном смысле фактически социальном) праве, которое только и признается истинным правом, предшествует позитивному праву и должно составлять его содержание.

2. Социальное право определяется как сфера пересечения частного и публичного права, их взаимодействие порождает социальное право.

Предложенная древнеримским юристом Ульпианом (170–228) формула разграничения частного и публичного права была основана на характеристике интереса (частного или публичного). Он утверждал, что публичное право относится к благосостоянию Римского государства в целом, а частное имеет в виду интересы отдельных лиц, поскольку одни вещи относятся к публичной, а другие к частной выгоде. Классики российской цивилистики формализовали критерии разграничения частного и публичного права, связав их с различиями в приемах, методах правового регулирования. Иными словами, содержание и характер интереса определяют выбор юридической формы. Частное право — это сфера координации субъектов и децентрализованного регулирования; публичное право — сфера субординации и централизованного регулирования[3]. В то же время еще выдающийся отечественный ученый И.А. Покровский

---

[1] См.: *Гурвич Г.Д.* Указ. соч. С. 75, 82–124.

[2] См., напр.: *Лейст О.Э.* Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002.

[3] См.: *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000. С. 77; *Черепахин Б.Б.* К вопросу о частном и публичном праве // Труды по гражданскому праву. М., 2001. С. 108–109 и др.

(1868–1920) писал: «Нет такой области отношений, для которой являлся бы единственно возможным только тот или другой прием; нет такой сферы общественной жизни, которой мы не могли бы представить регулированной как по одному, так и по другому типу»[1].

Корни данной концепции «пересечения частного и публичного права» можно найти уже в работах школы французских солидаристов. Эта концепция нашла распространение и в доктрине трудового права Германии, где она имеет различные интерпретации. Так, в работах немецкого правоведа, теоретика трудового права Г. Зинцгеймера (1875–1945), одного из основателей движения «свободного права», социальное право трактуется как «наполовину публичное и наполовину частное», порождающее с тем, главной характеристикой этого социального права является тесное переплетение норм частного и публичного права.

Наш современник Ю. А. Тихомиров отмечает интенсивное развитие отраслей социального права, где складывается паритет частных и публичных начал. Он полагает, что у частного и публичного права появляется «третий партнер» — социальное право, которое предназначено для реализации и защиты не только индивидуальных прав, но и их совокупной охраны. Трудовое, экологическое, земельное, предпринимательское и другие отрасли социального права либо содержат своеобразный баланс частных и публичных начал, либо даже отражают приоритет публичных начал для обеспечения личных интересов. Более того, по мнению ученого, в современных условиях «социальное» становится публичным, поскольку государство, мировое сообщество, общество берут обязательство гарантировать гражданам реализацию стандартов личных прав на образование, здоровье, благоприятную окружающую среду и т. п.[2]

Ю. А. Тихомиров, развивая концепцию социального права, предлагает именовать его также гуманитарным правом. Для последнего «характерно обеспечение интересов человека и социальной общности как за счет их собственной правореализации, так и путем обеспечивающей деятельности государства и общественных институтов»[3]. В данном случае речь идет о социальном праве как о новом комплексном правовом образовании. Оно ориентировано на обеспечение достойного уровня жизни и свободного развития человека.

3. Социальное право противопоставляется индивидуальному праву и созвучно с понятием «коллективного права».

Истоки такого понимания «социального», «коллективного» права кроются в теории солидаризма, «коллективного сознания» (французские социологи конца XIX — начала XX в. Л. Буржуа, Э. Дюркгейм, юрист Л. Дюги (1854–1928)). Л. Дюги основывал социальное право на факте взаимозависимости, соединяющей «членов человечества» и в частности членов одной общественной группы. Оно обязательно для всех: слабых и сильных, больших и малых, правящих и управляемых. С другой стороны, оно предполагает децентрализацию или синдикалистский федерализм. Социальное право обязывает правительства не только воздерживаться от нарушения прав граждан, но и активно действо-

---

[1] *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 42.

[2] См.: *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. М., 1995. С. 32, 345.

[3] *Тихомиров Ю. А.* Курс сравнительного правоведения. М., 1996. С. 75.

вать. Отсюда возникает юридическая обязанность обеспечить обучение и гарантировать труд[1].

Теория *солидаризма* стала философской основой коллективного трудового права, которое рассматривается в качестве одной из составляющих социального права. Последователь Э. Дюркгейма (1858–1917), один из идеологов социализма Франции, правовед и философ Э. Леви (1871–1943) в своих трудах коллективное право связывал с конфликтом труда и капитала, с коллективными трудовыми договорами. Он писал о том, что коллективный договор «ускользает от юрисдикции государства», работники, их профсоюзы и работодатели создают свое коллективное право. В отношения между капиталом и трудом, как утверждает Э. Леви, государство вмешивается в случае забастовки не столько в качестве судьи, сколько в качестве арбитра, предлагающего новые условия. Следует отметить, что понятие «коллективное трудовое право» получило широкое распространение в начале прошлого века в Германии, где оно использовалось для характеристики институтов трудового права: коллективных трудовых отношений, права профсоюзов, права касс взаимопомощи рабочих. Коллективное трудовое право, коллективно-договорные нормы нельзя было относить к позитивному праву, исходящему от государства. В этом смысле они являлись частью социального права.

Идея солидаризма особенно ярко проявляет себя при обосновании идеи социального партнерства. Социальный порядок (или, словами выдающегося русского социолога и юриста М. М. Ковалевского (1851–1916), «замиренная среда»[2]) основывается на солидарности членов общества, их объединений, профессий, а солидарность базируется на разделении труда, на осознании взаимной зависимости и вытекающих отсюда соглашениях, компромиссах.

Один из самых известных немецких цивилистов и теоретиков права О. Гирке (1841–1921) ввел термин «социальное право», определяющее, в отличие от частного (индивидуального) права, внутреннюю жизнь союзов, не имеющих публичного (государственного) характера. Он начал с обоснования социальной автономии этих образований, объем которой ограничивается законодательством. Ученый вполне резонно предположил, что публичное право по содержанию не включает в себя социальное (коллективное) права, ибо к последнему относятся права, не связанные с публичными корпорациями. Речь идет о правах союзов, реализующих интересы группы граждан и имеющих самостоятельные цели и охраняемые законом интересы. К числу таковых относятся семья, церковь, профсоюз, товарищества и общества, объединение работодателей и др. В этом контексте социальное право является правом интеграции. Его труды высоко ценил Л. С. Таль (1867–1933), который в целом также придерживался этой теории[3]. О. Гирке дал трактовку социальному праву в духе позитивизма, выделив помимо традиционного частного (индивидуального) и публичного права еще и не сводимое к ним социальное право, т. е. совокупность правовых

---

[1] См.: *Дюги Л.* Социальное право, индивидуальное право и преобразование государства. М., 1909. С. 51–52, 72 и др.

[2] См.: *Ковалевский М. М.* Социология. СПб., 1997. С. 83–84 и др.

[3] См.: *Таль Л. С.* Юридическая природа организации или внутреннего порядка предприятия. М., 1915. С. 8–9, 20; *Таль Л. С.* Очерки промышленного права. М., 1916. С. 42.

норм, регулирующих общественные отношения, связанные с союзами, отделенными от государства. Социальное право, в трактовке ученого, неразрывно и органически совмещало в себе частные и публичные начала. В этом теория социального (коллективного) права отчасти солидаризуется с вышеназванной теорией «пересечения частного и публичного права». Британские исследователи С. Вебб (1859–1947) и Б. Вебб (1858–1943) также выделяли относительно обособленное коалиционное право[1]. Аналогичной позиции придерживались некоторые отечественные ученые, особенно в ранний советский период.

Вернемся к позиции Л. С. Таля. По некоторым данным, им, вероятно, в 1918 г. был подготовлена рукопись курса «Социальное право» объемом 72 листа, которая до настоящего времени не опубликована. При ее подготовке активно использовались труды О. Гирке, отечественных правоведов Ю. С. Гамбарова и Н. С. Суворова. Социальное право виделось Л. С. Талю как внутренний строй или правопорядок социальных образований, соединенных в силу производственной или непроизводственной ассоциации. Оно представляло собой, по мнению ученого, совокупность норм, определяющий порядок внутри коллективов, причем к последним отнесена и семья. Это организационное право, которому противостоит индивидуальное право частных лиц. Л. С. Таль выделил три особенности социального права: 1) ограниченность его действия людьми, причастными к коллективу; 2) главенство норм публичного права; 3) предметом регулирования является жизнедеятельность коллектива. В отличие от О. Гирке российский ученый выделял и критерий власти, осуществляемой либо руководителем организации, либо коллективом посредством эгалитарной власти[2].

Данная концепция кажется нам достаточно плодотворной, причем деление на коллективное и индивидуальное трудовое право в настоящее время является общепризнанным[3].

4. Определение социального права как комплекса издаваемых государством законов, которые защищают население.

В этом смысле концепция социального права сформулирована с точки зрения социальной политики государства и призвана обеспечить решение «социального вопроса». При таком телеологическом подходе социальное право рассматривается в двух ракурсах. Во-первых, социальное право в рамках полицейского, позднее административного права. Во-вторых, социальное право как комплекс различных отраслей права, которые обеспечивают решение социального вопроса. Социальные функции государства, организация государственной деятельности в сфере благосостояния населения стали предметом полицейского права. В России преподавание полицейского права впервые было введено в университетах Уставом 1835 г.

---

[1] См.: *Вебб С., Вебб Б.* История тред-юнионизма. Вып. 4. Мир тред-юнионов. М., 1923. С. 20–24.

[2] По материалам доклада О. Т. Гундарина «Курс социального права Л. С. Таля» на международной конференции «От социальных прав к социальному праву» («Седьмые пашковские чтения») 25 февраля 2016 г. (Санкт-Петербургский государственный университет). Текст не опубликован.

[3] См.: *Киселев И. Я., Лушников А. М.* Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2008; *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 2. Коллективное трудовое право. Индивидуальное трудовое право. Процессуальное трудовое право; и др.

Современные исследователи М. В. Филиппова и Е. Б. Хохлов по этому поводу обоснованно утверждают, что в генетическом аспекте социальное право следует связывать с понятием полицейского права, причем в «классический» период его развития, т. е. до выделения из него других отраслей права. При этом они делают вывод о том, что социальное право — это образование, более объемное по своему содержанию, нежели какая-либо одна, хотя бы и профилирующая или специальная отрасль права[1].

Выше мы уже писали о том, что исходя из *телеологической концепции* социального права оно может рассматриваться в качестве совокупности отраслей права, обеспечивающих социальную защиту населения. Первоначально целью социального права являлось решение социального вопроса, что объявлялось главной задачей социальной политики. Напомним, что созданное в 1872 г. германское научное общество, ставившее задачу решить правовыми средствами социальный вопрос, называлось «Союз социальной политики». А. Вагнер (1835–1917), один из основателей и идеологов данного союза, в своей речи, произнесенной 12 октября 1871 г. в Берлине, наметил программные положения по решению социального вопроса. Они включали в себя первоначально легализацию имущественной ответственности предпринимателей за вред, причиненный жизни и здоровью рабочих, а также фабричное законодательство, законодательство о народном образовании, о квартирах, о потребительских обществах. Сюда же относилась справедливая система налогообложения[2]. Насколько можно судить, социальное законодательство должно было стать основным средством социальной политики, осуществляемой в целях решения социального вопроса, т. е. удовлетворения социально значимых потребностей населения страны и прежде всего неимущей его части (пролетариата). Отсюда иногда встречающееся отождествление социального и рабочего вопросов. К социальному праву, соответственно, относились трудовое право, право социального обеспечения, образовательное право, жилищное право, право потребительских обществ, семейное право.

Немецкий правовед В. Каскель (1882–1928), один из основоположников доктрины «нового трудового права» в Германии, позитивист по взглядам, рассматривал социальное право как особое право, которое распространяется на определенные социальные классы и на наемных работников, ориентированное на улучшение экономической и социальной ситуации. В ранних работах В. Каскель обосновывал сложную структуру социального права, включавшего четыре части: право социального обеспечения, право охраны труда, право трудового договора и корпоративное (профсоюзное) право. В более поздних работах он несколько изменил свою позицию, поставив знак равенства между трудовым правом и социальным правом[3].

В целом в западной литературе со второй половины XX в. социальное право толкуется преимущественно в двух смыслах: в узком и широком. В узком смыс-

---

[1] См.: *Филиппова М. В., Хохлов Е. Б.* О понятии социального права // Российский ежегодник трудового права. № 1. 2005. СПб., 2006. С. 504–505; *Филиппова М. В.* Развитие полицейской функции государства как предпосылка формирования социального права // Российский ежегодник трудового права. 2011. № 7; 2012. С. 702–712.

[2] См.: *Вагнер А.* Социальный вопрос. СПб., 1906. С. 35–41.

[3] См.: *Каскель В.* Новое трудовое право. М., 1925. С. 54.

ле оно включает в себя трудовое право, социальное страхование и социальное обеспечение. В широком смысле помимо названных отраслей к нему обычно относят медицинское обслуживание и государственное здравоохранение, улучшение жилищных условий и народное образование[1].

В современной юридической литературе довольно широкое распространение получила концепция социального права как комплексного правового образования, объединяющего различные отрасли и институты российского права (административного, гражданского, трудового, экологического, права социального обеспечения, семейного и др.), имеющих общее назначение (цель) — социальную защиту населения. Эту идею о формировании особой отрасли права в условиях реформирования российского законодательства высказали в 1993 г. С. А. Иванов и И. А. Ледях[2]. При этом социальное право определяется либо как комплексная отрасль права, либо — чаще всего — как комплексное законодательство. Так, М. И Лепихов весьма обще определяет социальное право как комплексную отрасль, представляющую совокупность правовых норм, регулирующих общественные отношения, которые возникают в связи и по поводу организации и осуществления социальной защиты населения в целях смягчения социальной напряженности в обществе[3].

В настоящее время в юридической литературе довольно часто встречается определение социального права как некой «надотрасли» права. О. А. Парягина утверждает, что в сложившейся правовой системе не может идти речи о формировании стандартной правовой отрасли с присущими особенностями предмета и метода. По ее мнению, социальное право может быть надотраслью[4]. М. В. Филиппова также полагает, что социальное право занимает в системе права более высокий уровень, нежели отрасль права, объединяя нормы различной отраслевой принадлежности. Предмет этой надотрасли составляют отношения, складывающиеся в связи с осуществлением государством социальной политики в целях социального развития[5]. М. В. Филиппова и Е. Б. Хохлов выделили следующие признаки социального права: 1) оно имеет своим предметом отношения, складывающиеся в связи с осуществлением социальной политики — деятельности в социальной сфере, осуществляемой в целях социального развития; 2) субъектами социального права являются государство и публичные агенты. Даже если это не государственные образования, в сфере социальной политики они реализуют официальную, публичную функции, осуществляют общественный, публичный интерес; 3) важнейшим направлением деятельности публичных агентов является оказание населению социальных услуг. Названные ученые дают следующую дефиницию социального права: это система правоотношений и соответствующих правовых норм, в рамках которых определяется содержание и реализуется социальная политика, т. е. регулятивная деятель-

---

[1] См.: *Баглай М. В.* Капитализм и «социальная демократия». М., 1970. С. 3–10, 218–249; *Усенин В. И.* Реформизм и буржуазное социальное законодательство. М., 1967. С. 3–29 и др.

[2] См.: Защита прав человека в условиях перехода к рынку (материалы круглого стола) // Государство и право. 1993. № 6. С. 15–46.

[3] См.: *Лепихов М. И.* Право и социальная защита населения (социальное право). М., 2000. С. 9–11.

[4] См.: См.: *Парягина О. А.* Правовые проблемы социальной политики. Иркутск, 2001. С. 58.

[5] См.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 87.

ность государства и иных социальных образований, выступающих в качестве публичных агентов, выражающаяся по преимуществу в оказании социальных услуг и направленная на социальное развитие[1].

Достаточно распространенной трактовкой является постановка знака равенства между социальным правом и правом социального обеспечения[2]. Исследователи из Белоруссии Х. Т. Мелешко и И. Г. Воробьев в разделе «Социальное право» ведут речь исключительно о праве социального обеспечения, не употребляя в тексте термина «социальное право» и не объясняя его вынесение в заголовок раздела[3]. Некоторые ученые предпочитают делать акцент на социальный правах, дающих право на получение от государства определенных социальных благ[4].

Примечательно, что в некоторых российских вузах созданы кафедры социального права, на которых преподается преимущественно право социального обеспечения.

Ряд ученых ведущую систематизирующую роль в социальном праве отводят праву социального обеспечения. Так, М. Ю. Федорова отмечает, что право социального обеспечения является ядром формирования социального права, помимо этой отрасли в систему социального права также включаются образовательное и медицинское право[5]. Другие авторы исходя из целевого назначения социального права предлагают его именовать правом социальной защиты. В этом случае либо названные термины применяются как синонимы[6], либо в таком переименовании видится особый смысл. Применительно к последнему случаю Т. К. Миронова считает, что право социальной защиты — многомерное комплексное правовое образование, объединяющее нормы разных отраслей права, в том числе и права социального обеспечения. Право социального обеспечения она предлагает переименовать в социальное право. Она приводит два основных аргумента в обоснование необходимости изменения наименования отрасли в современных условиях. Во-первых, это значительная трансформация отрасли права социального обеспечения. Расширяется круг субъектов (негосударственные пенсионные фонды, организации медицинского страхования и др.), изменяется характер правоотношений, появляются новые виды и формы социального обеспечения, в том числе частные, идет становление различных уровней правового регулирования (нормативного и договорного) и т. д. Во-вторых, по мнению Т. К. Мироновой, сам термин «социальное обеспечение» — порождение превалировавшего ранее государственного начала социального обеспечения, в условиях рыночной экономики и гражданского общества проявляется все большая дифференциация между социальным обеспечением и социальным страхованием[7].

---

[1] См.: *Филиппова М. В., Хохлов Е. Б.* Указ. соч. С. 500.

[2] См.: Трудовое и социальное право России / под ред. Л. Н. Анисимова. М., 1999. С. 22–23 и др.

[3] См.: Трудовое и социальное право / под ред. В. И. Семенкова. Минск, 2006. С. 293 и далее.

[4] См., напр.: *Мачульская Е. Е.* Право социального обеспечения. М., 2011. С. 19–20.

[5] См.: *Федорова М. Ю.* Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 254.

[6] См.: *Фетюхин М. М.* Социальное право. Волгоград, 1998.

[7] См.: *Миронова Т. К.* Право и социальная защита. М., 2006. С. 244–335.

Более плодотворным, на наш взгляд, является перенос акцента с конструирования социального права на выделение социального законодательства. Подчеркнем, что мы не являемся сторонниками выделения комплексных отраслей права. Мы присоединяемся к позиции тех авторов, которые утверждают, что комплексной может быть отрасль законодательства[1]. Однако в настоящее время едва ли имеются основания для отказа от отраслей права как первичных правовых образований, составляющих систему права. В этой связи концепция социального права представляет несомненный интерес в контексте формирования относительно новой отрасли законодательства — социального законодательства, которое позволит обеспечить взаимодействие и согласование различных отраслей права, регламентирующих социальные права граждан.

Примечательно, что относительное единство взглядов на социальное законодательство выражали юристы различной идейной ориентации в различных государствах.

Известный русский цивилист и социолог Ю. С. Гамбаров (1850–1926) считал, что идея социального законодательство состоит прежде всего в праве государства исправлять крайности индивидуального права. Его вывод очевиден: «Социальное законодательство не имеет иного предмета, как уважение и развитие индивидуального права»[2].

Отечественный правовед и государственный деятель А. Г. Гойхбарг (1883–1962) считал, что социальное законодательство регулирует социалистическую организацию во всех отраслях народного хозяйства, ставящих целью не производство для барыша, а производство для потребления, производства духовных благ, производство для всестороннего удовлетворения потребностей трудящихся масс. В этой связи к социальному законодательству он относил первые декреты советской власти о рабочем контроле (1917 г.), об отмене наследования (1918 г.), о государственной монополии и национализации банков (1918 г.), которые нанесли «решительный удар по институту частной собственности». К социальному законодательству был отнесен и Кодекс законов о труде РСФСР 1918 г., который «уничтожил трудовой договор как средство эксплуатации»[3].

В советской юридической литературе 70-х гг. XX в. также встречалось понятие социального законодательства. Так, Э. И. Доморацкая, опираясь на опыт Франции, применяла этот термин в узком и широком смыслах. В первом случае под социальным законодательством понималась совокупность норм трудового права и права социального обеспечения. Во втором случае — нормы, регулирующие общественные отношения в области труда, социального обеспечения, здравоохранения, обслуживания населения (жилищное строительство, транспорт, связь, охрана окружающей среды и т. д.)[4].

В. Г. Каленский, который придерживался узкого подхода к социальному законодательству, включал в него не только нормы трудового права и права соци-

---

[1] См.: *Лившиц Р. З.* Теория права. М., 1994. С. 122–124; *Явич Л. С.* Социализм: право и общественный прогресс. М., 1990. С. 45–46.

[2] См.: *Гамбаров Ю. С.* Свобода и ее гарантии Популярные социально-юридические очерки. СПб., 1910. С. 29.

[3] См.: *Гойхбарг А. Г.* Социальное законодательство советской республики. М., 1919. С. 41, 50, 60 и др.

[4] См.: *Доморацкая Э. И.* Социальное законодательство Франции. М., 1975. С. 9–10.

ального обеспечения, но и коллективно-договорную, судебную и арбитражную практику[1].

Достаточно прагматическую позицию на этот счет заняли государства Европейского союза (ЕС). Совершенно очевидно, что это вопрос научной доктрины и какого-либо единого толкования ученые 28 государств-членов ЕС не выработали, да, вероятно, и не выработают.

Изучение социального права включает в себя необходимость уяснения вопроса о том, что подразумевается под «социальным». Европейские либералы относились к этому понятию достаточно настороженно. Так, австрийский экономист и обладатель нобелевской премии Ф. Хайек (1899–1988) назвал его «словом-лаской», «самым бестолковым выражением во всей нашей моральной и политической лексике». Он пришел к выводу, что употребление термина «социальный» становится практически тем же самым, что и призыв к «распределительной справедливости»[2]. По этой терминологии социальное право представляет собой упорядоченную совокупность правовых норм, закрепляющих «распределительную справедливость» вне рыночных механизмов. Это некоторая крайность, однако суть проблемы показана достаточно рельефно.

По преобладающему мнению, выделение социального права связано с существованием относительно обособленной социальной сферы, включающей систему общественных отношений по распределению общественных богатств между различными классами и социальными группами населения. Оно обусловлено существованием таких понятий, как «социальное государство», «социальная защита», «социальная рыночная экономика», «социализация» функций государства и др. Напомним, что согласно ст. 7 Конституции РФ «Российская Федерация — социальное государство, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека».

Социальное государство стремится обеспечить справедливость распределения общественных богатств, создать условия для достойной жизни граждан независимо от их социального положения, способности к труду, пола, возраста и др. Меры, направленные на достижение этих целей, получают закрепление в нормативно-правовых актах, являющихся источниками отраслей социального права — прежде всего трудового права и права социального обеспечения. В предмет социального права входят отношения по социальному страхованию, социальному обеспечению и социальной помощи. Государства ЕС обязуются «содействовать улучшению условий труда и жизненных стандартов работников», проводить «политику в сфере занятости» и «политику в социальной сфере». Это нашло закрепление во всех руководящих актах ЕС начиная с Договора 1957 г. о создании Европейского экономического сообщества, который положил начало созданию ЕС[3].

Именно в таком ключе трактуется европейское социальное право как зарубежными (У. Бекер, Г. Дейвис, Т. А. Постовалова, Ф. Уотсон, М. Фукс, Г. Хель-

---

[1] См.: *Каленский В. Г.* Социальное законодательство Англии. М., 1969. С. 6.

[2] См.: *Хайек Ф. А.* Пагубная самонадеянность. М., 1992. С. 197–203.

[3] См.: *Кашкин С. Ю., Калиниченко П. А.* Трудовое и социальное право Европейского Союза: документы и материалы. М., 2005. С. 10–11 и далее; Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. М., 2008.

цер, Э. Эйхенхофер и др.[1]), так и отечественными специалистами (О. Витвицкая, С. Ю. Кашкин, Б. Н. Топорнин и др.[2]).

К такой точке зрения в целом склоняемся и мы[3]. Преимущество такой позиции очевидно, так как при этом разводятся такие понятия, как социальное законодательство и социальное право. Под первым подразумевается комплексное образование, состоящее из актов различной отраслевой принадлежности и обеспечивающих реализацию и защиту социальных прав человека. Вероятно, признаков особой отрасли права такое образование не имеет, да и, скорее всего, не может иметь. Справедливости ради добавим, что европейские ученые (кроме немецких и отчасти французских) разделение между отраслями права и законодательства проводят недостаточно четко.

Напротив, социальное право, как некая «суперотрасль», включающая в себя трудовое право и право социального обеспечения, может иметь перспективы развития, тем более что право социального обеспечения выделилось из трудового права и связано с ним генетически. В то же время применительно к российской действительности и это образование достаточно условно, и акцент стоит делать именно на социальном законодательстве.

При этом стоит отметить, что в науке и законодательстве, например, Германии (в которой действует Социальный кодекс) и Австрии используется термин «социальное право», однако его законодательной дефиниции нет, а доктринальные толкования различаются достаточно сильно. Так, в Германии социальное право регулирует отношения, связанные с такими страховыми рисками, как болезнь, материнство, безработица, старость, инвалидность, трудовое увечье, профессиональное заболевание, многодетность и смерть кормильца, посредством социального страхования, социального обеспечения и социальной помощи при условии, что соответствующие способы возмещения направляются или по крайней мере контролируются государством. Социальное право связывается с солидарностью, социальной справедливостью и социальным обеспечением. При этом оно отличается повышенной интенсивностью социально-политического содержания, связано с закреплением и защитой социальных прав. Оно ориентировано на устранение дефицита материального обеспечения у отдельных лиц или определенных групп населения и содействует равенству возможностей. В этой связи невозможно провести четкого разграничения меж-

---

[1] См., напр.: *Бекер У.* Стандарты и принципы европейского социального права // Российский ежегодник трудового права. № 8. 2012. СПб., 2013. С. 580–596; *Дейвис Г.* Право внутреннего рынка Европейского Союза. М., 2004; *Постовалова Т. А.* Социальное право Европейского Союза. Минск, 2007; *Она же.* Трудовое и социальное право Европейского Союза. Минск, 2010; *Она же.* Доктринальные подходы к социальному праву как отрасли права // Российский ежегодник трудового права. 2011. № 7. СПб., 2012. С. 713–728; *Постовалова Т. А.* Социальное право Европейского Союза: Теория и практика. М., 2016; *Чесалина О. В.* Гарантии достоинства личности в немецком социальном праве // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 9. СПб., 2014. С. 679–686; *Эйхенхофер Э.* Социальное право Европейского союза. Берлин, 2013 (На нем. языке.) и др.

[2] См., напр.: *Витвицкая О., Горинг Г.* Право Европейского Союза. СПб., 2005; *Кашкин Ю. С.* Трудовое право Европейского Союза. М., 2009; *Топорнин Б. Н.* Европейское право. М., 1998; Трудовое право России и Европейского Союза. М., 2012 и др.

[3] См.: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения. М., 2011.

ду социальным правом и другими отраслями права, хотя очевидно, что его ядро составляют право социального обеспечения и отчасти трудовое право. Очевидно, что и в Германии социальное право, по сути, сведено к социальному законодательству, так как «под социальным правом понимаются нормы, которые регулируются в данном Социальном кодексе»[1]. Очевидно, что и сам Социальный кодекс является актом не отраслевого, а комплексного законодательства. Кстати, уже в Конституции ФРГ 1949 г. Германия провозглашалась социальным государством. В этой связи на повестке дня встал вопрос о кодификации трудового и социального законодательства. Трудовой кодекс Германии так и не был создан. Однако систематизация социального законодательства была проведена. Она явилась следствием многолетней работы германских законодателей и ученых начиная с 50-х гг. прошлого века. В терминологии российской теории права это была скорее не кодификация, а тематическая инкорпорация социального законодательства. Социальный кодекс Германии первоначально состоял из десяти книг, которые вступали в силу в основном в период с 1976 по 1982 г. В 1989 и 1992 гг. вступили в силу еще две книги. Как отмечалось, ядро Социального кодекса составило социально-обеспечительное законодательство, дополненное законодательством о трудоустройстве и защите персональных данных[2].

Отметим, что не только в зарубежной практике, но и в России в 2000-х гг. предпринималась попытка кодификации социального законодательства в виде подготовки проекта Социального кодекса, который должен был охватить все сферы социального регулирования. Но документ, как считают специалисты, оказался неудачным, и его реанимация едва ли возможна в будущем, поскольку слишком разнородны компоненты социального законодательства. В этой связи предпочтительней представляется систематизация и кодификация его отдельных сфер[3]. Между тем в связи с тем что в последние годы субъектам РФ передан значительный объем полномочий в социальной сфере, в сфере реализации социальных программ, некоторые публично-правовые образования разработали и приняли региональные социальные кодексы[4]. Так, Социальный кодекс Ярославской области регулирует отношения, связанные с реализацией полномочий Ярославской области в сфере предоставления социальной поддержки, социального обслуживания и оказания социальной помощи населению Ярославской области (ст. 1)[5].

Как справедливо отмечается в литературе, когда речь идет о социальном законодательстве в строго юридическом смысле, имеется в виду развитие со-

---

[1] Подробнее см.: *Постовалова Т. А.* Социальное право Европейского Союза: Теория и практика. М., 2016. С. 133–134 и др.

[2] См.: *Лушников А. М.* Сравнительное правоведение (юридическая компаративистика). Ярославль, 2014. С. 32–33.

[3] См.: *Хабриева Т. Я.* Основные векторы и проблемы развития социального законодательства // Журнал российского права. 2014. № 8.

[4] См.: Закон Белгородской области от 28 декабря 2004 г. № 165 «Социальный кодекс Белгородской области»; Закон Санкт-Петербурга от 22 ноября 2011 г. № 728–132 «Социальный кодекс Санкт-Петербурга»; Закон Ярославской области от 19 декабря 2008 г. № 64-з «Социальный кодекс Ярославской области».

[5] См.: Губернские вести. 2008. 20 дек. № 116.

ответствующих отраслей законодательства. Они призваны обеспечивать как конституционные права граждан (на образование, охрану здоровья, пользование достижениями культуры и науки и др.), так и гарантии их всестороннего и свободного развития (в том числе в семье). При этом тенденция формирования отраслевого законодательства (трудового, социально-обеспечительного, жилищного законодательства, а также законодательства о науке, законодательства о культуре, законодательства об образовании, законодательства об охране здоровья, о семье) не исключает юридико-интеграционных процессов. В этой связи условно можно вести речь о социальном законодательстве в собирательном смысле. Социальное законодательство как своего рода интегрированная система покоится, во-первых, на конституционных нормах, во-вторых, на международно-правовых актах, принимаемых и действующих в социальной сфере и основанных на концепции прав человека[1].

Однако в любом случае социальное право связывается прежде всего с правом социального обеспечения, трудовым правом и отчасти семейным правом, а ядро социального законодательства составляет социально- обеспечительное и трудовое законодательство.

В качестве *промежуточного вывода* отметим, что вышеизложенное позволяет нам выделить особую группу договоров, регулирующих социальную сферу. Условно их можно назвать социальными договорами.

На наш взгляд, *социальные договоры имеют следующие признаки*.

1. Они регулируют общественные отношения, складывающиеся в сфере, которую мы обозначили как социальное право. Эта сфера имеет три критерия:
   - политический, обусловленный тем, что она связана с повышенной социально-политической напряженностью, общественной значимостью. В качестве задачи выступает обеспечение права каждого на достойное существование;
   - социальный, обусловленный наличием солидарности между людьми (солидарности между поколениями, профессиональной солидарности, семейной солидарности и др.), необходимостью в этой связи обеспечения социальной справедливости и равенства возможностей;
   - правовой, связанный с закреплением, изменением, прекращением и защитой социальных прав.

2. Социальные договоры имеют ярко выраженную личностную составляющую. Во-первых, они регулируют преимущественно личные неимущественные отношения, и даже если в них присутствует имущественная составляющая, она тесно связана с этими неимущественными отношениями. Во-вторых, возникшие по социальному договору права и обязанности по общему правилу не могут быть переданы другому лицу, если иное прямо не предусмотрено законом.

3. Такие договоры регулируются нормами социального законодательства. При этом данное законодательство носит комплексный характер и определяется наличием социального права и его трех вышеназванных критериев. В этой связи такие традиционные отраслевые критерии, как предмет и метод, должны в данном случае иметь подчиненное значение.

---

[1] См., напр.: Социальное законодательство / отв. ред. Ю.А. Тихомиров, В.Н. Зенков. М., 2005.

В настоящее время социальное законодательство, регулирующее социальные договоры можно ограничить следующим перечнем: социально-обеспечительное законодательство; трудовое законодательство; семейное законодательство, жилищное законодательство; законодательство об образовании, законодательство о культуре. Сразу оговоримся, что этот перечень не произвольный. Он опирается на Всеобщую декларацию прав человека 1948 г. (ст. 16, 22–27) и Международный пакт об экономических, социальных и культурных права 1966 г. (ст. 7–15)[1].

На наш взгляд, к числу социальных договоров могут быть отнесены и целый ряд других: ипотечные договоры, некоторые кредитные договоры (потребительский кредит и др.), договоры о социальном найме жилья и др. Юридический критерий для их выделения тот же — связь с социальными правами человека.

4. Правовая природа и структура социального договора предопределяется сущностью и правовой природой регулируемых общественных отношений. При этом автономия воли сторон существенно ограничена соответствующим социальным законодательством и наличием, как правило, минимальных социальных стандартов, которые носят императивный характер и не могут быть преодолены соглашением сторон. В таких договорах, как правило, отсутствуют в полном объеме не только автономия воли, но и правовое равенство и имущественная самостоятельность сторон.

5. Поскольку социальные отношения в той или иной мере основаны на единстве частных и публичных начал, социальные договоры должны обеспечивать это единство. В этой связи данные договоры могут заключаться с участием государственных органов или агентов (уполномоченных представителей) государства или по крайней мере осуществляются под контролем государства. Это может предполагать наличие специальных контролирующих органов (органы юстиции, инспекция труда, комиссии по делам несовершеннолетних, органы опеки и попечительства и др.).

6. Порядок заключения, изменения и прекращения социальных договоров определяется социальным законодательством. При этом сами виды социальных договоров также прямо закрепляются социальным законодательством и никакие иные, «непоименованные» социальные договоры не допускаются. Условия таких договоров, обязанность сторон вступить в такие договоры предусматриваются нормативно-правовыми актами, существенно ограничивают свободу договора.

Так, согласно ст. 672 ГК РФ в государственном и муниципальном жилищном фонде социального назначения жилые помещения предоставляются гражданам по договору социального найма жилого помещения. Эти договоры заключаются на основании и в порядке, предусмотренном жилищным законодательством. К этому договору применяются нормы гражданского законодательства, если иное не предусмотрено жилищным законодательством. В соответствии с жилищным законодательством такое жилое помещение предоставляется малоимущим гражданам в соответствии с установленными нормами предоставления площади и основаниями признания граждан, нуждающихся в жилых помещениях (ст. 49 Жилищного кодекса РФ).

---

[1] См.: Всеобщая декларация прав человека (официальный текст). М., 1996; Международные пакты о правах человека: сборник документов. СПб., 1993.

Таким образом, к числу социальных договоров, несомненно, можно отнести договоры в сфере социально-обеспечительного, трудового и семейного законодательства. Они составляют своеобразное ядро, основу социальных договоров.

Между тем и в гражданском праве можно обособить категорию договоров социальной направленности, которые рассматриваются цивилистами в рамках концепции социального предназначения предпринимательства[1] или концепции правового регулирования рынка социальных услуг[2], обосновывается необходимость разработки законопроекта «О социальном предпринимательстве», в котором закреплялись бы меры межсекторного взаимодействия и развития некоммерческого сектора, государства и бизнеса[3].

1.3. Многообразие договорных отношений в трудовом праве: самоопределение на перекрестке отраслей

Традиционно считается, что трудовое право выделилось из гражданского права и что, следовательно, трудоправовые договоры представляют собой некую модификацию гражданско-правовых договоров. Между тем это не так. Трудовое право сформировалось на стыке нескольких отраслей права, прежде всего гражданского и полицейского (административного), органически совмещает частные и публичные начала. Соответственно, в договорах о труде присутствует существенная публичная составляющая, а коллективные договоры (соглашения) в качестве источников права вообще не имеют аналогов в классической цивилистике. Договоры о труде относятся к сфере не частного, а скорее социального права как области пересечения частного и публичного права, о чем мы уже писали выше. В то же время очевидно, что конструкция гражданско-правового договора оказала большое влияние на становление и развитие института трудового договора. К тому же в романо-германской правовой семье, к которой относится и правовая система России, в силу исторических причин право выступало прежде всего как средство регламентирования отношений между гражданами. Другие отрасли права были разработаны гораздо позднее, они менее совершенны по сравнению с гражданским правом, которое остается основой юридической науки[4]. Договор как институт права сформировался в рамках классической цивилистики, в связи с чем обращение ученых — специалистов по трудовому праву к гражданско-правовым конструкциям актуально и своевременно. Наше исследование также будет производиться с учетом наработок гражданско-правовой науки. Однако публичные ограничения свободы усмотрения сторон в последнем случае придают даже индивидуальному трудо-

---

[1] См.: *Гришина Я. С.* Социальное предпринимательство как инновационно-правовая модель обеспечения социально-имущественных потребностей. Саратов, 2012.

[2] См.: *Барков А. В.* Цивилистическая концепция правового регулирования рынка социальных услуг. М., 2008.

[3] См.: *Барков А. В.* О некоторых тенденциях развития российского законодательства о социальном предпринимательстве // Пятый Пермский конгресс ученых-юристов (г. Пермь, 24–25 октября 2015 г.): избранные материалы. М., 2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс». Режим доступа: локальный.

[4] См.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 21.

вому договору и иным индивидуальным договорам о труде существенное своеобразие.

По нашему мнению, договоры о труде (прежде всего трудовой договор) как сложные, многообразные феномены можно рассматривать в нескольких аспектах:

– как юридические факты;
– как порожденные ими правоотношения, содержание которых в значительной части определяется в договорном порядке. Сразу уточним, что правоотношение по содержанию шире договора, о чем еще будет сказано;
– как правоприменительные акты (как правило, письменные документы);
– в отдельных случаях — как институты трудового права (трудовой договор, коллективный договор и коллективное соглашение);
– как источники права (коллективные договоры и соглашения)[1].

Это не исключает существования и других аспектов договоров о труде (как особенность метода трудового права, как фактор, обеспечивающий реализацию способности человека к труду, как источник субъективных прав и обязанностей, как альтернатива принудительному труду, как соглашение о труде, как организационно-правовая форма занятости населения, как правовая форма реализации принципа свободы труда и т. д.)[2].

Классификация договоров о труде. В теории трудового права договоры о труде традиционно подразделяются на следующие виды: 1) заключаемые между субъектами трудового правоотношения (прежде всего индивидуальный трудовой договор); 2) заключаемые с участием иных субъектов трудового права (профсоюзов, объединений работодателей и др.). Это в первую очередь коллективные договоры и соглашения. Первые могут быть только двусторонними, а коллективные соглашения могут быть и трехсторонними.

Принципиальное значение имеет деление индивидуальных трудовых договоров на собственно трудовой договор, иногда именуемый основным договором, и индивидуальные соглашения, заключаемые в рамках уже существующего трудового договора (иные, дополнительные или производные, связанные с его изменением или прекращением) договоры. Такое деление обосновывали А. К. Безина, К. Н. Гусов (1948–2013), Л. Ю. Бугров (1950–2012), Н. И. Дивеева[3] и др.

А. К. Безина привела наиболее полную классификацию индивидуальных соглашений в трудовом праве. Все индивидуально-договорные соглашения она

---

[1] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. В 2 т. Т. 2. М., 2009. С. 220–417.

[2] См., напр.: *Бондаренко К. А.* Договорное регулирование как особенность метода трудового права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009; *Головина С. Ю., Кучина Ю. А.* Трудовое право. М., 2012. С. 100; *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Т.* Современное трудовое право (Опыт трудоправовой компаративистики). Кн. 1. М., 2007. С. 73; Трудовое право / под ред. К. Н. Гусова. М., 2016. С. 226–227; Трудовое право / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 277 и др.

[3] См.: *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984. С. 29; *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 91; *Гусов К. Н.* Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 33; *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования. Барнаул, 2008. С. 212; и др.

делит на две группы: основные (трудовой договор) и дополнительные. В свою очередь дополнительные соглашения о труде классифицируются в зависимости от их связи с трудовым договором:

а) связанные с содержанием трудового договора, т. е. уточняющие, дополняющие и изменяющие его (соглашения о переводе, о совмещении профессий и др.);

б) связанные с реализацией трудового договора (соглашение об отпуске без сохранения заработной платы, договор о полной материальной ответственности и др.);

в) прекращающие действие трудового договора (при увольнении по соглашению сторон).

В зависимости от инициатора индивидуального соглашения выделяются соглашения, в которых инициатором может выступить либо любая из сторон, либо только одна из сторон (работник или работодатель)[1].

В трудовом законодательстве достаточно полно регламентируется порядок заключения, изменения и прекращения трудового договора. Дополнительные индивидуально-договорные соглашения такого правового обеспечения не имеют, но их производный от трудового договора характер не вызывает сомнения. Они существуют во временных границах постольку, поскольку существует сам трудовой договор. По своему содержанию и назначению эти дополнительные индивидуально-договорные соглашения можно разделить на две группы:

1) соглашения об изменении установленных трудовым договором условий;

2) самостоятельные соглашения (договоры) (ученический договор, договор о полной материальной ответственности и др.). О последних будет сказано ниже.

По общему правилу заключение, изменение и прекращение дополнительных индивидуально-договорных соглашений осуществляется соглашением сторон. Однако в отношении первой группы соглашений их изменение может подпадать под правовой режим перевода (ст. 72.1-73 Трудового кодекса РФ) или изменения определенных сторонами условий трудового договора (ст. 72, 74 Трудового кодекса РФ). Этого нельзя сказать о второй группе соглашений. Исходя из общего договорного принципа эти соглашения изменяются, прекращаются по соглашению сторон либо в порядке, предусмотренном этим соглашением, когда стороны заранее определяют основания изменения и прекращения соглашения.

Общепризнанными можно считать классификации индивидуальных договоров о труде по сферам трудовой деятельности[2], по субъектному составу, характеристике сторон трудового договора, по его содержанию, по порядку заключения и изменения трудового договора[3].

К. Н. Гусов предлагал взять за основу классификации индивидуальных договоров о труде такие устойчивые признаки, как особенность заключения и со-

---

[1] См.: *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Указ. соч. С. 28–30.

[2] См., напр.: *Савин В. Т.* Договоры о труде по советскому трудовому праву: дис. ... канд. юрид. наук, М., 1985; *Скачкова Г. С.* Договоры (контракты) о труде в различных сферах деятельности. М., 2001 и др.

[3] См. напр.: Трудовое право / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 274–277.

держания договоров о труде. В соответствии с этими признаками договоры подразделяются им на две большие группы: договоры о трудовой деятельности работника и договоры об учебно-трудовой деятельности работника. В каждой их этих групп договоров производилась их дальнейшая классификация по иным критериям: субъектный состав, целевое назначение и др.[1] Эта классификация поддерживается большинством ученых — специалистов по трудовому праву. Более того, эта классификация, так же как и классификация по субъектному составу, носит характер легальной классификации трудовых договоров.

Наиболее значимым, на наш взгляд, является деление договоров о труде по следующим основаниям: 1) по форме реализации трудовых прав — на индивидуальные и коллективные; 2) по отношению к трудовому договору — на основные (трудовые договоры) и производные (иные соглашения о труде); 3) по срокам — на соглашения, заключаемые на неопределенный срок, и срочные; 4) по категориям работников и работодателей и содержанию договора (сферам трудовой деятельности) — трудовые договоры с педагогическими, медицинскими работниками, работниками транспорта и т. д.; 5) по степени обязательности заключения хотя бы для одной из сторон — на свободные и обязательные.

Таким образом, проверку временем выдержали целый ряд — назовем их «классическими» — оснований видовой дифференциации договоров о труде, которые имеют не только теоретическое, но и практическое значение. Научная классификация договоров о труде служит основой дальнейшего совершенствования трудового законодательства, легальной дифференциации трудовых договоров на отдельные виды. Определяя в законе виды трудового договора, государство стремится тем самым, с одной стороны, не допустить дискриминации в сфере труда, с другой — учесть особенности субъекта, реализующего свою способность к труду, и субъекта, использующего чужой труд, особенности отдельных видов трудовой деятельности, условия, в которых она осуществляется и т. п.[2]

Рассмотрим проблему классификации договоров о труде с позиций теории договоров. В гражданском праве общепризнанным является деление договоров на основные и предварительные, в пользу их участников и в пользу третьих лиц, односторонние и взаимные, возмездные и безвозмездные, реальные и консенсуальные и др.

Для трудового права такие классификации малопродуктивны. Определенное значение имеет деление договоров по порядку заключения на свободные и обязательные. Большинство договоров о труде являются свободными, т. е. всецело зависят от усмотрения сторон. Обязательные для работодателя договоры могут заключаться только в случаях, прямо предусмотренных законом, локальными и договорными актами. Это, например, прием на работу приглашенных в письменной форме в порядке перевода от другого работодателя (ст. 64 Трудового кодекса РФ). Сюда же относится соглашение об установлении неполного рабочего времени беременной женщине, одному из родителей, имеющему ребенка до 14 лет (ст. 93 Трудового кодекса РФ) и др. Некоторое значение имеет деление договоров по определению их содержания на взаимосогласован-

---

[1] См.: *Гусов К. Н.* Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 33 и далее.

[2] См.: Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 392–315.

ные и договоры присоединения. Условия первых устанавливаются сторонами совместно, а условия вторых определяет только одна сторона; вторая сторона может либо согласиться с ними (присоединиться), либо отказаться от такого договора. В качестве примера договора присоединения можно привести служебные контракты (договоры) с государственными гражданскими служащими, условия которых, как правило, определяются нормативными актами[1].

В этой связи Е. Б. Хохлов отмечал, что трудовой договор с государственным служащим ранее играл роль только юридического факта, лежащего в основе возникновения трудового (служебного) правоотношения, содержание которого определено заранее в нормативном порядке. Иными словами, трудовой договор (служебный контракт) с государственным служащим — это соглашение о приеме-поступлении на службу на условиях, заранее определенных в законодательстве[2].

Далее остановимся на классификации индивидуальных договоров о труде, прежде всего трудовых договоров.

В советской теории трудового права такие классификации не стали предметом дискуссий. В учебной и научной литературе авторы обычно ограничивались рассмотрением отдельных видов трудовых договоров[3]. При этом большинство ученых при классификации трудовых договоров придавали решающее значение двум критериям: сроку трудового договора, а также особенностям его субъектного состава и содержания. В соответствии с первым критерием выделяются трудовые договоры на неопределенный срок, срочные трудовые договоры, договоры на выполнение определенной работы. Эта классификация получила легальное закрепление в кодексах законов о труде РСФСР 1922 г. и 1971 г. и в современном Трудовом кодексе РФ (ТК РФ). По второму критерию классификации в Кодексе законов о труде РСФСР 1922 г. выделялись трудовые договоры с артелью и трудовые договоры с заемными работниками. Кодекс законов о труде РСФСР 1971 г. устанавливал особенности регулирования отдельных категорий работников, работающих в районах Крайнего Севера, в отдельных отраслях народного хозяйства. Но при этом значительная часть отдельных видов трудовых договоров регулировалась иными нормативными актами о труде[4].

---

[1] См.: Федеральный закон от 27 июля 2004 г. «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (с изм. и доп.) // РГ. 2004. 31 июля.

[2] См.: *Хохлов Е. Б.* Экономические методы управления и трудовое право. Л., 1991. С. 124.

[3] См.: Советское трудовое право: учебник / под ред. В. С. Андреева. М., 1971. С. 110–118; *Голованова Е. А.* Трудовой договор. Пермь, 1973. С. 26–39 и др.

[4] См.: Постановление ЦИК и СНК СССР от 4 июня 1926 г. «Об условиях труда на сезонных работах» // СЗ СССР. 1926. № 40. Ст. 290; постановление ЦИК и СНК СССР от 7 марта 1933 г. «Об условиях труда рабочих и служащих, занятых в лесной промышленности и лесном хозяйстве» // СЗ СССР. 1933. № 18. Ст. 100; постановление Госкомтруда СССР и Всесоюзного центрального совета профессиональных союзов от 29 сентября 1981 г. «Положение об условиях труда надомников» // Бюллетень Госкомтруда СССР. 1982. № 1; постановление Совета Министров СССР от 22 сентября 1988 г. № 111 «О работе по совместительству» // Собрание Постановлений Правительства СССР (СП СССР). 1988. № 33. Ст. 93; постановление Госкомтруда (ГКТ) СССР и Всесоюзного центрального совета профессиональных союзов от 9 марта 1989 г. «Положение об условиях работы по совместительству» // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств. 1989. № 6; Закон от 19 февраля 1993 г. «О государственных гарантиях и компенсациях для лиц, работающих и проживающих в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностям» // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 16. Ст. 4520–1; и др.

В ТК РФ включен специальный разд. XII «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников». В нем нашли отражение многие виды трудовых договоров, которые ранее регулировались отдельными (как правило, подзаконными) нормативными актами (трудовыми договорами по совместительству, трудовыми договорами с временными и сезонными работниками, надомниками, лиц, работающих у работодателей — физических лиц и др.), реже законами. С учетом изложенного проблема обоснования критериев классификации трудовых договоров остается весьма актуальной.

В советской теории трудового права особое место занимает специальное развернутое исследование видов трудового договора, которое было проведено на монографическом уровне Ф. М. Левиант (1914–1973)[1]. Она констатировала, что с момента принятия Кодекса законов о труде 1922 г. появились новые виды трудовых договоров. Традиционные основания их классификации, такие как срок и форма трудового договора, по ее мнению, стали явно недостаточными. Существующие виды трудовых договоров, как считала Ф. М. Левиант, не поддаются единой классификации, а более правильным представлялось дать несколько классификаций, в которых определяющими признаками должны быть в одних случаях народнохозяйственное значение договоров, в других — срок или форма договора, особенности условий труда, характер трудовой связи и т. д. В этой связи были обоснованы следующие классификации трудовых договоров.

По критерию народнохозяйственного значения выделялись трудовые договоры, заключаемые в порядке организованного набора, общественного призыва, о работе на Крайнем Севере и приравненных к нему районах; по характеру трудовой деятельности выделялись трудовые договоры с преподавателями, медицинскими работниками и др.;

- по характеру трудовой связи — трудовые договоры с временными и сезонными работниками, внештатными работниками, совместителями;
- по инициативе заключения — трудовые договоры, заключаемые по инициативе обеих договаривающихся сторон, трудовые договоры, заключаемые в силу предписаний органов государственного управления (трудовые договоры с лицами, закончившими высшие, средние специальные учебные заведения и профессионально-технические училища) и трудовые договоры, заключаемые при содействии органов государственного управления (трудоустройство граждан, бронь при приеме на работу несовершеннолетних)[2].

Предложенные автором классификации трудовых договоров не абсолютизировались, отмечался их условный характер, так как отдельные виды трудовых договоров могли сочетать комплекс различных признаков с учетом перечисленных критериев.

В 70-х гг. XX в. была обоснована позиция, согласно которой договор бригадного подряда рассматривался как один из видов трудового договора. Рабочие и служащие состояли здесь в двух видах правовых связей с предприятием: непосредственно и опосредованно через бригаду[3]. Отметим, что прообразом этих до-

---

[1] См.: *Левиант Ф. М.* Виды трудового договора. М., 1966.

[2] См. там же. С. 66–68.

[3] См.: *Глозман В. А.* Трудовой договор в условиях научно-технического прогресса. Минск, 1978. С. 53; *Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П.* Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 282 и др.

говоров были трудовые договоры с артелью. Возможность заключения трудового договора с артелью предусматривалась также Кодексом законов о труде РСФСР 1922 г. (ст. 30). При заключении договора с артелью для нанимателя возникали по отношению к каждому лицу, входящему в состав артели и выполняющему у нанимателя обусловленную работу, те же обязанности и права, как если бы он заключил договор с ним лично (ст. 33 Кодекса законов о труде 1922 г).

К. М. Варшавский (1893–1981), анализируя Кодекс законов о труде 1922 г., отмечал, что по смыслу кодекса в данном случае возникали договорные отношения между отдельными членами артели и нанимателем. Последствия такого построения отношений сводились к тому, что, с одной стороны, каждый член артели мог требовать выплаты ему причитающегося на его долю вознаграждения, а также выполнения работодателем всех прочих обязательств, установленных договором и законом. С другой стороны, наниматель имел право требовать непосредственно от каждого члена артели исполнения их обязанностей, а члены артели были не вправе отказываться от исполнения законных требований на том основании, что договор заключен не с каждым из них в отдельности, а с артелью в целом. По мнению ученого, «ст. 33 КЗоТ 1922 года представляет собою не что иное, как применение общих начал гражданского права: "при неделимости предмета обязательства (такой неделимый характер имеет обязанность артели выполнять работу) должники признаются солидарными должниками"». При этом «по солидарному обязательству кредитор (наниматель) вправе требовать исполнения как от всех должников совместно, так и от каждого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга. При делимости предмета обязательства (такова обязанность нанимателя уплатить вознаграждение) каждый кредитор вправе требовать исполнения в равной доле. Таким образом, каждый участник артели вправе требовать вознаграждения, а с другой стороны, и наниматель вправе требовать исполнения от каждого из участников артели, и нет надобности обращать требование от имени всей артели или ко всей артели в целом»[1].

В настоящее время в литературе выделяют следующие виды трудовых договоров.

1. В зависимости от субъектов:

а) с отдельными категориями работников (договоры с женщинами, несовершеннолетними, иностранными гражданами и др.);

б) с различными видами работодателей (договоры с физическими лицами — работодателями, религиозными организациями, государством (для государственных служащих) и др.).

2. По срокам:

а) заключаемые на неопределенный срок (бессрочные);

б) срочные.

3. В зависимости от содержания договора и порядка его определения:

а) договоры, содержание которых определяется соглашением сторон, но с учетом общих публичных ограничений;

б) договоры, свобода усмотрения сторон в котором существенно ограничена (служебные контракты с государственными гражданскими служащими, трудовые договоры с прокурорами и др.);

---

[1] *Варшавский К. М.* Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 68–70.

в) договоры, включающие иные условия, определяемые в централизованном порядке. Они могут быть связаны с обязательной периодической профессиональной переподготовкой, определяться внутренними установлениями религиозных организаций (для их работников) и др.

4. В зависимости от характера труда, определяемого:

а) спецификой профессиональной деятельности (педагогические работники, медицинские работники и др.);

б) местом выполнения работы (например, за границей, в районах Крайнего Севера и др.) или характером труда и его организации (подземные работы, трудовые договоры с совместителями, с работниками, работающими вахтовым методом, с дистанционными работниками и др.).

Не исключается выделение трудовых договоров и по другим основаниям[1].

Общепризнанными и не вызывающими особых дискуссий являются первые два вида, однако категории работников при этом выделяются не только по субъективным признакам (пол, возраст, семейное положение и др.), но и в соответствие с профессиональной принадлежностью и характером труда.

В настоящее время актуальна классификация трудовых договоров по форме занятости на типичные и нетипичные. Этой проблеме будет посвящена гл. 4 данной книги.

К вопросу об отраслевых смешанных договорах о труде. В трудовом праве, основанном на единстве частных и публичных начал, применение конструкции смешанных договоров имеет свои отраслевые особенности. Свобода заключения договоров о труде, не предусмотренных действующим законодательством, смешанных договоров, ограничена публичными пределами.

Во-первых, в трудовом законодательстве поименованы, имеют самостоятельное значение и самодостаточные содержание и структуру следующие типовые модели договоров о труде: индивидуальные договоры (трудовой договор, ученический договор) и коллективные договоры (коллективные договоры, соглашения). ТК РФ определяет в целях регулирования трудовых и социально-партнерских отношений строго поименованные типы договоров. Так, индивидуальные трудовые отношения возникают по общему правилу на основе именно трудового договора. Иными словами, законодатель предписывает конкретную модель (тип, вид) договора, порядок его заключения. Например, при решении вопросов материальной ответственности работников это может быть в случаях, допускаемых законодателем, договор о полной материальной ответственности.

Во-вторых, предусмотренные ТК РФ особенности правового регулирования трудовых отношений отдельных категорий работников, диктуют и соответствующие императивные нормы в отношении выбора конкретного вида трудового договора.

Между тем в рамках индивидуальных трудовых договоров не исключается появление договоров смешанного типа, например соединение в одном трудо-

---

[1] См.: Курс трудового права. Особенная часть. Кн. 1: Индивидуальное трудовое право. В 3 т. Т. 1 / под общ. ред. О. В. Курылевой и К. Л. Томашевского. Минск, 2014. С. 154–168; Трудовое право / под ред. В. М. Лебедева. М., 2011. С. 132–134; Трудовое право / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2014. С. 323–326; Трудовое право / под ред. О. В. Смирнова, И. О. Снигиревой, Н. Г. Гладкова. М., 2016. С. 188–192; Трудовое право России / под ред. А. М. Куренного. М., 2016. С. 234–239; Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина, Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 292–315 и др.

вом договоре условий собственно трудового договора и ученического договора. Нетипичные трудовые договоры, рассчитанные на нестандартные формы организации труда, могут включать в трудовой договор условия, присущие различным видам трудовых договоров, о чем мы более подробно будем говорить в отдельной главе. Эти виды смешанных договоров впоследствии, возможно, получат специальное правовое регулирование. Не исключено, что они превратятся в один из самостоятельных видов трудовых договоров. Нельзя не отметить, что появление таких нетипичных трудовых договоров сопровождается попытками теоретического обоснования так называемых полиотраслевых договоров, включающих трудоправовые, гражданско-правовые, административно-правовые условия договоров.

В-третьих, здесь следует указать еще на одно ограничение свободы договоров — смешанные договоры не должны снижать уровень гарантий трудовых прав работников, ухудшать их положение по сравнению с предусмотренным действующим законодательством, коллективными договорами.

В трудовом праве в дополнение к основным типам индивидуальных и коллективных договоров могут заключаться иные виды соглашений о труде: договор о полной материальной ответственности, договор о совмещении профессий, должностей, договор о возмещении расходов при использовании личного имущества работника и т. д. Эти договоры существуют постольку, поскольку существует основной договор, они «следуют его судьбе». Они могут включаться в содержание основного договора, например трудового договора, превращаясь в дополнительные условия трудового договора или дополнительное соглашение (приложение) к трудовому договору. Таким образом, едва ли в этой ситуации можно говорить о смешанном договоре.

Основной проблемой смешанных договоров является соотношение разноотраслевых условий в его содержании. Речь идет о случаях, когда, например, гражданско-правовые условия ограничивают, снижают уровень осуществления трудоправовых условий. Заявление о смешанной природе заключенного договора не дает ответа на поставленный вопрос.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ»[1] дается разъяснение в отношении споров по поводу неисполнения или ненадлежащего исполнения условий трудового договора, носящих гражданско-правовой характер (например, о предоставлении жилого помещения, о выплате работнику суммы на приобретение жилого помещения). Несмотря на то, что эти условия включены в содержание трудового договора, по мнению суда, они по своему характеру являются гражданско-правовыми обязательствами. Из этой констатирующей положение вещей позиции Верховного Суда РФ вытекает общий вывод об отсутствии запрещения включения в содержание трудового договора гражданско-правовых условий. Если идти дальше, то допускается и возможность существования смешанных трудовых договоров, в содержание которых включаются гражданско-правовые обязательства. Таким образом, под общей «шапкой» трудового договора могут находиться условия, которые регулируются различными отраслевыми нормативными актами.

[1] См.: РГ. 2004. 8 апр.

Между тем это правоположение (официальное толкование) Верховного Суда РФ фактически вносит элементы новизны в правовое регулирование трудовых отношений. Обоснованность такого толкования ТК РФ вызывает у нас возражения.

Во-первых, трудовой договор не может быть по содержанию смешанным, разноотраслевым. Необходимо разграничивать договор как документ и договор как юридический факт[1]. Договор как документ — материальный носитель информации — может включать договоренности сторон разной отраслевой принадлежности. Однако не существует смешанных, разноотраслевых правоотношений. Поэтому трудовой договор является основанием возникновения трудового правоотношения, в то время как гражданско-правовые обязательства — основанием возникновения именно гражданско-правовых отношений. В содержание трудового договора включаются только условия труда и его оплаты, такой договор порождает трудовые права и обязанности сторон (ст. 21, 22 ТК РФ). Иные условия, которым не присущ трудоправовой характер, порождают права и обязанности другой отраслевой принадлежности. В этой связи прекращение трудового договора прекращает только трудовые правоотношения, гражданско-правовые отношения (например, по поводу предоставления жилья за счет работодателя) сохраняют свою силу и прекращаются в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

Во-вторых, трудоправовые условия и иные условия договора могут быть объединены в одном документе-договоре. Наименование этого документа — «трудовой договор» — будет свидетельствовать лишь о том, что трудоправовые условия являются основными, определяющими в договоре, а иные (чаще всего гражданско-правовые условия) являются производными. Последние не должны снижать уровень, ограничивать трудовые права работника, изменять сущность договора. Это требование вытекает из отраслевого принципа запрета ухудшения положения работника по сравнению с установленным трудовым законодательством.

В-третьих, не исключена и прямо противоположная ситуация. Например, в случае заключения гражданско-правового договора на выполнение подрядных работ стороны вправе включить в договор иные условия трудоправового характера. Стороны могут предусмотреть в этом договоре возможность субсидиарного применения норм трудового права о рабочем времени, оплате сверхурочных работ, оплачиваемых отпусках и т. д. Это не противоречит гражданско-правовым принципам, согласно которым стороны свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. На основе этого принципа трудоправовые условия приобрели характер гражданско-правовых условий.

К проблеме «смешанных» трудовых договоров мы вернемся в § 3.2.

Подведем итоги.

1. Критериями видовой дифференциации договоров о труде, которые имеют не только теоретическое, но и практическое значение, служит деление договоров о труде по следующим основаниям: 1) по форме реализации трудовых

[1] См.: *Бондаренко Э. Н.* Основания возникновения трудовых правоотношений: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 28–29.

прав — на индивидуальные и коллективные; 2) по отношению к трудовому договору — на основные (трудовые договоры) и производные (иные соглашения о труде); 3) по срокам — на соглашения, заключаемые на неопределенный срок и срочные; 4) по категориям работников и работодателей и содержанию договора (сферам трудовой деятельности) — трудовые договоры с педагогическими, медицинскими работниками, работниками транспорта и др.; 5) по степени обязательности заключения хотя бы для одной из сторон — на свободные и обязательные; 6) по форме занятости — на типичные и нетипичные трудовые договоры.

2. Разграничение типичных и нетипичных трудовых договоров не исключает выделения так называемых смешанных отраслевых договоров о труде (например, договоров, сочетающих условия трудового договора и ученического договора). Межотраслевые (полиотраслевые) договоры о труде как юридический факт, обязательство не имеют под собой оснований. Их можно рассматривать только в аспекте общего письменного документа, включающего условия различных по отраслевой принадлежности договоров (например, трудового договора и гражданско-правового договора), которые, соответственно, порождают различные отраслевые правоотношения.

1.4. Договоры в семейно-правовой сфере: открытая граница с гражданским правом или «визовый режим»?

1.4.1. Особенности семейных правоотношений как предпосылки относительной суверенности семейно-правового договора

На проблеме суверенности и десуверенизации семейного права «точит зубы» не одно поколение «львов» цивилистики. История и современные результаты данной деятельности нами неоднократно описывались и анализировались в других трудах[1], поэтому в данном сочинении мы ограничимся лишь несколькими констатациями.

Классики российской цивилистики XIX — начала XX в. подчеркивали, что физический и нравственный склад брака и семьи создается помимо права, внутренняя сущность брачного союза и союза родителей и детей находится за пределами права, она только охвачена внешними юридическими рамками (К. Кавелин, Д. Мейер, Г. Шершеневич и др.)[2]. Тем не менее не только имущественные контексты, но и немалая часть личных подвергались и все в большей степени подвергаются правовому воздействию — в первую очередь семейного и гражданского права, в меньшей степени — административного, гражданско-процессуального права и др. Наряду с «классикой жанра» появляются существенно обновленные и совершенно новые отношения, обусловленные экономическими, национальными, гендерными факторами, применением репродуктивных и иных медицинских технологий и др.

---

[1] См.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль, 2009. С. 4–62; *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 4–52.

[2] См., напр.: *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 583–584.

Усиливается частноправовое давление на сферу семейных отношений. Соответственно, все более настойчивы «приглашения» традиционной цивилистики разделить с ней ценности гражданского права. Накопленный опыт этой «императрицы юриспруденции», обогащенный актуальными компромиссами в деле управления отношениями с частным интересом, позволяет, на взгляд ряда цивилистов, в частности М. В. Антокольской, оптимально сочетать частные и публичные начала: с одной стороны, ограничить произвол субъектов, а с другой — не допустить полного подавления личной свободы, что как раз необходимо при регулировании семейных отношений[1]. Однако формируется и иная позиция, представленная самыми различными школами. Так, Ю. К. Толстой, констатируя «широкое вторжение» Гражданского кодекса в «чужие» области, тем не менее замечает: «В то же время мы не склонны отказывать ни трудовому, ни семейному, ни экологическому праву в том, что они занимают в системе права самостоятельное место, выступая в качестве комплексных правовых образований, выполняющих важные общесоциальные и социализаторские функции. <...> Ни трудовое, ни семейное, ни экологическое, ни жилищное право с принятием части первой ГК отнюдь не поглощаются ею и не утрачивают своей специфики. <...> Так что всем хватит места под солнцем!»[2] Как заключает в одной из своих работ о системе частного права Е. А. Суханов, «следует признать частноправовую природу семейного и трудового права, что вовсе не ведет к их включению в сферу действия гражданского права или “поглощению” последним», ибо «частное право отнюдь не исчерпывается гражданским, составляющим лишь его основу. <...> Практическим следствием такого положения может стать лишь допуск (в трудовом праве) или некоторое расширение (в семейном праве) субсидиарного применения определенных гражданско-правовых норм общего характера соответственно к трудовым или семейным отношениям»[3].

Вне зависимости от отраслевой суверенности семейного права предпосылки, формирующие ключевые элементы содержания метода семейно-правового регулирования, а следовательно, выявляющие особенности семейных правоотношений и — далее — семейно-правовых договоров и возникающих на их основе договорных связей, с той или иной мерой успешности в доктрине отражены. Большинство из них сосредоточено в пространстве предмета семейно-правового регулирования: 1) естественно-природное начало основных видов отношений с семейным элементом; 2) их специальное целеполагание (создание, сохранение, поддержка семьи, обеспечение развития ребенка как члена общества, забота о нем и иных членах семьи, также в ней нуждающихся; 3) весьма специфические юридические факты и их составы; 4) особое качество субъектов, принципиально значимое для семейной сферы и, как правило, юридически безразличное для классической цивилистики (кроме небольшой части жилищного и наследственного права; 5) согласительный характер взаимодействия этих субъектов — разумеется, за определенными исключениями; 6) глубокое влияние на содержание

---

[1] См.: *Антокольская М. В.* Место семейного права в системе отраслей частного права // Государство и право. 1995. № 6. С. 40.

[2] *Толстой Ю. К.* Гражданское право и гражданское законодательство // Правоведение. 1998. № 2. С. 147–148.

[3] *Суханов Е. А.* Частное право в российской правовой системе // Государство и право на рубеже веков: Материалы всероссийской конференции. М., 2001. С. 7–8.

отношений этических конструкций, а нередко — и религиозных; 7) индивидуальность, формальная неопределенность семейных композиций; 8) объективное неравенство участников ряда отношений частной природы (родители, попечители — дети, родители — дедушки, бабушки и иные родственники и т. д.).

Вторую группу предпосылок составляют общественные, государственные, международно-правовые, цивилизационные интересы в нормировании рассматриваемых отношений — интересы, далеко не всегда созвучные друг с другом, находящиеся под воздействием политических, культурологических, экономических факторов.

Третья группа представляет собой набор характеристик состояния научных исследований в данной сфере юриспруденции, качество законодательных технологий и правоприменительной практики. Она, собственно, демонстрирует и меру качественного отражения в методе предпосылок первой и второй группы. Найти баланс как внутри каждой из них, так и тем более между ними — задача тяжелая, но не «сизифова».

Устойчивыми компонентами и характеристиками метода семейно-правового регулирования, с той или иной степенью адекватности учитывающими основной ряд предпосылок первой и второй групп, являются частные и публичные, диспозитивные и императивные технологии правового регулирования. Диспозитивные вариации сосредоточиваются на идеях свободы брака и развода, возможности выбора способов построения отношений супружеской собственности, форм попечения над детьми, материальной поддержки членов семьи, правилах об уважении позиции ребенка по семейным вопросам, активного применения конструкции договора — специально отраслевого и смешанного типа.

Императивные технологии заключаются в признании браком только зарегистрированного союза, достаточно жестком лимитировании содержания соглашений, объявлении невозможным прекращения договоров о браке, опеке соглашением сторон, понуждении суда к действиям, не обусловленным волей субъектов семейного правоотношения (например, обязанности решить в бракоразводном процессе вопросы о месте проживания ребенка и его алиментировании и т. п.), введении многочисленных и весьма специфических ограничений и запретов (для брака, развода, усыновления, опеки), формулировании правил «позитивной» дискриминации, призванных к выравниванию возможностей мужчины и женщины, родителей или иных попечителей и детей (в сфере развода, раздела имущества, алиментирования, совершения семейно-правовых актов).

При этом, как неоднократно отмечалось в цивилистических трудах, все означенные методы воздействия как бы «скользят по поверхности» и не способны глубинно «перепахать» отношения с семейным элементом — в силу их связанности с естественно-биологической, этической, обычайно-бытовой сторонами человеческой жизни, прежде всего в контексте ее физического и социального воспроизводства. Хотя история российского и советского законодательства свидетельствует о неоднократных экспериментах, нарушавших баланс природных и социально привнесенных начал в вопросах брака и фактического брака, развода, установления отцовства и др. Анализ этих экспериментов широко представлен в литературе[1].

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 4–53; *Тарусина Н. Н.* Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014. С. 4–53.

Как мы уже отмечали, адекватность и успешность метода, конечно же, зависит от законотворческих технологий. С одной стороны, очевидно, что они в определенной своей части универсальны, отраслево безразличны. Однако другие характеристики обнаруживают себя в существенной взаимосвязи с «атомами» семейного пространства. Кроме отмеченной нами стратегической необходимости выбора законодательного инструментария, адекватного объекту его воздействия, что специфично по содержанию, но типично по целевому назначению для всех отраслей, следует выделять особые — нередко проблемные — технологические зоны. Так, несмотря на настойчивый призыв ответить на насущную потребность в нормативно фиксированном понятийном аппарате, законодатель тормозит соответствующие попытки, хотя «ветер перемен» чувствуется.

Нормативность права, переведенная с помощью метода семейно-правового регулирования в упорядоченность отношений с семейным элементом, в качестве результата имеет семейные правоотношения со своими яркими специфическими характеристиками.

Как известно, доминантой среди этих спецификаций является личный характер семейных правоотношений, сущность которой в теории права рассматривается во многих аспектах[1]. Во-первых, в отношении специфичности их *субъектного состава*: его образуют только физические лица (ни юридические лица, ни государство в них не участвуют) и при этом в совершенно особом качестве — супругов, родителей, детей, дедушек, бабушек, внуков и других родственников, приемных родителей, фактических воспитателей и т. д. В ряде отношений к субъектам предъявляются и дополнительные требования личного порядка: например, ключевую роль может играть признак пола (брак как своеобразное договорное отношение возможен только между мужчиной и женщиной; в отношениях гражданского оборота такое деление представляет лишь социологический и психологический интерес — в юридическом же плане оно бессмысленно), разница в возрасте (в отношениях усыновления — не менее 16 лет), социальная характеристика лица (в спорах о расторжении брака, о детях, даже об алиментировании супруга или бывшего супруга, в отношениях усыновления и иного попечения над детьми). Все это составляет классику предмета и методологии семейного права и, как правило, безразлично для права гражданского.

Кроме того, анализируя существо личных правоотношений между родителями и детьми, О. Ю. Косова справедливо подчеркивает, что в предмете гражданского права «нельзя обнаружить отношений, где бы одна сторона наделялась не только правом, но и обязанностью оказывать личное воздействие на личность другой стороны»[2]. Относительно родительства и семейно-право-

---

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

[2] См.: *Косова О. Ю.* Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. С. 176.

вого попечительства данный тезис находится в ряду других своих «собратьев», формирующих известную доктрину единства прав и обязанностей семейных воспитателей, о которой мы неоднократно писали[1].

Во-вторых, большую роль играет такая черта семейных правоотношений, как *доверительность*. На регулятивном (нормально развивающемся) уровне она проникает во все «уголки» семейно-правового пространства: супруги решают все семейные проблемы на основе взаимного согласия и договоренностей, уважения и поддержки, родители согласовывают действия по воспитанию своего ребенка, заботе о его здоровье, образовании и т. п., считаясь с его мнением по данным вопросам, и т. д. «Только благодаря доверительности, — пишет Е. М. Ворожейкин, — достигается цель семейного правоотношения. <...> Утрата доверительности затрудняет реализацию прав и обязанностей в семейном правоотношении либо делает ее вообще невозможной»[2]. Соответственно, нормальное развертывание отношений трансформируется в конфликтное, подключаются охранительные рычаги воздействия на ситуацию, семейное отношение существенно изменяется либо прекращается.

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

Н. Д. Егоров, подвергая довольно резкой критике идеи о специфичности семейных правоотношений, утверждает, что удельный вес личных правоотношений сравнительно мал (например, в институте брака им посвящены только 2 статьи СК РФ, в то время как имущественным аспектам посвящено 14 статей), введение в них юридических элементов неуместно и не достигает цели[3].

Однако В. А. Рясенцев, Е. М. Ворожейкин, В. Ф. Яковлев и другие ученые делают акцент не на количестве, а на качестве личных правоотношений, которое дает результаты, принципиально отличные от гражданско-правовых.

---

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 298–311.

[2] *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. С. 49.

[3] См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 296.

Имущественные отношения в семье, подчеркивает В. Ф. Яковлев, производны от личных, ибо возникают лишь при наличии последних и обслуживают их; это отношения общности имущества и безэквивалентной помощи и поддержки нуждающихся членов семьи[1]. Е. М. Ворожейкин неоднократно отмечал, что в гражданском праве личные права либо вытекают из имущественных, либо связаны с ними[2], а в семейном праве картина совершенно иная: личные права не только не вытекают из имущественных, но занимают ведущее место во всей системе правоотношений, превалируют, качественно доминируют[3].

При этом представляется, что Н. Д. Егоров превратно толкует некоторые вещи. Например, автор утверждает: «Личные неимущественные отношения между члебнами семьи регулируются государством постольку, поскольку они тесно связаны с имущественными и оказывают на них определенное влияние. Так, личные... отношения по воспитанию детей вовлекаются в сферу правового регулирования прежде всего потому, что они тесно связаны с имущественными отношениями по содержанию и воспитанию детей... затрагивают экономические интересы общества... Поэтому в семейной сфере, как и в других сферах действия гражданского права, ведущая роль отводится правовому регулированию имущественных отношений»[4]. Для гражданского права — да. Для семейного права в видении Н. Д. Егорова, возможно, тоже. Для семейного права как сферы приложения самых разных социальных контекстов — едва ли. Не фиксируя внимания на явной оговорке («имущественными отношениями по содержанию и воспитанию детей»), заметим, что для общества самоценна идеология родительства и детства в семье сама по себе, а прямые связи между успешной семейной экономикой, успешной государственной экономикой и успешностью воспитания не установлены: что называется, «бывает по-всякому»... Наш ученый «дележ» семейно-правового «пирога» в значительной мере условен: на практике все отношения с личным и экономическим элементом сложно и противоречиво взаимодействуют, хотя одной из объективных первопричин первых когда-то, в весьма отдаленные времена, были вторые. Однако воспроизводство человеческой жизни, будучи как бы разновидностью производственных отношений, уже на протяжении жизни не одного поколения включает в себя компоненты, лишь относительно связанные с экономикой или вовсе с нею не связанные.

В-четвертых, собственно имущественные семейные правоотношения также имеют личный характер, что проявляет себя не только в аспектах, обозначенных ранее, но и в *ограничении представительства и недопустимости правопреемства*. А там, где представительство наличествует (из родительства, иного попечительства), оно существенно ограничено законом.

---

[1] См.: Советское семейное право / под ред. В. А. Рясенцева. М., 1982. С. 10.

[2] За исключением таких нетипичных прав, как честь и достоинство и т. п. Однако они относятся к «белым воронам» гражданского права, если вообще должны присутствовать в соответствующей «стае». Из взглядов по этому вопросу классиков можно акцентировать внимание на мнение К. Д. Кавелина. О современных подходах см., напр.: *Малеина М. Н.* Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2000; Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 1. М., 2008. С. 27–30.

[3] См.: *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М.* Советское семейное право. М., 1974. С. 36.

[4] См.: *Егоров Н. Д.* Указ. соч. С. 300.

В известной дискуссии между О. С. Иоффе и Е. М. Ворожейкиным обсуждался тезис о том, что гражданские правоотношения также могут иметь личный характер. Действительно, соглашался О. С. Иоффе, семейное право реализует личные отношения и связанные с ними имущественные, а гражданское право — имущественные отношения и связанные с ними некоторые личные отношения. Однако то, что правильно для гражданского права в целом, не всегда подтверждается для каждой его составной части, рассматриваемой обособленно. «...В некоторых гражданско-правовых институтах (например, в авторском и изобретательском праве или праве на открытие) личные отношения, — отмечает автор, — играют не меньшую роль, чем имущественные. А в таком институте, как гражданско-правовая охрана чести и достоинства граждан и организаций, какие-либо имущественные моменты вовсе отсутствуют[1]. И если одного только этого факта недостаточно для исключения подобных институтов из гражданского права, то аналогичные обстоятельства не могут служить препятствием и для включения в него права семейного»[2].

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

Кроме того, «то, что для гражданского права скорее исключение, — справедливо дополняет О. Ю. Косова, — для семейного является всеобъемлющим правилом»[3]. Наконец, личный момент присущ и многим правоотношениям другой отраслевой принадлежности (трудового права, права социального обеспечения и др.). Однако и там он качественно и количественно проявляется иначе, чем в гражданском праве, и при этом не создает предпосылок для всеобщего возврата в лоно последнего. Нельзя также забывать, что «новый ГК РФ более последовательно по сравнению с ГК РСФСР очерчивает предмет гражданского права, отказываясь от регулирования личных неимущественных отношений, не связанных с имуществом и оставляя их лишь в сфере защиты гражданским правом. Тем самым сферы гражданского и семейного права потенциально “разводятся” дальше друг от друга, чем это делалось на предыдущем этапе развития законодательства»[4], хотя некоторым цивилистам тенденция из-за активного развития договорных начал в СК РФ представляется обратной[5]. Впрочем, о специфике конструкций семейно-правовых договоров, как раз и выстроенной на основе специфики семейных правоотношений, речь пойдет во второй части данного параграфа.

Своеобразием обладает и качество *равенства* субъектов семейных правоотношений. Так, эмансипация и основанная на ней эгалитаризация брака закрепили начало равноправия, но не привели к формальному равенству супруга и супруги — ввиду объективной невозможности полного отождествления их как субъек-

---

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

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

[3] *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 75.

[4] См.: *Косова О. Ю.* Там же.

[5] Подробнее об этом см. ниже.

тов: муж не вправе возбуждать дело о разводе без согласия жены в течение всего периода ее беременности и материнства до того, как ребенку не исполнится 1 год (ст. 17 СК РФ), он обязан предоставлять ей содержание в период беременности и в течение 3 лет со дня рождения ребенка (ст. 89–90 СК РФ), косвенным образом неравенство фиксируется в отношении классической презумпции отцовства в браке (ч. 2 ст. 48 СК РФ) и оспаривании отцовства как в браке, так и вне его (п. 2, 3 ст. 52 СК РФ), в репродуктивной сфере (ст. 48–52 СК РФ), актуализируется проблема гендерного неравенства (равенства) в целом[1].

По объективным причинам лишь условно можно говорить о равенстве в отношениях между родителями и детьми (особенно малолетними). «Уже сами по себе возрастные различия между ними, — справедливо замечает О. Ю. Косова, — степень умственного, физического развития, обладания жизненным опытом позволяют родителям осуществлять воздействие на процесс формирования личности ребенка, то есть осуществлять их воспитание»[2]. Да и положения о почти всеобъемлющих представительских функциях и преимущественном праве родителей на воспитание ребенка перед всеми третьими лицами усиливают их позицию в сравнении с позицией детей. Разумеется, почти то же самое можно констатировать относительно усыновления, приемного родительства, опеки и попечительства. Договорная составляющая этих групп отношений также ориентирована на родителей и попечителей: мнением ребенка орган опеки и попечительства, конечно, поинтересуется, однако обязательность согласования главного факта (например, передачи ребенка в приемную семью) наступает только с 10-летнего возраста (ст. 57 СК РФ).

Возражение цивилистов о том, что подобные ситуации с участием детей возникают и в гражданско-правовой сфере (опека и попечительство), могут быть оценены двояко: во-первых, они ориентированы на имущественную сферу; во-вторых, в целом вызывает сомнение решение законодателя регулировать отношения опеки и попечительства над детьми и другими членами семьи и (или) родственниками нормами гражданского права. Все личные и имущественные отношения родителей (усыновителей и т. д.) и несовершеннолетних детей, а возможно, и других субъектов с «семейным элементом» вполне могли бы стать объектами семейно-правового воздействия, либо часть из них могли бы стать заботой комплексного социального законодательства (а в будущем — и «социального права»). Перевод института опеки и попечительства над детьми преимущественно на гражданско-правовые «рельсы» (в соответствии с Федеральным законом «Об опеке и попечительстве»), по справедливому мнению А. М. Нечаевой, не улучшил, а ухудшил положение с устройством детей в результате очевидной коммерциализации института. «Даже если уйти от теоретического спора, — замечает автор, — относительно принадлежности семейного права праву гражданскому или о полной независимости семейного права», бесспорно одно: семейные отношения регулируются СК РФ, который

---

[1] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 55–84; *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендер в законе. М.: Проспект, 2015.

[2] *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 74; *Косова О. Ю.* О праве на воспитание // Социально-юридическая тетрадь. 2012. № 2. С. 45–62.

вовсе не является продолжением ГК РФ, что дополнительно подтверждается и нормой ст. 4 СК РФ об ограниченности сферы субсидиарного применения гражданского законодательства к семейным отношениям; дух указанного закона противоречит семейной политике современной России и смыслу конвенции ООН «О правах ребенка»[1].

Качества равенства, имущественной самостоятельности, а также автономии воли в той мере, в какой они присущи отношениям, регулируемым гражданским правом, не характеризуют, по мнению О. Ю. Косовой, и алиментные обязательства. Именно нетрудоспособность этих лиц и нуждаемость в содержании за счет членов семьи свидетельствует по крайней мере об отсутствии у них имущественной самостоятельности[2]. Существо отношений делает бессмысленными и рассуждения о равенстве субъектов.

Ф. О. Богатырев, сторонник внутригражданского существования семейного права, замечает, что неравенство присуще классической цивилистике: институты «мужней власти» и «родительской власти» характеризовали семейные отношения, когда они составляли предмет гражданского права и область гражданского законодательства; в современном цивилистическом пространстве власть наличествует в корпоративных отношениях и даже в обязательственных (кредитор по обязательству в какой-то степени властвует над должником), хотя эта власть и не родственна публичным отношениям, поскольку сторона в них, в отличие от последних, не обладает аппаратом принуждения[3].

Это не совсем так. И былая «мужнина власть» (вспомним иски о водворении жены к мужу), и прежняя «родительская власть» (не забудем о праве на телесные наказания) опирались на очевидные возможности принуждения. Да и современное родительство и иное законное попечительство обладают преимущественными правами по воспитанию перед иными субъектами воспитания и объективно поставлены над воспитуемым. Весьма специфичен и характер данных правоотношений — как в контексте единства прав и обязанностей, так и в аспекте юридической неопределенности конструкции обязанности ребенка подчиняться воспитательному воздействию. Вопрос о закреплении данной обязанности в семейном кодексе (по аналогии с российским образовательным законодательством и на основе сравнительно-правового опыта) неоднократно рассматривался нами[4], а также обосновывался в работах некоторых цивилистов[5]. Предпосылки, количество и качество гражданско-правовых и семейно-правовых (а, «до кучи», и трудоправовых) властных акцентов, как и предметов ведения соответствующих отраслей, как мы уже отмечали, весьма и весьма отличимы друг от друга.

---

[1] См.: *Нечаева А. М.* О Федеральном законе «Об опеке и попечительстве» // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 7. С. 85–90.

[2] См.: *Косова О. Ю.* Право на содержание: семейно-правовой аспект. С. 74.

[3] См.: *Богатырев Ф. О.* Состав относительных неимущественных гражданских отношений // Журнал российского права. 2002. № 11. С. 89.

[4] См, напр.: *Тарусина Н. Н.* Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014. С. 103–108.

[5] См., напр.: *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Ч. 3. Л., 1968. С. 238–239; *Сочнева О. И.* О семейных обязанностях несовершеннолетнего ребенка // Социально-юридическая тетрадь. 2012. № 2. С. 99–111.

Традиционно особое значение для семейно-правовой сферы имеет теснейшее *взаимодействие права и морали,* взаимодействие формально-юридических и нравственных начал. Оно проявляется по меньшей мере в трех качествах.

Во-первых, в классической идее общеправового значения: семейное право должно быть *морально обоснованно,* оно должно «иметь своего рода легитимацию с позиций господствующей, общепринятой морали»[1], хотя и не рассматриваться в прямолинейной зависимости — всего лишь как «минимум морали», ибо возможна и обратная связь — воздействие на процесс эволюции моральных ценностей[2], работа семейного права «на опережение» (например, в области ряда запретов на вступление в брак, в репродуктивной сфере).

Во-вторых (и это уже составляет специфику прежде всего именно семейно-правового регулирования), *нравственные категории и предписания непосредственно закрепляются в семейном законодательстве:* семейные правоотношения строятся «на чувствах взаимной любви и уважения, взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов»; ребенок имеет право на «уважение его человеческого достоинства»; родители обязаны заботиться о «духовном и нравственном развитии своих детей», «при назначении ребенку опекуна (попечителя) учитываются нравственные и личные качества опекуна (попечителя)»; суд может освободить супруга от алиментной обязанности перед вторым супругом или ограничить ее определенным сроком в случае «недостойного поведения в семье супруга, требующего выплаты алиментов», и т. д. (ч. 2 п. 1 ст. 1, ч. 2 п. 2 ст. 54, п. 1 ст. 63, ст. 92, п. 2 ст. 146 СК РФ). Указанные позиции весьма сильны в таких отношениях договорного типа (или развивающихся в том числе по договорному варианту), как брачные отношения, отношения, связанные с реализацией права на воспитание ребенка, с содержанием супруга (бывшего супруга), с попечением о ребенке[3]. Нравственная обусловленность семейно-правовой методологии в настоящее время актуализируется неоднократно отмеченным нами излишне активным проникновением в нее гражданско-правовых компонентов, что усиливает позиции индивидуализма и потребительского интереса[4], — в то время как «золотое правило нравственности» проистекает из учения о должном, из приоритета общественного интереса, а не из комплекса прав и претензий. Современное «славоправие» индивидов, как замечает А. И. Бойко, не является абсолютно положительным явлением — оно «атомизирует» общество, дезорганизует систему управления, служит не только социально слабым, но и социально сильным[5]. Впрочем, очевидно, что взаимодействие

---

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

[2] См. там же. С. 69.

[3] Подробнее см. соответствующие параграфы данной главы.

[4] А. М. Нечаева, О. Ю. Косова и другие авторы совершенно обоснованно констатируют акцентирование в современном правотворчестве (в особенности применительно к отношениям с семейным элементом) идей целесообразности, рациональности, что неблагоприятно сказывается на сохранении традиционных семейных ценностей и устоев. См., напр.: *Нечаева А. М.* Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 87; *Косова О. Ю.* Российская демография и юридическая деформация семьи // Социально-юридическая тетрадь. 2013. № 3. С. 35–43.

[5] См.: *Бойко А. И.* Нравственно-религиозные основы уголовного права. М.: Юрлитинформ, 2010. С. 116.

частного (индивидуального) и публичного (общественного) осуществляется, как неоднократно отмечалось в юриспруденции, по сложным многоканальным схемам: эгоизм должен быть разумен, а социальная польза не должна эксплуатироваться эгоистичными группами; гармонизацию частных и публичных начал, нравственных и нормативно-правовых начал (в нашем случае — в сфере возникновения, развертывания и преобразования брака, семьи, попечения над детьми) следует осуществлять на основе взвешенного взаимодействия различных интересов.

Как справедливо отмечает Б. М. Гонгало, включение в семейный закон положений с очевидной нравственной окраской, может быть, следует даже приветствовать, однако отдавая себе отчет в том, что «"перевести на юридический язык" такие понятия, как любовь и уважение (в семье), еще никогда не удавалось и вряд ли когда-нибудь удастся»[1]. Тем не менее ядро семейных отношений (в том числе семейных правоотношений), пишет А. М. Нечаева, составляет их духовность, нравственные начала поведения человека; семейное право выполняет архиважную воспитательную нагрузку, воспитательную миссию по отношению ко всем гражданам, а поэтому тяготеет не к экономике, а к нравственным ценностям и нормам о них[2].

Рассуждения о «юридической пустоте» обозначенных нами ранее и им подобных семейно-правовых норм, с точки зрения формально-нормативных канонов вроде бы основательны. Однако очевидно, что право выполняет свои функции не только в рамках указанного канона. Его «скелет» формально-нормативен, но существо гораздо сложнее — тем более его существование, Нормы-декларации о должном, в том числе о должном в нравственном аспекте, нужны обществу, а значит и праву, «его воинствующему оружию и оружию сдерживания». При этом приведенные примеры свидетельствуют и о возможности юридической конкретизации правил, в основе которых лежат этические конструкты.

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

Две последние формы взаимодействия формально-юридических и нравственных начал с очевидностью выстраивают «стену отличий» отношений семейных и гражданского оборота. Известный российский юрист А. Л. Боровиковский, сравнивая существо типичных гражданских дел и семейных дел, отмечал, что природа споров из семейственных правоотношений «представляется действительно загадочною, подобно тому, как существуют загадочные для научной классификации организмы — не то растения, не то животные. ... "Право семейственное" и кодексами, и систематиками обыкновенно *приурочи-*

---

[1] См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2007. С. 18.

[2] См.: *Нечаева А. М.* Семейное право как самостоятельная отрасль // Государство и право на рубеже веков: материалы всероссийской конференции. М.: Юрайт, 2010. С. 15.

вается к области права гражданского. Но при этом остается *несомненным*, что, несмотря на такое приурочение, семейные правоотношения... особенностью своей природы *существенно отличаются* от всех прочих гражданских правоотношений»[1].

Добавим: тем более это справедливо для современных семейных отношений, для которых малопригодны и гражданско-правовые методы регулирования, и общие (универсальные по своему существу) гражданско-процессуальные формы, недаром именно отрасль семейного законодательства содержит несравнимо больше других отраслей специализированных гражданско-процессуальных норм, да и сама теория судебной специализации появилась и развивалась прежде всего на исключительно благодатной для этого семейно-правовой почве[2].

Все семейные правоотношения регулятивного типа, в том числе построенные на «договоренностях», и частично правоотношения охранительного типа относятся к *длящимся*[3]. Разумеется, в основе данного признака для той или иной группы отношений лежат различные обстоятельства, а главное — цели: в браке — создание и поддержание семейной общности, между родителями и детьми — обеспечение надлежащего физического, интеллектуального и нравственного развития ребенка, защита его интересов перед третьими лицами, в усыновлении, опеке, попечительстве, приемной семье — восполнение родительской заботы, в отношениях по алиментированию — материальная поддержка нуждающихся нетрудоспособных членов семьи (в том числе бывших) и т. д. Некоторые семейные правоотношения развиваются вне каких бы то ни было пределов времени, их судьба обусловлена иными юридически значимыми фактами — брачные правоотношения, часть алиментных правоотношений (с участием совершеннолетних субъектов). Другие развиваются во временных рамках, строго оговоренных в законе — родительство, усыновление, алиментирование несовершеннолетних детей и др. Третьи развиваются до наступления юридического факта — алиментирование бывшего супруга до его вступления в новый брак и т. п. Четвертые развиваются в пределах срока договора (если таковой определен сторонами) — брачные, алиментные правоотношения, правоотношения, касающиеся приемной семьи, и т. д. Значительная часть перечисленных разновидностей может прекращаться посредством административного или судебного акта.

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

Многие цивилисты традиционно обращают внимание на одно качество, характерное для семейных имущественных правоотношений. Мы уже отмечали их вторичную, производную от личных правоотношений природу, особый субъектный состав, обусловленность их содержания и развертывания во времени и пространстве содержанием соответствующего личного семейного правоотношения и т. п. Дополнительно следует подчеркнуть, что семейные

---

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

[2] Подробнее см., напр.: *Тарусина Н. Н.* Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 44–59.

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

имущественные правоотношения не несут эквивалентно-возмездного начала[1]: общность имущества, нажитого в браке, презюмируется независимо от уровня доходов каждого из супругов — более того, суд вправе отступить от равенства долей с учетом интересов несовершеннолетних детей, остающихся с одним из супругов, а также в пользу последнего, если это обусловлено жизненно важными потребностями, не могущими реализовываться обычным образом; материальная поддержка членов семьи (добровольно ли, по решению ли суда) осуществляется без ожидания каких бы то ни было компенсаций в будущем и т. д. Правда, следует заметить, что исключения из данного правила все же имеются. Так, элементы компенсационного начала просматриваются, когда суд, разрешая дело, например, о разделе общего супружеского имущества, отступает от равенства долей в пользу первого супруга, если второй не приносил дохода в семью без уважительной причины или расходовал это имущество в ущерб интересам семьи, или отказывает в удовлетворении иска родителю о взыскании средств на свое содержание с совершеннолетних детей, если установит факт его уклонения от выполнения родительских обязанностей, или применяет семейно-правовые принципы раздела имущества в интересах добросовестного супруга при признании брака недействительным (ч. 1 п. 4 ст. 30, п. 2 ст. 39, п. 5 ст. 87 СК РФ). Предусмотрены в порядке исключения и возможности возмещения морального вреда (см., например, ч. 2 п. 4 ст. 30 СК РФ). Однако исключения, как известно, никогда не колеблют общего правила и в данном случае лишь оптимизируют ситуационные возможности правового регулирования.

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

1.4.2. Семейно-правовой договор: общая «феноменология духа»

Если в своих работах 1999–2001 гг. мы констатировали, что теория семейно-правового договора «находится пока в зародышевом состоянии» и «зародышу» надо дать подрасти, а не «абортировать» его как нежелательный элемент юридической действительности[2], то в течение 15 последних лет она не только родилась, но и развивается, приобретая все менее размытые контуры, обогащаясь содержательными наработками. Конечно, до необходимого и достаточного успеха еще далеко, однако факт внедрения в Концепцию совершенствования семейного законодательства (2013–2015 гг.) профильного комитета Государственной Думы РФ идеи о целесообразности формулирования в нормах Общей части СК РФ положений о специфике и системе семейно-правовых договоров свидетельствует о приобретении соответствующей доктриной осознанной законодателем и ведущими проектантами-семейноведами практической значимости.

---

[1] См., напр.: Советское семейное право / под ред. В.А. Рясенцева М., 1982. С. 10; *Воржейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. С. 70–71; *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 77 и др.

[2] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. М.: Проспект, 2001. С. 16.

«Голову» и «руку» к этому приложили А. М. Нечаева[1], О. Н. Низамиева[2], С. Ю. Чашкова[3], Н. Ф. Звенигородская[4], О. Ю. Ильина[5], Е. А. Чефранова[6], Е. П. Титаренко[7], Е. В. Князева[8] и другие, в том числе и автор[9].

Характерно также, что даже в стане противников означенной суверенности неизбежно появляются констатации безусловной специфики семейно-правовых соглашений личного порядка. Так, А. П. Сергеев отмечает, что встречающиеся в семейном праве договоры условно делятся на две группы: одни «выступают в чистом виде и совпадают во всех основных чертах и по форме с иными гражданско-правовыми договорами (брачный договор, соглашение об уплате алиментов), а другие, будучи гражданско-правовыми договорами по существу, не выражены в столь очевидной гражданско-правовой форме (заключение брака, соглашение об определении места жительства детей при раздельном проживании родителей и др.)»[10]. Однако далее автор фиксирует особенности последних, которые в своей совокупности придают им достаточно обособленное от гражданско-правовой классики качество. Во-первых, пишет А. П. Сергеев, многие из них представляют собой не противоположные по направленности согласованные волеизъявления участников (как в большинстве гражданско-правовых договорах), а устремленные к одной цели соглашения — выбор супругами места проживания, согласование имени ребенка, взаимное осуществление родительских прав и т. д. Во-вторых, специфична форма договора (кроме брачного): одни из них совершаются в государственных органах, другие могут заключаться в любой форме. В-третьих, семейно-правовые сделки, в том числе договоры, в отличие от обычных гражданско-правовых сделок, широко применяются в сфере личных неимущественных отношений и при этом не отличаются стабильностью, так как чаще

---

[1] См., напр.: *Нечаева А. М.* Новый Семейный кодекс // Государство и право. 1999. № 6. С. 58.

[2] См.: *Низамиева О. Н.* Договорное регулирование имущественных отношений супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2002; *Низамиева О. Н.* К вопросу о перспективах развития договорного регулирования семейных отношений // Ученые записки Казанского университета. Гуманитарные науки. Т. 153. Книга 4. С. 100–106 и др.

[3] См.: *Чашкова С. Ю.* Система договорных обязательств в российском семейном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004.

[4] См.: *Звенигородская Н. Ф.* Семейно-правовые сделки: проблемы классификации // Вестник Омского университета. 2011. № 4. С. 79–87; *Звенигородская Н. Ф.* Проблема природы договоров в семейном праве в свете межотраслевых связей гражданского и семейного права // Вектор науки ТГУ. 2010. № 2. С. 72–75.

[5] См.: *Ильина О. Ю.* Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2007. С. 169.

[6] См.: *Чефранова Е. А.* Механизм семейно-правового регулирования имущественных отношений супругов: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

[7] См.: *Титаренко Е. П.* Понятие и характеристика соглашений в семейном праве // Семейное и жилищное право. 2005. № 2. С. 7–9.

[8] См.: *Князева Е. В.* Семейно-правовой договор как инструмент регулирования имущественных отношений в семейном праве // Семья и право (К 10-летию принятия Семейного кодекса РФ). М., 2005. С. 30–34; *Она же.* Семейно-правовой и гражданско-правовой договоры: сравнительная характеристика // Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право». 2014. № 2. С. 102–106.

[9] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. С. 15–18; *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. М.: Проспект, 2010. С. 29–132; и др.

[10] Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 387.

всего могут быть аннулированы участниками семейного правоотношения в силу изменившихся обстоятельств[1]. Как видим, А. П. Сергеев, будучи цивилистом классической школы — к тому же ленинградско-петербургской школы, — тем не менее как добросовестный объективный исследователь демонстрирует существенную специфику (пусть и не в полном «боекомплекте» особенных черт) семейно-правовых сделок, в том числе двусторонних.

Компромиссную позицию, например, относительно природы брачного договора («типичного гражданско-правового договора») занимает Л. Б. Максимович[2]. Не исключает усиления семейно-правовой направленности данного вида договора Л. Ю. Михеева[3], хотя относительно опеки и попечительства она занимает «програжданско-правовую» позицию. (Впрочем, детализация природы и содержания отдельных видов договоров с семейным элементом еще будет предметом нашего рассмотрения.)

Действующую систему семейно-правовых договоров представляют конструкции, сложившиеся в тот или иной период развития семейного законодательства (частично — гражданского и медицинского). Первые кодифицированные семейно-правовые акты не исключали соглашений о разделе супружеского имущества (правда, в кодексе 1918 г. имущество имело режим раздельности), о детях, алиментах (с 1926 по 1944 г. — и для фактических супругов). Современный кодекс этот перечень существенно обогатил. В имущественной сфере возможны брачный договор, соглашение об определении долей в общем супружеском имуществе, соглашение о разделе последнего, соглашение о предоставлении материального содержания члену семьи, в лично-правовой — соглашение о заключении брака, определении места жительства ребенка, порядке осуществления права на воспитание родителем, проживающим отдельно от ребенка, порядке общения ребенка с родственниками[4], соглашение об определении имени или фамилии ребенка. В порядке диверсификации положений п. 2–3 ст. 31, п. 2 ст. 64 СК РФ родители могут, на наш взгляд, заключать также соглашение о реализации их прав и обязанностей по воспитанию ребенка и при совместном проживании — тем более что российские нормативы брачного договора подобной возможности не предусматривают. Конкретизация нормы п. 2 ст. 62 СК РФ вполне допускает соглашение между несовершеннолетними родителями и опекуном их ребенка. Соглашения также возможны между опекуном и родителем[5], усыновителем и родителем (с которым судом сохранена юридическая связь (п. 3–6 ст. 137 СК РФ)).

Право ребенка с 10 летнего (и тем более с 14-летнего) возраста участвовать в решении семейно-правовых вопросов не исключает возможности согласительных процедур и с его участием. Другое дело, что данная версия относится к перспективным, является скорее размышлением, нежели утверждением...

---

[1] См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 387–388.

[2] См.: *Максимович Л. Б.* Брачный договор в российском праве. М., 2003. С. 24.

[3] См.: *Михеева Л. Ю.* К вопросу о совершенствовании норм семейного законодательства, регулирующих отношения супругов по поводу имущества // Труды Института государства и права РАН. 2008. № 2. С. 178.

[4] Данный вид непосредственно в СК РФ не фиксирован, однако предполагается из сущности права родственников на общение с ребенком — до момента отказа его родителей в таком общении (норма п. 2 ст. 67 СК РФ согласительной процедуры по умолчанию не исключает).

[5] См.: *Чашкова С. Ю.* Указ. соч. С. 20.

К смешанному типу относятся договоры об опеке (в том числе о приемной семье, патронатном воспитании и т. д.), а также договор о суррогатном материнстве, которые предусматривают как лично-правовые, так и имущественные компоненты (по крайней мере по общему правилу). В перспективе не исключаются различные соглашения фактических супругов, если законодатель в той или иной мере пойдет на их юридическое признание.

О. Ю. Ильина полагает, что имеющийся в СК РФ перечень возможных семейно-правовых договоров в силу особенностей семейных правоотношений является исчерпывающим, хотя не исключает расширения их субъектного состава[1]. Однако, во-первых, мы только что обозначили и неочевидные версии. Во-вторых, что более существенно, как раз специфика семейных правоотношений (где личность, индивидуальность субъектов юридически значима, а большинство норм являются ситуационными), предполагает допущение самых разных вариантов конкретизации, в том числе и непоименованных соглашений. Что касается их малой исполнимости, то по отношению к ряду предусмотренных СК РФ договоров также в качестве последствия неисполнения есть лишь возможность обращения в орган опеки и попечительства и (или) в суд, причем не для обеспечения исполнения, а для самостоятельного и нового решения проблемы. Никто также не отменял диспозитивный, хотя и ограниченный общественным и государственным интересом (публичным порядком[2]) характер семейных правоотношений — отсюда невольная аналогия с гражданско-правовой конструкцией непоименованных договоров. Разумеется, подобную возможность целесообразно закрепить в Общей части СК РФ — в рамках условия о соответствии началам семейного законодательства (ст. 1).

Опираясь на принципиальные характеристики семейных правоотношений, описанные нами выше, и на систематизацию идей специалистов по семейному праву о сущности семейно-правовых договоров, можно хотя бы в относительном приближении зафиксировать особенности данной конструкции — как те из них, которые с очевидностью вытекают из содержания семейно-правовых норм, так и те, которые долженствуют быть, но на данном этапе не «онормативлены».

1. Цель семейно-правовых договоров (соглашений) — не только результат однородной (или «близкородной») потребности его участников; в сущностном аспекте она, как правило, не имеет аналогов в гражданском праве — создание супружеской семейной общности, воспитание и совоспитание добропорядочного члена общества (забота о физическом, нравственном, психическом здоровье ребенка, формирование у него навыков нормативно освященного общественного «выживания» через домашнее образование и дополнительное образование), безвозмездная поддержка нуждающегося члена семьи, справедливый раздел имущества, построение разумного, обеспечивающего интересы семьи имущественного режима в браке, вынашивание и рождение ребенка для бесплодной пары (одинокой женщины) и др.

2. Данный вид договоров отличает, как и в целом семейные правоотношения, специфичность субъектного состава — жених и невеста, супруги, родители, дети,

---

[1] См.: *Ильина О. Ю.* Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2007. С. 168–169.

[2] Видимо, именно значительность публичной составляющей, по мнению О. Ю. Ильиной, и должна препятствовать «договорному творчеству».

близкие родственники и иные родственники, свойственники, усыновители, попечители, фактические воспитатели, суррогатная мать, генетические родители и т. д.

За спиной участников договора нередко присутствует «ангел» (в «чертенка» он может превратиться лишь с подачи воспитателей) — ребенок, чей облик и содержательные возможности меняются с возрастом — до 10 лет, в 10 лет, 14(15) лет, 16 лет. Причем с 10-летнего возраста (через конструкцию обязательного согласия) и с 14-летнего возраста (через право самостоятельно защищать свои семейные интересы) в некоторых семейно-правовых договорах, например опеки и т. п., он может квалифицироваться как «соучастник».

В договорах могут присутствовать и другие «слабые стороны»: нуждающиеся члены семьи, супруг, не имеющий дохода или достаточного дохода по уважительной причине, супруг с ребенком-инвалидом и др.

3. На судьбу семейно-правового договора, как и в целом на судьбу семейного правоотношения, могут влиять этические и иные социальные характеристики личности его участников: договор опеки не заключается или расторгается в последующем, если попечитель — «отрицательный персонаж» с нравственной точки зрения, не в состоянии установить нормальный психологический контакт с ребенком; соглашение между родителями или между родителями и родственниками о воспитании ребенка изменяются или прекращаются с учетом аналогичных обстоятельств; некоторые положения брачного договора (или договора в целом) могут зависеть от установленного факта супружеской неверности и т. д.

4. В силу сложного взаимодействия публичных и частных начал, активного воздействия общественного и государственного интереса в стабильности и охране семьи и особой охране прав и интересов ребенка в семейно-правовой сфере значительно ограничена свобода договора в выборе «контрагента», вида и содержания соглашения. В то же время, как мы уже отмечали, для метода семейно-правового регулирования характерны ситуационные предписания, что распространяется и на исследуемую конструкцию: мера усмотрения сторон в неурегулированной части и содержание соответствующего решения весьма индивидуальны, богаты разнообразными деталями.

5. Семейно-правовые договоры, как правило, не являются самостоятельными юридическими фактами. Стороны связаны правами и обязанностями, определенными семейным законодательством, они уже состоят в правоотношениях[1], которые договором конкретизируются, дополняются (за исключением договоров об опеке, приемной семье, суррогатном материнстве, т. е. не вполне типичных для семейно-правовой сферы договоров, природа которых близка к комплексной).

6. Применение гражданско-правовых норм субсидиарно и по аналогии с договорными правоотношениями с семейным элементом возможно, но крайне ограничено. Простейшими образцами субсидиарности являются бланкетные предписания: а) с прямым адресованием к нормам ГК РФ: об исковой давности (п. 2 ст. 9, п. 7 ст. 38 СК РФ), о гарантиях для кредиторов при заключении брачного договора (п. 2 ст. 46 СК РФ), о несоблюдении установленной формы соглашения об алиментах (ч. 2 п. 1 ст. 100 СК РФ), об установлении, осуществлении и прекращении опеки и попечительства (п. 3 ст. 60, п. 3 ст. 145, ч. 2 п. 7 ст. 145,

[1] См., напр.: *Князева Е. В.* Семейно-правовой и гражданско-правовой договоры. С. 103; *Чашкова С. Ю.* Указ. соч. С. 7.

п. 1 и 3 ст. 147, п. 7 ст. 148 СК РФ), другое дело, что это не всегда обоснованно; б) с общим (абстрактным) адресованием к нормам ГК РФ: о долевой собственности (п. 2 ст. 30 СК РФ), о возмещении морального и материального вреда (п. 4 ст. 30 СК РФ), об изменении и расторжении брачного договора (п. 2 ст. 43 СК РФ), о признании его недействительным (п. 1 ст. 44 СК РФ) и др.

Косвенная же субсидиарность, как и прямая (бланкетная обоих видов), хотя и имеет в качестве предпосылки стремление законодателя к технологической экономии[1], не столь богата образцами и возможностями. Так, с одной стороны, положения о сделках к нашим случаям применимы по отношению к понятию сделки, вариантам формы сделки, общей конструкции ее недействительности. Но уже требования к действительности, основания и правовые последствия недействительности прочитываются в семейно-правовой сфере весьма специфично: а) заблуждение как основание признания брака недействительным (п. 1 ст. 28 СК РФ) в семейном законе не раскрывается — видимо, с расчетом на субсидиарное применение норм ст. 178 ГК РФ, однако последнее возможно только при ошибке в субъекте (например, в связи со сменой пола, нетрадиционной сексуальной ориентацией), да и то при большой толике судебного усмотрения в форме рискованного систематического толкования и конкретизации[2]; б) двусторонняя реституция в недействительном браке невозможна — ее исключает добросовестность одного из супругов, наличие ребенка да и сама сущность супружества в целом; в) фиктивные семейно-правовые сделки, кроме фиктивного брака, вообще не являются объектом внимания законодателя[3]; г) 10-тилетний ребенок, полностью недееспособный по канонам цивилистики[4], участвует в определении судьбы всех видов договоров опеки через конструкцию обязательного согласия (ст. 57 СК РФ).

7. Специфично прекращение семейно-правовых договоров путем расторжения. Самый яркий пример — расторжение брака не только на основании односторонней воли, но и на основе взаимного согласия. Расторжение или изменение договора в семейном праве, отмечает Е. В. Князева, практически никогда не выполняет функции защиты нарушенных прав участника (например, в соглашении об алиментах и даже брачном договоре)[5].

---

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 219–225.

[2] Анализируя изменения в ГК РФ, А. Ю. Зезекало полагает, что заблуждение в лице не может рассматриваться в качестве основания признания брака недействительным как совершенно неприменимое. СК РФ, полагает автор, содержит строго ограниченные исключения относительно этого вопроса (сокрытие лицом наличия у него венерической болезни или ВИЧ-инфекции). См.: *Зезекало А. Ю.* Новое в правилах о недействительности сделок, совершенных под влиянием заблуждения // Закон. 2015. № 9. С. 85. Однако никто пока не отменял нормы ст. 4–5 СК РФ. И никто не посягает на допущение разумного судебного усмотрения. Пока не будет непосредственной реакции на сущность и варианты конструкции заблуждения в СК РФ, отвечающей потребностям общественной практики, суды будут вынуждены обращаться к гражданскому законодательству — разумеется, основывая свои суждения на началах семейного законодательства.

[3] Подробнее см. соответствующий параграф.

[4] Как мы неоднократно отмечали в других своих работах, ребенок обладает «плавающей» дееспособностью, возраст начала которой СК РФ не определен, однако установлено несколько точек отсчета — 10, 14, 16(15) лет. См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014. С. 81–91, 104–108.

[5] См.: *Князева Е. В.* Указ. соч. С. 104.

8. По объективным и субъективным (в том числе ошибочным) причинам достаточно сложно решается либо вовсе не решается вопрос об ответственности за нарушение семейно-правовых договорных обязательств (кроме, пожалуй, правил п. 1 ст. 115 и п. 2 и 3 ст. 153.2 СК РФ, применяемых при ненадлежащем исполнении алиментных обязанностей, недобросовестном исполнении договора о приемной семье, нормы, ухудшающей положение недобросовестной стороны в недействительном браке и частично в брачном договоре). О. Н. Низамиева совершенно справедливо характеризует эту ситуацию как пробел, сопровождающийся «хождением по замкнутому кругу»: в общих положениях СК РФ (п. 2 ст. 8) императивно указывается, что защита осуществляется способами, предусмотренными кодексом, а последний их почти не предлагает. Один из выходов, считает автор, — изменить редакцию ст. 8, добавив указание на возможность защиты семейных прав и иными способами, не запрещенными семейным законодательством и соответствующим его началам[1]. При этом следует также иметь в виду, что применение мер ответственности возможно не во всех случаях — систематизация последствий неисполнения семейно-правовых договоров должна привести к конструированию общих правил, мер ответственности, мер защиты, оперативных мер воздействия на конфликтную ситуацию.

Многообразие семейно-правовых договоров, конечно, может быть подвергнуто различным классификациям. Во-первых, как мы уже отмечали, с точки зрения наличия имущественной составляющей и ее роли договоры образуют три группы: лично-правовые, имущественные и смешанные. Варианты субъектного состава не исключают многостороннего характера договоров (например, родители — близкие родственники ребенка). Большинство из них являются консенсуальными, но возможны и реальные (о приемной семье, патронатном воспитании, суррогатном материнстве) — для них характерна каузальность[2]. Н. Ф. Звенигородская также квалифицирует все семейно-правовые сделки как срочные[3]. Однако это излишне категоричное утверждение: так, соглашение об алиментах на ребенка может прекратиться и ранее достижения им 18 лет, например в связи с вступлением в брак. Не исключаются сделки с отменительным или отлагательным условием. Указанный автор констатирует особенности проявления в семейно-правовых сделках-договорах фидуциарного начала — по общему правилу они являются именно фидуциарными, основанными на лично-доверительном характере семейных правоотношений (брак, договор о передаче ребенка в приемную семью и т. д), в то же время фидуциарный тип сделки и личный характер правоотношения уравнивать нельзя, например при заключении алиментного соглашения доверительности может и не быть, а ее утрата (даже если она первоначально и была) не приводит к прекращению алиментного обязательства в одностороннем порядке[4]. Возможны и другие варианты классификаций. Некоторые из них будут рассмотрены нами в параграфах, посвященных отдельным видам семейно-правовых договоров (например, вопрос о возмездности и безвозмездности брачного договора).

---

[1] См.: *Низамиева О. Н.* Указ. соч. С. 105. См. также: *Чефранова Е. А.* Указ. соч. С. 23.

[2] См.: *Звенигородская Н. Ф.* Семейно-правовые сделки: проблемы классификации. С. 81.

[3] См. там же.

[4] См.: *Звенигородская Н. Ф.* Семейно-правовые сделки: проблемы классификации. С. 83.

Глава 2
СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫЕ И СМЕЖНЫЕ С НИМИ ДОГОВОРЫ: ТИПИЧНЫЕ, НЕТИПИЧНЫЕ И «АТИПИЧНЫЕ» КОНСТРУКЦИИ

2.1. Брак — не только и не столько договор…

2.1.1. Несколько тезисов о предпосылках и сущности брака

История мировой и российской доктрины предлагает нам множество вариантов определения сущности брака: одно из семи христианских таинств; самое полное общение мужчины и женщины на основе супружеской общности; социальный договор, налагающий на мужчин и женщин обязательства супружества и родительства; супружеская общность с целью создания семьи; соглашение (договор) о создании супружеской общности; юридически оформленный союз мужчины и женщины и т. д.

Поскольку «путешествия» в эту «загадочную страну» мы уже совершали в других своих работах, ограничимся соответствующими ссылками[1] и сосредоточимся на вопросах о конститутивных признаках брака, возможной их формализации и закрепления в семейном законодательстве (Семейном кодексе) в виде компромиссной дефиниции — как договорной или недоговорной конструкции.

Как известно, негативное отношение к подобной возможности составляет (или по крайней мере составляло) своеобразную традицию доктрины и законодательной практики — от французской классической цивилистики до цивилистики Российской империи и далее советской и постсоветской цивилистики. Лишь в последнее время в рамках Концепции совершенствования семейного законодательства, разрабатываемой профильным комитетом Госдумы РФ, сформировалась если не дефиниция, то по крайней мере принцип-дефиниция о целях и сущности брачного союза[2].

Вернемся, однако, к относительно недавней истории вопроса. Так, Н. В. Орлова констатировала, что во время обсуждения Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье (далее — Основы) выдвигались предложения привести в них или в республиканских кодексах определения основных понятий семейного права, прежде всего брака и семьи. Предложе-

---

[1] См.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 54–129. См. также: *Антокольская М. В.* Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 119–126; *Косарева И. А.* Институт брака: сравнительно-правовое исследование. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 5–24.

[2] См.: *Тарусина Н. Н.* Российское семейное законодательство: «Куда бежишь, тропинка милая?» // Социально-юридическая тетрадь. 2015. № 5. С. 17.

ния не были приняты. Автор полагает, что попытка сформулировать данные понятия в кодексах привела бы к расхождениям в этих базовых правовых конструкциях, которые должны быть едины во всех республиках СССР. Однако и попытка привести дефиниции в Основах была бы, по ее мнению, бесплодной ввиду комплексного характера институтов брака и семьи, сложности, многогранности этих явлений. Юридическое определение брака, пишет Н. В. Орлова, «неизбежно было бы неполным, ибо оно не могло бы охватить существенные признаки брака, лежащие за пределами права»[1]. (С Н. В. Орловой солидарны многие цивилисты[2]. Это подтверждается и отсутствием дефиниции брака во всех российских кодифицированных актах послеоктябрьского периода. В Своде законов Российской империи такая дефиниция присутствовала — в контексте, однако же, концепции брака-таинства.)

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

Во-вторых, ссылка на невозможность дать легальную дефиницию в принципе из-за комплексного характера предмета и наличия у него признаков за границами права также неубедительна. Удовлетворять «амбиции» всех наук, исследующих то или иное явление с разных сторон, не нужно — в противном случае мы должны были бы лишиться многих определений.

При этом констатация исключительного разнообразия определений брака в цивилистике — явное преувеличение. Во-первых, если изъять различного рода «филологические эпитеты», большинство дефиниций по существу совпадет. Во-вторых, определения брака предлагаются всеми цивилистами. Надо полагать, авторы убеждены в их правильности... В-третьих, в различные периоды истории цивилистики и в настоящее время всегда находились и находятся ученые, чьи определения почти текстуально совпадают, ибо они носят формально-юридический характер.

(Любопытно, что авторы санкт-петербургского учебника по гражданскому праву полагают, что российское законодательство «не дает определения брака, используя этот термин как общеизвестный»[3]. Если последнее верно, тем больше «лукавства» в аргументации невозможности дать законную дефиницию брака.)

Еще Г. Ф. Шершеневич определял брак как «союз мужчины и женщины с целью сожительства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме»[4]. Д. И. Мейеру брак, несмотря на последующие комментарии религиозного и этического порядка, представлялся «союзом лиц разного пола, удовлетворяющим известным юридическим условиям и дающим

---

[1] См.: *Орлова Н. В.* Правовое регулирование брака в СССР. М., 1971. С. 19.

[2] См., напр.: *Белякова А. М., Ворожейкин Е. М.* Советское семейное право. М., 1974. С. 87; *Ильина О. Ю.* Брак как новая социальная и правовая реальность изменяющейся России. Тверь, 2005. С. 10 и др.

[3] См.: Гражданское право / под. ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 3. М.: Проспект, 2007. С. 369.

[4] *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань, 1905. С. 586.

известные гражданские последствия»[1]. Дефиниции до 1960-х гг. (некоторые и позже), как правило, имели налет «романтизма», где наряду с формально определенными, сугубо нормативными формулировками присутствовали утверждения совершенно иного рода — о пожизненности союза, его ориентированности на взаимную любовь и уважение, непременно — на равноправие (последнее, впрочем, вполне объяснимо, так как безусловным достижением «послеоктябрьского права» был принцип гендерного равенства, что на протяжении какого-то времени следовало всячески подчеркивать, в том числе в целях правового воспитания). Например, А. И. Пергамент определяла брак как заключенный в органах ЗАГС «свободный пожизненный союз между мужчиной и женщиной, основанный на полном равноправии, на взаимной любви и уважении сторон, целью которого является образование семьи»[2].

На признак «пожизненности» союза в свое время также указывали Е. М. Ворожейкин, А. М. Белякова, В. И. Бошко и др.[3] Между тем очевидно, что праву на брак соответствует право на его расторжение (притом вытекающее из принципа свободы развода), поэтому данный признак не уместен ни в юридическом, ни даже в этическом плане, ибо, когда брак мертв, продолжать его, как известно, безнравственно (за исключением чрезвычайных случаев). Недаром некоторые цивилисты, например В. А. Рясенцев, допускали оговорку «в принципе пожизненный»[4], а Г. М. Свердлов в крайне идеологизированные и жесткие 1950-е гг. вовсе не упоминал указанного признака в определении брака[5], хотя далее, в главе о его прекращении, и писал, что брак в советском государстве, как правило, представляет собой пожизненный союз — таким он одобряется и поощряется советским обществом и социалистической моралью, таким он видится тем, кто вступает в брак[6]. (Впрочем, включить характеристику в дефиницию понятия и использовать ее при его толковании — не одно и то же.)

«Взаимные любовь и уважение» (О. С. Иоффе, А. И. Пергамент, Н. Г. Юркевич и др.[7]) также, безусловно, составляют основу многих браков (и должного «идеального» супружеского союза), однако они столь же необязательны, не относятся к конститутивным признакам брака. В то же время определенная логика в суждениях ученых есть. Так, среди основных начал Кодекс о браке и семье РСФСР 1969 г. в ст. 1 закреплял принцип построения «семейных отношений на добровольном брачном союзе женщины и мужчины, на свободных от материальных расчетов чувствах взаимной любви, дружбы и уважения всех членов семьи». Почти аналогичная декларация содержится в ст. 1 Семейного кодекса РФ 1995 г., а норма п. 3 ст. 31 СК РФ предписывает супругам «строить свои от-

---

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

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

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

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

[5] См.: *Свердлов Г. М.* Советское семейное право. М., 1958. С. 96.

[6] См. там же. С. 129.

[7] См.: *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. Т. 3. Л., 1965. С. 187; *Пергамент А. И.* К вопросу о правовом положении несовершеннолетних // Ученые записки ВИЮН. Вып. 3. М., 1955. С. 384; *Юркевич Н. Г.* Советская семья. Минск, 1970. С. 17.

ношения в семье на основе взаимоуважения и взаимопомощи». Очевидно, что принципам отрасли должны соответствовать принципы института (брака) и конкретные нормы о сущности брачного союза. Во многих случаях, как известно, «утрата чувства любви» объявляется сторонами бракоразводного процесса поводом к расторжению брака, а судьей признается доказательственным фактом невозможности сохранения семьи. Однако поскольку без любви и уважения иные браки начинаются, иные в таковые превращаются — и вопроса об их прекращении на этом основании заинтересованными лицами не ставится, т. е. «категорического императива» здесь нет, санкции не предусмотрены, постольку, видимо, данные характеристики не составляют юридической сущности брака. (Напомним, что еще Г. Ф. Шершеневич отмечал: «К семейным правам не должны быть причисляемы устанавливаемые законом права на взаимную любовь, уважение, почтение, потому что это мнимые права, лишенные санкции, — право имеет дело только с внешним миром, но не с душевным»[1].) Тем не менее приведенные нами нормы-декларации относятся к основным началам современного брачно-семейного законодательства — это факт юридической действительности, пусть и особого рода, не создающий конкретных субъективных прав и юридических обязанностей. Кроме того, практически, например в рамках судебного усмотрения при разрешении бракоразводных дел о признании брака недействительным как фиктивного, подобные размышления вполне возможны.

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

Соответственно, «любовь» и «дети», будучи идеальными, но универсальными конструктами брака, могут присутствовать в качестве идей в основных началах брачного союза, но не должны фиксироваться в качестве конститутивных признаков в его нормативно-правовом определении.

Имеются и дефиниции экспериментального типа. Так, Н. Г. Юркевич и М. Т. Оридорога возражали относительно термина «союз», который допускает «опасные» аналогии брака со сделкой, договором. Первый автор в качестве родовых использует два понятия («отношение» и «общение»): брак — правовое отношение, содержание которого составляют права и обязанности, «опосредствующие в установленных законом пределах общение сторон в интересах их самих, детей (если таковые имеются) и общества»[2].

---

[1] *Шершеневич Г. Ф.* Указ. соч. С. 584.

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

Второй автор, чтобы избежать указанной аналогии (или даже тождества) с гражданско-правовой сделкой, определяет исследуемое явление как юридически признанную духовную и физическую общность мужчины и женщины[1]. Однако, как справедливо заметила Н. В. Орлова, М. Т. Оридорога в своей позиции таким образом «просто обходит вопрос о том, что же служит основанием возникновения этой общности»[2].

Замена термина «союз» на предложенные не только не отрицает, что в основу таковых заложено некое соглашение о вступлении в «отношение-общение» или «общность», но и вводит в оборот понятия, также нуждающиеся в дефиниции, к тому же являющиеся для теории юриспруденции «новоязами» (впрочем, запрета на это нет, если «изобретение» обоснованно). Кроме того, эти термины вполне сопоставимы с термином «партнерство», что приближает брак к договорам специального вида, чего данные авторы пытались как раз избежать.

Многими цивилистами вводятся также такие характеристики, как «равноправие» (Г. М. Свердлов, В. А. Рясенцев, Н. В. Орлова, А. М. Нечаева, Г. К. Матвеев, О. А. Хазова и др.[3]), «добровольность», как вариант — «свободный союз» (Г. М. Свердлов, В. А. Рясенцев, Н. В. Орлова, А. М. Нечаева, Г. К. Матвеев, О. А Хазова[4], А. М. Белякова, Е. М. Ворожейкин[5], Л. М. Пчелинцева[6] и др.). Имеются в определении брака и указания на моногамность[7].

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

Сохранение всех перечисленных атрибутов при определении брачного союза — на наш взгляд, скорее дань традиции, сложившейся в первые годы после Октябрьского революции, традиции борьбы за женское равноправие, против принуждения к браку со стороны родителей и тому подобных факторов.

В. П. Шахматов и Б. Л. Хаскельберг справедливо отмечали, что признание добровольности, равноправности и пожизненности союза «не дают ответа на вопрос, что такое брак, а лишь характеризуют такие свойства брака, которые отвечают на вопрос, каким является (или должен являться) брак»[8].

---

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

[2] *Орлова Н. В.* Указ. соч. С. 23.

[3] См.: *Свердлов Г. М.* Указ. соч. С. 96; *Рясенцев В. А.* Указ. соч. С. 55; *Орлова Н. В.* Указ. соч. С. 19; *Нечаева А. М.* Семейное право. М., 2006. С. 90; *Матвеев Г. К.* Советское семейное право. М., 1985. С. 45; *Хазова О. А.* Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. И. М. Кузнецова. М., 2003. С. 33.

[4] См. там же.

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

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

[7] См., напр.: *Хазова О. А.* Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. С. 33.

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

В современных работах, посвященных браку, наметилась благосклонность к нормативной «карьере» его дефиниции. Этому, мы думаем, помимо прочего, способствовали и законодатели ближнего зарубежья. В этой связи Н.А. Матвеева справедливо замечает, что сам факт наличия в близкородственных законодательствах определения брака (несмотря на некоторые замечания по содержанию) является положительным и должен подвигнуть к тому же законодателя российского. Появление данной дефиниции, продолжает автор, способствовало бы пониманию сути брачных правоотношений, более точной квалификации недействительности брака, стало бы надежной правовой преградой попыткам нарушения принципа моногамии и идеи о бисексуальной природе брачного союза[1].

Несколько противоречивую позицию занимает И.А. Трофимец (Косарева). Так, автор, справедливо обращая наше внимание на то, что законодатель, используя термин «брак» в СК РФ 174 раза, видимо, должен хотя бы раз зафиксировать его содержание, высказывает следующее предположение: «Брак — это взаимный и добровольный, в принципе пожизненный союз мужчины и женщины, достигших брачного возраста, зарегистрированный в органах записи актов гражданского состояния при отсутствии препятствующих заключению брака обстоятельств, порождающий правоотношения супружества как личного, так и имущественного характера, заключаемый с целью создания семьи (совместного проживания и ведения общего хозяйства, а также рождения и воспитания детей)»[2]. В докторской же диссертации автор видоизменяет дефиницию: «Брак — это договор мужчины и женщины, достигших брачного возраста, основанный на чувствах взаимной любви и уважения, зарегистрированный в органах записи актов гражданского состояния при отсутствии препятствующих браку обстоятельств, порождающий правоотношения супружества как личного, так и имущественного характера, заключаемый бессрочно с целью создания семьи (совместного проживания, ведения общего хозяйства, рождения и воспитания детей)»[3].

Как мы видим, в более позднем определении появился тот самый эмоционально-этический контекст («любовь и уважение»), о котором ранее автор писала как о юридически безразличном, хотя и выражала о том сожаление[4].

Однако мы склонны упрекнуть И.А. Трофимец отнюдь не в изменчивости позиции (это нормально и часто полезнее позиции застывшей). Наши упреки скорее могут быть квалифицированы как принципиальное несогласие с технологией авторского дефинирования и использованного ею набора элементов.

Так, оба определения явно обросли излишними констатациями, на что мы уже обращали внимание в связи с анализом позиций других авторов. В первом есть указания на взаимность и добровольность союза, что очевидно по умолчанию (недаром заменив во второй формулировке термин «союз» на «договор», автор от них отказалась, видимо, сочтя требования взаимности и добровольности сторон именно очевидными).

---

[1] См.: *Матвеева Н.А.* Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси. М.: Юрлитинформ, 2008. С. 41.

[2] *Косарева И.А.* Институт брака: сравнительно-правовое исследование. С. 23–24.

[3] *Трофимец И.А.* Институт брака в России, государствах — участницах Содружества Независимых Государств и Балтии: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Хабаровск, 2011. С. 8.

[4] См.: *Косарева И.А.* Институт брака: сравнительно-правовое исследование. С. 21.

На наш взгляд, нет необходимости включать и условие о достижении брачного возраста. С одной стороны, для характеристики других цивилистических соглашений (договоров), в том числе и семейно-правовых, мы не упоминаем ни о возрасте, ни о дееспособности, с ним связанной, ибо они зафиксированы в специальных нормах — универсально и с необходимыми исключениями. С другой стороны, если И. А. Трофимец настаивает на возрасте как условии законности брачного союза, то надо идти до логического конца и включать положения об отсутствии другого зарегистрированного брака, близкого родства и т. д. Однако автор объединяет их под «знаменем» «препятствующих заключению брака обстоятельств», придавая им, видимо, качество условий «второго сорта». Утяжеляет дефиницию и дифференциация супружеских правоотношений на личные и имущественные — тем более что нормы, долженствующие следовать за предлагаемой новеллой, этот юридический потенциал супружества подробно раскрывают. Совершенно излишним, не имеющим юридического значения и даже дискриминационным представляется указание на одну из целей брака как семейной общности рождение и воспитание детей: как мы уже отмечали, немалое число пар страдают бесплодием, а родительство (в том числе с использованием репродуктивных технологий) — явление сугубо диспозитивное, хотя и активно государством поощряемое. Наконец, автором, по сути, предпринята при определении брака попытка дать и определение семьи — путем расшифровки ее сущности в скобках. Это, во-первых, явно не соответствует традициям законодательной техники; во-вторых, обедняет представление о семье, которая, как известно, строится не только на основе супружества; в-третьих, как, впрочем, и брак, не сводится к рождению и воспитанию детей. Следует также помнить о норме ст. 31 СК РФ, декларирующей свободу выбора супругами места жительства и рода занятий, реализация которой не исключает и раздельного проживания, весьма продолжительного, хотя и по уважительной причине[1]. Иными словами, определение семьи следует конструировать основательно в автономном нормативном предписании[2] с учетом как универсальности, так и индивидуальности данного явления.

Использование в дефиниции брака термина «договор» стало «фишкой» новейшего времени. Впрочем, справедливости ради следует согласиться с тем, что основания к этому имеются. Изюминка в другом — в обнаружении действительной природы данного союза — гражданско-правовой либо семейно-правовой. Так, М. В. Антокольская отмечает: «В той части, в которой брачные отношения регулируются правом, — это гражданско-правовые отношения. В другой своей части, которая лежит в религиозно-этической сфере, брак может рассматриваться как таинство, как мистический союз, предполагающий наиболее полное общение, или даже как средство достижения определенных выгод — все это лежит за границами права»[3]. Само заключение брака как соглашение и юридический факт не предназначено, продолжает автор, для конкретизации прав и обязанностей супругов — оно лишь порождает статус супружества; это соглашение

---

[1] Вспомним Штирлица и его мимолетную встречу с женой.

[2] Что и осуществляется законодателями ряда стран. См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 96–119.

[3] *Антокольская М. В.* Указ. соч. С. 122.

ничем не отличается от гражданского договора[1]. (Впрочем, еще Г. Ф. Шершеневич писал, что в основании брака лежит соглашение между сочетающимися, предполагающее, как и всякий договор, свободу воли и сознание[2].)

Доводя данную мысль до логического конца, предполагаем, что собственно брак (а не его заключение) — это не договорное правоотношение с конкретными правами и обязанностями, а особое гражданское правовое состояние, юридический факт, с возникновением которого связывается возникновение личных и имущественных правоотношений (значит, брак — не договор?). Именно к такому заключению можно прийти, следуя за рассуждениями автора. Собственно, этому же выводу споспешествовал и Г. Ф. Шершеневич: «Цель брака — *совместное сожительство* не только в смысле физическом, но и нравственном... С этой стороны обнаруживается различие между браком и обязательством, которые оба могут быть основаны на договоре. Когда договор направлен на исполнение одного или нескольких определенных действий, то последствием его будет обязательственное отношение, напр., в товариществе. Брачное соглашение не имеет в виду определенных действий, но, как общение на всю жизнь, оно имеет по идее нравственное, а не экономическое содержание»[3].

К сходному выводу приходит и А. П. Сергеев, пытаясь (и довольно плодотворно) определить из пространства классической цивилистики и ее методами юридически многослойную сущность брака. Семейный закон, пишет автор, регулирует отношения по заключению супружеского союза, соответственно, вне определения брака (по М. В. Антокольской) остаются отношения, возникающие между лицами, в него вступившими; этические, физические и тому подобные аспекты не безразличны праву, однако прямому его воздействию не подвергаются, а лишь учитываются при принятии тех или иных решений, «воспринимаясь при этом как данность, которая не может быть ни доказана, ни опровергнута, ни сведена к какому-либо одному знаменателю» (например, законодательство не предусматривает критерия, позволяющего достоверно установить, имели ли стороны намерение создать семью, но суду тем не менее приходится оценивать ситуацию в целом, включая и ее этическую сторону)[4]. Гражданско-правовой характер сделки — соглашения о заключении брака очевиден, продолжает А. П. Сергеев, в то же время возникающие из нее отношения имеют иную правовую природу, нежели породившая их сделка, — отношения супружества представляют собой институт особого рода (sui generis), притом не абсолютного, а относительного характера (поскольку существуют исключительно между супругами)[5]. Однако в предыдущем абзаце текста автор утверждает и о гражданско-правовом характере брака, опираясь на аргументацию, предложенную им в главе о семейных правоотношениях.

---

[1] *Антокольская М. В.* Указ. соч. С. 125–126.

[2] См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 586.

[3] Там же. С. 587.

[4] Следует заметить, что законодательство не устанавливает достоверных критериев и во многих других случаях (например, по делам о расторжении брака, определении места проживания ребенка, других спорах о детях и т. п.). Однако это не дает основания сомневаться в наличии правового регулирования — оно осуществляется на основе относительно неопределенных норм, в том числе ситуационных, в рамках судебного усмотрения. Подробнее об этом см., напр.: *Тарусина Н. Н.* Указ. соч. С. 73–76.

[5] См.: Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. С. 370–371.

Поскольку в настоящем сочинении мы уже предложили вниманию читателя несколько соображений об особенностях семейно-правовых договоров, в данном месте ограничимся соображениями собственно по поводу брака. Позиция А. П. Сергеева несколько противоречива. Во-первых, автор, все же констатируя различение брака и соглашения о его заключении, особую природу отношений супружества (sui generis), делает заявление о гражданско-правовом характере именно брака. Во-вторых, в означенные супружеские отношения он включает весь комплекс вариаций на заданную тему: отношения собственности и иные отношения по поводу имущества, отношения родительства и т. д. При этом о природе последних (лично-правовых) А. П. Сергеев однозначного ответа не дает, хотя и приходит к выводу, что в целом отношения супружества являются гражданско-правовым институтом, хотя и особого рода[1]. Впрочем, автор неизбежно акцентирует внимание на личной стороне собственно супружества (ст. 31 и 32 СК РФ), подчеркивая сравнительно скромное их место в системе супружеских отношений (в широком смысле) и объясняя это «“деликатностью” законодателя, избегающего вмешательства в интимную сферу супругов, в которой главную роль играют нравственные начала»[2]. Последнее замечание А. П. Сергеева, безусловно, справедливо.

Наконец в-третьих, А. П. Сергеев солидарен с нами и другими авторами в том, что, «определяя правовую природу соглашения о заключении брака, необходимо также иметь ввиду, что договор не является исключительно гражданско-правовым институтом, а издавна применяется и в сфере публичных отношений между государствами, и в трудовых отношениях, и многих других»[3].

В. В. Грачев, никогда ранее не обращавшийся к семейному праву[4] и взявшийся исследовать сущность брака «с чистого листа», подчеркивает, что понятие брака является семейно-правовым и, следовательно, цивилистическим, поэтому термины вроде «союза» использовать нельзя как не имеющие цивилистического содержания[5]. Из легального определения договора (п. 1 ст. 420 ГК РФ), продолжает автор, вроде бы должно следовать, что брак есть соглашение об установлении прав и обязанностей, однако воля брачующихся на это не направлена: супружеские права и обязанности возникают позже, с наступлением других предпосылок (например, факта приобретения общего имущества); заключение брака вызывает другие правовые последствия — изменение правового статуса мужчины и женщины, т. е. приобретение особого правового состояния (состояния в браке, или супружества). Соответственно, В. В. Грачев определяет брак как нуждающееся в государственной регистрации соглашение мужчины и женщины, направленное на возникновение состояния супружества.

---

[1] См.: Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. С. 370–371.

[2] Там же. С. 404.

[3] Там же. С. 371.

[4] В нашем контексте это скорее преимущество, происходящее от «свежести впечатлений» классического цивилиста.

[5] Однако не нужно забывать того очевидного обстоятельства, что В. А. Рясенцев, Е. М. Ворожейкин и другие классические цивилисты применяли данный термин, противопоставляя брак гражданско-правовой сделке, и многие современные специалисты по семейному праву лишь следуют сложившейся терминологической традиции, на что, кстати, и указывает В. В. Грачев. Традиции же, как известно, весьма сильны и нередко зело положительны.

Одновременно автор подчеркивает два значения этого понятия: «брак-договор» и «брак-состояние»[1].

Позиции М. В. Антокольской, А. П. Сергеева, В. В. Грачева (косвенно — и других цивилистов), безусловно, аргументированны и имеют право на существование. Однако же — и право подвергнуться определенным сомнениям.

Отвергая иную (не гражданско-правовую) природу соглашения о браке и имея в виду разнообразие природы договоров, авторы опираются на очевидную (для них) принадлежность семейного права к праву гражданскому. (Впрочем, ряд цивилистов, как мы уже отмечали, и трудовой договор продолжают причислять к гражданско-правовому типу.) Это, как известно, аксиомой не является.

Между тем и условия законности брачного союза (бисексуальность, моногамность, отсутствие близкого родства, весьма специфические правовые «качели», касающиеся брачного возраста и т. д.), и форма соглашения (с регистрацией в органах ЗАГС, как правило в торжественной форме[2]), и последствия (супружество), и способы прекращения (в том числе развод по трем вариантам сценария: с зависимостью от наличия общих несовершеннолетних детей, с ограничением мужа в праве инициирования развода, с обязанностью суда разрешить сопутствующие браку вопросы и т. д. (ст. 17, 19, 21, 23, 24 СК РФ)), и, наконец, особенности признания брака-договора недействительным (например, брака с несовершеннолетним (п. 2 ст. 29 СК РФ)) — все свидетельствует о «магии» семейно-правового договора, а не о прагматизме гражданско-правового.

О. С. Иоффе задолго до нашей острой дискуссии и, возможно, даже не предвидя ее, отмечал, что сходство супружеского союза со сделкой действительно очевидно, так как брак возникает на основании юридического акта, совершенного с намерением породить правовые последствия, однако его социальное содержание и эти правовые последствия исключают его квалификацию в качестве одной из разновидностей гражданско-правовых сделок[3].

А. П. Сергеев, М. В. Антокольская, В. В. Грачев, безусловно, правы, подчеркивая, что термин «брак» используется законодателем в двух значениях: в смысле юридического факта — соглашения, порождающего супружество, и в смысле особого правового состояния (статуса), т. е. собственно супружеской общности. И именно в этом, по мнению ученых, коренится ошибка большинства специалистов по семейному праву, не различающих эти два значения, настаивающих на негражданско-правовой природе явления брака, в то время как последний акцент преимущественно адресован ко второму смыслу.

Справедливости ради, например, А. П. Сергеев замечает, что подобная тенденция в известной мере характерна для цивилистики (в узком контексте — для гражданского права) в целом: и в юридической литературе (М. И. Брагинский, В. В. Витрянский), и в судебных решениях понятия договора и порождаемого на его основе обязательства отождествляются, в то время как самостоятельность каждого из них как правовых институтов не вызывает сомнений[4]. На это обсто-

---

[1] См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. М., 2009. С. 414–415.

[2] Эта особенность может быть усилена в связи с возможным de lege ferenda признанием юридического значения венчания или иного религиозного обряда.

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

[4] Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 3. С. 370.

ятельство мы уже обращали внимание в первой гл. 1: указание на два (и даже три — вместе с договором-документом) значения договора не составляет ошибки, а лишь обогащает содержание данного явления, на что и указывается в том числе и в цитируемом издании: договор — это и соглашение о возникновении, изменении или прекращении прав и обязанностей, и то правоотношение, которое возникает между сторонами в связи с заключением такого соглашения. В доктрине и на практике особенных затруднений при дифференциации данных смыслов нет, хотя прецеденты «спутанного сознания» встречаются; соответственно, к договору-сделке применяются нормы об условиях ее действительности, составе и т. д., к договору-правоотношению — общие нормы об обязательствах[1].

Если фокусироваться на этих данных, обнаруживается некоторое расхождение в позиции означенного цивилистического «триумвирата»: А. П. Сергеев как бы предполагает для брака значение правоотношения (комплексного супружеского), а М. В. Антокольская и В. В. Грачев этого не предполагают, сводя договорное предназначение брака к моменту его заключения (и в отдельных случаях «возобновляя» его — для прекращения путем развода или аннулирования путем признания недействительным).

Точка зрения А. П. Сергеева, на наш взгляд, точнее отражает положение «вещей» — как юридических, так и фактических. Качество правового состояния как разновидности юридического факта отнюдь не исключает возможности иметь и качество правоотношения (не говоря о том, что последнее — также разновидность юридического факта).

Неопределенность, малая степень конкретизации норм СК РФ о браке как правоотношении свидетельствует не об отрицании оного в статусе брака — особого договорного семейного правоотношения (брачного «обязательства», если угодно), а о недостаточной разработанности проблемы.

В то же время полагание А. П. Сергеевым супружества комплексным правоотношением личного и имущественного характера скорее олицетворяет весь институт брака. (Подобный подход давно известен. Например, некоторые процессуалисты рассматривают гражданский процесс как сложное правоотношение между судом и другими субъектами процесса по гражданскому делу, как совокупность групп отношений «суд — истец», «суд — ответчик» и т. д. и как единичное отношение суда[2] и, например, истца по поводу разрешения ходатайства о назначении генетической экспертизы.)

Однако такая «картина» брачного мира имеет в достаточной степени абстрактный либо, напротив, чрезмерно усложненный, детализированный характер, потому что вектор массы юридических связей на основе супружества практически стремится в бесконечность. А. П. Сергеев, как мы уже отмечали, имеет в виду отношения собственности, родительства (и даже наследования).

---

[1] См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева. Т. 1. М.: Велби, 2008. С. 838–839. См. также: Гражданское право / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Ч. I. СПб.: Проспект, 1996. С. 428; Гражданское право / отв. ред. Е. А. Суханов. Т. II. М.: Статут, 2011. С. 136.

[2] См., напр.: *Гурвич М. А.* Основные черты гражданского процессуального правоотношения // Советское государство и право. 1972. № 2. С. 31; *Елисейкин П. Ф.* Гражданские процессуальные правоотношения. Ярославль, 1975. С. 10.

Е. М. Ворожейкин и другие специалисты по семейному праву также рассматривают брачное правоотношение как сложное по составу и содержанию: вступая в брак, супруги приобретают всю совокупность прав и обязанностей — право на определение места жительства, на фамилию, выбор занятия, право требовать совместного решения вопросов семьи, право на развод, совместное имущество, материальную поддержку. Однако А. П. Сергеев делает настораживающую оговорку: если это имущество есть (например, подарки на свадебу)[1] и не включает, видимо, в перечень элементов сложного (комплексного) брачного правоотношения последующие вариации по поводу собственности, тем более по поводу материнства и отцовства, ибо они составляют самостоятельное родительское правоотношение[2].

С одной стороны, отрицание качества конкретного правоотношения у брака неконструктивно. Оно возникает после вступления в силу соглашения о его создании и длится до прекращения или признания недействительным. С другой стороны, рассмотрение его как сложного комплекса юридических связей, в том числе имущественного типа, допустимо в исследовательских целях, а также в бытовом контексте. Однако в строгом, собственном смысле брачное (супружеское) правоотношение является лично-правовым, а для всего прочего — юридическим фактом.

Данное правоотношение представляет собой такую лично-правовую связь мужчины и женщины, которая заключается в супружеском сожительстве (как правило, сопровождающимся совместным проживанием с ведением общего хозяйства или же проживанием раздельным — в том числе в рамках реализации не только индивидуальной свободы выбора места жительства, рода занятий, но и иной общности быта) и совместным решением вопросов семьи.

Примечательно, что В. В. Бутнев, критикуя позицию другого члена означенного цивилистического «триумвирата» В. В. Грачева, правда, совершенно по иному поводу (по вопросу о наличии или отсутствии гражданско-процессуальной обязанности по доказыванию), также обращается к его точке зрения на брак как соглашение о достижении особого супружеского состояния. В. В. Бутнев разделяет точку зрения о том, что правовое состояние, будучи длящимся действием, в определенных случаях не исключает возможности его бытия в образе правоотношения, также имеющего длящийся характер, правовую связь между участниками общественной жизни[3]. Утверждение о том, продолжает автор, что заключение брака само по себе не порождает супружеских правоотношений, противоречит не только закону, но и здравому смыслу; регистрация брака порождает правовую связь независимо от того, проживают ли супруги в общем жилом помещении, приобретают ли имущество в совместную собственность, исполняют ли «супружеские обязанности», рожают ли и воспитывают детей и т. д. «Из утверждений В. В. Грачева, — кон-

---

[1] См.: *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. М., 1972. С. 127–130.

[2] Если доводить идею до логического конца, то следовало бы включать в содержание брачного правоотношения и приемное родительство, и усыновление и т. д., что абсурдно.

[3] На это обращали внимание и другие ученые: в качестве юридического факта нужно рассматривать правоотношение, «которое и является, по сути дела, фактом-состоянием». См.: *Ярков В. В.* Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992. С. 28.

статирует В. В. Бутнев, — следует, что супруги, зарегистрировав брак, еще не стали субъектами брачных правоотношений. Эти правоотношения возникли, если, выйдя из загса, они приобрели бутылку водки (возникло совместно нажитое имущество). Нелепость этого вывода очевидна». Если между мужчиной и женщиной возникает состояние супружества, продолжает автор, значит, между ними возникает и определенное правовое (супружеское) правовое отношение, правовая связь[1].

О. Ю. Косова, констатируя факт усиления в современном правоведении внимания к семейно-правовой проблематике, в то же время с сожалением подчеркивает, что в содержании ряда специальных публикаций утрачиваются четкие смысловые контуры социальной сущности брака как «института особого рода», в то время как данная традиционная концепция лежит (или должна лежать) в основе правовой конструкции супружества и юридического определения брака. «По-видимому, — продолжает автор, анализируя как российскую историю сомнений в ценности институтов брака и семьи (20-е годы XX в.), так и современные тенденции узаконения в его пределах фактических союзов и однополых партнерств[2], — в периоды разрушения сложившегося уклада и кризиса национальной культуры [...] конъюнктура привносит в законодательство субъективизм, игнорирование народного опыта, ошибочные юридические решения»[3]. Между тем, подчеркивает О. Ю. Косова, семья, именуемая «традиционной», концентрирует ряд таких существенных признаков, которые, в принципе, за исключением тех или иных деталей, характеризуют семейную организацию жизни людей на всех территориях и во все эпохи (семья — малая социальная группа, члены которой связаны брачными или родственными узами, общностью быта, взаимной поддержкой и ответственностью; ее социальная необходимость обусловлена объективной потребностью общества в воспроизводстве — физическом и духовном — своих граждан); в основе такой семьи наряду с родственными семейными союзами лежит «традиционный» брак, который может и должен считаться модельным, «поскольку он отвечает интересам выживания и позитивного развития общества, несет в себе потенциал жизни и культуры». Все остальные варианты являются сожительством и к юридической природе брака прикосновения не имеют. Брак является публично оформленным, публично признаваемым и публично охраняемым союзом именно потому, что он жизненно важен для общества[4]. Как цивилист автор, конечно, через конструкцию «союз» не может отрицать соглашения как юридической предпосылки брака и последующего постоянного взаимного согласования поведения супругов в интересах семьи в качестве базиса супружества, однако с очевидностью подчеркивает, будучи «цивилистом социальной направленности», что типичные гражданско-правовые представления и атипичные новей-

---

[1] См.: *Бутнев В. В.* Обязанность доказывания и ее место в механизме защиты субъективных гражданских прав // Проблемы гражданского права и процесса. Ярославль: ЯрГУ, 2012. С. 68–69.

[2] О фактическом браке и указанных партнерствах подробнее см. соответствующие параграфы данного учебного пособия.

[3] См.: *Косова О. Ю.* Брак: «институт особого рода» или «партнерство»? // Государство и право. 2015. № 8. С. 44–45.

[4] См.: *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 46.

шие веяния в сфере брака общественно вредны[1]. Браку — «браково», партнерствам — «партнерствово».

Часть современных законодателей из ближнего зарубежья предлагают нам опытные образцы вполне компромиссного определения супружества. Так, украинские законодатели, возвращая нас в юридический (и вполне традиционный) реализм, полагают браком «семейный союз женщины и мужчины, зарегистрированный в органе государственной регистрации актов гражданского состояния» (ст. 21 «Понятие брака» Семейного кодекса Украины). Законодатели Белоруссии фактически присоединяются к еще более традиционным доктринальным определениям (за вычетом эпитетов, не имеющих, как мы отмечали, юридического значения): «Брак — это добровольный союз мужчины и женщины, который заключается в порядке, на условиях и с соблюдением требований, определенных законом, направлен на создание семьи и порождает для сторон взаимные права и обязанности» (ст. 12 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье). Нетрудно заметить, что первый вариант, по сути, включает оба смысла — брак как соглашение и правоотношение, второй акцентируется на значении юридического факта, что, кстати, едва ли соответствует глубинной сущности «замысла» белорусского законодателя, явно опирающегося в своих представлениях на концепцию брака — «института особого рода» (это подтверждается общим смыслом белорусского семейного кодекса).

С учетом правомочных доктринальных уточнений и опыта соседей можно предположить, что российскому законодателю следовало бы понимать под браком *основанные на юридически оформленном соглашении отношения мужчины и женщины, имеющие целью создание и поддержание семьи с правами и обязанностями супругов*.

2.1.2. Несколько тезисов о недействительности брака

Определенной актуализации подвергаются конструкции условий действительности брака. Так, региональные решения о снижении в исключительных случаях брачного возраста обусловлены не только национальными традициями, но и слабо мотивированными позициями соответствующих законодателей, например, центральной России, причем выборочно: в Ярославской области руководствуются федеральным лимитом, в Московской, Владимирской, Калужской, Рязанской, Тверской и др. — региональными исключениями дифференцированного типа[2], создавая, по мысли известного классика, «рязанскую, калужскую ... законность» в вопросе наступления полной гражданской дееспособности» с 14 или 15 лет. Отсюда и размышления о возврате к общефедеральному правилу, возможно более либеральному, совпадающему с гражданско-правовыми возрастными характеристиками, а также об индивидуализации решения о снижении брачного возраста в рамках не административного, а судебного усмотрения (тем более, что несовершеннолетний гражданин именно

---

[1] Сентенции после предыдущей сноски филологически О. Ю. Косовой, конечно же, не принадлежат.

[2] Подробнее см., напр.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 109–112; *Косарева И. А.* Институт брака: сравнительно-правовое исследование. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 54.

с 14 лет имеет право самостоятельно защищать свои субъективные семейные права и интересы в суде[1]. Это нашло отражение и в Концепции совершенствования семейного законодательства, разработанной профильным комитетом Государственной Думы РФ[2].

Среди несколько экзотических предложений выделяется рассуждение о возможном отступлении от полного запрета брака с недееспособным. Так, И. А. Трофимец (Косарева), опираясь на законодательную и правоприменительную практику Франции и (выборочно) Ближнего Востока, полагает допустимым разрешить недееспособному гражданину вступать в брак, если на то будет воля опекуна и рекомендация лечащего врача. «По наблюдениям медиков, — пишет автор, — в некоторых случаях вступление в брак лиц, страдающих душевными болезнями или слабоумием, может оказать благотворное влияние на состояние их здоровья, а также большинство умственно неполноценных людей осознают сущность брака, вследствие чего считается, что несправедливо лишать их права на пребывание в супружестве», — и заключает: при условии, что психическое расстройство неопасно для окружающих, а состояние в супружестве, по заключению психиатра, может способствовать выздоровлению или хотя бы улучшению душевного здоровья, подобное отступление от классического правила целесообразно[3].

Казалось бы, нам, пропагандистам идеи о самостоятельности конструкции семейно-правового договора, нужно ухватиться за данное предложение как за отдаляющее эту конструкцию от «диктата» гражданского права... Однако не все средства хороши, хотя сама идея, действительно, лишний раз свидетельствует о крайней специфичности отношений с семейным элементом (тем более что она внедрена в стране Гражданского кодекса Наполеона). Во-первых, соглашение о создании супружеской общности, даже если не полагать сам брак договорным правоотношением, относится к числу строго личных, где представительство воли подопечного неприемлемо. Во-вторых, брак — исключительно значимый юридический факт, порождающий массу правовых последствий, включая разнообразные семейно-правовые, гражданско-правовые и другие юридические связи, для которых фигура третьего лица, опекуна, не является универсальной. В-третьих, само утверждение о том, что «большинство умственно неполноценных людей осознают сущность брака», содержит в себе очевидное противоречие с конструкцией недееспособности, предположенной экспертом и объявленной судом. Хотя следует констатировать косвенный, весьма опосредованный, но все же позитивизм законодателя по обсуждаемому вопросу: судебное признание супруга недееспособным не влечет обязательности прекращения с ним брачного союза, а ведет лишь к назначению ему опекуна и упрощению процедуры развода для второго супруга; в ситуации же конфликта интересов между ними, когда один супруг является опекуном другого и злоу-

---

[1] Если, разумеется, расширительно толковать норму ч. 2 п. 2 ст. 56 СК РФ и применять систематическое толкование иных норм о судебных возможностях 14-летнего лица (п. 3 ст. 62, ст. 142 СК РФ и др.).

[2] Подробнее см.: *Тарусина Н. Н.* Российское семейное законодательство: «Куда бежишь, тропинка милая?» // Социально-юридическая тетрадь. 2015. № 5. С. 17–31.

[3] См.: *Трофимец И. А.* Актуальные вопросы заключения и прекращения брака на постсоветском пространстве. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 83–85.

потребляет своими супружескими возможностями, в принципе не исключается судебное инициирование расторжения брака по заявлению прокурора или органа опеки и попечительства (благо нормы ст. 45–46 ГПК РФ этого не отрицают[1]). Впрочем, следует также заметить, что законодатель вольно или невольно не реагирует и на другие подобные противоречия. Например, факт смены пола одним из супругов непосредственного влияния на юридическую судьбу брака — и даже родительства — не оказывает. И это при том, что однополые союзы, в принципе, для российского законодателя неприемлемы[2]. Наконец, в-четвертых, преодоление абсолютности запрета противоречит также рассуждениям (в том числе и И.А. Трофимец) о необходимости по медицинским причинам углубления ограничений для брака по родству: в обеих ситуациях возникает генетическая опасность для потомства. Разумеется, с одной стороны, запреты в полной мере этого предотвратить не могут, однако с другой — законодателю не следует множить подобные возможности.

Среди других в той или иной мере актуализирующихся аспектов правового регулирования заключения брачного союза выделяется гендерный, национальный (допущение полигамии), религиозный (аналоги государственной регистрации). Первый будет подробно рассмотрен нами в параграфе о партнерствах с семейным элементом. Актуальность второго[3] (кроме вариативности брачного возраста в соответствии с национальными традициями), скорее меньшая, нежели большая, пока с очевидностью подавляется стратегическими идеями о светском и европейском выборе России, которые, впрочем, постепенно корректируются[4]. Третий аспект предполагает некоторое сближение позиций церковного брачного права и светского семейного законодательства, возвращает к жизни идею юридического признания акта венчания или иной религиозной процедуры — в качестве альтернативы государственной регистрации или этапа узаконения супружеского союза для верующих различных конфессий[5]. При внедрении подобной вариативности специфичность брачного соглашения значительно усугубится. Хотя очевидно, что и действующая брачная конструкция исключительно далека от гражданско-правового договора — как по целевому назначению, субъектному составу, условиям законности, так и в аспекте признания брака недействительным либо его прекращения путем расторжения.

Что касается таких пороков воли, как обман и заблуждение, первый имеет лишь единственную фиксированную правом спецификацию — одностороннюю фиктивность цели создания семьи (этот вариант будет рассмотрен нами в параграфе о фиктивных семейно-правовых сделках), а второй уже проанализирован

---

[1] См.: *Тарусина Н.Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 192.

[2] Подробнее об этом см. соответствующий параграф данного учебного пособия.

[3] Следует заметить, что национальный и религиозный контексты в идее полигамии, конечно же, связаны между собой.

[4] Подробнее см.: *Антокольская М.В.* Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 134; *Трофимец И.А.* Указ. соч. С. 11–12; *Тарусина Н.Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 58–65.

[5] См., напр.: *Гавриш И.В.* Соотношение норм Семейного кодекса Российской Федерации и брачного права Русской православной церкви // Семейное и жилищное право. 2010. № 2. С. 24–25; *Муратова С.А.* Семейное право. М., 2001. С. 65; *Гавриш И.В.* Легализация религиозного брака: проблемы и перспективы // Семейное и жилищное право. 2012. № 4. С. 10–13.

нами при характеристике субсидиарных возможностей гражданского законодательства при регулировании договорных отношений семейного типа. Другие «разрушители» действительности брачного союза — родство, заболевания определенного вида и т. п. — неоднократно рассмотрены нами в предыдущих трудах[1].

Как мы отмечали выше, между различными требованиями, предъявляемыми к семейному союзу мужчины и женщины для того, чтобы объявить его браком, существует определенная субординация. При отсутствии регистрации — хотя бы и были соблюдены все прочие условия — нет брака и его правовых последствий (до тех пор, разумеется, пока мы не вернемся к юридическому признанию и защите фактического супружества). Напротив, если государственная регистрация осуществлена, правовые последствия возникают, несмотря на несоблюдение любого из условий (или их совокупности) вступления в брак: приобретает силу презумпция действительности брака — как следствие презумпции действительности административно-правового акта, которая может быть опровергнута только в судебном исковом порядке.

Впервые презумпция действительности брака, как и многие другие презумпции, была сформулирована в римском частном праве: semper praesumitur pro matrimonio (всегда существует предположение в пользу законности (действительности) брака). Это означает, что при надлежащем оформлении брака следует исходить из предположения о существовании порождаемой им семейно-правовой связи между субъектами — супругами. Об этом свидетельствует общественная практика: как правило, в брачный союз вступают с соблюдением законных требований о возрасте, взаимном и свободном согласии, дееспособности, отсутствии близкого родства и т. п., которые регистрирующий орган далеко не всегда может проверить, не имея соответствующей и компетентенции[2]. Презумпция играет и стабилизирующую роль, выводит из-под «меча сомнения» массовое и социальное явление брака. Одновременно, как всякая иная презумпция, она имеет прежде всего гражданско-процессуальное значение, возлагая обязанность своего опровержения на заинтересованное лицо или уполномоченное лицо, поименованное в нормах ст. 28 СК РФ[3].

Недействительность брака есть признанная судом его порочность в связи с несоблюдением условий его заключения, последствием которой является аннулирование брачного правоотношения. Примерно такое же определение дается В. П. Шахматовым: «Недействительность брака — это его дефектность, обусловленная нарушением в момент его регистрации установленных законом требований, предъявляемых к вступающим в брак»[4].

Институт недействительности брака то появлялся, то исчезал на российском «правовом горизонте»: например, Кодекс 1918 г. четко проводил различие

---

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 117–122; Биомедицинское право в России и за рубежом / Г. Б. Романовский, Н. Н. Тарусина, А. А. Мохов [и др.] М.: Проспект, 2015. С. 221–230 и др.

[2] См.: *Баженова О. И.* Действительность брака в Российской Федерации. М., 2006. С. 14–15.

[3] Данная презумпция, в отличие от презумпции отцовства в браке, в российском семейном законе не сформулирована — она выводится путем систематического толкования норм п. 2 ст. 1, п. 2 ст. 10, п. 1 ст. 27, ст. 28 СК РФ и др.

[4] *Шахматов В. П.* Законодательство о браке и семье (практика применения, некоторые вопросы теории). Томск, 1981. С. 11.

между разводом и признанием брака недействительным, в кодексе 1926 г. данный институт отсутствовал — при нарушении условий вступления в брак можно было ставить вопрос о судебном оспаривании записи о регистрации брака, стабильный вариант законодательной редакции был закреплен в кодексе 1969 г. и был подтвержден — разумеется, с изменениями — СК РФ 1995 г.

С. Н. Братусь и П. Е. Орловский, комментируя сущность данного института, отмечали, что «признание брака недействительным является санкцией в отношении лиц, регистрирующих его с нарушением установленных законом условий»[1]. М. Т. Оридорога в целом разделяет данную точку зрения: «...юридический смысл категории недействительности брака заключается в правовом воздействии на лиц, заключивших его с нарушением требований закона; государство отказывается признавать законность данного правоотношения и аннулирует его, оказывает принуждение на стороны и ставит их в юридически невыгодное положение»[2]. А. М. Рабец, полагая, как и многие другие цивилисты[3], исследуемую конструкцию санкцией, уточняет, что «семейно-правовой санкцией является не сама недействительность брака, а устанавливаемые законом последствия недействительности брака»[4]. Однако это уточнение едва ли основательно и соответствует общей формуле санкций, куда включаются и главный компонент (признание недействительным, т. е. аннулирование правоотношения), и конкретные элементы в виде тех самых последствий, о которых пишет автор. Так трактуется сущность данной санкции и М. В. Антокольской[5], и В. А. Рясенцевым[6], и другими цивилистами.

М. В. Кротов усматривает сущность санкции в исследуемом случае не в мере защиты и не в мере ответственности: основная цель нормы — в констатации того, что стороны не достигли желаемого правового результата[7]. Однако это не так. М. В. Антокольская совершенно справедливо отмечает, что в зависимости от наличия или отсутствия вины у стороны или обеих сторон «санкция — признание брака недействительным» сводится либо к мере ответственности (фиктивный брак, обман и т. п.), либо к мере защиты (когда стороны не знали о близком родстве, о фактической недееспособности и т. д.) — соответственно за правонарушение или за объективное противоправное поведение[8]. Это вполне отвечает доктринальному представлению о дифференциации санкций вообще[9].

---

[1] См.: Комментарий к Кодексу о браке и семье РСФСР / под ред. С. Н. Братуся и П. Е. Орловского. М., 1971. С. 74.

[2] См.: *Оридорога М. Т.* Брачное правоотношение. Киев, 1971. С. 67.

[3] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 2002. С. 117; *Рясенцев В. А.* Указ. соч. С. 71; *Пчелинцева Л. М.* Семейное право. М., 1999. С. 115; *Тихиня В. Г.* Комментарий к Кодексу Республики Беларусь о браке и семье / под ред. В. Г. Тихини, В. Г. Голованова. Минск, 2000. С. 55 и др.

[4] *Рабец А. М.* Алиментные обязательства между супругами. Томск, 1974. С. 15

[5] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 1997. С. 125.

[6] См.: *Рясенцев В. А.* Семейное право. М., 1967. С. 71.

[7] См.: Гражданское право. Ч. 3 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. С. 339.

[8] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 1997. С. 127.

[9] В цивилистике высказываются и иные точки зрения о сущности недействительности сделки и, в частности, о соотношении недействительности и противоправности. Так, Д. О. Тузов полагает, что указанные характеристики сделки автономны: не всякая недействительная сделка противоправна — иное приведет к признанию, например, недееспособного субъекта

В. П. Шахматов, Б. Л. Хаскельберг предлагают различать недействительные и несостоявшиеся браки. Последние являются следствием сговора одного из «вступивших в брак» и должностного лица органа ЗАГС. Так, в результате противоправных действий работника сельского совета и некоей гражданки был зарегистрирован ее брак с Дмитруком в его отсутствие и вопреки его желанию[1]. И такие казусы не единичны. Для несостоявшихся браков характерно, что о регистрации брака «супруги» или один из них обычно узнают после того, как она была произведена. Их нельзя, продолжают авторы, квалифицировать как недействительные браки, ибо последние не всегда ведут к полному аннулированию всех правовых последствий. Речь должна идти о «несостоявшихся браках», юридическую реакцию на которые необходимо оформлять иском об аннулировании записи о несостоявшемся браке. В известном смысле, считают ученые, недействительные и несостоявшиеся браки соотносятся между собой как оспоримые и ничтожные сделки[2]. Однако, на наш взгляд, это было бы неточно, так как и те и другие составляют «клиентуру» института недействительности сделок (ст. 166 ГК РФ). Другое дело, что подобная параллель уместна при сравнительном анализе различных оснований признания брака недействительным: есть обстоятельства, которые влекут недействительность априори, исключая судебное усмотрение, и есть такие, что предполагают альтернативное развертывание событий в гражданском процессе. В то же время сама конструкция несостоявшихся браков представляется нам основательной и заслуживает внимания de lege ferenda — тем более что правовые последствия должны быть иные, в частности целесообразно не распространять на них правила о «льготировании» добросовестной стороны (п. 4–5 ст. 30 СК РФ)[3].

Хотя семейный закон не разделяет порочность брака на ничтожную и оспоримую разновидности, соответствующие представления цивилистики могут и должны быть использованы при его анализе. Так, М. В. Антокольская полагает, что по своей правовой природе любое признание брака недействительным идентично признанию недействительной оспоримой сделки[4]. Аналогичной точки зрения придерживается и М. В. Кротов, впрочем, с некоторым уточнением своей позиции: недействительность брака определяется по правилам об оспоримых сделках, поскольку она может быть установлена только судом, однако существует ряд обстоятельств, наличие которых могло бы служить ос-

---

сделки правонарушителем. См.: *Тузов Д. О.* Теория недействительности сделок. Опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. С. 44. Однако мы полагаем, что дифференциация противоправности по субъективному и объективному (объективная противоправность) критериям в значительной мере данную проблему разрешает.

[1] См.: *Шахматов В. П., Хаскельберг Б. Л.* Новый кодекс о браке и семье РСФСР. С. 123.

[2] См. там же. С. 125–126.

[3] М. В. Кротов полагает, что, с точки зрения правовых последствий, брак, совершенный с нарушением основных правил его регистрации, ничем не отличается от незарегистрированного брака. При этом для ликвидации правовых последствий брака все равно потребуется признание его недействительным. См.: Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Т. 3. М., 2007. С. 392. Однако необходимо все же дифференцировать процедурные нарушения на те, которые может преодолеть сам орган ЗАГС (например, внести необходимые изменения в запись, произведенную с ошибками), и те, которые влекут применение судебной процедуры, — притом о признании недействительности записи о браке, а не брака.

[4] См.: *Антокольская М. В.* Указ. соч. С. 125.

нованием для распространения на недействительный брак правил о ничтожных сделках (например, недееспособность лица)[1]. Большинство же авторов учебников по семейному праву вообще не классифицируют данные явления на основе классических критериев цивилистики, вероятно, по умолчанию предполагая сходство недействительного брака с оспоримыми сделками, но избегая при этом прямых аналогий[2].

Между тем в цивилистике не достигнуто соглашения о четких критериях отнесения той или иной сделки к оспоримым либо к ничтожным. По мнению Д. О. Тузова, наиболее близко к раскрытию сути такого деления подошла теория, основанная на критерии публичного и частного интереса, хотя и она не может претендовать на универсальность значения (ярким примером могут служить сделки с недееспособными лицами, которые затрагивают частные интересы: по законодательству Франции они относятся к оспоримым, по законодательству России и Германии — к ничтожным)[3].

А. П. Сергеев полагает, что вопреки мнению некоторых авторов между оспоримыми и ничтожными сделками нет сущностных различий, а критерии их разграничения носят формальный характер, достаточно произвольно толкуемый законодательством. Причем два признанных критерия их дифференциации (порядок признания сделки недействительной (п. 1 ст. 166 ГК РФ), круг лиц, имеющих право на предъявление иска (п. 2 ст. 166)[4]) также не являются универсальными — в ряде случаев требуется или не исключается возможность предъявления исков о признании недействительной ничтожной сделки, а для некоторых оспоримых сделок закон не приводит перечня лиц — инициаторов судебного процесса[5].

Тем не менее В. В. Грачев, используя данные ориентиры, полагает, что ничтожным должен считаться брак, заключенный с нарушением требований нормы ст. 14 СК РФ, а оспоримым — брак, заключенный с лицом, не достигшим брачного возраста, под влиянием заблуждения, обмана или в состоянии фактической недееспособности, а также фиктивный брак[6]. Соответственно, различным образом выстраивается перечень инициаторов судебного процесса, и разную природу имеют иски: в первом случае заявляется преобразовательный иск (о прекращении состояния супружества), во втором — установительный иск о признании отсутствия состояния супружества[7].

---

[1] См.: *Кротов М. В.* Указ. соч. С. 390–391.

[2] Определенное влияние, видимо, оказывает внутрицивилистическая дискуссия о статусе семейного права и природе института брака в частности. Нетрудно заметить, что сторонники его возврата в систему гражданского права, как правило к соответствующим аналогиям адресуется напрямую.

[3] См.: *Тузов Д. О.* Указ. соч. С. 299.

[4] В отличие от оспоримой ничтожная сделка недействительна сама по себе — независимо от признания ее таковой судом.

Требовать признания оспоримой сделки недействительной могут только поименованные в законе лица, ничтожной же — всякие заинтересованные лица.

[5] См.: Гражданское право. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. С. 490–493.

[6] При том что фиктивный брак цивилисты относят к мнимым сделкам, т. е. к ничтожным. См., напр.: *Антокольская М. В.* Указ. соч. С. 131. Подробнее о фиктивном браке см. соответствующий параграф.

[7] См.: Гражданское право. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева. М., 2009. Гл. 62. § 3.

Итак, основаниями признания брака недействительным служат нарушения позитивных условий его заключения или несоблюдения запретов (ограничений), предусмотренных нормами ст. 12–15 СК РФ, а также обстоятельства, зафиксированные в нормах п. 1 ст. 27, ч. 2 п. 1 ст. 28 СК РФ.

Право на предъявление иска в значительной степени дифференцировано — как раз в зависимости от объективной стороны деяния. Так, прокурор назван в качестве возможного инициатора процесса во всех случаях, кроме случая сокрытия одним из супругов соответсвующих заболеваний (п. 3 ст. 15, ч. 5 п. 1 ст. 28 СК РФ). Орган опеки и попечительства вправе предъявить иск о признании брака недействительным, если нарушено условие о брачном возрасте, дееспособности или запрет брака в отношениях усыновления. Наиболее широкий круг инициаторов процесса предусмотрен в случае несоблюдения требований ст. 14 СК РФ: супруг, не знавший о наличии препятствий, супруг по предыдущему нерасторгнутому браку, опекун недееспособного, другие лица, права которых нарушены заключением брака, орган опеки и попечительства, прокурор. И во всех случаях такое право принадлежит добросовестному супругу (ст. 28 СК РФ).

Существо ряда нарушений не обусловливает безусловную порочность брака. Так, брак, заключенный с лицом, не достигшим совершеннолетия, которому не был снижен брачный возраст в законном порядке, может быть объявлен судом действительным (исцелен, санирован), если этого требуют интересы несовершеннолетнего супруга, а также при отсутствии его согласия на признание брака недействительным (п. 2 ст. 29 СК РФ). Суд не может признать брак фиктивным, если стороны до рассмотрения дела в порядке гражданского судопроизводства фактически создали семью.

Суд может признать действительным брак, если к моменту рассмотрения дела отпали обстоятельства, которые препятствовали его заключению. Очевидно, что единственным непреодолимым препятствием вследствие своей неизменности является близкое родство.

Санации же при нарушении принципа единобрачия присуща особенность действия во времени и пространстве: если нарушитель до судебного рассмотрения дела успел расторгнуть первый брак, то второй может влечь последствия только с момента прекращения первого (это вытекает из систематического толкования норм ст. 25 и п. 1 ст. 29 СК РФ). По общему правилу брак не может быть признан недействительным после его расторжения, за исключением случаев близкого родства либо состояния одного (обоих) супругов в момент регистрации брака в другом нерасторгнутом браке. Мы полагаем, что данное положение п. 4 ст. 29 СК РФ (уточненное нами в части множественности нарушителей) не является разумным и справедливым, так как различие между казусами может состоять лишь в предприимчивости и динамизме тех, кто успел расторгнуть брак, который в противном случае мог быть признан недействительным. Поскольку правовые последствия развода и недействительности построены принципиально по-разному, постольку правильно было бы ограничиться такой альтернативой, как санация недействительного брака судом.

Каковы же эти последствия? Если при расторжении брака брачное правоотношение прекращается на будущее время с соответствующей модификацией смежных правоотношений (имущественных, по воспитанию детей и т. д.),

то при признании брака недействительным общим правилом является двусторонняя реституция, т. е. приведение сторон в первоначальное положение с момента его заключения. В то же время, коль скоро брак не гражданско-правовая сделка, а особая разновидность семейного правоотношения, основанного на договоре, существо которого не допускает столь формализованного подхода ко всем событиям, происшедшим с супругами до судебного признания их отношений недействительными, семейный закон традиционно предусматривает изъятия из общего правила. Первое касается статуса детей: недействительность не влияет на их права (п. 3 ст. 30 СК РФ). Второе касается добросовестного супруга: суд полномочен признать за ним права в отношении алиментирования, раздела имущества на основе семейно-правовых принципов по брачному договору; добросовестный супруг волен требовать возмещения причиненного ему материального и (или) морального вреда, а также сохранить избранную им при регистрации брака фамилию.

Следует признать, что построение схемы правовых последствий не во всех правовых системах совпадает с российской[1]. Так, в Японии существенно дифференцируются последствия в зависимости от характера нарушения: пороки воли ведут к недействительности брака и реституции, а нарушение условия о брачном возрасте, единобрачии и запрета брака между близкими родственниками — к аннулированию брака и отрицательным последствиям только на будущее время[2]. В Болгарии правовые последствия «уничтоженного» брака приравниваются к последствиям развода, а недобросовестность в первом имеет значение вины во втором (п. 1 ст. 98 СК) (о брачной вине см. главу о прекращении брака). Однако в большинстве стран общее правило о правовых последствиях признания брака недействительным приблизительно совпадает с российским вариантом.

2.1.3. Несколько тезисов о прекращении брака

Применительно к спецификации брака как семейно-договорного правоотношения или, если это более предпочтительно в аспекте смысла и в лингвистическом аспекте, как правоотношения, основанного на договоре, безусловным своеобразием отличается способ его прекращения.

Предпосылки построения процедуры расторжения брака сводятся к трем основным идеям: 1) свобода брака предполагает свободу его расторжения; мера относительности этой свободы существенно отличается от предусмотренной законом для гражданско-правовых договоров, ввиду известных особенностей брачного правоотношения, возможного осложнения ситуации «третьей жизнью» (детьми), общественным и государственным интересом в защите этой жизни и семьи в целом как важнейших «атомов» российского общества; 2) указанные интересы исключают прекращение супружеского союза автономной волей его участников без вмешательства административной или судебной власти;

---

[1] См., напр.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. Т. II. М.: Международные отношения, 2005. С. 530–531; Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. С.Н. Бабурина, Р.А. Курбанова. М.: Юнити, 2013. С. 311–320.

[2] См.: *Вагацума Сакаэ, Ариндзуми Тору.* Гражданское право Японии. М., 1983. С. 186–187.

3) расторжение брака связано с девиантным, конфликтным развертыванием ситуации, даже если речь идет о взаимном согласии супругов на его прекращение; 4) соглашение сторон или непримиримая позиция одной из них оказывают существенное влияние на бракоразводный процесс как с законодательной, так и с правоприменительной точки зрения, вовлекая в процесс административную процедуру, мировую юстицию или юстицию суда общей юрисдикции; 5) необходимость конкретизации, уточнения родительского статуса (место проживания ребенка, порядок реализации прав и обязанностей по его воспитанию и содержанию) требует интеграции бракоразводного процесса и активной позиции суда.

Разумеется, в достаточно бодром состоянии находится дискуссия об обоснованности действующих вариантов снятия брачной конфликтности — прежде всего о целесообразности судебной подведомственности дел рассматриваемой категории. Однако цели нашего исследования не предполагают углубления в данные сомнения — они нами неоднократно проанализированы в других трудах[1]. Ограничимся лишь констатацией того, что судебная форма рассмотрения и разрешения брачного конфликта составляет устойчивую традицию и мировой, и российской юриспруденции. Возможно, она должна сопровождаться или предваряться процедурой медиации, которая заложена в качестве перспективной в упомянутой выше Концепции совершенствования семейного законодательства и составляет предмет активного обсуждения в среде специалистов по семейному праву[2]. Впрочем, мы более склонны к идее судебной специализации[3] (семейные суды нам пока недоступны — прежде всего по экономическим соображениям), сопровождающейся психологической поддержкой в рамках неформальной примирительной процедуры.

С учетом обозначенного информационного ограничения мы констатируем также лишь наиболее явные проблемы и противоречия, обусловленные действующими правилами бракоразводного процесса. 1. Развод по взаимному согласию — институт, не имеющий закрепления в Гражданском процессуальном кодексе РФ (ГПК РФ). Его природа не вполне ясна: безусловно, это не исковое производство, но и едва ли — особое производство (хотя белорусский законодатель выбрал именно данный вариант), так как правила ст. 23 СК РФ о присоединении к требованию о расторжении брака вопросов о месте проживания ребенка и его алиментировании и инициативной позиции суда при их разрешении не находятся в «русле» данного вида производства. Введение подобного института обоснованно, однако (вследствие безалаберности или без-

---

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 175–201; *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 266–279; и др.

[2] См., напр.: *Елисеева А. А.* Институт медиации в условиях инновационного развития российского общества // Журнал российского права. 2011. № 9. С. 34–39; *Иванова М. С.* Использование медиации при урегулировании споров о расторжении брака: теоретический и практический аспект // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования. Тверь, 2015. С. 84–87.

[3] См., напр.: *Боровиковский О. А.* Отчет судьи. Т. 2. СПб., 1892. С. 214, 263–264, 271, 273; *Юркевич Н. Г.* Некоторые вопросы развода в свете социологии /// Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 44; *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 541–547.

различия?) не вписано в систему гражданского процесса. 2. Примирительная процедура при спорном разводе формальна, она не выполняет своих задач. Это, кстати, является одним из аргументов сторонников отказа от судебного способа разрешения брачного конфликта (аргумента вполне типичного: суды перегружены, процедура неэффективна — уходим в административную «тину» для констатации «смерти» брака). При этом, как известно, в СК РФ наличествует пикантная процессуальная подробность: после отложения дела слушанием для примирения суд не вправе отказать в иске, если хотя бы одна из сторон настаивает на прекращении супружества (ч. 2 п. 2 ст. 22). Данная оговорка целесообразна, но также не отвечает канону ГПК. 3. Вопиющим противоречием этому же канону являются правила ст. 23 и 24 СК РФ об обязанности суда инициативно решить вопросы о месте проживания ребенка и взыскании в его пользу алиментов, если не заявлены требования или не представлено соответствующее соглашение. Понимая неправомерность этих правил, одни процессуалисты предлагают их не исполнять (в силу приоритетности норм ГПК), а другие (вслед за Верховным Судом РФ) — толковать их весьма спорным образом: как право суда выйти за пределы заявленного требования[1]. Поскольку требование не предъявлялось, то выйти за его пределы — результат «разыгравшейся фантазии», предположение же о том, что брачное правоотношение включает в себя правоотношения родительства и предоставления ребенку материального содержания — итог чисто теоретического спорного рассуждения, не подкрепленного общими положениями доктрины и законодательства. При этом цели обсуждаемых правил вполне добротны — нужно лишь наконец найти их оптимальное воплощение, заодно дополнив объем судебной инициативы вопросом о порядке общения с ребенком при раздельном с ним проживании.

Таким образом, с одной стороны, особенности брачного правоотношения, специфические черты брака как договора безусловно и ярко проявляются на полотне гражданского процесса, с другой стороны, они далеко не всегда гармонично взаимодействуют с принципиальной позицией творца данного полотна, высвечиваются как его технические ошибки — при общей оригинальной концепции воплощения действительности. Это преодолимо — была бы к тому воля.

2.2. Фактический брак как непоименованный договор, юридическое ничто или нереализованная справедливость?

В основе фактического брака, как и в основе рассмотренного нами «законного» брака, лежит договор. В зависимости от юридического признания такого союза этот договор является либо правовым (хотя нередко и непоименованным), либо только фактическим, не производящим юридических последствий.

Указанный термин весьма условен в тех правовых системах, в том числе и в российской, где при отсутствии акта государственной регистрации соответствующего союза мужчины и женщины брака вообще нет (п. 2 ст. 10 СК РФ).

[1] Подробнее см.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 195–199; *Бутнев В. В., Тарусина Н. Н.* Очерки по теории гражданского процесса. С. 225–240.

В определенном смысле эти фактические союзы «создает само право тем, что фиксирует границы брака»[1].

Первой формой фактического брака являлся *парный брак*. Он же был и единственной формой индивидуального союза мужчины и женщины, породившего далее парную семью (в противовес родье — семейному союзу брата, сестры и детей сестры[2]). Поскольку парный брак не имел правовой формы, он как бы являлся фактическим браком «в чистом виде» — в этом и состоит условность его видовой роли. Современный конкубинат (фактический брак), отмечает М. Босанац, можно было бы рассматривать как «рефлекторный остаток парного брака»[3].

Второй исторической формой являлся римский *брак sine manu,* который появился как «противовес» браку cum manu и строился на свободном соглашении мужа и жены и их равноправии в семейном союзе. Возникнув из простого брачного сожительства для избежания manus (власти мужа), этот брак заключался, отмечал И.А. Покровский, путем простого *брачного соглашения,* за которым следовал привод жены в дом мужа, сопровождавшийся, конечно, различными бытовыми обрядами, которые, однако, юридического значения не имели. «Полная бесформальность брака при формальности целого ряда других, менее важных юридических актов, — подчеркивал автор, — представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческим происхождением брака sine manu. Эта бесформальность сохранилась в римском праве до самого конца; лишь уже в Византии была установлена необходимость церковного венчания»[4].

Параллельно с браком sine manu существовала и классическая историческая форма фактического брака — *конкубинат*. Он рассматривался римскими юристами как постоянный союз мужчины и женщины без обоюдного намерения вступить в брак[5]. «В римском правопорядке конкубинат, — подчеркивают И. Пухан и М. Поленак-Акимовская, — не был чисто фактическим отношением, безразличным для права или даже незаконным, а формой союза, разумеется, уступающей браку, однако признаваемой правом»[6]. Конкубинат имел место всякий раз, отмечают авторы, когда союз не мог притязать на уровень брака из-за отсутствия какого-либо из необходимых условий или по причинам социального характера (например, из-за непрестижности связи сенатора и вольноотпущенницы); во избежание кривотолков всякий, кто желал иметь в качестве постоянной наложницы женщину («свободнорожденную и честную»), должен был об этом заявить в присутствии свидетелей. Брачным законодательством Августа для конкубината были введены определенные требования, в отсутствие которых данный союз становился безразличным для права, а в некоторых случаях — даже незаконным: запрет родства, состояния в браке или в другом конкубинате, долговременность и стабильность совместного проживания.

---

[1] *Босанац М.* Внебрачная семья. М., 1981. С. 48.

[2] См., напр.: *Семенов Ю.И.* Происхождение брака и семьи. М., 1974. С. 266–279.

[3] *Босанац М.* Указ. соч. С. 55.

[4] *Покровский И.А.* История римского права. СПб., 1998. С. 453.

[5] См., напр.: *Гарридо М.Х.Г.* Римское частное право: казусы, иски, институты. М., 2005. С. 271.

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

Дети, родившиеся в конкубинате, назывались liberi naturales («природными»)? и поэтому они хотя и не были связаны с отцом юридически, все же находились в лучшем положении по сравнению с vulgo quaesiti (рожденными вне брака) — посредством узаконения они могли подняться на уровень детей, рожденных в браке[1]. На конкубину, в отличие от жены, не распространялось достоинство положения мужа, и она не входила в его семью[2].

Близким по сущности союзом был contubernium — долговременный и привычный фактический союз между рабом и рабыней, между свободным мужчиной и рабыней или между рабом и освобожденной женщиной. Он также не вполне игнорировался правом (например, родство, возникшее из данного союза, признавалось препятствием для заключения брака[3]).

Конкубинат (естественный, дикий брак) и contubernium воспринимались, по характеристике Ч. Санфилиппо, вполне толерантно — в отличие от adulterium (половой связи лиц, из которых хотя бы одно находилось в браке), инцеста (связи между родственниками), запрещенных и влекших наказание, а также случайных или временных связей с рабами, рабынями, блудницами и другими женщинами сомнительного поведения, наказания за которые, как правило, не следовало[4].

Фактические браки (невенчанные, не внесенные в метрические книги) существовали и в более позднее время, в том числе и на Руси — даже после ее крещения и введения церковного брака[5]. Уже в XIX в. получили распространение гражданские браки русских разночинцев с атеистическими убеждениями.

Своеобразным примером фактического брака был союз Ж.-Ж. Руссо с госпожой Рену. Знаменитый брак Ж.-Ж. Руссо, который исповедовал идею брака как вида общественного договора, был «заключен» через 25 лет после его фактического начала. В книге Н. С. Суворова «Гражданский брак» приводится описание этого события. Брачная церемония, по словам Ж.-Ж. Руссо, совершалась «во всей простоте и во всей истинности природы»: в одной из комнат своей квартиры в присутствии двух свидетелей, держа за руку госпожу Рену, Ж.-Ж. Руссо произнес речь о той дружбе, которая соединяла их в течение 25 лет, и о принятом ими решении сделать этот союз нерасторжимым; затем он спросил свою сожительницу, разделяет ли она его чувства, и, получив положительный ответ, произнес речь об обязанностях супружества. (Ровно через год после этой церемонии мадам Руссо оставила своего супруга. Философ протестовал, требуя соблюдения обоюдного согласия на развод, т. е. такого же договора, которым совершался брак. Но его протест Руссо не принес результата[6].)

«Фактические брачные отношения, — отмечают В. И. Данилин и С. И. Реутов, — это более или менее продолжительные и устойчивые отношения между мужчиной и женщиной, которые живут одной семьей, ведут общее хозяйство». Фактический брак, продолжают авторы, — это «не гражданско-правовая сдел-

---

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

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

[3] См. там же.

[4] См.: *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права. М., 2000. С. 113.

[5] См., напр.: *Нижник Н. С.* Правовое регулирование семейно-брачных отношений в русской истории. СПб., 2006. С. 15–16; *Пахман С. В.* Обычное гражданское право в России. М., 2003. С. 394.

[6] См.: *Суворов Н. С.* Гражданский брак // Юридическая библиотека. 1896. № 11. С. 39–40.

ка (что косвенно вытекает из действующего закона), а союз преимущественно личного характера, весьма близкий зарегистрированному браку»[1].

Современные формы фактических браков, сожительства, партнерства, фактического супружества достаточно разнообразны — и в аспекте сущности, и в терминологическом аспекте. М. Босанац из всего спектра вариантов предпочитает называть устойчивые союзы мужчины и женщины конкубинатом, разумеется, в широком (не римском) смысле. Конкубинат, по мнению автора, характеризуется неформальным возникновением, устойчивыми отношениями между партнерами, лишенными необходимости лицемерить и осознающими легкость не требующего формальностей разрыва[2]. Автор определяет конкубинат как длительный внебрачный союз мужчины и женщины, не намеревающихся формально закрепить семейные отношения[3].

Опираясь на судебные исследования фактического брака как основного и наиболее распространенного доказательственного факта в гражданском процессе по делам об установлении внебрачного отцовства (ст. 48 Кодекса о браке и семье РСФСР; практика применения ст. 48 и 49 Семейного кодекса РФ), можно сделать некоторые дополнения о существе данного внебрачного союза. Так, правило ч. 2 ст. 48 Кодекса о браке и семье РСФСР являлось своеобразным косвенным признанием частичного юридического значения фактического брака: доказанность совместного проживания и ведения общего хозяйства матерью (истицей) и предполагаемым отцом (ответчиком) до рождения ребенка при отсутствии обстоятельств, исключающих факт происхождения от данного лица (командировка, результаты гинекологической, урологической экспертизы и т. п.), вела к удовлетворению соответствующего иска. По сути это была правоприменительная презумпция отцовства в фактическом браке. Совместное проживание подтверждалось (и подтверждается в настоящее время, так как фактические презумпции, как и нормативные, есть результат человеческого опыта, который не зависит от включения или невключения тех или иных словосочетаний в текст нормы права) наличием обстоятельств, характерных для семейных отношений: проживание в одном жилом помещении, совместное питание, взаимная забота друг о друге, совместный досуг и т. д. Ведение общего хозяйства трактуется как удовлетворение повседневных бытовых потребностей путем приобретения продуктов питания, приготовления пищи, уборки помещения, стирки белья, покупки предметов домашнего обихода и обстановки, вещей личного пользования и т. п.[4]

Таким образом, фактический брак есть союз мужчины и женщины, характеризующийся устойчивым, длительным совместным проживанием, ведением общего хозяйства, организацией досуга, а при наличии детей — родительской заботой о них, т. е. поддержанием семейных отношений. Значит, главное — нахождение лиц в отношениях, характерных для супругов, в неюридическом контексте — в тождественных.

---

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

[2] См.: Босанац М. Указ. соч. С. 55.

[3] См. там же. С. 54.

[4] См., напр.: *Шахматов В. П.* Законодательство о браке и семье. Томск, 1981. С. 126.

В литературе высказана и иная точка зрения о сущности фактического брака. Так, М. В. Кротов пишет: «Фактическим браком именуются отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированных в установленном законом порядке»[1]. Это не совсем так. В данном союзе могут не соблюдаться условия о возрасте, дееспособности, моногамии (лицо может — пусть и формально — состоять в зарегистрированном браке), запреты, касающиеся состояния в близком родстве или отношений усыновления. Поскольку фактический брак безразличен семейному закону, первый может отвечать тем же. Другое дело, если бы он имел семейно-правовое значение — тогда бы суд, устанавливая данный юридический факт, оценивал существо отношений во взаимосвязи с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку.

История советского и российского семейного права применительно к вопросу о взаимодействии фактического брака и закона весьма противоречива. Как известно, в Кодексе законов о браке, семье и опеке 1926 г. данное явление получило правовое признание. Обсуждение проекта этого кодекса, особенно в обозначенной части, проходило весьма бурно. Так, Г. М. Свердлов отмечал, что послевоенная разруха и трудности нэпа ставили многих женщин в зависимое положение от экономически более сильной стороны; в кулацкой и нэпманской среде весьма распространились «браки на срок», или «сезонные браки» батрачки с хозяином с целью эксплуатации ее труда в сочетании с иными удовольствиями... Это требовало правовой охраны фактических брачных отношений[2].

Д. И. Курский, наиболее активно защищавший новации проекта, писал, что оградить права женщины, особенно в кратковременных, «сезонных» союзах, необходимо: в условиях безработицы алименты от бывшего мужа на год или полгода позволят ей хотя бы частично «встать на ноги», найти работу. Спекулирование женщин на алиментах (явление «алиментарных женщин») есть раздувание в тенденцию отдельных фактов[3]. Прежний кодекс, продолжал автор в другом своем докладе, был принят, когда безраздельно господствовал церковный брак и не имелось другого способа оформления брачного союза — отсюда и столь решительное и жесткое требование регистрации (хотя уже и тогда раздавались голоса в поддержку фактического брака). Регистрации, однако, следует придать то значение, которое она и должна иметь,— «значение технического средства при спорах о правах, вытекающих из брака»[4]. Ранее фактические браки были как бы сомнительными в глазах общества и часто одного из фактических супругов — они перестанут быть сомнительными, «если дело будет поставлено во время спора в судебном порядке и рядом доказательств будет установлено, что эта брачная связь носила длительный характер, что она фактически признавалась вовне...» «Придет время (я глубоко убежден в этом), — заключал автор, — когда мы приравняем регистрацию во всех отношениях к фактическому браку или уничтожим ее совсем»[5]. Можно говорить о грядущем замещении

---

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

[2] См.: *Свердлов Г. М.* Советское семейное право. М., 1958. С. 72.

[3] См.: *Курский Д. И.* Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 302–303.

[4] См. там же. С. 245–246.

[5] Там же. С. 290.

фактическим браком брака зарегистрированного, так как первый представляет собой исключительно свободный союз без «юридических оков» и, следовательно, является прообразом коммунистического типа отношений между мужчиной и женщиной[1].

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

Консервативные[2] взгляды по этому поводу еще достаточно распространены. Так, Л. П. Короткова и А. П. Вихров полагают, что семья изначально образовывается и пребывает только в рамках закона. Сожительство как брачное состояние без регистрации не порождает семейно-правовых последствий и свидетельствует о легкомыслии в брачных отношениях, об их «аморфности» и ненадежности, о безответственности перед семьей и обществом и в конечном счете о неприятии признаваемой законом и государством семьи[3].

Ряд известных цивилистов — специалистов по семейному праву не комментируют эту ситуацию, ограничиваясь констатациями положений Кодекса законов о браке, семье и опеке 1926 г. и ссылками на соответствующие веяния европейской семейно-правовой доктрины[4].

Некоторые из современных авторов начала XXI в. вообще обходят проблему молчанием[5]. Другие, не отрицая ее перспектив, полагают, что в настоящее время почва для решительных шагов еще не готова (например, О. Ю. Ильина[6]) и, возможно, еще не скоро будет готова (О. Ю. Косова[7]). Третьи настаивают на варианте весьма ограниченного признания (С. В. Сивохина, А. В. Слепакова)[8].

Между тем основополагающий принцип советского и современного российского брачного права о признании браком лишь союза, прошедшего государственную регистрацию, подвергается весьма основательным сомнениям.

Так, уже в начале 70-х гг. XX в. мысль о допустимости возврата семейно-правовой защиты фактического брака была высказана С. И. Реутовым[9]. В 1983 г. и в последующие годы в довольно резкой форме и в развернутом виде она была

---

[1] См.: *Курский Д. И.* Избранные статьи и речи. М., 1958. С. 290.

[2] Авторы отнюдь не придают данному термину сколько-нибудь негативный смысл.

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

[4] См., напр.: *Нечаева А. М.* Семейное право. М., 2006. С. 73, 91–92.

[5] См., напр.: *Пчелинцева Л. М.* Семейное право России. М., 2004.

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

[7] См.: *Косова О. Ю.* «Фактические браки» и семейное право // Правоведение. 1999. № 3. С. 95.

[8] См.: *Сивохина С. В.* Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: дис. ... канд. юрид.наук. Самара, 2006. С. 117; *Слепакова А. В.* Фактические брачные отношения и право собственности // Законодательство. 2001. № 10. С. 15.

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

представлена в работах автора настоящего исследования[1]. С разной степенью позитива смотрят на проблему М. В. Антокольская, О. А. Косова, М. В. Кротов и другие цивилисты.

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

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

В 1989 г. в России насчитывалось 36 млн брачных пар, в 2002 г. — 34 млн (9,7% от общего количества супружеских пар). Впервые в истории российских переписей в последний раз считали не только официально зарегистрированные браки, но и случаи внебрачные сожительства мужчин и женщин (фактические браки), количество которых составило около 3 млн. Согласно переписи 2010 г. их доля составила уже 13%. Таким образом, фактические браки, существовавшие как социальное (а в отдельные периоды правовой истории — и юридическое) явление всегда, в последние годы приобретают все большую распространенность.

«Никакой законодательный запрет, — пишет М. В. Кротов, — не может исключить из обычной жизни внебрачные связи длительного характера, которые сами стороны, желая того или нет, признают фактическим браком. ...Общественная мораль в отношении фактических браков также претерпела определенные изменения, все более и более смягчая ту нетерпимость в отношении фактических браков, которая господствовала в 70–80-е годы»[2].

Не считаться с данным аспектом реальности нельзя. Недаром, отнюдь не «лоббируя» правовую защиту фактического супружества, О. Ю. Косова тем не менее утверждает: «...С точки зрения социологического толкования семьи очевидно, что и фактический брак нельзя не считать семейным союзом, если он выполняет те же социальные функции, что и семья, основанная на зарегистрированном браке»[3]. Однако, как мы уже отмечали в параграфе об институте брака, автор в одной из новейших работ[4] настойчиво подчеркивает принадлежность к данному институту («особого рода») только «традиционного» супружества, основы «традиционной» семьи, объективно имеющих для общества высшую и непреходящую ценность, и утверждает, что все прочие виды сожи-

---

[1] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Спор о праве семейном в советском гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1983. С. 57–59; *Тарусина Н. Н.* Актуальные теоретические проблемы защиты и охраны семейных прав и интересов. Критический взгляд на советское семейное и гражданско-процессуальное законодательство // Годишник на Софийския университет «Св. Климент Охридски». Юридический ф-т. Кн. 3. Т. 80/81. София, 1990. С. 88–89; *Тарусина Н. Н.* Семейное право. М.: Проспект, 2001. С. 60–69; *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006. С. 47–49, 59–67 и др.

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

[3] *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 77.

[4] См.: *Косова О. Ю.* Брак: «институт особого рода» или «партнерство»? // Государство и право. 2015. № 8. С. 43–52.

тельства к браку отношения не имеют. В этой связи мы сожалеем лишь о том, что О. Ю. Косова — разумеется, непредумышленно — как бы «приводит к общему знаменателю» случаи фактического супружества и однополого партнерства, а это, с нашей точки зрения, нелогично, необоснованно и несправедливо. Впрочем, с абсолютной уверенностью можно предположить, что подобное объединение в конкретной части текста статьи имело у автора строго специальную цель — отдать должное именно традиционному браку, подтвердить исключительно за ним правомочность охраны и защиты, предоставив «фактическому» браку (публично не оформленному семейному союзу мужчины и женщины) свободу выбора семейного поведения, включая свободу от государственной поддержки. «Социальная сущность брака и сожительства, — пишет О. Ю. Косова, — даже при относительной устойчивости последнего, несмотря на видимое сходство, — разная. У сожителей или по крайней мере у одного из них по разным мотивам отсутствуют: готовность разделить жизнь другой стороны даже при наличии общих детей; внутренняя уверенность в прочности и необходимости в будущем сложившегося союза; намерение “открыть свой союз” в качестве брака обществу и действию права, тем самым получив правовые гарантии. [...] Позиция невмешательства в эти отношения гораздо в большей степени вписывается в концепцию естественных прав человека, соответствует принципам неприкосновенности частной семейной жизни...» При этом наличие условий и отсутствие препятствий для заключения брака предпосылают сожителям двери органов ЗАГС открытыми[1].

М. В. Антокольская также признает: фактические брачные отношения получают все большее распространение. Однако автор при этом полагает, что ограничиваться просто констатацией факта, что они не порождают правовых последствий, недостаточно: «Фактический брак не следует приравнивать к зарегистрированному полностью, но за ним целесообразно было бы признать некоторые правовые последствия в области имущественных отношений. В частности, за супругом, состоящим длительное время в фактических брачных отношениях, можно было бы признать право на алименты, на наследование по закону, а также прямо разрешить фактическим супругам заключать брачные соглашения, в том числе и с условием о распространении на их имущество режима общей совместной собственности супругов»[2].

Любому государству, отмечает А. Д. Толстая, выгодно, чтобы граждане вступали в прочные семейные союзы, которые независимо от факта регистрации решают все основные функции семьи — сексуальную, экономическую, репродуктивную и образовательную. Проблема актуализируется и в связи с расширением международных связей, миграцией населения, а также в свете интеграции России в европейское пространство[3].

Если двигаться в направлении признания явления фактического брака, то, видимо, требования к нему должны в основном коррелировать с требованиями, предъявляемыми к «законному» браку, кроме регистрации и необязательности совместного проживания: оба подрывают самое существо факти-

---

[1] См.: *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 47–48.

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

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

ческого супружества. Это значит, что возраст, близкое родство, отношения усыновления, состояние в другом (зарегистрированном ли, фактическом ли) браке, неанонимность (публичность) союза являются условиями признания судом факта фактического брака, если к такой возможности мы в принципе вернемся. Несколько сложнее с условиями дееспособности и фактами сокрытия заболеваний, предусмотренных правилом ч. 3 ст. 15 СК РФ. Как и в случае несоблюдения требования о брачном возрасте (для «законного» брака — ч. 2 ст. 29 СК РФ), определение значения данных фактов следует оставить на усмотрение суда. Да и в целом применительно к правовому признанию судом факта фактического брака логично и справедливо использовать аналогии норм СК РФ о санации и отказе в санации «недействительного брака» (ст. 29) и льготах для добросовестной стороны после признания брака недействительным (ст. 30).

(Кстати, жесткое по толкованию и перспективным задачам определение исследуемого явления М. В. Кротова подобного подхода не исключает: «Фактическим браком именуются отношения между состоящими в них лицами, удовлетворяющие всем требованиям и условиям вступления в брак, но не зарегистрированные в установленном законом порядке»[1] .)

На Западе еще в 70–80-х гг. XX в. ученые, общественность и политические деятели начали проявлять беспокойство относительно кризиса семейных ценностей, семьи, основанной на браке. Однако это привело не к «ужесточению» мер против фактических брачных союзов, как это произошло в Советском Союзе в 1940–50-х гг., а напротив, к либерализации соответствующего законодательства ряда стран.

Так, в Нидерландах Законом о зарегистрированном партнерстве 1997 г. установлено, что мужчина и женщина, не вступая в брак, как это всегда было традиционно принято, могут заключить договор о совместной жизни, зарегистрировать его и тем самым создать семейный союз в виде партнерства. В 2000 г. в соответствии с Законом о дальнейшем сближении между браком и партнерством правовые различия между ними стали несущественными, при этом каждый из них может легко трансформироваться друг в друга[2].

Ряд стран (Швеция, Бельгия, Венгрия, Франция, Португалия) приняли нормативные акты, которыми отношения фактического совместного семейного проживания в течение длительного времени признаются порождающими правовые последствия. Такие отношения по существу не являются браком по смыслу законодательства о браке и семье и называются сожительством[3].

Новеллой Гражданского кодекса Франции в редакции закона 1999 г. стало введение нормы о конкубинате с последующим распространением на конкубинов ряда социальных льгот. В ст. 515–8 конкубинат определяется как «фактический союз, характеризующийся совместной жизнью, представляющей устой-

---

[1] *Кротов М. В.* Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. С. 269.

[2] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. М.: Международные отношения, 2005. С. 520–521; Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. С. Н. Бабурина, Р. А. Курбанова. М.: Юнити, 2013. С. 308–310.

[3] См. указ. соч. С. 521.

чивый, продолжительный характер, между двумя лицами разного или одного пола, живущими в паре». При этом срок законом не определен[1].

Как отмечает С. В. Сивохина, в отличие от брака и от гражданского пакта солидарности конкубинат — не юридическое, а фактическое состояние. Однако французское право учитывает эти пары и предоставляет им защиту в различных сферах. Для этого необходимо получить в мэрии сертификат конкубината (свидетельство свободного союза) — этот документ позволяет конкубинам сохранять право проживания по месту жительства умершего конкубина-нанимателя, обеспечивает право на получение пособий по социальному обеспечению и некоторых пособий на семейные нужды (карты скидок и т. п.). Ряд организаций не требуют предоставления сертификата и удовлетворяются письменными заявлениями произвольной формы. Возможны два вида конкубината: простой, где пару составляют два человека, не состоящих в браке, и конкубинат-измена, когда один из сожителей состоит в браке[2].

Весьма своеобразен подход к проблеме в Эквадоре. В этой стране еще в 1982 г. был принят закон «О регистрации фактического брака». В ст. 1 закона установлено, что «постоянный и моногамный фактический брак продолжительностью более двух лет между мужчиной и женщиной, свободными от брачного союза, чтобы вместе жить, рожать детей и оказывать друг другу взаимную помощь, дает основание для образования общности имущества». Норма ст. 10 закона предписывает применять к пережившему фактическому супругу все правила о наследовании для «законных» супругов по Гражданскому кодексу Эквадора, а ст. 11 — налоговое и пенсионное законодательство[3].

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

Получили признание разнообразные зарегистрированные партнерства: социально-экономическое партнерство во Франции, зарегистрированные партнерства в странах Скандинавии, в Германии, Исландии, Бельгии, ЮАР, Португалии, региональные партнерства в Канаде и США и т. д.[4]

Частично легализовала фактические брачные отношения Украина. Семейным кодексом 2003 г. (с соответствующими изменениями) устанавливается: «Если женщина и мужчина проживают одной семьей, но не состоят в браке между собой или в любом другом браке, имущество, приобретенное ими за время совместного проживания, принадлежит им на праве общей совместной собственности, если иное не установлено письменным договором между ними»

---

[1] Относительно однополых союзов см. ниже.

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

[3] См.: *Слепакова А. В.* Указ. соч. С. 8–15.

[4] Подробнее см.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 521–525; *Ковлер А. И.* Антропология права. М., 2002. С. 420–423; *Толстая А. Д.* Указ. соч. С. 21–29.

(п. 1. ст. 74); «При длительном проживании и нетрудоспособности одного из них, наступившей в данный период, возникает также право на содержание» (ст. 91)[1].

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

Вызывают интерес два нормативных положения Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (в редакции от 20 июля 2006 г.). Во-первых, среди общих начал семейного законодательства присутствует очень важное заявление: «Воспитание детей и ведение домашнего хозяйства признается общественно полезным трудом» (п. 3 ст. 3). Теоретически это подчеркивает необходимость защиты фактических супругов (как правило, женщины) в имущественной сфере, а практически — возможность создания справедливого прецедента, основанного на аналогии с нормами о законном супружеском имуществе. Во-вторых, в норме ст. 59 дается определение семьи[2]. При этом ее конститутивные признаки по сути аналогичны признакам фактического брака (моральная и материальная общность и поддержка, совместное проживание, ведение общего хозяйства и т. п.), а в качестве субъектов, хотя и в порядке исключения, допускаются не только супруги, но и иные лица. Мы полагаем, что до признания необходимости защиты фактических супругов хотя бы в некоторых пределах с учетом указанных предпосылок (которые отсутствуют в российском законодательстве) белорусскому законодательству остался один шаг.

Примечательно, что в первоначальных редакциях Концепции совершенствования семейного законодательства профильного комитета Государственной Думы РФ идея о необходимости справедливой защиты значимых интересов фактических супругов была заложена, однако впоследствии из текста изъята как непроходная, что было подчеркнуто на конференции в Ярославском государственном университете им. П. Г. Демидова осенью 2014 г.[3] Вопрос обсуждался и на двух конференциях в Тверском государственном университете. Так, И. Р. Альбиков на первой конференции констатировал два аспекта данной проблемы: 1) «будучи менее институализированной формой брачно-семейных отношений, незарегистрированный союз позволяет фактическим супругам моделировать свои отношения в зависимости от собственных ценностных ориентаций, социальных установок и представлений о будущем союзе»; 2) его распространенность и социальная статусность не позволяет игнорировать данное явление — целесообразно либо внести соответствующие изменения в СК РФ, либо принять специальный закон с учетом зарубежного опыта[4]. Тогда же

---

[1] См.: СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Там же.

[3] См.: *Тарусина Н. Н.* Российское семейное законодательство: «Куда бежишь, тропинка милая?» С. 17, 24.

[4] См.: *Альбиков И. Р.* Фактические семейные правоотношения: тенденции развития и проблемы закрепления в российском законодательстве // Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право». 2014. № 2. С. 9–10.

«ваш непокорный слуга» в очередной раз упрекнула законодателя в безразличии к судьбе «слабой стороны» подобного союза в случае его прекращения[1]. На второй конференции в Твери (осень 2015 г.) дискуссия возобновилась[2] неожиданно энергично и в весьма своеобразной стилистической форме. В частности, один из участников в резкой манере воспротивился самой идее позитивной квалификации фактического брака как разновидности признаваемого обществом семейной общности, поименовав его «блудом». Между тем, повторимся, речь идет об устойчивом, длительном союзе, а не о «парочке с Тверской», нередко с детьми, без детей, но с иными членами семьи, нуждающимися (по возрасту или здоровью) в особой заботе, о союзе, в котором женщина (мужчина?) выполняет весьма обременительные, пусть нередко и душевно потребные, домашние обязанности[3] без выходных и праздничных дней (в праздничные, впрочем, добавляются дополнительные хлопоты), а при прекращении союза оказывается «с кастрюлей и табуреткой». Конечно, в настоящее время европейское законодательство в части регулирования отношений с семейным элементом после юридического признания браком однополого союза (подробнее об этом см. следующий параграф) не является для законодательства российского образцом для подражания, но украинское-то начала 2000-х гг. нам было по-братски и по-сестрински мило... Однако и тут облом: что на Украине «допереворотных времен» — приемлемый вариант семейного союза, для нас — «блуд».

Предпринимаются также попытки в очередной раз привлечь к данной проблеме общественность. Например, известный адвокат А. Добровинский в интервью «Российской газете» сообщил, что в ближайшее время предполагается сбор подписей для инициирования постановки перед законодателями вопроса об изменении подходов к фактическому браку[4].

Таким образом, фактический брак, основанный на непоименованном соглашении о создании семьи, как в целом признаваемый российским обществом (за некоторыми исключениями) семейный союз требует по меньшей мере частичного признания законом. Соответственно, факт существования фактического брака с этого момента при наличии разногласий о его существовании мог бы устанавливаться в особом производстве гражданского процесса. Фактическим супругам следует предоставить право заключать договор о совместной семейно-хозяйственной деятельности (по типу брачного договора) и соглашения о предоставлении материального содержания

---

[1] См.: *Тарусина Н. Н.* Семейный кодекс: от совершеннолетия до полной вменяемости // Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право». 2014. № 2. С. 302.

[2] Не столько в текстуальном формате, сколько в рамках обсуждения доклада вашего «еще более непокорного слуги». В предварительных материалах соответствующей статьи дискуссия не отражена, а сама проблема рассматривается лишь косвенно. См.: *Тарусина Н. Н.* Семейный кодекс: о перспективах суверенности и самобытности // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования: научно-практическая конференция. Тверь: Тверской государственный университет, 2015. С. 257–259.

[3] Еще С. де Бовуар писала: «Не многие работы так схожи с сизифовым трудом, как работы домашней хозяйки: день за днем она моет посуду, вытирает пыль, чинит белье, но на следующий день посуда будет опять грязная, комнаты — пыльные, белье — рваное... И так будет до самой смерти. Еда, сон, уборка... годы не устремляются вверх, к небу, а горизонтально стелются, как однообразные, серые полосы скатерти...» (*С. де Бовуар.* Второй пол. Т. 2).

[4] См.: *Николаев Я.* Мимо ЗАГСа // РГ. 2015. 29 апр. С. 5.

нуждающейся стороне (в случае прекращения союза), обеспечить защиту их жилищных интересов в качестве членов семьи. Предполагается также допустимым предоставление фактическим супругам права быть субъектами правоотношений «технолого-репродуктивного» характера — вплоть до заключения договора о суррогатном материнстве (формально заключение последнего для указанных субъектов стал возможен по новому медицинскому законодательству, однако подробнее об этом мы поразмышляем в параграфе о договорном конструировании репродуктивной сферы). Совершенно не исключается установление специальных требований к данному союзу о характере проживания, о добросовестности поведения в семье, об отсутствии родства и недееспособности и т. п. Однако поскольку не все характеристики могут быть четко формализованы (что вообще типично для семейных правоотношений), целесообразно, по методологическому семейно-правовому обыкновению, возложить регулирование на нормы ситуационного типа, а их конкретизацию — на суд в рамках позитивно организованной усмотренческой деятельности[1] (по схеме обычной конкретизации или по правилу «в порядке исключения»). Это может касаться и срока проживания — например, если установить императивный лимит в 1 год, то недобросовестная сторона, дабы избегнуть неблагоприятных правовых последствий, может «закрыть дверь с той стороны» на 364-й день. Усмотренческие полномочия могут касаться и формального наличия зарегистрированного (не расторгнутого, «зависшего») брака, в том числе и в ситуации наследования.

При этом вполне, на наш взгляд, позитивно-компромиссным вариантом является предоставление хотя бы минимальных возможностей семейно-правовой защиты имущественных интересов «социально слабой стороны» после прекращения фактического сожительства, а также жизненно важных интересов общих несовершеннолетних детей.

И напоследок — дополнительная и неожиданная информация для размышления российскому законодателю: семейно-правовое «безразличие» к фактическому браку ставит его по юридической «беззначимости» на одну доску с однополым сожительством, что явно противоречит основным началам и СК РФ, и российской правовой доктрины (подробнее об этом в следующем параграфе).

2.3. Нетрадиционные партнерства с «семейным элементом»: вчера, сегодня, завтра

Дорожная карта следования по современному брачному и семейному пространству кроме магистральных дорог предполагает и иные, в том числе пунктирного типа (в географии это тропы, зимние сезонные трассы и т. п.). Среди данных неочевидно проездных направлений особое место занимает гендерное — в частности, в одном из его контекстов: является ли гетеросексуальный характер брачного союза единственно возможным или допускаются варианты?

---

[1] См.: *Тарусина Н. Н.* О судебном усмотрении: заметки семейноведа. С. 4–40, 98–101, 119–139.

Вопрос не нов и в этом смысле не оригинален. Однако и однозначного разрешения он не имеет, даже в Европе и США. Оно строится в зависимости от предпочтений политического, идеологического, психологического и прочего характера на двух противоположных «аксиомах»: 1) природа человеческого вида и «семейная история» общества (за некоторыми негативными исключениями) полагают нормой взаимоотношения полов гетеросексуальность, а браком — союз мужчины и женщины; 2) из универсальности конструкции прав человека следует право на признанную обществом сексуальную вариативность отношений и право на брак всякого, независимо от сексуальной ориентации или на семейное партнерство по типу брака. Политики, социологи, психологи, биологи, юристы и другие представители профессионального осмысления земной материи весьма причудливо распределились в указанном дискурсивном пространстве. Не имея глобальной цели продемонстрировать эту неомодернистскую картину во всей ее пугающей дисгармонии смыслов и красок, обратимся к наиболее выраженным, понятным или же, напротив, не вполне тривиальным из них.

В качестве «интеллектуальной разминки» обратимся к двум социологическим позициям, одна из которых предполагает сохранение традиции, а другая предлагает актуализированный концепт семейного союза и, соответственно, претендует на роль «пятой колонны» в общественном противостоянии.

Так, А. Г. Щелкин, представляя первое направление, констатирует: 1) хотя одним из ключевых мотивов исключения гомосексуальности из международного классификатора болезней явилась квалификация «натуральной генеалогии» нетрадиционной сексуальной ориентации, в настоящее время возникла необходимость современной переклассификации гомосексуализма на два вида — объективный, неизбежный (детерминированный факторами биолого-генетического порядка) и субъективный, ситуативный, «культурный», «институализированный»; последний артикулируется в качестве «свободно выбираемого» образа жизни, представляя собой новую стратегию, уходящую от биологических акцентов и от определенного сочувствия традиционного социума и настаивающую на «культурном детерминизме»; 2) как только движение гомосексуалистов освобождает себя от «биологического детерминизма», оно вступает в фазу неоднозначного публичного самоутверждения, начиная черпать аргументы из концепции прав человека — казалось бы, это логично, однако в действительности это является коллизией с деструктивными последствиями для социума, ибо, во-первых, частные интересы группы меньшинства возводятся в ранг универсальных, во-вторых, гомосексуалисты оказываются близкими к утрате «отличности» от остального социума, на что ЛГБТ-сообщество менее всего рассчитывает, в-третьих, правозащитный гей-активизм неизбежно выходит из рамок борьбы за «основные права» и начинает настаивать на льготах, что является «дискриминацией наоборот»; 3) претензия на «атрибутику» традиционной части общества (брак и семью) вызывает негативный мультипликативный эффект по всей цепочке социальных институтов и практик. «Знак цивилизованности современного общества, — заключает автор, — в толерантности к приватной стороне нетрадиционной сексуальности; по-видимому, это и есть тот предел, за рамки которого не должны выходить ни гетеросексуальный,

ни гомосексуальный миры, чтобы не подвергать себя риску саморазрушения — по принципу "не навреди"»[1].

В целом разделяя данную позицию, предложим все-таки некоторую ее корректировку. Во-первых, совершенно очевидно, что западная конструкция универсальных основных прав универсальной не является: западные гуманистические мораль и право хотя и воспринимаются многими социальными группами (а нередко и навязываются последним) как эталон цивилизации, та их часть, которая связана со статусом личности, в общемировом контексте таковой не является. Это особенно проблематично именно в вопросе о праве человека на брак и семейную жизнь. Во-вторых, претензия некоего меньшинства на определенное право не провоцирует снятия с него общечеловеческого контекста. В-третьих, ожидание тех или иных льгот в рамках реализации права присуще практике юриспруденции, когда возникает необходимость обеспечения равных возможностей тех или иных социальных групп (женщин, лиц с семейными обязанностями, национальных меньшинств и т. п.) через механизмы позитивной дискриминации; другое дело, всякие ли социальные группы с точки зрения конкретного общества и конкретного государства следует подключать к подобным механизмам.

Вторую позицию представляет А.А. Кондаков[2]. Автор констатирует определенную избранность конструкции прав человека: претензии известного меньшинства на равноправное взаимодействие с известным большинством осуществляется в условиях гетеронормативного дискурса, т. е. на чужой «территории»[3]. Большинство представителей ЛГБТ-сообщества, продолжает автор, ратует за одинаковость с теми, от кого отличаются, принимая их систему ценностей за свою, настаивая на одинаковых с ними правах[4], однако подобное требование основано на неверной предпосылке. Правда как раз в том, что «мы — вовсе не такие, как вы»; сравнение ведется в условиях, где «ненатуралы» ратуют за одинаковость с теми, от кого отличаются,— «ассимиляция до уровня гетеросексуальной модели» может стереть наши особенности[5]. Представители нашего сообщества, констатирует А. Кондаков, счастливо покинувшие уголов-

---

[1] См.: *Щелкин А. Г.* Нетрадиционная сексуальность (опыт социологического анализа) // Социологические исследования. 2013. № 6. С. 132–141.

[2] См.: *Кондаков А.* Однополый брак в России: «Темное прошлое», серые будни и «светлое» послезавтра // Гендерные исследования. 2010. № 20–21. С. 51–71.

[3] В этом смысле данная констатация аналогична аргументам феминистической природы: борьба женщин за свои права осуществлялась и осуществляется на мужской «территории» с «маскулинными» принципами ее организации. Подробнее см., напр.: *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендер в законе. М.: Проспект, 2015. С. 22–53.

[4] Аргументы равенства с гетеросексуальным большинством имеют как бы «символическое значение: такое признание означало бы общественное и политическое включение гомосексуальности в качестве варианта нормы». «В этом смысле, — пишет А.А. Кондаков,— "право на брак" становится аргументом правозащитной борьбы, выработанным самими гомосексуалами, — той правовой раной, которая, возможно, приведет к формированию исковой идентичности». См.: *Кондаков А.* Правовые раны: значение прав человека для геев и лесбиянок в России // Laboratorium. 2012. № 4 (3). С. 98–99.

[5] На это, как мы помним, обращал внимание и оппонент А.А. Кондакова.

но-правовое поле, хотя и не стали субъектами гражданского права[1], не лишены всех семейных прав — у нас есть родственники, возможно, дети, мы живем в неоформленных семейных союзах и даже можем получить определенные выгоды от этого, так как остаемся незаметными для «всевидящего государева ока». К концу XX в., по мысли автора, сложилось некое «универсальное понимание права на однополый брак как блага, вожделенного для гомосексуалистов и лесбиянок ввиду того, что им наслаждаются гетеросексуалисты, хотя само «понятие брака остается как бы нетронутым, не переосмысленным», ибо «брак есть благо, и пусть никто не спрашивает почему»; между тем исторически брак — социальный институт, устанавливающий право собственности мужчины над женщиной — ему надо кардинально меняться и для гетеросексуалисты. Идеальный концепт брака, полагает А.А. Кондаков, должен быть основан на отказе от регулирования эмоционального состояния, дабы сосредоточиться на правовых усилиях по достижению «равенства выгод для всех людей, живущих по тем или иным причинам под одной крышей»; он должен строиться на трех принципах: 1) допуск в круг пользователей благами брака всех, кроме недееспособных; 2) десексуализации его сущности (чем занимаются его участники по ночам, не имеет правового значения; 3) регулирование правом только аспектов совместного проживания (собственность, бюджет, жилье) и родительства[2].

Однако, во-первых, см. в сноске о неточности отнесения проблемы к разряду гражданско-правовых. С гражданским правом у нетрадиционных пар почти все в порядке. Они, кстати (а скорее некстати), находятся в положении, более или менее аналогичном статусу традиционных фактических супругов, о чем российский законодатель явно не задумывался и к чему явно не стремился. Во-вторых, «государево око» не столь сильно в этой сфере общественных отношений, чтобы отсутствие оного представляло значительную ценность (впрочем, это вопрос вкуса).

В-третьих, исторически институт брака действительно был основан на власти мужа, однако компоненты данной власти существенно различались и различаются по эпохам, правовым системам и государствам[3], а с момента Октябрьской революции российское семейное законодательство стало строиться на принципе равенства мужчины и женщины, в том числе и в брачном союзе. Разумеется, фактическое неравенство временами и территориями существует по сей день, однако аналогичное же неравенство явно не исключается и для

---

[1] В этом автор не вполне точен: они не стали субъектами семейного права — гражданское же право им не заказано, поскольку оно совершенно безразлично к личностным особенностям кого бы то ни было, у всякой пары субъектов есть право долевой собственности, пользования или аренды жилого помещения, совместной деятельности, общего бизнеса, наследования, хотя и не в статусе члена семьи, и т. п. Правда, нет права на совместную собственность (если только пара не организует крестьянское или фермерское хозяйство (ст. 257 ГК РФ)), брачный договор (последнему, впрочем, можно подобрать более или менее адекватную замену — тем более что «законные супруги» как раз и не стремятся в брачном договоре к выбору режима совместной собственности).

[2] Какая нежданная «вода пролилась на мельницу» сторонников гражданско-правовой природы института брака... (Здесь как бы исподволь присутствует еще и «смайлик» от исповедующих иную его природу.)

[3] Подробнее см., напр.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 4–53.

нетрадиционных пар — этому способствуют биология, психология, экономика и пр. В-четвертых, длительная патриархатная история брака отнюдь не должна с неизбежностью вести к ликвидации самого института, когда этот период его истории завершился: как известно, например, институт прав человека (в конструкции свободы, равенства и братства) изначально был ориентирован на белого мужчину — существенное изменение его векторов и содержания почему-то не дает А. А. Кондакову основания для столь же «сокрушительных» выводов.

В-пятых, не вполне ясно, почему автор, приглашая к новому союзу всех и каждого, отказывает в этом приглашении недееспособным. Как мы уже отмечали ранее, некоторые современные законодательства разрешают браки с такими субъектами по рекомендации лечащего врача и с согласия опекунов. Мы-то полагаем рецепцию подобного правила в СК РФ неприемлемой, но мы ведь ретрограды...

В-шестых, эмоциональную составляющую и прежнее, например имперское, и современное законодательство не включают в юридическую сущность брака. Достаточно обратиться к трудам классических цивилистов конца XIX — начала XX в., а также к СК РФ. В ст. 31 кодекса имеется указание на необходимость построения отношений супружества на основе взаимоуважения и взаимопомощи. Не более того. Конечно, в доктрине были и есть определения брака, в которых упоминаются и другие этические (на языке А. А. Кондакова — эмоциональные) характеристики, однако большинство дефиниций, в том числе предлагаемых для закрепления в Семейном кодексе, таковых не содержит. Они присутствуют в принципах семейного законодательства и являются пожеланиями общества и государства, которые воплощаются в конкретных семейно-правовых институтах совершенно определенным образом, относительно которого едва ли будет протестовать и критикуемый автор: недостойное поведение в браке может исключить право супруга на алименты, родители обязаны заботиться о духовном и нравственном развитии своих детей и т. д.; утрата же супругами чувства любви и даже уважения друг к другу, как известно, может быть принята во внимание в качестве мотива для развода, однако исключительно по инициативе (просьбе) самих супругов — для суда же законодатель ограничивается формулировкой общего характера («дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи невозможны» (п. 2 ст. 22 СК РФ)), причем суд не вправе отказать в иске по своей воле (ч. 2 п. 2 ст. 22 СК РФ).

Наконец в-седьмых, предлагаемый А. А. Кондаковым концепт брака до такой степени размыт и «универсален», что может быть соотнесен практически с любыми небольшими объединениями граждан, включая соседей, партнеров по малому бизнесу, религиозных единомышленников и т. п., снимающих общее жилье, приобретающих некоторые вещи для совместного использования, готовящих друг другу кофе из зерен «Кофейни на паях» (рекламируемых А. Жулиным, известным фигуристом и гетеросексуалистом) и т. д. В качестве «подлянки» для традиционалистов такой проект годится. Однако может ли он быть серьезной альтернативой? Думается, что и А. А. Кондаков знает ответ на этот вопрос.

Обратимся к позициям собственно юристов и законодателей. Однополые союзы, как известно, стали очевидным и общественно признаваемым явлением в 80–90-х гг. XX в. Впервые институт зарегистрированного однополого партнер-

ства появился в 1989 г. в Дании, затем в 1993 г. — в Норвегии, в 1994 г. — в Швеции, в 1997 г. — в Нидерландах, в 1999 г. — в Исландии, в 2001 г. — в Финляндии. В 2001 г. в Германии был принят закон «О прекращении дискриминации однополых союзов: пожизненных партнерствах». В настоящее время, констатирует С. В. Сивохина, свыше двух десятков государств приняли законы о партнерствах (дополнительно к перечисленным — Франция, Бельгия, Канада, Австрия, Израиль, Швейцария, Великобритания и др.). В ряде государств он легализован на региональном уровне — в Испании (Каталония и др.), в Италии (Тоскана и др.), в Австрии, Бразилии, США (Гавайи, Калифорния, Вермонт, Дакота, Нью-Йорк, Мэн и др.[1]).

В конце XX в. наметились две тенденции в развитии этого блока семейного законодательства. В большинстве стран законодательные органы исходили и исходят из того, что брак не может быть заключен между лицами одного пола, поскольку тому препятствуют национальные и религиозные традиции и (или) соответствующие конституции. При этом не разрешаются и иные формы союзов — партнерства. В странах, где однополые союзы разрешены, брак, как правило, остается союзом мужчины и женщины, хотя в ряде из них правовые последствия однополых партнерств, особенно в имущественном плане, существенно приближены к брачному союзу[2].

Особое место занимают Нидерланды, где на уровне законодательства в корне изменено представление о браке как семейном союзе только мужчины и женщины: в соответствии с нормой ч. 1 ст. 30 Гражданского кодекса, «брак может быть заключен между двумя лицами разного или одного пола»[3].

Законодательным экспериментом Франции начала XXI в. стала социально-экономическая модель зарегистрированного партнерства на основе закона 1999 г. «О гражданском пакте солидарности» (с последующим внесением в Гражданский кодекс Франции положений о самостоятельном гражданско-правовом договоре), поддержанного почти половиной населения страны (при том, что 13 тыс. мэров городов и президент республики Ж. Ширак выступили против любых имитаций брака[4]).

Участники договора о партнерстве должны отвечать определенным требованиям: возраст, дееспособность, отсутствие заключенного брака или участия в другом партнерстве. Именно это позволяет ряду исследователей косвенно признавать семейно-правовую природу партнерства, хотя формально-юридически она ему не присуща[5]. В отличие от брака, заключение которого требует регистрации в мэрии, партнерство регистрируется в суде. Расторжение осуществляется как на основе взаимного согласия, так и при наличии спора также в суде. К правовым последствиям относятся возникновение совместной собственности (если иное не предусмотрено договором), право на социальное обеспечение по семейному типу, право требовать совместного отпуска (при работе

---

[1] См.: *Сивохина С. В.* Понятие брака и условия его действительности в современном праве России и Франции: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2006. С. 118–119.

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

[3] См. там же. С. 525.

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

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

в одной компании), перевода в область проживания партнера (для лиц, работающих в государственной администрации), право на долгосрочную визу для партнера-иностранца (с последующим получением вида на жительство), право на налоговые льготы (после 3 лет сожительства). Не возникает, однако, аналогий с браком в области наследования и налогообложения[1].

Как известно, в последние времена ориентированные на интересы гомосексуалистов решения западных законодателей расширились и углубились, хотя и не достигли полного единения позиций. Так, брачно-правовые «бастионы» в лице Франции и Великобритании в 2013 г. были окончательно сданы (несмотря на многомиллионные протесты во Франции и робкое неудовольствие в Великобритании). В 2014–15 гг. кардинально изменилась ситуация в США: федеральный Верховный Суд признал однополые браки правомерными, а американский президент объявил одной из своих задач внедрение соответствующей идеи по всему миру (правда, начинать ему приходится со своих же южных штатов). Сдалась Ирландия — при своем-то консервативном законодательстве о разводе... Однако не присоединились к «общему хору» Венгрия, Словения, Болгария, Польша и некоторые другие страны Европы.

Именно на французскую модель партнерского союза в 2000-е гг. возлагал надежды наиболее известный защитник прав секс-меньшинств Н. А. Алексеев: в 2002 г. автор предлагал инкорпорировать в российское законодательство правовую конструкцию партнерства, альтернативную браку, — предпочтительно не семейно-правовой, а гражданско-правовой природы с последующей корректировкой разнополой сущности брака в «унисекс»[2]. Ключевыми аргументами автор полагал (судя по его выступлениям в СМИ в 2012–13 гг., он продолжает на них настаивать) следующие: объективная данность гомосексуальных отношений, их несвязанность с выбором индивида; соответственно — потребность в социальной статусности таких лиц; недоказанность негативного влияния однополых союзов на процесс воспитания детей; стереотипность традиционных взглядов на семейную жизнь[3].

В цивилистике также наблюдается определенная несогласованность мнений — от замалчивания проблемы или полного неприятия новейших тенденций до понимания необходимости того или иного варианта ее положительного решения. Так, О. Ю. Косова полагает, что из социологического понятия семьи вполне определенно выводится заключение о невозможности союзов лиц одного пола, хотя автор и не отрицает, что в разное время в различных социальных и правовых пространствах такие состояния существовали и существуют сейчас. «С точки зрения физической природы человека и законов развития общества, — утверждает автор, — это аномалия. Значит, и их правовое признание — правовой нонсенс»[4]. В некоторых российских юридических источниках, замечает О. Ю. Косова, тенденция легализации однополых союзов именуется «трансформацией» брака и семьи, в то время как по сути речь идет о «юриди-

---

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

[2] См.: *Алексеев Н. А.* Гей-брак: семейный статус однополых пар в международном, национальном и местном праве. М., 2002. С. 107, 373–376.

[3] См. там же. С. 210, 237–238.

[4] См.: *Косова О. Ю.* О предмете семейного права // Сибирский юридический вестник. 1998. № 1. С. 78.

ческой деформации» последних, о попытках «юридическими средствами навязать большинству людей искаженные представления о семье и, возможно, использовать их как идеологический и геополитический рычаг управления». Перед нами не семья, продолжает автор, а одна из форм совместной жизни, хотя и не преследуемая государством, но и не нуждающаяся в его поддержке как не способная к естественному воспроизводству цивилизации[1].

М. В. Антокольская полагает, что институт зарегистрированного партнерства для однополых союзов, который порождает по сути практически те же последствия, что и брак, «представляется на первых порах оптимальным и для России»[2]. (Во «второй поре», видимо, речь идет об институте брака). И. А. Трофимец также не исключает подвижек в этом направлении, хотя придерживается более осторожной позиции: ориентируясь на международно-правовые стандарты, семейное законодательство России и стран ближнего зарубежья (постсоветского пространства) постепенно придет к признанию семейных прав лиц с нетрадиционной сексуальной ориентацией, однако без уравнения их в правах с традиционными супругами, особенно в вопросах применения ВРТ, усыновления и попечительства; акцент следует делать на урегулировании имущественных отношений таких партнеров[3].

Возможно, гражданско-правовой контекст решения проблемы и станет компромиссным вариантом. Однако в принципе, как мы уже констатировали в ходе анализа позиции А. А. Кондакова, и в настоящее время для подобных ситуаций не исключаются некие непоименованные в ГК РФ диверсифицированные на основе существующих конструкций договоры, например о «совместной деятельности». Кроме того, очевидно, что за этой уступкой последуют и другие. Важно понять, готовы ли мы к поэтапному развитию событий и вероятной «сдаче позиций». Между тем, во-первых, по буквальному смыслу гражданско-правовые партнерства являются аналогами («суррогатами») семейных союзов. Если же придерживаться идеи суверенной сущности и природы семейного законодательства[4], то присутствие института однополого партнерства в ГК РФ неприемлемо. Во-вторых, не на всякую данность следует спешить реагировать в смысле принятия законов — значительная часть отношений с семейным элементом лежит за пределами права. Этой идеи, как мы уже отмечали, придерживались классики цивилистики (М. И. Загоровский, Д. И. Мейер, Г. Ф. Шершеневич, Е. М. Ворожейкин и др.[5]). Ее разделяют и современные цивилисты — специалисты по семейному праву[6], и политики[7]. В-третьих, на сущ-

---

[1] См.: *Косова О. Ю.* Брак: «институт особого рода» или «партнерство»? // Государство и право. 2015. № 8. С. 49.

[2] См.: *Антокольская М. В.* Указ. соч. С. 166.

[3] См.: *Трофимец И. А.* Указ. соч. С. 32.

[4] Как известно, оно и так в последнее десятилетие испытывает коммерческое давление законодательства гражданского.

[5] Подробнее см., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 5–16.

[6] См. там же. С. 19–45.

[7] Например, Д. А. Медведев на одной из пресс-конференций, отвечая на вопрос о возможности включения в сферу правовой охраны однополых союзов, подчеркнул, что не все отношения личного порядка должны становиться предметом правового регулирования.

ность и тенденции российской государственности, законодательства и правоприменительной практики de facto оказывают влияние ведущие религиозные конфессии, а православие и ислам полагают рассматриваемые отношения либо болезнью, либо грехом. В многоконфессиональной и исторически самобытной России с этим необходимо считаться, впрочем, осторожно соблюдая меру в вопросе религиозного и государственного взаимодействия. В-четвертых, несмотря на исключение из международных документов в сфере здравоохранения[1] гомосексуализма как заболевания, последний не становится от этого очевидной нормой.

Ряд цивилистов рассматривают даже факт смены пола одним из супругов (в уже заключенном браке) либо как «социальную смерть» и основание к автоматическому прекращению брака после вынесения судебного решения об объявлении лица умершим (Д. И. Степанов), либо как основание прекращения брака без развода (Л. А. Смолина), либо как основание расторжения брака (М. Н. Малеина). Последняя, впрочем, допускает сохранение брака, в котором однополые люди ведут общее хозяйство, воспитывают детей, но не выполняют роли мужа и жены по отношению друг к другу[2]. (Однако это допущение — особенно во второй части — ничем не может быть обеспечено и выглядит по меньшей мере странно, особенно в контексте изменений ст. 127 СК РФ[3].)

С. В. Сивохина полагает, что законодательный эксперимент, охвативший многие страны Европы, «в условиях патриархальной России представляется несвоевременным и даже кощунственным, если учесть низкий уровень правовой культуры населения, господство правового нигилизма... высокую степень распространенности гомофобии, игнорирование государством проблемы внебрачных сожительств, а также если учесть скромную, едва заметную политику государства в социальной сфере». Особенно беспокоит автора возможное разрешение воспитания и усыновления детей однополыми парами[4].

О. И. Баженова отмечает, что прямого запрета рассмотрения однополых союзов в качестве вида семейных отношений нет, так как норма ст. 2 СК РФ допускает регулирование семейным законодательством отношений между «иными лицами»[5]. Однако это утверждение не соответствует смыслу указанного нормативного предписания: отношения иных лиц могут быть включены в сферу семейно-правовой регуляции в случаях и пределах, предусмотренных семейным законодательством. (Сложнее вопрос о признании таких союзов «с иностранным элементом», о чем далее размышляет О. И. Баженова, опираясь на норму ст. 166 СК РФ[6]. Тем не менее общее коллизионное правило, как известно, адресует и к требованиям российского законодательства, позиция Конституционного Суда РФ очевидна и обозначена нами ниже, нормы ст. 127 СК РФ свидетельствуют о соответствующих ограничениях и запретах для супругов-усыновителей из-за рубежа.)

---

[1] См.: Международная классификация болезней (МКБ-10).

[2] См.: *Смолина Л. А.* Правовое регулирование отношений супругов и бывших супругов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 10–11.

[3] См. параграф о соглашениях по вопросам воспитания ребенка.

[4] *Сивохина С. В.* Указ. соч. С. 129.

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

[6] См. там же. С. 160–163.

Российское семейное законодательство (как, впрочем, и национальные юридические обычаи значительного числа других стран, в том числе ближнего зарубежья и Восточной Европы[1]) считает браком композицию мужского и женского начал. Несмотря на отсутствие дефиниции брака в СК РФ, это становится очевидным из формулировок норм ч. 3 ст. 1 и ч. 1 ст. 12. Конституционность и соответствие данного положения международно-правовым стандартам прав человека, как известно, были проанализированы Конституционным Судом РФ по жалобе Э. Мурзина. В определении № 496-О от 16 ноября 2006 г. об отказе в принятии данной жалобы к рассмотрению Конституционный Суд выстроил следующую правовую позицию: 1) одно из предназначений семьи — рождение и воспитание детей; 2) отношение к браку как к биологическому союзу мужчин и женщин составляет национальную традицию Российского государства; 3) отсутствие юридической возможности регистрации однополого партнерства никак не влияет на уровень признания и гарантий прав и свобод заявителя как человека и гражданина; 4) нормой ст. 23 Международного пакта о гражданских и политических правах право на вступление в брак признается именно за мужчинами и женщинами, а норма ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод прямо предусматривает возможность создания семьи в соответствии с национальным законодательством.

Последняя ссылка является самым сильным аргументом. Конвенция содержит три нормы, взывающие к систематическому толкованию. Первая устанавливает правило о невмешательстве публичных властей в осуществление права на уважение частной и семейной жизни, за исключением случаев, когда вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, а также для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц[2] (ч. 2 ст. 8). Невмешательство может быть и пассивным, юридически индифферентным, что мы и имеем в нормах ст. 1 и 12 СК РФ. Вмешательство допускается в виде исключения. Так, одной из причин запрета на усыновление в однополые семьи граждан иностранных государств (ст. 127 СК РФ) предполагается демографическая угроза воспроизводству российского населения и охрана интересов детей (впрочем, подробнее об этом — при соответствующем анализе института родительства и попечительства).

Вторая ссылка запрещает дискриминацию по признаку пола или по любым иным признакам (ст. 14). Однако наряду с негативной существует и «позитивная дискриминация», или дифференциация, имеющая объективные, в том числе и биомедицинские основания (специальная охрана прав и интересов беременной женщины, приоритетная защита интересов ребенка, обеспечение интересов лиц с семейными обязанностями и т. п.). Указанная конструкция реализует один из признанных международных правовых стандартов. Третья норма, как мы уже отмечали, дает право государствам

---

[1] 1 декабря 2013 г. две трети граждан Хорватии на референдуме проголосовали против однополых браков. С 1 января 2012 г. Конституция Венгрии определяет брак как союз между мужчиной и женщиной.

[2] Мы воспроизводим только ту часть текста, которая непосредственно относится к рассматриваемому вопросу.

регулировать брачные и семейные отношения в соответствии с национальным законодательством (ст. 12).

Разумеется, при толковании конвенции Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ), прочитавший «в одной статье целый семейный кодекс» (ст. 8), опирался и опирается, как отмечает М. В. Антокольская, на теорию «динамической интерпретации» положений конвенции (ст. 8, 12, 14), рассматривая их «в свете обстоятельств сегодняшнего дня», а также на доктрину «пределов усмотрения для стран-участниц в целях достижения необходимого баланса между усилением защиты прав человека в области семьи и самоограничением Суда в этой области». Автор при этом замечает одну важную закономерность в подходах ЕСПЧ: там, где затрагиваются интересы детей, уровень защиты прав, как правило, существенно выше, нежели в случаях с совершеннолетними участниками процесса. Одновременно автор на двух примерах демонстрирует разность подходов суда в сходных ситуациях по политическим причинам (дела Маркс против Бельгии и Джонстон против Ирландии)[1]. Это свидетельствует о том, что и решения ЕСПЧ не являются эталоном объективности, непредвзятости и справедливости[2]. Тем более что юрисдикция ЕСПЧ ограничена рамками конвенции. Готовность участников конвенции, подчеркивает Н. С. Бондарь, добровольно следовать практике ЕСПЧ отнюдь не означает прецедентной зависимости от нее, ее общеобязательности и нормативности, а свидетельствует лишь об определенной степени (возможно, высокой) собственного усмотрения по данному вопросу[3]. (Разрабатываемая в настоящее время Европейская конвенция о семейном статусе, где неизбежно должны присутствовать и нормы об однополых семейных союзах[4], вектор «собственного усмотрения» лишь усилит.) Вполне ожидаемую позицию занимают Европарламент и Парламентская ассамблея Совета Европы. Именно она предпосылает современное законотворчество по данному вопросу государств — членов Европейского союза, впрочем, как мы уже отмечали, не всегда с желаемым результатом[5].

Так или иначе, какие-то эксперименты в этой области нас, безусловно, не минуют. Лидеры России постоянно подчеркивают европейские статус и традиции нашей страны, а «европейский канон», которого Россия пытается придерживаться, в гендерном плане, как видим, много «либеральнее» нашей правовой доктрины. Ввиду светского характера государства категорическое осуждение однополых союзов православною церковью также не может быть

---

[1] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 47–51.

[2] См.: *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судейское право. М.: Проспект, 2009. С. 475.

[3] См.: *Бондарь Н. С.* Конвенциальная юрисдикция Европейского Суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 113–114.

[4] Подробнее см.: *Кириченко К. А.* Три модели формализации родительского статуса в однополых семьях: опыт сравнительно-правового исследования // Академический юридический журнал. 2012. № 1. С. 51.

[5] Подробнее см., напр.: *Косова О. Ю.* Указ. соч. С. 49. В Интернете по этому вопросу, разумеется, содержится разнообразнейшая информация — от осуждения позиции Азербайджана до смягчения позиции украинских политиков (например, по сообщениям СМИ, ради политической и экономической поддержки даже крайне правые украинские лидеры, известные своей гомофобией, готовы смягчить свою позицию по соответствующим законопроектам (см.: Блог сайта «Новости, события, факты». URL: http://smi2.ru/blog).

принято за основу указанной доктрины. В вопросах же венчания и проповеди любви в классическом браке церковь, соответственно, также самостоятельна.

Этапность продвижения к юридическому признанию партнерств, предложенная Н. А. Алексеевым, на наш взгляд, не может быть принята: с одной стороны, едва ли их природа является гражданско-правовой (это явный личностно-правовой союз с семейными элементами), с другой стороны, не следует ставить перед законодателем и перспективную цель приближения таких партнерств к браку, а тем более отождествления с ним. Допущение для участников партнерства приемного родительства, усыновления и иных прав в области попечения над детьми также представляется неприемлемым, так как образцы жизнедеятельности партнеров будут оказывать очевидное влияние на воспитуемого ребенка, в котором в большинстве случаев изначально заложены обычные природные потребности[1].

В любом случае прежде чем менять правовую доктрину в указанном направлении (если это вообще состоится в некоем «послезавтра»), следует либерализовать ее отношение к фактическому браку, основанному на классическом семейном союзе мужчины и женщины, т. е. принципиально дифференцировать случаи фактического сожительства как по сущностным характеристикам, так и, соответственно, в контексте хотя бы частичного признания с целью справедливой защиты «социально слабой стороны» в традиционном фактическом браке, который значительной частью российского общества не отрицается в качестве приемлемой семейной общности[2]. Это справедливо в социальном аспекте, справедливо в юридическом аспекте и справедливо в контексте природных начал отношений между людьми. Справедливость же относительно иных партнерств ныне в российском пространстве пока акцентируется в толерантное отношение к нетрадиционным потребностям, удовлетворяемым «за пределами публичности».

2.4. Брачный договор: вектор развития

Современный контекст термина «брачный договор» является условным. Во-первых, исторически он совпадал с договором о заключении брака. Так, у древних славян два из трех способов такового заключения (похищение, по-

---

[1] Подробнее см., напр.: *Исаева Е. А.* Трансформация института семьи: опыт зарубежных стран // Социально-юридическая тетрадь. 2013. № 3. С. 110–123; О гендерном равенстве в семейных правоотношениях // Социально-юридическая тетрадь. 2014. № 4. С. 64–69. См. также параграф о соглашениях по поводу воспитания детей.

[2] Нами проводилось социологическое исследование среди студентов, в том числе по вопросу их отношения к классическому фактическому браку и однополым партнерствам. 30–50 % респондентов-женщин и 30–36 % мужчин (в зависимости от курса) предпочитают зарегистрированный брак. Категорически против однополых союзов высказались 44–54 % женщин и 71–80 % мужчин, допускают их 16–21 % женщин и 0–7 % мужчин. Данные цифры, конечно, не отражают всего спектра мнений, так как студенты — лишь одна из категорий социума. Следует также заметить, что опрос проводился в 2012 г. (относительно спокойном), по состоянию на начало 2016 г. мы бы не исключили в контексте определенного противостояния западной и российской позиций увеличения числа «отрицателей». См.: *Тарусина Н. Н., Гущина А. А.* Правоведы и студенты-юристы о современном браке: доктринально-юридический и социологический контекст // Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Серия «Гуманитарные науки». 2012. № 3. С. 169–170.

купка, приведение) являлись сделками: 1) передача купленной невесты сопровождалась «запродажной сделкой»; 2) «приведение» невесты сопровождалось приданым[1]. Приданое, как известно, сохранило свое значение в России — пусть и не всегда в качестве обязательного элемента (союз с бесприданницей) — вплоть до начала XX в. Одна из причин «теремного» быта девиц, отмечает Н. Л. Пушкарева, коренится в том, что к середине XVI в. знатные девицы-московитки превратились в род весьма дорогостоящего «товара», которым «торговали» родители, заключая династические союзы[2]. Роль предварительного договора играли соглашения о помолвке, которые, например, в XII в. включали условие о неустойке, если свадьба расстроится по вине ветреника-мужчины. С XVI в. появилась и формула о штрафе с родственников не согласной на брак невесты. Близкие родственники, разумеется, старались не допустить таких инцидентов. Однако были и дошедшие до нас исключения: в начале 1560-х гг. богатая бабушка Марфа, любя внучку Авдотью, продала два села, чтобы выплатить штраф жениху, за которого, влюбившись в другого, внучка отказалась идти замуж[3]. В крестьянкой среде акт заключения брака рядом цивилистов (Н. Г. Оршанский, К. Кавелин, А. Ефименко) квалифицировался как обычная имущественная сделка — договор типа купли-продажи. Однако с этим соглашались далеко не все (С. В. Пахман, Д. И. Мейер и др.[4]). В допетровскую эпоху «брачным договором» нередко определялось время заключения брака, приданое невесты или выводные деньги со стороны жениха, оговаривались свадебные расходы, подарки, залоги, задатки и т. д.[5]

Как известно, гражданское законодательство Российской империи предусматривало режим раздельности имущества супругов. В Своде гражданских законов Российской империи отсутствовал механизм правового регулирования брачного договора. При этом его применение не исключалось как диспозитивная возможность, а для мусульман, евреев и представителей других конфессий, чьи супружеские отношения регулировались соответствующим конфессиональным правом, брачный договор являлся признанным обыкновением[6]. Проект Гражданского уложения 1905 г. также не содержал специальных норм о брачном договоре. Что касается позиции законодателя относительно режима супружеской собственности, то, например, И. М. Тютрюмов по этому поводу писал: «Раздельность имущества и самостоятельность каждого супруга возвышает положение жены и матери в семействе, дают ей возможность самой осуществлять

---

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

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

[3] См. там же. С. 14–15.

[4] Подробнее см.: *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 4–9. См. также: *Левушкин А. Н.* Институт брачного договора в Российской Федерации, других государствах — участниках Содружества Независимых Государств и Балтии: сравнительно-правовое исследование. Ульяновск, 2012. С. 10–11.

[5] См., напр.: *Максимович Л. Б.* Брачный договор в российском праве. М., 2003. С. 14.

[6] Подробнее см.: *Трапезникова М. М.* Особенности развития института брачного договора в гражданском праве России XIX–XX вв. // Вестник Санкт-Петербургской юридической академии. 2011. № 4 (13). С. 20–25.

заботы о материальном благосостоянии семьи и охраняет неприкосновенность имущества ее против разорительных для семьи последствий неразумных или беспорядочных распоряжений мужа»[1]. И.А. Покровский, анализируя состояние европейского гражданского права конца XIX в., в том числе в семейно-правовой имущественной сфере, подчеркивал: «По счастливой исторической случайности наше русское право... в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность" (ст. 109 ч. 1 т. X Свода законов в Российской империи)... Когда и каким образом установили у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный; но важно во всяком случае то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше»[2].

К традиционным особенностям статуса женщины в русской семье, отмечает Н.Л. Пушкарева, относятся в первую очередь ее сравнительно широкие имущественные права на владение движимым и недвижимым имуществом, наследование родовых вотчин при наличии наследников по мужской линии (чего не было в Европе), опекунство (особенно при вдовстве), право на владение приданым, право женщин привилегированного класса на фиксированную часть наследства[3]. Ряд историков и цивилистов объясняют это в том числе влиянием русских императриц, которые «приняли к сердцу» положение женщины[4]. Елизавета и Екатерина II, «сочувствуя интересам своего пола, — писал Д.И. Мейер, — желали оградить имущество жен от власти мужей и, воспользовавшись неопределенностью нашего древнего права насчет имущественных отношений между супругами, положили начало разъединению имущественных прав супругов». Впрочем, далее автор констатировал, что это не соответствует сущности личного права мужа по отношению к жене (читай: мужниной власти) и сущности идеи брака как единения в этом мужского и женского начала. Но иногда, продолжал автор, идея брака на деле не осуществляется: муж не только не ограждает интересов жены, но и предается кутежу, проматывает свое и женино состояние, или наоборот, жена берет перевес над мужем и, увлекаясь модой, разоряет его — при таких отношениях разъединение имущественных прав супругов «оказывается благодеянием со стороны законодательства». Д.И. Мейер также замечал, что противоположная идея — общность имущества супругов — признается германским началом и «немецкие юристы чрезвычайно хвалятся им, считают его одной из самых светлых сторон германского юридического быта», это справедливо для нормальных отношений, но не вполне благоразумно, когда идея брака не осуществляется[5]. Таким образом, и законодатели, и доктринальные толкователи закона с той или иной

---

[1] *Тютрюмов И.М.* Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. М., 2004. С. 232.

[2] *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. М., 1998. С. 188.

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

[4] См., напр.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ.соч. С. 614.

[5] См.: *Д.И. Мейер.* Указ. соч. С. 364–367.

степенью убежденности реализовывали «гендерную идею», не ведая, правда, что «говорят прозой».

Следует также заметить, что, как отмечал И. М. Тютрюмов, Свод законов не запрещал супругам заключать соглашения об определении их имущественных прав и обязанностей до брака и в браке, — для этого достаточно было правила о возможности любых договоренностей между ними, в том числе о передаче друг другу имущества[1]. В то же время Я. Гурлянд полагал целесообразным закрепление норм о брачном договоре для всех сословий: «Введение брачных договоров в наше семейное право принесло бы великую пользу как семейной, так и общественной жизни и нисколько не противоречило бы ни духу наших законов гражданских, ни высокому идеалу брачного института по русскому праву. [...] Желательно, чтобы составители нового Гражданского уложения обратили внимание на брачные договоры и сделали бы их достоянием и нашего коренного русского семейного права»[2]. Как известно, этого не произошло[3].

В первом российском кодифицированном семейно-правовом акте (Кодексе законов РСФСР об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г.) принцип раздельности супружеского имущества был подтвержден. Однако вскоре выяснилось, писал Г. М. Свердлов, что провозглашение принципа исключительной раздельности нередко ущемляет интересы трудящейся женщины, несправедливо отстраняя ее от права на то имущество, которое нажито в браке[4]. Обсуждая новеллу об общности супружеской собственности ст. 10 Кодекса законов о браке, семье и опеке 1926 г., Д. И. Курский уточнил мотивацию законодателя: «...Жена рабочего, хозяйка, ведет все домашнее хозяйство, занимается воспитанием малолетних детей и этим участвует в общем хозяйстве, а при разводе ничего не получает потому, что муж-рабочий, разводясь с ней, берет все с собой». Потребность общности имущества выявлена еще судебной практикой 1922 г. по делам, где жена ограничивалась работой только по обслуживанию семьи, не принося доходов извне, но производя однако «полезную работу, вполне соответствующую работе мужа...»[5]. Дальнейшая история вопроса известна. Очередная тенденция подверглась корректировке лишь в 1994 г. и затем в 1995 г. — корректировке излишне резкой, так как введенная конструкция брачного договора предполагает возможность выбирать супругам имущественный режим, по сути коллидирующий с законным.

Л. Б. Максимович и другие авторы полагают, что в исконном значении понятие «брачный договор» было тождественно понятию «брак»[6]. На наш взгляд, это и так, и не совсем так. Еще цивилисты XIX в. отмечали, что нередко происходит отождествление соглашения о заключении брака (в этом смысле — брачного договора, или договора о браке) с собственно браком, что

---

[1] См.: *Тютрюмов И. М.* Гражданское Уложение. Книга вторая. Семейственное право. Проект Высочайше Учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. СПб., 1902. С. 2.

[2] *Гурлянд Я.* Юридический лексикон, объясняющий термины и институты права, судопроизводства, судоустройства и нотариата. Т. 1. Вып. 3. Одесса, 1885. С. 519.

[3] См.: *Трапезникова М. М.* Указ. соч. С. 25.

[4] См.: *Свердлов Г. М.* Советское семейное право. М., 1958. С. 75–76.

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

[6] См.: *Максимович Л. Б.* Указ. соч. С. 15.

не соответствует сущности последнего как условно пожизненного (бессрочного) супружеского союза[1].

Поскольку современный брак рассматривается нами как особое правоотношение, основанное на соглашении о создании супружеской семейной общности, исследуемый термин не формально, но по сути как бы условно совпадает с означенным соглашением. Впрочем, условность терминологии характерна для любой науки и практики, особенно в области юриспруденции... Таким образом, выстраивается следующая цепочка: соглашение о заключении брака, брак как договорное правоотношение и брачный договор как необязательное, но допустимое семейным законом соглашение об имущественных правоотношениях супругов, строящихся на основах, отличных от законного режима.

В контексте действующего семейного законодательства России и большинства других стран с этим (кроме констатации того, что брак — семейно-правовой договор) соглашается и Л. Б. Максимович[2].

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

Между тем в ряде стран объем данного договора существенно больше. Так, его англо-американская модель допускает урегулирование не только имущественных отношений, но и отношений, связанных с воспитанием и содержанием детей[3]. Норма ст. 13 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье в целях «укрепления брака и семьи, повышения культуры семейных отношений, осознания прав и обязанностей супругов, ответственности за детей и друг за друга» также предполагает в брачном договоре регулирование не только имущественных, но и личных отношений: формы, методы и средства воспитания детей, место их проживания, алиментирование, порядок общения с детьми отдельно проживающего родителя, а также другие вопросы содержания и воспитания детей в случае расторжения брака. Более того, устанавливается, что в данном договоре «могут быть урегулированы и другие вопросы взаимоотношений между супругами, если это не противоречит законодательству о браке и семье». Исключая лично-правовой контекст, Семейный кодекс Украины расширяет его содержание за счет возможности регулирования имущественных отношений супругов в качестве родителей (ст. 93). Подход законодателей других стран ближнего зарубежья в целом аналогичен российскому.

Л. Б. Максимович отмечает, что выбор российским законодателем не англо-американской, а континентальной модели (принятой во Франции, Германии, Италии и других странах), позволил «решить вопрос взвешенно и осторожно, о чем свидетельствует намеренное сужение рамок брачного договора путем ограничения его содержания законом». Ограничение инициативы супругов имущественным аспектом, продолжает автор, произведено не только потому,

---

[1] Подробнее см. параграф о браке.

[2] См.: *Максимович Л. Б.* Указ. соч. С. 16.

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

что личные права и обязанности не могут быть принудительно осуществлены, но и из-за опасения многочисленных нарушений прав и законных интересов граждан[1]. П. В. Крашенинников сразу по следам принятия СК РФ констатировал, что кодекс, «к счастью, нельзя назвать революционным документом», «учитывая сложность и деликатность семейных отношений, законодатель достаточно осторожно отнесся к построению новых правовых конструкций»[2].

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

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

И наконец, мы как раз не наблюдаем «взвешенной» позиции законодателя, так как все ограничения свободы брачного договора, которые предусмотрены семейным законом (п. 3 ст. 42 СК РФ) либо относятся к классике цивилистики (обеспечение равноправия, запрет ограничения правоспособности и т. д.), либо предельно размыты, требуют оценочной и конкретизирующей деятельности, которую супруги осуществлять по общему правилу не могут, будучи непрофессионалами, а нотариусы осуществлять не должны исходя из своего статуса.

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

«В принципе режим раздельности, — отмечает М. В. Антокольская, — можно назвать наиболее справедливым для современной семьи, в которой оба супруга в более или менее равной степени делят домашние обязанности и оба имеют самостоятельные доходы». Такой режим, продолжает автор, является предпочтительным и для семей, где жена имеет более высокий доход по сравнению с мужем и при этом несет львиную долю обязанностей по ведению домашнего хозяйства, заботе о детях и их воспитании. И главное, М. В. Антокольская полагает, что при режиме раздельности «необходимо определить, в какой мере каждый из супругов будет выделять средства на ведение общего хозяйства, оплату общего жилища и другие общие расходы»[3]. Такая трактовка, верная по сути, является императивной, в то время как соответствующие правила ст. 42 СК РФ имеют диспозитивный характер. Разумеется, можно применить ссылку на об-

---

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

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

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

щие начала семейного законодательства: семейные отношения должны строиться на основе взаимопомощи и ответственности перед семьей всех ее членов (ч. 2 п. 1 ст. 1 СК РФ); супруги обязаны «содействовать благополучию и укреплению семьи, заботиться о благосостоянии и развитии своих детей» (п. 3 ст. 31 СК РФ). Но это, как мы уже отмечали, оценочные характеристики, поэтому кроме опоры на них необходимо императивным образом сформулировать указанные требования в норме ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ.

Правила ст. 42 СК РФ не содержат никаких ограничений свободы договора в целях обеспечения интересов общих несовершеннолетних детей как членов данной «супружеской семьи». Между тем положения, определяющие законный режим (п. 5 ст. 38, п. 2 ст. 39 СК РФ), являются в этом смысле достижениями российского законодательства, воплощением его социального, гуманитарного начала. То же касается и защиты интересов «социально слабой стороны» (супруга), на проблемы которой М. В. Антокольской и другими авторами вообще не делается акцента. Полагаем, что и в этой связи нормы о брачном договоре должны быть скорректированы в соответствии с началами семейного законодательства, т. е. прежде всего должны быть предусмотрены обязанности субъектов договора по формированию семейного бюджета и охранно-защитная составляющая в части социально значимых имущественных интересов самих супругов и их общих несовершеннолетних детей. Мы солидарны с мнением Л. Ю. Михеевой о необходимости сохранения в том или ином — пусть и ограниченном — виде конструкции общей совместной собственности и более взвешенном сближении в этом вопросе имущественных институтов семейного законодательства с соответствующими институтами законодательства гражданского[1].

Следует также заметить, что анализ семейно-правовых норм о брачном договоре все же подтверждает некоторое противоречие в позиции законодателя относительно несвязанности данной конструкции с лично-правовыми элементами. Так, норма п. 2 ст. 42 СК РФ позволяет супругам фиксировать в брачном договоре условия имущественного и неимущественного характера наступления (ненаступления) правовых последствий. По этому поводу Л. Б. Максимович уточняет: нарушение любого личного права, иное изменение или отсутствие изменений в поведении супруга могут повлиять на судьбу правоотношений из брачного договора[2]. Б. М. Гонгало и П. В. Крашенинников, считая ничтожными положения о запрете курения, злоупотребления спиртными напитками, удовлетворении потребности супруга в сексуальной жизни, сохранении супружеской верности и пр., в то же время не исключают возможности возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей в рамках брачного договора волею его сторон[3]. О. Н. Низамиева и Р. А. Сакулин в этой связи справедливо подчеркивают, что, следовательно, все-таки допустимо предусмотреть в данном договоре наступление неблагоприятных последствий при разделе имущества для супруга, злоупотре-

---

[1] См.: *Михеева Л. Ю.* К вопросу о совершенствовании норм семейного законодательства, регулирующих отношения супругов по поводу имущества // Труды института государства и права РАН. 2008. № 2. С. 178.

[2] См.: *Максимович Л. Б.* Указ. соч. С. 127.

[3] См.: *Гонгало Б. М., Крашенинников П. В.* Содержание брачного договора // Семейное и жилищное право. 2005. № 4. С. 26–27.

бляющего спиртными напитками или нарушающего супружескую верность, и пр.[1] Это предположение поддерживается, на наш взгляд, и аналогией норм п. 2 ст. 39 СК РФ о праве суда отступить от равенства долей при разделе общего супружеского имущества с учетом заслуживающих внимания интересов одного из супругов, а также подтвержденным судебной практикой юридическим значением «измены» как основания расторжения брака. Угроза таких «санкций», как отказ в предоставлении материального содержания или неравный раздел имущества, как пишут указанные авторы, может воздействовать на поведение супругов в браке, т. е. через компоненты личного характера обеспечивать косвенное регулирование соответствующих отношений — возможно, более эффективное, нежели прямые запреты[2].

* * *

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

По этому поводу единства мнений среди цивилистов нет, причем большинство с данным утверждением не согласны. Так, А. А. Иванов утверждает: брачный договор — обычная гражданско-правовая сделка и потому подчиняется правилам о сделках, обязательствах и договорах[3]. Б. М. Гонгало и П. В. Крашенинников также полагают, что исследуемое явление не относится к уникальным, оно — одно из многих в ряду гражданско-правовых договоров: 1) сама возможность его заключения предусматривается в ГК РФ; 2) изменение и расторжение производятся по основаниям и в порядке, установленным гражданским законом (п. 2 ст. 43 СК РФ)[4]. М. В. Антокольская столь же категорична в решении этого вопроса: во-первых, в общем виде брачный договор урегулирован нормами ГК РФ; во-вторых, невозможно объяснить, почему в отношении общего имущества супругов должны действовать особые семейные соглашения, а в отношении раздельного — обычные гражданские договоры[5]. Да и само его название свидетельствует о том же[6]. На гражданско-правовую природу брачного договора указывают также М. И. Брагинский, В. В. Витрянский[7], Е. А. Чефранова[8] и др. При этом М. И. Брагинский и В. В. Витрянский не исключают его

---

[1] См.: *Низамиева О. Н., Сакулин Р. А.* Некоторые проблемы формирования содержания брачного договора // Государство и право. 2010. № 3. С. 73.

[2] См. там же.

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

[4] См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. П. В. Крашенинникова и П. И. Седугина. М., 1997. С. 89; Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2007. С. 103–104; *Гонгало Б. М., Крашенинников П. В.* Брачный договор. М., 2006. С. 12.

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

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

[7] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Книга первая: общие положения. М.: Статут, 2002. С. 26–27.

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

межотраслевого характера с возможностью субсидиарного применения гражданско-правовых норм[1]. С. Н. Бондов, напротив, утверждает, что гражданское законодательство не субсидиарно, а непосредственно применяется к договорным семейным отношениям как к реальным гражданским[2]. Е. Л. Невзгодина также относит рассматриваемую конструкцию к сфере гражданского права: несмотря на то, что брачный договор лишь упоминается в ГК РФ (ст. 256) и более подробно урегулирован в СК РФ, он ничем принципиально не отличается от гражданско-правовой сделки, указание нормы п. 3 ст. 42 СК РФ о запрете включения в его содержание условий, касающихся «чисто семейных» (личноправовых) отношений как раз свидетельствует о его общегражданской правовой природе, спор о последней, в принципе, носит терминологический характер. «Включение института брачного договора (а вместе с тем договорного режима имущества супругов), — продолжает автор, — не в ГК, а в СК РФ объясняется определенной "робостью" законодателя, впервые в истории постреволюционного периода наконец разрешившего супругам самим определять режим имеющегося у них имущества, чем был сделан значительный, но лишь первый шаг в этом направлении»; скорее всего законодатель «отважится» сделать и второй шаг — «легально квалифицировать брачный договор как гражданско-правовую сделку (договор) со всеми вытекающими юридическими последствиями, каковой она по сути является и в настоящее время»[3].

Л. М. Пчелинцева[4], Л. Б. Максимович подчеркивают его сложную правовую природу. Так, последняя пишет: «Брачный договор обладает столь яркой и очевидной спецификой, что никак не может быть отнесен к обычным гражданско-правовым сделкам или договорам». «Супружеская общность, — продолжает автор, — не только экономическая, но бытовая, психологическая, эмоциональная, физическая — обусловлена самим браком. Именно это оказывает существенное влияние на супружеские имущественные отношения. ...Вместе с тем брачный договор предназначен для регулирования именно имущественных отношений между супругами. И с этой точки зрения он, несомненно, является инструментом гражданского права...»[5].

Однако, во-первых, регулирование исследуемых отношений в наиболее общем (неконкретном) виде гражданским законом (п. 1, ч. 3 п. 2 ст. 256 ГК РФ)[6] не с оче-

---

[1] См.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ. соч. С. 26–27.

[2] См.: *Бондов С. Н.* Брачный договор. М.: Закон и право, 2000. С. 53.

[3] *Невзгодина Е. Л.* Проблемы юридической квалификации брачного договора по законодательству Российской Федерации // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2011. № 3. С. 116–117.

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

[5] См.: *Максимович Л. Б.* Указ. соч. С. 24. Исследуя специфику брачного договора по белорусскому семейному закону, Л. А. Лавникович также подчеркивает его «преимущественно гражданско-правовой характер, несмотря на возможность регулирования им и личных семейных отношений». Распространяя на последние гражданско-правовые технологии, автор допускает применение в качестве санкций за неисполнение лично-правовых обязанностей штрафа (пени) (см.: *Лавникович Л. А.* Брачный договор: понятие и сущность. Минск. 2006. С. 59, 118). Такое своеобразное допущение как раз и проистекает из утверждения о гражданско-правовой природе брачного договора. Оно демонстрирует возможный вектор развития законодательства и правоприменительной практики.

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

видностью свидетельствует об «узурпации» гражданско-правовой власти над брачным договором. Например, наличие норм ст. 47 ГК РФ «Регистрация актов гражданского состояния» и ст. 30–39 ГК РФ об опеке малолетних не подрывает в значительной части административно-правовой природы регистрации актов гражданского состояния и семейно-правовой природы попечения над детьми. Законы систематики, возможно, и требуют упоминания в ГК РФ тех или иных понятий и институтов, но, коль скоро их существенные характеристики находятся в других отраслевых образованиях, а частные цели соответствуют стратегическим целям последних, природа таких понятий, норм и отношений вполне может и не быть гражданско-правовой или по крайней мере, как мы уже отмечали, может быть смешанной (двойственной). Субсидиарное применение, применение по аналогии и прямое применение гражданского законодательства к брачному договору, пусть и более масштабное, нежели применение к другим явлениям семейно-правовой сферы, также не с очевидностью указывает на его исключительно гражданско-правовую природу: указанные механизмы корректируются положениями ст. 4 и 5 СК РФ о соответствии их содержания специфике семейных отношений.

Во-вторых, сначала законодатель (а также те же цивилисты как участники проектирования закона) создает модель, возможно, ошибочную или по крайней мере отрицающую прежний опыт регулирования брачных отношений, неточную, неоптимальную, а затем предлагает «самому себе» (в лице цивилистов, участвующих в разработке проектов) использовать ее в качестве базовой теоретической предпосылки для утверждения о гражданско-правовой природе созданной модели.

В-третьих, коль скоро в брачном договоре может присутствовать соглашение об алиментировании, природа которого, конечно, также может оспариваться (как и суверенность семейного права), однако она гораздо более специфична с точки зрения оснований, содержания, исполнения, прекращения[1], уже это выводит исследуемую конструкцию на более «широкую дорогу» законотворчества и правоприменения.

В-четвертых, как мы уже отмечали, ключевым в этом вопросе является требование законодателя о соответствии содержания данного договора началам семейного законодательства (ст. 1 СК РФ), которые имеют весьма мало общего с гражданско-правовыми аналогами, кроме указания на добросовестность контрагентов и соблюдение «добрых нравов». Мы также в данном сочинении и в других работах неоднократно высказывали сомнения в допустимости применения сущностно противоположных режимов к одному и тому же виду общественного отношения.

Семейно-правовую природу брачного договора отстаивают О. Н. Низамиева, И. В. Злобина, Л. А. Смолина и некоторые другие цивилисты[2]. Основные аргументы (как и у автора данного параграфа[3]) сводятся к специфике субъектного состава (лица, вступающие в брак; супруги), цели договора (регулирова-

---

[1] Подробнее см. соответствующий параграф.

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

[3] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. С. 16.

ние имущественных отношений семейной общности, ориентация на общие начала семейного законодательства), которые принципиально отличаются от начал законодательства гражданского в силу существенного различия объектов регулирования. Среди особых оснований недействительности брачного договора, отмечает Л. А. Смолина, имеются и неизвестные ГК РФ, например «условия, которые ставят одного из супругов в крайне неблагоприятное положение» (п. 2 ст. 44 СК РФ)[1].

Кроме того, как мы уже подчеркивали, российский эксперимент с брачным договором не во всем успешен, особенно в социально-гуманитарном аспекте. Если дополнительные ограничения его свободы будут введены, а сфера применения расширена, семейно-правовое начало существенно усилится, если не «поглотит» гражданско-правовое...

Тем не менее если в начале своего юридического бытия брачный договор был уделом единиц и притом преимущественно заключался в Москве и Санкт-Петербурге, то в последние годы он расширил географию и увеличил долю присутствия среди механизмов регулирования имущественных отношений супружеского союза: в 2013 г. было совершено около 50 тыс. нотариальных удостоверений таких договоров, в том числе около 8 тыс. — в Москве, около 5 тыс. — в Санкт-Петербурге, более 3 тыс. — в Московской области, более 2 тыс. — в Самарской области, около 2 тыс. — в Свердловской и Челябинской областях, более 1 тыс. — в Новосибирской области и в Краснодарском крае и т. д.[2]

* * *

Не ставя перед собой цели подробно проанализировать варианты брачного договора и других его нормативных составляющих, остановимся лишь на аспектах, вызывающих наиболее острые дискуссии.

Так, с точки зрения многих цивилистов, не вполне ясен его субъектный состав. Во-первых, нуждается в уточнении формула «лица, вступающие в брак». О. Ю. Косова предлагает ограничительное толкование нормы: формулировка ст. 40 СК РФ дает основания считать, что при удостоверении брачного договора стороны должны представлять нотариусу доказательства своих действительных намерений вступить в брак, например справку органа ЗАГС о подаче ими заявления о вступлении в брак[3].

Мы полагаем, что ничто в тексте закона не указывает на такую формализацию. Неточность термина, отмечает Л. Б. Максимович, обусловлена примененной конструкцией причастного оборота, обозначающего незаконченное действие; можно было бы избежать неточности при использовании формулы «лица, собирающиеся (или намеревающиеся) вступить в брак»[4]. Е. А. Чефранова предлагает сходный вариант: «лица, имеющие намерения вступить

---

[1] См. *Тарусина Н. Н.* Семейное право. С. 16.

[2] Подробнее см.: *Бондов С. Н., Кокорина М. С.* Регулирование договорных отношений в семейной сфере: новеллы в законодательстве и практика // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования: международная научно-практическая конференция. Тверь: Тверской государственный университет, 2015. С. 37.

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

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

в брак»[1]. Хотя помолвка и статус жениха и невесты, подчеркивает Л. Б. Максимович, не имеют по российскому семейному законодательству юридического значения, мужчина и женщина приобретают право заключить брачный договор именно с момента принятия совместного решения о вступлении в брак, а не с момента подачи соответствующего заявления в орган ЗАГС. К тому же факт подачи заявления не следует переоценивать: примерно 8 % от числа лиц, подавших такие заявления, не являются впоследствии на регистрацию брака[2].

Е. Л. Невзгодина, опираясь на тезис о гражданско-правовой принадлежности института брачного договора, полагает, что неопределенность ситуации должна быть преодолена через конструкцию предварительного договора, который в соответствии с нормой ст. 429 ГК РФ действует в течение года после его заключения, хотя подобная мера является временной — впоследствии ее следует заменить на прямое предписание[3]. Последнее, конечно, не исключается. Что касается первого предположения, на наш взгляд, сущность предварительного договора, его соотношение с основным договором не позволяют считать правила ст. 429 субсидиарно допустимыми для брачного договора.

Возможно, замечает А. Н. Левушкин, законодатель со временем сочтет целесообразным закрепить дополнительное условие о предоставлении нотариусу документа, подтверждающего подачу заявления о вступлении в брак (как это предусмотрено, например, Семейным кодексом Украины)[4]. Так или иначе неопределенность нормы должна быть снята — либо путем установления срока действия соглашения, либо путем уточнения формулы субъектного состава.

Что касается конструкции предварительного брачного договора как версии de lege ferenda, подобная версия высказывается. Так, С. А. Гарненко полагает, что даже действующее правило ст. 429 ГК РФ не содержит препятствий к заключению сторонами предварительного брачного договора с последующим заключением основного, однако для большей определенности целесообразно закрепить данную возможность непосредственно, дополнив ст. 429 следующей нормой: «Супруги (лица, вступающие в брак) вправе заключить предварительный брачный договор, по которому обязуются заключить в будущем договор, определяющий имущественные права и обязанности супругов в браке и (или) в случае его расторжения (брачный договор)»[5].

Нет единства мнений относительно условия о дееспособности участников брачного договора. Очевидно, что ими не могут быть недееспособные лица, признанные таковыми решением суда. Некоторые авторы полагают, что правомочия могут быть возложены на опекуна с разрешения органа опеки и попечительства[6]. Однако мы солидарны с Л. Б. Максимович в ее мнении о том, что в силу ярко выраженного личного (или личностного) характера брачного договора он не может быть заключен представителем-опекуном[7]. (Здесь, кстати,

---

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

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

[3] См.: *Невзгодина Е. Л.* Указ. соч. С. 118.

[4] См.: *Левушкин А. Н.* Указ. соч. С. 40.

[5] См.: *Гарненко С. А.* Предварительный брачный договор // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования. Тверь, 2015. С. 54–55.

[6] См., напр.: *Байгушева Ю. В.* Брачный договор // Правоведение. 2009. № 3. С. 257.

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

дополнительным нюансом может стать конфликт интересов, если опекуном является второй супруг.) Восполнение дееспособности, как справедливо полагает М. В. Антокольская, возможно только в вопросах, не связанных с личностью подопечного[1]. Представитель может и должен защищать его личные и имущественные интересы перед всеми третьими лицами и в суде, однако не может совершать акты, неразрывно связанные с личностью недееспособного душевнобольного лица (признавать внебрачное отцовство, заключать брачный договор и т. п.).

Особо обсуждается вопрос об ограниченно дееспособном супруге. Так, А. П. Сергеев считает невозможным допустить его к участию в данном акте: «Во-первых, брачный договор является хотя и особой, но гражданско-правовой сделкой, на которую распространяются общие правила ГК, и, во-вторых, данной сделкой могут быть ущемлены права ограниченно дееспособного лица, способности которого к самостоятельному участию в гражданском обороте существенно подорваны его пагубным пристрастием к спиртным напиткам или наркотическим средствам»[2].

М. В. Антокольская, напротив, полагает, что, поскольку семейное законодательство прямо не устанавливает подобного запрета, а сам брачный договор направлен на укрепление семьи, его могут заключить и ограниченно дееспособные лица[3]. А. Н. Левушкин солидарен с данной точкой зрения, уточняя, что в этом случае потребуется согласие попечителя.

Однако, во-первых, направленность брака на укрепление семьи далеко не очевидна в конкретной ситуации. Во-вторых, М. В. Антокольская, относя данный акт к гражданско-правовым сделкам, апеллирует при решении данного вопроса исключительно к семейному закону, что не вполне последовательно (с учетом исключительно гражданско-правовой направленности ее позиции в целом относительно семейного права и в частности относительно рассматриваемого института). В-третьих, автором не учитывается возможность того, что попечителем, который должен давать согласие на совершение ограниченно дееспособным всех сделок, кроме мелких бытовых, скорее всего, окажется второй супруг — и «круг замкнется». Конфликт интересов может быть, конечно, преодолен при посредстве контроля со стороны органа опеки и попечительства, но это, на наш взгляд, недопустимая степень вмешательства в личную жизнь супругов без обоснованной необходимости[4]. Если добросовестный супруг, кроме той защиты интересов семьи, которая предоставляется при посредстве ограничения дееспособности недобросовестного супруга, пожелает обеспечить свои интересы в случае развода, он сможет это сделать, опираясь на нормы о законном режиме и правила об отступлении от равенства долей при разделе общего супружеского имущества (п. 2 ст. 39 СК РФ). Мы полагаем, что вполне убедительную позицию в этом вопросе занимают Б. М. Гонгало и П. В. Краше-

---

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

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

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

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

нинников: брачный договор, разумеется, не относится к числу мелких бытовых сделок, а возможность его заключения с согласия попечителя противоречит существу соответствующих отношений, т. е. их личному характеру[1].

Нуждается в уточнении и право на заключение брачного договора несовершеннолетними. Так, А. М. Нечаева полагает, что прямая зависимость договора от факта существования брака (или намерения его оформить в установленном законом порядке) означает право заключить подобный договор и лицам добрачного возраста, а также тем, «кому в виде исключения с учетом особых обстоятельств разрешено вступить в брак и ранее»[2].

М. В. Антокольская уточняет: поскольку способность к заключению брачного договора связана с брачной правоспособностью, лицо, не достигшее брачного возраста, не может совершить данную сделку без согласия родителей или попечителей до момента регистрации брака[3]. С ней солидарна и Л. Б. Максимович[4]. (Ранее М. В. Антокольская утверждала, что несовершеннолетний вправе заключить брачный договор самостоятельно с момента вынесения решения о снижении брачного возраста[5].)

Данные позиции не вполне соответствуют российскому семейному и гражданскому законодательству. Во-первых, представительство в форме согласия родителей (М. В. Антокольская, Л. Б. Максимович) в рассматриваемом случае недопустимо ввиду личного характера правоотношений[6]. Законодатель, впрочем, может допустить такое исключение в СК РФ из соображений защиты интересов несовершеннолетних. (Например, неоднократно нами упоминавшаяся Концепция совершенствования семейного законодательства содержит правило о даче родителями несовершеннолетнего на заключение брака, что, впрочем, по меньшей мере спорно.) Пока этого нет, действует, на наш взгляд, норма п. 4 ст. 182 ГК РФ. Во-вторых, несовершеннолетние получают полную дееспособность после регистрации брака и тогда же — право на заключение брачного договора: с 16 лет по версии федерального закона, от 14 до 15 лет — по различным версиям региональных законов[7].

Соответственно, эмансипация несовершеннолетнего (ст. 27 ГК РФ) имеет положительное значение. При этом в брак он вступить не может без специального юридического факта (разрешения органа местного самоуправления на снижение брачного возраста), а заключить с 16 лет брачный договор он вправе[8], однако только с момента официального снижения брачного возраста[9].

---

[1] См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. С. 106–107.

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

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

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

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

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

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

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

[9] Аналогичной точки зрения придерживаются Б. М. Гонгало, П. В. Крашенинников. См.: Семейное право / под ред. П. В. Крашенинникова. С. 106.

* * *

Интерес представляет вопрос о конфиденциальности договора.

Поскольку он требует нотариального удостоверения, прежде всего подлежит обсуждению обязанность нотариуса сохранять тайну нотариального действия (кроме случаев выдачи соответствующих справок по требованию суда, прокуратуры, органов следствия (п. 4 ст. 5 Основ законодательства РФ о нотариате)). Что касается обязанности нотариуса извещать о доходах по сделкам налоговый орган (а в брачном договоре как в комплексном договоре могут содержаться элементы дарения и другие основания приобретения права собственности), как полагает Л. Б. Максимович, по рассматриваемому конкретному поводу указанная норма не может быть истолкована расширительно, необходимо прямое указание в норме ст. 16 Основ[1]. Впрочем, переход права собственности на недвижимость требует государственной регистрации, поэтому субъектом, информирующим налоговый орган, в надлежащий момент станет орган государственной регистрации сделок с недвижимостью.

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

В этой связи, как справедливо отмечает Л. Б. Максимович, возможно возникновение ситуации, когда супруг, которому по какой-либо причине стали невыгодны условия брачного договора, при отсутствии согласия второго супруга на изменение или расторжение последнего, не желая решать вопрос в судебном порядке, для достижения своей цели вступает в сговор с кредитором или с тем, кто будет исполнять эту роль. За этим последует требование лжекредитора к супругу-должнику исполнить обязательство, что приведет к нарушению прав другого супруга. Для обеспечения защиты интересов добросовестной стороны автор предлагает предусмотреть исключительно судебный способ решения вопроса о возможности наступления ответственности одного из супругов перед кредитором на основании ст. 46 СК РФ[2].

В зарубежном законодательстве, кроме того, предусматривается регистрация брачных договоров в специальном реестре, что позволяет заинтересованному лицу узнать по крайне мере о факте заключения брачного договора. Во Франции, например, о заключении брачного договора проставляется соответствующий штамп в паспорте при регистрации брака, в Италии данный факт фиксируется в специальном реестре местных органов власти[3].

Л. Б. Максимович предлагает последовать этому опыту: если договор заключен до регистрации брака, штамп об этом факте в паспорте брачующихся должен проставить работник органа ЗАГС, а если после — нотариус[4]. Думает-

---

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

[2] См.: Там же. С. 61–62.

[3] См., напр.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. С. 535.

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

ся, целесообразнее, чтобы специальный реестр вел нотариус: паспорт подлежит обмену, замене; брачный договор может быть изменен, расторгнут — эти и другие подобные обстоятельства при технологии «штампования» не учитываются.

Как известно, в настоящее время эти соображения отчасти степени услышаны: специального реестра по-прежнему нет, однако с 1 июля 2014 г. нотариусы вносят в реестр нотариальных действий единой информационной системы нотариата сведения о совершении нотариальных удостоверений различных юридических актов, в том числе брачных договоров, а также об их изменении, расторжении, отмене (Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ).

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

А. А. Иванов полагает, что существенным условием брачного договора является изменение хотя бы одного имущественного права или обязанности на будущее время — именно этот признак позволяет, с его точки зрения, разграничить данную сделку и соглашение о разделе общего супружеского имущества: брачный договор не может быть ретроспективным — он рассчитан на применение в будущем (как в браке, так и при его расторжении), второе же соглашение ретроспективно, обращено в прошлое[1].

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

Во-первых, возможность заключения брачного договора перед разводом «переворачивает с ног на голову» смысл данного института, призванного прежде всего имущественно сопровождать брак.

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

---

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

В ряде стран брачный договор заключается до регистрации брака (Франция, Япония, США, Украина и др.). При этом в США и Японии существует право внести в него изменения впоследствии при определенных условиях, а в Германии — и право отменить его[1].

Как отмечает Л. Б. Максимович, обобщение соответствующей практики показывает, что заинтересованность в заключении брачного договора преобладает у будущих или недавно вступивших в брак супругов (со стажем семейной жизни до 1,5 месяца). Это, по ее мнению, обусловлено стремлением определить и согласовать позиции по наиболее существенным вопросам имущественного характера. Если же в ходе согласований станет очевидным, что взгляды жениха и невесты на совместную жизнь принципиально различны и попытки найти компромисс не достигают успеха, им имеет смысл еще раз обсудить решение о вступлении в супружеский союз. Это подтверждается также исследованиями психологов и анализом бракоразводной судебной практики[2].

Однако автор не делает из этого никаких выводов. Между тем опыт других стран и практика применения, пусть и небольшая, нашего законодательства должны поощрить законодателя к размышлению и по поводу временного периода заключения брачного договора. По крайней мере очевидно, что в связке «заключение брачного договора перед разводом с содержанием, сводящимся исключительно к разделу совместного имущества» не все в порядке. В этом А. А. Иванов по сути прав. Такую возможность следует исключить из редакции норм ст. 40–41 СК РФ, скорректировав ее по компромиссному варианту: по общему правилу договор заключается до вступления в брак, в браке же он может быть изменен, прекращен или может быть заключен новый брачный договор[3], совершение которого не должно сводиться лишь к соглашению о разделе имущества при расторжении брака. Это тем более целесообразно после введения требования нотариального удостоверения последнего Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. № 391-ФЗ. Соответственно, придется уточнить правомочия на заключение брачного договора несовершеннолетних субъектов — в рамках возможностей и ограничений, описанных нами выше.

В доктринальном и правоприменительном дискурсе находятся и другие вопросы. Так, не вполне очевидна трактовка норм ст. 42 СК РФ в части возможности распространения режима общей совместной собственности на добрачное имущество супругов или имущество, приобретенное в браке, но являющееся личной собственностью, по основаниям п. 2 ст. 36 СК РФ.

---

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

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

[3] Мы не согласны с толкованием Л. Ю. Михеевой положений ст. 40 СК РФ в части возможности заключения нескольких брачных договоров последовательно. «Существуют прецеденты, — пишет автор, — заключения одними и теми же супругами соглашений, касающихся разных предметов. Эти соглашения отвечают признакам брачных договоров, и нотариусы не отказывают в их удостоверении» (см.: *Михеева Л. Ю.* Указ. соч. С. 176). Во-первых, такие отношения могут рассматриваться как дополнения (изменения) брачного договора. Во-вторых, нотариусы не отказывают в их удостоверении в качестве самостоятельных разновидностей соглашений между супругами — при условии их законности, т. е. отнюдь не обязательно в связи с квалификацией их как новых брачных договоров.

С точки зрения одних авторов, к рассматриваемым отношениям приоритетно применяется ГК РФ, а по смыслу нормы ст. 256 изменению подлежит только режим «брачного имущества»[1]. А. Н. Левушкин подчеркивает, что совместная собственность образуется в силу закона и не может быть установлена договором[2]. Другие авторы обоснованно считают имущественные отношения супругов семейно-правовыми и их регулирование — преимущественно предметом СК РФ, в котором договорное изменение режимов личной собственности признается возможным[3]. М. В. Антокольская, не разделяя точки зрения о семейно-правовой природе рассматриваемой конструкции, но опираясь на относительную свободу цивилистических соглашений, по существу спора утверждает: «Супруги с помощью брачного договора вправе перераспределить и имущество, принадлежащее каждому из них, в том числе и добрачное. Они могут, например, установить, что все это имущество будет являться их общей собственностью»[4].

Н. Ф. Звенигородская настаивает также на отсутствии у брачного договора обратной силы, что также квалифицирует только что обсужденную возможность невероятной (в части добрачного имущества), но уже по другой причине: до брака стороны супругами не являлись; иначе, продолжает автор, мы должны признать, что обсуждаемая конструкция является видом смешанного договора, которая к нему неприменима (поскольку тогда им будут регулироваться отношения хоть и одних лиц, но субъектов разных отраслевых правоотношений — до брака гражданских, а в браке семейных)[5]. Однако, как справедливо возражают О. Н. Низамиева и Р. А. Сакулин, брачный договор в рассматриваемой ситуации регулирует существующие имущественные отношения, перераспределяя права супругов в отношении их собственности[6]. Тем не менее, поскольку неопределенность существует, авторы солидарны с Л. Б. Максимович, предлагающей уточнить редакцию нормы п. 1 ст. 42 СК РФ: «Брачным договором супруги вправе изменить установленный законом режим совместной собственности (ст. 34 СК РФ) и режим собственности каждого из супругов»[7].

Что касается неприменимости к брачному договору конструкции смешанного договора, и здесь не все очевидно. Так, в связи с тем, что не исключаются договоренности о судьбе исключительных прав[8], О. А. Рузакова и А. Б. Рузаков подчеркивают: «При изменении режима исключительных прав необходимо учитывать, что распоряжение ими осуществляется в рамках специальных до-

---

[1] См.: *Зайцева Т. И.* Семейное право в нотариальной практике // Настольная книга нотариуса. Т. II. М., 2003. С. 138–139.

[2] См.: *Левушкин А. Н.* Институт брачного договора в Российской Федерации, других государствах — участниках Содружества Независимых Государств и Балтии. С. 70.

[3] См.: *Низамиева О. Н., Сакулин Р. А.* Указ. соч. С. 66–67.

[4] *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 2003. С. 160–161.

[5] См.: *Звенигородская Н. Ф.* Действие брачного договора во времени // Нотариус. 2005. № 2. С. 9–10.

[6] Там же.

[7] См.: *Максимович Л. Б.* Брачный договор // Закон. 1997. № 11. С. 37.

[8] См.: *Бычков А. И.* Смешанный брачный договор // Цивилист. 2011. № 3. С. 85–88. Автор приводит и другие ситуации, когда такой договор можно отнести к смешанному типу.

говоров, которые зачастую требуют специальной регистрации. При включении в брачный договор условий об изменении режима исключительных прав, имеющих направленность на использование исключительных прав в соответствии с пунктом 3 статьи 421 ГК РФ такой договор следует рассматривать как смешанный, в котором наряду с условиями брачного договора будут присутствовать условия договоров о распоряжении исключительными правами»[1].

В брачном договоре могут быть урегулированы три группы жилищных вопросов: 1) порядок пользования жилым помещением; 2) ответственность по обязательствам, вытекающим из такого пользования; 3) правовые последствия прекращения семейных отношений между супругами[2]. Е. А. Чефранова высказывает также соображения о возможности включения в брачный договор ограниченного вещного права — жилищного узуфрукта[3].

Л. Б. Максимович полагает возможным определять в брачном договоре порядок несения супругами расходов на детей[4]. Несмотря на несогласие с данной точкой зрения М. В. Антокольской, А. Н. Левушкина и др.[5], мы считаем ее обоснованной: расходы на детей (не алименты!) составляют часть расходов на семью, которые фигурируют в качестве элемента содержания рассматриваемой конструкции (ч. 3 ст. 42 СК РФ); здесь дети, как и при отступлении от равенства долей при разделе общего супружеского имущества, не будучи субъектами данных правоотношений, находятся в «юридической тени» (в отличие от алиментных отношений, где они субъектами являются), их интересы «растворяются» в интересах по обеспечению жизнедеятельности семьи в целом.

Е. Л. Невзгодина отмечает, что на практике все более широкое распространение получают договоры супругов о купле-продаже недвижимости с определением в них конкретных долей, что впоследствии провоцирует со стороны супруга-правообладателя меньшей доли судебный спор. Автор справедливо подчеркивает, что в точном соответствии с буквой закона это невозможно, если только заранее не предусмотрено именно брачным договором — единственным прямым способом прекращения права совместной собственности, в том числе в будущем. Другое дело, продолжает автор, что супруги как субъекты гражданского оборота вправе заключать самые разнообразные сделки, включая договоренности об установлении долевой собственности на то или иное имущество, однако лишь после его приобретения — например, договор о разделе конкретного объекта недвижимости (ст. 38–39 СК РФ), договор дарения своей доли одним супругом другому[6].

В рамках действующего законодательства в брачном договоре не могут регулироваться вопросы наследования. Однако если в закон будет внедрена кон-

---

[1] *Рузакова О. А., Рузаков А. Б.* Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации в имуществе супругов // Семейное и жилищное право. 2007. № 2. С. 15–19.

[2] Подробнее см.: *Низамиева О. Н, Саккулин Р. А.* Указ. соч. С. 71–72.

[3] См.: *Чефранова Е. А.* Имущественные отношения супругов. М., 2008. С. 151.

[4] См.: *Максимович Л. Б.* Брачный договор (контракт). М., 2005. С. 128.

[5] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право. М., 2003. С. 18; *Левушкин А. Н.* Указ. соч. С. 75.

[6] См.: *Невзгодина Е. Л.* Соглашение о разделе имущества и брачный договор // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2012. № 1. С. 64–65.

струкция наследственного договора[1], то это может отразиться и на содержании брачного договора.

Неочевидным является соотношение брачного договора и соглашения о разделе имущества супругов, а также алиментного соглашения как самостоятельной конструкции и договоренности о предоставлении материального содержания как части брачного договора. Первый аспект проблемы будет исследован нами в следующем параграфе. На втором аспекте кратко остановимся в этом.

Соглашение об уплате алиментов заключается между супругами (бывшими супругами), имеет силу исполнительного листа, должно предусматривать индексацию и специальный порядок уплаты. О. Н. Низамиева и Р. А. Сакулин указывают на ряд отличий такого соглашения от брачного договора: 1) соглашение не может быть заключено лицами, вступающими в брак, а брачный договор — бывшими супругами; 2) единственной целью первого является материальная поддержка члена семьи или бывшего члена семьи, целями второго выступают поддержка, стимулирование, реабилитация, компенсация[2]; 3) в брачном договоре супруги вправе отступить от законных условий и порядка алиментирования в сторону индивидуального творчества, в алиментном соглашении это неочевидно, в нем также невозможно расширить круг участников[3].

2.5. Соглашения о собственности в браке — «суррогаты» брачного договора?

Совершенно очевидно, что супруги являются особенными субъектами российского права — в конституционно-правовой, административно-правовой, уголовно-правовой, финансово-правовой, гражданско-правовой и во многих других сферах, ибо они не обязаны в суде свидетельствовать по делу супруга, ограничены в занятии государственных должностей, обладают некоторыми финансовыми льготами и обременениями, имеют преимущества, связанные с наследованием, и т. п. Еще более очевидна их особость в семейно-правовой сфере. Тем не менее супруги являются субъектами гражданского оборота — и это дает им как общегражданские возможности участвовать в соответствующих правоотношениях, так и возможности специфические.

Право супругов заключать между собой любые договоры, как правило, не подвергалось сомнению в тех правовых системах, где был принят принцип раздельности имущества супругов. Так, в Древнем Риме между мужем и женой могли существовать имущественные отношения, как между всякими частными лицами — субъектами гражданского оборота, кроме дарения: данный акт воспрещался для того, чтобы любовь одного супруга к другому не могла явиться причиной имущественных вымогательств со стороны последнего[4].

Вывод о характере имущественных отношений между супругами в древнейший период русской истории, весьма бедной памятниками семейного права,

---

[1] Как известно, в настоящее время данная идея получила отрицательную экспертную оценку.

[2] См. там же. С. 69–70.

[3] См., напр.: Гражданское право. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 454.

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

отмечает Г. Ф. Шершеневич, может быть сделан только на основании общих памятников литературы, однако при этом очевидно, что в эпоху господства физической силы и полного подчинения жены мужу ни о какой имущественной самостоятельности женщины не могло быть и речи. Позднее появились некоторые элементы независимости, которые, впрочем, под татарским влиянием были в значительной степени утрачены. Много способствовал освобождению русской женщины Петр I. Некоторое значение в становлении института раздельной собственности и права совершения сделок между супругами, а также супруги с третьими лицами, как мы уже отмечали в параграфе о брачном договоре, придают влиянию русских императриц, «которые приняли к сердцу положение женщины»[1]. В то же время, разумеется, эта свобода находилась скорее где-то между «пыткой и попыткой», нежели в роли реального обеспечения прав супруги, относительно значительных в имущественной сфере и достаточно мифических — в лично-правовой. Так, в 1753 г. Сенат, разрешая дело Головиной, нашел, что жена может продать свое имение без согласия мужа, а в 1763 г., напротив, признал недействительным договор между супругами ввиду личной зависимости жены от мужа[2]. Известны также случаи водворения жены к мужу по удовлетворенному судебному иску и другие экзотические для современных гендерных представлений нормативно-правовые и правоприменительные казусы. В параграфе о брачном договоре нами демонстрировались последующие тенденции в развитии имущественных правоотношений между супругами.

В современном зарубежном законодательстве легальный режим супружеского имущества дифференцируется на три группы: режим общности (Франция, Швейцария, Италия, Нидерланды, ряд штатов США и др.), режим раздельности (Англия, большинство штатов США) и режим отложенной общности (Швеция, Норвегия, Дания, Исландия, Финляндия и др.)[3]. Последний вариант предполагает раздельность имущества в браке, однако его объединение и раздел на основе принципа равенства при разводе. При этом законодатель во всех трех случаях вынужден отступить от традиционных решений и искать новые эффективные способы правового регулирования имущественных отношений в браке (особенно в конце XX в.). Это объясняется, как отмечает О. А. Хазова, социально-экономическими факторами и неудовлетворительным состоянием права в части имущественного статуса замужней женщины[4].

При всех вариантах легального режима (как, впрочем, и при использовании брачного договора в ряде случаев) те или иные значимые интересы оказываются недостаточно защищенными. Управление и распоряжение общим имуществом (иногда и раздельным) осуществляется по различным правилам и с некоторыми ограничениями. Так, Гражданский кодекс Франции устанавливает, что супруги вправе только по взаимному согласию совершать сделки

---

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

[2] См. там же.

[3] См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств. Т. 2. С. 537; *Хазова О. А.* Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ. М., 1988. С. 79; Гражданское и торговое право зарубежных стран / под ред. С. Н. Бабурина, Р. А. Курбанова. М., 2013. С. 320–325.

[4] См.: *Хазова О. А.* Брак и развод в буржуазном семейном праве. Сравнительно-правовой анализ. С. 81.

по безвозмездному отчуждению общего имущества, а также по сдаче его внаем и залогу. Остальным общим имуществом каждый из супругов вправе самостоятельно управлять при условии персональной ответственности за допущенные ошибки. Соглашением супруги могут расширить или сузить установленный законом размер общей совместной собственности. Они могут также заключить соглашение об управлении общей собственностью или о ее разделе. Указанные соглашения составляются в письменной форме и требуют нотариального удостоверения[1]. Германское гражданское уложение предусматривает право каждого супруга заключать сделки для удовлетворения потребностей семьи[2]. Однако супруг может взять на себя обязательство по распоряжению своим имуществом в целом только с согласия (предварительного или последующего) другого супруга. Отказ в согласии без уважительной причины может быть преодолен решением опекунского суда. Гражданский кодекс Италии устанавливает, что каждый из супругов вправе требовать возмещения расходов на цели семьи, понесенных им лично[3]. Совершение между супругами обычных гражданско-правовых сделок особым образом законом не регулируется.

Советское и российское семейное законодательство, как мы уже отмечали, регулировало в разные периоды и регулирует ныне имущественные отношения супругов различным образом. Так, нормой ст. 12 Кодекса 1926 г. устанавливалось: «Супруги могут вступить между собой во все дозволенные законом имущественно-договорные отношения. Соглашения между супругами, направленные к умалению имущественных прав жены или мужа, недействительны и необязательны как для третьих лиц, так и для супругов, которым предоставляется в любой момент от исполнения их отказаться».

Ни в Кодексе о браке и семье РСФСР 1969 г., ни в СК РФ 1996 г. подобной нормы нет. В прибалтийском законодательстве советского периода данное правило присутствовало. Например, в норме ст. 28 Кодекса о браке и семье Эстонской ССР устанавливалось: 1) супруги могут заключать между собой все дозволенные законом имущественные сделки, в том числе соглашения о полном или частичном разделе общего имущества, а также соглашения о порядке владения, пользования и распоряжения этим имуществом; 2) указанные сделки, направленные к умалению имущественных прав одного из супругов или противоречащие интересам детей, недействительны; 3) соглашения о разделе общесупружеского имущества подлежат обязательному нотариальному удостоверению, если такое имущество зарегистрировано в соответствующих органах на имя одного из супругов; по желанию супругов нотариальному удостоверению могут подлежать любые иные соглашения о разделе общей совместной собственности. В соответствии с комментарием Ж. Ананьевой учет интересов детей должен был осуществляться на основе трех значимых положений: 1) дети при жизни родителей не имеют права на их имущество; 2) родители обязаны предоставлять содержание несовершеннолетним детям, а также совершеннолетним, однако нуждающимся нетрудоспособным; 3) родители обязаны заботиться о детях, в том числе об их физическом развитии, обучении и подготовке к общественно полезной деятель-

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

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

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

ности[1]. Думается, что большая часть указанных норм вполне могла бы использоваться при оптимизации современного российского семейного закона.

СК РФ 1995 г. содержит лишь указания на возможность применения норм гражданского права (ст. 5), об обязательствах супругов (гл. 9) и о праве заключать предусмотренные кодексом семейно-правовые договоры (брачный договор, соглашение об алиментах и т. д.).

Тем не менее по смыслу действующего семейного и гражданского законодательства супруги могут вступать в самые разнообразные сделки. Нахождение в браке, отмечает А.А. Иванов, никак не влияет на их сделкоспособность, однако в связи с ним между супругами могут возникнуть обязательства особого рода — как договорные (из брачного договора, соглашения об алиментах), так и внедоговорные (многие алиментные обязательства, обязательства по возмещению вреда, причиненного одним из супругов)[2]. Очевидно, что состояние в браке влияет не только на ассортимент сделок, но и на условия их действительности. В частности, одним из ярких правил подобного рода является презумпция согласия при распоряжении одним из супругов общим имуществом (п. 2 ст. 35 СК РФ).

Поскольку российское семейное законодательство сочетало (в меньшей степени) и сочетает начала общности и раздельности, ответ на вопрос об ассортименте «межсупружеских» сделок должен зависеть, как справедливо отмечает Е.А. Чефранова, от двух обстоятельств: 1) статус имущества (личное или общее); 2) соответствие той или иной сделки по своей природе содержанию и цели, личному характеру супружеских отношений и основным началам семейного законодательства[3]. Так, полагает автор, хотя в законе нет запрета на заключение супругами рентных договоров, они тем не менее невозможны, ибо противоречат семейному закону, в частности принципам ст. 1 и положениям п. 1 ст. 89 СК РФ о взаимопомощи в семье и обязанности материально поддерживать друг друга. Договор пожизненной ренты предполагает передачу получателем ренты своего имущества (как правило, недвижимого) в собственность плательщика ренты, который на этом основании обязуется выплачивать оговоренные суммы в течение его жизни. Договор пожизненного содержания с иждивением направлен, как известно, на обеспечение потребности в жилище, питании, одежде и уходе. Между тем супруг, утверждает Е.А. Чефранова, без всяких дополнительных условий обязан заботиться о другом супруге и материально поддерживать его. Хотя в последнее время участились случаи заключения межсупружеских рентных договоров, они не должны признаваться законными и, соответственно, удостоверяться нотариусами, а регистраторы сделок с недвижимостью не должны регистрировать их[4].

Данная в целом обоснованная позиция нуждается, на наш взгляд, в уточнении. Поскольку нормы ст. 596–605 ГК РФ не устанавливают таких специальных требований, которые закреплены в нормах ст. 89–90 СК РФ (в частности,

---

[1] См.: Кодекс Эстонской ССР о браке и семье. Комментированное издание / авторы комментариев Ж. Ананьева и Э. Салумаа. Таллин, 1974. С. 56–57.

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

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

[4] См. там же. С. 120–121.

о нетрудоспособности управомоченного супруга и тому подобных юридических фактах), они обладают дополнительными защитными возможностями. Собственно регулятивное субъективное право на материальную поддержку (п. 1 ст. 89 СК РФ) независимо от нетрудоспособности не поддержано соответствующим охранительным правом и не обладает свойством принудительного исполнения. Договориться можно, но без гарантий. Поэтому целесообразно, если отрицать межсупружеские рентные договоры, расширить возможности соглашений об алиментировании по типу первых. Тогда потребности в рентных договорах в браке или после расторжения брака не возникнет.

Супруги могут заключить соглашение о порядке пользования общим имуществом или личным имуществом каждого (одного) из супругов. Возможно доверительное управление общей собственностью, распоряжение ею на основе договора поручения, соглашение об объединении отдельных объектов добрачного имущества. Следует, однако, заметить, что соответствующее регулирование по умолчанию предлагается в обычном гражданско-правовом. Между тем в зарубежном законодательстве несмотря на формальное признание семейного права подотраслью права гражданского довольно подробно регламентированы особенности подобного и иного сходного взаимодействия субъектов брачного правоотношения. Так, по законодательству Италии супруги могут договориться о создании имущественного семейного фонда и порядке управления им; в США (на уровне штатов), в Чехии и в других странах довольно подробно регламентируется управление общей супружеской собственностью, в том числе на основе соглашений; в Швейцарии супруги договариваются между собой об участии в семейном бюджете, компенсации одному из супругов, который обеспечивает ведение домашнего хозяйства, уход за детьми и (или) помогает второму супругу в работе и т. д.[1] Мы полагаем, что российское семейное законодательство также должно развиваться в направлении более пространного и подробного регулирования имущественного взаимодействия субъектов брачного правоотношения.

Сделки между супругами по поводу совместной собственности невозможны, полагает Е. А. Чефранова, так как имущество в этом случае принадлежит всем участникам и никому в отдельности. Доля фиксируется только в результате раздела общего супружеского имущества[2] — тогда и можно ею распорядиться. Особенно ярко, отмечает автор, это проявляется при совершении сделок с недвижимостью: сначала следует определить доли путем раздела, зарегистрировать право каждого из супругов — и затем уже совершать любые сделки друг с другом, в том числе дарение[3]. Однако при приобретении имущества, допускает Е. А. Чефранова, возможно заключение соглашений об установлении долевой собственности на данные новые объекты, хотя такие сделки непосредственно и не предусмотрены семейным законом[4]. Представляется, что расширение ассортимента соглашений (договоров) все же должно иметь лимиты, причем иного порядка, нежели в гражданско-правовом обороте, т. е. следует опираться

---

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

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

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

[4] См. там же. С. 128–129.

на начала семейного законодательства. «Лакмусовой бумажкой» в этом вопросе должны быть, как мы уже отмечали, интересы семейной общности, кои отнюдь не предполагают любого развертывания событий, в том числе по вектору доминирования гражданско-правовых начал, даже и в имущественных отношениях. Гражданско-правовые сделки между супругами не должны подрывать основы законного имущественного режима, который был-таки избран супругами самостоятельно. Если они желают получить иные возможности оперирования имуществом в браке, то могут заключить брачный договор — тот, по крайней мере, пусть и недостаточно, но отражает специфику семейных отношений.

Среди всех имущественных договоров между супругами особое место традиционно занимают соглашения о разделе совместной собственности. Раздел общего супружеского имущества традиционно осуществляется несколькими способами: соглашением (с нотариальным удостоверением), мировой сделкой в бракоразводном (ст. 24 СК РФ) или отдельном судебном процессе либо решением суда по преобразовательному иску одного из супругов, а также бывшего супруга.

Соглашение о разделе имущества было известно и прежнему законодательству. Более того, ряд цивилистов, анализируя соответствующие возможности Кодекса о брака и семье РСФСР, полагали, что при заключении договоров о разделе общей совместной собственности и при оформлении свидетельств на долю в общем имуществе (после определения долей) супруги в принципе не связаны правилом о равенстве их долей, предусмотренном нормами ст. 21 кодекса. Указанное правило, утверждает Н. М. Ершова, было важным для суда, разбирающего спор, но не для супругов, в бесспорном порядке устанавливающих свои доли. В нотариальной практике встречались договоренности о равных долях на дом, автомобиль, паенакопления и т. п., но были и такие, которые строились не на «формальном», а на «реальном» равенстве: супруги соглашались между собой, что «зафиксированное в юридическом документе распределение общей совместной собственности наиболее справедливо и отражает фактическое соотношение вклада каждого из них в совместно нажитое имущество»[1].

На этот же момент указывал и В. А. Рясенцев: «Супруги не вправе изменить соглашением установленный законом режим общности их имущества. Однако сделки между супругами, имеющие целью установить конкретные права в пользу одного супруга за счет другого, сами по себе действительны. Так, будет законным соглашение между супругами об установлении неравных долей или дарении доли в праве на конкретное имущество, нажитое во время брака, например, соглашение, в силу которого муж будет иметь больше или меньше половины в праве на общий жилой дом, или о том, что вклад, внесенный в сберегательную кассу за счет общих средств, будет принадлежать супругу-вкладчику»[2].

На наш взгляд, это не вполне точное толкование смысла положений ст. 20–21 Кодекса о браке и семье РСФСР. Поскольку требований о государственной регистрации сделок с недвижимостью не было установлено, они, конечно, могли осуществляться по указанной схеме. Однако соглашение о разделе имущества должно было подчиняться императивным правилам о равных долях независимо от вклада, и отступить от них можно только при наличии значимых причин. Последние были

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

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

аналогичны тем, что определены, хоть и неисчерпывающим образом, в норме п. 2 ст. 39 СК РФ. Поэтому фиксация большей доли супруга ввиду его большего вклада, возможность которой напрямую не исключается Н. М. Ершовой, противоречит сущности действовавшего тогда семейного закона. Поскольку же нотариусы по сути своей деятельности не могут осуществлять функции по конкретизации правоотношений ситуационного типа (они лишь проверяют соответствие содержания акта формальным требованиям закона), постольку и раздел супружеского имущества не в равных долях официально мог быть осуществлен только судом на основании оценки интересов несовершеннолетних детей или заслуживающих внимания интересов одного из супругов. Причем обратите внимание на формулу «в отдельных случаях» (п. 1 ст. 21 Кодекса о браке и семье РСФСР).

Действующий семейный закон в этом смысле вполне диспозитивен и содержит необходимую оговорку: доли признаются равными, «если иное не предусмотрено договором между супругами» (п. 1 ст. 39 СК РФ). Вопрос в том, о какого рода договоре идет речь: если о брачном, то ситуация вроде бы тождественна рассмотренной ранее; если о соглашении о разделе имущества или брачном договоре, то ситуация совершенно иная... Мы полагаем, что духу современного семейного закона отвечает последний вариант. Другое дело, что как для брачного договора, так и для указанного соглашения необходимо предусмотреть ограничения de lege ferenda с целью защиты интересов более «слабой стороны» (при условии ее добросовестности), если таковой является один из супругов, а не несовершеннолетний ребенок. Впрочем, жизненно важные интересы несовершеннолетних детей можно было бы защитить косвенным образом — через супруга, с которым они остаются, по аналогии с правилами законного режима.

Очевидно, что предмет соглашения составляют отношения общей совместной собственности с целью их прекращения — преобразования в личную или долевую собственность, а также обязательственные отношения в части раздела в натуре, определения обязанностей по передаче отдельных объектов от супруга к супругу при необходимости выплаты компенсации за разницу в стоимости долей (при договоренности об их равенстве). Семейно-правовых санкций за неисполнение данного соглашения не предусмотрено. Можно согласиться с Е. А. Чефрановой в том, что в этом случае «обиженная сторона» вправе прибегнуть к гражданско-правовым мерам — взысканию убытков, процентов за пользование чужим имуществом, даже к компенсации морального вреда, если заинтересованный супруг (бывший супруг) докажет, что неисполнением договоренностей были нарушены его личные неимущественные права с причинением нравственных и физических страданий[1].

Соглашение должно содержать положения о доле или пропорции, в которой производится раздел, и распределении вещей, входящих в состав общего имущества. «В принципе, — отмечает А. А. Иванов, — супруги могут ограничиваться распределением между собой общих вещей, не определяя размер доли, но никак не наоборот»[2]. Соглашение может также фиксировать дополнительные права и обязанности сторон — например, в нем могут быть перечислены те действия, которые супруги должны предпринять для оформления

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

[2] Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Ч. 3. С. 305.

права на объекты разделенной собственности, порядок и сроки передачи тех или иных вещей[1].

Поскольку соглашение о разделе общего супружеского имущества может заключаться и в период брака, содержательно, как мы отмечали ранее, не исключено его совпадение с одной из версий брачного договора. В этом случае, по мнению Ю. В. Байгушевой, такое соглашение обладает его признаками и нуждается в нотариальном удостоверении[2]. Однако это утверждение, поскольку оно было сформулировано до введения обязательной нотариальной формы, не было основано на точном толковании закона: по смыслу правила п. 2 ст. 38 СК РФ данная сделка является самостоятельной разновидностью брачных и постбрачных соглашений, а ее нотариальное удостоверение — правом, а не обязанностью сторон[3]. Другое дело, что сущностное взаимодействие указанных двух конструкций, возможно, должно быть уточнено de lege ferenda.

В любом случае брачный договор и соглашение о разделе имущества отличаются по субъектному составу (в первом случае — лица, вступающие в брак или супруги, во втором — супруги, бывшие супруги), содержанию (в первом случае могут определяться и меняться режим имущества, регулироваться алиментные права и обязанности, фиксироваться судьба имущества после расторжения брака, во втором — только последнее) и времени заключения (брачный договор — до брака, в браке, соглашение — в браке перед его расторжением или в процессе развода, после развода)[4]. Данные конструкции являются также разнонаправленными[5]. Признание их независимыми даже позволило некоторым авторам утверждать о приоритетности соглашения о разделе имущества, заключенного после брачного договора[6]. Однако, как справедливо замечают О. Н. Низамиева и Р. А. Сакулин, в такой ситуации нотариально удостоверенное соглашение о разделе имущества по сути является соглашением об изменении брачного договора[7].

2.6. Договоры в сфере родительства: «война и мир» или «война миров»?

Отношения между родителями и детьми, как писал Д. И. Мейер, «основываются преимущественно на любви родителей к детям — любви невольной, бессознательной, чуждой всякого расчета, нередко незаслуженной со стороны

---

[1] См. Гражданское право / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Ч. 3. С. 305.

[2] См.: *Байгушева Ю. В.* Законный режим имущества супругов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. № 8. С. 100.

[3] Подробнее об отличии такого соглашения от брачного договора см., напр.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / под ред. А. М. Нечаевой. М., 2008. С. 146–147.

[4] См.: *Чашкова С. Ю.* Система договорных обязательств в российском семейном праве. С. 17; *Невзгодина Е. Л.* Соглашение о разделе имущества супругов и брачный договор // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2012. № 1. С. 63–69.

[5] См.: *Чефранова Е. А.* Имущественные правоотношения... С. 30.

[6] См.: *Сосипатрова Н. Е.* Брачный договор: правовая природа, содержание, прекращение // Государство и право. 1999. № 3. С. 77.

[7] См.: *Низамиева О. Н., Сакулин Р. А.* Указ. соч. С. 69. Данные авторы анализировали конструкции до введения требования о нотариальном удостоверении соглашения, но верность аргумента после указанного изменения только усилилась.

детей и даже необъяснимой с точки зрения холодного рассудка...»[1]. Смеем надеяться, что это в большинстве случаев подтверждается и современной общественной практикой, хотя и за некоторыми прискорбными исключениями. Однако даже в ситуации «любовного треугольника» (мама, папа, ребенок) возможны различные варианты развертывания событий — с акцентами на «мир», «войну и мир», «войну миров» — с участием родителей, родственников, свойственников, представителей органов опеки и попечительства, уполномоченного по правам ребенка, медиаторов, суда (иногда — прокурора, экспертов и специалистов) и самого ребенка. Общество заинтересовано в «мире», родители — выборочно и периодически — в «войне».

По смыслу семейного закона родители должны реализовывать свои права и исполнять обязанности по воспитанию и иной заботе о ребенке на основе взаимного согласия (п. 2 ст. 65 СК РФ). Это означает, что между ними возникают соглашения фактического характера («фактические договоры») по всем обозначенным вопросам: воспитательных приемов, обеспечения общего и дополнительного образования детей, их досуга и т. д. Закон на регулятивном уровне предлагает родителям лишь общий вектор следования родительскому долгу: соответствие поведения интересам детей, обеспечение их физического и психического здоровья, нравственного развития, уважение их человеческого достоинства (п. 1 ст. 65 СК РФ), учет их мнения (ст. 57 СК РФ).

Семейный кодекс непосредственно предусматривает лишь два вида соответствующих соглашений (договоров) — о месте проживания ребенка при раздельном проживании родителей и о порядке осуществления родительских прав и обязанностей[2] родителем, проживающим отдельно от ребенка (ч. 1 п. 3 ст. 65, ч. 1 п. 2 ст. 66 СК РФ). Однако, как мы уже отмечали в гл. 1, перечень соглашений по смыслу СК РФ может быть расширен за счет конструирования договоренностей о реализации права на общение с ребенком близких и иных родственников (ст. 67), а также об усыновлении (п. 3 ст. 137), о реализации права на воспитание ребенка несовершеннолетним родителем (между последним и опекуном ребенка (ст. 62). Кроме того, согласительные механизмы просматриваются при подаче совместного заявления матери и отца об установлении отцовства ребенка, рожденного вне брака (а до этого — о признании отцовства в период беременности женщины) (ст. 48), о решении вопроса об имени и (или) фамилии ребенка (п. 2 ст. 58). На диспозитивном уровне не исключается возможность заключения в интересах ребенка соглашения о порядке общения с ребенком между родителями и свойственниками, иными близкими ребенку лицами. Другое дело, что в рамках действующего семейного законодательства последние не обеспечиваются процедурами в случае неисполнения подобного соглашения. Все это, кстати, в очередной раз свидетельствует о необходимости более внимательного регулирования договорной сферы — фиксации не только

---

[1] *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. С. 375.

[2] Н. Ф. Звенигородская полагает, что целью соглашения о детях является определение порядка реализации обязанностей по отношению к ребенку (см.: Договорное родительское правоотношение // Вестник Омского университета. 2012. № 3. С. 162). Однако очевидно, что речь идет и о реализации соответствующих прав, хотя соотношение родительских обязанностей и прав, а также проблема их единства остаются в дискуссионном поле. См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 298–311.

общих начал и системы семейно-правовых договоров (по методу рекомендации, а не исчерпывающего перечня), но и конкретных его разновидностей.

Нетрудно также заметить, что из-за неопределенности семейного законодательства ребенок в договорных правоотношениях нередко выступает как бы «тенью отца Гамлета» (или, как мы отмечали в главе об особенностях семейно-правовых договоров, «ангелом» за спинами его очевидных участников). Неясно, что именно в момент заключения того или иного соглашения (или его изменения) означают формулировки ст. 57 СК РФ о праве ребенка выражать свое мнение, особенно с 10 и тем более с 14 лет (кроме перечня случаев об обязательном согласии на ряд актов). Дискурс о «плавающей» дееспособности несовершеннолетнего субъекта семейного права продолжается[1]. Неопределенность СК РФ в этом вопросе сохраняется[2].

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

Относительно подобных соглашений некоторыми авторами предлагается усложнение требований к форме. Например, считается целесообразным регистрировать соглашения о порядке осуществления родительских прав родителем, проживающим отдельно от ребенка, в органах опеки и попечительства: тем самым подтверждается наличие такого документа и его соответствие требованиям закона[3]. Полагаем, однако, что усиление вмешательства государства в отношения родителей и детей, которое является тенденцией последнего времени, особенно в некоторых странах (например, в скандинавских), возможно, и оправданное, не должно исключать добросовестных частных начал урегулирования семейных ситуаций — тем более что в упоминавшейся нами неоднократно Концепции совершенствования семейного законодательства профильного комитета Государственной Думы РФ предлагается закрепить презумпцию добросовестности родителей. Что касается контроля, в стадии конфликта он и так предусмотрен — как со стороны органов опеки и попечительства, так и со стороны суда, а в неконфликтных отношениях первая структура обладает полномочиями по сбору информации о благополучии ребенка (через детские воспитательные и образовательные учреждения и иными способами).

Несколько иная технология применяется при расторжении брака между родителями: они, как и в первом случае, вправе заключить оба вида соглашений, однако

---

[1] См.: *Тарусина Н. Н.* Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014. С. 81–91; *Тарусина Н. Н., Сочнева О. И.* О семейной правосубъектности ребенка — в общем контексте конструкции // Социально-юридическая тетрадь. 2012. № 2. С. 88–98.

[2] Н. Ф. Звенигородская также занимает не вполне определенную позицию по этому вопросу: соглашения о детях опосредуют родительские правоотношения, родители и дети — субъекты данных отношений, однако стороной соответствующего договора ребенок не является. См.: *Звенигородская Н. Ф.* Указ. соч. С. 162.

[3] См.: *Гордеюк Д. В.* Реализация права ребенка на место жительства. Владимир, 2003. С. 54; *Беспалов Ю. Ф.* Реализация семейных прав ребенка. М., 2002. С. 145; *Король И. Г.* Личные неимущественные права ребенка по семейному праву Российской Федерации. М.: Проспект, 2010. С. 115–116.

соглашение о месте проживания ребенка, в отличие от вопроса о реализации права на его воспитание, заявляется в рамках бракоразводного процесса, проверяется судом на предмет законности (прежде всего в отношении соответствия интересам ребенка[1]) и может быть не утверждено (п. 1 ст. 23, п. 1–2 ст. 24 СК РФ) — суд в такой ситуации обязан решить вопрос по своей инициативе и усмотрению.

Не вполне понятно, почему семейный закон ориентирует указанную обязанность суда только двумя детско-правовыми проблемами, сопровождающими прекращение брака: определение места проживания ребенка и его алиментирование. Обе задачи — особенно первая — неразрывно связаны и с проблемой осуществления вторым родителем (разводящимся супругом) права на воспитание. Мы полагаем, что интеграция бракоразводного процесса должна включать и этот аспект родительских правоотношений. Соответственно, как мы (и другие авторы) неоднократно отмечали в своих трудах, в нормы ст. 23–24 СК РФ следует внести дополнения, в том числе положение о заключении разводящимися родителями соглашения о воспитании ребенка[2].

Содержание соглашения о порядке осуществления родительских прав зависит от усмотрения родителей (в случае указанного изменения ст. 23–24 СК РФ усмотрение будет существенно ограничено контролем суда). А. М. Нечаева, впрочем, полагает, что и действующий вариант закона предполагает требование о соблюдении родителями определенных принципов, связанных с обеспечением интересов детей[3]. На практике это не так: пока вопрос не перенесен на разрешение органа опеки и попечительства или суда, содержание соглашения являет собою частную позицию сторон, которые, как известно, весьма существенно различаются по интеллекту, характеру, воспитанию, образованию и жизненному опыту.

В соглашении целесообразно определить, какое время и в какие дни недели ребенок проводит с отдельно проживающим родителем, участвует ли последний в организационном обеспечении образования ребенка (забирает из школы в определенные дни недели, водит в спортивную секцию и т. п.), вправе ли он провести с ребенком каникулы, часть своего отпуска и т. д. Дополнительным условием соглашения может быть также обеспечение этим родителем общения с соответствующими близкими родственниками (например, с дедушкой, бабушкой).

Особняком стоит вопрос о заключении подобного соглашения несовершеннолетними родителями, не состоящими между собой в браке. Поскольку в соответствии с нормой п. 2 ст. 62 СК РФ самостоятельное осуществление ими родительских прав начинается с 16-летнего возраста, до этого момента субъектный состав соглашения, как мы уже отмечали, усложняется фигурой опекуна ребенка. Очевидно, что возможны два типа договоренностей: между родителями с участием опекуна и между одним из родителей с опекуном. Нельзя также забывать о фигуре попечителя самого несовершеннолетнего родителя — се-

---

[1] Подробно о толковании содержания данной формулы см., напр.: *Ильина О. Ю.* Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006. С. 13–27, 71–75; *Нечаева А. М.* Споры о детях. М., 1989. С. 11–27; *Нечаева А. М.* Семейное право. Актуальные проблемы теории и практики. М., 2007. С. 195–239.

[2] Подробнее см.: *Ильина О. Ю.* Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. С. 76–77; *Тарусина Н. Н.* Семейное право. С. 79–80; *Тарусина Н. Н.* Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010. С. 198–199 и др.

[3] См.: *Нечаева А. М.* Семейное право. М., 2006. С. 155.

мейный закон по умолчанию не освобождает первого от соответствующих прав и обязанностей... Поэтому состав участников может оказаться еще более сложным, а на практике — и «занимательным».

Абсолютным молчанием обходит законодатель проблему однополого родительства при смене пола одним из супругов, имеющих общего ребенка. Как мы уже отмечали применительно к брачному союзу, российский семейный закон своим невниманием к судьбе брака, который в результате означенного изменения модифицируется в однополый, обрекает себя на непримиримый конфликт с самим собой (а для полноты картины — и с Конституционным Судом РФ). Относительно однополого родительства о позиции законодателя можно догадаться лишь при посредстве аналогии с запретом усыновления российских детей иностранцами — гражданами государств, где разрешены однополые браки (п. 13 ст. 127 СК РФ[1]). Тем не менее в результате перемены пола у ребенка фактически появляются два «папы» или две «мамы» (это, кстати[2], может случиться и вне брака). Поскольку никакой спецификации правил по урегулированию их разногласий не предусматривается, заключение соглашений о реализации прав и обязанностей по воспитанию формально осуществляется по обычной схеме. Дифференциацию вплоть до установления определенных ограничений могут произвести орган опеки и попечительства и (или) суд[3]. Тем не менее небезынтересно было бы прояснить и позицию российского законодателя...

2.7. Договоры о попечении над детьми: гражданско-правовой конструкт, или «хромая утка»

В российском законодательстве в отношении форм заботы о детях используются разнообразные конструкции, не вполне совпадающие с международно-правовыми и европейскими вариантами: у нас нет родительской опеки, «дальнего и близкого» опекуна, специальной опеки и т. п.[4] С одной стороны, очевидно, что в широком смысле опека (попечение) над детьми включает в себя все формы заботы о детях — от родительства и усыновления (как правового тождества первого) до классической опеки (попечительства), приемной семьи, патроната, семейно-воспитательной группы, попечения над «детьми полков» и других форм, предусмотренных федеральным или региональным законодательством (иногда — административно-правовой практикой, что, впрочем, предосудительно, так как не основано на законе).

С другой стороны, поскольку родительство (и юридически приравненное к нему усыновление) занимало и занимает особую нишу в «здании попечения», опека (попечительство) в относительно адекватном содержанию группы

---

[1] Пункт 13 предусматривает исключение для супругов (в ред. Федерального закона от 20 апреля 2015 г. № 101-ФЗ).

[2] Разумеется, «не кстати»: русский язык нередко предлагает нам слова с неожиданным «двойным» значением (например, «благодаря правонарушению мы узнали...»).

[3] Судебной практике Ярославской области известен случай лишения родительских прав лица, сменившего пол, так как его публичное поведение в отношении ребенка противоречило интересам последнего.

[4] См., напр.: Споры об опеке над детьми в Финляндии и России / под ред. М. Миккола и О. Хазовой. Порвоо: Буквел, 2012.

сходных явлений смысле может рассматриваться как родовое понятие для всех конструкций индивидуального устройства детей, кроме усыновления[1]. При этом, по мысли Л. Ю. Михеевой, основанием возникновения всякой опеки, даже классической, является договор. «Проникновение соглашений в сферу устройства граждан, в том числе детей, нуждающихся в социальной заботе, связано, — отмечает автор, — с изменением характера и содержания социальных функций современного государства, его наметившимся уходом от патернализма»[2]. Л. Ю. Михеевой предлагается рассматривать возникновение отношений по опеке (попечительству) как заключение договора — достижение соглашения опекуна (попечителя) с муниципальным образованием об осуществлении соответствующей заботы о подопечном в течение определенного срока или до отпадения соответствующих условий безвозмездно или на условиях встречного имущественного предоставления. Автор относит все варианты попечения, в том числе над детьми, к разновидности гражданско-правового договора об оказании услуг (в большинстве случаев возмездных)[3]. При этом Л. Ю. Михеева фиксирует случаи некорректного оформления отношений. Так, передача детей в воинские части по смыслу приказа министра обороны РФ от 19 мая 2001 г. № 235 основывалась на договоре о «совместной деятельности органа опеки и попечительства и воинской части по содержанию воспитанников воинских частей»[4].

С автором, безусловно, следует согласиться в вопросе о необходимости систематизации всех форм заботы под «крышей» федерального закона и в установленных им рамках — законодательства регионального, а также закона о договорной природе отношений. Что, собственно, и произошло, хотя и в ключе, не вполне адекватном сущности рассматриваемых отношений: Федеральный закон «Об опеке и попечительстве» 2008 г. не только объединил всех субъектов попечения (детей, недееспособных и (или) немощных взрослых) в один «проблемный букет», но и сместил акценты регуляции попечения над детьми в сторону гражданского права, чего, собственно, Л. Ю. Михеева среди прочего и добивалась.

Между тем еще в пору проектирования указанного закона данным положениям оказывалось активное сопротивление. Во-первых, «классические» опекуны, приемные родители, патронатные воспитатели — не работники по трудовому договору и тем более, как справедливо замечает В. А. Авдякова, не лица, оказывающие услуги гражданско-правового характера. Хотя законодатель и предусматривает для большинства данных попечителей выплату вознаграждения и определенную компенсацию затрат, его цель — выразить им признание высокой социальной значимости воспитания ребенка в семье (или — в «сурро-

---

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

[2] Там же. С. 134.

[3] См. там же. С. 136–137.

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

[4] См.: *Михеева Л. Ю.* Указ. соч. С. 134.

гатной» семье, как обозначает данные формы Л. Ю. Михеева). Цель попечителей — не материальная выгода, а удовлетворение своей духовной, личностной потребности в заботе о ребенке или сразу о нескольких детях[1]. Добавим: если будет установлено, что данные лица преследуют именно материальную выгоду (что нормально для сферы гражданского оборота), то орган опеки и попечительства должен настаивать на прекращении договора в установленном порядке (в том числе судебном) или вынести постановление об отмене «классической» опеки (попечительства), поскольку пока в рамках действующего семейного закона эта форма может возникать и из публично-правового акта. (Следует заметить, что массовой формой семейного устройства продолжает оставаться безвозмездная опека со стороны близких родственников ребенка. Она характерна и для стран дальнего зарубежья, что не исключает некоторой финансовой помощи со стороны государства в специально оговоренных случаях[2].)

Во-вторых, как подчеркивает А. М. Нечаева, Федеральный закон «Об опеке и попечительстве» проигнорировал неотмененную норму ст. 4 СК РФ об ограниченности применения гражданского законодательства к семейным отношениям[3]. Следует заметить, что в ближнем зарубежье (не только в СНГ) попечение над детьми остается прерогативой кодифицированных семейно-правовых актов[4].

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

* * *

Специальной разновидностью опеки или попечительства является приемное родительство (приемная семья)[5]. В отличие от опекуна приемные родители выполняют свои обязанности по отношению к ребенку за вознаграждение и имеют право на возмещение соответствующих расходов. Как отмечает Е. Ю. Валявина, договор о передаче ребенка (детей) на воспитание в семью отличается от других договоров: 1) специальным субъектным составом (органы опеки и попечительства и будущие приемные родители); 2) обусловленностью его содержания требованиями семейного закона; 3) спецификой объекта правоотношений — воспитание и содержание приемных детей; при этом ребе-

---

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

[2] См., напр.: *Татаринцева Е. А.* Поддержка специальной опеки несовершеннолетних в Англии // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 4. С. 53–57.

[3] См.: *Нечаева А. М.* История законодательства об опеке и попечительстве над несовершеннолетними // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 4. С. 8.

[4] См., напр.: *Тарусина Н. Н.* Семейное законодательство России и стран ближнего зарубежья об опеке и попечительстве: сравнительная характеристика подходов // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 4. С. 50–51.

[5] См.: Положение о приемной семье (утв. постановлением Правительства РФ от 17 июля 1996 г. № 829 в ред. постановления от 18 августа 2008 г. № 617).

нок становится субъектом правоотношений приемного родительства, а с 10 лет требуется его согласие на заключение договора; 4) ограниченностью срока действия, но не долее чем до достижения ребенком совершеннолетия[1].

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

Ранее применительно к вознаграждению приемного родительства использовалась формула «размер оплаты труда». По справедливому мнению Л. Ю. Михеевой, само по себе это не означало, что отношения приемных родителей и органа опеки и попечительства регулируются законодательством о труде. Видимо, здесь мы имели случай очередной терминологической небрежности. При анализе предмета договора, отмечает автор, «отчетливо видно, что от исполняющей стороны... требуется всецело отдавать себя ребенку, воспитывать его, заботиться о его здоровье и развитии, "готовить его к самостоятельной жизни". Такой широкий спектр обязанностей в совокупности с условиями их исполнения не позволяет сказать, что на приемного родителя возложена определенная трудовая функция»[2].

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

Личный характер договора не только не позволяет приемному родителю даже по уважительным причинам (болезнь и др.) привлечь кого-либо для исполнения своих обязанностей, но и не позволяет органу опеки и попечительства заменить приемного родителя другим «работником», не выплачивается ему и пособие по временной нетрудоспособности[3].

Подбор приемных родителей осуществляется на основе требований семейного закона — о совершеннолетии, дееспособности, качествах воспитателя (формально-юридических: они не лишены родительских прав, не было отмены усыновления или опеки по виновным основаниям; психологических и нравственных: способность быть воспитателем, отношения между кандидатом и ребенком, психологическая совместимость с ребенком, личные качества и т. п.) и состоянии здоровья. Претенденты должны пройти специальную подготовку. Например, в Ярославской области это подготовка по программе «Родительские университеты»[4].

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

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

---

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

[2] См.: *Михеева Л. Ю.* Указ. соч. С. 83.

[3] См. там же. С. 84.

[4] См.: Указ губернатора Ярославской области от 30 июня 2012 г. № 361 «О подготовке лиц, желающих принять на воспитание в семью ребенка, оставшегося без попечения родителей».

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

* * *

Как уже отмечалось, иные формы попечения детей, оставшихся без родительской заботы, могут быть предусмотрены законами субъектов РФ (п. 1 ст. 123 СК РФ). Многие из них воспользовались данным правом и ввели различные варианты договорного патроната («патронатная семья», «патронажная семья», «семья патронатных воспитателей» и т. д.[1]). Как показывает анализ региональных решений, патронат может осуществляться в трех формах: патронатное воспитание, социальный патронат, постинтернатное сопровождение (с 18 до 23 лет). В регионах устанавливается минимальный возраст для патронатного воспитания — 7, 10 лет (на возрастную категорию до 7 лет приходится до 90 % усыновлений). При этом функции представительства воспитателям не передаются полностью — часть функций остается за органом опеки и попечительства; в отдельных регионах устанавливаются дополнительные требования к кандидатам и т. д.[2]

В соответствии с Законом Ярославской области от 30 мая 2006 г. «О формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей, на территории Ярославской области» индивидуальная социальная забота о рассматриваемой категории детей осуществлялась в форме патроната (классического, гостевого и постинтернатного) и семейно-воспитательной группы. В последние передавались дети (не более трех, за исключением братьев и сестер) из числа воспитанников учреждений социальной защиты. Ребенок при этом числился в контингенте данного учреждения. Эта форма социальной заботы, по смыслу областного закона, имела смешанную природу: основанием передачи ребенка и определенных льгот и компенсаций по его содержанию являлся договор о помещении ребенка в семейно-воспитательную группу, а основанием для выплаты вознаграждения воспитателю — трудовой договор с учреждением, в контингенте которого числился ребенок. Воспитатель при этом зачислялся в штат данного учреждения. В настоящее время предусмотрена только социальная адаптация[3] в рамках договорных отношений (возрастное ограничение — с 18 до 23 лет). По мысли законодателя договор не является опекунским, хотя требования к воспитателям аналогичны требованиям, предъявляемым к опекунам (попечителям).

---

[1] Подробнее см.: *Михеева Л. Ю.* Опека и попечительство: теория и практика. С. 87–98.

[2] Подробнее см., напр.: *Теплякова О. А., Бычек А. Э.* Особенности правового регулирования патронатной семьи субъектами Российской Федерации // Евразийский юридический журнал. 2014. № 9. С. 197–199.

[3] См.: Закон Ярославской области «Об организации и осуществлении деятельности по опеке и попечительству» от 30 октября 2007 г. в ред. от 8 апреля 2015 г.

Развивая идею об оптимизации социальной заботы о детях, оставшихся без попечения родителей, Л. Ю. Михеева в своих работах предлагала также предусмотреть «краткосрочную опеку» на период отсутствия (длительная командировка и т. п.) или болезни родителей по их просьбе и с учетом пожеланий о кандидатах, а также право родителей (родителя) «назвать опекуна» в случае смерти (как бы по завещанию)[1], которое по своей природе было бы самостоятельным распоряжением[2] (односторонней сделкой). Эти предложения были реализованы в нормах ст. 13 Федерального закона «Об опеке и попечительстве»[3].

Таким образом, отношения по попечению детей строятся, как правило, на договорной основе семейно-правовой природы, так как основная цель попечителя заключается в воспитании и поддержке осиротевшего ребенка или ребенка, находящегося в иной трудной жизненной ситуации[4], — с вкраплением гражданско-правовых и административно-правовых элементов. Эти договоры явно нуждаются в систематизации, а значит, во внимании в дальнейшем в качестве весьма специфического объекта исследования. Кроме того, мы полагаем целесообразным на федеральном уровне предусмотреть приемлемый перечень попечительских форм и требований к ним с тем, чтобы у регионов одновременно были и варианты выбора, и разумные ограничения законодательных «фантазий».

2.8. Соглашения о предоставлении материального содержания члену семьи: границы «свободы передвижения»

Алиментирование относится к одной из форм социальной поддержки — наряду с собственно государственными. В этом смысле семья и государство являются социальными партнерами. Периодически данное партнерство обогащается введением института алиментного фонда. В упоминавшейся нами Концепции совершенствования семейного законодательства идея его возвращения заложена, однако экономическая ситуация едва ли позволит ее реализовать в краткосрочной перспективе. Так или иначе, тенденция на установление активной роли российских граждан в деле материального обеспечения детей и вспомоществования нуждающимся членам семьи сохраняется, и, возможно, даже усиливается. При этом, как справедливо замечает О. Н. Низамиева, законодательство, доктрина и практика исходят из презумпции добросовестности родителей как ключевых «игроков» на «алиментном поле» и принципа приоритета добровольного исполнения соответствующих обязанностей, в том числе путем заключения соглашения, что подтверждается и в правовых позициях Конституционного Суда РФ[5].

---

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

[2] См.: *Михеева Л. Ю.* Указ. соч. С. 142–144.

[3] Последняя возможность реализована путем подачи единственным родителем заявления в орган опеки и попечительства.

[4] Семейно-правовая природа (на примере договора о приемном родительстве) констатируется также С. Ю. Чашковой. См.: *Чашкова С. Ю.* Указ. соч. С. 21.

[5] См.: *Низамиева О. Н.* К вопросу о совершенствовании правового регулирования алиментных отношений // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования. Тверь: Тверской государственный университет, 2015. С. 182.

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

В нашу задачу не входит аналитика терминологического и сущностного различия (отождествления) конструкций «содержание» и «алименты». Отметим лишь, что идея об охранительной природе алиментного правоотношения (обязательства) впервые была высказана О. С. Иоффе, который полагал, что последнее направлено «на обеспечение принудительного исполнения в точно установленных размерах обязанности одного члена семьи по предоставлению содержания другому»[2].

О. Ю. Косова в своем исследовании сущности правоотношений по предоставлению материального содержания после подробного рассмотрения точек зрения по данному вопросу, напротив, приходит к выводу, что полное смысловое отождествление данных конструкций в большей степени соответствует действующему законодательству и этимологии слов. Впрочем, автор оставляет для концепции «правоотношение по материальному содержанию — охранительное об алиментировании» «запасной аэродром»: «Как бы то ни было, необходимы дополнительные научные аргументы в пользу теоретической и практической целесообразности обособления алиментов и алиментного обязательства в рамках семейно-правовых отношений по предоставлению содержания»[3]. С ее точки зрения, «алиментное обязательство в механизме правового регулирования семейных отношений предстает как возникающая при наступлении указанных в законе обстоятельств семейно-правовая связь, в силу которой одна сторона обязана содержать (алиментировать) другую сторону, а последняя вправе требовать предоставления алиментов (содержания)»[4].

Не употребляя термина «охранительное обязательство», М. М. Агарков (до О. С. Иоффе) отмечал, что при совместной жизни управомоченного и обязанного лица (родителей и детей, супругов и т. д.) обязательственного отно-

---

[1] Подробнее см.: *Косова О. Ю.* Право на содержание: семейно-правовой аспект. Иркутск, 2005. С. 60–69.

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

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

[4] Там же. С. 75.

шения в собственном смысле слова нет; в этом случае обязанность содержать «тесно и неразрывно переплетается с чисто личными отношениями», «имущественные элементы лишь искусственно могут быть отделены от чисто личных». В алиментном же обязательстве, продолжал автор, мы, напротив, имеем все признаки обязательственного отношения — одна сторона имеет право требовать от другой совершения определенных действий, а именно периодических уплат деньгами, а в некоторых случаях — натурой; такое правоотношение обладает значительными особенностями, но все же обязательством является[1]. Таким образом, предоставление материального содержания в рамках нормально развивающихся (регулятивных) правоотношений классиками цивилистики обязательством не признается — оно рождается на охранительной стадии существования правоотношений по материальной поддержке членов семьи.

(Что касается терминологической «диффузии», она не исключительна: подобных примеров в законодательстве немало. В прикладном плане с этим считаться приходится, а для теоретического контекста это, на наш взгляд, большого значения не имеет — в том смысле, что может быть подвержено сомнению и уточнению.)

Алиментное обязательство возникает, как правило, на внедоговорной основе и в необходимых случаях его принудительное исполнение обеспечивается судебным приказом или судебным решением. А. И. Пергамент отмечала, что для него прежде всего характерны строго личная связь субъектов, непередаваемость и неотчуждаемость прав и обязанностей; безвозмездность (что не исключает будущей обязанности лица, получавшего алименты, стать лицом обязанным, однако не на этом основании, а в силу иных самостоятельных юридических обстоятельств); предопределенность содержания жесткими установками закона; специфичность цели — обеспечение необходимых условий существования обязанного лица[2].

В целом эти характеристики актуальны и сегодня — с той лишь разницей, что с 90-х гг. XX в. взгляд на алиментные обязательства как разновидность обязательств гражданско-правовых заметно обозначил свои позиции в общем контексте десуверенизации семейного права[3]. Поскольку нас интересуют не они собственно, а договорные основания их возникновения, ограничимся констатацией данной тенденции.

Одновременно существенно расширена договорная основа алиментного обязательства, усилено его обеспечение нотариальным удостоверением[4].

Соглашения о предоставлении материального содержания (об уплате алиментов) возможны между всеми субъектами потенциального алиментирования. Однако между ними имеются довольно существенные различия по содержанию

---

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

[2] См.: *Пергамент А. И.* Алиментные обязательства. М., 1951. С. 8–14.

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

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

(которые в общем виде зафиксированы в норме ст. 99 СК РФ: договоренности о размере, условиях и порядке выплаты средств).

Так, размер алиментов с родителей на несовершеннолетних детей не может быть меньше установленного законом. О. Ю. Косова справедливо уточняет, что из смысла Федерального закона «Об исполнительном производстве» (ст. 66 и др.) следует и максимальный предел 70 %. Добровольно выплачивать можно и больше, но силу исполнительного листа будет иметь только обязательство в указанных пределах[1]. В соглашении могут быть заложены возможности выплат в твердой денежной сумме, в натуре, в смешанном варианте, индексации платежей, различной их периодичности, перечисления по почте, на банковский счет и т. д., в форме единовременной выплаты и (или) предоставления имущества.

По поводу целесообразности последней единого мнения нет. Ясно, что при выезде обязанного лица за рубеж это не только возможно, но частично и наиболее эффективно (ст. 118 СК РФ). Л. Б. Максимович допускает, что указанный способ уплаты алиментов вполне может соответствовать интересам несовершеннолетнего ребенка и за пределами случаев, предусмотренных ст. 118 СК РФ, — вопрос лишь в том, о каком имуществе идет речь (о предметах первой необходимости, вещах, необходимых для образования ребенка, недвижимом имуществе и т. п.) и отвечает ли такой вариант решения насущных потребностей интересам ребенка[2].

Однако поскольку социальное назначение алиментных обязательств состоит в систематическом обеспечении таковых потребностей (в обсуждаемом случае — детей как объективно наименее защищенных субъектов семейного права и членов общества), единовременное денежное и (или) имущественное вспомоществование (своеобразное отступное), как правило, и не отвечает указанной цели[3], поэтому должно рассматриваться как исключение, а не как норма и применяться только в ситуации очевидного его соответствия интересам ребенка. Следует также отметить, что, исчерпывая собственно соглашение, оно не исключает применения нормы ст. 86 СК РФ о возложении на родителя обязанности несения дополнительных расходов при наличии исключительных обстоятельств.

Поскольку имущество может быть утрачено, а денежный взнос оказаться недостаточным для обеспечения жизненно необходимых потребностей вследствие инфляции, высказываются предложения о введении дополнительных гарантий защиты интересов нуждающегося лица (прежде всего, конечно, ребенка). Так, Е. В. Князева полагает целесообразным включить в ст. 104 СК РФ следующую норму: «Если плательщик исполнил обязанность по уплате алиментов путем единовременного предоставления денежной суммы или иного имущества, которое по не зависящим от получателя алиментов причинам не сохранилось либо его оказалось недостаточно для обычного уровня обеспе-

---

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

[2] См.: *Максимович Л. Б.* Соглашение об уплате алиментов: вопросы теории и практики // Труды института государства и права РАН. 2008. № 2. С. 142–143.

[3] В этом мы, безусловно, согласны с позицией О. Ю. Косовой и других цивилистов. См.: *Косова О. Ю.* Соглашение об уплате алиментов: вопросы содержания и применения // Российская юстиция. 2004. № 2. С. 37–38.

чения, получатель в случае нуждаемости вправе обратиться в суд с требованием о предоставлении содержания»[1].

Высказываются также справедливые предположения о значимости фигуры ребенка, достигшего 14-летнего возраста. Так, О. В. Розгон считает, что в процессе нотариального удостоверения соглашения об алиментах должны участвовать не только родители, но и указанный субъект семейного права[2].

Не исключается также расширение возможностей алиментирования за счет соответствующей поддержки совершеннолетних детей, обучающихся по очной форме (до 23 лет), в том числе и посредством заключения соглашения[3]. (Следует заметить, что судебной практике известны случаи удовлетворения исков о взыскании алиментов на таких детей — с опорой на аналогию пенсионного законодательства, хотя последняя в данном случае неприменима[4].)

Супруги (бывшие супруги) вправе определить свои права и обязанности по материальному содержанию в брачном договоре (ч. 3 п. 1 ст. 42 СК РФ) и в самостоятельном соглашении (ст. 99 СК РФ). Однако в отличие от последнего соглашение об алиментах как часть брачного договора не приравнивается к исполнительному листу[5].

В науке обсуждается также вопрос о природе ответственности за неисполнение алиментного обязательства в форме неустойки. Так, О. Н. Низамиева, опираясь на обобщение судебной практики и позиции Верховного Суда РФ, справедливо полагает, что применение норм ст. 333 ГК РФ об уменьшении неустойки, зафиксированной правилом п. 2 ст. 115 СК РФ, недопустимо в силу социально уважительных обстоятельств возникновения алиментной обязанности[6].

Актуальным является вопрос о расширении оснований возникновения алиментного обязательства между супругами и бывшими супругами. По справедливому замечанию О. А. Хазовой, круг ситуаций, при которых один из супругов вправе рассчитывать на алименты, крайне узок. Так, российский законодатель продолжает придерживаться исключительности алиментирования и не готов к «возвращению женщины в семью». В настоящее время, отмечает автор, «женщина, решившая посвятить себя семье и детям и не имеющая своего собственного дохода, полностью зависит от мужа; в случае развода или просто конфликтной ситуации она может оказаться совершенно незащищенной»; возможности трудоустройства ограничены, необходимо время для адаптации. Поэтому для подобных случаев, не превращая алименты в «пожизненную хлебную карточку», следует тем не менее предусмотреть временное алиментное обязательство

---

[1] См.: *Князева Е. В.* Некоторые вопросы договорного регулирования алиментных отношений // Семейное право на рубеже XX–XXI веков / отв. ред. О. Н. Низамиева. М.: Статут, 2011. С. 52–53.

[2] См.: *Розгон О. В.* К вопросу о субъектах договора об уплате алиментов на детей // Семейное право на рубеже XX–XXI веков. С. 231.

[3] См., напр.: *Шершень Т. В.* О праве ребенка на содержание в современной России // Семейное право на рубеже XX–XXI веков. С. 306–307.

[4] См.: *Низамиева О. Н.* К вопросу о совершенствовании правового регулирования алиментных отношений. С. 183.

[5] См.: *Косова О. Ю.* Алиментные обязательства. С. 163.

[6] См.: *Низамиева О. Н.* К вопросу о правовой природе неустойки, взыскиваемой за ненадлежащее исполнение алиментных обязанностей // Вестник Тверского государственного университета. Серия «Право». 2014. № 2. С. 220.

экономически более сильного супруга. (Разумеется, подчеркивает О.А. Хазова, при этом должны использоваться нейтральные гендерные формулировки, так как в роли «домашнего труженика» может, хоть и крайне редко, оказаться мужчина.) Существуют, конечно, возможности урегулировать этот вопрос по усмотрению супругов в соглашении об алиментах или брачном договоре, однако они опираются только на взаимную добрую волю, не решая проблемы, где таковая воля отсутствует[1]. О.А. Хазова предлагает ввести в российское семейное право конструкцию «реабилитирующих» или «компенсационных» алиментов, которые назначались бы судом (или о которых договаривались бы стороны) на ограниченный период времени (1–3 года) или реализовывались в форме единовременной выплаты, позволяющей нуждающемуся супругу адаптироваться в изменившихся жизненных обстоятельствах[2].

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

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

Цивилистами обсуждается также вопрос о том, вправе ли иные члены семьи, прямо не отнесенные семейным законом к субъектам алиментных правоотношений, заключить соответствующее соглашение. Так, М.В. Антокольская, Л.М. Пчелинцева, Е.А. Чефранова и др. полагают это возможным, поскольку речь идет о добровольном возложении на себя такими членами семьи алиментной обязанности[3].

Между тем, как отмечает А.М. Рабец, толкование содержания нормы ст. 99 СК РФ к такому выводу не ведет, поскольку субъектный состав соглашений об уплате алиментов ограничивается обязанными по семейному закону лицами. Именно и только в этом случае данные соглашения имеют силу исполнительного листа. Другие субъекты вправе заключить гражданско-правовые договоры о предоставлении содержания, причем применения к ним правил гл. 16 СК РФ

---

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

[2] См.: *Хазова О.А.* Некоторые аспекты алиментных обязательств между супругами // Труды института государства и права РАН. 2008. № 2. С. 159–163. Автор также отмечает, что если бы материальный уровень российских граждан был бы выше, «патриархальный ренессанс» имел бы в нашей стране более отчетливые формы». (Там же. С. 157). (И этот «ренессанс» еще более усилил бы потребность в защите интересов социально слабой стороны, то есть, как правило, женщины.)

[3] См.: *Антокольская М.В.* Семейное право. М., 1996. С. 254–255; *Пчелинцева Л.М.* Семейное право России. М., 2004. С. 412; Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 2006. С. 276; *Чефранова Е.А.* Имущественные отношения в российской семье. М., 2001. С. 191.

по аналогии не допускается, так как норма ст. 6 ГК РФ не предусматривает аналогии семейного закона для отношений гражданского оборота[1].

Схожей точки зрения придерживается и Л. Б. Максимович, подчеркивая при этом, что положение ст. 99 СК РФ не следует толковать как безусловный запрет договариваться о предоставлении содержания совершеннолетним детям на период обучения, фактическому супругу и др. на основе правила п. 2 ст. 421 ГК РФ. В нотариальной практике получило распространение оформление подобных соглашений в виде договоров дарения, но и в этом случае они не будут иметь силу исполнительного листа[2].

Мы полагаем, что назрела необходимость придать норме ст. 99 СК РФ диспозитивный характер[3]. Если речь идет об отношениях по предоставлению материального содержания между членами семьи (в широком понимании данной конструкции), их следует регулировать с помощью семейно-правовых технологий, в том числе включая аналогию семейного закона. Главное требование к содержанию таких соглашений — соответствие общим началам семейного законодательства.

2.9. Договорное конструирование репродуктивной сферы: все действительное — возможно?

Благотворные и опасные, простые и сложные, технологические, юридические и даже политические «игры на репродуктивном поле» становятся все разнообразнее, все глубже проникают в естественные процессы взаимоотношений полов, а в настоящее время в связи с открытием метода клонирования животных подходят к черте, за которой могут начаться непредсказуемые процессы. Вопросы и проблемы множатся: судьба эмбрионов (вплоть до наследования); тайна донорства и возможность ее преодоления в интересах донора или ребенка; право неродившегося ребенка на жизнь и право женщины распоряжаться своим телом, включая право на прекращение беременности, хотя и ограниченное; запрет коммерческого суррогатного материнства или, напротив, расширение сферы его применения; судьба ребенка при отказе от исполнения договора со стороны генетических родителей-заказчиков; право ребенка, родившегося инвалидом вследствие недобросовестного оказания медицинских услуг в рамках программы вспомогательных репродуктивных технологий, на иск о компенсации вреда «неправомерным оставлением в живых» и т. д.[4]

Соответственно, множатся этические и правовые проблемы, связанные с репродукцией человека, притом что законодательство, в том числе российское, в этом вопросе фрагментарно и противоречиво, т. е. находится весьма далеко до оптимальных системных решений.

---

[1] См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А. М. Нечаева. М., 2008. С. 311.

[2] См.: *Максимович Л. Б.* Указ. соч. С. 137–138.

[3] На необходимость расширения субъектного состава данного соглашения указывает и С. Ю. Чашкова. См.: *Чашкова С. Ю.* Указ. соч. С. 19.

[4] Подробнее см., напр.: Биомедицинское право в России и за рубежом / Г. Б. Романовский, Н. Н. Тарусина, А. А. Мохов [и др.] М.: Проспект, 2015; *Романовский Г. Б.* Правовая охрана материнства и репродуктивного здоровья. М.: Проспект, 2016.

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

И в стратегическом, и в детализированном плане правовое регулирование применения вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) составляет межотраслевой нормативно-правовой комплекс. Очевидно, что реакция законодателя по данной проблематике должна строиться на основе: 1) системного подхода, т. е. максимально возможного выявления возникающих в связи с ВРТ вопросов и корректного взаимодействия между заинтересованными отраслями законодательства, прежде всего семейным и медицинским; 2) избежания «биологического вульгаризма» и беспредельного «либерализма», имея в виду, что целью ВРТ является удовлетворение потребности в материнстве и отцовстве граждан, ограниченных в такой возможности или вовсе ее лишенных по объективным показаниям[2]; 3) корреляции интересов граждан в создании семьи с детьми и интересов будущего ребенка; 4) гармонизации частных и публичных начал[3]. Содержание репродуктивных прав, пределы вмешательства в репродуктивную сферу человеческой жизни, формы и способы ВРТ — аспекты медицинского права. Оно, впрочем, пока не дает системных решений: вместо специального закона[4] мы имеем лишь нормы ст. 55 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» (далее — ФЗ 2011 г.), далеко не исчерпывающие основных проблем. Вопросы о субъектах рассматриваемой группы отношений, их статусе, существенных условиях договоров о применении ВРТ, юридической судьбе родившегося ребенка являются комплексной задачей и медицинского, и гражданского, и семейного права.

---

[1] На самом деле вариантов даже несколько больше. Подробнее см., напр.: *Литвинова Г. И.* Правовые аспекты искусственного оплодотворения // Советское государство и право. 1981. № 9; *Литвинова Г. И.* Свет и тени прогресса. М., 1989. С. 132–133; *Горожанкина М. А.* Суррогатное материнство // Правовые проблемы укрепления российской государственности. Ч. 2. Томск, 2002. С. 51 и др.

[2] См.: *Романовский Г. Б., Романовская О. В.* Правовое регулирование биомедицинских исследований в Российской Федерации в Федеральном законе «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации». Пенза: ПГУ, 2013. С. 118–120.

[3] Общедоктринальные предпосылки к этому см. напр.: *Ильина О. Ю.* Проблемы интереса в семейном праве Российской Федерации. М.: Городец, 2007. С. 35–52; *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 38–43.

[4] См.: *Малешина А. В.* Ответственность за преступные деяния против жизни в странах общего права (на примере Англии, США и Канады): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 17–18; *Романовский Г. Б., Романовская О. В.* Указ. соч. С. 109–112.

В отношении последнего мы вынуждены фиксировать ту же неутешительную констатацию: семейно-правовые аспекты применения ВРТ заявлены в нормах ст. 51–52 СК РФ вскользь, мимоходом — в связи с проблемой осуществления и оспаривания записи о материнстве и отцовстве. Мы полагаем, что и в СК РФ должен появиться отдельный блок — две-три статьи с регулятивными и охранительными предписаниями, проектирование которых позволит еще раз осмыслить варианты решений. Во-первых, о субъектном составе правоотношений в сфере ВРТ. Во-вторых, о приоритете родительских прав и праве ребенка знать своих родителей. В-третьих, о семейно-правовых последствиях применения ВРТ в целом. Наконец, в-четвертых, в рамках реализации идеи о введении в Общую часть СК РФ норм о существенных признаках и видах семейно-правовых договоров следует зафиксировать и видовое разнообразие договоров, связанных с ВРТ: между супругами (при использовании донорского материала), о суррогатном материнстве. Именно в этом направлении и размышляют разработчики неоднократно упоминавшейся нами Концепции совершенствования семейного законодательства.

Очевидно, что наименее скрупулезным образом строятся отношения по поводу применения ВРТ между супругами: в соответствии с правилами п. 4 ст. 51 и ч. 1 п. 1 ст. 52 СК РФ супруг дает согласие на использование метода искусственного оплодотворения или имплантацию эмбриона супруге и впоследствии лишается права оспаривать отцовство. Однако и в этом случае не исключаются острые конфликтные ситуации. Одна из них стала предметом разбирательства Европейского суда по правам человека. Граждане Великобритании супруги Эванс в связи с операцией по удалению у жены яичников обратились в клинику для проведения цикла искусственного оплодотворения. В результате были получены и помещены на хранение шесть зародышей. После операции Эванс разъяснили, что имплантация зародышей в матку будет возможна только через 2 года. Однако до истечения указанного срока семейные отношения Эванс прекратились и бывший супруг отозвал свое согласие на использование зародыша или продолжение его хранения. Бывшая супруга обратилась в суд с требованием обязать его дать соответствующее согласие, полагая, что находится под защитой нормы ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Интересы сторон были полностью несовместимы: разрешение на использование эмбрионов означало бы принуждение к отцовству, а поддержка ответчика лишала истицу возможности стать генетической матерью. Суд пришел к выводу, что указанному праву не должно придаваться большее значение, нежели праву бывшего супруга на уважение его решения. Причем решение не было единогласным: четыре члена суда высказали особое мнение в пользу истицы, усомнившись в добросовестности ответчика — если бы им не были даны предварительные положительные заверения по вопросу, истица прибегла бы к другим способам произвести на свет генетически связанного с ней ребенка[1]. Решение английских судов по данному делу, отмечает Е. Е. Богданова, основывалось на необходимости обеспечения правовой стабильности, однако наряду с нею

[1] См.: Постановление Европейского суда поп правам человека по делу Эванс против Соединенного Королевства от 10 апреля 2007 г. // Прецеденты Большой палаты Европейского суда по правам человека по странам — членам Совета Европы. 2007. № 10. С. 79–82.

в расчет необходимо принимать соображения целесообразности и справедливости, где последняя имеет наивысшую ценность. Очевидно, продолжает автор, ответчик поступил эгоистично, а суды поддержали его позицию, руководствуясь формальными соображениями[1]. В этой связи также очевидно, что отношения с семейным элементом, включая аспекты применения ВРТ, должны регулироваться преимущественно ситуационными нормами, предполагающими судебное усмотрение для вынесения справедливого вердикта; императивными же нормами следует вооружаться для обеспечения обоснованных — в том числе с этической точки зрения — общественных (публичных) интересов.

Е. Е. Богданова полагает, что при конфликте лично-правовых интересов, в том числе в случаях, аналогичных рассмотренному, целесообразно ставить вопрос о компенсации морального вреда страдающей стороне. Возможно, это и так. Однако в конфликтной ситуации Эванс подобная компенсация совершенно не решает проблемы, хотя ее угроза, возможно, и поспособствовала бы изменению позиции ответчика, так как, вероятно, именно неблагоприятные имущественные последствия (в том числе будущие алиментные обязательства) явились одной из причин его отрицательной позиции. Перенося проблему на российскую почву, мы считаем, что в рамках действующего законодательства можно было бы применить аналогию с анонимным донором, т. е. предложить сторонам заключить соглашение об использовании бывшей супругой полученных эмбрионов без юридической привязки к бывшему супругу. В последующем же для подобных случаев необходимо предусмотреть варианты семейно-правового регулирования, способные защитить интересы добросовестной стороны, не впадая, однако, в противоречие с идеей свободы отзыва согласия на применение ВРТ.

Между указанными семейным и медицинским законами относительно суррогатного материнства проявилась достаточно очевидная коллизия: правило ч. 3 ст. 55 ФЗ 2011 г., исключая из числа «заказчиков» в рамках данной программы мужчину (в качестве индивидуального лица), допускает к ВРТ супругов, «одинокую женщину» и пары, не состоящие в браке, по смыслу же правил ч. 4 ст. 51 и ч. 3 ст. 52 СК РФ рамки «заказа» иные — напрямую они ограничены браком, а косвенно предусматривают и фигуру «женщины, не состоящей в браке». И дело не только в несоблюдении правила законодательной технологии о приведении предшествующих норм другого закона в соответствие с новым, специализированным. СК РФ находится в принципиальной (хотя и спорной) позиции непризнания фактических брачных отношений, о чем мы уже писали. Он также не содержит дефиниции семьи и ее возможных форм[2]. В отличие от российского решения, например, норма ч. 4 ст. 3 Семейного кодекса Украины толкует данный институт весьма широко, распространяя его далеко за пределы зарегистрированного супружества. Кроме того, несмотря на указание правила ч. 2 ст. 21 этого же кодекса о возникновении статуса супругов только в последнем случае, нормы ст. 74 Семейного кодекса Украины признают

---

[1] Подробнее см.: *Богданова Е. Е.* Защита интересов граждан при конфликте их личных неимущественных прав // Журнал российского права. 2013. № 12. С. 79–85.

[2] См.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. С. 77 и далее.

за фактическими супругами право на общую совместную собственность. При таком подходе положения ст. 55 ФЗ 2011 г. были бы ясны и уместны, однако дождемся ли мы его в СК РФ? Вопрос, как мы уже отмечали в параграфе о фактическом браке, активно дискутируется более 30 лет, а ставится с различным успехом с 1925 г. (еще в связи с обсуждением проекта кодекса 1926 г.)[1].

Что касается ограничений права мужчины на использование ВРТ, мы оказались в ситуации противоречивого толкования положений ст. 55 ФЗ 2011 г. Так, некоторые авторы полагают, что данным законом разрешено пользоваться методом суррогатного материнства и мужчинам, не состоящим в браке, при наличии медицинских показаний[2]. Между тем, если норма ч. 3 ст. 55 сформулирована весьма витиевато и допускает двусмысленное прочтение («мужчина и женщина при наличии обоюдного информированного согласия... Одинокая женщина...»), то норма ч. 9 ст. 55, посвященная указанному специфическому методу ВРТ, ясно заявляет о праве участвовать в программе суррогатного материнства через соответствующей договор потенциальных родителей, чьи половые клетки использовались для оплодотворения, либо «одинокой женщине». При этом суррогатная мать не может быть одновременно донором яйцеклетки (ч. 10 ст. 55). Как видим, «киркоровский» вариант не просматривается — недаром «звездный» заказчик воспользовался зарубежными услугами.

О.А. Хазова замечает: в процессе работы над проектом Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан (еще в 1993 г.) рассматриваемый вопрос о праве мужчины (наравне с женщинами) даже не обсуждался[3], соображения о гендерной симметрии в расчет не принимались; притом что «автоматический» взгляд на проблему «через призму женщины» являлся неверным изначально[4].

Однако даже если предположить, что подобное гендерное ограничение не вполне справедливо, следовательно, не вполне оправданно и на этом основании будет снято, останется гораздо более существенный ограничитель — медицинские показания, который является обязательным условием ВРТ, в том числе суррогатного материнства. Впрочем, и этот критерий некоторыми авторами подвергается сомнению. Так, Е.С. Митрякова не исключает возможности расширения субъектного состава данной программы за счет граждан, не готовых к деторождению и по иным причинам, на основе договора о возмездном оказании услуг[5]. Это, кстати, находится в русле подходов к проблеме со стороны американского законодательства, практика применения которого допускает, например, заключение договора о вынашивании ребенка по мотиву нежелания женщины-заказчицы делать перерыв в карьере[6]. О.А. Хазова также не исключает в перспективе расширительного толкования понятия «медицин-

---

[1] См.: *Тарусина Н.Н.* Брак по российскому семейному праву. С. 130–157.

[2] См., напр.: *Афанасьева И.В., Пароконная К.Д.* Правовые проблемы суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2012. № 5. С. 23–24.

[3] Как мы видим, не был он решен и в 2011 г.

[4] См.: *Хазова О.А.* Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России // Современное медицинское право в России и за рубежом. М., 2003. С. 201–202.

[5] См.: *Митрякова Е.С.* Правовое регулирование суррогатного материнства в России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 8–11.

[6] См.: *Борисова Т.Е.* Суррогатное материнство в Российской Федерации. Проблемы теории и практики. М.: Проспект, 2012. С. 21–22.

ские показания» вплоть до выходы за пределы его объема — с учетом психологической компоненты, «нетрадиционной» сексуальной ориентации, отсутствия полового партнера и тому подобных обстоятельств — лишь бы законодатель сформулировал свою позицию более определенно[1].

До ФЗ 2011 г. игнорировалась позиция мужа суррогатной матери. В ситуации, когда последняя принимала решение оставить ребенка себе, вынужденно действовала презумпция отцовства ребенка, рожденного в браке, с последующим правом оспаривания записи. «Казус презумпции» в настоящее время снят, поскольку норма ч. 10, ст. 55 предусматривает обязательное письменное согласие мужа на участие жены в качестве суррогатной матери.

Актуальным и различным образом решаемым остается вопрос о субъекте приоритета родительских прав. Следует ли различать правовые последствия в зависимости от вида суррогатного материнства — наличия или отсутствия генетического родства между суррогатной матерью и ребенком или «заказчиками» и ребенком? Так, из шести видов[2] рассматриваемой программы в четырех суррогатная мать выступает исключительно в качестве «инкубатора», а один вариант предполагает использование генетического материала супругов (гестационное суррогатное материнство).

Российский законодатель, судя по всему, поддерживает именно его: это следует из определения суррогатного материнства, данного в ч. 9 ст. 55 ФЗ 2011 г. Однако, несмотря на наличие оснований для родительства у супругов, родительские права предоставляются женщине, выносившей ребенка. Такая позиция не является универсальной или доминирующей в зарубежной юриспруденции[3], но пока признается единственной допустимой у нас. Она поддерживается рядом известных ученых, но равным образом и оспаривается — в основном теми авторами, которые специализируются в данной области исследований[4]. С одной стороны, организм ребенка, включая его иммунную и гормональную системы, формируется в питательной среде женщины, его вынашивающей, и у нее возникает естественное чувство материнства[5] (недаром общение с новорожденным и его грудное вскармливание роженицей медиками не практикуется и договором, как правило, не предусматривается). С другой стороны, целью программы суррогатного материнства является преодоление проблемы бесплодия — отказ суррогатной матери передать ребенка генетическим родителям также может быть для последних драматичным. Иначе говоря, как и во многих других ситуациях с семейным элементом, на-

---

[1] См.: *Хазова О. А.* Указ. соч. С. 203.

[2] Подробнее см.: *Борисова Т. Е.* Указ. соч. С. 31–32.

[3] Возможен и третий вариант, основанный на теории «мультиродительства»: генетические родители могут заключить с суррогатной матерью (и ее супругом — при наличии такового) соглашение о порядке ее (их) участия в жизни ребенка. (См., напр.: *Кириченко К. А.* Модели правового регулирования отношений, складывающихся при применении методов вспомогательной репродукции: сравнительно-правовой анализ // Российский юридический журнал. 2011. № 4. СПС «КонсультантПлюс».)

[4] Подробнее см.: *Романовский Г. Б.* Репродуктивные права в России и странах СНГ: сравнительно-правовое исследование. Пенза: ПГУ, 2010. С. 78.

[5] См.: *Кокорин А. П.* К вопросу о получении согласия суррогатной матери на запись родителями ребенка супругов, предоставивших свой генетический материал // Семейное и жилищное право. 2010. № 1. С. 30.

дежного «рецепта» нет — законодателю приходится делать выбор из двух относительно «одинаковых охапок сена», но при этом постараться не стать «буридановым ослом». Возможно ли это?

О.А. Хазова подчеркивает: «При разработке соответствующих положений СК ставилась цель последовать лучшим правовым решениям, существующим в этом отношении в зарубежных странах, и тем рекомендациям, которые были сделаны в свое время экспертной группой Совета Европы. <...> Предоставленное суррогатной матери право оставить ребенка у себя — один из немногих правовых механизмов, который позволяет в определенной степени избежать злоупотреблений, связанных с использованием этого метода»[1].

Однако кроме того, что отказ суррогатной матери передать ребенка «нареченным» родителям является для них тяжким психологическим ударом, подобное правило провоцирует шантаж недобросовестной женщины. Так что, как всегда, идеального варианта нет. Мы считаем, что «пирамиду», может быть, и следует перевернуть: поскольку на данном этапе основанием суррогатного материнства является юридически признанное желание бесплодной пары (или незамужней женщины) иметь своего ребенка — за ними (ею) и должно быть закреплено преимущественное право на ребенка. Этот приоритет этически столь же оправдан, как и действующий вариант. Одновременно можно было бы предоставить суду право в исключительных случаях принимать решение об оставлении ребенка у суррогатной матери (отказ от ребенка «заказчиков», возникшее после родов бесплодие суррогатной матери, смерть ее ребенка и т. п.). В США, кстати, имеются судебные прецеденты о частичной защите интересов суррогатной матери — при сохранении общей тенденции установления обязательства по передаче ребенка суррогатной паре. Так, рассматривая дело об отказе «исполнительницы» отдать ребенка «заказчикам», суд признал за ней право на свидание с ребенком[2].

До недавнего времени российский закон «затейливо» обходил вопрос о юридической природе отношений между суррогатной матерью и супругами. «Заговор молчания» распространялся и на характер этих отношений. Видимо, предполагались как безвозмездность, так и безвозмездность. Действительно, ребенок может вынашиваться близкой родственницей — и тогда прямая плата за «услугу» может не осуществляться. А какие же резоны подвигнут стороннюю женщину вынашивать генетически чуждый ей плод с последующей передачей другим лицам? Полагаем, только экстраординарные. Следовательно, в типичных случаях речь идет о возмездных соглашениях, в том числе нередко «теневого» характера, с привлечением или без привлечения посредников. В настоящее время ст. 55 ФЗ 2011 г. рассматривает отношения в сфере суррогатного материнства в качестве договорных, а СК РФ, как мы уже отмечали, в гармонию с данным законом не приведен.

Исследуемые отношения сопровождают два, а возможно, и три договора: первый — между суррогатной матерью и супругами-«заказчиками», второй — между супругами и медицинским учреждением, третий — между последним

---

[1] *Хазова О.А.* Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России. С. 210.

[2] См. там же.

и суррогатной матерью. Первый тяготеет к семейно-правовой природе[1]. Второй и третий договоры могут быть объединены в один многосторонний под эгидой гражданско-правового договора об оказании медицинских услуг. В нем должны быть предусмотрены положения о генетическом материале, о консультировании суррогатной матери о сущности и последствиях операции[2], о правах супругов-«заказчиков» на информацию о ходе реализации программы, определенный контроль по отдельным вопросам, о последствиях неудовлетворительного результата, вынашивании «двойни» («тройни») вместо одного ребенка, рождения больного ребенка, о возмещении стоимости медицинских услуг в зависимости от их перечня, сложности, комфортности, о гонораре медицинского учреждения, об ответственности последнего перед суррогатной матерью в случае нанесения ущерба (виновного и невиновного) ее здоровью.

В первом договоре стороны определяются с возмездностью услуг, взаимным информированием по всем вопросам программы суррогатного материнства: с условиями жизнеобеспечения женщины-«исполнительницы», ее обязанностях по соблюдению всех рекомендаций врачей, о возмещении вреда здоровью, с иными неблагоприятными последствиями программы, с обязательствами суррогатной матери, связанными с ее отказом передать ребенка, сроками передачи ребенка (например, во время нахождения в медицинском учреждении в послеродовой период), порядком и сроками выплаты вознаграждения, последствиями отказа стороны (сторон) от исполнения договора. При этом часть вопросов неизбежно пересекается с теми, которые предусмотрены предыдущим договором (договорами). Не исключаются также договоренности о праве суррогатной матери на свидания с ребенком, о праве ребенка в этой связи знать об обстоятельствах своего рождения (впрочем, для «нареченных» родителей это едва ли представляет интерес). Вероятно, не исключен и «сверхкомплексный» тип договора, объединяющий всех перечисленных субъектов и все существенные компоненты программы, построенный в русле начал и конкретных композиций трех отраслей законодательства — медицинского, гражданского и семейного.

«Фантизийный» ряд элементов договора о суррогатном материнстве, может быть продолжен... Однако, как справедливо замечает А. Т. Боннер, анализируя в одном из своих трудов соответствующую договорную и судебную практику, было бы гораздо лучше, если бы варианты и детали были основаны на законе.

В связи с неочевидностью природы договора о суррогатном материнстве и с отсутствием четкой регламентации его предмета, содержания и, соответственно, последствий отказа суррогатной матери передать ребенка генетическим родителям, в цивилистике нет единого представления о данной правовой конструкции. В частности, не достигнута ясность относительно предмета дого-

---

[1] Этого не исключает даже далекий от споров цивилистов по данному вопросу А. Т. Боннер, известный процессуалист и блестящий практик. См.: *Боннер А. Т.* Искусственное оплодотворение: достижения и просчеты современной медицины и человеческие драмы // Закон. 2015. № 9. С. 170.

[2] О. А. Хазова отмечает, что, возможно, степень ее информированности должна быть более высокой, чем это принято у «обычных» пациентов. В практике Санкт-Петербургского ЭКО, продолжает автор, ни одна из женщин, имевших только имущественный интерес, не стала участвовать в программе суррогатного материнства после того, как ей была предоставлена полная информация. См.: *Хазова О. А.* Правовые аспекты применения вспомогательных репродуктивных технологий в России. С. 212.

вора. Им не могут быть ни ребенок («проточеловек»?), ни родительские права (как не существующие на момент заключения соглашения и как неотчуждаемые). Высказаны также сомнения в том, что предмет могут составлять действия предполагаемых родителей, направленные на благоприятное течение беременности и родов суррогатной матери, услуги по созданию «семьи с привлечением третьей стороны» (цель договора), хотя все перечисленное имеет то или иное значение. Полагается также очевидной абсурдность применения к договору суррогатного материнства всех норм гл. 39 ГК РФ, в том числе нормы о возможности отказа услугополучателя от договора при условии возмещения услугодателю понесенных убытков[1]. По данному вопросу было высказано особое мнение судьи Конституционного суда РФ Г.А. Гаджиева относительно конституционности положений п. 4 ст. 51 СК РФ: пользуясь правом оставить ребенка себе, суррогатная мать не выполнила условие договора, нормы гл. 39 ГК РФ квалифицируют подобные действия как отказ от исполнения обязательств, что предполагает обязанность суррогатной матери возместить супругам-заказчикам понесенные по договору расходы и компенсировать моральный вред, однако такая позиция противоречит принципу биоэтики о запрете коммерциализации тела человека и его частей (ст. 21 Конвенции о правах человека и биомедицине). При этом Г.А. Гаджиев полагает, что приоритет суррогатной матери в решении вопроса об установлении юридических отношений между родителями и ребенком порождает проблему обеспечения баланса прав и интересов генетических родителей, суррогатной матери и ребенка; законодатель признает факт вынашивания ребенка социально и эмоционально более значимым, нежели нравственные страдания биологических родителей, лишенных возможности приобрести желаемый статус; подобная позиция в контексте принципа охраны семьи, материнства и детства (ст. 38 Конституции РФ) далеко не бесспорна. В этой связи судья Г.А. Гаджиев считает, что жалоба граждан Ч. П. и Ч. Ю. должна была подлежать рассмотрению по существу[2].

С точки зрения действующего российского законодательства, констатирует К.А. Кириченко, как и в других «классических» правовых системах, договор суррогатного материнства является ничтожной сделкой (?), однако воля законодателя (в частности, внесение изменений в ст. 150 ГК РФ) способна изменить ситуацию[3]. Назрела необходимость вернуться и к соответствующим нормам СК РФ — как для снятия коллизий с ФЗ 2011 г., так и для взвешенной и справедливой оценки баланса интересов суррогатной матери, генетических родителей и ребенка.

В последнее время вновь актуализировалась дискуссия относительно этико-правовой допустимости института суррогатного материнства. Так, Е.Б. Мизулина, до недавнего времени — председатель Комитета Государственной Думы РФ по вопросам семьи, женщин и детей (ныне — сенатор), с 2013 г.[4] активно

---

[1] См.: *Кириченко К.А.* Определение предмета договора суррогатного материнства // Семейное и жилищное право. 2016. № 1. С. 10.

[2] См.: Определение Конституционного суда РФ от 15 мая 2012 г. № 880–0 // СПС «КонсультантПлюс» (см. также особое мнение судьи С.Д. Князева).

[3] См.: *Кириченко К.А.* Указ. соч. С. 11.

[4] В том же 2013 г. опрос Всероссийского центра изучения общественного мнения показал, что 76% россиян допускают возможность использования услуг суррогатного материнства. См.: *Кириченко К.А.* Указ. соч. С. 11.

выступает за запрет этой программы, приравнивая суррогатное материнство в его возмездной, сугубо договорной форме к торговле людьми.

Резоны для развертывания дискуссии и даже для радикальных запретительных мер есть. Во-первых, как отмечает Г. Б. Романовский, мировая практика показывает, что основанием обращения к программе далеко не всегда является объективное бесплодие: некоторые пары испытывают трудности лишь в зачатии (которые могут быть преодолены с помощью более традиционных ВРТ); клиентами (например, в США) нередко являются супруги, которые ранее сознательно подверглись операции по медицинской стерилизации в контрацептивных целях или уже имеющие детей[1]. Во-вторых, за пределами России актуальной становится уже не проблема бесплодия как основание для этического и юридического оправдания суррогатного материнства, а проблема предоставления соответствующего права однополым парам. В-третьих, весьма важными причинами для сомнений являются факты, свидетельствующие о неблагоприятных последствиях для здоровья суррогатной матери, включая риски многоплодной беременности, вынужденного аборта, применения различных медицинским препаратов и др., а также многократные — по сравнению с классическим способом — риски для здоровья будущего ребенка[2]. В-четвертых, при многоплодной беременности (возникающей не менее чем в 60 % случаев) «необходимо вспомнить тезис о том, что для зарождения жизни (цель суррогатного материнства) приходится совершать действия, имеющие противоположную направленность»[3]. В-пятых, практике известны случаи мошенничества (например, суррогатная мать, чтобы стопроцентно получить гонорар, решила «для верности» забеременеть естественным путем), отказа «заказчиков» от ребенка и т. д.[4] Следует также иметь в виду, что во многих странах эти программы запрещены или ограничены условием о безвозмездном характере отношений. Все это, безусловно, усиливает позицию противников института суррогатного материнства. В то же время его разумные сторонники, в принципе оправдывающие применение различных ВРТ для решения проблем бесплодия, понимают: «ящик Пандоры» уже открыт, однако необходимо в интересах семьи и общества все же продумывать и внедрять хотя бы относительно надежные заградительные механизмы против очевидных злоупотреблений, направленных против этической, психологической и биологической природы человека.

2.10. Фиктивность как способ существования материи с «семейным» элементом

Явление фиктивности богато видами и подвидами, встречается в самых различных областях юридического пространства — от цивилистики до публичных отраслей. При этом по сложившейся традиции теоретическое осмысление сущности фиктивности в основном присутствует в доктринах гражданского и се-

[1] См.: Биомедицинское право в России и за рубежом. С. 182–183.
[2] См. там же. С. 193, 199–201, 212–213.
[3] Там же. С. 193.
[4] См., напр.: *Боннер А. Т.* Указ. соч. С. 171–172.

мейного права[1], так как именно в указанных сферах изначально были замечены компоненты фиктивности в той или иной цивилистической конструкции. Причем, разумеется, исторически, объективно приоритет первооткрывателя принадлежит гражданскому праву. В этой связи вполне очевидным является проведение аналогии фиктивных актов в правоотношениях с семейным элементом с фиктивными (мнимыми) сделками в правоотношениях гражданского оборота, на что справедливо указывают М. В. Антокольская и другие авторы[2]. Однако рассматривать эту пару конструкций как частное и общее не совсем верно — и не только в связи с суверенной сущностью предмета и метода семейно-правового регулирования и семейного законодательства, но и потому, что не все фиктивные семейно-правовые акты укладываются в схему классической цивилистики, — как с точки зрения сущности, так и допустимости (реальности) применения к ним «шаблона» правовых последствий признания фиктивных сделок недействительными. Следует также заметить, что определенные параллели можно провести между фиктивностью, фикцией и презумпцией. Все три конструкции являются искусственными в контексте их соответствия действительной жизненной ситуации: фикция — особая технология, применяемая законодателем в случаях, когда обычные способы регулирования невозможны (например, правило п. 3 ст. 51 СК РФ о фиктивной записи об отцовстве ребенка, рожденного вне брака, в отношении которого оно не установлено ни в административном, ни в судебном порядке); презумпция, в принципе, играет аналогичную роль, отличаясь от фикции и фиктивного акта как истинностью, так и неистинностью (вероятностью) своего содержания, а также возможностью своего опровержения (например, оспаривание предположения об отцовстве в браке по правилам п. 2 ст. 48 и п. 1. ст. 52 СК РФ). Очевидно, что в отличие от данных позитивных технологий фиктивность относится к безусловным негативным явлениям, результатам «творчества» граждан и оценивается законодателем и правоприменителем как правонарушение — в тех случаях, когда реакция первого непосредственно зафиксирована в законе, а второй эту реакцию конкретизирует в своем решении. Если же она на отдельные разновидности рассматриваемого «действа» отсутствует, то, по умолчанию речь идет о нарушении этических норм, а в ряде случаев — о применении «реагирующих» правовых предписаний по аналогии, что, впрочем, достаточно затруднительно.

Фиктивным является такое действие или отношение, которое внешне отвечает формальным требованиям той правовой конструкции, которая используется, однако не соответствует ее цели и содержанию[3]. Разнообразие и распространенность фиктивных семейно-правовых актов в определенном смысле свидетельствует о большом «творческом потенциале» российских (и не только

---

[1] В данном параграфе использованы материалы, подготовленные совместно с О. И. Сочневой. Однако поскольку изначально тема еще в 1983 г. и в последующие годы разрабатывалась автором данного параграфа, мы транслируем соответствующую информацию в предлагаемом сочинении без соавторства. (См.: *Тарусина Н. Н., Сочнева О. И.* Фиктивность в семейно-правовой сфере: продолжение следует... // Социально-юридическая тетрадь. 2015. № 5. С. 45–65.)

[2] См.: *Антокольская М. В.* Семейное право. М.: Норма, 2010. С. 144.

[3] См.: *Тарусина Н. Н.* О фиктивных семейно-правовых состояниях // Правоведение. 1983. № 2. С. 84.

российских) граждан, а также об отсутствии именно системной реакции на данные негативные проявления указанного «творчества». Практике известны фиктивные заявления о вступлении в брак, фиктивные брак, развод, раздел имущества, брачный договор, признание отцовства, опека, усыновление, фиктивное взыскание алиментов. Однако непосредственно в действующем семейном законодательстве зафиксирована лишь конструкция фиктивного брака — его понятие и последствия признания недействительным.

Фиктивное заявление о вступлении в брак (фиктивное соглашение о заключении брака) скорее принадлежит советской истории. Оно было обусловлено товарным дефицитом и созданием в этой связи специализированных отделов или магазинов (салонов для новобрачных), где по талонам, выданным органом ЗАГС (после подачи заявления о вступлении в брак), можно было приобрести не только свадебные наряды, но и белье, посуду и прочие необходимые в семейном быту товары. После либерализации цен и исчезновения из магазинов многих продуктов (в Москве тогда даже прошли на улице Горького, ныне Тверской, театрализованные «похороны еды» — с «гробом», венками, «скорбными» плакатами) в гастрономах были открыты специальные отделы для приобретения продуктов к свадебному столу... В некоторых регионах потоку фиктивных заявлений о вступлении в брак пытались противодействовать, проставляя о факте подачи заявления в паспортах граждан особые неофициальные отметки, а также выдавая талоны двух типов для «отоваривания» в два этапа (до и после свадьбы). В настоящее время актуальность данного фиктивного акта утрачена.

Как мы уже отметили, единственным официально признанным в качестве семейного правонарушения является фиктивный брак. При этом законодательство и правоприменительная практика свидетельствуют о том, что государство отрицательно реагирует не только на сам факт его совершения, предусматривая в качестве санкции признание такого брака недействительным (п. 1 ст. 27, абз. 5 п. 1 ст. 28 СК РФ), но и на деятельность, способствующую оформлению фиктивных браков, осуществление которой в определенных случаях может влечь административную[1] или уголовную[2] ответственность. Объясняется это тем, что заключение фиктивного брака не только приводит к нарушению частных (личных неимущественных) интересов добросовестного супруга, связанных с брачным союзом (в крепкой надежной семье нуждается каждый человек независимо от возраста), но и затрагивает интересы государства в позитивном развитии, сохранении и упрочении институтов брака и семьи.

Вместе с тем семейное законодательство в вопросах правовой регламентации фиктивных браков не отличается четкостью, а судебная практика — по-

---

[1] Так, решением Железнодорожного городского суда Московской области по делу от 6 октября 2015 г. № 2–1074/15 ООО «Электрон-Телеком» установлена обязанность ограничить доступ неопределенного круга лиц к интернет-сайту... поскольку по результатам проверки прокуратуры на указанном ресурсе предоставляется информация о заключении фиктивного брака для получения гражданства РФ // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru.

[2] Приговором Барышского районного суда Ульяновской области от 1 апреля 2015 г. № 1–46/2015 В. С. Марабян признан виновным в организации незаконного пребывания иностранных граждан и лиц без гражданства на территории РФ, в том числе за подыскание незамужних гражданок РФ, готовых за вознаграждение зарегистрировать брак с иностранным гражданином // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru.

следовательностью. Правилом п. 1 ст. 27 СК РФ предпринимается попытка определить фиктивный брак: «...то есть если супруги или один из них зарегистрировали брак без намерения создать семью». Очевидно, что характер целеполагания представляет собою ключ к основанию признания фиктивного брака недействительным. В то же время разнообразные корыстные мотивы имеют по крайней мере косвенное значение, так как являются доказательственными фактами, свидетельствующими об отсутствии указанного намерения. С субъективной стороны возможна как двусторонняя (отсутствие цели создания семьи у обоих «супругов»), так и односторонняя фиктивность. Причем последняя[1] в судебной практике встречается чаще, ибо добросовестный супруг способствует доказыванию факта фиктивности, при двусторонней же фиктивности неизбежен «заговор молчания». Наиболее известными мотивами данного вида фиктивных актов являются получение права на временную регистрацию, вида на жительство, выезда и въезда в другое государство (с последующим видом на жительство, ускоренным приобретением гражданства), вступление в брак с престарелым или тяжело больным человеком с целью завладения его имуществом после смерти по наследству на основании закона или завещания, приобретение статуса замужней женщины[2] для матерей-одиночек, приверженцев нетрадиционной сексуальной ориентации («лавандовые браки»), получение супружеского статуса с иной целью.

В ряде случаев весьма трудно различить фиктивность и расчетливость. Сущностная и доказательственная граница определяется фактом создания семьи. Однако дифференциация затруднена, так как в односторонне фиктивном браке недобросовестная сторона для достижения своей корыстной цели бывает вынуждена демонстрировать приверженность к брачному союзу вступлением в отношения, характерные для супругов. Л. Б. Максимович даже не исключает возможности признания брака недействительным как фиктивного и после рождения ребенка[3]. Нам это представляется сомнительным: в подобных казусах, пожалуй, «количество отношений» переходит в иное «качество». (Возможно, именно для таких и иных сходных с ними случаев целесообразно ввести в семейное законодательство норму о неблагоприятных последствиях расторжения брака при наличии особого типа вины либо, если все же допускать признание брака недействительным, сконструировать дополнительные специальные правовые последствия.) Л. Б. Максимович также констатирует, что причины рассматриваемого вида правонарушений не всегда кроются в пороках развития личности: определенная часть фиктивных браков — симптом неадекватного развития законодательства, чрезмерного ограничения прав граждан. Полагаем и данное утверждение небесспорным. Конечно, российское государство (и далеко не только российское) использует технологии социальных запретов и ограничений, однако большинство из них в той или иной степени оправданно (в отличие, например, от периода советской государственности), например в связи с необходимостью регулирования миграционных процессов.

---

[1] См.: *Коголовский И. Р.* Фиктивные состояния в семейном праве // Юрист. 2008. № 5. С. 20–23.

[2] См.: *Тарусина Н. Н.* Семейное право. Очерки из классики и модерна. С. 417–418.

[3] См.: *Максимович Л.* Фиктивный брак // Закон. 1997. № 11. С. 74–75.

Единственный, пожалуй, мотив социального свойства из разряда дискутируемых — приобретение официального брачного статуса некоторыми представителями ЛГБТ-сообщества — в ситуации, когда однополые квазисупружеские союзы законодательством не разрешены, а демонстрация фактического моносексуального семейного партнерства значительной частью общества положительно не оценивается[1].

Очевидно, что общественное и (или) юридическое непризнание того или иного явления многолико и многогранно, т. е. может иметь в своем основании самые разнообразные особенности человеческой личности, а также трудности ее бытия в виде ограничения тех или иных возможностей (например, в связи с небольшим доходом и т. п.). Однако это не должно служить оправданием правонарушения — оно может быть признано лишь смягчающим вину обстоятельством[2].

Наибольшую сложность для формально-юридического анализа представляет конструкция «отсутствие цели создания семьи». Как мы неоднократно отмечали в других своих работах, СК РФ в отличие от большинства других современных законодательных актов почти не содержит дефиниций, в частности не предлагает определения понятия «семья», не фиксирует ее существенных признаков (основание союза на супружестве, родстве, свойстве, совместное проживание, организация общего быта, ведения хозяйства, взаимная поддержка членов семейной общности и др.). В то же время норма п. 1 ст. 31 СК РФ предоставляет каждому из супругов свободу в выборе места жительства. Уже это обстоятельство затрудняет квалификацию обсуждаемого союза как фиктивного, по крайней мере той его разновидности, в которой недобросовестные субъекты проживают раздельно и не поддерживают (почти не поддерживают) взаимные контакты. Видимо, в правилах ст. 31 СК РФ следует учесть возможную коллизию сущностей действительного и фиктивного браков в рассматриваемом контексте. Да и дефиниции собственно фиктивного брака, по сути, нет: приведенные ранее суждения законодателя по данному вопросу высказываются как бы между прочим, без четкого обозначения конструкции. Полагаем, что в Общую часть СК РФ необходимо включить норму, посвященную конструкции фиктивности семейно-правовых актов в целом — с введением специальных норм по каждой из тех разновидностей, относительно которых законодатель соблаговолит реагировать.

Нелогичным с позиций общего подхода законодателя к защите прав и интересов добросовестного супруга в недействительном браке и не отвечающим потребностям правоприменительной практики представляется отсутствие фиктивного союза среди случаев, допускающих признание брака недействительным после его расторжения (п. 4 ст. 29 СК РФ). На наш взгляд, такое решение прежде всего является несправедливым по отношению к добросовестному супругу, поскольку, по сути, ограничивает его право на судебную защиту с помощью способов, предусмотренных п. 4 ст. 30 СК РФ, только периодом формального состояния в браке. Вместе с тем, если намерение создать семью присутствовало только у одного из супругов, то истинные намерения второго, на короткое вре-

[1] Подробнее о проблеме однополых партнерств см. соответствующий параграф книги.

[2] См.: *Куликов В.* Назвался мужем? Докажи // РГ. 2015. 10 марта. № 48 (6619). С. 9.

мя создававшего видимость семьи, становятся очевидными только на момент предъявления им требования о расторжении брака сразу после того, как он получил желаемое благо (гражданство, право на имущество и т. п.). В таком случае, если при рассмотрении иска о расторжении брака добросовестный супруг в порядке ст. 137–138 ГПК РФ не заявит встречного требования о признании брака недействительным, то в последующем он лишается возможности оспаривать фиктивность брака и требовать применения связанных с этим требованием правовых последствий.

По смыслу разъяснений п. 24 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 ноября 1998 г. № 15 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел о расторжении брака» после расторжения брака иск о признании фиктивного брака недействительным может быть рассмотрен судом только при условии отмены решения о расторжении брака, поскольку, принимая такое решение, суд исходил из факта действительности заключенного брака. При относительной простоте рассмотрения и очевидности результата бракоразводного дела (в контексте положений абз. 2 п. 2 ст. 22 СК РФ), а также учитывая характер оснований для отмены судебного решения (ст. 330, 387, 391.9, 392 ГПК РФ), несложно представить, что случаи отмены решений суда о расторжении брака на практике единичны. При этом в соответствии с правилом ч. 2 ст. 209 ГПК РФ факты и правоотношения, установленные решением о расторжении брака, не могут быть оспорены теми же сторонами в другом процессе. Руководствуясь указанными выше положениями, при рассмотрении конкретных дел суды отказывают в принятии искового заявления или прекращают производство по делу о признании недействительным фиктивного брака после его расторжения, указывая на то, что к кругу лиц, имеющих право оспаривать брак по данному основанию, согласно п. 1 ст. 28 СК РФ бывшие супруги не относятся[1]. Следует также отметить, что отсутствие в законе возможности оспаривать фиктивный брак после его расторжения не отвечает и интересам государства, поскольку исключает и соответствующую реакцию со стороны последнего в виде иска прокурора о признании брака недействительным. Это касается и тех случаев, когда брак регистрируется, например, исключительно с целью упрощения процедуры приобретения гражданства РФ и расторгается супругами (двусторонняя фиктивность) сразу же после подачи соответствующих документов супругом-иностранцем в миграционную службу (как правило, через 1–2 недели после заключения).

С целью устранения существующего в правовом регулировании пробела правоприменительной практикой «изобретена» и используется в указанных случаях конструкция иска (заявления) об установлении факта регистрации фиктивного брака, которая позитивно воспринимается судом в связи с тем, что преюдициальность решения о расторжении брака на прокурора не распространяется, поскольку последний «не является стороной в процессе о расторжении брака и, следовательно, по смыслу ч. 2 ст. 209 ГПК РФ может оспаривать действительность данного брака в настоящем процессе»[2]. Удовлетворение такого иска (заявления) по смыслу требований ст. 22 Федерального закона от 31 мая

---

[1] См.: Определение Советского районного суда г. Астрахани от 4 марта 2015 г. по делу № 2–116/2015 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru.

[2] См.: Решение Тамбовского районного суда Тамбовской области от 1 октября 2014 г. по делу № 2–1933/2014 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru.

2002 г. № 62 «О гражданстве Российской Федерации»[1] может повлечь в дальнейшем решение об аннулировании приобретенного гражданства. Очевидно, что потребности практики диктуют необходимость дополнить п. 4 ст. 29 СК РФ, включив фиктивность в число случаев, допускающих признание брака недействительным и после его расторжения. Право на предъявление иска в данном случае должно быть предоставлено, следуя логике предписания абз. 5 п. 1 ст. 28 СК РФ, прокурору, а также бывшему супругу, не знавшему о фиктивности брака на момент его регистрации.

Отсутствие у недобросовестного супруга права на оспаривание фиктивного брака объясняется тем, что заключение последнего по природе своей — правонарушение, а иск о признании фиктивного брака недействительным — способ защиты прав и охраняемых законом интересов, которым, соответственно, не должен обладать правонарушитель. Вместе с тем анализ судебной практики по данной категории споров выявил случаи принятия к производству и рассмотрения исков о признании фиктивных браков недействительными, предъявленных супругом, знавшим о фиктивности брака с момента его заключения. Так, Орехово-Зуевским городским судом Московской области признаны законными и обоснованными требования о признании фиктивного брака недействительным, в обоснование которых истица ссылалась на то, что заключила брак с ответчиком в связи с необходимостью для последнего «зарегистрироваться по месту ее постоянного проживания. В дальнейшем он намеревался купить себе жилье, зарегистрироваться в нем, а брак расторгнуть»[2]. Аналогичной позиции придерживался Карсунский районный суд Ульяновской области, удовлетворяя иск А. Е. Салановой, пояснившей, что брак с ответчиком А. А. Сулаймоновым она заключила за соответствующее денежное вознаграждение по просьбе последнего для приобретения им гражданства РФ[3].

Известен российской общественной практике и фиктивный развод. Как и ранее, в советское время, одним из распространенных мотивов данного акта является стремление улучшить жилищные условия — несколько изменилась лишь юридическая подоплека. Так, в соответствии с правилом п. 1 ч. 2 ст. 57 Жилищного кодекса РФ гражданам, чьи жилые помещения признаны непригодными для проживания или не подлежащими реконструкции, вне очереди предоставляются другие жилые помещения по договору социального найма. В результате расторжения брака они смогут получить отдельное жилье. Далее, как известно, может последовать и бесплатная приватизация, возможность которой систематически нашим законодателем продлевается. Конструкцию фиктивного развода иногда используют и участники различных государственных программ, в частности таких, где установлены определенные ограничения, например возрастные, льготные условия предоставления жилья для военнослужащих или сотрудников правоохранительных органов; малоимущие многодетные семьи — для получения пособий и субсидий. В практике зафиксированы случаи

---

[1] См.: Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. 3 июня. Ст. 2031.

[2] См.: Решение Орехово-Зуевского городского суда Московской области от 29 января 2015 г. по делу № 2–151/15 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru.

[3] См.: Решение Карсунского районного суда Ульяновской области от 29 декабря 2014 г. по делу № 2–1230/2014 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru.

предположительных фиктивных разводов, где в качестве стороны выступают депутаты, государственные служащие высокого ранга, чтобы избегнуть ограничений, связанных с законодательством о противодействии коррупции (необходимостью предоставления сведений о доходах, закрытия счетов в заграничных банках, запрета использования иных иностранных финансовых инструментов и т. п.). Рассматриваемая технология используется также предпринимателями при угрозе банкротства[1]. Как и фиктивный брак, фиктивный развод может использоваться для более благоприятного режима получения вида на жительство в других государствах.

Поскольку СК РФ (как ранее и Кодекс о браке и семье РСФСР) не содержит норм, которые реагировали бы на фиктивное расторжение брака, правоприменительная практика находится в затруднении. С одной стороны, казалось бы, не исключается аналогия гражданского законодательства о недействительности фиктивной сделки. Однако с другой стороны, во-первых, концентрация внимания законодателя только на фиктивном браке может означать как бы «декриминализацию» всех прочих фиктивных семейно-правовых актов или юридическое безразличие к ним. Во-вторых, поскольку речь идет об отношениях строго личного характера, а в процедурах участвуют государственные структуры (орган ЗАГС либо суд), семейно-правовая институционализация фиктивного развода не может быть осуществлена по обычной схеме. Так, если брак был прекращен судебным решением, на наш взгляд, следует воспользоваться технологией гражданско-процессуального производства по вновь открывшимся обстоятельствам, так как факт фиктивности существовал на момент вынесения данного акта. Данные вариант существенно корректнее квалифицирует и позицию суда. Кроме того не исключаются случаи, когда фиктивно прекратившие свой брак стороны на момент обнаружения этого факта уже стремятся к реальному разводу. Классическая санация по аналогии с институтом недействительности брака здесь, конечно, недопустима. В то же время целесообразно ли одновременно с неблагоприятными имущественными и организационными последствиями (двусторонней реституции, отмены иных преимуществ) восстанавливать супружество, понимая, что сразу же последует инициатива сторон по запуску процедуры его прекращения? Мы полагаем допустимым для таких ситуаций судебную санацию фиктивного развода в части исключительно лично-правовой связи субъектов.

Рассматриваемая конструкция нередко сопровождается фиктивным разделом имущества, в том числе исполняя роль юридической предпосылки для последнего, — как истинной цели двойной фиктивности. Его мотивами являются обстоятельства, на которые мы уже указывали при характеристике фиктивного развода, связанные, например, с ограничениями по государственной службе или банкротством. Кроме того, причиной может послужить стремление уменьшить имущественную базу для конфискации, возмещения ущерба и др.

Аналогичная мотивация движет некоторыми супругами при заключении фиктивного брачного договора. Формально-юридически подобная сделка должна квалифицироваться как ничтожная, поэтому большинство авторов

[1] См.: *Филимонова И. В.* Фиктивный развод // Политика, государство и право. 2014. № 11. С. 52–58.

считает, что иск следует предъявлять не о признании брачного договора недействительным как фиктивного, а о применении последствий ничтожности акта (ст. 166 ГК РФ) [11. С. 121–132]. Однако у тех авторов, которые полагают допустимым использование основного типа иска, может быть своя логика рассуждений: даже если предъявлять требование второго типа в силу презумпции добросовестности, а также необходимости установления действительных обстоятельств дела, доказывать факт фиктивности все равно придется. Так что речь идет лишь о «чистоте формально-цивилистических рядов», а не о сущностных расхождениях.

Кроме того, с позиций правоприменительной практики в тех случаях, когда совершение указанных сделок сводится к определению режима принадлежащих супругам объектов права собственности, сложность доказывания фиктивности таких соглашений, по нашему мнению, обусловлена также и характером производимых ими юридических последствий, их вещно-правовой природой. Так, в частности, если по смыслу п. 1 ст. 170 ГК РФ суть фиктивности заключается в несоответствии содержания и цели определенного акта или отношения к закону, то применительно к обязательственным соглашениям вывод о фиктивности возможно сделать, оценив фактическое поведение субъектов с точки зрения достижения ими тех юридических последствий, на которые соответствующая сделка направлена: выполнена ли фактически работа по договору подряда, уплачены ли реально деньги по договору купли-продажи и т. п.[1] В свою очередь отсутствие разрыва во времени между заключенным договором и возникновением порождаемого им вещного права, свойственное вещно-правовым соглашениям, не порождает необходимости совершения их участниками действий, специально направленных на достижение соответствующего вещно-правового эффекта. Применительно к соглашению о разделе общего имущества супругов и брачному договору, заключенным с целью определения долей в общем имуществе и (или) для закрепления права личной собственности каждого из супругов (одного из них) на конкретные объекты не имеет практического смысла констатация совершения или несовершения каких-либо действий для достижения определенного законом юридического результата сделки, поскольку соответствующее право у супруга (личной собственности, доли в праве собственности) возникает непосредственно из заключенного договора.

До принятия СК РФ 1995 г. охранительные семейно-правовые нормы реагировали на фиктивное усыновление (ст. 111–113 Кодекса о браке и семье РСФСР). При этом само становление и развитие института усыновления осуществлялось в том числе в контексте противодействия его фиктивности. Так, Кодексом законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве 1918 г. усыновление было запрещено во избежание эксплуатации несовершеннолетних под видом даровой рабочей силы (прежде всего в крестьянских хозяйствах). Со временем, по мнению законодателя, этот и подобные ему мотивы утратили остроту — в Кодексе о браке, семье и опеке 1926 г.

[1] Разумеется, и в этом случае фиктивность не очевидна. Не исключается тот факт, что недобросовестное поведение субъекта есть не что иное, как ненадлежащее исполнение им договорной обязанности, которое, соответственно, влечет иные, чем фиктивность, правовые последствия — право другой стороны договора на расторжение последнего (п. 2 ст. 450 ГК РФ).

институт усыновления был восстановлен, однако без нормативной фиксации возможности признания последнего недействительным. Если имелись данные о фиктивном характере рассматриваемого правоотношения, практика шла по пути отмены усыновления [12. С. 291–292]. В Кодексе о браке и семье 1969 г. составы правонарушений в этой области, процедуры и правовые последствия были дифференцированы, а фиктивность была отнесена к основаниям признания усыновления недействительным.

Семейный кодекс РФ, введя судебный порядок установления усыновления (по правилам гл. 29 ГПК РФ), отказался от института недействительности усыновления, так как суд не может участвовать в правонарушении (в отличие от иных государственных органов). Но, разумеется, отменить явление фиктивности законодатель не в силах. Поэтому последнее (как и другие нарушения условий усыновления) должно рассматриваться как основание к отмене судебного решения об установлении усыновления — в порядке гражданского судопроизводства (см. п. 21 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 4 июля 1997 г. № 9 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении усыновления»). Соответственно, по мнению авторов комментариев к СК РФ, это может быть кассационное или надзорное производство[1], поскольку факт фиктивности, как правило, не был и не мог быть известен суду, вынесшему решение, и заявителю (прокурору, органу опеки и попечительства), и мы полагаем, что следует в этих случаях вести речь об исключительном судопроизводстве — пересмотре решения по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 392 ГПК РФ). Разумеется, допустимы и другие формы пересмотра — при наличии к тому гражданско-процессуальных предпосылок.

При этом отсутствие в СК РФ как внутриотраслевой конструкции фиктивности в целом, так и соответствующих положений непосредственно для института усыновления приводит в правоприменительной практике к неверной квалификации судом юридически значимых для дела обстоятельств, к неправильному применению материального и процессуального законодательства при рассмотрении споров в сфере усыновления. Так, судебная коллегия по гражданским делам Московского городского суда, оставляя в силе решение Тушинского районного суда города Москвы в части отказа в удовлетворении встречного иска о признании удочерения (установленного в административном порядке) фиктивным, обосновала свою позицию тем, что доводы истицы об отсутствии отношений между усыновителем и удочеренной, о фактическом проживании последней совместно с биологическими родителями «не могут быть приняты во внимание, поскольку не имеют значение для разрешения поставленного вопроса»[2]. Кроме того, суд пришел к выводу об отсутствии у истицы права на предъявление такого иска, применив нормы ст. 141 и 142 СК РФ, в то время как совершенно очевидно, что фиктивность усыновления и отмена усыновления различаются юридической природой, основаниями и правовыми последствиями.

---

[1] См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А. М. Нечаева. М.: Юрайт, 2009. С. 437.

[2] См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 18 июня 2014 г. по делу № 33–21864 // СПС «КонсультантПлюс».

Как форма противоправного акта фиктивное усыновление в условиях современной социально-экономической ситуации может быть использовано прежде всего для получения права на меры социальной поддержки семей, связанные с усыновлением (федеральный и региональный «материнский капитал», единовременные выплаты, связанные с достижением усыновленным ребенком определенного возраста и др.)[1].

Встречаются на практике и более экзотические вариации фиктивности усыновления с оттенком национального колорита. Так, в частности, Буйнакский районный суд Республики Дагестан, рассматривая иск о признании установленного в административном порядке в 1995 г. усыновления недействительным, установил, что усыновленный собственной бабушкой в возрасте 16 лет истец фактически никогда с ней совместно не проживал, а только навещал. Допрошенная в судебном заседании его родная мать пояснила, что все документы для усыновления она собирала сама, без ведома сына. Посредством оформления усыновления одного из своих детей в отношении собственной матери она хотела облегчить последней боль утраты после смерти ее родного сына, гибель которого она тяжело переживала[2].

Вместе с тем в литературе справедливо отмечается, что в настоящее время «фиктивное усыновление не является сугубо национальным феноменом по отношению к какому-либо государству»[3]. Потребность противодействия этому явлению давно стала международной проблемой, поскольку во многих европейских государствах фиктивное усыновление является латентной формой незаконной миграции, приобретая иногда весьма причудливые, анекдотичные формы. Так, немецкий пенсионер Ю. Хасс, желая отомстить властям за незаконный, по его мнению, приговор и 3-летнее тюремное заключение, усыновил 300 детей из разных стран с целью приобретения ими гражданства ФРГ и намеревается довести этот численный показатель до 1000[4].

Фиктивное взыскание алиментов открывает ту группу фиктивных актов, на которые СК РФ (и прежде действующие кодексы) не реагируют, но судебной и административной практике они известны. Заявление (для выдачи судебного приказа) или исковое заявление о взыскании алиментов подается в суд по сговору обязанного лица и формально управомоченного лица с целью последующего заявления об уменьшении размера алиментов другим лицам. Этими актами инспирируются либо бесспорная потребность в содержании, либо спор о праве на алименты. Последний фиктивен и служит как бы предметом другого

---

[1] См.: Федеральный закон от 26 декабря 2006 г. № 256-ФЗ «О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей» // СЗ РФ. 2007. № 1. 1 янв. (ч. 1). Ст. 19; ст. 77 Закона Ярославской области от 19 декабря 2008 г. № 65-з «Социальный кодекс Ярославской области» // Губернские вести. 2008. 20 дек. № 116 (ред. от 25 декабря 2014 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Решение Буйнакского районного суда Республики Дагестан от 18 апреля 2012 г. по делу № 2–123/2012 // Судебные и нормативные акты РФ. URL: http://sudact.ru/regular/court/EBSxoiUvOS1V.

[3] См.: *Никиташина Н. А.* Фиктивное усыновление как разновидность нелегальных конструкций // Вестник Хакасского государственного университета им. Н. Ф. Катанова. 2012. № 2. С. 119.

[4] См.: *Хавронин А.* Пенсионер из Парагвая намерен усыновить 1000 детей «из мести» // Радио Свобода. 2016. 20 апр. URL: http://www.svoboda.org/content/article/159364.html.

спора со своеобразной процессуальной природой — о признании фиктивным иска (заявления) о взыскании алиментов. Как правило, фиктивное заявление о взыскании алиментов осуществляется в алиментных правоотношениях между родителями и несовершеннолетними детьми. Если процесс исковой, в дело в качестве третьего лица без самостоятельных требований может привлекаться мать ребенка, на которого «фиктивный ответчик» уже выплачивает алименты. В принципе, не исключается и заключение фиктивного соглашения о предоставлении материального содержания члену семьи с аналогичными целями.

Некоторое распространение имеет и фиктивное признание отцовства, например супругом матери внебрачного ребенка — вместо усыновления, процедура которого всегда была сложна[1]; посторонним мужчиной — за материальное вознаграждение со стороны матери ребенка или в связи с его желанием получить определенные льготы (по налогообложению, в предоставлении жилья, при получении права на отсрочку по призыву на действительную военную службу и т. п.). Хотя каждый из приведенных казусов есть правонарушение, первый из них как бы «мотивационно благороден» и в целом отвечает интересам ребенка, которые являются объектом приоритетной семейно-правовой охраны и защиты. Поэтому суд, на наш взгляд, вправе, если прокурор или орган опеки и попечительства решается предъявить иск о признании данного акта и записи об отцовстве недействительными, санировать его в интересах ребенка и семьи в целом, применив по аналогии правила ч. 2 и 3 ст. 20 СК РФ. Остальные же казусы правовой санации не подлежат (если только не произойдет чуда — и фиктивный отец не привяжется к ребенку). Впрочем, разумеется, корректнее предусмотреть непосредственную реакцию семейного закона, а не использовать аналогии «внатяжку».

В жизни встречаются (или могут появиться в качестве «новоделов») и другие фиктивные акты: фиктивная опека (попечительство), ее специальные разновидности — фиктивное приемное родительство, фиктивный патронат и т. д., т. е. данные явления сопровождают (или в принципе могут сопровождать) отношения любого института семейного права. Так, пока не нашла своего подтверждения в правоприменительной практике фиктивная опека, хотя по некоторым данным она существует. Как и в ряде случаев, побудительным мотивом может быть желание воспользоваться социальными льготами: получить пособие на ребенка, оставшегося без попечения родителей, использовать возможность проживания на жилплощади подопечного, приобрести для ребенка право на внеконкурсное зачисление в вуз и т. п. При этом набор обстоятельств фиктивной опеки (ее «объективной» и «субъективной» сторон) весьма индивидуален. Например, поводом к прокурорской проверке реальности опеки при анализе документов соответствующего абитуриента (путем запроса в орган опеки и попечительства) может послужить опекунство ребенка бабушкой при наличии родителей или одного из них, не лишенных родительских прав, когда предъявлено постановление об установлении опеки определенной давности и возникают сомнения в его действии на момент подачи документов в вуз.

Немаловажную роль в противоправной мотивации принять ребенка-сироту на воспитание в семью, как и в случае с усыновлением, может играть и ма-

[1] См., напр.: *Шахматов В. П.* Законодательство о браке и семье. Томск, 1981. С. 124.

териальная составляющая. Появление приемной семьи в качестве возмездной формы опеки и попечительства (ч. 1 ст. 14 Федерального закона «Об опеке и попечительстве») положительно оценивается как определенный стимул для многих лиц, выразивших желание стать приемными родителями, как способ реализации одного из принципов Конвенции ООН о правах ребенка, требующего признания права каждого ребенка на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития.

Вместе с тем в условиях экономической нестабильности существование в федеральном и региональном законодательствах системы разнообразных форм материальной поддержки как самого ребенка-сироты, так и взявшей его на воспитание приемной семьи в виде единовременных и ежемесячных выплат[1], дополнительных льгот и компенсаций[2], а также отсутствие четкого механизма контроля за целевым использованием этих выплат способствует появлению случаев, когда для замещающих родителей предметом основной заботы являются не интересы приемных детей, а решение собственных материальных и жилищных проблем. Особую актуальность этот вопрос приобретает для сельской местности, где уровень доходов населения крайне низок и приемное родительство не только становится основным источником существования семьи, но и привлекает дополнительные рабочие руки в личное подсобное хозяйство.

В этой связи во избежание злоупотреблений со стороны приемных родителей органам опеки и попечительства необходимо в каждом конкретном случае наиболее тщательно подходить к отбору кандидатов в приемные родители, не ограничиваясь формальной проверкой документов, оценивать их заинтересованность через призму заботы о приемных детях, а при выявлении недобросовестности — инициировать вопрос о взыскании использованных не по назначению денежных средств.

Так или иначе, очевидно, что и в теоретическом, и в прикладном аспектах явления фиктивности должны быть систематизированы, оценены и получить реакцию на уровне отраслевого (в нашем случае семейного) закона. Как мы уже подчеркивали ранее (в связи с анализом сущности фиктивного брака), в Общей части СК РФ целесообразно зафиксировать понятие о конструкции фиктивности в семейно-правовой сфере, возможно с дефиницией очевидных для практики ее разновидностей и открытым перечнем. В соответствующих главах Особенной части следовало бы дифференцировать правовые послед-

---

[1] Так, в частности, в соответствии с действующим законодательством наряду с единовременной федеральной денежной выплатой при устройстве ребенка в приемную семью в размере 13 087,61 руб. только основные формы социальной поддержки каждой приемной семьи и воспитываемых в них детей выражаются в единовременной денежной выплате (4268 руб., на второго ребенка 5677 руб., на третьего и последующих 7096 руб.); в ежемесячной выплате на содержание ребенка, дифференцированной в зависимости от возрастной категории (от 7037 до 9250 руб.); в ежемесячной оплате труда приемных родителей в размере от 7200 до 8000 руб., увеличиваемой на 3000 руб. на каждого последующего ребенка. См.: ст. 77 Закона Ярославской области от 19 декабря 2008 г. № 65-з «Социальный кодекс Ярославской области» // Губернские вести. 2008. 20 дек. № 116 (ред. от 25 декабря 2014 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

[2] Так, в законодательстве субъектов РФ могут быть предусмотрены льготы по оплате питания ребенка в детских воспитательных учреждениях, коммунальных услуг, общественного транспорта и др., а также компенсации расходов на приобретение жилья, транспортных средств, безвозмездное предоставление земельных участков и т. п.

ствия фиктивного акта конкретного вида и другие необходимые специальные правила. Юридически безразличное отношение к подобного рода правонарушениям не должно быть устойчивой традицией российского законодателя, хотя история и современное состояние проблемы, к сожалению, пока демонстрирует нам обратное[1]. К сожалению, как мы уже отметили в заглавной статье данного журнала, законодатель не спешит с новациями даже в тех случаях, когда необходимость в них давно назрела не только с точки зрения потребностей собственно юриспруденции, но и в контексте актуальных вызовов общественной практики.

2.11. Судебные мировые соглашения: универсальна ли конструкция?

Мировая сделка как правовое явление известно достаточно давно. В любой правовой системе с хотя бы относительно развитым договором, диспозитивностью, элементами саморегулирования конфликта в том или ином виде оно присутствует. (Более того, за рубежом оно достаточно развито, а в современном российском праве уже присутствует представление о допущении мировой сделки в уголовном праве и процессе[2].)

Данная правовая конструкция, имея цивилистическую природу, существует тем не менее в двух ипостасях — в качестве *мировой досудебной сделки и мирового соглашения* в рамках юрисдикционного, в нашем случае *гражданского процесса*.

Так, Г. Ф. Шершеневич под мировой сделкой понимал договор, в котором контрагенты обязываются к взаимным уступкам ввиду сомнительности принадлежащих им в отношении друг друга прав. Ее цель, продолжал автор, «состоит в том, чтобы ценою обоюдных жертв устранить или предупредить споры, процессы, памятуя, что худой мир лучше доброй ссоры»[3]. Если взаимности уступок нет, подчеркивал Г. Ф. Шершеневич, то нет и мировой сделки, а есть только дарение[4]. Д. И. Мейер рассматривал ее как договор, в силу которого тяжущиеся прекращают существующий между ними спор[5]. Аналогичной точки зрения придерживался и А. Х. Гольмстен[6]. Как видим, данные авторы и некоторые другие цивилисты и процессуалисты XIX — начала XX в. не разграничивали мировую сделку на внесудебную и судебную[7]. Напротив, многие процессуалисты (Е. В. Васьковский. Е. А. Нефедьев, И. Е. Энгельман и др.[8]) такое

---

[1] См.: *Тарусина Н. Н., Сочнева О. И.* О фиктивности в семейно-правовой сфере // Законы России: опыт, анализ, практика. 2015. № 6. С. 78–84.

[2] Подробнее см.: *Головко Л. В.* Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002.

[3] См.: *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. С. 488.

[4] См. там же. С. 490.

[5] См.: *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Ч. 1. С. 269.

[6] См.: *Гольмстен А. Х.* Учебник русского гражданского судопроизводства. СПб., 1907. С. 253.

[7] Хотя, разумеется, «по умолчанию», такое различие подразумевали — это предположение следует из факта очевидного профессионализма указанных авторов.

[8] См.: *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского процесса. М., 1914. С. 457; *Нефедьев Е. А.* Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 336; *Энгельман И. Е.* Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912. С. 449–450.

разграничение проводили: в отличие от внесудебной судебная мировая сделка касается спорного правоотношения, ставшего предметом гражданского процесса; совершается в присутствии суда и под его контролем; имеет особые формы заключения[1].

Современная российская цивилистика использует для этих двух типов двухсторонних актов два термина: мировая сделка в рамках гражданско-правового пространства и смежных с ним (трудового права, семейного права и т. д.) и мировое соглашение в рамках пространства гражданско-процессуального (впрочем, иногда все же увлекаясь и терминологическим единообразием).

Поскольку прямого регулирования данного отношения в ГК РФ нет, на практике в качестве правового базиса приходится опираться на положения ст. 421 ГК РФ о допущении непоименованных договоров. Это, по справедливому мнению М.А. Рожковой, существенно затрудняет ее использование, как бы сдерживает участников гражданского оборота в применении столь важного института защиты права[2]. Напротив, ГПК РФ (и ранее ГПК РСФСР) придерживается традиции опираться на данный институт разрешения спора, который рассматривается как один из «сущностнообразующих» элементов принципа диспозитивности гражданского судопроизводства (в широком смысле)[3].

Отличаются ли природа и сущность мирового соглашения (п. 1 ст. 39 ГПК РФ) и мировой сделки? Некоторые авторы рассматривают их как равнозначные, тождественные[4], с чем, впрочем, большинство процессуалистов, исследующих мировое соглашение, не согласны.

При этом, указывая на специфическую процессуальную форму существования данного явления, они акцентируют внимание либо на материально-правовой, либо на процессуально-правовой «конституции» судебного мирового соглашения.

Так, акцент первого рода делается С.В. Курылевым: данное соглашение представляет собой совокупность двух согласованных материально-правовых, как правило распорядительных актов сторон, — волеизъявление истца на уменьшение исковых требований или на их новацию и волеизъявление ответчика на признание правомерности этих изменений исковых требований[5]. Я.Л. Штутин под судебным мировым соглашением, совершаемым в ходе процесса в силу принципа диспозитивности, понимает гражданско-правовой акт, имеющий целью прекратить действие ранее заключенного сторонами обязательства с заменой новым обязательством или без такой замены[6].

---

[1] См., напр.: *Васьковский Е. В.* Указ. соч. С. 457.

[2] См.: *Рожкова М. А.* Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. М., 2005. С. 42–43.

[3] См., напр.: *Плешанов А. Г.* Диспозитивное начало в сфере гражданской юрисдикции: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 17, 21, 26–27; Курс гражданского процессуального права. Т. 1. М., 1981. С. 161–163 и др.

[4] См., напр.: *Прохоренко В. В.* Правовая природа мирового соглашения // Цивилистические записки. Вып. 2. Екатеринбург, 2002. С. 332.

[5] См.: *Курылев С. В.* Объяснения сторон как доказательство в советском гражданском процессе. М., 1956. С. 157.

[6] См.: *Штутин Я. Л.* Предмет доказывания в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1964. С. 16.

М. А. Гурвич, исходя из того, что указанная конструкция с процессуально-правовой точки зрения есть акт распоряжения процессуальным правом, подчеркивает, что «мировое соглашение, заключенное на суде, состоит не во взаимных волеизъявлениях каждой из сторон, обращенных к другой стороне, а в обращении обеих сторон к суду, одновременных и согласованных по своему содержанию. Таким образом, судебное мировое соглашение существенно отличается по своему составу от мировой сделки (договора) гражданского материального права, которая фактически (хозяйственно) лежит в его основе»[1].

К. И. Комиссаров определяет данную правовую конструкцию как основанное на взаимных уступках соглашение сторон и третьих лиц с самостоятельными требованиями относительно условий прекращения судебного спора о праве гражданском[2].

Р. Е. Гукасян, находясь как бы на другом «полюсе» и полемизируя с М. А. Гурвичем, отмечает: если волеизъявление сторон на заключение мирового соглашения — это не процессуальные действия, а юридические факты гражданского права, то данному процессуальному институту места в гражданском процессуальном праве нет, ибо процессуальные действия обеих сторон в виде обращения к суду, пусть и одновременного и согласованного по содержанию, есть уже не соглашения, а односторонние волеизъявления[3]. Мировое соглашение представляет собою договор о разрешении спора на взаимоприемлемых для сторон условиях, субъектами которого могут быть истец, ответчик и третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора. Оно может быть юридическим фактом материального права, продолжает автор, если стороны своим соглашением изменяют материальное правоотношение, если же они его только подтверждают[4], данные действия выступают только как юридический факт процессуального права[5]. Соответственно, возражая Р. Е. Гукасяну, М. А. Гурвич подчеркивает, что мировое соглашение является «не процессуальным договором, а юридическим составом более сложным, в который входят договор, в смысле сделки гражданского права, и ряд элементов процессуального значения»[6]. Действительно, иное понимание его природы ведет к разрушению классического представления о том, что гражданские процессуальные правоот-

---

[1] См.: *Гурвич М. А.* Гражданские процессуальные правоотношения и процессуальные действия // Труды ВЮЗИ. Т. III. М., 1965. С. 105.

[2] См.: *Комиссаров К. И.* Отказ от иска и мировое соглашение // Социалистическая законность. 1967. № 9. С. 46.

[п]одробнее см., напр.: *Рожкова М. А.* Мировая сделка: использование в коммерческом обороте. С. 13 и далее.

[3] См.: *Гукасян Р. Е.* Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. М., 2009. С. 125.

[4] Не есть ли «голое» подтверждение факта материального правоотношения без взаимных уступок своеобразное единство двух распорядительных действий — признания иска и отказа от иска? Может быть, этой конструкции следует придать другое наименование, например «примирение» как особая разновидность примирительных процедур?

[5] См.: *Гукасян Р. Е.* Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений // Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969. С. 142–143.

[6] Советский гражданский процесс / под ред. М. А. Гурвича. М., 1975. С. 125.

ношения (как властеотношения) складываются только с обязательным участием суда, между сторонами они не возникают[1].

Впрочем, Р. Е. Гукасян, с одной стороны, не настаивает на возможности заключения договора с судом — именно потому, что это не отношения между равными субъектами. Однако с другой стороны, он полагает, что в ряде случаев «договоры в гражданском процессуальном праве выступают юридическими фактами процессуального значения: кроме мировых соглашений речь идет о договорах о передаче дела на рассмотрение третейского суда, изменении территориальной подсудности дела[2].

По этому поводу можно, пожалуй, высказать два возражения. Во-первых, указанные отношения имеют не гражданско-процессуальную, а иную организационную природу. Во-вторых, как бы возражение от противного: например, по делу о расторжении брака судебное решение является одним из юридических фактов прекращения материального (брачного) правоотношения; это обстоятельство не придает судебному акту материально-правовой природы. «Породистость» его остается процессуальной. Так же обстоит дело и с мировыми соглашениями: будучи юридическими фактами для процесса, они не становятся от этого гражданско-процессуальными правоотношениями[3].

Мировая (досудебная) сделка, согласно обобщению, сделанному М. А. Рожковой, характеризуется следующим: 1) будучи двухсторонней (многосторонней), она совершается лицами, уже связанными гражданским правоотношением; 2) ее мотивом является неясность, неопределенность или спорность в правоотношении, социальной целью — прекращение (предотвращение) спора, а правовой — защита субъективного гражданского права; 3) определяющий признак мировой сделки состоит не во взаимности уступок, а в ее возмездности, имеющей особую (компромиссную) природу[4] — на основе эквивалентности[5], выраженной в уплате денег, предоставлении имущества, отказе в осуществлении права или подтверждении его, выполнении работы или оказании услуги, отказе от действий или совершении оных и т. д.[6]

---

[1] С точки зрения одной из концепций, стороны могут участвовать, например, в некоем организационно-охранительном правоотношении. См., напр.: *Бутнев В. В.* Понятие предмета процессуальной деятельности в суде и арбитраже // Предмет процессуальной деятельности в суде и арбитраже. Ярославль, 1985. С. 6–10; *Бутнев В. В., Тарусина Н. Н.* Очерки по теории гражданского процесса. С. 92–105.

[2] См.: *Гукасян Р. Е.* Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. С. 123–124.

[3] Впрочем, в гражданско-процессуальной науке высказана, как известно, точка зрения о допустимости гражданско-процессуальных (а не «иных организационных») правоотношений между участниками процесса. (См., напр.: *Жеруалис И.* Сущность советского гражданского процесса. Вильнюс, 1969. С. 62–64.) Следует заметить, что мы не являемся категорическими противниками такого допущения: в каждой отрасли права не исключены правоотношения нетипичного толка.

[4] Каждая из сторон, защищая свое «благо», соглашается что-то уступить, или стороны предоставляют нечто друг другу.

[5] Под эквивалентностью, пишет М. А. Рожкова, понимается мерило взаимных предоставлений сторон с позиции разумности и добросовестности. См.: *Рожкова М. А.* Указ. соч. С. 62.

[6] См.: *Рожкова М. А.* Указ. соч. С. 43–70.

Ф. О. Богатырев, опираясь на классические исследования данного вопроса, делает достаточно обоснованный вывод о допустимости обязательства с сугубо неимущественным интересом. Опираясь на тезис о бесконечном разнообразии совершаемых человеком действий, автор полагает, что такое разнообразие вполне может охватывать и действия неимущественного характера[1], а, значит, возможны мировые сделки в личных правоотношениях[2].

Мировое судебное соглашение независимо от акцента на его материально-правовую природу или процессуальную форму существования, имеет, естественно, специфические характеристики. Так, Т. М. Яблочков отмечал: «Мировая сделка по существу своему не есть "процессуальное действие", а есть действие в процессе». Состоявшаяся в присутствии суда, продолжал автор, она равносильна res judicata (судебному решению, вошедшему в законную силу), и все последующие решения беспредметны, ибо нет спора о праве гражданском»[3].

Е. А. Нефедьев, сопоставляя судебную сделку в статусе судебного акта с классическим судебным решением, подчеркивал: 1) суд связан исковыми требованиями — стороны же могут воспользоваться иными способами удовлетворения своих интересов (если они, разумеется, существуют); 2) в ходе процесса каждая из сторон рискует его проиграть — при заключении мировой сделки риск распределяется соразмерно тому, насколько для истца было рискованно обратиться в суд, а ответчику строить защиту; 3) суд не обладает реальной возможностью установить материальную истину, так как исследует обстоятельства дела через «посредников», истца и ответчика, которые как раз подоплеку дела знают, «истиной» владеют[4]. В другой своей работе Е. А. Нефедьев подчеркивал, что «мировая сделка есть договор, заключая который стороны заменяют прежнее неясное отношение другим — ясным, несомненными. ... Неясность, спорность правоотношения может быть последствием спорности существования права или объема его, или возможности его осуществления (между прочим, возможности получения удовлетворения)». Мировая сделка, продолжал автор, имеет место тогда, когда опасение проиграть дело существует для обеих сторон; если «для одной стороны право является бесспорным, то мировая сделка для нее является sine causa»; средством придти к миру являются взаимные уступки; «этим путем каждая сторона получает менее того, на что она могла бы рассчитывать при решении дела в ее пользу, но зато получает это меньшее — наверное»[5].

Закон не только допускает мировые сделки в гражданском процессе, отмечал К. И. Малышев, но и поощряет судей склонять тяжущиеся стороны

---

[1] См.: *Богатырев Ф. О.* К вопросу о существовании обязательств с нематериальным интересом // Журнал российского права. 2004. № 1. С. 88–100.

[2] См. также: *Рясенцев В. А.* Мировые сделки (соглашения) // Социалистическая законность. 1984. № 12. С. 27.

[3] См.: *Яблочков Т. М.* Нормативная сила судебного решения // Вестник гражданского права. 1916. № 1. С. 47–48.

[4] Более подробное изложение взглядов Е. А. Нефедьева по данному вопросу см. в работе «Склонение сторон к миру в гражданском процессе» (Казань, 1890. С. 18–22). См. также: *Рожкова М. А.* Указ. соч. С. 68–69.

[5] См.: *Нефедьев Е. А.* Учебник русского гражданского судопроизводства. М., 1909. С. 335–336.

к примирению, избегая, однако, при этом всякого принуждения, не навязывая условий такого примирения, ибо иначе склонение сторон к миру может стать орудием в руках судьи, тайно покровительствующего ответчику[1].

Р. Е. Гукасян акцентирует внимание на определенных преимуществах мировых соглашений перед судебными решениями: во-первых, они дают суду больше возможностей для оказания воспитательного воздействия на участников спора, судебное решение содержит элементы государственного принуждения, соглашение же строится на основе понимания сторонами необходимости именно такого способа снятия их конфликта; во-вторых, судебные споры в ряде случаев (если не во многих) вызываются незнанием законодательства — соответствующие разъяснения суда могут служить основанием для завершения дела миром; в-третьих, мировые соглашения очень часто становятся первым шагом к примирению сторон, в то время как судебное решение нередко увеличивают пропасть между ними[2]; разумеется, такое предпочтение базируется на законности соглашения, проверенной судом[3]. Его процессуально-правовое значение состоит в выполнении функции акта разрешения спора о праве гражданском. В совокупности с определением суда оно служит одним из оснований прекращения производства по делу. При этом, утверждает Р. Е. Гукасян, мировое соглашение выступает «правовой формой фактического примирения сторон» — наряду с отказом от иска и признанием иска[4]. На наш взгляд, это излишне обобщенное утверждение: оба последующих случая распоряжения правом отнюдь не всегда свидетельствуют и мотивационно, и сущностно о мирном разрешении правового конфликта (спора).

* * *

С точки зрения диспозитивного начала важно не только определиться с пониманием природы и сущности мирового соглашения, но и решить вопросы о круге дел, по которым оно возможно, круге его субъектов, стадиях, на которых допускается заключение мирового соглашения, критериях проверки его законности, правовых последствиях и роли суда в достижении сторонами такого «мира»[5]. Следует также уточнить, что в соответствии с правилом п. 5 ч. 1 ст. 150

---

[1] См.: *Малышев К. И.* Гражданское судопроизводство. СПб., 1883. С. 416–420. Подробнее о позиции К. И. Малышева см.: *Плешанов А. Г.* Указ. соч. С. 208–209.

[2] В другой своей работе автор подчеркивает: «Это свойство мирового соглашения особенно важно при разрешении споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений» (*Гукасян Р. Е.* Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений. С. 143).

[3] См.: *Гукасян Р. Е.* Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. С. 118–120.

[4] См.: *Гукасян Р. Е.* Указ. соч. С. 124–125. В этой связи в контексте мировой юстиции И. К. Пискарев, опираясь на позицию Н. А. Чечиной о новом «прочтении» института мировых судей (а не возрождении старого), подчеркивает их особенную примирительную (посредническую) функцию — разумеется, по тем делам, где существо конфликта допускает взаимные уступки. (Подробнее см.: *Пискарев И. К.* Примирение сторон правового конфликта как функция мирового судьи по делам искового производства // Проблемы иска и исковой формы защиты нарушенных прав. Материалы всероссийской конференции. Краснодар, 2006. С. 231.

[5] См.: *Плешанов А. Г.* Указ. соч. С. 213.

ГПК РФ мировое соглашение может явиться результатом проведения процедуры медиации, которая, впрочем, пока популярностью не пользуется[1].

Остановимся на тех вопросах, ответы на которые имеют очевидную семейно-правовую специфику.

Так, из договорной природы мирового соглашения вытекают два важных вывода: 1) данным способом разрешаются только те конфликты, которые могут быть урегулированы сторонами и *без помощи суда*; 2) дела, отнесенные к специальной судебной компетенции, исключают возможность мирового соглашения; устанавливая *императивную* судебную *подведомственность,* законодатель выводит их за скобки сферы договорного регулирования[2].

Применительно к семейным делам возможности рассматриваемого института существенно ограничены (они, впрочем, имеют определенные ограничения и в цивилистике в целом, особенно в сфере трудового права).

Это обусловлено, во-первых, доминантой *лично-правового* начала в семейных правоотношениях, во-вторых, активным и обоснованным внедрением в методологию и технологию их построения *публично-правовых* элементов, обеспечивающих, как мы неоднократно отмечали, государственный и общественный интересы в стабильности брака и семьи, особой защите детства и родительства, семьи в целом.

Следовательно, под исключительный судебный контроль взяты дела о применении мер семейно-правовой ответственности и иных мер защиты в институтах брака и родительства: признание брака или брачного договора недействительным, ограничение или лишение родительских прав, восстановление в родительских правах, отмена усыновления, приемного родительства по виновным основаниям, передача ребенка другому родителю, если первый в противоречии с интересами ребенка препятствует в реализации права на воспитание, возврат детей родителям от лиц, удерживающих их не на основании закона.

Традиционно особо следует упомянуть дела о расторжении брака, где примирение сторон возможно и даже желательно, но которое не является мировым соглашением[3], ибо для последнего нет правовой базы[4]. Соответственно, суд не проверяет законность данного решения сторон. При этом их поощрение к примирению усиливается диспозитивным правилом о «примирительном» сроке — отложении с этой целью дела слушанием на срок до 3 месяцев (п. 2 ст. 22 СК РФ).

---

[1] Подробнее см., напр.: *Федина А. С.* К вопросу о мировом соглашении в брачно-семейных спорах // Семейное право и законодательство: политические и социальные ориентиры совершенствования. Тверь: Тверской государственный университет, 2015. С. 292–293.

[2] См.: *Гукасян Р. Е.* Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений. С. 143–144.

[3] См.: *Гукасян Р. Е.* Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений. С. 146–147; *Тарусина Н. Н.* Защита семейных прав. Ярославль, 1985. С. 46; *Фархтдинов Я. Ф.* Судебное рассмотрение дел о расторжении брака. Казань, 1978. С. 79.

[4] При известной доле фантазии ее можно было бы «диверсифицировать»: конкретизировать нормы ст. 31 СК РФ о правах и обязанностях супругов в браке, перейти от декларативности их статуса к перечислению элементов супружеского взаимодействия (тогда и могут появиться версии: «...приходим к соглашению о продолжении супружеской жизни, при этом муж обязуется... жена, в свою очередь, обязуется...»).

Следует также заметить, что ранее процессуалисты (П. Ф. Елисейкин и др.) и практики полагали совершенно недопустимым использовать институт мирового соглашения в гражданском процессе по семейным делам лично-правового характера (споре о неимущественном семейном праве)[1]. В качестве примеров приводились дела по спорам об установлении отцовства и передаче ребенка — исключения очевидные и для сегодняшнего дня.

Р. Е. Гукасян также считал правомерным решать мировым соглашением лишь споры о семейном имущественном праве — разделе имущества супругов, алиментировании. Причем применительно к делам о взыскании алиментов на несовершеннолетних детей последнее, по мнению автора, должно было ограничиваться фактом подтверждения существующего алиментного обязательства без изменения его содержания, так как размер алиментной суммы определялся семейным законом; по другим же алиментным делам возможна не только констатация факта, но и конкретизация содержания правоотношения, например, определение размера материальной помощи в твердой денежной сумме[2].

Впрочем, по поводу квалификации соглашения выплачивать алименты на ребенка как мирового соглашения мы высказывали сомнения (а сейчас — уверенность в невозможности такой квалификации), так как действовавший в ту пору семейный закон хотя и допускал — даже поощрял — добровольный порядок исполнения обязанности по материальному содержанию ребенка (п. 1 ст. 89 Кодекса о браке и семье РСФСР), норма п. 1 ст. 68 кодекса была императивной, следовательно, основа для юридически значимого договора отсутствовала[3], взаимных уступок и значимой «усмотренческой» конкретизации быть не могло.

Действующий семейный закон существенно укрепил технологии диспозитивного регулирования и, следовательно, расширил сферу применения мировых соглашений.

В имущественном аспекте это прежде всего брачный договор и, соответственно, споры, из него вытекающие (кроме признания его в целом или частично недействительным, что, как мы уже отмечали, по природе своей находится за пределами рассматриваемой конструкции). Его другие аспекты могут стать предметом судебного мирового соглашения в рамках общих требований к последнему, а внесудебные договоренности о взаимных уступках сторон для прекращения брачного договора — предметом мировой сделки с квалифицированной (нотариальной) формой[4].

Сюда же относятся и все виды отношений об алиментировании, в том числе несовершеннолетних детей, так как несмотря на обязательное условие о мини-

---

[1] См.: *Елисейкин П. Ф.* Судебные мировые соглашения // Советская юстиция. 1968. № 7. С. 18; пункт 12 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 25 марта 1982 г. № 2 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел об установлении отцовства» // ВВС СССР. 1982. № 3. С. 14.

[2] См.: *Гукасян Р. Е.* Мировые соглашения как способ разрешения споров, возникающих из брачно-семейных правоотношений. С. 144–145.

[3] См.: *Тарусина Н. Н.* Защита семейных прав. С. 45–46.

[4] Можно предположить и иное: поскольку брачный договор есть соглашение об имущественном супружеском режиме, всякое его двустороннее изменение, в том числе прекращение, есть не суверенная мировая сделка, а разновидность брачного договора — тем более что институт мировой сделки не предусмотрен и в семейном праве.

мальном размере (1/4 и т. д. (п. 2 ст. 103 СК РФ)), стороны могут договариваться о способах и порядке уплаты (ст. 104 СК РФ); в судебном процессе мировым соглашением возможно и уменьшение размера с учетом материального и семейного положения истца и ответчика и интересов ребенка-правообладателя[1].

В этом же «мировом цивилистическом пространстве» находятся споры о взыскании имущественного и (или) морального вреда с недобросовестной стороны в недействительном браке, разделе общего супружеского имущества, имущественной составляющей договоров об опеке, приемном родительстве, патронате.

Проникла в это пространство и часть споров лично-правовой природы. Так, вопросы участия отдельно проживающего родителя, близких родственников в воспитании ребенка могут решаться до суда — соответствующими соглашениями[2], в гражданском процесс — в том числе через мировые соглашения, ибо решения эти имеют различные варианты, выбор альтернатив, конкретизация правоотношений принадлежат заинтересованным лицам (под контролем суда).

При этом следует отметить специфику правил ст. 24 СК РФ, которые предписывают суду императивную (место проживания ребенка, его алиментирование) и диспозитивную (раздел имущества супругов) «интеграцию» бракоразводного процесса, однако с соблюдением определенной последовательности способа разрешения проблем: утверждение соглашения, ответ на требование одной из сторон, инициативное решение суда в рамках его процессуальной активности[3]. Указанные соглашения будут иметь характер *мировых* лишь в том случае, когда они явятся способом примирения позиций сторон, а не обычных бесконфликтных договоренностей. Причем по вопросу места проживания ребенка мировое соглашение возможно только в исключительном случае: если родители «уступчиво» договорились о «блуждающем» варианте, т. е. переменном месте жительства[4].

Как мы неоднократно отмечали, данная «интеграция» должна быть усилена включением в нормы ст. 24 СК РФ вопроса о порядке реализации права на воспитание ребенка отдельно проживающим родителям, в том числе о порядке его решения посредством мирового соглашения. В этом случае мировое соглашение будет заключаться как о месте жительства ребенка, так и порядке общения с ним отдельно проживающего родителя.

Следует также заметить, что в принципе не исключается включение в мировое соглашение положений, связанных с заявленными требованиями, но не составлявших предмета судебного разбирательства[5].

---

[1] По крайней мере, расширительное толкование правила п. 2 ст. 81 СК РФ этого не исключает, если рассматривать функцию суда по проверке законности данного акта как частный случай права суда ситуационно конкретизировать величину алиментной обязанности.

[2] Подробнее см. параграф о соглашениях в сфере родительства.

[3] О природе этой активности см., напр.: *Бутнев В. В., Тарусина Н. Н.* Очерки по теории гражданского процесса. С. 225–240.

[4] Хотя такой вариант прямо семейным законом не предусмотрен, однако и не запрещен — как эксклюзив он, в принципе, допустим, если отвечает интересам конкретного ребенка. Разумеется, в этом случае соглашением должен решаться вопрос об алиментировании — иное просто невозможно.

[5] См.: *Федина А. С.* Указ. соч. С. 295.

Если волей законодателя будет расширена возможность возмещения материального и (или) морального вреда (например, в связи с несостоявшейся свадьбой; отменой усыновления, прекращением приемного родительства и т. п. по виновным основаниям), соответственно расширится и сфера применения мировых сделок, но прежде всего — судебных мировых соглашений. К этому же может прийти и развитие института суррогатного материнства. Причем базой «мировых договоренностей» может оказаться не только вопрос об удовлетворении разнообразных имущественных интересов. Если, например, акцент преимущественной охраны лично-правового интереса будет переориентирован с суррогатной матери на генетических родителей-заказчиков (условие о безусловной передаче им ребенка)[1], не исключается создание основы о договоренностях последних и суррогатной матери в вопросе ее общения — пусть и ограниченного — с выношенным ею ребенком.

Как показывает анализ соответствующей судебной практики, случаев отказа судами в утверждении мирового соглашения немного. Основными причинами отказа являются: отсутствие полномочий представителя, противоречие договоренностей закону, их неисполнимость, нарушение условиями последних прав и интересов иных лиц, отказ от мирового соглашения в ходе судебного заседания[2].

Очевидно, что конструкция мирового соглашения находится в русле не только традиционной диспозитивности процедуры разрешения цивилистических, в том числе семейно-правовых конфликтов, но и современного тренда — процедуры медиации. Относясь к последней с настороженностью, мы тем не менее полагаем, что ее не только досудебное, но и «внутрисудебное» использование является для тех или иных категорий семейных дел полезным. Лишь бы дело не свелось к «обязаловке».

[1] Подробно об этом см. параграфы о соглашениях в репродуктивной сфере.

[2] См.: *Федина А. С.* Указ. соч. С. 295.

Глава 3
ТРУДОВОЙ ДОГОВОР: ОТ РАБОЧЕГО ДОГОВОРА ДО ПРАВОВОГО ОПОСРЕДОВАНИЯ ТИПИЧНОЙ ЗАНЯТОСТИ

3.1. Юридическая конструкция трудового договора: прошлое и настоящее

В каждой отрасли права существуют устоявшиеся конструкции, модели, выраженные в нормах права. Теория «юридических конструкций» была обоснована школой конструктивной юриспруденции, представителем которой являлся немецкий юрист Р. Иеринг (1818–1892)[1]. В дореволюционной юридической науке Н. М. Коркунов (1853–1904) по поводу роли юридических конструкций писал: «Если бы изучение права ограничивалось одним толкованием, то не только юристам каждого отдельного государства, но даже каждому новому поколению юристов одной и той же страны приходилось бы начинать дело изучать сызнова, так как законы меняются быстрее людских поколений. Между тем, несмотря на разнообразие и изменчивость права, в нем есть и постоянные, по крайней мере, более устойчивые элементы, не меняющиеся с каждой переменой законодательных определений»[2]. К таковым и относятся юридические конструкции[3].

Юридическая конструкция представляет собой некую идеальную модель, которая должна отражать структурное строение правоотношений, юридических фактов или их элементов, правонарушений[4]. В современной литературе А. Ф. Черданцев выделяет три аспекта понимания юридических конструкций: во-первых, в качестве метода познания права, во-вторых, средства построения нормативного материала, в-третьих, юридические конструкции служат средством толкования и установления значимых фактов в процессе реализации норм права[5]. Будучи выраженными в нормах права, юридические кон-

---

[1] См.: *Иеринг Р.* Юридическая техника. СПб., 1906.

[2] *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1898. С. 348.

[3] Так, В. Нечаев писал: «Юридическая конструкция — обычный метод догматического изучения права, имеющий целью обратить последнее в связанную систему понятий и точных определений». См.: Энциклопедический словарь / Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон. 1890. Т. 31. СПб., 1895 (Ярославль, репринт. изд., 1991). С. 88–89.

[4] См.: *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 131.

[5] См.: *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. С. 150. См. также: *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в юриспруденции. М., 2012. С. 230–236.

струкции становятся нормативными юридическими конструкциями. По этому поводу С. С. Алексеев (1924–2013) отмечал, что «юридические конструкции представляют собой специфическое построение нормативного материала, соответствующее определенному типу или виду сложившихся правоотношений, юридических фактов, их связи между собой»[1]. Наука трудового права использует юридические конструкции как метод догматического изучения права. Она изучает, анализирует юридические конструкции, закрепленные в трудовом законодательстве, выявляет их несовершенные стороны и одновременно обосновывает новые, отвечающие современным реалиям. В тех случаях, когда применяемая в законодательстве юридическая конструкция не имеет необходимого теоретического обоснования, неизбежны ее противоречивые толкования на практике.

В каждой отрасли права используются как общеправовые (состав правонарушения, правосубъектность сторон правоотношения и др.), так и отраслевые конструкции. Во всех отраслях права и отраслевых юридических науках имеются базовые юридические конструкции, определяющие отраслевую самостоятельность этих правовых образований. Для трудового права это трудовой договор. Трудовой договор как базовая отраслевая юридическая конструкция объединяет и связывает воедино все структурные подразделения трудового права (рабочее время и время отдыха, охрану труда, заработную плату и т. д.). Юридическая конструкция трудового договора свидетельствует о ее отраслевом юридическом своеобразии. Она не совпадает по многим признакам с конструкцией гражданско-правового договора. То же самое можно сказать в отношении особой юридической конструкции коллективного договора, совмещающего признаки договора и локального нормативного акта.

Теория трудового договора лежит в основе принятой законодателем конструкции данного договора.

Конец XIX — начало XX в. — период доктринального обоснования юридической конструкции трудового договора. Первая попытка «обнять всю область договоров о труде независимо от лиц, его заключивших, от свойств обещанной работы и от отдельных сложившихся в жизни типов» была предпринята немецким ученым Х. Данквардом в двух журнальных статьях, опубликованных в 1874 и 1875 гг. Примечательно, что на эти статьи обратили внимание многие российские цивилисты[2].

Понятие «трудовой договор» тогда отсутствовало в положительном праве, а фиктивно считалось, что юридическим фундаментом всех договоров о труде являются три основных типа договора, пришедших в несколько измененном виде из римского права: личный наем, подряд и поручение. Сразу оговоримся, что мы вслед за Л. С. Талем готовы признать начало формирования предпосылок обособления трудового договора в праве Древнего Рима, однако говорить можно только и именно о предпосылках, а не о легализации. С такой точкой зрения согласны практически все российские и зарубежные ученые[3]. Это же от-

---

[1] *Алексеев С. С.* Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 275–276.

[2] См.: *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Ч. III. СПб., 1896. С. 394.

[3] См.: *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 14–15; *Франчози Д.* Институциональный курс римского права. М., 2004. С. 344–348 и др.

носится к периоду Средних веков и раннему Новому времени. В этой связи мы не поддерживаем деление трудового права на современное и, условно говоря, несовременное (и, видимо, соответствующих им трудовых договоров), которое осуществляется в некоторых современных исследованиях[1].

Первым о необходимости единого понимания правовой природы труда начал писать профессор Боннского университета В. Эндеманн (1825–1899). В 1896 г. он бросил прямой вызов ученому миру, обратив внимание на ту услугу науке, которую оказал бы тот, кто бы взял на себя исследование сделки о труде во всех его многообразных проявлениях. Первым ответом на призыв В. Эндеманна стал двухтомный труд его соотечественника Ф. Лотмара (Т. 1, 1902; Т. 2, 1908), который был посвящен договорам о труде по гражданскому праву Германской империи. Ф. Лотмар (1850–1922) провозгласил необходимость «единого понимания труда». В. Эндеманн в своей новой работе также выделил общую группу «сделок о труде». Но всесторонне понятие трудового договора обосновал уже Ф. Лотмар. Он насчитал до 18 видов договоров, которые являются разновидностью единого договора о труде, подробно рассмотрел их условия, прежде всего срок, форму, оплату и др. Им было выделено два основных элемента трудового договора: обещание работы и вознаграждение. Отсюда трудовой договор был определен как двусторонний обязательный договор об исполнении одной стороной работы и другой стороной о представлении вознаграждения за оную. Сторонами договора определялись работодатель и «работополучатель» (в русском варианте это работник). Работа определялась как «деятельность человека, способная служить для удовлетворения чужой потребности и по указанию опыта где-либо и когда-либо вознаграждавшаяся». Эта «деятельность» не должна была противоречить нормам морали и права.

Таким образом, одной из главных заслуг Ф. Лотмара является обоснование широкой концепции трудового договора, которой охватываются любые договоры о труде, если иное прямо не предусмотрено правовыми нормами. Иными словами, эти договоры о труде, объединяемые общими признаками, обособлялись в особую группу договоров, природа которых отличалась от классических гражданско-правовых договоров (договоры подряда и поручения). Поэтому он отрицал возможность существования смешанных договоров, в содержание которых наряду с обещанием работы и вознаграждения (условиями трудового договора) входят элементы других договоров (подряда, поручения и т. д.). Кроме того, он разграничивал самостоятельный (прежде всего предпринимательский) и несамостоятельный (на основе трудового договора) труд, что являлось еще одним аргументом в пользу самостоятельности и обособления трудовых договоров от иных гражданско-правовых договоров. Страстный призыв Ф. Лотмара не отделять труд от человеческой личности и необходимости ставить последнюю в основание любых отношений встретил понимание у многих российских юристов[2]. Отметим, что один из первых российских ученых-трудовиков В. М. Догадов считал Ф. Лотмара основателем науки трудового права как особой отрасли юриспруденции[3].

---

[1] См., напр.: *Хохлов Е. Б.* История труда и трудовое право. В 3 т. Т. 1. СПб., 2013.

[2] См.: *Покровский И. А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 246.

[3] См.: *Догадов В. М.* Очерки трудового права. М., 1927. С. 49.

Большинство первых ученых — специалистов по трудовому праву констатировали упрощенную схему отношений по договорам найма труда. По сути, все гражданские кодексы регламентировали обмен труда на заработную плату. Французский юрист П. Бюро в своем исследовании «Рабочий договор и профсоюзный синдикат» (1902 г.) отмечал тенденции к отождествлению рабочего договора и договора купли-продажи, но «это почти полное уподобление продажи труда продаже каменного угля или кипы хлопка не встретит скоро признания со стороны всего просвещенного люда»[1].

Правовое нормирование найма отдельных категорий работников также не разрешало общей проблемы. В этой связи Ф. Лотмар, П. Пик, А. Шустер-Боннет, а в России Л. С. Таль последовательно выступали за законодательное и доктринальное обособление единого договора о труде, который обозначался различными терминами (рабочий, фабричный, трудовой)[2].

Дискуссия о трудовом договоре была отмечена российскими учеными, а вскоре она была и активно подхвачена[3]. Первые теоретические статьи на эту тему были подготовлены уже в 80–90-х гг. XIX в.[4]

Но совершенно особое место среди них занимает научная публикация Р. А. Дистерло (1859–1919)[5]. Во-первых, в ней затронуты практически все основные вопросы теории трудового договора, которые остаются в центре внимания исследователей и в настоящее время. При этом догматический анализ сочетался с исследованием современного автору российского и зарубежного законодательства. Во-вторых, она написана почти современным юридическим языком, просто и ясно. Это выгодно отличает исследования Р. А. Дистерло от работ того времени. В-третьих, некоторые выводы исследователя и в настоящее время не утратили своей актуальности[6].

Это тем более замечательно, что российский ученый рассматривал частный вопрос о найме на сельскохозяйственные работы по закону и по обычному пра-

---

[1] Цит. по: *Луи П.* Рабочий и государство. Сравнительная история рабочего законодательства в странах Старого и Нового Света. М., 1907. С. 70.

[2] См.: *Таль Л. С.* Новый австрийский закон о найме торговых и других служащих // Право. 1910. № 16. С. 996–1006.

[3] См.: *Кулишер И. М.* Рабочий договор // Вестник права. 1899. № 9. С. 119–140; *Колычев А.* Нарушение договорных отношений рабочими золотых приисков Томской горной области // Право. 1903. № 34. С. 1992–1997; *Канель В. Я.* Рабочий договор. Ч. 1. М., 1907; *Войтинский И. С.* Новое учение в гражданском законодательстве о найме труда // Вопросы обществоведения. 1908. Т. 1. С. 5–71; *Войтинский И. С.* Стачки и рабочий договор по российскому праву. СПб., 1911; *Таль Л. С.* Договор о труде как родовое понятие // Право. 1908. № 26. С. 1486–1495; *Гордон В. М.* К учению о трудовых договорах (Литературное обозрение). СПб., 1914; *Догадов В. М.* Новые учения в вопросе о трудовом договоре // Право. 1915. № 5. С. 281–289; № 7. С. 436–443 и др.

[4] См.: *Абрамов Я. В.* Личный наем и служба. СПб., 1899; *Лишин К. А.* Несколько заметок о современной постановке вопроса личного найма сельских рабочих в России и желательных изменениях в нем. СПб., 1884; *Яроцкий В. Г.* Правила фабричного найма рабочих и надзор за отношениями хозяев и рабочих // Журнал гражданского и уголовного права. 1890. № 1. С. 1–50 и др.

[5] См.: *Дистерло Р. А.* О найме на сельскохозяйственные работы по закону и обычному праву России // Журнал гражданского и уголовного права. 1886. № 3. С. 45–74; № 4. С. 1–50; № 5. С. 1–75; № 6. С. 111–143 .

[6] См.: *Лушников А. М.* У истоков учения о трудовом договоре // Современные тенденции в развитии трудового права и права социального обеспечения. М., 2007. С. 317–324.

ву России. Но этот случай он считал частным проявлением найма труда, в связи с чем поставил перед собой две задачи: построить юридическую систему отношений, обнимающих все случаи по найму труда, и системно изложить юридические моменты в найме труда по действующему в России законодательству. Поразительно и то, что к 1886 г., когда была написана эта работа, специальные исследования по теме ограничивались уже упомянутыми статьями Х. Данквардта и фрагментарными суждениями ряда цивилистов, в том числе К.Д. Кавелина, К.П. Победоносцева, П.А. Маркова и др.

Л.С. Таль в этот год только поступал на юридический факультет Московского университета, а Ф. Лотмар лишь начинали свою академическую карьеру. В этой связи не будет преувеличением назвать Р.А. Дистерло одним из пионеров исследований проблем трудового договора.

Вернемся к выводам российского ученого, не утратившим своего значения.

По своей природе труд неотделим от человека, его связь с человеческой личностью создает для него особое юридическое положение. Отсюда вытекает необходимость определения пределов власти над человеком. Эти пределы могут быть двух видов: частные, определяемые соглашением сторон, и публичные, определяемые государственной властью. При этом соглашения сторон не могут нарушать публичного веления[1]. Главное отличие найма услуг от вещного найма — в предмете договора. По договору найма услуг в его качестве выступает процесс труда, живой труд, а при вещном найме — пользование вещью. По этому же критерию отличается личный наем от договоров подряда и заказа, предметами которых является желаемый результат труда, т. е. чаще всего та же вещь. Труд же вещью не является.

Р.А. Дистерло подчеркивал классическое, установившееся еще со времен Древнего Рима, различие договоров по найму работ и услуг между locatio conductio operarum и locatio conductio operis. Степень подчиненности работников в договорах первого вида была существенно больше. Отсюда была выведена следующая схема договора найма: 1) наем имущества; 2) наем труда. Последний распадается на: а) срочный наем труда, или так называемый личный наем; б) наем на определенное предприятие, который делится на подряд и урочную работу или заказ. При этом договоры о труде могут содержать смешанные условия вышеназванных договоров[2].

Договоры найма труда (договоры о труде) всегда являются договорами обоюдными и возмездными, где обязательными элементами выступают обязанность работника (слуги) предоставить труд и встречная обязанность работодателя (хозяина) оплатить этот труд в заранее установленном размере. В связи с этим Р.А. Дистерло не согласился с Х. Данквардтом, относившим договор подряда к торговым поставкам. Все договоры личного найма через общий предмет договора создают отношения общего типа (фабричный труд, труд домашней прислуги, труд врача и др.). Следовательно, это юридически однородные договоры о труде, что не исключает их дифференциации и особенностей правового регулирования согласно Уставу фабричному, Правилам

[1] См.: Журнал гражданского и уголовного права. 1886. Кн. 3. С. 45–49; Кн. 5. С. 29–30, 38, 70 и др.

[2] См.: Там же. С. 48; Кн. 4. С. 1–5; Кн. 6. С. 112.

о найме бурлаков, Временным правилам для найма сельскохозяйственных рабочих и др.[1]

Была предложена следующая структура предположений юридического отношения, основанного на трудовом договоре, т. е., по сути, структура трудового правоотношения[2]:

а) субъекты (стороны) — рабочий (нанимающийся) и хозяин (наниматель). Данные субъекты должны иметь личную способность к вступлению в договор найма, иными словами, обладать правоспособностью и дееспособностью;

б) юридический факт, устанавливающий связь между лицом и правоотношением. Таким является договор личного найма. Условия действительности договора относятся к способу соглашения, его цели; его предмету, т. е. к самим условиям, на которые стороны соглашаются, к форме, в которой соглашение выражается. Одним из условий действительности сделки признается дееспособность вступивших в нее лиц. Здесь можно усмотреть все четыре условия действительности (непорочности) сделки: по субъектам, форме, содержанию, воле;

в) содержание правоотношения, которое составляют права хозяина и обязанности работника, которым корреспондируют обязанности хозяина и права работника;

г) юридическая судьба правоотношения, т. е. его возникновение, изменение и прекращение.

Было выделено два вида работодателей: юридические и физические лица. Первые могли вступать в отношения найма в силу своего статуса. На дееспособность физических лиц-нанимателей влияют две группы свойств: естественные и социальные. Первые связаны с полом, возрастом, здоровьем (психическим состоянием), вторые — с подданством, сословной принадлежностью, местом жительства, семейным положением.

Дееспособность рабочего связана с теми же свойствами, что и нанимателя — физического лица. При этом особо подчеркивалось, что в силу личного характера данного договора в нем в принципе не допускается перемена лиц, вследствие чего наниматель не может передать договор другому лицу, а работник обязан лично исполнять принятые обязательства.

Говоря об условиях действительности договора личного найма, Р. А. Дистерло подчеркивал следующее. Во-первых, по способу соглашения договор личного найма может быть только свободным соглашением сторон. Во-вторых, целью договора является представление результата исполненного договора, которое побудило лицо к вступлению в него, т. е. предоставление труда за определенное вознаграждение. В-третьих, предметом договора выступает круг работ, подлежащих исполнению, и плата за него. Отсутствие условий о размере оплаты не делает договор ничтожным. В этом случае данное условие замещает обычно принятый в данной местности размер оплаты за данный вид работ. В-четвертых, форма договора по действующему законодательству могла быть как устной, так и письменной. Последнюю могла заменить рабочая книжка, если в ней прописывались условия договора, подписанные сторонами[3].

---

[1] См.: Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 3. С. 49–55, 66–68.

[2] См.: Там же. Кн. 4. С. 1–4, 8 и др.

[3] См.: Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 5. С. 1–17.

По мнению Р.А. Дистерло, срок договора мог определяться трояко: конкретной датой, завершением выполнения определенного объема работы, наступлением определенного события. Начало работы определялось самими сторонами. Но если этот срок не был указан, то это мог быть момент заключения договора. Эти положения он выводил не только посредством теоретического толкования и анализа действующего законодательства, но и из норм мусульманского и обычного права.

Основные обязанности работника он определял как три группы: 1) явиться к назначенному сроку на работу; 2) прослужить у хозяина все установленное время; 3) непрерывно работать в течение определенного времени в пользу хозяина. При этом констатировалось, что ответственность за их неисполнение носит гражданско-правовой характер, но предпочтительнее, чтобы она сводилась только к расторжению трудового договора и возвращению взятых вперед денег. Денежные взыскания рекомендовалось осуществлять из заработка работника, хотя законодательство допускало даже арест и телесные наказания. Специально подчеркивался принцип ответственности работника только за виновные действия, тогда как невиновные нарушения (по болезни) могут вести только к возврату полученного, но не отработанного жалованья. При этом за вред, причиненный работником при исполнении приказаний хозяина, отвечает сам хозяин[1].

В качестве основных обязанностей работодателя выделялись: 1) принятие хозяином явившегося на работу; 2) доставление работнику работы и додержание его в течение всего срока найма; 3) вознаграждение работника условленной платой; 4) иные обязанности по отношению к лицу и имуществу рабочего (в том числе не нарушать права этого лица)[2].

В.Г. Яроцкий (1855–1917) само понятие фабричного законодательства конструировал исходя из его договорной природы. Он определял его как «совокупность законодательных норм, регулирующих условия найма и работы»[3]. Этот российский ученый одним из первых поставил вопрос о наличии господства над личностью в договорных отношениях, опосредующих несамостоятельный труд. Это, по его мнению, требовало вмешательства государства в сторону более четкой регламентации широкого круга вопросов, начиная от периодичности выплаты заработной платы, продолжительности рабочего дня, определения специфики труда женщин и детей и др.[4]

В предшествующих исследованиях нами уже анализировались позиции российских цивилистов относительно правовой природы договора найма труда[5].

Здесь же отметим, что К.П. Победоносцев (1827–1907) предмет договора личного найма определил как «личный труд, личные работы и услуги: они

---

[1] См.: Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 5. С. 45–65; 70–75.

[2] См.: Там же. Кн. 6. С. 111–116, 130 и др.

[3] См.: *Яроцкий В.Г.* Экономическая ответственность предпринимателей. Ч. 1 (общая). Ответственность предпринимателей как основание законодательного регулирования отношений рабочих и хозяев. СПб., 1887. С. 330.

[4] См.: *Яроцкий В.Г.* Правила фабричного найма рабочих и надзор за отношениями хозяев и рабочих. С. 12–16, 26 и др.

[5] См.: *Лушников А.М.* Становление и развитие науки трудового права и права социального обеспечения в России (вторая половина XIX — XX в.). Ярославль, 2001. С. 102–113.

составляют (вместе со знанием и искусством) имущество рабочего человека, которое отдается в наем, в пользование нанимателя»[1]. Разновидностью личного найма являлся наем для определенных работ. В целом он рассматривал проблему в рамках действующих на тот момент нормативных правовых актов (ст. 86–156 Устава о промышленности 1893 г., ст. 1352–1359 Уложения о наказаниях и др.). Сторонами такого договора найма выступали хозяин и слуга (рабочий). Здесь уже проводится различие между личным наймом под надзором хозяина (прообраз трудового договора) и личным наймом без подчинения (для приобретения изделий, производимых трудом, т. е. договор подряда). К. П. Победоносцев отмечал: «Нельзя закупить личный труд человека, можно только нанять его»[2].

Другой отечественный цивилист, И. В. Гессен (1865–1943), особо отмечал личную зависимость в договоре личного найма одной стороны (работника) и неравноправие сторон, что должно было быть учтено законодателем. Он полагал обязательным правовое закрепление срочности договора о личном найме. По сути, И. В. Гессен высказал мысль о необходимости особого регулирования договора личного найма в рамках гражданского права[3].

Первоначально как на Западе, так и в России ученые-цивилисты традиционно рассматривали труд как один из объектов гражданских правоотношений, практически не выделяя или только констатируя его специфику. В Германии к этой группе можно было причислить Г. Ф. Пухту (1798–1846) и Б. Виндшейда (1817–1892), чьи труды были хорошо известны в России[4]. Но первый из них упоминал категорию «прав на чужую личность», противопоставляя им права на чужие действия и на собственную личность. Личность при этом не могла быть приравнена к вещи и поглощена. Оба немецких ученых подчеркивали связь «права над личностью» с лежащими на их обладателе обязанностями и тем самым квалифицировали их, в сущности, как правоотношения[5]. Уже здесь есть внутренне противоречивые положения, не позволяющие свести труд только к положению товара, отождествив пользование им с пользованием личностью работника. Отметим, что эти немецкие ученые были специалистами по римскому праву, что не могло не сказаться на их взглядах на правовое регулирование труда.

Подчеркнем отсутствие регламентации договора личного найма в российском положительном законодательстве XIX в. В этой связи именно российские цивилисты исходя из практических нужд дали его первую дефиницию. Так, в решении Гражданского департамента Правительствующего Сената в 1875 г. указывалось: «Договор личного найма есть соглашение о принятии на себя на-

---

[1] *Победоносцев К. П.* Курс гражданского права. Ч. 3. Договоры и обязательства. СПб., 1896. С. 393.

[2] Там же. С. 395.

[3] См.: *Гессен И. В.* Личный наем по проекту гражданского уложения // Право. 1900. № 9. С. 461–471.

[4] См.: *Пухта Г. Ф.* Курс римского гражданского права. Т. 1. М., 1874; *Виндшейд Б.* Учебник пандектного права. Т. 1. СПб., 1874; *Виндшейд Б.* Об обязательствах по римскому праву. СПб., 1875.

[5] См.: *Таль Л. С.* Проблема власти над человеком в гражданском праве. Б.м., Б.г. С. 8–9 (оттиск: Юридический вестник. 1913. Т. 3. С. 103–140).

нявшимся исполнения в пользу нанимателя личных работ, услужения, должностей и вообще личного труда физического или умственного»[1]. При этом четкого разграничения между собственно личным наймом и принятием заказа ремесленником, который тяготел к договору подряда, первоначально не проводилось. Между тем сенатор В.Л. Исаченко, а вслед за ним и многие другие цивилисты в число квалифицирующих признаков договора личного найма включали личное исполнение работы и подчинение воли нанявшегося воле нанимателя.

Вероятно, самым известным сторонником традиционных подходов благодаря его научной полемике с Л.С. Талем можно считать А.М. Гуляева (1863–1923). Позиция этого цивилиста была наиболее определенной, хотя со временем и менялась. Сначала он твердо придерживался мнения о необходимости руководствоваться римским правом, выработавшим конструкцию договора найма труда. А.М. Гуляев считал эту конструкцию образцом для современного права, хотя и с определенной корректировкой[2].

Это был даже шаг назад, так как в римском праве четко не разграничивался имущественный и личный наем, тогда как в российском гражданском праве договор личного найма наряду с договорами подряда, хранения и поручения регламентировались отдельным разделом «Личные обязательства» Свода гражданских законов. По мнению Л.С. Таля, после выхода книги Ф. Лотмара «Договор о труде по гражданскому праву Германской империи» (1908 г.) становится очевидным, что «договоры о труде составляют особую группу, резко отличающуюся от всех остальных имущественных сделок. Едва ли после книги Ф. Лотмара будет повторяться сближение личного найма с имущественным (позиция А.М. Гуляева) или с товариществом и подрядом с поставкою или изображение договора о труде в виде конгломерата других договоров»[3].

Как видим, наш известный соотечественник в этой части дал не совсем верный прогноз и до сих пор есть желающие стать последователями традиционалистов. Впрочем, позиция А.М. Гуляева впоследствии несколько трансформировалась, и он отмечал: «Когда объектом возмездного пользования являются услуги как таковые безотносительно к конечному их результату, то такой договор носит название личного найма»[4]. При этом он ссылается и на свою уже упомянутую работу 1893 г. и на исследования Л.С. Таля, который утверждал совершенно иное: «Правовой формой для такого приспособления рабочей силы одного человека к задачам другого и служит трудовой договор»[5]. Последний здесь понимается уже не как разновидность личного найма, а как отдельный вид договора. Таким образом, А.М. Гуляев признает сложность и дискуссионность проблемы: «Действующий закон не дает нам определения договора личного найма, ни общих положений, а имеет в виду конкретные формы это-

---

[1] См.: *Исаченко В.Л.* Свод кассационных положений по вопросам гражданского материального права за 1866–1910 гг. СПб., 1911. С. 471.

[2] См.: *Гуляев А.М.* Наем услуг. Юрьев, 1893. С. 8 и далее.

[3] *Таль Л.С.* Договор о труде, как родовое понятие // Право. 1908. № 26. С. 1494.

[4] *Гуляев А.М.* Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства, кассационной практики Правительствующего Сената и проекта Гражданского уложения. СПб., 1913. С. 449.

[5] *Таль Л.С.* Трудовой договор. Ч. 1. С. 80–81.

го договора». В качестве его объекта выступают не только услуги и работы, но и должность[1].

Некоторые из западных и российских цивилистов не говорили о необходимости выделения трудового договора и даже не употребляли этого термина, но именно такой вывод можно сделать из их работ. Так, И.А. Покровский (1868–1920) признавал принцип договорной свободы как «верховное начало», но ввел понятие «эластичность договорной свободы», что предполагает принципиальную возможность ее законодательного ограничения. Он был знаком с трудами Ф. Лотмара и других основателей трудового права и высоко о них отзывался, в том числе за гуманизм формируемой отрасли. Он отмечал, что задача права — «найти... средства для защиты экономически слабых», что актуальной задачей договорного права является не только «индивидуализация», но и «солидаризация или социализация»[2].

На Западе в конце XIX — начале XX в. проблема правового регулирования найма труда не была в науке гражданского права доминирующей, но и не находилась на периферии научного интереса. Об этом можно судить по специальному обзору немецкого профессора П. Ортмана, посвященному частному праву и подготовленному для российской печати[3]. Уже в то время были отмечены труды немца Ф. Лотмара и австрийца Э. Штейнбаха. По меньшей мере о сложности, а затем и невозможности регулирования трудовых отношений в рамках гражданско-правового договора личного найма писали французские юристы Л. Брокард, А. Глассен, бельгиец Э. Пикар и др. В 1906 г. на съезде немецких юристов в городе Киле был поставлен вопрос о желательности законодательного нормирования аккордного трудового договора в области промышленности. На это был получен единогласный утвердительный ответ. Но дальнейшее обсуждение было отложено из-за необходимости выяснения сложных вопросов, в том числе о правовой природе тарифного соглашения. Новое французское законодательство о трудовом договоре находилось на обсуждении в палате депутатов, и специальная комиссия высказалась в 1905 г. за общефранцузское единое законодательство о трудовом договоре. Законопроект был подготовлен в 1906 г., но так и не стал законом[4].

Русский цивилист Ю.С. Гамбаров (1850–1926) считал несостоятельными ссылки на «свободу труда» и свободу договорных соглашений как основание невмешательства государства в отношения между работниками и работодателями. Он считал, что эти ссылки не лучше аргументов некоторых феминистов и феминисток, указывающих на равноправие полов по поводу рабочего законодательства и охраны беременных женщин. Такие сторонники формального равенства выступают против льгот беременным женщинам, ссылаясь на то, что это нарушает равенство между полами. Ю.С. Гамбаров резонно утверждал, что в этом случае идея абстрактного равенства ставится выше интересов человеческой расы. Отсю-

---

[1] См.: *Гуляев А.М.* Русское гражданское право. С. 449–450.

[2] См.: *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917. С. 241–246, 256 и др.

[3] См.: *Ортман П.* Направления немецкой литературы частного права с 1896 года // Право. 1900. № 3, 51, 52; 1901. № 1, 4, 26.

[4] См.: *Пашерстник А.Е.* К вопросу о понятии вознаграждения за труд рабочих и служащих // Вопросы трудового права. М.; Л., 1948. Вып. 1. С. 124.

да очевиден вывод о возможности и необходимости ограничения свободы сторон трудового договора во имя соблюдения прав человека и его свобод[1].

Отечественный цивилист В. Б. Эльяшевич (1875–1959) стал первым в российской науке, кто ввел в научный оборот термин «трудовой договор» в его современном значении[2]. Он дал подробный обзор правового регулирования труда на Западе, проанализировал последние научные работы по данной проблеме Ф. Лотмара, Г. Рюмелина, В. Эндеманна и др. Выводы В. Б. Эльяшевича вполне показательны, и некоторые из них даже сейчас не утратили своей актуальности. Во-первых, «личность нанявшегося надо защищать, и одними диспозитивными нормами не обойтись. Надо прибегать к принудительным нормам»[3]. Здесь признание единства частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений очевидно. Во-вторых, «нет вопроса в области гражданского правоведения, на котором отчуждение между теорией и практикой... складывалось бы с такой силой, как на договоре о труде... Трудовой договор становится основой существования все более широких кругов населения, а юристы оперируют критериями, извлеченными из творений римских классиков — учителей права». Действующее законодательство не выходит за рамки найма услуг, что, по его мнению, «убого». Необходимы «единое понятие труда» и его правовая классификация[4]. Таким образом, В. Б. Эльяшевич признавал правовые предпосылки формирования самостоятельной отрасли — трудового права — и выделял особый вид договора — трудовой договор.

Отметим, что практически все представители первой генерации ученых — специалистов по трудовому праву, занимавшихся проблемами трудового договора, были по первой научной специализации цивилистами. Это прежде всего Л. С. Таль, И. С. Войтинский, К. М. Варшавский и др.

Очевидно, что центральной проблемой формирующейся науки трудового права на рубеже XIX и XX вв. стала правовая природа трудового договора (рабочего договора, промышленного рабочего договора). Собственно, с этой проблемы и началась история науки трудового права, пионером которой в России был Л. С. Таль. Отметим, что первоначально он, анализируя французский проект закона о рабочем договоре 1906 г., считал наиболее адекватным переводу с французского термины не «трудовой договор» и не «договор о труде», а именно «рабочий договор»[5].

Проблемы трудового договора стали центральными и в научном творчестве Л. С. Таля[6]. Он в своем учении пошел вслед за Ф. Лотмаром, но взял в каче-

---

[1] См.: *Гамбаров Ю. С.* Свобода и ее гарантии. Популярные социально-юридические очерки. СПб., 1910. С. 25.

[2] См.: *Эльяшевич В. Б.* Новое движение в области договора о труде // Право. 1907. № 3. С. 172–179; № 4. С. 273–278; № 6. С. 425–434.

[3] *Эльяшевич В. Б.* Новое движение в области договора о труде // Право. 1907. № 4. С. 277.

[4] См.: *Эльяшевич В. Б.* Новое движение в области договора о труде // Право. 1907. № 3. С. 172–174.

[5] См.: *Таль Л. С.* Французский проект закона о рабочем договоре // Русская мысль. 1907. Кн. 4. С. 72–98.

[6] См.: *Таль Л. С.* Задачи науки гражданского права в области найма труда // Право. 1913. № 49. С. 2315–2321; *Он же.* Новый опыт законодательной нормировки рабочего договора // Право. 1908. № 33–34; *Он же.* Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ч. 1–2. Ярославль, 1913–1918 (Переиздание 2006 г.); и др.

стве предмета исследования «трудовой договор в узком смысле». Он также выделял договоры о самостоятельном (предпринимательском) труде и договоры о несамостоятельном (служебном) труде. Последний означал трудовой договор как регулятор трудовых отношений «вытекающих из подчинения рабочей силы одного человека целям и власти другого человека». Отсюда логически необходимым элементом такого договора становилось «обещание работы (обещание труда)»[1].

Л. С. Таль первым в отечественной науке выделил четыре основных элемента (признака) трудового договора:

- длительное предоставление рабочей силы, что нельзя отождествлять с предоставлением имущественных благ;
- обещание рабочего приложить рабочую силу к промышленному предприятию работодателя;
- подчинение рабочего внутреннему порядку и хозяйской власти;
- обещание работодателем вознаграждения, которому присущ алиментарный характер[2].

Первый и второй элементы впоследствии в науке советского трудового права получили наименование личностного (личного, трудового), третий — организационного (авторитарного), четвертый — имущественного (материального) признаков.

Это позволило сформулировать определение трудового договора «как всякой сделки (независимо от отрасли хозяйства и социального положения работника), по которой одно лицо обещает другому приложение своей рабочей силы на определенный и неопределенный срок к его предприятию или хозяйству в качестве несамостоятельного работника, подчиняясь в пределах, определяемых договором, законом или обычаем, хозяйской власти работодателя и внутреннему порядку его предприятия или хозяйства»[3].

В дореволюционном российском законодательстве понятие трудового договора отсутствовало. В ст. 42 Устава о промышленном труде 1913 г. определялось, что «наем рабочих в фабрично-заводских, горных и горно-заводских предприятиях... совершается на основании общих постановлений о личном найме с дополнениями и изменениями в нижеследующих статьях». Эти статьи касались специфики заключения и расторжения таких договоров, порядка и сроков выплаты заработной платы, особенностей договорных отношений с определенными категориями работников и др. Легальное закрепление юридическая конструкция трудового договора получила уже в советском трудовом законодательстве.

XX в. — период становления и развития юридической конструкции трудового договора, ее легализации. В первые годы советской власти договорный характер привлечения к труду считался «буржуазным пережитком». Кодекс законов о труде РСФСР 1918 г. адекватно отражал военно-коммунистические реалии и не содержал определения трудового договора. Более того, в нем определялся

---

[1] См.: *Таль Л. С.* Трудовой договор. Ч. 1. С. 25–31.

[2] См.: *Таль Л. С.* Очерки промышленного права. М., 1916. С. 72–75; *Он же.* Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 97.

[3] Там же. Ч. 2. С. 1.

порядок привлечения к трудовой повинности (разд. I) и порядок предоставления труда (разд. III). Вместо трудового договора законодатель устанавливал три формы применения труда: организованное сотрудничество; предоставление индивидуальных личных услуг; выполнение отдельной, определенной работы (ст. 6). При этом трудовые отношения возникали преимущественно на основании организованного сотрудничества. Авторы кодекса крайне небрежно отнеслись к его терминологии. Истоки концепции организованного сотрудничества восходят к трудам экономистов первой половины XIX в. Д. Кэри и Ф. Бастиа, сторонников гармонизации интересов труда и капитала. Они подчеркивали, что договорные отношения между работником и работодателем могут создать «усовершенствованную ассоциацию». Эти идеи впоследствии развивал Г. Эренберг, отчасти австрийские юристы — специалисты по трудовому праву Э. Штейнбах и А. Мешлени, считавшие, что трудовой договор создает «хозяйственную организацию». Последний можно рассматривать с правовой точки зрения как договор товарищества. Л. С. Таль справедливо подверг эту концепцию критике, отметив, что не всякая организация с точки зрения права составляет товарищество. К тому же товарищеский договор направлен на достижение общей цели, чего нельзя сказать о трудовом договоре. Вывод Л. С. Таля был категоричен: «Классификация трудового договора как товарищества совершенно лишена почвы...»[1]. Таким образом, советское законодательство рецептировало из гражданского права термин, означавший договор о совместной деятельности и не имевший по своей юридической природе ничего общего с правовым регулированием трудовых отношений.

Только Кодекс законов о труде РСФСР 1922 г. дал легальное определение трудового договора: «соглашение двух и более лиц, по которому одна сторона (нанимающийся) предоставляет свою рабочую силу другой стороне (нанимателю) за вознаграждение» (ч. 1 ст. 27). Опираясь на это определение, И. С. Войтинский обосновал следующие признаки трудового договора: 1) несамостоятельный характер труда, предоставляемого в распоряжение нанимателя; 2) предоставление рабочей силы, а не выполнение определенной работы; 3) оплата за труд не менее установленного минимума; 4) определенность трудовой функции с обеспечением соответствующих условий труда; 5) условия договора не могут ухудшать положение работника по сравнению с нормами кодекса, коллективного договора и правил внутреннего трудового распорядка; 6) определенность и закономерность (законность) условий трудового договора[2]. Он подчеркивал, что трудовой договор в СССР является организационной формой привлечения к труду, в качестве его основных признаков выделял добровольность найма, предоставление нанимающимся своей рабочей силы в распоряжение нанимателя и возмездность труда[3].

К середине 20-х гг. XX в. практически общепризнанным стало утверждение о том, что «общие начала обязательственного права, рассчитанные на товарно-имущественный оборот, не могут иметь применение к трудовому договору без

---

[1] *Таль Л. С.* Трудовой договор. Ч. 1. С. 69.

[2] См.: *Войтинский И. С.* Трудовой договор по Кодексу законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 9. С. 27–44.

[3] См.: *Войтинский И. С.* Трудовое право СССР. М., 1925. С. 122–123, 152 и др.

некоторых изменений и отступлений, так как мы имеем дело не с имуществом, а с личностью человека, которая стоит вне гражданского оборота и должна быть защищена в своих неотъемлемых правах»[1].

В конце 20-х — начале 30-х гг. XX в. договорное начало было практически вытеснено административным регулированием трудовых отношений. В этой связи научный интерес к теории трудового договора существенно снизился, а большинство публикаций до начала 50-х гг. имели преимущественно прикладной и комментаторский характер[2]. Некоторые исследователи вообще предлагали устранить из законодательства понятие трудового договора[3].

С конца 20-х до начала 50-х гг. XX в. трудовой договор рассматривался почти исключительно как основание возникновения трудовых правоотношений, содержание которых всецело определялось централизованно[4]. Доктринально трудовой договор определялся как основная форма установления трудовых правоотношений в государственных предприятиях, учреждениях, организациях[5] и как соглашение о работе в качестве рабочего и служащего[6].

С точки зрения правового содержания данные формулировки были явно неполными и не указывали на признаки данного вида договора. Между тем А. Е. Пашерстник (1900–1958) увидел здесь преимущественно идеологическую ошибку. Он указывал, что трудовой договор не является фактором, образующим социальную группу рабочих и служащих, так как это привело бы к оценке роли указанного института как классообразующей[7]. Такая критика не имеет к праву никакого отношения.

П. Д. Каминская (1894–1959?) предприняла попытку вернуться к развернутому определению трудового договора, назвав его договором организованного сотрудничества, по которому рабочий (служащий) обязуется выполнять определенную работу на предприятии (в учреждении, хозяйстве), а предприятие обязуется организовать труд и выплачивать вознаграждение по заранее установленным нормам, по количеству и качеству труда[8].

В этом определении не было указания на обязанность работника подчиняться правилам внутреннего трудового распорядка и власти работодателя. Отметим, что уже в своих ранних работах П. Д. Каминская признавала зависи-

---

[1] *Канторович Я. А.* Коллективный договор. Л., 1924. С. 184.

[2] См.: *Данилова Е. Н. [и др.]* Увольнение рабочих и служащих по действующему законодательству о труде. М., 1930; *Киселев Я.* Срочные трудовые договоры и сроки их применения // Вопросы труда. 1928. № 7–8. С. 124–129; *Москаленко Г. К.* Переводы и командировки по советскому праву. М., 1952 и др.

[3] См. *Троицкий И.* КЗоТ реконструктивного периода // Вопросы труда. 1931. № 5. С. 6–7 и др.

[4] См.: *Краснопольский А. С.* Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву // Вопросы советского гражданского и трудового права. Ч. 1. М., 1952. С. 111–190.

[5] См.: Советское трудовое право / Под ред. К. П. Горшенина, Р. П. Орлова, В. М. Догадова, Я. А. Карасева. М., 1939. С. 69.

[6] См.: Советское трудовое право / под ред. Н. Г. Александрова, Д. М. Генкина. М., 1946. С. 162; *Краснопольский А. С.* Трудовое правоотношение и трудовой договор по советскому праву. С. 132.

[7] См.: *Пашерстник А. Е.* Право на труд. М., 1951. С. 205.

[8] См.: *Каминская П. Д.* Понятие трудового договора по советскому праву // Вопросы трудового права. М.-Л., 1948. Вып. 1. С. 118–119.

мость работника от работодателя, зависимый характер наемного труда[1]. В советский период подчинение власти работодателя включал в признак трудового договора только И. С. Войтинский.

Очевидна и излишняя идеологизация данного определения через понятие «организованное сотрудничество». Примечательно, что А. Е. Пашерстник и А. С. Пашков отрицали необходимость такого дополнения, считая, что «“организованное сотрудничество” присуще всем без исключения договорам в советском праве[2]. Эта во многом надуманная проблема занимала непропорционально большое место в научных исследованиях. Мы уже указывали, что понятие организованного сотрудничества, легализованное в Кодексе законов о труде РСФСР 1918 г., было формально рецептировано из гражданского права как производное от простого товарищества и договора о совместной деятельности. При этом оно получило иное правовое наполнение, что отражало небрежное отношение советского законодателя к юридической терминологии. В советских исследованиях данная проблема порой выходила на первый план, и из нее делались неадекватные выводы.

Так, А. Е. Пашерстник, а вслед за ним и А. С. Пашков утверждали, что обязанность организовать труд лежит не только на администрации, но и на каждом работнике[3]. К. А. Абжанов по этому поводу писал: «Организованное сотрудничество сторон трудового договора основано на экономическом, социально-политическом и моральном превосходстве социалистического строя над буржуазным... Полное совпадение интересов рабочих и служащих и предприятия является той материальной и моральной базой, на которой зиждется сотрудничество сторон трудового договора»[4].

А. Е. Пашерстник в качестве признаков трудового договора выделял: 1) привлечение к труду по соглашению сторон; 2) установление заранее рода работы, что охватывает и признак подчинения сторон трудового договора внутреннему трудовому распорядку; 3) уплата вознаграждения в соответствии с количеством и качеством труда по заранее установленным расценкам; 4) обеспечение условий труда в соответствии с требованиями законодательства.

В этой связи трудовой договор определялся как соглашение, по которому трудящийся обязуется выполнять работу определенного рода, а предприятие (учреждение) обязуется выплачивать вознаграждение за выполненную работу в соответствии с количеством и качеством труда по заранее установленным нормам и обеспечить трудящемуся условия труда в соответствии с требованиями законодательства[5].

А. С. Пашков свел признаки трудового договора к трем традиционно выделяемым в отечественной науке: 1) предметному (выполнение работы по определенной специальности, квалификации, должности); 2) организационному (подчинение исполнителя работы внутреннему трудовому распорядку предпри-

---

[1] См.: *Каминская П. Д.* Очерки трудового права. М., 1927. С. 100–101.

[2] См.: *Пашерстник А. Е.* Указ. соч. С. 206; *Пашков А. С.* Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. М., 1961. С. 54.

[3] См.: *Пашерстник А. Е.* Указ. соч. С. 207; *Пашков А. С.* Указ. соч. С. 54–56.

[4] *Абжанов К. Д.* Трудовой договор по советскому праву. М., 1964. С. 12–13.

[5] См.: *Пашерстник А. Е.* Указ. соч. С. 200–201.

ятия); 3) имущественному (оплата труда по заранее установленным ставкам, окладам, расценкам)[1].

Ф. М. Левиант обоснованно утверждала, что определение трудового договора, закрепленное в ст. 27 Кодекса законов о труде 1922 г., устарело как терминологически, так и по существу. Она отмечала отсутствие наемного труда в условиях социалистического способа производства, когда рабочий, по ее словам, не лишен орудий и средств производства, а владеет ими совместно со всем народом. Вместе с тем она, как и большинство авторов, в качестве основных признаков правового понятия трудового договора называла включение работника, заключившего трудовой договор, в трудовой коллектив предприятия; выполнение работником определенной трудовой функции; его подчинение в процессе работы установленному трудовому распорядку. Она справедливо полагала, что предложенный А. Е. Пашерстником и С. С. Каринским признак вознаграждения за труд также следует считать существенным признаком трудового договора. В этой связи она дала определение трудового договора как соглашения между рабочим (служащим) и предприятием (учреждением), по которому рабочий принимает на себя обязательство выполнять определенную работу на предприятии с соблюдением правил внутреннего трудового распорядка, товарищеской взаимопомощи и сотрудничества, а предприятие обязуется предоставить рабочему работу обусловленного рода, выплачивать заработную плату, обеспечивать условия труда, предусмотренные трудовым законодательством, и все иные условия, благоприятные для здоровья, высокопроизводительного труда и участия в управлении производством[2]. Ф. М. Левиант особо подчеркнула, что во всех случаях возникновения трудовых правоотношений в силу предписания органов государственного управления трудовой договор являлся неотъемлемым элементом юридического состава, связанного с возникновением и существованием трудового правоотношения. По ее мнению, трудовые отношения, возникающие на основании административного акта, не теряли своего договорного характера[3].

Относительно новым признаком трудового договора, предложенным советскими учеными, можно считать включение лица, заключившего такой договор, в личный состав предприятия для выполнения там определенной трудовой функции[4].

Данный признак обозначался уже в начале XX в. немецкими учеными Г. Зинцгеймером и Х. Поттгофом, которые писали о лично-правовой зависимости работника от работодателя в контексте того, что это необходимо для объединения отдельных лиц к совместному действию. Это соответствует и тому, что трудовое право регулирует не единичный, а кооперированный труд. Примечательно, что об этом же писал К. Маркс в «Капитале»[5], а затем

---

[1] См.: *Пашков А. С.* Указ. соч. С. 64.

[2] См.: *Левиант Ф. М.* Виды трудового договора. М., 1966. С. 11.

[3] См. там же. С. 162.

[4] См.: *Александров Н. Г.* Советское трудовое право. М., 1963. С. 180; *Догадов В. М.* Некоторые вопросы правового регулирования трудового договора // Вопросы трудового, колхозного и земельного права. Л., 1959. С. 4–14; *Пашерстник А. Е.* Теоретические вопросы кодификации общесоюзного законодательства о труде. М., 1955. С. 24–25 и др.

[5] См.: *Маркс К.* Капитал // *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. Т. 25. С. 420.

Н. Г. Александров акцентировал на этом внимание при анализе научного наследия немецких ученых[1]. Вместе с тем данный признак можно признать самостоятельным, хотя термины «личный состав» или «штат предприятия» достаточно многозначны.

Трудовой договор в советский период традиционно продолжал считаться только основанием возникновения трудового правоотношения, тогда как его содержание определялось почти исключительно законодательством. Такая конструкция сохранилась и в Кодексе законов о труде РСФСР 1971 г. Согласно ст. 15, «трудовой договор есть соглашение между трудящимся и предприятием, учреждением, организацией, по которому трудящийся обязуется выполнять работу по определенной специальности, квалификации или должности с подчинением внутреннему трудовому распорядку, а предприятие... обязуется выплачивать трудящемуся заработную плату и обеспечивать условия труда, предусмотренные законодательством о труде, коллективным договором и соглашением сторон». Это в общем прогрессивное определение сводилось почти к нулю ст. 5 кодекса, согласно которой условия договоров о труде, не только ухудшающие, но и иным образом противоречащие законодательству СССР и РСФСР о труде, признавались недействительными. Таким образом, в ст. 15 можно было бы ограничиться упоминанием только законодательства о труде, так как коллективные договоры и соглашения сторон по смыслу ст. 5 могли только дублировать его, не ухудшая и не улучшая. В этой связи исследователи были ограничены преимущественно частными проблемами и формальной стороной договорных отношений, хотя и проблемам теории уделялось определенное внимание[2].

Принципиальные изменения произошли только после принятия Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 5 февраля 1988 г. и Закона РФ от 25 сентября 1992 г., согласно которым была принята новая редакция ст. 5 Кодекса законов о труде 1971 г., определявшая, что администрация предприятия, учреждения, организации совместно с советом трудового коллектива и соответствующим выборным профсоюзным органом вправе устанавливать за счет собственных средств дополнительные по сравнению с законодательством трудовые и социально-бытовые льготы для работников коллектива или отдельных категорий работников.

ТК РФ определил трудовой договор как «соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами и данным согла-

---

[1] См.: *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 110.

[2] См.: *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984; *Глозман В. А.* Трудовой договор в условиях научно-технического прогресса. Минск, 1978; *Голованова Е. А.* Трудовой договор. Пермь, 1973; *Гусов К. Н.* Основания прекращения трудового договора. М., 1982; *Лившиц Р. З., Чубайс Б. М.* Трудовой договор. М., 1986; *Смолярчук В. И.* Социалистический трудовой договор. М., 1974; *Стависский П. Р.* Трудовой договор. Одесса, 1973; *Ставцева А. И., Хохрякова О. С.* Трудовой договор. М., 1983 и др.

шением, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию в интересах, под управлением и контролем работодателя, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя» (ст. 56). Таким образом, в отечественном трудовом законодательстве (ст. 15, 56 и 133 ТК РФ) нашли отражение все три основных элемента (признака) трудового договора:

1) *личный (личностный),* т. е. работник обязан выполнять работу лично, никакое представительство в этом отношении не допускается. Исключение прямо предусмотрено только для трудового договора с надомником, который может выполнять работу, обусловленную трудовым договором, с участием членов своей семьи (ч. 1 ст. 310);

2) *организационный,* который включает в себя три составляющих:

– работник не просто обязуется трудиться, но выполнять трудовую функцию, т. е. работать по определенной должности, профессии, специальности с указанием квалификации либо выполнять конкретный вид поручаемой работнику работы;
– работник обязуется выполнять определенную договором трудовую функцию в интересах, под управлением и контролем работодателя, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя, выполнять правила трудового распорядка. В свою очередь, работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами и данным соглашением. Следовательно, труд работника носит зависимый, несамостоятельный характер. *Это главный признак — организационная и (или) экономическая зависимость работника;*
– труд работника носит кооперированный, не индивидуальный характер, включается в совместный трудовой процесс с другими работниками. Соответственно, работник включается в трудовой коллектив (в число работников). Единственно исключение составляет трудовой договор одного работодателя — физического лица с единственным работником;

3) *имущественный,* т. е работодатель обязан своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, причем в установленном законом порядке и размере не менее, чем минимальный размер оплаты труда (МРОТ) за месяц при условии полной отработки нормы рабочего времени и выполнения нормы труда (трудовых обязанностей). Напомним, что с 1 января 2015 г. МРОТ составляет 6204 руб. При этом оплате подлежит не результат, а сам процесс труда. Кроме того, оплате подлежат и некоторые периоды, когда работник фактически не работал (период оплачиваемого отпуска, вынужденный прогул, вынужденный простой, временное отсутствие в связи с болезнью и др.). Это подчеркивает алиментарный характер заработной платы.

Все эти признаки должны оцениваться в совокупности при выделении организационной и (или) экономической зависимости работника в качестве квалифицирующего признака.

Подведем итоги.

1. На Западе в конце XIX — начале XX в. проблема правового регулирования найма труда не была в науке гражданского права доминирующей, но и не находилась на периферии научного интереса. Пионерами в данной области можно признать немцев В. Эндеманна, Ф. Лотмара, француза П. Пика, австрийца Э. Штейнбаха и др. Практически все представители первой генерации отечественных ученых — специалистов по трудовому праву, занимавшихся проблемами трудового договора, были по первой научной специализации цивилистами. Это прежде всего Л. С. Таль, Р. А. Дистерло, И. С. Войтинский, К. М. Варшавский, а также В. Б. Ельяшевич и др. С их трудами связано доктринальное обособление трудового договора в ряду гражданско-правовых договоров.

2. Л. С. Таль первым в отечественной науке выделил четыре основных элемента (признака) трудового договора: длительное представление рабочей силы, что нельзя отождествлять с предоставлением имущественных благ; обещание рабочего приложить рабочую силу к промышленному предприятию работодателя; подчинение рабочего внутреннему порядку и хозяйской власти; обещание работодателем вознаграждения, которому присущ алиментарный характер.

Это позволило ему сформулировать определение трудового договора «как всякой сделки (независимо от отрасли хозяйства и социального положения работника), по которой одно лицо обещает другому приложение своей рабочей силы на определенный и неопределенный срок к его предприятию или хозяйству, в качестве несамостоятельного работника, подчиняясь в пределах, определяемых договором, законом или обычаем, хозяйской власти работодателя и внутреннему порядку его предприятия или хозяйства».

3. Советское учение о трудовом договоре шло от отрицания буржуазной сущности этого понятия до его законодательного закрепления через указание трех его основных признаков: личного, организационного и имущественного. Нашли они отражение и в действующем трудовом законодательстве (ст. 15, 56 и 133 ТК РФ).

3.2. Развитие учения о трудовом договоре в постсоветский период: новое и хорошо забытое старое

Начнем с того, что в значительной части научных публикаций постсоветского периода рассматривались традиционные для института трудового договора проблемы. Значительная часть из них была затронута в предыдущих параграфах. Это понятие, признаки и виды трудового договора, классификация договоров о труде, изучение отдельных видов трудовых договор, трудовые договоры с отдельными категориями работников и др., что обозначилось уже в исследованиях, проведенных в конце прошлого века[1].

---

[1] См.: *Акопова Е. М., Еремина С. Н.* Договоры о труде. Ростов н/Д, 1995; *Гусов К. Н.* Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993; *Гусов К. Н., Толкунова В. Н.* Трудовой договор. Комментарий законодательства. М., 1996; *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999; *Ершов В. В., Ершова Е. А.* Трудовой договор. М., 1999; *Скачкова Г. С.* Договоры (контракты) о труде в различных сферах деятельности. М., 2001; *Ставцева А. И.* Трудовой договор. М., 1989; *Хохлов Е. Б.* К понятию трудового договора и договора найма труда // Правоведение. 1998. № 2. С. 122–127 и др.

Однако ряд новых проблем учения о трудовом договоре были порождены изменившимися социальными и экономическими отношениями, были связаны с попыткой учета иностранного опыта. Этому посвящены работы, опубликованные уже преимущественно в нашем веке[1]. Впрочем, и традиционная тематика продолжала разрабатываться[2].

Так, в постсоветский период отдельные виды трудовых договоров утратили свое значение. Речь идет о договорах, заключаемых при активном участии органов государственного управления (трудовые договоры по организационному набору, общественному призыву, трудовые договоры при направлении на работу молодых специалистов). Приватизация государственных и муниципальных предприятий с начала 1990-х гг. поставила немало вопросов о природе трудовых отношений и договоров, заключаемых на предприятиях иных (негосударственных) форм собственности. Сам процесс приватизации шел «зигзагообразно», его правила менялись неоднократно. На первом этапе в соответствии с Законом «О приватизации государственных и муниципальных предприятий» 1991 г. речь шла о праве трудовых коллективов на аренду предприятия с последующим его выкупом[3]. Закон «О собственности в РФ» 1990 г. содержал упоминание о собственности коллективного арендного и кооперативного предприятия, в имуществе которых выделяются вклады работников[4].

1. Трудовые договоры с «работающими собственниками»

Процесс приватизации государственной и муниципальной собственности, по мнению ряда ученых, дал основание для выделения новых видов трудовых договоров, таких как трудовой договор с «работающими собственниками» (членами корпорации). Так, Л. Ю. Бугров и Е. Б. Хохлов предлагали разграничить

---

[1] См.: *Бондаренко Э. Н.* Трудовой договор как основание возникновения правоотношения. СПб., 2004; *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом; *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. Барнаул, 2008; Договоры о труде в сфере действия трудового права / К. Н. Гусов, К. Д. Крылов, А. М. Лушников [и др.]; под ред. К. Н. Гусова. М., 2010; Курс российского трудового права. Т. 3. Трудовой договор / науч. ред. Е. Б. Хохлов. СПб., 2007; *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения: учебное пособие. 2-е изд. М., 2010 (переизд. 2014, 2015) и др.

[2] См.: *Абаева Т. В.* Правовое регулирование расторжения трудового договора по соглашению сторон и по инициативе работника. М., 2015; *Агафонова Г. А.* Прекращение трудового договора по инициативе работодателя по основаниям, не связанным с виной работника. М., 2011; *Андреева Л. А., Медведев О. М.* Трудовой договор в России. М., 2004; *Андреева Л. А., Гусов К. Н., Медведев О. М.* Незаконное увольнение: научно-практическое пособие. М., 2009; *Андриановская И. И.* Трудовой договор: учебное пособие. Южно- Сахалинск, 2012; *Глебов В. Г.* Ученический договор. М., 2006; *Дзгоева-Сулейманова Ф. О.* Трудовой договор. Чему не учат студентов. М., 2013; *Зайцева О. Б.* Заключение трудового договора (вопросы теории и практики). М., 2014; *Николаенко И. Н.* Трудовой договор в современном социально-правовом российском государстве (теоретические и практические аспекты). М., 2003; *Малых И. В.* Сокращение рабочей силы, используемой работодателем, в трудовом праве России и за рубежом. Пермь, 2008; *Петров А. Я.* Трудовой договор. М., 2013; *Степанова Е. А.* Трудовой договор. Ростов н/Д, 2009 и др.

[3] См.: ВВС РФ. 1991. № 27. Ст. 928.

[4] См.: Там же. № 30. Ст. 416.

такие виды трудовых договоров, как договор трудового найма, который заключается в случаях поступления на работу к собственнику средств производства, и договор о труде с участником (членом) корпоративного предприятия[1]. При этом отмечалась сложная двойственная природа отношений членов кооперативов в сфере применения труда: они и индивидуальные трудовые (основанные на трудовом договоре), и индивидуальные кооперативно-трудовые (основанные на членстве)[2].

В теории трудового права в этот период обосновывались особенности трудовых договоров, которые заключались на арендных предприятиях, в негосударственных организациях: хозяйственных товариществах, обществах, производственных кооперативах — с так называемыми членами корпоративного предприятия. Одни авторы относили контракт с членом хозяйственного товарищества к разряду гражданско-правовых договоров, тесно смыкающихся с договором подряда[3]. Другие вообще отрицали необходимость трудового договора, утверждая, что в таких объединениях собственников трудовые отношения возникают только на основе членства, но никак не трудового договора[4].

А. С. Пашков писал о том, что если учредительный договор о совместной деятельности полно определяет место и предмет деятельности члена организации, то необходимости в трудовом договоре нет[5].

Третьи авторы настаивали на трудоправовой природе договора с работающими членами корпоративного предприятия, но с учетом особенностей этого нового вида трудового договора[6]. Такие оценки были характерны для начального периода приватизации государственных и муниципальных предприятий, когда перспективы новой общественной организации труда еще не просматривались ни на практике, ни в законодательстве.

На следующем этапе приватизации приоритет был отдан такой форме приватизации, как акционирование, т. е. учреждение акционерных обществ закрытого и открытого типов. В ГК РФ 1994 г. законодатель определил организационно-правовые формы юридических лиц: хозяйственные общества, хозяйственные товарищества, унитарные государственные и муниципальные предприятия, производственные кооперативы. Ученые — специалисты по трудовому праву дифференцировали особенности правового регулирования трудовых отношений в корпорациях-объединениях капиталов (хозяйственных обществах) и объединениях труда (хозяйственных товариществав). В первом случае, по их мнению, для возникновения трудовых отношений достаточно заключения трудового, а во втором речь шла о сложном факти-

---

[1] См.: *Бугров Л. Ю.* Проблемы свободы труда в трудовом праве России. Пермь, 1992. С. 83–92; *Хохлов Е. Б.* Экономические методы управления и трудовое право. Л., 1991. С. 123–124.

[2] См.: *Шугаев А. А.* Трудовые отношения в кооперативах. М., 1993. С. 25.

[3] См.: *Акопова Е. М.* Контрактная форма привлечения к труду наемных работников и членов хозяйственных товариществ. Ростов н/Д, 1992. С. 19.

[4] См.: *Юсупов Д.* Проблемы правового регулирования арендных отношений // Хозяйство и право. 1990. № 10. С. 65.

[5] См.: *Пашков А. С.* Договоры о труде в условиях многоукладной экономики // Государство и право. 1993. № 6. С. 63.

[6] См.: *Никитинский В. И.* и др. Правовое регулирование труда работающих собственников // Государство и право. 1992. № 6. С. 54–55.

ческом составе, включающем акт приема в члены товарищества или кооператива и трудовой договор[1].

Соответственно, выход из участников хозяйственного товарищества должен был повлечь за собой и прекращение трудового договора, более того, обосновывалась возможность расширения перечня оснований увольнения работника, мер дисциплинарного взыскания в учредительных документах корпораций-объединений труда. Но такой подход к дифференциации трудовых договоров в теории трудового права просуществовал недолго. Ему на смену пришел иной подход к трудовым отношениям, складывающихся в хозяйственных обществах и товариществах, а именно — положение о «соседстве» двух самостоятельных правоотношений: трудовых и гражданско-правовых[2], причем последние не порождают особенностей в содержании и характере труда, его условиях и т. п. Следует отметить, что в ТК РФ не проводится дифференциация трудовых договоров в зависимости от организационно-правовых форм юридического лица. В основу классификации положены иные объективные критерии — особенности характера деятельности работодателя (религиозные организации, дипломатические представительства и консульские учреждения, организации Вооруженных сил РФ и др.) либо их местонахождение (районы Крайнего Севера и приравненные к ним местности, организация работ вахтовым методом).

В этой связи несколько необычно выглядит утверждение о трудоправовом характере отношений, складывающихся в процессе применения труда членов кооперативов уже после принятия ТК РФ[3]. В подтверждение приводится в основном мнение ученых, сформулированное в советский период либо до принятия ТК РФ. Очевидно, что ст. 11 ТК РФ в совокупности с законодательством о кооперативах относит эти отношения к предмету гражданского права, однако часть из них находится в сфере действия норм трудового права, если применение этих норм прямо предусмотрено специальными законами о кооперативах. Речь идет, например, о субсидиарном применение норм трудового права к труду членов производственных кооперативов — несовершеннолетних, беременных женщин. На наемных работников кооперативов трудовое законодательство распространяется в полном объеме.

2. Трудовые договоры и трудовые контракты

Закон РФ от 25 сентября 1992 г. внес в ст. 15 Кодекса законов о труде изменения, легализовавшие понятие «трудовой контракт». Это вызвало дискуссию о соотношении понятий «трудовой договор» и «трудовой контракт»[4], которая

---

[1] См., напр.: *Глазырин В. В.* Проблемы правового регулирования труда в негосударственных организациях // Правовое регулирование труда в условиях перехода к рыночной. Труды Института законодательства и сравнительного правоведения. Вып. 60. М., 1995. С. 11–18.

[2] См.: Курс российского трудового права. СПб., 1996. Т. 1. С. 89–107; *Лушникова М. В.* Трудовой договор и договор о предпринимательском труде: к вопросу о разграничении сферы действия трудового и гражданского законодательства // Проблемы совершенствования гражданского законодательства России. Ярославль, 1993. С. 66–77 и др.

[3] См., напр.: *Скачкова Г. С.* Договоры о труде в сфере кооперации. М., 2003. С. 18–19.

[4] Подробнее см.: *Акопова Е. М.* Современный трудовой договор (контракт). М., 1998. С. 24–25; *Гусов К. Н.* Трудовые контракты и реализация права на труд // Вестник МГУ. Серия «Право». 1992. № 4; *Ершов В. В., Ершова Е. А.* Трудовой договор. М., 1999. С. 103–104 и др.

в конечном итоге пришла к единому знаменателю — признанию синонимичности данных понятий. Отметим, что в ТК РФ понятие «трудовой контракт» отсутствует.

Впрочем, изучение специфики трудовых договоров с отдельными категориями работников приводило некоторых авторов к курьезным выводам. Так, А. В. Губенко предположил, что «регулирование труда осужденных к лишению свободы должно осуществляться посредством применения норм трудового права»[1].

Во-первых, хотелось бы обратить внимание на то, что данный тезис выдвигается без какой-либо авторской аргументации и обоснования. Аналогичным образом А. В. Губенко решает вопрос, например, и о необходимости внесения в ТК РФ изменений, позволяющих заключать срочные трудовые договоры с осужденными[2].

Во-вторых, представляется, что автор не видит различий между понятиями «предмет отрасли трудового права» и «сфера действия трудового законодательства». На существенные различия данных понятий неоднократно обращалось внимание в научной литературе[3]. Более того, автор совершенно не учитывает того, что отношения по использованию труда осужденных лишены такого принципиального признака, как наличие добровольности для осужденных и исправительных учреждений на вступление в отношения по использованию труда. В силу ст. 103 Уголовно-исполнительного кодекса РФ на осужденном лежит обязанность трудиться в местах лишения свободы, а на администрацию исправительного учреждения возлагается обязанность привлекать осужденных к общественно полезному труду. В этой связи вообще не стоит говорить о договорном характере указанных отношений.

Как уже указывалось, автор предлагает законодательно (причем в ТК РФ) закрепить возможность заключения срочных трудовых договоров с лицами, осужденными к лишению свободы, на определенный срок. В этом случае срок трудового договора должен определяться, по мнению автора, сроком наказания. Общеизвестно, что срочный трудовой договор значительно снижает трудоправовые гарантии работника, так как дает работодателю возможность дополнительного основания прекращения трудовых отношений, в стабильности и длительности которых работник заинтересован. Именно это заставляет законодателя устанавливать исчерпывающий перечень случаев, когда трудовые отношения могут ограничиваться каким-либо сроком. Из сделанного автором работы предложения невольно напрашивается вывод о том, что И. А. Губенко известны случаи, когда лицо, полностью отбыв наказание, настаивает на продолжении трудовых отношений с учреждением, в котором он это наказание отбывал. В свою очередь, предложение о подобной реформе законодательства приводит к мысли о том, что указанные случаи носят массовый характер[4].

---

[1] *Губенко А. В.* Правовое регулирование трудовых отношений осужденных при отбывании наказания в виде лишения свободы. Ростов н/Д, 2006. С. 26.

[2] См. там же. С. 34.

[3] См. напр.: *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву. Вып. 2. Томск. 2001. С. 23–24; *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Предмет трудового права и сфера действия трудового права. Омск. 2005. С. 5–10; и др.

[4] Подробнее см.: Вестник трудового права и права социального обеспечения. Вып. 2 / под ред. А. М. Лушникова, М. В. Лушниковой. Ярославль, 2007. С. 158–161.

Вышеизложенные поиски «контрактного» своеобразия трудовых отношений, на наш взгляд, не имеют широкой перспективы.

3. Служебные контракты и правовая природа трудовых отношений с участием государственных служащих

Эта проблематика в советский период также не была обделена вниманием, однако она обострилась в связи с включением в ТК РФ ч. 7 ст. 11, которая противоречит некоторым нормам законодательства о государственной гражданской службе. Мы не будем глубоко вдаваться в данную проблему и содержание дискуссии о правовой природе служебных (трудовых) отношений государственных служащих, тем более что данной проблематике посвящены как минимум три докторские и около десятка кандидатских диссертаций по трудовому праву. Общее число публикаций о правовом регулировании трудовых отношений различных государственных служащих исчисляется уже многими десятками[1].

Не меньше исследований по данной теме и ученых-административистов. Здесь же отметим следующее. Большинство ученых — специалистов по трудовому праву относят трудовые (служебные отношения) к предмету трудового права. Следовательно, и трудовые договоры (служебные контракты) должны регулироваться нормами трудового законодательства с учетом особенностей предусмотренных федеральными законами и законами субъектов Федерации в духе ч. 7 ст. 11 ТК РФ. Однако появились и нюансы. Так, А. В. Гусев обоснованно проводит идею о сложном взаимодействии норм административного (служебного) и трудового права в регулировании государственной службы[2]. По подсчетам автора, в регулировании труда на гражданской службе будет продолжать применяться более 80 статей ТК РФ, что составляет примерно 20 % его нормативного материала. Автор констатирует, что «...полного «освобождения» гражданской службы от влияния норм трудового права не произошло». Это позволило выделить три группы норм, регулирующих государственную гражданскую службу: 1) государственно-служебные нормы-аналоги норм трудового права; 2) государственно-служебные правовые нормы, не имеющие прототипов в трудовом праве; 3) правовые нормы субсидии (нормы трудового права, при-

---

[1] См.: *Верстунина Л. В., Гусов К. Н., Полетаев Ю. Н.* Регулирование труда прокурорско-следственных работников: научно-практическое пособие. М., 2011; *Нестерова Т. А.* Правовое регулирование трудовых отношений при прохождении службы в прокуратуре как особом классе федеральной государственной службы в России: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 1999; *Нестерова Т. А.* Государственная служба в Российской Федерации и проблемы трудового права: учебное пособие по спецкурсу. Пермь, 2002; *Нестерова Т. А.* Защита трудовых прав в России: юридическая сущность и приоритетная роль государственных органов: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2005; *Нестерова Т. А., Фадеева Л. А.* Российское трудовое право и служба в прокуратуре. Пермь, 2001; *Полетаев Ю. Н.* Правовое положение государственных гражданских служащих в сфере труда. М., 2005; *Чеканова Л. А.* Государственные служащие. Комментарии. Разъяснения. Рекомендации. М., 1998; *Она же.* Применение трудового законодательства к государственной гражданской службе: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005.

[2] См.: *Гусев А. В.* Государственная служба постсоветских республик. Екатеринбург, 2002; *Он же.* Российская государственная гражданская служба: проблемы правового регулирования. Екатеринбург, 2005; *Он же.* Российская государственная гражданская служба: проблемы правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2009.

меняемые для регулирования гражданской службы в части, не урегулированной нормами первых двух групп). Весьма симптоматично предложение автора консолидировать нормы трудового и административного права в новую системную общность — право государственной службы[1].

Однако авторские суждения о предмете, методе, принципах и источниках данного правового образования слишком кратки и не убедительны. Автор говорит о формировании «права публичной (государственной и муниципальной) службы». Станет ли оно под отраслью административного права? Ответа на этот вопрос нет.

Аналогичной позиции придерживается и украинский исследователь М. И. Иншин, говорящий о сложной структуре и специфическом субъектном составе договорных отношений государственных служащих. Отметим, что в целом в науке и практике украинского права постепенно обособляется служебное право, как специфическая область правового регулирования[2]. Это соответствует традиционной немецкой доктрине обособления служебного права.

Не отрицая возможности обособления служебного законодательства, усомнимся в возможности и целесообразности обособления публичного служебного права в современной России, а тем более отнесения к нему муниципального служебного права.

4. «Смешанные» трудовые договоры

Эта проблема была актуальной в досоветский период и в первые годы советского периода. Так, Л. С. Таль в своих ранних работах признававший возможность существования таких договоров, в последних работах оставил данный вопрос открытым, предлагая решить его в законодательном порядке. Он высказывал сомнения в отношении идеи использования применительно к смешанным договорам норм, которые регулируют составляющие его модели договоров[3]. В 20-е гг. XX в. практически все ученые отрицали возможность существования смешанных договоров, включающих в себя условия трудового и гражданско-правового. Это касается И. С. Войтинского (1884–1943), Е. Н. Даниловой (1890–1954?), А. Ф. Ляха и др.[4] К. М. Варшавский выступал за широкое субсидиарное применение общих норм договорного права к трудовым договорам, но о смешанном типе трудовых договоров он прямо не высказывался[5]. В то же время В. М. Догадов (1886–1962) утверждал, что бывают случаи, когда трудовой договор нельзя отличить от договора подряда. Он считал, что это некий третий (промежуточный) тип договора, который должен подвергнуться регламентации в положительном праве[6].

---

[1] *Гусев А. В.* Российская государственная гражданская служба: проблемы правового регулирования. Екатеринбург, 2005. С. 202–204.

[2] См.: Трудовое право и право социального обеспечения в Беларуси, России и Украине (формирование и развитие). Минск, 2011. С. 93–94.

[3] См.: *Таль Л. С.* Положительное право и неурегулированные договоры // Юридические записки Демидовского юридического лицея. Вып. III (XIII). Ярославль, 1912. С. 434.

[4] См.: *Войтинский И. С.* Трудовой договор по Кодексу законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 9. С. 27–44; *Лях А. Ф.* Трудовой договор. М., 1925 и др.

[5] См.: *Варшавский К. М.* Трудовое право СССР. Л., 1924.

[6] См.: *Догадов В. М.* Очерки трудового права. М., 1927. С. 54.

С конца 20-х гг. XX в. данная дискуссия в связи с централизацией правового регулирования трудовых отношений прекратилась, но в настоящее время эта проблема вновь стала актуальной. Этот тот случай, когда новое во многом оказалось хорошо забытым старым.

Отметим, что юридическая конструкция смешанных (непоименованных) договоров зародилась в лоне гражданского права. Она появилась в связи с отсутствием соответствующего вида договора в положительном праве. В теории гражданского права выделяют два основных типа смешанных договоров[1]. Во-первых, это договоры, которые, включая условия (элементы) различных договоров, интегрируются в форме самостоятельного вида договора, и в последующем они должны быть признаны в качестве такового в положительном праве. Но до тех пор, пока в законе не появиться эта модель договора, к ней следует применять общие принципы договорного права, либо правила о договоре соответствующего типа, либо аналогию права и закона[2]. Во-вторых, это смешанные договоры, включающие условия различных видов договоров. В этом случае к каждой части договора применяются нормы о соответствующем виде договора. Действующий ГК РФ, как и его предшественник, признает непоименованные смешанные договоры. Согласно ст. 421 ГК РФ, стороны могут заключать как предусмотренные, так и не предусмотренные законом или иными правовыми актами договоры. Стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержаться в смешанном договоре. Все, о чем мы вели речь выше, касалось отраслевого смешанного гражданско-правового договора. Но следует отметить, что в настоящее время появились исследования, в которых обосновывается конструкция полиотраслевых смешанных договоров, включающих условия договоров, принадлежащих к различным отраслям права, в том числе и публичным[3]. Рассмотрим, в какой части категории отраслевых и полиотраслевых договоров применимы к трудовым отношениям.

К вопросу о полиотраслевых смешанных договорах о труде. В связи с распространением практики применения заемного труда специалистами гражданского права предпринимаются попытки обоснования нового вида договора — «договор предоставления персонала». Так, И. Шиткина считает, что это смешанный договор, специально не предусмотренный ГК РФ, соединяющий в себе элементы различных гражданско-правовых договоров и элементы трудового договора[4]. Отметим, что в настоящее время законодатель разрешил данную проблему,

---

[1] Подробнее см.: *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения, М., 1997. С. 323–324.

[2] См.: *Исаченко В. В., Исаченко В. Л.* Обязательства по договорам. СПб, 1914. С. 54–55; *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 38; *Ойгензихт В. А.* Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душанбе, 1984. С. 7.

[3] См., напр.: *Огородов Д. В., Челышев М. Ю.* Некоторые дискуссионные проблемы учения о смешанных договорах // Правоведение. 2007. № 6. С. 41–63.

[4] См.: *Шиткина И.* Договор предоставления персонала: что это такое? // Хозяйство и право. 2004. № 1. С. 98–102.

включив в ТК РФ гл. 53.1, легализовавшую договор о представлении труда работников (персонала). О нем будет сказано ниже.

Подобные попытки обоснования смешанных договоров имеют место и в отношении договоров с руководителями организации, членами коллегиальных исполнительных органов организации, профессиональных спортсменов[1]. Так, появились разработки теории предпринимательского договора с руководителем юридического лица. Например, Т. В. Кашанина ввела новое, по ее мнению, понятие трудового контракта как коммерческого договора по поводу купли-продажи рабочей силы и ее использования, который сочетает в себе элементы трудового договора и договора подряда[2].

Подчеркнем, что никто не отрицает особого правового статуса руководителя хозяйственного общества, но предлагаемый цивилистами вариант решения проблемы не выдерживает критики. Остроту вопроса несколько снизило появление уже в первой редакции ТК РФ гл. 43, посвященной особенностям регулирования труда руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации. Точка — надеемся, окончательная — в этом споре поставлена постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 2 июня 2015 г. № 21 «О некоторых вопросах, возникающих в судах при применении законодательства, регулирующего труд руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации»[3].

Из содержания п. 1–3 следует, что отношения между организацией и руководителем регулируются именно трудовым законодательством. Соответственно, заключенный между ними договор является трудовым, кроме случаев, прямо установленных законодательством (например, когда руководитель организации является ее единственным участником (учредителем)).

У концепции полиотраслевых (смешанных) договоров находились сторонники не только среди ученых-цивилистов, но и среди ученых — специалистов по трудовому праву. Так, в «Курсе российского трудового права» авторы, рассматривая возможность включения в трудовой договор гражданско-правовых условий, констатируют: «Трудовой договор приходится признать своего рода комплексным юридическим фактом и комплексным источником права. Как комплексный юридический факт трудовой договор порождает и трудовые и гражданско-правовые правоотношения; как из комплексного источника права из трудового договора вытекают субъективные права и обязанности разной отраслевой принадлежности»[4]. К сожалению, какого-либо обоснования столь новаторским положениям в названном «Курсе» мы не находим.

По нашему мнению, конструкция смешанного предпринимательского договора, содержащего признаки трудового договора и договора подряда, необоснованна с позиций как трудового, так и гражданского законодательства. Институт смешанных договоров в гражданском праве имеет отношение только к различным видам гражданско-правовых договоров (ст. 421 ГК РФ). Из со-

---

[1] См.: *Васькевич В. П.* Система договоров в профессиональном спорте: гражданско-правовые, трудовые и смешанные договоры // Правоведение. 2006. № 7. С. 76–83.

[2] См.: *Кашанина Т. В.* Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М., 1995. С. 310–312.

[3] См.: РГ. 2015. 10 июня.

[4] Курс российского трудового права. Т. 3. Трудовой договор. СПб., 2007. С. 271.

держания указанной статьи не вытекает возможности заключения смешанного договора, включающего договоры различных отраслей права, т. е. межотраслевого смешанного договора.

5. Понятие и признаки трудового договора, его отличие от гражданско-правовых договоров. Индивидуально-договорное регулирование

Затихшая было в середине прошлого века дискуссия о признаках трудового договора и его отличии от гражданско-правовых договоров с новой силой вспыхнула во второй половине 90-х гг. XX в. «Катализатором» стала кандидатская диссертация и изданная по ее материалам монография Л. В. Санниковой[1]. Автор посчитала, что использование «традиционной цивилистической формы — договора найма, включающей в качестве разновидности и трудовой договор, как показывает отечественный (дореволюционный) и зарубежный опыт, наиболее эффективно в условиях рыночной экономики»[2]. Сразу оговоримся, что дореволюционный опыт нашей страны оказался печальным, и в революционных событиях 1917 г. авангардом был именно пролетариат и прочие лица наемного труда. Да и существование во всех странах Запада разветвленного трудового законодательства уже с середины XX в. было очевидным для любого непредвзятого исследователя как значительная специфика трудового договора в любом качестве и с любым названием.

Из очевидного положения о кризисном состояние трудового права был сделан вывод о необходимости возвращения к гражданско-правовому опосредованию наемного труда. Однако при этом отстаивается точка зрения, что стороной договора типа личного найма должен быть именно работодатель, а не наниматель. Примечательна попытка автора рассмотреть возможность применения общих положений гражданского права к договору найма труда. Получилось это не совсем удачно, например посредством признания трудового договора договором присоединения со всеми вытекающими отсюда последствиями. Однако сама постановка вопроса была интересна и для того времени необычна[3].

Поддержку автора вызвала такая спорная конструкция, как контракт, которая оценивается как «новая правовая форма найма труда при переходе к рыночной экономике». Однако дальше начинается небольшая путаница: отрицается его синонимичность трудовому договору, а в качестве отличительных черт называется его сугубо индивидуальный характер, срочность, персонификация прав и обязанностей[4]. Представляется, что автор под контрактом понимает срочный трудовой договор, условия которого определяются самими сторонами. Так зачем по этому поводу ломать копья?

Оказался ошибочным и общий вывод о направленности регулирования трудовых отношений и модели опосредования труда. Л. В. Санникова указала, что «такой моделью мог бы стать гражданско-правовой договор найма труда.

---

[1] См.: *Санникова Л. В.* Проблемы правового регулирования отношений найма труда (цивилистический аспект): дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1996; *Санникова Л. В.* Договор найма труда в России. М., 1999.

[2] *Санникова Л. В.* Договор найма труда в России. С. 3–4.

[3] См. там же. С. 72, 92–100 и др.

[4] Там же. С. 47, 54–56.

Именно в гражданско-правовом регулировании отношений найма труда видится будущее законодательства о труде». Против такой позиции возражения выдвигались неоднократно, а их разбор был уже осуществлен нами ранее[1].

Упомянем некоторые из них. Во-первых, в трудовых отношениях отсутствуют в полном объеме присущие гражданскому праву автономия воли, правовое равенство и имущественная автономия сторон. Во-вторых, помимо вышеназванных признаков гражданско-правовой договор, по мнению Б. М. Гангало, это «есть правовая форма, в которую облекаются экономические отношения товарообмена», он преимущественно «осуществляет динамику имущественных отношений»[2]. Между тем трудовой договор как раз и регулирует преимущественно личные неимущественные отношения (связанные с рабочим временем и временем отдыха, безопасностью труда, защитой персональных данных, трудовой функцией и др.). Ярко выраженный имущественный характер носит только правовое регулирование оплаты труда. В-третьих, даже в государствах, где регулирование трудового договора (как разновидности договора личного найма) осуществляется гражданским законодательством, он сопровождается таким количеством специальных норм и дополнений в трудовом законодательстве, что по сути представляет собой отдельный тип договора. В этой связи это превращается в проблему юридической техники (в каком акте осуществлять правовое нормирование), тогда как по существу различия будут небольшими. В-четвертых, значительная часть условий трудового договора предопределена трудовым законодательством — как по обязательности их наличия, так и по пороговым характеристикам, — что во многом предопределяет его содержание. В-пятых, такие институты, как охрана труда, контроль и надзор за соблюдение трудового законодательства, коллективные договоры, соглашения и др., не имеют никакого отношения к гражданскому праву, однако могут решительным образом влиять на содержание трудового правоотношения, порожденного трудовым договором. И этот перечень можно продолжить. Наконец, современное, развитие как российского трудового права, так и трудового права зарубежных стран пошло совсем иным путем, чем предложено в монографии.

Отметим, что отечественные ученые данной проблематики касались неоднократно уже с начала 90-х гг.[3] Так, петербургские ученые предложили следующие признаки трудового договора: 1) предметный признак; 2) признак трудовой функции; 3) признак коллектива; 4) личностный признак; 5) распределение риска; 6) социальный признак; 7) организационный признак[4]. С ними стоит согласиться, однако все они в целом соответствуют выделенным еще Л. С. Талем личностному, организационному и имущественному признакам, о которых мы писали ранее. Признаки распределения риска и социальный признак не отличают трудовые от иных, а скорее являются следствием наличия тру-

---

[1] См., напр.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 1. С. 448–462 и др.

[2] Гражданское право / под ред. С. С. Алексеева. М., 2014. С. 169 и др.

[3] См.: *Акопова Е. М.* Современный трудовой договор (контракт). Ростов н/Д, 1998. С. 30–31. *Бондаренко Э. Н.* Трудовой договор как основание возникновения правоотношения. СПб., 2004. С. 23–24;. *Карабельников Б. Р.* Трудовые отношения в хозяйственных обществах. М., 2003. С. 230–245 и др.

[4] См.: Курс российского трудового права. Т. 3. Трудовой договор / науч. ред. Е. Б. Хохлов. СПб., 2007. С. 79–84.

довых отношений, поэтому отнесение их к вышеназванному перечню весьма сомнительно. К тому же стоило бы выделить своеобразный квалифицирующий признак трудового договора, а именно наличие организационной и (или) экономической зависимости работника от работодателя. Именно к такому выводу пришли ведущие эксперты Международной организации труда в начале XX в., и именно эта позиция отражена в рекомендациях Международной организации труда № 198 «О трудовом правоотношении» 2006 г., которое было оставлено авторами без должного внимания. К этой проблеме мы вернемся в параграфе 3.4.

Стоит отметить, что в дальнейшем именно власть работодателя позиционируется авторами в качестве важнейшего признака трудового договора, подчеркивается значение экономической и отчасти организационной несамостоятельности работника.

В этой связи несколько категорично звучит утверждение об отсутствии у работников экономической слабости и равной защите прав и законных интересов всех субъектов права[1]. Не отрицая формального равенства до заключения трудового договора, подчеркнем, что уже само наличие власти работодателя делает необходимым ее публичное ограничение, а это уже защита именно работника. То, что воля работодателя при заключении, изменении и прекращении трудового договора ограничена существенно больше, чем воля работника, — очевидно. Представляется, что признание полного равенства сторон (с добавлением автономии их воли и имущественной самостоятельности) с неизбежностью приведет как минимум к переходу института трудового договора в гражданское право, а как максимум — к поглощению трудового права цивилистикой. Речь идет, естественно, не о нарушение законодательства в пользу работника, а о том, что в самом законодательстве это фактическое неравенство должно выравниваться, создавая определенные преференции работникам. Отсюда и трактовка спорных, неразрешимых противоречий в пользу трудового права и трудового договора (ст. 19.1 ТК РФ), презумпция трудовых отношений, о которой будет сказано отдельно.

В этой связи стоит отметить и попытку Н. И. Дивеевой обосновать авторскую концепцию механизма индивидуально-правового регулирования трудовых отношений. В чем суть предложенной концепции, ее новизна? По мнению автора, под индивидуальным правовым регулированием трудовых отношений понимается формализованная в индивидуальных правовых актах правомерная деятельность работника и работодателя (иногда при посредстве юрисдикционных и контрольно-надзорных органов) по нормированию субъективных трудовых прав и обязанностей на основе свободного усмотрения субъектов такой деятельности в границах существующего правопорядка. При этом Н. И. Дивеева выделяет следующие виды названного регулирования: а) договорное регулирование, осуществляемое работником и работодателем; б) одностороннее управление трудом, осуществляемое работодателем в порядке реализации им хозяйской власти и одностороннее регулирование, осуществляемое работником; в) правоприменительное регулирование индивидуальных условий труда юрисдикционными и надзорными органами[2].

---

[1] См. там же. С. 107.

[2] См.: *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. Барнаул, 2008. С. 80–81.

Предложенная автором конструкция (правовой механизм) индивидуального правового регулирования носит, несомненно, новаторский характер и, возможно, по этой причине вызывает целый ряд вопросов.

Во-первых, весьма неубедительными представляются суждения автора о нормативности индивидуально-правового регулирования, его нормирующей функции. В такой интерпретации и условия трудового договора, и правоприменительные акты в результате нормирующей функции есть, как пишет Н. И. Дивеева, «индивидуальные правовые нормы, которые, не творятся, но защищаются государством»[1]. Этой проблемы мы еще коснемся.

Во-вторых, общепризнанно, что в механизме правового регулирования традиционно выделяются нормы права, правоотношения и акты реализации прав и обязанностей. Если следовать авторскому изложению механизма индивидуального правового регулирования, то в нем все эти элементы сливаются в некое единое целое, т. е. трудовой договор является одновременно и нормой права, и юридическим фактом, и правоотношением, и некой деятельностью субъекта. Кстати, сам автор этот тезис подтверждает, отмечая, что с позиций субъективного права можно вести речь о слиянии процесса правотворчества (нормоустановления, правоустановления) и реализации права и, соответственно, о «нормативности индивидуального правового регулирования»[2].

Достаточно сомнительно включение метода в механизм правового регулирования в качестве его статической части (с. 116), поскольку метод соотносятся с механизмом не как часть и целое, а как разные стадии единого процесса. Предложенное определение правовых средств через юридический инструментарий не имеет рационального объяснения, так как далее анализируются только правовые средства, а даже само понятие инструмента отсутствует[3]. Представляется, что традиционный механизм правового регулирования не имеет уникальных проявлений в отношении индивидуально-договорных отношений. Возникает вопрос о теоретической и практической значимости предложенного механизма индивидуального правового регулирования, в котором нормы права равнозначны актам реализации права.

В-третьих, следует отметить, что сам автор не всегда следует предложенной им концепции. Так, совершенно справедливо Н. И. Дивеева проводит разграничение дифференциации и индивидуализации, особо подчеркивая, что в механизме правового регулирования трудовых отношений с помощью дифференциации происходит регламентация общественных отношений на уровне нормы права, а индивидуально-правовое регулирование представляет собой стадию реализации права. Видимо, понимая, что таким утверждением по сути перечеркивается изложенная выше авторская концепция индивидуально-правового регулирования, Н. И. Дивеева делает оговорку о том, что «было бы неправильным полностью противопоставлять» индивидуализацию и дифференциацию. Далее она выстраивает некие замысловатые формулы соотношения «единства, дифференциации и индивидуализации», где индивидуализация фигурирует как «правовое

---

[1] См.: *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. Барнаул, 2008. С. 86.

[2] См. там же. С. 75.

[3] Там же. С. 116, 119–121.

средство» (И 1), и как конкретное правоотношение (И 2)[1], что не проясняет сути проблемы. На наш взгляд, дифференциация и индивидуализация представляют собой смежные, но не тождественные явления, которые можно скорее противопоставить, но в любом случае нельзя слить в некое единство[2].

Предложенная автором теоретическая конструкция индивидуального правового регулирования трудовых отношений не открыла новых «горизонтов» в исследовании правового регулирования трудовых договоров. Авторские выводы вполне укладываются в традиционную схему единства и взаимодействия трех уровней правового регулирования: нормативного, коллективно-договорного (локального) и индивидуально-договорного.

На наш взгляд, концепция индивидуально-правового регулирования в отечественной науке нуждается в дальнейшей разработке и до сих пор в значительной степени базируется на идеях А. С. Пашкова и А. К. Безиной, о чем уже упоминалось ранее. Об этом свидетельствуют и материалы сборника, специально посвященного данной проблеме[3].

Л. Ю. Бугров подошел к осмыслению феномена трудового договора комплексно. Трудовой договор понимался им в пяти проявлениях его юридического значения: 1) вариант реализации права на труд; 2) договор по правилам, установленным государством; 3) генеральный институт трудового права; 4) совокупность юридических фактов; 5) один из источников трудового права[4].

Критике было подвергнуто определение трудового договора через родовое понятие соглашения. По мнению ученого, сам договор является родовым понятием. Не удовлетворило его и определение работодателя и работника в качестве сторон трудового договора, данное в ст. 20 ТК РФ. Работодатель определен им как «субъект, который имеет право в соответствии с законодательством вступать в отношения в сфере действия норм трудового права в качестве стороны, представляющей работу, например, заключать трудовой договор». Работника предложено именовать «физическим лицом, реализующим свое право на труд», а в определении акцентировать внимание на правах сторон[5].

При этом ученый пошел дальше и поставил под сомнения некоторые элементы современной конструкции трудового договора. Л. Ю. Бугров предположил, что на смену составляющей организационного признака трудового договор (подчинение работника правилам внутреннего трудового распорядка или «работодательской власти», по Л. С. Талю) приходит право работодателя на управление отношениями по поводу труда.

Это позволили Л. Ю. Бугрову дать авторскую дефиницию трудового договора, как «договора между реализующим свое право на труд физическим лицом

---

[1] См.: *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. Барнаул, 2008. С. 189–191.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М.* Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения: Материалы Пятой международной научно-практической конференции / под ред. К. Н. Гусова. М., 2009. С. 6–18.

[3] См.: Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения. М., 2012.

[4] См.: *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 91.

[5] См. там же. С. 118, 122, 126 и др.

и работодателем, в котором данные стороны фиксируют согласованные в процессе переговоров права по поводу труда и корреспондирующие им обязанности (включая право физического лица на получение от работодателя определенной работы и на определенную оплату труда, а также право работодателя на управление отношениями по поводу труда и на требование выполнения работы другой стороной лично) и который заключается, изменяется, приостанавливается и прекращается строго по правилам, установленным государством — фактическим участником каждого такого договора»[1]. Нам такое определение не кажется безупречным, однако сама постановка проблемы в таком ракурсе интересна и плодотворна.

Особенно спорным представляется постоянное упоминание о том, что государство является участником трудового договора. Это можно принять как метафору, но как отражение правовой реальности — нет. Несомненно, государство посредством права выступает универсальным регулятором общественных отношений, но их участником выступает только в публично-правовых отношениях через своих представителей.

Л. Ю. Бугров предложил свою версию разграничения трудовых договоров с гражданско-правовыми договорами о труде. Он обоснованно отметил и определил как позитивное явление распространение ряда существенных трудоправовых правил на гражданско-правовые договоры о труде в странах Запада. В этой связи он обосновал в качестве более позитивного подхода не разделение трудовых и гражданско-правовых договоров о труде, а их соотношение, допускающее и четкое отсутствие границ у названных отраслей права. При этом констатировалась лидирующая роль трудового права в аспекте защитной функции. Ученый предложил шесть оснований разграничения признаков трудового и гражданско- правовых договоров: 1) цель договора; 2) подчинение трудящегося распорядку (организации труда), установленному субъектом, принимающим результаты труда; 3) необходимость личного выполнения работы; 4) необходимость обеспечения условий труда, установленных трудовым законодательством, субъектом, представляющим работу; 5) интеграция трудящегося в организационную структуру субъекта, представляющего работу; 6) риск случайного невыполнения работы[2].

Отметим, что последнее положение является не признаком трудового договора, а последствием признания его трудовым.

Однако автор категорически выступил против презумпции трудовых отношений к любым отношениям по поводу применения личного труда. В духе рекомендации Международной организации труда № 198 о трудовом правоотношении 2006 г. он предложил усилить роль инспекции труда при определении отраслевой принадлежности отношений, связанных с трудом (с учетом требований ч. 4 ст. 11 ТК РФ), что при современной исключительной подведомственности таких споров судам невозможно. Продуктивным нам видится и предложенное в монографии выделение «смежных с трудовыми» договоров и субдоговоров в границах трудового права[3].

---

[1] *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 126–127.

[2] См. там же. С. 152–153.

[3] См. там же. С. 157–166 и др.

Достаточно интересен подход ученого к выделению принципов трудового договора. В этом качестве он определил свободу трудового договора, равенство сторон трудового договора, определенность работы по трудовому договору[1]. Впрочем, выводы автора достаточно вариативны и компромиссны.

Попытку разграничения трудовых и гражданско-правовых договоров предпринял М. М. Харитонов, посвятивший этому специальную публикацию. Цель работы, по мнению автора, крайне амбициозна. Утверждается, что существует универсальный критерий, позволяющий отграничить трудовой договор от схожих с ним гражданско-правовых договоров о труде (подряда, оказания услуг, агентирования и т. п.), однако в настоящее время этот критерий неизвестен науке и судебной практике[2]. В этой связи М. М. Харитонов заявил ни много ни мало как об обнародовании общего признака, который позволит отграничить названные виды договоров. Посмотрим, насколько ему это удалось.

М. М. Харитонов отвергает все традиционные критерии разграничения трудового и гражданско-правовых договоров, оппонируя почему-то только позиции своих петербургских коллег С. П. Басалаевой, С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова, о которой упоминалось выше. Его не устраивает признание критерием разграничения совокупности признаков при наличии одного системообразующего — «экономической зависимости работника», «подчиненного характера труда», «труда в интересах, под управлением и контролем работодателя»[3] и др.

Примечательно, что к указанному выводу о выделении в качестве главного критерия подчиненного (зависимого) положения работника склоняются и ученые континентальной Европы, англосаксонских стран, и эксперты Международной организации труда. Это нашло отражение и в Рекомендации Международной организации труда № 198 «О трудовом правоотношении» 2006 г., о которой говорилось выше и материалы к которой также опубликованы. Между тем в работе эта рекомендация даже не упомянута. Возможно, они помогли бы автору несколько скорректировать свою позицию.

Критика известных критериев носит характер сомнения и подчеркивания возможности применения любого из критериев трудового договора и к гражданско-правовым договорам. Действительно, очевидно, что сторона гражданско-правового договора может быть обязана выполнять работу лично, работать по определенной трудовой функции, будет включена в трудовой коллектив, при этом будет предусмотрена периодическое вознаграждение за труд и т. д. Тогда возникает правомерный вопрос: а почему этот договор не трудовой и зачем при правовом равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности сторон городить весь этот огород? Образно говоря, нет необходимости приделывать два горба лошади, если у нас есть верблюд, тем более, что и двугорбая лошадь останется лошадью. В этой связи скепсис и даже местами агностицизм полезны, но вывод об отсутствии и даже несостоятельности современных сово-

---

[1] *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 190–204.

[2] См.: *Харитонов М. М.* Универсальные критерии, отличающие трудовой договор от гражданско-правовых договоров о труде. М., 2015. С. 2.

[3] См. там же. С. 134 и далее.

купности критериев или главного критерия разграничения названных договоров[1] сам достаточно несостоятелен.

Что же предлагает автор взамен во второй главе, которую и начинает с вопроса «Что же делать»? Первоначально предложено искать этот критерий в содержании договоров. Но уже это положение вызывает минимум два возражения. Во-первых, если договора нет вообще, а имело место фактическое допущение к работе с ведома или по поручению работодателя, во-вторых, если заключен гражданско-правовой договор, связанный с использованием личного труда, а реально сложились трудовые отношения. Содержание чего в этой ситуации мы будем изучать в поиске нужного критерия?

Наконец, мы находим это юридически универсальное отличие трудового договора от смежных гражданско-правовых. М. М. Харитонов пишет: «...В трудовом договоре исполнитель обязуется предоставить заказчику свое личное время, которое тот может использовать определенным функциональным образом»[2]. Однако опять же сложно определить не только что здесь нового, но и что имеется в виду. Начнем с того, что «исполнитель» и «заказчик» вообще-то не могут быть сторонами трудового договора, даже если выражаться образно. Такое упрощение характерно для экономической литературы, но недопустимо в правовом исследовании. Применение наименования этих сторон договора ко всем видам договоров только запутывает ситуацию, тем более что даже в договоре подряда оно иное (заказчик — подрядчик) и др.

К тому же это положение прямо вытекает не только из норм ч. 1 ст. 91 и ст. 196 ТК РФ, как считает автор, но и тех же ст. 15, 56 и даже ст. 8 ТК РФ (об этом ниже).

Еще сложнее с «предоставлением личного времени». Даже абстрактно это представить нельзя, так как время (как и пространство) — только координаты чего-либо передаваемого «здесь и сейчас». Само время (как и пространство) предоставить нельзя, даже распорядиться можно только своим личным временем «здесь и сейчас». В этой связи часто используемое в работе словосочетание «управление временем»[3] может подходить только к машине времени (пример — художественный фильм «Назад в будущее»), ибо хотя бы в юридическом смысле время линейно и им невозможно управлять. Установление продолжительности времени работы и осуществление власти работодателя в этот период — это уже не управление временем, а управление персоналом. Ввиду этого можно применить и категорию «управление трудом», связанную с научным наследием А. С. Пашкова и нашедшую отражение, в частности, в ст. 1 ТК РФ. Это «управление трудом» и поглощает «управление временем».

Нельзя на некоторое время предоставляется и способность к труду (или труд, рабочую силу и др. в зависимости от различных подходов, которые, однако, в данном случае не имеют значения). Способность к труду, существующая и реализуемая во времени, не может быть отделена от личности работника, и в данном случае можно и нужно говорить о временном господстве над

---

[1] *Харитонов М. М.* Универсальные критерии, отличающие трудовой договор от гражданско-правовых договоров о труде. М., 2015. С. 67.

[2] Там же. С. 74–75.

[3] См. там же. С. 91 и др.

личностью работника, т. е., собственно, о власти работодателя. Кстати, по признанию автора, ранее он и считал власть работодателя основным критерием разграничений данных договоров. От себя добавим, что правильно считал, да и в работе эта точка зрения в целом — хотя и с оговорками — сохранена. Власть работодателя (дисциплинарная, директивная (диспозитивная), нормативная, о которых упоминается в работе) как раз, в частности, и предполагает, что работодатель (естественно, в установленных пределах) определяет, сколько и где трудиться работнику по определенной трудовой функции (или функциональным образом). Хотелось бы обратить внимание на исследования этой проблемы в работах Л. С. Таля[1], а также в более поздних работах Л. Я. Гинцбурга, О. В. Смирнова, А. С. Пашкова и др.

Кстати, советские ученые, как названные, так и многие другие, постоянно акцентировали внимание на обязанности работника отработать установленное время и выполнить установленные нормы выработки.

Если же мы — даже абстрактно — разделим время, труд и личность работника, то сможем в духе постмодерна представить ситуацию, когда работник отдал работодателю свое время (естественно, на время), запер в сейф труд, а сам отправился отдыхать. Для примера такой ситуации можно посмотреть художественный фильм «Время» (с Дж. Тимберлейком в главной роли). Отметим, что в трудовых договорах с надомниками и дистанционными работниками идея о «предоставлении времени» явно «проседает».

При этом поиски критериев «управления временем» в книге носят несколько механистический характер. Например, предлагается такой критерий отличия гражданско-правового от трудового договора, как работа не более 2 дней в неделю с общей продолжительностью не более 4 ч в неделю[2]. Как ориентир, а даже не как диспозитивную норму, это можно принять, однако как реальный стандарт труда — нет. Известно множество случаев, когда, например, певец выступает в ресторане или ином заведении по 1 ч в неделю, однако на протяжении многих месяцев или даже лет. Это будут трудовые отношения — тем более с учетом того, что он обновляет репертуар, возможно, пишет музыку и стихи и т. д.

В западных — особенно в американских — университетах достаточно распространены договорные отношения с ведущими учеными с мировым именем, когда они читают по одной лекции в месяц, а одно занятие в неделю для профессоров — достаточно распространенная практика, кстати, и в некоторых российских вузах тоже. Однако трудовой характер таких отношений под сомнение даже не ставится, хотя никакого иного «управления трудом», кроме как в установленные часы, нет. Более того, как раз в таких государствах, как Канада и Франция, суд может признать трудовыми отношениями даже отношения, основанные на гражданско-правовом договоре (где нет организационной зависимости), которые носят длящийся характер и порождают экономическую зависимость, например отношения подрядчика от заказчика. Отсюда выделение категории работников, известных как «независимые зависимые», или «зависимые независимые».

---

[1] Начать целесообразно с его работы «Проблема власти над человеком в гражданском праве» (Юридический вестник. 1913. Кн. III. С. 103–140).

[2] См.: *Харитонов М. М.* Указ. соч. С. 133.

При этом в работе есть много интересных и поучительных положений. Так, предложенные автором 72 структурные модели отношений, связанных с трудом, имеют познавательное и прикладное значение. Они действительно позволяют помочь разграничить трудовой договор с гражданско-правовыми договорами о применении личного труда, не являясь, однако, лакмусовой бумажкой для распознания их отраслевой принадлежности. В этой части стоит помнить суждение известного философа Л. Витгенштейна о комбинировании числа возможностей истинности и ложности элементарных суждений[1].

Интересна и предложенная автором последовательность шагов (их семь) по разграничению названных договоров. Смущает только то, что в первом же шаге установление отсутствия договора автоматически делает эти отношения как минимум не урегулированными правом[2]. Создается впечатление, что вариант с фактическим допущением к работе с ведома или по поручению работодателя здесь даже не рассматривается, тем более — возможность переквалификации гражданско-правового договора в трудовой. Третий шаг (формальное соответствие условий договора трудовому законодательству) можно было бы совместить с первым, так как срок работы может быть хоть 1 ч в год, а свободу усмотрения сторон при установлении вида договора никто не отменял. Тем более непонятен в этой ситуации намек автора на то, что трудовой договор можно было бы в этой ситуации переквалифицировать в гражданский. Хотелось бы уточнить, по какому основанию. Четвертый шаг по проверке того, выполнялась ли работа лично, говорит о том, что автор признает комплексный подход к разграничению договоров, в том числе важность личностного признака. Примечательно, что только в последнем, седьмом, шаге фигурирует «предоставление личного времени». Даже без этого шага последовательность была бы оконченной и применимой на практике.

Примечательно, что и в экономической литературе в качестве критериев договоров о труде выделяются время отдыха и заработная плата[3]. Рабочее время и время отдыха могут устанавливаться через смежную категорию (так как жизнь работника не включает в себя в контексте ТК РФ ничего, кроме рабочего времени и времени отдыха). В этой связи такой подход применим и к основному содержанию работы.

Таким образом, в настоящее время большинство ученых выделяет в качестве признаков трудового договора личностный, организационный и имущественный, которые были обоснованы еще Л. С. Талем и на что мы указывали в предыдущем параграфе. Они подлежат оценке в совокупности, однако главным из них является организационная и (или) экономическая зависимость работника от работодателя. Об этом свидетельствует анализ судебной практики[4], это подтверждается и международным правом, о чем будет сказано в параграфе 3.4.

---

[1] См.: *Витгенштейн Л.* Логико-философский трактат. М., 2010. С. 73–74.

[2] См.: *Харитонов М. М.* Указ. соч. С. 137–139.

[3] См., напр.: *Чащин В. В.* Очерки теории и истории экономического оппортунизма. М., 2014. С. 83.

[4] См., напр.: *Кузьменко А. В.* Предмет трудового права и практика арбитражных судов РФ // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 9. СПб., 2014. С. 243–256.

6. Трудовой договор — источник права?

Данную дискуссию нельзя назвать абсолютно новой, однако в 1990-е гг. интерес к этому вопросу существенно оживился. Как отмечается в литературе, «в условиях рынка договоры в трудовом праве становятся одной из важнейших проблем трудоправовой науки. Исследовать ее только с традиционных позиций трудового договора уже невозможно. Следовательно, необходимы новые, общетеоретические подходы, учитывающие современные достижения теории договоров»[1].

Проводя такие исследования, каждая юридическая школа акцентирует свое внимание на определенной стороне проблемы. Так, санкт-петербургская школа трудового права, основываясь на социологическом подходе к праву в целом, рассматривает трудовой договор как источник права. Они называют в качестве одной из функций трудового договора его назначение в качестве юридической базы для дальнейшего существования и развития трудового отношения. Трудовой договор исследуется ими как социоправовой феномен, который существует в определенных общественно-исторических условиях, меняясь вместе с динамикой этих условий. Движение современного трудового договора (заключение, изменение, прекращение) рассматривается в ключе принципа свободы трудового договора[2].

Напомним, что дискуссия о квалификации сделок как индивидуальных актов и как источников права имеет долгую историю с продолжением в наши дни. Сторонники определения природы сделки как источника, иерархически подчиненного законодательным нормам и производным от них (нормативистское учение Г. Кельзена, А. Меркеля, Ф. Шрайера), в настоящее время рассматривают сделки (договоры) в качестве индивидуальных актов, противопоставляя их нормативным актам[3].

Приверженцы позиции, согласно которой договоры являются источниками права, рассматривают их в качестве независимых от системы источников, исходящих от государства (социологическое учение О. Эрлиха, Л. Райзера). В российской философии права эту теорию проповедовал Н. Н. Алексеев, рассматривавший сделку как самостоятельный и совершенно независимый нормативный источник, стоящий в одном ряду с законом, обычаем и прецедентом[4].

Л. Ю. Бугров предложил отнести трудовой договор к источникам права, если предварительно отказаться от нормативистского и позитивистского понимания права. Это он считал признаком отказа от статики научного юридического мышления и следствием более глубокого анализа ст. 9 ТК РФ. Мы являемся противниками такого подхода как в общетеоретическом, так и в отраслевом контексте. Однако позиция Л. Ю. Бугрова на деле оказывается компромиссом, которую могут с оговорками принять и противники отнесения трудового договора к источникам права. Л. Ю. Бугров писал: «Итак, трудовой договор, являясь источником трудо-

---

[1] *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г.* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Книга первая. М., 2007. С. 235.

[2] Курс российского трудового права. Т. 3. Трудовой договор / под ред. Е. Б. Хохлова. СПб., 2007. С. 123, 518 и др.

[3] См.: *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия. М., 1999. С. 32.

[4] См.: *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. СПб., 1999. (По изд. 1924 г.) С. 164–169.

вого права, обладает отчетливо выраженной спецификой. Она предопределена главным образом тем, что функция источника права выполняется в трудовых договорах одновременно с реализацией права и в известной мере явно подчинены ей». А коли так, это не противоречит нашей позиции, согласно которой трудовой договор по своей природе является актом реализации права. Следовательно, разногласия упираются скорее в термины, а не в сущность проблемы. Только в рамках такого своеобразия можно понимать авторское положение о том, что в некоторых случаях «индивидуализация может рассматриваться в границах процесса дифференциации правового регулирования»[1]. В ином случае индивидуализацию и дифференциацию следует признавать смежными, но различными явлениями. Именно этой точки зрения мы и придерживаемся.

На наш взгляд, суть этой «отчасти вечной» дискуссии в конечном итоге сводится к различному правопониманию его участниками понятий источников права, форм права. Если мы признаем в качестве признаков норм права их неперсонифицированность (они рассчитаны на неопределенный круг лиц) и неказуистичность (они рассчитаны на неопределенное число случаев), то индивидуальные договоры (в том числе трудовые) источниками права не могут быть в принципе[2].

Если под нормами права и правам в целом мы подразумеваем что-то иное (идеалы, переживания, общественные отношения и др.), то трудовой договор, как и нормы права, да и право в целом, могут быть чем угодно. Однако в этом случае дискуссия будет невозможна за отсутствием ее предмета.

В постсоветский период в литературе рассматривался еще ряд интересных проблем, относящихся к числу новых или хорошо забытых старых. В связи с важностью их рассмотрения они вынесены в отдельные главы и параграфы данной монографии:

- условия действительности трудового договора и иных договоров о труде, изменение юридической квалификации трудового договора, аннулирование трудового договора (параграф 3.3);
- международно-правовая квалификация трудовых договоров и презумпция трудовых отношений (параграф 3.4);
- конструкция трудовой сделки и ее соотношение с договорами о труде (параграф 3.5);
- нетипичные (гибкие) трудовые договоры (гл. 4);
- интеллектуальная и образовательная составляющая в договорах о труде (гл. 5);
- дальнейшая эволюция коллективных договоров (соглашений) (гл. 6);
- социально-обеспечительные договоры (гл. 7).

3.3. Условия действительности трудового договора и иных договоров о труде, изменение юридической квалификации трудового договора, аннулирование трудового договора: вопросы теории и практики

О недействительности условий трудового и коллективного договоров. Юридическая конструкция гражданско-правового договора оказала существенное влияние на становление и развитие института трудового договора. Отметим,

---

[1] См.: *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 245, 178–179.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М.* Теория государства и права. С. 79–95, 147–151 и др.

что договор как институт права сформировался в целом в рамках классической цивилистики, в связи с чем обращение ученых — специалистов по трудовому праву к гражданско-правовым конструкциям актуально и своевременно. Но при этом очевидно, что трудовой договор в силу особой его природы (личный характер трудовых отношений, подчинение работника власти работодателя, публичные ограничения определения сторонами содержания трудового договора и др.), не может «в чистом виде» непосредственно заимствовать те или иные договорные конструкции (недействительность договора, существенные условия договора и т. д.).

Кодекс законов о труде РСФСР 1922 г. легализовал институт недействительности договоров и соглашений о труде. Все договоры и соглашения о труде, ухудшающие условия труда сравнительно с постановлениями кодекса, признавались недействительными (ст. 4). Таким образом, при буквальном толковании речь шла о признании недействительными договоров о труде в целом. Однако кодекс не устанавливал правового механизма такого признания.

Опираясь на нормы Кодекса законов о труде, К. М. Варшавский одним из первых определил условия действительности трудового договора. При этом он проводил параллели с условиями недействительности сделок в Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. По его мнению, к условиям действительности трудового договора относились: 1) правоспособность и дееспособность контрагентов; 2) соблюдение установленной формы договора; 3) непротивозаконность условий договора[1]. Правоспособность и дееспособность нанимателя К. М. Варшавский связывал с гражданской право- и дееспособностью предприятий, физических лиц — нанимателей. В отношении трудящихся автор высказал сомнение по поводу возможности признания трудового договора недействительным в целом в случаях его заключения с лицом, не достигшим возраста 14 лет, или с женщинами, принятыми на работы, где их труд запрещен законом. В отношении формы трудового договора, как отмечал К. М. Варшавский, Кодекс законов о труде 1922 г. никаких особых правил не содержал, что позволяет считать допустимой как устную, так и письменную форму. В тех случаях, когда закон предписывает обязательную письменную форму (например, договор с учениками), ее нарушение, по мнению ученого, не может служить основанием признания трудового договора недействительным, поскольку это отразилось бы в первую очередь на положении трудящегося. Трудовой договор сохраняет силу, но его содержание может быть доказано свидетельскими показаниями.

К. М. Варшавский называл четыре грани, в пределах которых индивидуальное соглашение сторон трудового договора должно осуществляться, чтобы не утратить своей действительности. Во-первых, условия трудового договора не должны ухудшать положения трудящегося по сравнению с условиями, установленными законами о труде. При этом автор подчеркивал, что вопрос о том, является ли то или иное условие ухудшающим положение трудящегося, может быть сравнительно легко разрешен, поскольку в большинстве случаев закон устанавливает известный минимум прав трудящихся. Сложнее дело обстоит в тех случаях, когда данный вопрос вообще не затронут в кодексе. Например, спрашивает К. М. Варшавский, допустимо ли соглашение, в силу которого на-

[1] См.: *Варшавский К. М.* Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 61 и далее.

нимающийся обязуется после прекращения договора не поступать на службу на конкурирующее предприятие? С одной стороны, это условие, взятое само по себе, ухудшает положение трудящегося, с другой стороны, нельзя не учесть и того, что в виде компенсации за это условие нанимающийся может выговорить себе большее вознаграждение. Проблема, поднятая К. М. Варшавским в 20-е гг. прошлого столетия, не утратила актуальности в настоящее время. Аналогичные вопросы встают и сегодня при применении ТК РФ. К. М. Варшавский видел решение этой проблемы в индивидуальном подходе к каждому такому случаю. Это решение должно было зависеть «от социально-хозяйственного назначения данного условия и той компенсации, которую нанимающийся получает»[1]. Второе ограничение свободы соглашения сторон заключалось, по мнению ученого, в том, что трудовой договор не может заключать в себе условия, ухудшающие положение трудящегося по сравнению с условиями коллективного договора. Третье ограничение автономии сторон связывалось с недопустимостью таких условий, которые ухудшают положение сторон по сравнению с правилами внутреннего распорядка. И, наконец, последнее ограничение, которое предусматривалось Кодексом законов о труде 1922 г.: недействительны условия, клонящие к ограничению политических и общегражданских прав трудящихся.

Рассматривая недействительность условий трудового договора, ухудшающего положение трудящегося, К. М. Варшавский обоснованно писал, что в интересах защиты трудящихся гораздо целесообразнее считать недействительными только отдельные условия договора, а не договор в целом. В этом случае они заменяются соответственной нормой закона, коллективного договора или правил внутреннего трудового распорядка, в случае их недостаточности — обычными в данной отрасли труда условиями. В отличие от гражданского права, как писал ученый, здесь нет места «оспоримости» договора, законодатель считает такие условия ничтожными независимо от желания трудящегося и его обращения за защитой. Возможно, исходя из такого понимания, современный законодатель в ТК РФ отказался от института «недействительности условий трудового договора», заменив его на институт «неприменения» условий трудового договора (так же как и коллективного договора, соглашения), ограничивающих права или снижающих уровень гарантий работников (ст. 9 ТК РФ).

Кодекс законов о труде РСФСР 1971 г. предусматривал институт признания недействительными только отдельных условий договоров о труде (ст. 5). При этом перечень оснований такого признания был расширен и включал не только указание на условия договоров о труде, ухудшающих положение работника по сравнению с законодательством, но и на условия, иным образом противоречащим законодательству. По сути, недействительными должны были признаваться и условия договоров о труде, улучшающие положение работника по сравнению с трудовым законодательством. Ситуация была изменена лишь в результате внесения дополнений в формулировку рассматриваемой статьи закона (в редакции от 5 февраля 1988 г.). Согласно указанной редакции исключалось основание признания договоров о труде недействительными, если они иным образом противоречат законодательству. Осталось единственное основание — ухудшение положения работника по сравнению с нормативными актами о труде.

---

[1] Там же. С. 73.

При этом Кодекс законов о труде 1971 г., как и его предшественник, так же не определял правового механизма реализации положений о признаний условий договоров о труде недействительными. Пробелом в правовом регулировании являлись и вопросы определения органов, которые вправе признавать условия договоров о труде недействительными, и юридические последствия их недействительности. Сам собой напрашивался единственный вариант решения этой проблемы — обращение по аналогии к конструкции недействительности сделок в гражданском праве. Именно в этом ключе в советской теории трудового права эта проблема стала предметом обсуждения. В первую очередь дискутировался вопрос о возможности признании недействительным трудового договора в целом или только его отдельных условий. В гражданском праве недействительными могут признаваться как отдельные условия договоров, так и договор в целом. М. И. Бару считал, что Кодекс законов о труде 1971 г. говорит лишь о недействительности условий трудового договора, а не договора в целом. Не соглашаясь с позицией законодателя, он писал о том, что заключенные договоры, а не отдельные их условия, противоречат закону и поэтому должны быть признаны недействительными[1]. Таким образом, он настаивал на возможности признания трудового договора недействительным в целом.

Другие авторы придерживались иного мнения, разграничивая случаи признания недействительным трудового договора в целом с одной стороны и случаи признания недействительными отдельных условий трудового договора с другой. Так, Ю. Ф. Ильин полагал, что только противозаконные условия трудового договора, которые не могут устанавливаться сторонами договора, ведут к недействительности договора в целом (например, отсутствие у одной из сторон договора трудовой правосубъектности, дефекты воли субъектов). Все прочие условия трудового договора, противоречащие закону, по его мнению, не могут вести к признанию договора недействительным в целом[2]. С решением этой проблемы был связан вопрос о правовых последствиях признания трудового договора или его отдельных условий недействительными.

Многие советские ученые — специалисты по трудовому праву были единодушны в том, что к трудовому договору неприменимы последствия признания гражданско-правовых сделок недействительными (реституция, взыскание в доход государства). Так, по справедливому утверждению Ю. Ф. Ильина, применение двусторонней реституции к недействительным трудовым договорам не может иметь места по двум причинам. Во-первых, затраченный труд возвратить нельзя, во-вторых, этот труд нельзя и не оплатить, так как это будет противоречить конституционному принципу возмездности труда[3]. Если недопустимо применение последствий признания недействительности трудовых договоров по подобию гражданско-правовых сделок, закономерно ставился вопрос об обосновании специальных правовых последствий признания условий трудового договора недействительными.

---

[1] См.: *Бару М. И.* Признание трудового договора недействительным // Советская юстиция. 1972. № 4. С. 8.

[2] См.: *Ильин Ю. Ф.* Недействительность трудового договора по советскому праву: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Воронеж, 1971. С. 7–8.

[3] См. там же. С. 6–7.

В советской теории трудового права к ним относили две группы правовых последствий:

1) расторжение трудового договора;

2) устранение недействительных условий трудового договора.

Первая группа последствий вытекала из закона. Кодекс законов о труде 1971 г. включал дополнительные основания прекращения трудового договора с работниками, принятыми на работу с нарушением правил приема на работу и в других случаях (ст. 254). Анализируя судебную практику, многие авторы подчеркивали, что названные случаи прекращения трудового договора не являются его расторжением по инициативе работодателя, решение вопроса о прекращении трудового договора не зависит от воли работодателя. Требование о прекращении трудового договора ввиду недействительности его условий исходит из самого закона, поэтому трудовые отношения в обязательном порядке должны быть прекращены. А. К. Безина предлагала дополнить трудовое законодательство положением о вменении работодателю обязанности трудоустроить работника путем перевода с его согласия на другую работу. В обоснование своей позиции она приводила ряд доводов, указывая, что работодатель виновен в нарушении закона при приеме работника на работу и имеет реальную возможность исправить ошибку путем оставления трудящегося на том же предприятии[1]. Это предложение было легализовано только в ТК РФ (ст. 84). Кстати, названная статья была дополнена еще одной новеллой — установлением обязанности работодателя выплатить работнику выходное пособие в размере среднего месячного заработка, если нарушение правил заключения трудового договора допущено не по вине работника.

Вторая группа последствий недействительности условий договора носила доктринальный характер, законом не предусматривалась. Эти последствия связывались с устранением недействительности условий трудового договора, т. е. приведением их в соответствие с требованиями закона. Критерием разграничения и выбора того или иного правового последствия, по мнению ряда ученых — специалистов по трудовому праву, должна стать категория устранимости или неустранимости противоправности условия трудового договора. А. К. Безина писала, что из двух методов исправления недействительности трудового договора предпочтение следует отдать второму — исправлению недействительных условий, так как преобразование трудовых договоров из недействительных в действительные отвечает принципу стабильности, устойчивости трудовых отношений[2].

Е. А. Голованова утверждала, что только неустранимые нарушения закона должны повлечь прекращение трудового договора[3]. Эту позицию поддержала и А. К. Безина, которая отмечала, что «иногда, несмотря на согласие сторон трудового договора продолжить его на прежних условиях или на их стремление ликвидировать незаконное условие, оно не подлежит ликвидации никакими способами, кроме одного: расторжение договора»[4].

---

[1] См.: *Безина А. К.* Вопросы теории трудового права и судебная практика. Казань, 1976. С. 25.

[2] См. там же. С. 34–35.

[3] См.: *Голованова Е. А.* Прекращение трудового договора. М., 1966. С. 47.

[4] *Безина А. К.* Указ. соч. С. 25.

Устранение недействительности отдельных условий трудового договора как правовое последствия признания этих условий недействительными может иметь место при наличии именно устранимых нарушений закона. В целях установления реальных гарантий для исправления недействительного условия трудового договора Ю. Ф. Ильин предлагал установить в законодательстве допустимость исправления недействительности договора при одновременном продолжении незаконных трудовых отношений, перевод на другую временную работу на период устранения порочности договора, отстранение от работы на это время[1].

В трудовом законодательстве также оставался открытым вопрос о моменте наступления недействительности условий трудового договора: либо с момента заключения трудового договора, либо с момента признания этих условий недействительными, т. е. только на будущее. Е. А. Голованова считала само собой разумеющимся, что трудовой договор может признаваться недействительным лишь на будущее с момента такого признания, проработанное время должно быть работнику оплачено[2]. А. К. Безина полагала иначе. Анализируя условия трудового договора, которые являются недействительными, она отметила их разнообразный характер, в силу чего последствия признания их незаконными не могут быть равнозначными. В одних случаях незаконные условия противоречат функционированию трудовых отношений. Здесь возможно, по ее мнению, лишь одно последствие — расторжение договора с сохранением трудовых прав работника в связи с предшествующей деятельностью: право на заработную плату, право на отпуск за отработанное время и др. На таких именно условиях должно расторгаться большинство трудовых договоров по причине нарушения правил приема на работу. Однако при отдельных нарушениях трудовой договор должен быть не только расторгнут, но и признан недействительным с первого дня его реализации. В качестве примера приводится практика заключения трудового договора в нарушение принципа личного исполнения трудовых обязанностей, т. е. трудовой договор заключен одним лицом, а трудовые обязанности фактически исполняются другим лицом. В этом случае, как пишет автор, должно быть ликвидировано право работника на трудовой стаж, в то же время право на оплату затраченного другим лицом труда должно быть сохранено[3].

Таким образом, поднятая проблема недействительности условий договоров о труде ждала своего решения. Вместо этого законодатель в ТК РФ 2001 г. отказался от института недействительности договора в отношении названных условий, ограничившись общим положением о том, что коллективные договоры, соглашения не могут содержать условий, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленный трудовым законодательством. Как уже указывалось, если такие условия включены в коллективный договор, соглашение или трудовой договор, то они не подлежат применению (ст. 9). Но правовой механизм «неприменения» отсутствует, о чем будет сказано ниже. Между тем в отношении условий коллективных договоров и соглашений законодатель сохраняет ссылку на «недействительность» условий наряду с институтом

---

[1] См.: *Ильин Ю. Ф.* Указ. соч. С. 10–11.

[2] См.: *Голованова Е. А.* Указ. соч. С. 47.

[3] См.: *Безина А. К.* Указ. соч. С. 36.

«неприменения условий договора» (ст. 50). Изменение позиции законодателя в данном случае, на наш взгляд, связано с осознанием очевидного факта — непригодности в большей своей части цивилистического института недействительности сделки к трудовому договору. Это касается прежде всего правовых последствий такого признания (реституция и взыскание в доход государства полученного по сделке).

Полагаем, что решение поставленной проблемы возможно в ином ключе. Во-первых, очевидно, что сохраняет свою практическую значимость определение перечня оснований (условий) действительности договоров. Во-вторых, юридические последствия недействительности условий трудового, коллективного договоров не могут быть связаны с институтом реституции или взыскания в доход государства полученного по сделке. В зависимости от характера условий договора и оснований их недействительности правовые последствия должны дифференцироваться законодателем. Это могутт быть прекращение трудового договора, заключенного с нарушением правил его заключения (ст. 84 ТК РФ), изменение юридической квалификации договора (ч. 4 ст. 11, ч. 4 ст. 58 ТК РФ), «исцеление трудового договора» (ч. 3 ст. 57 ТК РФ) и др. Рассмотрим их по порядку.

В гражданском праве условия действительности сделок, а следовательно, и договоров неоднократно являлись объектом специального исследования. Это позволяет нам сформулировать признаваемые большинством современных цивилистов условия: 1) ее участники обладают дееспособностью (полной, конкретной или ограниченной); 2) она совершена в установленной законом форме; 3) воля субъекта сформировалась в нормальных условиях и волеизъявление соответствует внутренней воле; 4) содержание сделки и ее правовые последствия не противоречат закону и иным правовым актам[1]. По этому же пути идут и некоторые ученые — специалисты по трудовому праву[2]. Такой подход представляется нам довольно конструктивным.

1) *Договоры с пороками субъектного состава*. Относительно пороков в субъектном составе ТК РФ дает достаточно однозначную трактовку только в отношении специальной правосубъектности работников, связанной с ограничением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью по приговору суда, в силу медицинского заключения, отсутствия документа об образовании и других случаях, предусмотренных федеральными законами. Если лицо в силу указанных в законе обстоятельств не может быть субъектом трудовых отношений, то договор с ним расторгается вследствие нарушения установленных законодательством правил при заключении трудового договора (ст. 84). В названных случаях признание трудового договора недействительным в силу пороков субъектного состава не будет учитывать интересов работника, который уже отработал определенное рабочее время. Более адекватным является именно институт расторжения трудового договора. При этом

---

[1] См.: *Хейфец Ф. С.* Недействительность сделок по российскому праву. М., 1999. С. 46–49; *Шестакова Н. Д.* Недействительность сделок. СПб., 2001. С. 9–11 и др.

[2] См.: *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999. С. 13–20; *Лебедев В. М., Чернышева И. В.* Догмы трудового права // Современные проблемы трудового права. Новосибирск, 2002. С. 8–11 и др.

законодатель предусмотрел определенные гарантии трудовых прав работника, если нарушение правил приема на работу допущено не по вине работника, — предложение о переводе на другую работу и выплата выходного пособия.

Вместе с тем остается открытым вопрос о судьбе трудового договора, который заключен с лицом, не достигшим установленного законом возраста, лицом, признанным недееспособным вследствие душевной болезни или слабоумия, с несовершеннолетним лицом без письменного согласия его законных представителей. По логике в данном случае должна применяться вышеназванная ст. 84 ТК РФ, хотя прямой отсылки к названным основаниям она не содержит. На наш взгляд, названная статья ТК РФ в этой части нуждается в соответствующих дополнениях и изменениях, касающихся включения этих оснований непосредственно в названную статью и определения правовых последствий таких расторжений трудового договора (здесь едва ли уместна обязанность работодателя предлагать переводы на другую работу).

Между тем в практике ряда стран имеется иное решение данной проблемы. Так, Трудовой кодекс Республики Беларусь 1999 г. и Трудовой кодекс Республики Казахстан 2007 г. предусматривают, что перечисленные выше пороки субъекта (работника) влекут недействительность трудового договора в целом. Но при этом не определяется, ни с какого момента трудовой договор признается недействительным (с даты его заключения или с даты признания его недействительным судом), ни правовые последствия такого признания. Трудовой кодекс Казахстана лишь ограничивается общим правилом о том, что признание трудового договора недействительным по вине работодателя не влечет утраты бывшим работником права на оплату труда, компенсационную выплату за неиспользованные дни оплачиваемого отпуска, иные выплаты и льготы.

2) *Договоры с пороками воли и (или) волеизъявления*. Обязательная письменная форма договоров о труде позволяет (хотя и не в полной мере) разрешить проблему совпадения воли и волеизъявления сторон при заключении трудового договора. При этом цель заключения договора о труде, а тем более мотивы не имеют юридического значения. Иными словами, порок воли как таковой не имеет в трудовых отношениях существенного значения. Это обусловлено тем, что работник в любое время может расторгнуть трудовой договор по собственному желанию, а работодатель — по основаниям, предусмотренным законом. Кроме того, пороки воли (например, заключение трудового договора под влиянием заблуждения, обмана) законодатель прямо не предусматривает, но в определенной мере учитывает в случаях прекращения трудового договора по ст. 84 ТК РФ вследствие нарушения правил заключения трудового договора. Так, несообщение работником сведений об ограничении его права занимать определенные должности влечет прекращение трудового договора. Если указанное нарушение правил заключения трудового договора допущено по вине работника, то работодатель не обязан предлагать ему перевод на другую работу, выплачивать выходное пособие.

Заключение трудового договора под влиянием насилия или угрозы также должно влечь его последующее прекращение. Едва ли в данном случае можно вести речь о признании договора недействительным, поскольку согласно ст. 4 ТК РФ принудительный труд запрещен. Вероятно, в этой части необходимы соответствующие дополнения в перечень оснований прекращения трудового

договора по ст. 84 ТК РФ. Иной оценке подлежат случаи, когда под влиянием насилия и угроз в трудовой договор внесены те или иные условия, например условие о переводе на другую работу. В действующем законодательстве судьба таких условий трудового договора не определена. Между тем речь идет о пороках воли и волеизъявления в форме нарушения принципа свободного волеизъявления сторон договора. В определенной части эта проблема нашла отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. «О применении судами Трудового кодекса Российской Федерации» (п. 22). В нем особо подчеркивалось, что «расторжение трудового договора по инициативе работника допустимо в случае, когда подача заявления об увольнении являлась добровольным его волеизъявлением». На наш взгляд, включение в трудовой договор условий с нарушением добровольного волеизъявления сторон должно влечь признание таких условий недействительными (недействующими). В нашем примере условие о переводе на другую работу, которое внесено в трудовой договор под влиянием угроз, признается недействительным и восстанавливается прежнее условие трудового договора (о трудовой функции, месте работы).

Отметим, что названные трудовые кодексы Белоруссии и Казахстана основанием признания трудового договора недействительным предусматривают его заключение под влиянием обмана, насилия, угрозы.

3) *Договоры с пороками формы.* Как нам кажется, свободное выражение волеизъявления сторон надо рассматривать в связи с формой ее выражения, установленной в законе. Многие статьи ТК РФ предусматривают не только письменное согласие работника на те или иные изменения условий трудового договора, но и письменное ознакомление с правом отказаться от работы, например, в ночное время (ст. 96 ТК РФ). Из содержания ст. 57 и 67 ТК РФ следует, что не только сам трудовой договор должен быть заключен в письменной форме, но и изменения в него должны вноситься в той же форме. Это общая норма обязательная для всех случаев, если иное не установлено специальной нормой. В этой связи нам представляется сомнительным предложение В. М. Лебедева о выделении устной формы трудовой сделки или согласия, выраженного действием. При этом дается ссылка на ст. 93 ТК РФ, которая не предусматривает специальной письменной формы для соглашения работодателя и работника об установлении неполного рабочего дня или рабочей недели[1]. Между тем ст. 93 ТК РФ является специальной, но иного режима и формы заключения не предусматривает, следовательно, действует общая норма. К тому же установление неполного рабочего дня или неполной рабочей недели относится к изменениям обязательных условий трудового договора, а согласно ст. 57 и 72 ТК РФ они могут осуществляться только в письменной форме. Эта императивная норма не допускает иных толкований без наличия нормы-изъятия, а последняя отсутствует. Кроме того, посредством устных договоров и соглашений, выраженных действием, можно изменить само содержание трудового правоотношения. Остается непонятным, на что будут ориентироваться органы по разрешению трудовых споров в случае возникновения такового — на обязательную письменную форму трудового договора или на устные соглашения, которые могут быть подтверждены свидетельскими показаниями. Если проводить аналогию

[1] См.: *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву России. Томск, 2002. Вып. 1. С. 59.

с гражданским правом, то несоблюдение обязательной письменной формы договора должно лишать права стороны ссылаться на свидетельские показания. В этом случае мы опять возвращаемся к письменному договору. Фактический допуск к работе (ст. 16, 67.1 ТК РФ) не может служить исключением, поскольку работодатель не позднее 3 рабочих дней обязан оформить письменный трудовой договор. По аналогии можно говорить о последующем письменном оформлении фактического перевода на другую работу или изменении определенных сторонами условий трудового договора, если они произошли по соглашению сторон. Пороки формы договоров о труде также не влекут недействительности их условий. При этом законодатель дифференцированно подходит к форме трудовых договоров в зависимости от их видов. Так, нарушение письменной формы индивидуального трудового договора не влечет его недействительности. Фактический допуск к работе, осуществленный с ведома или по поручению работодателя или его представителя признается заключением трудового договора (ст. 67, 67.1 ТК РФ). В то же время коллективный договор и соглашение предполагают по закону исключительно письменную форму. Отсутствие подписанного коллективного договора или соглашения означает, что они не заключены.

Согласно ТК РФ в содержание трудового договора входят две группы условий, являющихся предметом соглашения сторон (обязательные и дополнительные).

а) Обязательные условия трудового договора — это условия, перечень которых предусматривается трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами. Согласно ТК РФ стороны обязаны включить в трудовой договор эти условия в силу наличия следующих оснований: а) названные условия являются обязательными в силу прямого указания нормативных правовых актов (место работы, трудовая функция, условия оплаты труда и др.); б) эти условия для данного работника отличаются от общих правил, действующих у данного работодателя (режим рабочего времени и времени отдыха, разъездной характер работы и др.). Юридическим последствием невключения обязательных условий в трудовой договор является «исцеление» трудового договора. Но при этом речь идет об «исцелении» трудового договора, который заключен, подписан сторонами либо вступил в силу со дня фактического допуска работника к работе. Согласно ст. 57 ТК РФ, если при заключении трудового договора в него не были включены обязательные условия, то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным или его расторжения. Недостающие условия должны определяться приложением к трудовому договору либо отдельным соглашением сторон, заключаемым в письменной форме, которые являются неотъемлемой частью трудового договора. Отметим, что «приложением» к трудовому договору могут быть только обязательные условия (сведения) информационного характера, так как они включаются в письменный документ фактически в одностороннем порядке работодателем. Иные обязательные условия, которые являются предметом соглашения сторон, оформляются в виде отдельного соглашения как неотъемлемой части трудового договора. В отношении отдельных обязательных условий трудового договора механизм «исцеления» прямо прописан в законе. Так, если в трудовом договоре не определен день начала работы, то работник должен приступить к работе на следующий рабочий день после вступления договора в силу (ст. 61 ТК РФ).

В предложенной редакции ст. 57 ТК РФ законодатель рассчитывает на бесконфликтную (бесспорную) реализацию такого соглашения. Однако не исключена ситуация, когда стороны в процессе «исцеления» не договорятся об обязательных условиях трудового договора, которыми он должен быть дополнен. Это может касаться и содержательного наполнения трудовой функции работника, и места работы, и оплаты труда. В теории трудового права обычно звучит известная фраза о том, что если стороны не договорились в отношении необходимых условий труда, трудовой договор считается незаключенным. Данное утверждение справедливо на стадии переговоров по поводу заключения трудового договора и вызывает вопросы на стадии уже подписанного договора или фактического допуска к работе.

Как следует из ст. 57 ТК РФ, институт «признания трудового договора незаключенным» (несостоявшегося трудового договора) в трудовом законодательстве, по сути, исключен, а запрет расторжения трудового договора в данной ситуации, на наш взгляд, распространяется только на случаи расторжения трудового договора по инициативе работодателя. Распространение этого запрета на работника означало бы применение принудительного труда. Следовательно, если усилиями сторон не удалось «исцелить» трудовой договор в отношении его обязательных условий, то вопрос о юридических последствиях указанной ситуации в отношении судьбы трудового договора остается открытым. Вариант решения проблемы — прекращение трудового договора по соглашению сторон. Но стороны могут и не прийти к такому соглашению. Возможен ли судебный порядок признания трудового договора незаключенным (несостоявшимся)? Каковы в этом случае правовые последствия решения суда? Едва ли «институт признания договора незаключенным» в состоянии разрешить возможные последствия в отношении трудового договора. В тех случаях, когда работник уже приступил к исполнению трудовых обязанностей, признание договора незаключенным означает, что он не порождает прав и обязанностей сторон, в том числе по оплате труда, возмещению ущерба здоровью работника при наступлении страхового случая и т. д. Если работник не приступил к исполнению трудовых обязанностей по трудовому договору в силу болезни, то оплата временной нетрудоспособности в случае признания трудового договора незаключенным также вызывает вопросы. Таким образом, «институт признания трудового договора незаключенным» — пусть даже только в судебном порядке — не отвечает природе данного вида договора.

Между тем, на наш взгляд, для этого случая целесообразно дополнить специальным основанием перечень ст. 84 ТК РФ о прекращение трудового договора вследствие нарушения установленных правил заключения трудового договора. Это основание следовало бы назвать «отсутствие в трудовом договоре обязательного условия». Увольнение по этому основанию должно допускаться при соблюдении следующих условий: 1) стороны не достигли последующего соглашения по недостающему условию трудового договора; 2) отсутствующее условие не может быть восполнено на основании нормативно-правовых актов, локальных нормативных актов, коллективных договоров.

б) Дополнительные условия трудового договора — это условия, предусмотренные по желанию сторон. Их перечень открытый (ст. 57 ТК). Это любые условия, не ухудшающие положение работника по сравнению с установленными

в трудовом законодательстве, коллективном договоре, локальном нормативном акте. Невключение этих условий в содержание трудового договора не влияет на его судьбу.

4) *Договоры с пороками содержания.* В гражданском праве сделки с пороками содержания признаются недействительными вследствие расхождения условий сделки с требованиями закона. Среди отдельных составов таких сделок выделяются сделки, совершаемые с целью заведомо противной основам правопорядка и нравственности, а также мнимые и притворные сделки. Нередко в теории гражданского права мнимые и притворные сделки относят к сделкам с пороками воли и волеизъявления[1].

В трудовом законодательстве пороки содержания договоров о труде связаны в первую очередь с условиями, ограничивающими или снижающими уровень трудовых прав работника по сравнению с законодательством. Эти условия договоров не подлежат применению. Однако правовой механизм реализации этого правила видится нам в ключе института недействительности условий договора, но с правовыми последствиями, отвечающими характеру и природе трудовых отношений. Необходимость обращения к этому институту должна возникнуть только тогда, когда стороны трудового договора не достигли соглашения по вопросу приведения в соответствие с действующим трудовым законодательством условий договоров о труде. В зависимости от характера условий трудового договора следует определять и правовые последствия недействительности. Если в договор включены условия, нарушающие императивные нормы трудового права (например, отказ работника от ежегодного оплачиваемого отпуска, отказ работника от увольнения по собственному желанию в течение срока действия срочного трудового договора), то юрисдикционному органу должно быть предоставлено право признать эти условия недействительными и заместить их на соответствующие закону. Они должны признаваться недействительными с момента включения их в договор. Это некий аналог ничтожных сделок. Если речь идет об иных необходимых или факультативных условиях договора, которые устанавливаются соглашением сторон в пределах минимальных границ, предусмотренных законом, то в этом случае стороны должны придти к соглашению об изменении условий договора. Возможны варианты. Юрисдикционный орган выносит решение, обязывающее работодателя изменить недействительное условие по соглашению с работником либо утверждает мировое соглашение по этому условию. Условия будут признаваться недействительными с даты их признания таковыми. Эти случаи по характеру тяготеют к оспоримым сделкам.

Особый интерес представляют мнимые и притворные договоры о труде. Практика свидетельствует о наличии таких соглашений. В трудовой практике не исключены и случаи заключения мнимых трудовых договоров. Например, предприятие с целью получения налоговых льгот заключает мнимые трудовые договоры с инвалидами. Посредством заключения мнимого трудового договора с родственниками «нужного человека» могут реализовываться коррупционные схемы и завуалированная дача взятки. В гражданском праве мнимая сделка является ничтожной с момента ее заключения. Признание ее недействительной не требует обращения в суд, однако такое обращение необходимо для реализа-

[1] См.: Гражданское право. В 3 т. / под ред. А. П. Сергеева. М., 2008. Т. 1. С. 460.

ции последствий признания сделки недействительной. В российском трудовом законодательстве юридические последствия мнимых трудовых договоров и соглашений не регламентируются, что оставляет открытыми вопросы о трудовом и страховом стаже, о выплаченной заработной, но не заработанной платы и др. Пробел в правовом регулировании не может быть восполнен предложенной законодателем конструкцией «неприменимости условий» договоров о труде, тем более когда они уже применены. Эта проблема ждет своего решения в трудоправовом значении. А при отсутствии законодательного решения остается только обращение к аналогии мнимых сделок и их последствий в гражданском праве.

Притворные сделки также являются ничтожными. Примером притворной сделки может служить гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг или подряда, который заключен вместо трудового договора и опосредует трудовые по своей природе отношения сторон. Признавая притворную сделку недействительной, к ней должны применяться последствия сделки, которую стороны действительно имели в виду, в нашем случае — трудового договора.

В этой связи можно говорить о *презумпции трудовых отношений,* о которой будет сказано ниже.

Здесь же отметим, что в части притворных сделок до сих пор актуальна порочная трудовая практика начала XX в. И. С. Войтинский еще в 1925 г. писал о том, что встречаются случаи, когда в целях обхода законодательства о труде предприниматели пытаются скрыть факт пользования наемным трудом под формой фиктивных гражданско-правовых отношений. Например, понуждают квартирников (надомников) оформлять на свое имя личные промысловые свидетельства или заключать гражданско-правовые договоры купли-продажи, товарищества, артели. Циркуляр Народного комиссариата юстиции и Народного комиссариата труда РСФСР от 30 июня 1924 г. предписывал судам (трудовым сессиям судов) признавать такого рода сделки притворными и применять положения, относящиеся к той сделке, которая действительно имелась в виду[1].

Другим примером притворных условий трудового договора может служить практика включения в трудовой договор условия об оплате труда в размере минимальной заработной платы, в то время как стороны договора устно договариваются о ее получении в большем объеме «в конверте» без надлежащего оформления в платежных, расчетных ведомостях. После увольнения работник в судебном порядке может заявить требование о перечислении на его накопительный пенсионный счет средств с действительно полученных им сумм заработной платы, а не с заработной платы, указанной в расчетно-платежной ведомости. В этой ситуации суд может признать притворным условие трудового договора о выплате заработной платы в минимальном размере, прикрывающем иное условие о заработной плате по трудовому договору, обязать работодателя «исцелить» названное условие в трудовом договоре, заместив его на действительное условие. При этом недействительность названного условия трудового договора не влечет недействительности договора в целом.

В законодательстве зарубежных стран эта проблема недействительности трудовых договоров решается либо в рамках применения гражданско-правовых норм, либо в рамках трудового законодательства путем внесения адаптирован-

[1] См.: *Войтинский И. С.* Трудовое право СССР. М.-Л., 1925. С. 127.

ных к трудовым отношениям норм о недействительности договоров о труде. Нередко допускается аналогия гражданского права в правовом регулировании трудового договора, либо трудовой договор рассматривается как вид гражданско-правовой сделки со всеми вытекающими отсюда решениями. Например, в Греции при наличии пробелов в трудовом законодательстве широко применяется в субсидиарном порядке Гражданский кодекс. В ряде государств трудовые договоры регулируются гражданским законодательством с учетом особенностей этого договора: в ФРГ — Германским гражданским уложением, в Италии — Гражданским кодексом 1942 г.[1]

Некоторые государства ближнего зарубежья в новой кодификации трудового законодательства включают в трудовые кодексы нормы об основаниях недействительности трудового договора, которые один к одному аналогичны основаниям недействительности сделок в гражданском праве (Трудовой кодекс Киргизии, Трудовой кодекс Республики Беларусь). В Законе о трудовом договоре Эстонии названы не только основания недействительности трудового договора, но и юридические последствия признания трудового договора недействительным применительно к каждому основанию. Например, если трудовой договор заключен работником под влиянием обмана со стороны работодателя, то трудовой договор признается недействительным и работнику выплачивается компенсация в размере трехмесячной заработной платы. Предложения о рецепции названных положений обосновываются и современными российскими исследователями. Так, В. М. Лебедев считает необходимым внести в ТК РФ нормы о признании трудовых сделок, в том числе и трудового договора, недействительными как заключенных с пороками воли и содержания, а также об установлении материальной ответственности работодателя в таких случаях[2].

Изменение юридической квалификации договора. Договоры являются общеправовой (межотраслевой) юридической конструкцией, применяемой как в частных, так и в публичных отраслях права (административный договор, служебный контракт и др.). Юридическая квалификация договора напрямую связана с применением соответствующего отраслевого законодательства, которое регулирует отношения участников договора. С этим понятием связана и еще одна правовая категория — «изменение юридической квалификации договора». Ни одна из отраслей права, в том числе и гражданское право, «материнская отрасль» для договоров, не содержит определения института изменения юридической квалификации (переквалификации) договора (сделки). Но этот институт находит проявление в отраслевых формах как в частных, так и в публичных отраслях права. Поскольку трудовое право основано на единстве частных и публичных начал, постольку и данная отрасль не исключает обращения к этому институту. В этой связи рассмотрим этот институт в сравнительно-правовом разрезе частных и публичных отраслей права и определим пределы применения этой юридической конструкции в трудовом праве.

Обратимся к анализу изменения юридической квалификации сделок в гражданском праве. О некой переквалификации сделки, «превращения одного типа договора в другой» можно вести речь в отношении последствий притворных

---

[1] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 35–74.

[2] См.: *Лебедев В. М.* Трудовое право и акрибология (Особенная часть). М., 2008. С. 41.

сделок. В п. 2 ст. 170 ГК РФ предусмотрена возможность переквалификации притворной сделки, т. е. сделки, которая совершена с целью прикрыть другую сделку. Такая притворная сделка считается ничтожной, однако в данном случае с учетом существа и содержания сделки применяются правила, относящиеся к сделке, которую стороны действительно имели в виду. Ничтожная сделка является недействительной с момента ее совершения независимо от признания ее таковой судом. В таких случаях функция суда сводится к применению к такой сделке предусмотренных законом последствий. Но названным случаем не ограничиваются основания изменения юридической квалификации договоров, в том числе гражданско-правовых. Между тем гражданское законодательство не предусматривает такого правового института, как переквалификация сделки. В гражданском праве изменение юридической квалификации — это, по сути, институт признания сделок недействительными. В определенной части это может касаться и трудовых договоров.

Например, в целях получения налоговых льгот организация заключает мнимые трудовые договоры с инвалидами, последние фактической трудовой деятельности не осуществляют. Мнимая сделка является ничтожной и недействительна с момента ее заключения. На практике едва ли в применении последствий этой сделки будут заинтересованы ее стороны. Однако налоговые органы в ходе проведения налоговых проверок выявляют названные договоры и для применения правовых последствий ничтожных договоров обращаются в арбитражные суды с целью доначисления налогов, пеней, штрафов. Однако в названной ситуации обеспечиваются фискальные интересы государства. Решение арбитражного суда по налоговому спору не решает судьбы трудовых договоров. Означает ли данная ситуация, что трудовые договоры с инвалидами должны быть расторгнуты? Если да, то следует определить основание прекращения трудового договора? ТК РФ, иные федеральные законы не содержат таких специальных оснований. Возможно, следует обратиться к институту аннулирования трудового договора (ст. 61 ТК РФ), но применение этого института осуществляется по усмотрению работодателя. Таким образом, вопрос о судьбе трудового договора остается открытым[1].

Ранее в судебно-арбитражной практике вопросы юридической переквалификации гражданско-правовых договоров в трудовые договоры разрешаются, как правило, в рамках двух категорий споров. Во-первых, по искам граждан к работодателям о признании заключенных договоров трудовыми и предоставлении предусмотренных законом условий труда. Во-вторых, по требованиям территориальных органов Фонда социального страхования РФ или налоговых органов к работодателям о переквалификации гражданско-правовых договоров, заключенных с гражданами, в трудовые договоры и взыскании задолженности по обязательным платежам в Фонд социального страхования (доначисленным на сумму выплат по трудовым договорам)[2].

---

[1] Подробнее см.: *Лушников А. М., Князькова М. А.* Рассмотрение трудовых споров в арбитражных судах: к проблеме определения подведомственности отдельных видов индивидуальных трудовых споров // Вестник ЯрГУ. Серия «Гуманитарные науки». 2013. № 4. С. 51–54.

[2] См. также: *Кратенко М. В.* Договор найма услуг физического лица: проблемы судебной практики и перспективы правового регулирования // Трудовое право. 2007. № 5. С. 3–18.

Мы полагаем, что институт квалификации (переквалификации) договоров предназначен для определения типов договоров, т. е. для выявления конститутивных признаков договора и последующего подчинения тем нормам гражданского, трудового, административного, иного законодательства, которые регулируют данный тип договорных обязательств. При этом следует разграничить два вида «изменения квалификации договора»: отраслевая и межотраслевая переквалификация договора. Отраслевое изменение юридической квалификации договора ограничено видами отраслевых договоров. В трудовом праве один из ярких тому примеров — это переквалификация срочного трудового договора в трудовой договор, заключенный на неопределенный срок. Такая переквалификация имеет два правовых режима.

Во-первых, превращение срочного трудового договора в бессрочный происходит в силу прямого указания закона с молчаливого согласия сторон трудового договора. В случае, когда ни одна из сторон не потребовала расторжения срочного трудового договора в связи с истечением срока его действия и работник продолжает работу после истечения срока действия трудового договора, условие о срочном характере договора утрачивает силу и трудовой договор считается заключенным на неопределенный срок (ст. 58 ТК РФ). Во-вторых, переквалификация возможна в судебном порядке. Трудовой договор, заключенный на неопределенный срок при отсутствии достаточных к тому оснований, установленных судом, считается заключенным на неопределенный срок (ст. 58 ТК РФ).

Межотраслевая переквалификация договоров также имеет место в трудовом праве (ч. 4 ст. 11 и ст. 19.1 ТК РФ). Это опять же связано с *презумпцией трудовых отношений,* о которой будет сказано ниже.

Однако мы полагаем, что в этой части подходы к толкованию договора в гражданском праве и трудовом праве также должны существенно разниться. Во-первых, инициатором обращения в суд (заявителем) с очевидностью может выступать работник. Во-вторых, юридическая переквалификация договора может быть осуществлена только в одном направлении — установлении или не установлении факта заключения трудового договора. Не допускается юридическая переквалификация трудового договора в гражданско-правовой. В-третьих, при толковании договора предпочтение отдается не формальной стороне договора, буквальному значению слов и выражений (теория волеизъявления), а действительной воле сторон, которая реализована в фактически сложившихся между сторонами отношениях. При этом суду следует обратиться к практике (фактическому поведению сторон), возникшей после заключения договора во исполнение условий договора. Эти данные должны быть единственными аргументами в пользу того или иного понимания условий договора. В-четвертых, суд при толковании договора и изменении его юридической квалификации руководствуется признаками трудового правоотношения (трудового договора), известными в теории как личностный, имущественный и организационный и получившими легальное закрепление (ст. 15, 16, 133 ТК РФ) и о которых мы неоднократно упоминали выше. В-пятых, суд при изменении юридической квалификации договора не может ограничиться только общим заявлением о природе договора, он должен установить и его необходимые условия о времени начала работы (в срочном договоре и окончания), трудовой функции, месте работы и оплате труда. Отсутствующие в договоре иные усло-

вия (о рабочем времени, времени отдыха и др.) могут восполняться нормами трудового законодательства, т. е. устанавливаться на уровне не ниже минимальных границ трудовых прав, предусмотренных трудовым законодательством.

По действующему трудовому законодательству правовыми последствиями изменения юридической квалификации являются: 1) заключение трудового договора (вместо ранее действовавшего гражданско-правового договора); 2) пролонгация трудового договора на условиях бессрочного договора. Как показал анализ судебно-арбитражной практики, перечень последствий переквалификации трудовых договоров не может исчерпываться указанными выше. Он может быть дополнен по крайней мере еще двумя. Во-первых, это аннулирование мнимого трудового договора. Этот случай требует соответствующих изменений в действующий в настоящее время институт аннулирования трудового договора. На наш взгляд, наиболее адекватным решением этой проблемы стало бы легальное закрепление ранее известного трудовому законодательству института недействительности условий трудового договора. Во-вторых, последствием изменения юридической квалификации договора может стать его изменение в форме изменения работодателя в порядке универсального трудоправового преемства. Соответствующие дополнения необходимо внести в ст. 75 ТК РФ.

Аннулирование трудового договора. Этот институт является новеллой и не был известен прежним кодификациям трудового законодательства. Между тем в 70-е годы XX в. в теории советского трудового права эта проблема стала предметом обсуждения. Основанием дискуссии послужила неоднозначная практика применения трудового законодательства в случаях, когда работник не приступил к работе в установленный срок после заключения трудового договора, — иными словами, фактическая реализация трудовых отношений не происходила. А. К. Безина, анализируя судебную практику прекращения трудового договора, поставила вопрос о восполнении пробела в правовом регулировании. Таким пробелом назывались не урегулированные Кодексом законов о труде 1971 г. последствия трудового договора, который не повлек реализацию трудовых отношений[1]. В этом случае работодатели избирали один из двух путей решения проблемы: 1) увольнение работника за прогул; 2) увольнение по основанию «в связи с неприступлением к работе». Последнее основание увольнения Кодексом законов о труде 1971 г. не предусматривалось. В свою очередь, и судебная практика неоднозначно оценивала названные приказы работодателя.

В науке советского трудового права рассматриваемая проблема также не получила однозначного разрешения. А. К. Безина предложила легализовать особые основания расторжения нереализованных трудовых договоров. По ее мнению, основания расторжения нереализованного трудового договора и трудового договора, реализация которого уже наступила, не должны совпадать. Таким образом, речь велась о расторжении трудового договора в связи с отказом сторон его реализовать. При этом автор предлагала в законодательном порядке определить правовые последствия отказа работника от реализации трудового договора в зависимости от причин отказа (уважительные и неуважительные). Вместе с тем она полагала, что и работодатель не должен

[1] См.: *Безина А. К.* Вопросы теории трудового права и судебная практика. С. 9–19.

лишаться возможности при определенных обстоятельствах отказаться от реализации трудового договора.

Иное видение решения этой проблемы обосновал Р. З. Лившиц (1929–1997). Он считал, что в этих случаях приказ о зачислении на работу отменяется и соглашение аннулируется — иными словами, трудовой договор считается незаключенным[1]. Речь шла не о расторжении трудового договора, а о признании его незаключенным. Следует отметить, что указанные выше позиции ученых — специалистов по трудовому праву носили характер общих подходов, направлений в поиске решения проблемы определения правовых последствий нереализованных трудовых договоров. Сама проблема не получила глубокого теоретического обоснования и разрешения.

Это сказалось в первую очередь на легальном закреплении юридической конструкции аннулирования трудового договора. Согласно первоначальной редакции ТК РФ (ст. 61), если работник не приступил к работе в установленный срок без уважительных причин в течение недели, то трудовой договор аннулируется. Возникал закономерный вопрос: в чем принципиальное отличие увольнения работника за прогул (с первого дня прогула) от вышеназванного случая аннулирования трудового договора. И в том и в другом случае инициатором увольнения выступает работодатель, причина отсутствия работника является неуважительной, бремя доказывания основания лежит на работодателе. Отличительной особенностью аннулирования трудового договора служил только срок. При увольнении за прогул прекращение трудового договора допускается за один день прогула, а при аннулировании работодатель не вправе расстаться с работником до истечения недельного срока после заключения трудового договора. Стоило ли ради такого решения проблемы нереализованного трудового договора вводить в ТК новый институт аннулирования?

В этой связи в ТК РФ были внесены изменения (в редакции Федерального закона от 30 июня 2006 г.), предусматривается исключение всех предусмотренных выше условий аннулирования трудового договора — неуважительной причины и так называемого срока ожидания. Тем самым работодателю предоставляется право отказаться от реализации трудового договора, если работник в установленный договором срок независимо от причины (уважительная или неуважительная) не приступил к работе. Это новое решение законодателя также вызовет вопросы. Например, почему болезнь работника, по причине которой он не приступил к работе, может стать причиной, по сути, прекращения трудового договора? Видимо отвечая на этот вопрос, законодатель предусмотрел некую «компенсацию» за снижение уровня гарантий трудовых прав. Согласно ст. 61 ТК РФ аннулирование трудового договора не лишает работника права на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая в период со дня заключения трудового договора до дня его аннулирования. Мы полагаем, что поставленная проблема нереализованных правовых последствий не получит адекватного правового разрешения до тех пор, пока законодатель не определится с правовой природой

[1] См.: *Лившиц Р. З.* Правовые средства формирования производственных коллективов // Трудовое право и повышение эффективности общественного производства. М., 1972. С. 30.

новой юридической конструкции аннулирования трудового договора. На большое количество возникающих в связи с этим вопросов уже неоднократно указывалось различными авторами[1].

В этой связи просматриваются три возможных варианта решения проблемы.

Первый связан с прекращением трудового договора. Инициатором такого прекращения выступает работодатель. Здесь юридически значима причина отсутствия работника. При неуважительной причине отказа работника от реализации вступившего в силу трудового договора речь должна идти о прекращении трудового договора за нарушение трудовой дисциплины. Отказ работника, вызванный уважительной причиной, исключает увольнение работника по инициативе работодателя. При таком варианте не имеет смысла легализация юридической конструкции аннулирования трудового договора. Неслучайно в литературе встречаются предложения об отказе от юридической конструкции аннулирования трудового договора. Так, Ю. П. Орловский полагает, что для указанных случаев следует расширить перечень оснований прекращения трудового договора вследствие нарушения правил заключения трудового договора (ст. 84 ТК РФ), включив новое основание прекращения трудового договора: отсутствие работника в день начала работы, о котором имелась договоренность сторон[2].

Но и этот вариант оставляет открытым ранее прозвучавший вопрос: почему болезнь работника, по причине которой он не приступил к работе, может стать причиной прекращения трудового договора?

Второй вариант решения проблемы нереализованных договоров связан с легализацией правовой фикции «трудовой договор считается незаключенным». В. И. Каминская подчеркивала, что фикция есть «искусственно созданный, надуманный, сознательно изобретенный» законодателем прием, «плод коллективного воображения»[3]. В нашем случае законодатель может признать трудовой договор незаключенным, аннулированным, т. е. существующий факт признается несуществующим, не порождающим правовых последствий с момента заключения такого трудового договора. В этой связи будут юридически незначимы причины, по которым трудовой договор не был реализован в установленный срок. Достаточно факта отсутствия работника на работе в первый рабочий день после вступления трудового договора в силу.

Отметим, что два вышеперечисленных варианта последовательно сменили друг друга в ТК РФ. Рассмотренный выше вариант несостоявшегося трудового договора как юридической фикции, на наш взгляд, обеспечивает исключительно интересы работодателя. Положение закона о праве работника на получение обеспечения по обязательному социальному страхованию при наступлении страхового случая ограничено весьма незначительным сроком — в период

---

[1] См., напр.: *Пластинина Н. В.* Аннулирование трудового договора. Теория и практика // Кадровик.ру. 2013. № 2. С. 12–22; *Харитонов М. М.* Условия возникновения и осуществления права работодателя аннулировать трудовой договор // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 9. СПб., 2014. С. 278–290; и др.

[2] См.: *Орловский Ю. П.* Теория и практика трудового договора // Трудовое право России: проблемы теории и практики. М., 2008. С. 196.

[3] См.: *Каминская В. И.* Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М.-Л., 1948. С. 66 и др.

со дня заключения договора до дня его аннулирования. На практике это может составлять всего 2 дня. Аннулирование трудового договора производится в одностороннем порядке работодателем, что дает необоснованные преимущества работодателю. В то время как работник будет лишен права на труд независимо от причины не преступления к работе. Заметим, что в гражданском праве, где конструкция признания договора незаключенным получила «прописку», она реализуется в судебном порядке.

Третий вариант решения проблемы нереализованных трудовых договоров связан с причиной возникновения этого правового явления — консенсуальный характер трудового договора. По общему правилу трудовой договор вступает в силу со дня его подписания сторонами, если иное не предусмотрено законом или договором. Проблему аннулирования трудового договора можно полностью снять с повестки дня путем превращения консенсуального трудового договора в реальный. Для этого достаточно установить в ТК РФ норму о том, что трудовой договор вступает в силу со дня преступления работника к работе, если иное не предусматривается нормативными актами или трудовым договором. Этот вариант создает «неопределенность» порядка реализации трудового договора. Отметим, что неслучайно дата начала работы квалифицируется как обязательное условие трудового договора (ст. 57 ТК).

По нашему мнению, все перечисленные варианты решения проблем аннулирования трудового договора как «несостоявшегося к указанному в договоре сроку» не отвечают правовой природе названного договора. Между тем эта конструкция широко применяется в отношении гражданско-правовых договоров. По сути это цивилистическая юридическая конструкция, которая не получила однозначной квалификации ни в положительном праве (ГК РФ), ни в науке гражданского права. Попытаемся разобраться, насколько элементы этой юридической конструкции применимы к трудовым отношениям.

Обычно судебная практика признает гражданско-правовые договоры незаключенными в связи с тем, что стороны не достигли соглашения по всем существенным условиям договора в требуемой в подлежащих случаях форме (ст. 432 ГК РФ). В сфере гражданского права данное утверждение не вызывает сомнений. Что касается трудовых отношений и трудового договора эта конструкция неприменима. В ТК РФ категория «признания трудового договора незаключенным» упоминается только в значении ее отрицания. Согласно ст. 57 ТК РФ, если при заключении трудового договора в него не были включены какие-либо сведения и (или) условия (обязательные условия и сведения), то это не является основанием для признания трудового договора незаключенным. Кроме того, наш законодатель обоснованно отказался от разделения условий трудового договора на существенные и факультативные (ТК РФ в редакции Федерального закона от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ). Как отмечалось выше, гражданско-правовой договор считается заключенным не только при достижения сторонами соглашения по всем существенным условиям договора, но и при соблюдении требований, предъявляемых к форме сделки законом. Если мы обратимся к трудовому договору, то нарушение требований к его письменной форме не влечет признания договора незаключенным (ст. 67 ТК РФ).

Между тем современная судебная практика по гражданским делам идет по пути расширительного толкования оснований признания гражданско-пра-

вовых договоров незаключенными в отношении тех сделок, которые исполнены (полностью или частично), например, в случаях отсутствия государственной регистрации сделок с недвижимым имуществом.

По сути, судебная практика «изобрела» неизвестный до того особый иск «о признании договора незаключенным», отличный от иска о признании сделки недействительной. Применительно к трудовым отношениям такая практика, как правило, едва ли возможна, так как фактический допуск к работе считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя (ст. 67 ТК РФ). Но из этого правила предусмотрено исключение для тех случаев, когда фактический допуск осуществлен ненадлежащим субъектом. В последнем случае трудовой договор не признается заключенным. В ТК РФ правовые последствия для работника названной ситуации определены новой ст. 67.1, которая была введена Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ. Отметим, что о необходимости такой статьи мы писали неоднократно[1].

Совершенно иная картина складывается в отношении определения правовых последствий гражданско-правовых договоров, признанных незаключенными (несостоявшимися). Судебная практика и доктрина гражданского права эту социально значимую проблему решает неоднозначно, так как в положительном законодательстве названная концепция четко не прослеживается. В науке гражданского права эти дискуссии велись еще в дореволюционной литературе и продолжаются по сей день. Ученые и практики разделились на два лагеря. Одни полагают, что к незаключенные договоры следует считать недействительными и применять к ним последствия недействительных сделок[2]. Другие настаивают на различной правовой природе и различных последствиях признания договора незаключенным и признания договора недействительным[3]. При признании договора незаключенным к нему не применяются правила о реституции, конфискационных санкциях, возмещении ущерба, напротив, предлагается применять нормы о неосновательном обогащении.

Перечисленные правовые последствия признания гражданско-правового договора недействительным или незаключенным также нельзя признать адекватным правовым средством разрешения проблемы незаключенных (несостоявшихся) трудовых договоров.

Подведем итоги.

1. Поставленные выше проблемы носят дискуссионный характер, в значительной части ждут своего решения в порядке их легализации в трудовом законодательстве. В этой связи ограничимся общим выводом о теоретической значимости и практической пользе юридических конструкций действитель-

---

[1] См, напр.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. М., 2010. С. 284–287.

[2] Подробнее см.: *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского права. М., 2003. (По изд. 1894 г.) С. 174; *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. М., 1967 // *Иоффе О. С.* Избранные труды. В 4 т. Т. 2. СПб., 2004. С. 290; *Тузов Д. О.* Концепция «несуществования» в теории юридической сделки. Томск, 2006. С. 75–85 и др.

[3] См.: *Рабинович Н. В.* Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960; *Брагинский Н. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Кн. 1. Общие положения. М., 2001. С. 310 и др.

ности условий договоров о труде и изменении их юридической квалификации. Названные конструкции «действительность условий договоров о труде» и «изменение юридической квалификации договоров о труде» не следует противопоставлять, а необходимо рассматривать их во взаимосвязи. Они применимы к трудовым отношениям с учетом особенностей правового регулирования этой сферы на пересечении частных и публичных начал и могут быть встроены в структуру отрасли трудового права в русле ее социального назначения. Речь идет об основаниях (условиях) действительности договоров о труде. В то время как юридические последствия признания условий договоров недействительными должны быть дифференцированы в зависимости от их характера и назначения и конкретизироваться в основаниях прекращения трудового договора, изменения юридической квалификации договора, «исцелении его условий». Игнорирование этих конструкций ведет к очевидным пробелам в правовом регулировании трудовых отношений, к рассогласованию межотраслевых системных связей.

2. Предусмотренная в трудовом законодательстве юридическая конструкция аннулирования трудового договора (ст. 61 ТК РФ) и незаключенность трудового договора в силу осуществления фактического допуска к работе неуполномоченным лицом являются достаточно спорными.

3.4. Международно-правовая квалификация трудовых договоров и презумпция трудовых отношений

Выше мы уже затрагивали вопрос о разграничении трудовых договоров с договорами, регулируемыми нормами других отраслей права, прежде всего с гражданско-правовыми. В данном случае необходимо обратиться к закреплению критериев разграничения этих договоров и квалификации трудовых договоров в международном праве.

Международно-правовая квалификация трудовых отношений и трудовых договоров. В материалах Международной организации труда (МОТ) неоднократно отмечалось, что глубокие изменения, происходящие в современном мире труда, привели не только к росту нестандартных форм занятости, но и к возникновению новых форм отношений. Последние не укладываются в параметры «классических» трудовых отношений. Начиная с 1990 г. на сессиях Международных конференций труда (МКТ) основное внимание уделялось защите зависимых работников, основанной на понятии «трудовые отношения», а также на защите тех зависимых трудящихся, которые ее лишены. К таковым в частности, относятся мнимые самостоятельно занятые работники. В этой связи в 1997 и 1998 гг. на МКТ рассматривался вопрос о труде на условиях подряда и обсуждались проекты Конвенции МОТ о труде на условиях подряда и проекта одноименной рекомендации. Так, в проекте Конвенции о труде на условиях подряда содержалось положение о том, что в отношении подрядных работников, находящихся в реальных условиях зависимости от предприятия-пользователя или подчиненности ему (если эти условия схожи с теми условиями, которые характерны для отношений занятости в соответствии с национальным законодательством и практикой), должны применяться нормы трудового законодательства. Это, в частности, нормы, относящиеся к праву на организацию и на ведение

коллективных переговоров, к свободе от дискриминации в области труда и занятости по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, национального или социального происхождения, к минимальному возрасту приема на работу, к продолжительности рабочего времени. Это относится и к другим условиям труда, к защите материнства, к компенсациям подрядным работникам ущерба, причиненного производственной травмой, профессиональным заболеванием.

Но в результате обсуждений была принята общая резолюция о возможном принятии международных актов с целью защиты работников, находящихся в ситуациях, идентифицированных Комитетом по труду на условиях подряда[1], т. е. оставили вопрос открытым для дальнейших будущих сессий МКТ.

Вопрос о сфере трудовых отношений был включен в повестку дня 91-й сессии МКТ 2003 г., где обсуждался вопрос защиты зависимых трудящихся в сфере трудовых отношений. При этом в докладе не рассматривались вопросы защиты независимых работников, а также гражданские соглашения или коммерческие контракты. В приложении к докладу МОТ предложила для обсуждения странам-членам перечень вопросов, в числе которых следует отметить следующий: в какой мере наемные работники не могут воспользоваться защитой, которая должна быть ему обеспечена в рамках трудовых отношений из-за одного или нескольких факторов:

- закон сформулирован нечетко, имеет слишком узкую сферу действия или не является адекватным по другим причинам;
- трудовые отношения имеют неопределенный характер;
- трудовые отношения имеют скрытый характер;
- трехсторонние трудовые отношения с участием агентств по временному трудоустройству фактически существуют, но нет ясности в отношении того, кто является работодателем, какими правами обладает работник и кто несет ответственность за их обеспечение[2].

Предметом обсуждения МКТ был вопросник, который определял основные элементы содержания возможной рекомендации МОТ о сфере трудовых отношений. МКТ также было принято заключение о трудовых отношениях, в котором отмечалось, что перемены в структуре рынка труда и организации труда приводят к ситуациям, когда трудно определить, является ли трудящийся наемным работником или действительно самостоятельно занятым трудящимся. При этом под «скрытыми трудовыми» понимались отношения, в которых работодатель злоупотреблял правами, стремясь скрыть действительный правовой статус наемного работника. Это может происходить при оформлении трудовых отношений гражданско-правовыми договорами или коммерческими договоренностями (мнимый труд на условиях подряда, создание псевдокооперативов и др.). «Неопределенные» трудовые отношения существуют всегда там, где работник выполняет работу или производит услуги в условиях, вызывающих реальные и действительные сомнения по поводу существования трудовых отношений. На практике возникает немало случаев, когда сложно провести грань между

[1] Принята на 86-й сессии МКТ (1998 г.).

[2] См.: Сфера трудовых отношений. Международная конференция труда. 91-я сессия. 2003 г. Доклад V. Женева: МБТ, 2003.

зависимым и независимым (самостоятельным) трудом (труд телеработников, сетевых работников и т. д.).

В рассматриваемом заключении о трудовых отношениях также указывалось, что будущая рекомендация МОТ должна служить руководством для государств-членов, не вводя универсальное определение существа трудовых отношений. Она должна быть достаточно гибкой, чтобы учитывать различные экономические, социальные и правовые традиции в области трудовых отношений. Такая рекомендация не должна вмешиваться в подлинно коммерческие контракты и подлинно независимые подрядные отношения. Таким образом, рассматриваемый международно-правовой акт должен быть достаточно гибким, чтобы не препятствовать появлению новых форм занятости и содействовать такой нетипичной занятости, но и обеспечивать защиту прав трудящихся. Обсуждение этой проблемы было включено в повестку дня 95-й сессии МКТ 2006 г.[1]

На указанной сессии была принята Рекомендация МОТ о трудовом правоотношении, которая ограничилась общими формулировками.

По мнению МОТ, сократить этот разрыв между сферой применения трудового законодательства и реальным положением дел в области трудовых отношений следует, во-первых, путем уточнения сферы применения законодательства, регулирующего трудовые отношения, чтобы содействовать признанию наличия трудовых отношений и препятствовать попыткам сокрытия таких отношений. Иными словами, в законодательном порядке следует адекватно определить сферу трудовых отношений. Во-вторых, законодательство не в состоянии охватить все аспекты занятости, поэтому важная роль должна отводиться правовым механизмам социального партнерства. В-третьих, особая роль должна отводиться механизмам оценки показателей для признания наличия трудовых отношений судебными и административными органами.

В первом случае при определении сферы трудовых отношений в трудовом законодательстве содержится определение трудовых отношений, круг лиц, на которых распространяется или не распространяется трудовое законодательство. Так, в ст. 15 ТК РФ включена дефиниция трудовых отношений. Между тем эта дефиниция применима только к «классическим» трудовым отношениям, которые характеризуются личностным, организационным и имущественными признаками. Характерно, что Федеральным законом от 5 мая 2015 г. № 116-ФЗ в определение трудового договора было внесено изменение: работник обязуется выполнять трудовую функцию «в интересах, под управлением и контролем работодателя». Обратим на это особое внимание.

Между тем «нетипичные» виды трудовых договоров и форм занятости, о которых мы еще неоднократно будем говорить, не укладываются в прокрустово ложе названных признаков. Соответственно, суд, разрешая трудовой спор об изменении юридической квалификации гражданско-правового договора в трудовой договор, столкнется с проблемой отсутствия в заключенном договоре, возникших на его основании отношений по труду одного из признаков трудового отношения. Чаще всего это будет организационный признак, реже — личностный (заемный труд, дистанционный труд и др.). В этих ситуациях и необходимо обращение к презумпции трудовых отношений, о которой мы уже

[1] Здесь и далее см.: Трудовые отношения. МКТ. 95-я сессия 2006 г. Доклад V (1). Женева, 2006.

писали выше. Однако и в этом случае остается вопрос о квалифицирующих признаках именно трудового договора.

Законодательная практика зарубежных стран знает немало примеров легального закрепления «гибкого, широкого» определения трудовых отношений, основанного на их презумпции. Например, в Новой Зеландии Закон о трудовых отношениях 2000 г. содержит широкое определение трудовых отношений и круга работников, охватываемых трудовым законодательством. Важно, что он предоставляет полномочия независимым органам (Суду по вопросам найма или Органу по вопросам трудовых отношений) устанавливать реальный характер связи между лицом, выполняющим работы, и тем органом, который их заказывает. Такие полномочия играют ключевую роль в ликвидации фиктивных или скрытых трудовых отношений. Согласно названному закону, термин «наемный работник» означает любое лицо, нанимаемое работодателем для выполнения любой работы за вознаграждение в соответствии с контрактом об оказании услуг и включает надомных работников или лиц, намеревающихся выполнять работу, но исключает добровольцев, которые не получают плату за добровольно выполненную работу.

В Финляндии Закон о договорах о найме 2001 г. применяется к договорам о найме, заключаемом работником или работниками, в соответствии с которыми он или они соглашаются выполнять работу лично для работодателя под его руководством и контролем в обмен на плату или иную форму вознаграждения. Кроме того, в законе имеется положение о том, что этот закон не перестает действовать в том случае, если работник использует собственное снаряжение и оборудование. Контракт о найме может заключаться в любой форме (устной, письменной или электронной), что облегчает определение трудовых отношений даже между людьми, находящимися в различных странах и не знакомых друг с другом.

Наряду с общими положениями о сфере трудовых отношений в законодательстве ряда стран имеются и положения, касающиеся конкретно некоторых категорий работников и некоторых видов занятости (работ) и направленные на определение наличия трудовых отношений. Так, в упомянутом законе Финляндии сказано, что его положения не перестают действовать от того, что работа выполняется на дому наемного работника. Во Франции Трудовой кодекс предоставляет статус наемных отдельным категориям работников, таким как надомные работники, журналисты и артисты, которые из-за условий труда, в которых они работают, могут рассматриваться в качестве зависимых трудящихся. В Панаме наемными работниками признаются экономически зависимые издольщики и фермеры-арендаторы, агенты, торговцы и подобные категории работников, за исключением тех случаев, когда они лично не работают или работают время от времени. Но при этом из сферы трудового законодательства исключены надомные работники.

Что касается телетруда, в Перу существует определение телетруда как контракта о дистанционной занятости, который регулирует выполнение работы без физического присутствия работника на предприятии, с которым он поддерживает связь с помощью компьютера, телекоммуникационных технологий и других средств связи, с помощью которых также осуществляется контроль. Причем во Всеобщем законе о труде Перу излагаются факторы, которые могут помочь

определить систему подчинения в рамках такой формы труда. Трудовой кодекс Чили характеризует телетруд как услуги, оказываемые вне производственных помещений предприятия с помощью компьютерных и телекоммуникационных средств и исключает его из положения об ограничении рабочего времени.

Некоторые страны практикуют комбинированный подход при определении характера трудовых отношений. Так, в ЮАР в результате законодательных реформ был принят Закон № 11 об изменении основных условий найма 2002 г. и поправки к Закону № 12 о трудовых отношениях 2002 г. В этих законах объявлена широкая презумпция в пользу статуса наемного работника, т. е. лицо считается наемным работником, если оно удовлетворяет одному или нескольким из семи факторов (признаков), названных в законе. К эти факторам относятся следующие: а) методы работы этого лица подвергаются контролю со стороны другого лица или направляются им; б) рабочее время этого лица контролируется или регулируется другим лицом; в) лицо работает на организацию или является частью этой организации; г) это лицо, работало на другое лицо в среднем не менее 40 ч в месяц за последние 3 месяца; д) это лицо в экономическом плане зависит от другого лица, на которое оно работает или которому оно оказывает услуги; е) это лицо получает рабочие инструменты или производственное оборудование от этого другого лица; ж) это лицо работает или оказывает услуги только одному лицу.

Между тем нельзя не упомянуть и о зарубежном опыты, рецепция которого весьма сомнительна. Речь идет об Указе Президента Республики Беларусь от 6 июля 2005 г. № 314 «О некоторых мерах по защите прав граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым и трудовым договорам». Этим указом юридический прием презумпций замещен юридической фикцией, а именно — объявляется существование социально-трудовых прав у граждан, заключивших гражданско-правовой договор, предметом которого является выполнение работ, оказание услуг или создание объекта интеллектуальной собственности. Соответственно, названным указом на сторону гражданско-правового договора — заказчика — возлагаются обязанности работодателя. В рассматриваемом нормативном документе содержатся предписания, обязывающие заказчика: предоставлять место для выполнения работ, оказания услуг, соответствующие правилам охраны труда и требованиям техники безопасности; осуществлять подготовку (обучение), инструктаж, повышение квалификации и проверку знаний граждан, выполняющих работу по гражданско-правовым договорам; не допускать к выполнению работ, оказанию услуг по гражданско-правовым договорам в местах предоставленных заказчикам, граждан, появившихся на работе в состоянии опьянения; включать в гражданско-правовые договоры основания их досрочного расторжения и др.

Хотя названный указ и обусловлен благими намерениями — защита прав работников, но, как известно, такими же намерениями и вымощена дорога в ад. Возвращаясь к российскому трудовому законодательству, отметим, что наш законодатель однозначно определил свою позицию в отношении гражданско-правовых договоров (независимого труда). Согласно ст. 11 ТК РФ трудовое законодательство и иные акты, содержащие нормы трудового права, не распространяются на лиц, работающих на основании договоров гражданско-правового характера.

В зарубежной практике важная роль в квалификации трудовых отношений отводится социально-партнерским методам и судебным, административным органам. Так, в Ирландии на началах социального партнерства, консенсуса представителей работодателей, работников и компетентных органов власти был принят Кодекс практики для определения статуса наемной и самостоятельной занятости. Несмотря на то, что он не является обязательным, его положения учитываются органами, ответственными за рассмотрение вопроса о характере занятости, трудовых отношений.

В трудоправовой практике Израиля судебными решениями в понятие работника включаются некоторые категории внештатных сотрудников, работников, выполняющих работу собственными средствами, а также в ряде случаев такую специфическую категорию работников, как проститутки, распространяя на эти лица охранительные нормы трудового законодательства[1].

В Великобритании в 2005 г. Палата лордов создала прецедент, согласно которому женщина-священник шотландской церкви была признана работником этой церкви в деле о защите трудовых прав в соответствии с законом «О дискриминации на основании пола».

В правоприменительной практике другой страны англосаксонской системы, США, судами широко применяется тест признания лица наемным работником или независимым подрядчиком, выработанный Внутренней налоговой службой США. В частности, к критериям наемного работника отнесены: 1) обязанность выполнения работником указаний работодателя; 2) прохождение обучения наемным работником; 3) прохождение обучения за счет средств работодателя; 4) интеграция трудовой деятельности работника в общий технологический процесс организации; 5) личный характер оказания услуг; 6) продолжающиеся трудовые отношения; 7) определение режима рабочего времени работодателем; 8) отчетность наемного работника перед работодателем о проделанной работе; 9) выплата заработной платы; 10) право работника увольняться без дополнительных обязательств перед работодателем и др.[2]

В Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении» 2006 г. указывается, что государства-члены должны содействовать применению четких методов, позволяющих ориентировать работников и работодателей в отношении определения существования индивидуального трудового правоотношения. К таким методам МОТ причисляет следующие:

1) установление правовой презумпции существования индивидуального трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков (например, таких как подчиненность или зависимость работника);

2) определение в законодательных и нормативных правовых актах либо иными средствами на основе предварительных консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и работников конкретных признаков существования трудового правоотношения.

---

[1] См.: *Черняева Д. В.* Трудовое право Израиля // Труд за рубежом. 2004. № 4. С. 102.

[2] См.: *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г.* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 1. М., 2007. С. 195.

В анализируемой рекомендации МОТ приводится признаки трудового отношения, которые традиционно можно разделить на личностные, организационные и имущественные. К таким признакам относятся:

1) тот факт, что работа выполняется работником лично, требует присутствия работника;

2) работа выполняется в соответствии с указаниями и под контролем другой стороны, предполагает интеграцию работника в организационную структуру предприятия, выполняется исключительно или главным образом в интересах другого лица, выполняется в соответствии с определенным графиком или на рабочем месте, которое указывается или согласовывается стороной, заказавшей ее, имеет определенную продолжительность и подразумевает определенную преемственность, предполагает предоставление инструментов, материалов и механизмов стороной, заказавшей работу;

3) периодическая выплата вознаграждения работнику, тот факт, что данное вознаграждение является единственным или основным источником доходов работника, осуществление оплаты труда в натуральном выражении путем предоставления работнику, например, пищевых продуктов, жилья или транспортных средств, признание таких прав, как право на еженедельные выходные дни и ежегодный оплачиваемый отпуск, оплата стороной, заказавшей проведение работ, поездок, предпринимаемых работником в целях выполнения работы, то, что работник не несет финансового риска.

Таким образом, в современных условиях была очевидна необходимость обновления российского трудового законодательства и приспособлении его к процессу развития новых трудовых отношений и новых форм занятости. На основе рассмотренной выше рекомендации МОТ это можно было решать несколькими путями. Во-первых, можно расширить рамки действия законодательства путем закрепления общей презумпции трудовых отношений, а также путем включения в него категорий наемных работников или видов работ, которые явно или неявно исключены из сферы применения законодательства. Во-вторых, решение проблемы неопределенности трудовых отношений обусловлено необходимостью скорректировать в законодательстве признаки трудовых отношений, с тем чтобы обеспечить их более четкую идентификацию, четче определить границы между зависимым и независимым трудом в современных условиях. В-третьих, важная роль должна отводиться социальному диалогу, коллективным переговорам по вопросам касающимся квалификации трудовых отношений. Рекомендация МОТ № 198, зарубежный опыт могут служить основой для дальнейшего совершенствования в этой части ТК РФ: нет смысла изобретать велосипед, когда на нем уже катается весь мир.

Такой подход позволяет извлечь уроки из зарубежного опыта с учетом его положительных и отрицательных результатов, а также учесть этот опыт при разработке и принятии отечественных нормативных актов о труде. Между тем национальное законодательство — это продукт исторического развития конкретного государства и отражает особенности его политики, экономики, культурных и бытовых традиций, уровня социального партнерства в регулировании социально-трудовых отношений. Это обстоятельство является одним из определяющих при решении вопроса о «степени приживаемости» социально-трудовых норм, переносимых из одной национальной почвы на другую. Как справед-

ливо отмечал С.А. Иванов, «использование зарубежного опыта требует знания не только юридических норм, моделей, но и условий правовых систем, в которых они существуют и реализуются... Требуется понимание того, насколько эти условия, правовые системы сравнимы с нашими и подходящи для применения заимствуемых образцов»[1].

Более того, названная рекомендация МОТ позволяет решать проблемы квалификации транснациональных и наднациональных трудовых отношений, регулируемых международным трудовым правом.

Частично эти проблемы были решены посредством легализации *презумпции трудовых отношений* — но с национальной спецификой.

Особо следует рассмотреть названную презумпцию приоритета трудовых отношений, который имеет практическую направленность, обеспечивает стабильность, жизненную устойчивость трудового отношения. Однако эта презумпция в ТК РФ первоначально была сформулирована на основе презумпции гражданско-правовых отношений, что обеспечивало преимущественную защиту социальных интересов работодателя. Указывалось, что эта презумпция может быть опровергнута только в судебном порядке. ТК РФ устанавливал, что в тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера регулируются трудовые отношения между работодателем и работником, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства (ст. 11). Суды, определяя природу сложившихся между сторонами отношений, руководствовались легальным определением трудового отношения с названными квалифицирующими его признаками: личностным, организационным и имущественным (возмездным) (ст. 15 ТК РФ).

В определении Конституционного Суда РФ от 19 мая 2009 г. № 597-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Равинской Ларисы Вадимовны на нарушение ее конституционных прав статьями 11, 15, 16, 22 и 64 Трудового кодекса Российской Федерации» названы цели и назначение ст. 11 ТК РФ в части изменения юридической квалификации гражданско-правовых договоров на трудовые договоры. Во-первых, это предотвращение злоупотреблений со стороны работодателей и фактов заключения гражданско-правовых договоров вопреки намерению работника заключить трудовой договор. Во-вторых, обеспечение достижения соответствия между фактически складывающимися отношениями и их юридическим оформлением. В-третьих, — и это главное — данная норма ТК РФ направлена на обеспечение баланса конституционных прав и свобод сторон трудового договора. Она связана также с надлежащей защитой прав и законных интересов работника как экономически более слабой стороны в трудовом правоотношении, что согласуется с основными целями правового регулирования труда в Российской Федерации как социальном правовом государстве.

Конституционный Суд констатировал, что единственным правовым механизмом признания наличия трудовых отношений между сторонами, формально связанными договором гражданско-правового характера согласно ТК РФ служит судебный порядок. Указанный судебный порядок разрешения споров

---

[1] *Иванов С.А.* Трудовое право переходного периода: проблемы использования зарубежного опыта // Государство и право. 1995. № 3. С. 32.

о признании заключенных между работодателем и лицом договора трудовым договором, по мнению Конституционного Суда, призван исключить неопределенность в характере отношений сторон таких договоров и их правовом положении, а потому не может рассматриваться как нарушающий конституционные права граждан. Суды общей юрисдикции, разрешая подобного рода споры и признавая сложившиеся отношения между работодателем и работником либо трудовыми, либо гражданско-правовыми, должны не только исходить из наличия (или отсутствия) тех или иных формализованных актов (гражданско-правовых договоров, штатного расписания и т. п.), но и устанавливать, имелись ли в действительности признаки трудовых отношений и трудового договора, указанные в ст. 55 и 56 ТК РФ.

Из приведенных в этих статьях определений понятий «трудовые отношения» и «трудовой договор» не вытекает, что единственным критерием для квалификации сложившихся отношений в качестве трудовых является осуществление лицом работы по должности в соответствии со штатным расписанием, утвержденным работодателем, — наличие именно трудовых отношений может быть подтверждено ссылками на тарифно-квалификационные характеристики работы, должностные инструкции и любым документальным или иным указанием на конкретную профессию, специальность, вид поручаемой работы.

Впоследствии вышеназванные доводы были воспроизведены и в определении Конституционного Суда от 21 декабря 2011 г. № 1666-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Склярова Эдуарда Львовича на нарушение его конституционных прав положением части восьмой статьи 11 Трудового кодекса Российской Федерации».

На основании ранее действовавшей редакции ст. 11 ТК РФ сформировались две основные категории дел, рассматриваемых в судебном порядке. Первая категория дел — это трудовые споры, когда в суд обращаются работники с целью признания трудовыми отношений, возникших на основании гражданско-правового договора. В связи с этим в исках указывались требования о признании отношений трудовыми и обязывании работодателя оформить их по правилам ТК РФ с даты преступления к работе, внеся соответствующие записи в трудовую книжку начиная с приема на работу. В заявлениях истцы также указывали и требования материального характера, например о выплате компенсации за неиспользованные отпуска и неоплаченные больничные листы, а также о перечислении в государственные социально-страховые фонды соответствующих взносов[1].

Вторая категория дел рассматривается арбитражными судами, о чем мы уже писали ранее. Работодатели обращаются в арбитражный суд в случаях, когда территориальные налоговые органы или региональные отделения федеральных социальных фондов предписывают им доначислить налоги либо взносы, а также начислить и уплатить пени со штрафом за доказанные нарушения[2]. Заявитель

---

[1] См. также: *Чиканова Л. А., Нуртдинова А. Ф.* Споры о признании договоров, заключенных с работниками при приеме их на работу, трудовыми договорами // Комментарий судебной практики / под ред. К. Б. Ярошенко. М., 2013. Вып. 18. С. 75–82.

[2] См. напр.: Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 22 мая 2013 г. № Ф03–1612/2013 по делу № А24–3606/2012 // СПС «КонсультантПлюс».

обжалует решение налогового органа или внебюджетного социально-страхового фонда. Суд не выносит решения в отношении судьбы гражданско-правового договора, который переквалифицируется в трудовой договор. Такая переквалификация гражданско-правовых договоров на трудовые порождает только налоговые последствия. В любом случае необходимо было обращение самого работника в уже общий суд за признанием отношений трудовыми. При этом предшествующее решение арбитражного суда в этой части имело преюдициальное значение[1].

Такая практика применения презумпции трудовых отношений страдала многими издержками. Бремя доказывания всегда лежало на заявителе, решения арбитражных судов не изменяли юридической квалификации договора для исполнителя до тех пор, пока он не обратиться в суд. По сути в трудовом законодательстве была закреплена презумпции гражданско-правовых отношений, а не презумпция трудовых отношений.

С очевидностью в трудовом законодательстве должна быть легально закреплена презумпция трудовых отношений, т. е. работодатель, а не работник должен доказывать, какие отношения сложились между ними по поводу применения труда. Рассматриваемая презумпция должна обеспечить преимущественную защиту интересов работника в рамках социального назначения отрасли трудового права. Как отмечалось выше, в Рекомендации МОТ № 198 «О трудовом правоотношении» 2006 г. подчеркивается значение установления в национальном законодательстве правовой презумпции существования трудового правоотношения в том случае, когда определено наличие одного или нескольких соответствующих признаков названного правоотношения.

Наконец, наш законодатель внес соответствующие изменения в ТК РФ (в редакции Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ) по легализации презумпции трудовых отношений. Устанавливалось, что «если отношения, связанные с использованием личного труда, возникли на основании гражданско-правового договора, но впоследствии в порядке, установленном ТК РФ, другими федеральными законами, были признаны трудовыми, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права» (ст. 11).

Легализация указанной презумпции также обеспечена и правовым запретом. Согласно новой редакции ст. 15 ТК, «заключение гражданско-правовых договоров, фактически регулирующих трудовые отношения между работником и работодателем, не допускается».

ТК РФ был дополнен новой ст. 19.1, регулирующей порядок признания отношений трудовыми. Если ранее это был только судебный порядок, то в настоящее время, во-первых, расширен круг лиц, управомоченных изменить юридическую квалификацию гражданско-правового договора на трудовой договор, во-вторых, введены добровольные процедуры признания отношений трудовыми.

В последнем случае признание отношений трудовыми может осуществляться лицом, использующим личный труд и являющимся заказчиком по указанному договору, на основании письменного заявления физического лица — исполни-

[1] См.: *Лушников А. М., Князькова М. А.* Рассмотрение трудовых споров в арбитражных судах: к проблеме определения подведомственности отдельных видов индивидуальных трудовых споров // Вестник ЯрГУ. Серия «Гуманитарные науки». 2013. № 4. С. 51–54 и др.

теля по указанному договору. По сути речь идет о соглашении сторон о переквалификации гражданско-правового договора в трудовой договор, инициатором такой переквалификации выступает исполнитель работ — работник. Очевидно, что исходя из презумпции трудовых отношений юридическая переквалификация договора может быть осуществлена только в одном направлении — установлении или неустановлении факта заключения трудового договора; не допускается юридическая переквалификация трудового договора в гражданско-правовой. К добровольным процедурам признания отношений трудовыми работодателем следует отнести их признание на основании предписания государственного инспектора труда, не обжалованного в суд в установленном порядке.

Следует отметить и новеллы судебного порядка признания отношений трудовыми. Если ранее в ТК РФ не определялся круг лиц, которые вправе обратиться с подобными заявлениями в суд, сроки и порядок рассмотрения такого рода заявлений, то в новой редакции кодекса этот вопрос решен (ст. 19.1). В суд вправе обратиться не только заявитель — физическое лицо, исполнитель по договору, но и иные лица. К таковым отнесены государственная инспекция труда, а также лица, обладающие необходимыми для этого полномочиями в соответствии с федеральными законами. К последним, например, на наш взгляд, могут быть отнесены представители работников — профсоюзные организации. При обращении в суд заявителя-работника или его представителя за признанием отношений трудовыми спор рассматривается в порядке и сроки, которые предусмотрены для разрешения индивидуальных трудовых споров. Срок обращения в суд составляет 3 месяца со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. При пропуске по уважительным причинам сроком они могут быть восстановлены судом.

Более того, по-новому расставлены акценты в распределении бремени доказывания по таким трудовым спорам. В ТК РФ указывается, что неустранимые сомнения при рассмотрении споров о признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями толкуются в пользу наличия трудовых отношений (ст. 19.1).

Отныне в ТК РФ установлены и правовые последствия признания отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми. Во-первых, в качестве основания возникновения трудовых отношений названо признание отношений, связанных с использованием личного труда и возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями (ст. 16 ТК РФ). Во-вторых, в случае признания отношений трудовыми на основании ст. 19.1 ТК РФ трудовые отношения между работником и работодателем считаются возникшими со дня фактического допущения физического лица, являющегося исполнителем по указанному договору, к исполнению предусмотренных указанным договором обязанностей. В-третьих, законодатель предусмотрел ситуации, когда отношения по применению личного труда возникли на основании гражданско-правового договора и не были надлежаще оформлены в письменной форме, но впоследствии были признаны трудовыми. Речь идет о фактическом допуске лица к работе с ведома или по поручению работодателя. В этом случае трудовой договор считается заключенным и работодатель обязан оформить трудовой договор в письменной форме не позднее 3 рабочих дней со дня признания этих отношений трудовыми, если иное не установлено судом.

В заключение сделаем выводы.

1. По мнению МОТ, которое мы разделяем, сократить разрыв между сферой применения трудового законодательства и реальным положением в области трудовых отношений следует, во-первых, путем уточнения сферы применения законодательства, регулирующего трудовые отношения, чтобы содействовать признанию наличия трудовых отношений и препятствовать попыткам сокрытия таких отношений. Во-вторых, законодательство не в состоянии охватить все аспекты занятости, поэтому важная роль должна отводиться правовым механизмам социального партнерства. В-третьих, особая роль должна принадлежать механизмам оценки показателей для признания наличия трудовых отношений судебными и административными органами. И последнее. В условиях глобализации экономики повышается мобильность работников. В этих условиях транснационального оказания услуг важно установить, кто считается работником в рамках трудового правоотношения, какими правами обладает этот работник и кто является работодателем.

2. К квалифицирующим признакам трудового договора и определением его отличий от трудового договора следует подходить комплексно. В той или иной сфере эти отличия связаны с тремя традиционными признаками: личностным, организационным и имущественным. Они могут быть выражены в различной степени. Однако основным и собственно квалифицирующим признаком является организационная и (или) экономическая зависимость работника и работодателя, которая должна быть в любом случае выражена в достаточной степени. При этом такая зависимость может даже выходить за рамки трудовых отношений.

3. В ТК РФ закреплена презумпция трудовых отношений и определен правовой механизм ее применения. Она имеет существенное значение при квалификации трудовых договоров и при их разграничении с гражданско-правовыми договорами о труде.

3.5. К проблеме трудовой сделки: критические заметки

Квалифицирующие признаки трудового договора, его юридическая сила да и его разграничение с гражданско-правовыми договорами тесно связаны с проблемой трудовых сделок.

В. М. Лебедев по этому поводу писал: «Новое время, новые условия хозяйствования нельзя долго прятать под старыми одеждами юридических конструкций, понятий, не изменяя, по крайней мере, хотя бы их содержательного характера»[1]. Одной из таких проблем стало использование конструкции трудовой сделки[2]. Ученые томской школы трудового права при характеристике трудового договора выстраивают концепцию трудоправовых сделок как родового понятия[3].

---

[1] *Лебедев В. М.* Договоры в трудовом праве // Российское трудовое право на рубеже тысячелетий. Ч. 1. СПб., 2001. С. 160.

[2] См.: *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г.* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 1. М., 2007. С. 219–252.

[3] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Рецензия на книгу: *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., Мельникова В. Г.* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 1. М., 2007 // Российский ежегодник трудового права. 2007. № 3. С. 585–590.

Начнем с того, что учение о сделках сложилось в рамках гражданского права. В отечественной науке оно связано с именами таких видных цивилистов, как Е. В. Васьковский, Ю. С. Гамбаров, Д. Д. Гримм, Д. И. Мейер, Н. А. Полетаев, В. И. Синайский, Г. Ф. Шершеневич и др.[1]

В советский период к этой проблеме после долгих лет игнорирования данного института впервые обратился М. М. Агарков (1890–1947)[2], а впоследствии ею занимался ряд известных ученых[3]. Примечательно, что практически во всех этих работах в той или иной степени затрагивался вопрос недействительности сделок. В свою очередь, в литературе, специально посвященной недействительности сделок, находили отражение некоторые аспекты общего учения о сделках[4]. В этих условиях есть соблазн воспользоваться уже имеющимися наработками специалистов в сфере гражданского права, тем более что в рамках других отраслей феномен сделки не анализировался. Заимствование до известной степени неизбежно и, безусловно, плодотворно.

Однако предварительно необходимо сделать ряд методологических замечаний. Во-первых, между отраслями права нет «разделительной стены», и взаимодействие и даже взаимопроникновение между ними неизбежно. Более того, трудовое и гражданское право имеют общую цивилистическую основу. Во-вторых, в настоящее время нет необходимости доказывать самобытность и абсолютную «оригинальность» трудового права. Наоборот, следует акцентировать внимание на междисциплинарных связях, на выявлении не только особенного, но и общего. В-третьих, при этом надо учитывать специфику отрасли трудового права. Как уже неоднократно указывалось выше, она формировалась на стыке частного и публичного права, органически синтезируя в себе оба эти начала. Личностный, организационный и имущественный элементы трудового правоотношения не могут быть разделены. Нельзя забывать и о специфике объекта трудовых правоотношений — наемном труде, который не может быть приравнен ни к одному другому объекту гражданского оборота. Все это позволяет говорить скорее не о заимствовании — даже критическом — гражданско-правовых конструкций, а об их адаптации с существенными изменениями к трудовым отношениям.

Некоторые ученые — специалисты по трудовому праву в этой ситуации предложили рецептировать из гражданского права конструкцию сделок в фор-

---

[1] См.: *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского права. Вып. 1. СПб., 1894; *Гамбаров Ю. С.* Курс гражданского права. Т. 1. СПб., 1911; *Гримм Д. Д.* Основы учения о юридической сделке. СПб., 1900; *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. Пг., 1915; *Полетаев Н. А.* Юридические сделки и психология. СПб., 1902; *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. Т. 2. Товар. Торговые сделки. СПб., 1908 и др.

[2] См.: *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946. № 3–4. С. 41–45.

[3] См.: *Новицкий И. Б.* Сделки. Исковая давность. М., 1954; *Куник Я. А.* Гражданско-правовые сделки. Представительство. М., 1960; *Рясенцев В. А.* Сделки по советскому гражданскому праву. М., 1951 и др.

[4] См.: *Вавин Н. Д.* Недействительность сделок. М., 1926; *Генкин Д. М.* Относительная недействительность сделок // Юридический вестник. 1914. Кн. VII–VIII; *Рабинович Н. В.* Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960; *Хейфец Ф. С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. М., 1999; *Шахматов В. П.* Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск, 1967; *Шестакова Н. Д.* Недействительность сделок. СПб., 2001; и др.

ме трудовых сделок с учетом специфики отрасли. Наиболее последовательно данную позицию отстаивают В. М. Лебедев и Н. И. Дивеева[1]. С научной точки зрения это предложение является весьма плодотворным, что признается даже противниками концепции трудовой сделки[2]. Если проводить аналогию с гражданским правом, а необходимость в этом есть, то именно сделки являются преобладающими и даже доминирующими юридическими фактами. В. М. Лебедев и И. В. Чернышева специально оговариваются, что термин «трудовая сделка» может быть заменен другим. По их мнению, «дело здесь, собственно, не в терминологии, а в необходимости ввести в научный оборот такое родовое понятие, которое бы отражало состояние договорной теории и практики в современном трудовом праве»[3]. С этим положением можно согласиться, но нам проблема терминологии не кажется второстепенной. Еще И. Б. Новицкий отмечал, что вопрос терминологии — не просто форма, внешность, ибо определенный термин наводит на определенные мысли. Отсюда следует необходимость стремиться к тому, чтобы терминология наилучшим образом соответствовала существу дела[4].

В. М. Лебедев определил трудовую сделку как юридически значимое, мотивированное выражение взаимосогласованной воли субъектов трудового права, непосредственно направленное на установление, изменение или прекращение правовых отношений в сфере зависимого, неединичного труда[5]. Очевидно, что если мы говорим о взаимосогласованной воле субъектов, то речь идет именно о договоре. Об этом свидетельствует и данное В. М. Лебедевым определение договора в трудовом праве как соглашения двух и более субъектов, направленного на установление, изменение или прекращение отношений, составляющих предмет трудового права[6]. Термины «соглашение» и «выражение взаимосогласованной воли» являются синонимичными. Это тем более очевидно, что «для трудовой сделки необходимо... соглашение (согласованные действия) субъектов трудового права»[7].

Если последовательно придерживаться договорной теории, то приводимые В. М. Лебедевым примеры односторонних сделок (перевод на другую работу

---

[1] См.: *Лебедев В. М.* Трудовое право. Проблемы общей части. Томск, 1998. С. 105–122; *Он же.* Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. Томск, 2002. С. 52–75; *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право (Опыт трудоправового компаративизма). Кн. . М., 2007. С. 219–252; *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999. С. 66–84; *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. Барнаул, 2008. С. 201–202; и др.

[2] См.: *Бондаренко Э. Н.* Трудовой договор как основание возникновения правоотношения. СПб., 2004. С. 52–59.

[3] См.: *Лебедев В. М., Чернышева И. В.* Догмы трудового права // Современные проблемы трудового права: сборник статей. Новосибирск, 2002. С. 7; *Лебедев В. М.* Трудовое право. Проблемы общей части. С. 105.

[4] См.: *Новицкий И. Б.* Недействительность сделки // Вопросы советского гражданского права. М., 1945. С. 38.

[5] См.: *Лебедев В. М.* Трудовое право. Проблемы общей части. С. 105; *Лебедев В. М.* Сделки в трудовом праве // Состояние и проблемы развития российского законодательства. Томск, 1998. С. 141.

[6] См.: *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. С. 65.

[7] См. там же. С. 55.

в случае производственной необходимости, отстранение от работы лиц, явившихся на работу в нетрезвом виде и др.) можно скорее отнести к односторонним договорам. Но даже такое решение не кажется нам удачным, поскольку в этих случаях лучше говорить об односторонних актах реализации власти работодателя.

На наш взгляд, в трудовом праве односторонние сделки отсутствуют. В научной литературе ряд авторов, отстаивая идею односторонних сделок в трудовом праве, относят к ним акты назначения на должность[1], акты о разовом поощрении работника[2]. Между тем в этих случаях следует говорить о принятии односторонних актов (актов реализации права). Это право опирается на положительное законодательство. Данная точка зрения традиционна как для советской, так и для постсоветской науки трудового права, и мы не видим никаких оснований для ее корректировки[3].

К тому же в односторонней сделке обе стороны имеют равные права и, условно говоря, взаимозаменяемы. Так, супруги или родственники могут написать завещание на имя друг друга. Работник же поощрить работодателя в принципе не может, как и издать приказ о его назначении на должность, ибо это статутные права работодателя. Очевидно, что совмещение в трудовом отношении частных и публичных начал вытесняет возможность односторонней сделки, да и договорам о труде придает существенную специфику. Тем более нельзя назвать односторонней сделкой, как это делает Н. И. Дивеева[4], расторжение трудового договора по инициативе работника или по инициативе работодателя и тем более решение работников об объявлении забастовки и т. п. В противном случае мы будем вынуждены поставить знак равенства между любым односторонним юридическим актом и односторонней сделкой. С точки зрения теории это ошибочно, а с точки зрения практической значимости такая конструкция односторонних сделок в трудовом праве ничего не дает.

Отметим, что наиболее часто в качестве примера односторонней сделки приводится разовое поощрение работника[5]. Между тем это типичный акт реализации власти работодателя, что предусмотрено ст. 22 и 191 ТК РФ. Нами не «замалчивается» субъективное право работника отказаться от такого поощрения, так как это не влияет на правовую природу рассматриваемого явления. Работник вправе отказаться от любых дополнительных выплат и льгот, если это не противоречит императивным нормам трудового законодательства. Например, он может отказаться от питания в заводской столовой, даже если стоимость питания оплачивается из средств работодателя и у работодателя не возникает обязанности обеспечить принудительный привод работника для приема пищи. Напомним, что сделка — основание возникновения, изменения или прекращения правоотношений (по мнению В. М. Лебедева — «как правило»[6]).

---

[1] См.: Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова. М., 2002. С. 104.

[2] См.: *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. С. 64.

[3] См., напр.: *Скобелкин В. Н.* Трудовые правоотношения. М., 1999. С. 292–294.

[4] См.: *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. С. 70–71; *Дивеева Н. И.* Теоретические проблемы индивидуального правового регулирования трудовых отношений. С. 201–202.

[5] См.: *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право. С. 234–235; *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. С. 64 и др.

[6] См.: *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право. С. 221.

Хотелось бы узнать хотя бы одно из исключений. Между тем односторонние акты реализации права связаны именно с реализацией уже возникших прав и обязанностей как содержания правоотношения. Если право у лица возникло с момента заключения трудового договора, то его реализация может быть связана только с односторонним актом реализации этого права. При этом неважно, какой теории мы придерживаемся: единого длящегося трудового правоотношения или совокупности элементарных трудовых правоотношений. В любом случае субъективное право будет вытекать либо из взаимных договорных обязательств сторон, либо из статутных прав и обязанностей, закрепленных в нормативных правовых актах о труде. В этой связи отказ работника от забастовки не договор и не односторонняя сделка (между кем?), как указано уважаемым ученым[1], а реализация законного права работника, точнее отказ от реализации права на забастовку. При отсутствии односторонних сделок остаются только многосторонние сделки, а это уже договоры.

По нашему мнению, само понятие сделки имеет сугубо гражданско-правовое содержание, что позволило, например, Л. Ю. Бугрову вообще не углубляться в эту проблему, видимо, отрицая ее наличие[2]. Мы же начнем с того, что гражданско-правовую сделку характеризуют правовое равенство, имущественная самостоятельность и автономия воли субъектов. В трудовом отношении в полном объеме этого нет. Об авторитарной составляющей в трудовых отношениях неоднократно писал еще Л. С. Таль[3]. В советский период ученые давали такую же характеристику даже социалистическим трудовым правоотношениям, отмечая их авторитарный характер[4]. Это означает, что помимо горизонтальных (координационных) отношений в трудовом праве складываются элементы субординации или вертикальных отношений власти-подчинения. В настоящее время эти положения являются общепризнанными. Это позволяет говорить о неприменимости прямых рецепций гражданско-правовых конструкций и крайне осторожном проведении аналогий с гражданским правом.

В то же время, как уже указывалось, В. М. Лебедев не настаивает именно на термине «трудовая сделка», допуская его замену на «договоры о труде». Термин «договоры о труде» достаточно давно и активно используется как учеными (А. К. Безиной, М. В. Молодцовым и др.) в научных работах, так и в нормативно-правовых актах о труде (например, ст. 5 Кодекса законов о труде РСФСР 1971 г.). О регулирования трудовых отношений в договорном порядке говорится в ст. 9 ТК РФ.

Еще менее удачным нам представляется определение трудовой сделки через правомерное поведение субъектов. По мнению Н. И. Дивеевой, это правомерное юридическое действие субъектов трудового права, направленное на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей в сфере социально-трудовых отношений[5].

---

[1] См. там же. С. 248.

[2] См.: *Бугров Л. Ю.* Трудовой договор в России и за рубежом. С. 128–129.

[3] См.: *Таль Л. С.* Проблема власти над человеком в гражданском праве // Юридический вестник. 1913. Кн. III. С. 103–140 и др.

[4] См., напр.: *Гинцбург Л. Я.* Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 85–106.

[5] См.: *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. С. 70.

Е. Б. Хохлов определяет сделки как волевые акты правомерного поведения субъектов права, направленные на установление, изменение либо прекращение прав или обязанностей[1]. Под эти определения больше подходит понятие юридического акта. Поскольку судебные и административные акты рассматриваются отдельно, а односторонние трудовые сделки отсутствуют, то мы снова возвращаемся к уже известным нам договорам о труде. Предложенное Е. Б. Хохловым в качестве односторонней сделки назначение на должность нельзя назвать удачным, так как сам автор пишет, что для этого нужно согласие работника. Следовательно, это односторонний акт реализации права работодателя и элемент сложного фактического состава как основания возникновения трудового правоотношения (ст. 19 ТК РФ).

По нашему мнению, понятие «трудовая сделка» не отвечает правовым реалиям. Во всех случаях, когда термин «сделка» применяется в других отраслях права (например, судебная сделка в уголовно-процессуальном праве), имеются в виду только договоры. Конечно, гражданско-правовой договор — вид гражданско-правовой сделки, но в других отраслях права мы имеем дело именно с договорами.

Советское учение о сделках, как уже упоминалось, восходит к трудам М. М. Агаркова, который отмечал относительно позднее введение этого понятия в юридический обиход (XVIII в.)[2].

Примечательно, что научные работы о сделках на рубеже XIX–XX вв. готовили многие западные цивилисты, которых можно отнести к числу первых ученых — специалистов по трудовому праву. Это немец Ф. Лотмар, французы М. Капитан, М. Планьоль, Р. Салейль и др. Первоначально акцент делался на разработке теории гражданско-правового договора и договорных обязательств. Даже сама категория сделки во французской цивилистической литературе рассматривалась только в публикациях о гражданско-правовых договорах. Статья 26 Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. определяла сделку как юридический факт, как «действия, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских правоотношений». М. М. Агарков писал: «Учение о юридических фактах, в частности о сделках, составляет часть учения о правоотношении. Учение же о нормативных фактах, в частности о нормативных актах, составляет часть учения об объективном праве, о нормах права. Такова сущность классического в науке права противопоставления юридических фактов нормативным»[3]. На наш взгляд, это противопоставление актуально и сейчас, в связи с чем трудовой договор, даже если отнести его к разновидности трудовой сделки, не может служить источником права, содержать нормы права. Об этом мы уже писали выше.

М. М. Агарков выделил два положения, которые не позволяют нам согласиться с выделением категории трудовой сделки. Во-первых, сделка осуществляется на началах автономии, т. е. субъект сам определяет те цели, для достижения которых он будет осуществлять свою правоспособность, какие для него

---

[1] См.: Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 109.

[2] См.: *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М., 2002. С. 333.

[3] Там же. С. 338.

устанавливаются права и обязанности, как он их будет осуществлять, а также будет ли он их осуществлять или нет[1].

Все это в значительной степени можно отнести только к заключению трудового договора, а договоры, связанные с его изменением или прекращением, а также иные договоры между работником и работодателем признаку автономии часто не отвечают. Начнем с того, что права и обязанности сторон трудового правоотношения определены достаточно четко в ТК РФ (ст. 21, 22), а степень свободы их поведения существенно ограничена трудовым законодательством.

Во-вторых, по мнению М. М. Агаркова, правила, установленные в законе для сделок, не имеют непосредственного применения к правомерным юридическим действиям, направленным на установление, изменение или прекращение правоотношений неимущественного характера. Они могут иметь применение только по аналогии, если для этого имеются достаточные основания. «В тех случаях, когда положение о сделках (гражданских юридических актах) по аналогии применимы к другим сферам, чем сфера имущественных отношений, перед нами лежит путь к построению общей теории юридических актов. Разработка такой теории была бы значительным достижением науки общей теории права»[2].

И. Б. Новицкий (1880–1958) выделял три стадии формирования воли на совершение сделки: 1) возникновение потребности и осознание способов ее удовлетворения; 2) выбор способа удовлетворения потребности; 3) принятие решения совершить сделку[3]. Между тем потребности в интересующей нас сфере могут быть связаны только с социально-трудовыми отношениями, а выбор во второй стадии может выражаться только в заключении или отказе от заключения трудового договора. Гражданский кодекс РСФСР 1964 г., как и Гражданский кодекс РФ (ст. 153), определяет сделки как действия граждан и организаций (юридических лиц), направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей. Даже в рамках науки гражданского права учение о сделках по-прежнему порождает дискуссии. Но большинство исследователей выделяют следующие признаки гражданско-правовой сделки[4], которые мы рассмотрим на применимость к договорам о труде: 1) это юридическое действие, т. е. волевой акт; 2) это правомерное действие; 3) это действие специально направлено на возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей; 4) волеизъявление субъектов должно совпадать с их волей; 5) участниками сделки могут быть только управомоченные субъекты гражданского права; 6) эти действия могут быть как односторонними, так и многосторонними; 7) предметом сделки могут быть только имущественные отношения; 8) эти действия должны быть облечены в установленную законом или соглашением сторон форму. Первые четыре признака являются системообразующими и вместе с последним из названных признаком могут быть рас-

---

[1] См. *Агарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. 2. М., 2002. С. 355.

[2] Там же. С. 357.

[3] См.: *Новицкий И. Б.* Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 9 и далее.

[4] См.: Гражданское право. Ч. 1 / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1996. С. 193; Комментарий части первой Гражданского кодекса РФ / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский [и др.] М., 1995, С. 231–232; *Хейфец Ф. С.* Указ. соч. С. 35 и др.

пространены и на договоры о труде. Поскольку односторонних сделок в трудовом праве не существует, а любые двух- и многосторонние сделки являются договорами, то и надо говорить о договорах о труде как о родовом понятии.

Л. С. Таль использовал понятие сделки в применении к трудовым отношениям для того, чтобы подчеркнуть отличие трудовых договоров от односторонних актов реализации власти работодателя[1]. Подчеркнем, что Л. С. Таль не соглашался с введенным немецким ученым Ф. Лотмаром понятием «договоры о труде». На его взгляд, оно объединяло и нарождающиеся трудовые и гражданско-правовые договоры, не было связано со сложившимися в жизни и санкционированными наукой и законом типами договоров[2].

С этим нельзя не согласиться, но перспективность введения в научный аппарат данного понятия у классика российской науки не вызывала сомнения, как и резкое отличие договоров о труде от имущественных сделок. Руководимый им кружок на юридическом факультете Петербургского университета и в дальнейшем в качестве основной проблемы рассматривал договоры о труде. Современное состояние науки и законодательства позволяет вычленить договоры о труде в качестве сугубо отраслевой категории трудового права. Возражения В. М. Лебедева по поводу того, что договоры о труде отражают специфику не только трудового, но и гражданского права, а многообразие таких договоров слишком велико[3], достаточно противоречиво, так как трудовые сделки в исходном смысле отражают специфику только гражданского права, а их многообразие будет еще большим, чем многообразие договоров.

Современник и оппонент Л. С. Таля, известный цивилист В. М. Гордон (1871–1926), писал: «С выражением “трудовой договор” уже долгое время связывалось представление об общем понятии трудовой сделки, охватывающей массу определенных видов»[4]. Отождествление трудовой сделки с договором в данном случае очевидно. Кроме того, В. М. Гордон обратил внимание на отсутствие четкого разграничения понятий «договор о труде» и «трудовой договор». В начале XX в. к числу договоров о труде некоторые цивилисты относили все договоры, объектом которых был труд, в том числе договоры возмездного пользования, услуг и подряда. Как нам представляется, в настоящее время можно выделить договоры о труде, регулируемые нормами трудового законодательства и договоры о труде, регулируемые нормами гражданского законодательства. К первым относятся все договоры, заключаемые субъектами трудового права по поводу трудовых отношений. Ф. Лотмар и Л. С. Таль сознательно акцентировали внимание на договорном характере трудовых отношений, но обосновывали их специфику и отличие от классических гражданско-правовых договоров.

Мы не согласны с утверждением В. М. Лебедева о том, что процесс труда с юридической точки зрения представляет собой непрерывную цепь (систему) сделок[5]. Очевидно, что это не так. В данном случае мы можем говорить скорее

---

[1] См.: *Таль Л. С.* Трудовой договор. Ч. 1. Ярославль, 1913. С. 24 и др.

[2] См.: *Таль Л. С.* Договоры о труде как родовое понятие // Право. 1908. № 26. С. 1491.

[3] См.: *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право. (Опыт трудоправового компаративизма). М., 2007. С. 247, 221.

[4] *Гордон В. М.* К учению о трудовых договорах (Литературное обозрение). СПб., 1914. С. 4.

[5] См.: *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право. С. 219.

о непрерывной цепи договоров о труде и односторонних актов реализации прав и обязанностей. При этом роль последних едва ли не более существенна. Даже сам процесс труда является не чем иным, как исполнением трудовых обязанностей. Уважаемым ученым проводится идея о том, что трудовые сделки по форме и существу более адекватны современному состоянию трудового права, чем понятие «договоры о труде». Это, на наш взгляд, более чем сомнительно. Отметим, что В. М. Лебедев достаточно часто учение о трудовых сделках фактически отождествляет с учением о договорном трудовом праве[1], что симптоматично и правильно. В другой своей публикации названный исследователь подготовил очень интересную сравнительную таблицу трудовых сделок по российскому трудовому праву, которая содержит только договоры (соглашения)[2].

Мы не видим связи между легализацией понятия «трудовая сделка» и «пересмотром взгляда на работника как на бесправного, безвольного, задавленного произволом работодателя субъекта»[3]. Описанная выше ситуация более характерна как раз для полной свободы трудовых сделок конца XVIII — начала XIX в.

В настоящее время ситуацию может улучшить не введение нового обобщающего понятия, а создание эффективного механизма правового регулирования трудовых отношений. Формирование нового, принципиально отличного от гражданско-правового учения о трудовых сделках кажется нам исключительно трудоемким и малопродуктивным, а использование гражданско-правовой конструкции сделок — применимым лишь отчасти. Впрочем, оно может помочь в более глубоком анализе договорного трудового права.

Как уже указывалось выше, некоторые ученые — специалисты по трудовому праву связывают теорию договоров о труде с перспективами формирования общеправовой теории договоров. Пока эта проблема достаточно подробно разработана только в гражданском праве. Повторимся, что, по нашему мнению, наиболее актуальным является разработка отраслевого учения о договорах. Перспективы общеправовой теории договоров весьма туманны, а первый опыт[4] трудно назвать удачным. Договоры в различных отраслях права существенно разнятся, и их объединяет всего два признака.

Во-первых, это взаимосогласование положительно выраженной воли субъектов, во-вторых, содержание договора не должно противоречить законодательству. Даже о формальном равенстве сторон можно говорить крайне осторожно, имея в виду судебные сделки в уголовном процессе, отсрочку платежей в таможенном праве или налоговый кредит в финансовом праве. Отсюда можно сделать вывод, что пока теорию договора целесообразно выводить применительно к конкретной отрасли права или группе отраслей. Характерно, что выделенные еще Н. Г. Александровым признаки договора сводились только к согласованию воли формально равных субъектов с целью достижения юридических последствий, т. е. установления, изменения или прекращения прав и обязанностей[5].

---

[1] См. *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право. С. 222, 236, 237 и др.

[2] См.: *Лебедев В. М.* Договоры о труде как трудовые сделки // Вопросы трудового права. 2007. № 6. С. 26.

[3] См.: *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право. С. 248.

[4] См., напр.: *Корецкий А. Д.* Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб., 2001.

[5] См.: *Александров Н. Г.* К вопросу о роли договора в регулировании общественных отношений // Ученые записки ВИЮН. 1947. Вып. 6. С. 82–83.

Н. И. Дивеева, ратуя за создание общеправовой теории договора, в предложенной ею дефиниции в несколько расширенном аспекте только воспроизвела признаки, выделенные Н. Г. Александровым[1]. Таким образом, в качестве родовых понятий можно предложить уже апробированные договоры о труде либо трудоправовые обязательства, учение о которых пока не разработано.

Понятие трудовой сделки, на наш взгляд, не отражает правовых реалий и только приводит к удвоению терминов, ибо трудовые сделки могут быть только двух- или трехсторонними, а это уже договоры о труде. Расширенная трактовка трудовых сделок ведет к их отождествлению с юридическими актами, в том числе односторонними, и даже с любым правомерным поведением субъектов, что также необоснованно удваивает терминологию и противоречит как общей теории, так и теории гражданского права. В то же время мы согласны с учеными, призывающими использовать для анализа договоров о труде общецивилистическое учение о сделках, но с учетом специфики и социального назначения трудового права[2].

Вывод. Понятие трудовой сделки, на наш взгляд, не отражает правовых реалий и только приводит к удвоению терминов, ибо трудовые сделки могут быть только двух- или трехсторонними, а это уже договоры о труде. Расширенная трактовка трудовых сделок ведет к их отождествлению с юридическими актами, в том числе односторонними, и даже с любым правомерным поведением субъектов. В то же время, мы согласны с учеными, призывающими использовать для анализа договоров о труде общецивилистическое учение о сделках, но с учетом специфики и социального назначения трудового права.

---

[1] См.: *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. С. 21.

[2] См.: *Лушников А. М.* К вопросу о трудовых сделках // Научные труды РАЮН. Вып. 4. В 3 т. Т. 2. М., 2004. С. 159–162; *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 2. С. 187–195; *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 655–664.

Глава 4
НЕТИПИЧНЫЕ (ГИБКИЕ) ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ: КОНТУРЫ И УГОЛ НАКЛОНА

4.1. Гибкость и стабильность юридической конструкции трудового договора: критерии и пределы отклонения

На наш взгляд, развитие современной теории трудового договора, не отрицая прошлого опыта, связано с исследованием юридической конструкции трудового договора в ключе основных тенденций развития трудовых прав в постиндустриальную эпоху. Это гибкость (дифференциация, индивидуализация) правового регулирования трудовых отношений и опосредующих их трудовых договоров.

В начале XXI в. развитие трудового законодательства на Западе, а теперь и в России выходит на новый качественный уровень. Трудовой договор XX в. — это юридическая конструкция, сформировавшаяся в индустриальном обществе и только отчасти в постиндустриальном. XXI в. начинается как век информационного общества, которое будет основано не на производственной (индустриальной) общественной организации труда, а на новой нарождающейся общественной организации труда, черты которой еще только намечаются. Трудовой договор прошлого века нередко не укладывается в рамки новой общественной организации труда, продиктованной условиями информационного общества. Эти же условия порождают и новый тип работников: «сетевой работник», «мобильный работник» и др. В отечественной науке трудового права впервые в таком ключе о перспективах развития трудовых прав и трудового законодательства написал И. Я. Киселев. Он отметил, что переход к постиндустриальному, информационному обществу породил кризис традиционного трудового права в странах Запада. В этой связи «некоторые юристы, социологи, политики констатируют, что в складывающейся социальной среде постиндустриального общества трудовому праву просто не выжить и оно в конечном итоге обречено, или, по крайней мере, его существование как самостоятельной отрасли находится под серьезной угрозой»[1].

Но, как справедливо отмечает автор, «в XXI в. трудовое право преодолеет трудности, заново определит свою нишу, усовершенствует инструментарий и возродится на новой основе»[2].

---

[1] *Киселев И. Я.* Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество) М., 2003. С. 12.

[2] Там же. С. 12.

Модель традиционной (типичной) занятости, предполагающая заключение бессрочного трудового договора на полный рабочий день с постоянным окладом, за небольшими исключениями существовала более или менее стабильно вплоть до 1970-х гг., когда массовое распространение получили нетипичные формы занятости.

Очевидно, что инновационная экономика предполагает расширение применения спектра нетипичных форм занятости, которые связаны с нетипичными (гибкими) трудовыми договорами[1]. Более того, универсальность трудового права, основанного на единстве естественно-правовых и позитивистских начал, позволяет распространить этот институт на иные сферы применения профессиональной трудовой деятельности, которые отличны от традиционного наемного труда. Речь идет о труде профессиональных спортсменов, труде государственных гражданских и муниципальных служащих, труде лиц, проходящих альтернативную гражданскую службу, прокуроров, полицейских и др. Речь идет о расширении сферы действия норм трудового права с целью социальной защиты трудовых прав этих категорий работников. Ни гражданское (обеспечивая устойчивость гражданского оборота), ни административное (обеспечивая публично установленный порядок управления) право не имеют в качестве основной функции обеспечения гарантий трудовых прав. Об этом мы уже упоминали выше.

Нетипичность (гибкость или так называемое дерегулирование) трудовых отношений (посредством соответствующих нетипичных (гибких) трудовых договоров) мы рассматриваем на двух уровнях, т. е. регулирование в нормативном порядке и регулирование в договорном порядке. В первом случае задействован механизм дифференциации правового регулирования трудовых отношений. Он включает нормативные правовые акты о труде, локальные нормативные акты и нормативные условия коллективных договоров и соглашений, устанавливающие особенности правового регулирования нетипичных форм занятости. Во втором случае — механизм договорной индивидуализации условий труда на уровне индивидуальных трудовых договоров[2].

Однако усиление нетипичности (дифференциации и индивидуализации) в правовом регулировании трудовых отношений должно сочетаться с обеспечением трудовых прав работника, о чем мы неоднократно писали ранее[3].

---

[1] Подробнее см.: *Лушникова М. В., Лушников А. М., Смирнов Д. А.* Российское трудовое право в условиях инновационной экономики. Ярославль, 2015.

[2] См.: *Лушников А. М.* Принципы равенства, дифференциации и запрета дискриминации в международном и российском трудовом праве // Юридические записки ЯрГУ. Вып. 10. Ярославль, 2006. С. 108–119; *Он же.* Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда. С. 6–18; и др.

[3] Об общих подходах см.: *Лушников А. М.* Усиление гибкости трудовых отношений как ответ на вызовы XXI века: причины введения и пределы осуществления // Рынок труда в XXI веке: в поисках гибкости и защиты. Вильнюс, 2011. С. 112–122; *Он же.* Юридическая конструкция «гибкобильности»: нетипичные трудовые правоотношения. С. 56–67; *Он же.* Нетипичные трудовые правоотношения: проблемы теории и практики // Наука и жизнь Казахстана. 2015. № 6. С. 66–71; *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития. М., 2015. С. 27–75; *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 426–440; *Лушников А. М., Фомина М. А.* Особенности правового регулирования трудовых отношений при нестандартных формах занятости: опыт стран Запада // Труд за рубежом. 2007. № 2. С. 88–109; и др.

На Западе необходимость усиления гибкости государственно-правового регулирования рынка труда рассматривается в последние десятилетия как императив, вызванный объективными требованиями современной инновационной экономики. Исходным является соответствие трех основных рынков, обеспечивающих функционирование рыночной экономики: капиталов, товаров и труда. Мобильность рынков капиталов и товаров в условиях глобализации и взрывного развития технологий практически неограниченна. Капитал может быть направлен в любую точку земного шара и в любую сферу экономики посредством нажатия кнопки или компьютерным кликом. Срок доставки средств производства, сырья, а также любых товаров в любую точку мира может исчисляться днями или даже часами. В этой связи труд (в конечном итоге работники) должен подстраиваться под эти изменения, т. е. быть гибким (мобильным).

От способности современного трудового права приобрести необходимую гибкость в значительной мере зависит его выживание как необходимого и важного для общества социального института. Аналогичную позицию в настоящее время поддерживают и многие российские ученые, и интерес к данной проблематике только усиливается[1]. За последние 10 лет по данной проблематике неоднократно защищались диссертационные исследования (А. Е. Коркин, Я. В. Кривой, О. В. Мацная, Е. Р. Радевич, О. В. Чесалина, М. А. Шабанова и др.).

Коренное обновление технической и технологической базы на основе компьютеризации, информатизации, автоматизации, внедрения гибких производственных систем повлекли существенные изменения в сфере организации труда: преодоление тейлоризма и фордизма с ликвидацией конвейеров и организацией гибких производств. Это вызвало структурные изменения на рынке труда в виде появления нестандартных форм занятости, опосредованных соответствующими договорами. Их можно разделить на традиционные нестандартные трудовые договоры, которые были легализованы уже к началу второй половины XX в., нетрадиционные гибкие (нестандартные) трудовые договоры, появившиеся в основном в последней четверти прошлого века.

К первым, традиционным, можно отнести: 1) срочные трудовые договоры (договор о временной занятости); 2) договоры на неполное (сокращенное) рабочее время (о неполном рабочем дне и (или) рабочей недели) (договоры о частичной занятости); 3) договоры о работе с гибким графиком рабочего времени; 4) договоры о работе с суммированным учетом рабочего времени (в том числе ежегодных рабочих часов).

Ко вторым, нетрадиционным, относятся: 1) договоры о труде вне основного офиса, в том числе с дистанционными работниками (компьютерными надомниками). Отметим, что трудовые договоры с традиционными надомниками относятся скорее к первой группе, но их значение существенно снизилось;

---

[1] См., напр.: *Зайцева О. Б.* Нетипичные формы занятости в России: вопросы теории и практики // Вопросы трудового права. 2011. № 8. С. 8–21; *Закалюжная Н. В.* Правовое регулирование нетипичных трудовых отношений. М., 2013; *Коркин А. Е.* Нетипичные трудовые отношения: заемный труд, телеработа и работа по вызову. М., 2013; *Радевич Е. Р.* Расширение применения сферы нестандартной занятости как средство обеспечения гибкости в использование наемного труда // Тенденции развития науки трудового права и права социального обеспечения. Киев, 2013. С. 344–348; и др.

2) договоры о заемном труде (о предоставлении работников (персонала)); 3) договоры о разделении рабочих мест; 4) договоры о работе по вызову.

Существенные признаки нетипичности имеют договоры с отдельными категориями работников, прежде всего с руководителями, работниками религиозных организаций, с профессиональными спортсменами и др. Однако в полном объеме нетипичными их назвать нельзя. Они скорее подпадают под отдельные признаки двух групп вышеназванных договоров. Например, для руководителей это связано со срочностью трудового договора и др.

При этом новые виды трудовых договоров не отрицают значимости традиционной юридической конструкции трудового договора, отвечающей классической триаде признаков: личностный, организационный и имущественный.

Нетипичные виды трудовых правоотношений (и трудовых договоров) могут характеризоваться также модификацией одного или нескольких перечисленных признаков. Так, в отношениях, основанных на договоре о предоставлении работников (заемном труде), видоизменен личностный признак и организационный в силу наличия, условно говоря, двух работодателей. В трудовых правоотношениях с дистанционными работниками («компьютерными надомниками») в значительной части видоизменен организационный признак трудового договора. В трудовых отношениях с руководителями организаций в значительной мере модифицируются организационный и имущественный признаки. При этом государство в законодательном порядке определяет особенности регулирования нетипичных трудовых правоотношений. Степень и глубина правовой дифференциации в регулировании нетипичных форм занятости зависит от сектора приложения труда, особенностей (характера) условий труда и рода деятельности. Но эта дифференциация (различия) должна быть оправданной, обоснованной и не вести к дискриминации в трудовых отношениях, снижению уровня трудовых прав работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав.

В развитых странах нетипичной формой занятости охвачено в среднем от 20 до 30 % работников с тенденцией к увеличению. В некоторых государствах, например в Южной Корее, их число доходит уже до половины. В экономической литературе гибкость правового регулирования трудовых договоров связывают с необходимостью правового обеспечения нестандартных форм занятости.

При этом под стандартной занятостью (на основании стандартных трудовых договоров) в зарубежной литературе обычно понимают занятость по найму: 1) в режиме полного рабочего времени; 2) на основе бессрочного трудового договора; 3) на стационарном рабочем месте под непосредственным руководством и контролем работодателя.

Эти признаки характеризуют «рабочий договор» как прообраз трудового. В общественном сознании он связывается с началом и завершением работы для всех по заводскому гудку, с заводской проходной, с работой за станком 5–6 дней в неделю под непосредственным управлением и контролем представителя низшей администрации с фиксированным началом рабочего дня и его завершением постоянно и для всех.

Соответственно, все формы занятости, отклоняющиеся от описанного стандарта, рассматриваются как нетипичные, нестандартные. Их опосредуют нетипичные (гибкие) трудовые договоры.

Отметим, что речь идет именно о занятости, опосредуемой трудовыми договорами (так называемая подчиненная занятость). Отношения, связанные с ней, входят в предмет трудового права. Естественно, широкое понятие занятости выходит далеко за эти пределы трудового права и может опосредоваться гражданским правом (самозанятость предпринимателей, занятость лиц, работающих по гражданско-правовым договору, и др.). В трудовом законодательстве и доктрине стран Европейского союза это именуется «автономной работой» на основе принципов гражданского и коммерческого права.

Занятость может находиться вне правового поля (занятость в домашнем хозяйстве, на приусадебном участке и др.) или вовсе быть связана с полузаконными или незаконными схемами (занятость в теневом секторе, работа без формального договора с получением зарплаты «в конверте» и др.). В современных публикациях такое разграничение проводится не всегда[1], что создает известную путаницу. С этим связано и притягивание к нетипичной занятости фрилансеров. Между тем это не тип трудовых отношений, а скорее стиль жизни, связанный с краткосрочными трудовыми договорами, гражданско-правовыми договорами, работой по грантам и в проектах, самозанятостью, работой без договора с выплатой из рук в руки и даже с волонтерством.

В крайних проявлениях о нетипичных трудовых отношениях пишут представители теории так называемого экономического империализма, утверждающие о необходимости распространения рыночных механизмов в том числе и на иные, внеэкономические феномены. Среди них нобелевские лауреаты по экономике Г. С. Беккер (1930–2014), Р. Коуз (1910–2013), отчасти Т. Шульц (1902–1998)[2] и др. Последний из них впервые выдвинул концепцию «человеческого капитала», получившую затем широкое развитие и распространение, в том числе в России[3].

Отсюда довольно часто встречающиеся в печати выражения в духе того, что все люди — только товар на рынке труда, а уж на каких условиях и по какой цене его возьмут (купят), решит «невидимая рука рынка». С учетом того, что Г. Беккер писал про «рынок невест», «рынок талантов» и др., это не кажется странным и даже несколько диковатым. В этой связи уже никого не смущают сообщения прессы о «продаже» или «аренде» футболистов и хоккеистов, смене «хозяина» предприятия (видимо, вместе с работниками) и прочие нелепости.

Сторонниками «экономического империализма» высказываются предположения о том, что уже в ближайшее десятилетие традиционная (постоянная) занятость будет занимать в наиболее экономически развитых странах, прежде всего в США, менее трети рынка труда (высший и средний менеджмент, высококлассные специалисты и др.) с тенденцией к дальнейшему сокращению[4].

---

[1] См., напр.: *Браун Е. А.* Понятие нетипичной занятости и классификация ее видов // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 3. С. 11–15

[2] См.: *Беккер Г. С.* Человеческое поведение: экономический подход. М., 2003; *Коуз Р.* Фирма, рынок и право. М., 1993; *Он же.* Природа фирмы. М., 2001; и др.

[3] См.: *Капелюшников Р. И.* Сколько стоит человеческий капитал в России? М., 2012; *Карчагин Ю. А.* Широкое понятие человеческого капитала. Воронеж, 2009; *Марцинкевич В., Соболев И.* Экономика человека. М., 1995; и др.

[4] См., напр.: *Познер Р.* Экономический анализ права. В 2 т. СПб., 2004.

Однако даже среди наиболее известных современных экономистов нет единства взглядов на нетипичную занятость. Вот как писал об этом известный американский экономист, также лауреат Нобелевской премии Д. Стиглиц: «Заклинания об усилении гибкости труда — это лишь плохо скрываемая попытка лишить трудящихся (под прикрытием "экономической эффективности") завоеваний, добытых ими в ходе многолетнего торга и политической активности»[1]. На наш взгляд, последняя позиция вполне обоснованна, однако связь характера занятости с инновационной экономикой в любом случае очевидна.

При этом нетипичная занятость имеет и положительные, и отрицательные последствия. Первые связаны с объективными причинами роста нетипичной занятости. Их можно разделить на две группы. Во-первых, это объективная потребность отдельных категорий работников в трудоустройстве, для которых полная занятость по каким-либо причинам затруднительна или нежелательна (пожилые трудящиеся, матери-одиночки, многодетные родители, безработная молодежь без профессиональных навыков, лица, освободившиеся из мест лишения свободы, инвалиды, лица, совмещающие работу с обучением и др.).

Нетипичная занятость позволяет работникам сочетать работу по найму с исполнением семейных обязанностей, участием в общественной жизни, поддержанием здоровья, учебой и др.

Во-вторых, нестандартная занятость обусловлена объективной потребностью рынка в мобильной рабочей силе, вызванной глобализацией, децентрализацией и специализацией производства, а также появлением новых технологий. Занятость специалистов в области информационных технологий имеет по определению гибкий характер[2].

Негативные последствия распространения нетипичной занятости ассоциируются прежде всего с отсутствием или снижением социальной защиты, гарантий трудовых прав работников, с отсутствием перспективы профессионального развития, поскольку работодатель не заинтересован вкладывать средства в повышение профессиональной квалификации работника. К социальным издержкам нестандартных форм занятости относятся ограничения в доступе к получению социальных выплат и услуг (пенсии, медицинское обслуживание, оплата дней болезни и др.). Например, в Германии, Ирландии, Японии и Швеции доступ к пенсиям и медицинскому здравоохранению имеют только те работники, у которых продолжительность рабочей недели составляет не менее 15–20 ч.

Ущемляет положение частично занятых и то, что на них обычно не распространяется законодательство об оплате сверхурочных часов. В ряде стран (Бельгия, Франция, Испания) на уровне коллективно-договорной практики предпринимаются попытки обеспечить равенство трудовых прав различных категорий работников путем распространения условий коллективных договоров на всех работников без исключения. Однако в целом разрыв в уровне оплаты

---

[1] *Стиглиц Д.* Занятость, социальная справедливость и общественное благосостояние // Международный обзор труда. Т. 141. 2002. № 1–2. (Пер. НИИ труда и социального страхования / под ред. З. С. Богатыренко. М., 2003. С. 15.)

[2] См.: *Гимпельсон В. Е., Капелюшников Р. И., Лукьянова А. Л.* Уровень образования российских работников: оптимальный, избыточный, недостаточный? М., 2010; *Муравьева А. А.* Труд, основанный на знаниях: высшая школа и производство (опыт стран ЕС) // Труд за рубежом. 2007. № 1. С. 37–58 и др.

труда и доступе к социальным гарантиям частично занятых и постоянных работников остается значительным. Так, в США, согласно данным обследования американских работодателей, работающие на временных работах, включая работников на срочных контрактах, работников по вызову и сезонных рабочих, получают значительно меньше постоянных[1]. И это практика большинства стран. В некоторых странах такая дискриминация запрещается законодательными актами. Например, в Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе постоянных договоров.

У работников, заключивших нетипичные трудовые договоры, обычно более высокий уровень травматизма, а осуществление охраны труда сопряжено как с объективными, так и субъективными трудностями. Эти трудности не обошли стороной и российские правовые реалии[2].

Современные западные социологи и философы (П. Бурдье, М. Фуко, Ю. Хабермас, М. Хардт, Т. Негри, Н. Хомский, Г. Стэндинг и др.) в качестве негативного проявления нетипичной занятости видят формирование нового класса наряду с пролетариатом, который именуется прекариатом. Главная его черта — нестабильное положение («урезанный статус»), неполная или временная занятость, не сопряженная с наличием традиционного трудового договора[3]. В этой категории оказываются прежде всего мигранты и беженцы, начинающая трудовую деятельность молодежь, лица старшего возраста, лица, освободившиеся из мест лишения свободы, стажеры и др.

Совсем не случайно нетипичную занятость все чаще именуют нестабильной, причем даже в нормативных актах. Это дало основание британским ученым — специалистам по трудовому праву М. Фридланду и Н. Каунтурису изменить традиционную «двоичную систему» отношений по труду. Она сводилась к трудовым и гражданско-правовым отношениям или, как вариант, к зависимым и независимым отношениям. Они предложили выделить три вида отношений:

1) защищенные отношения по труду, в которых работающее лицо пользуется максимальным объемом прав и существенно защищено от негативного, дестабилизирующего воздействия рынка;

2) автономные отношения по труду, в которых работающее лицо не получило существенных гарантий от нанимателя;

3) неустойчивые отношения по труду, которые содержат в себе элементы обеих групп отношений[4].

Д. В. Черняева отмечает теоретическую обоснованность и современность такой структуры. Однако практическая значимость такого деления для стран, входящих в романо-германскую правовую семью, правомерно поставлена под

---

[1] См.: *Вишневская Н. Т.* Нестандартные формы занятости в странах с развитой рыночной и переходной экономикой // Труд за рубежом. 2004. № 4. С. 45–77.

[2] См.: *Кошлакова А. С.* Охрана труда работников при нетипичных формах занятости // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 1. С. 13–15 и др.

[3] См., напр.: *Стэндинг Г.* Прекариат: опасный класс. М., 2014. С. 18 и далее.

[4] См: *Freedland M., Kountouris N.* The legal characterization of personal work relations and the idea of labour law // The idea of Labour Law / ed. by B. Langille, G. Davidov. Oxford: Oxford University Press, 2011. P. 190–208.

вопрос. С учетом деления права на отрасли такой подход вне правовой привязки может привести к произволу работодателя[1].

На наш взгляд, неустойчивые (нетипичные) отношения по труду должны регулироваться преимущественно в рамках предмета трудового права. Все это свидетельствует о назревшей необходимости именно с помощью средств трудового права решить проблему пределов нетипичности регулирования трудовых отношений. Речь идет о поиске баланса между гибкостью правового регулирования трудовых отношений с одной стороны и защитой трудовых прав работника с другой.

Усиление гибкости в регулировании трудовых отношений, расширение сферы нормативной дифференциации и договорного регулирования ставит на повестку дня вопрос о пределах нетипичности (гибкости). Такими пределами должны стать прежде всего общепризнанные нормы и принципы международного трудового права, а равно отраслевые принципы (запрет дискриминации в трудовых отношениях, запрет принудительного труда и др.), установленный законом минимальный уровень трудовых прав и гарантий (национальные стандарты трудовых прав).

Стандартные формы занятости характеризуются довольно высоким уровнем государственной нормативной защиты трудовых прав. Чем жестче законодательство, тем сильнее защищены работники. Нестандартные формы занятости, перенос акцентов правового регулирования на договорный уровень (коллективный, индивидуальный) могут объективно привести к снижению уровня гарантий трудовых прав. Выбор правовых средств регулирования трудовых отношений представляет собой компромисс между двумя крайностями: абсолютной гибкостью рынка труда и абсолютной защищенностью наемного работника.

Как уже указывалось, «дерегулирование» является общей тенденцией для большинства стран, поскольку рассматривается в качестве одной из основных мер, направленных на поддержание инновационной экономики. При этом «дерегулирование» по отдельным вопросам должно сопровождаться усилением регулирования в других сферах, таких как запрет дискриминации в трудовых отношениях, регламентация труда лиц, работающих на опасных производствах[2], защита персональных данных работника и т. п.[3]

«Дерегулирование» касается права работников и работодателей устанавливать в коллективно-договорном и индивидуально-договорном порядке положения, отличные от закрепленных в действующем законодательстве. Соответственно, нормы трудового права носят преимущественно диспозитивный характер, позволяющий максимально учесть потребности и реализовать интересы обеих сторон договора. Необходимость приспосабливаться к разнообразным ситуациям приводит к изменению содержания трудового договора. В этой

---

[1] См.: Актуальные проблемы трудового законодательства в условиях модернизации экономика / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2012. С. 234–238.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Охрана труда и трудоправовой контроль (надзор). М., 2015. С. 45–147.

[3] См.: *Yamakawa R., Araki T.* Deregulation and Labour Law in the search if a Labour Concept for the 21st century // Bulletin of Comparative Labour Relations. 2000. № 38. P. 10.

связи можно привести высказывание голландского ученого П. ван дер Хейдена о том, что «трудовой договор с его более или менее взаимно установленными правами и обязанностями постепенно трансформируется в более открытые свободные постоянно эволюционирующие юридические отношения»[1]. «Дерегулирование» в конечном итоге предполагает отмену наиболее жестких и неэффективных норм трудового права, перенос регулирования трудовых отношений преимущественно на коллективно-договорный, локальный и индивидуально-договорный уровни, но с четким централизованным императивным фиксированием стандартов труда.

Таким образом, сочетание рыночных механизмов, технологических нововведений, перемен в стратегии управления бизнесом, способствующее «дерегулированию» рынка труда, а также изменившееся положение работников, приводят к росту нетипичной занятости, опосредуемой гибкими трудовыми договорами. При этом достаточно трудно выделить, который из этих факторов является наиболее значимым, решающим в распространении новых видов трудовых договоров.

В зарубежных трудоправовых исследованиях и актах МОТ последовательно проводится идея о необходимости сочетания гибкости для предприятий и гарантий защищенности для работников (гибких гарантий), трудовой мобильности и стабильной занятости. Объективные данные таковы: в промышленно развитых странах каждый год сокращается и одновременно создается одно из десяти рабочих мест. Общепризнанно, что рынок труда, который меняется радикальным образом под воздействием процессов глобализации и технического прогресса, уже не будет обеспечивать гарантий занятости и социального обеспечения, как это было в прошлом. В связи с этим настоятельно необходимо развивать новые гарантии в отношении занятости, доходов и социальной защиты[2]. И хотя сообщения о завершении эпохи стабильной занятости «сильно преувеличены», в экономически развитых странах пребывание на рабочем месте или в должности уже не воспринимается в качестве синонима гарантий занятости. Для достижения достойного труда необходимо нечто большее, чем стабильные рабочие места, т. е. стабильные правоотношения. Конечно, идея обеспечения полной занятости остается одной из руководящих в деятельности МОТ, но европейская модель трудовых отношений, к которой тяготеет и Россия, основана как на защите занятости, так и на признании позитивного влияния нетипичности труда на занятость и безработицу.

Отметим, что самые стабильные рабочие места в западноевропейских странах приходятся на страны с наименее развитой экономикой, такие как Греция и Португалия. Самыми нетипичными оказались экономические лидеры в лице Великобритании, Дании, Нидерландов. Отсюда появилась целая школа исследователей, выступающих в защиту ценностей «переходных рынков труда», обеспечивающих гарантии от социальных рисков, связанных с рынком труда. Они ратуют не за создание «защитной оболочки», консервирующей старые ра-

---

[1] См.: *Heijen P., van der.* Post-Industrial Labour Law and Industrial Relations in The Netherlands // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 133.

[2] См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда. Доклад Генерального директора. Т. 2. Женева: МБТ, 2005. С. VI–VII, 2, 9, 66 и др.

бочие места, а выдвигают идею «крыльев безопасности», защищающих переходы между различными сегментами рынка труда: между рабочими местами; между работой и безработицей; между работой и профессиональной подготовкой; между образованием и профессиональной деятельностью и др. Отсюда вывод экспертов МОТ: «Определенный уровень гибкости труда приемлем в тех случаях, когда он не разрушает стандартных трудовых отношений и опирается на гарантии рынка труда, что обеспечивает защиту при переходе на другое место работы, поскольку это способствует укреплению благополучия работника, а не его разрушению... Правительства должны формировать эффективную систему гарантий рынка труда, основанную на политике в области труда, а также в первую очередь на труде, и только затем — на социальной защите»[1].

Западные социологи и экономисты (Д. Белл, Р. Райх, Л. Туроу, М. Кастельс. М. Пайор и др.), а также часть российских ученых под гибкостью трудовых отношений понимают:

а) гибкость наемных работников, т. е. их готовность к смене профессии, «пожизненному обучению», к автономной трудовой деятельности и принятию самостоятельных решений, к интеллектуализации и информатизации труда (адаптивность); б) гибкость оплаты труда (ее индивидуализация в трудовом договоре, а не ее установление в тарифном соглашение или по государственным расценкам); в) трудовую гибкость, т. е. готовность менять место работы раз в несколько лет, в т.ч. готовность к переезду для работы в другую местность, распространение срочных трудовых договоров (мобильность); г) временную гибкость (возрастание числа рабочих мест с неполным или ненормированным рабочим днем, с «гибким» графиком рабочего времени, со сменной работой, с необходимостью работать в выходные и нерабочие праздничные дни, сверхурочными работами и др.)[2].

С точки зрения трудового права все это укладывается в рамки индивидуализации и отчасти дифференциации трудовых отношений, о чем уже упоминалось выше.

В западной науке получило распространение деление нетипичной (гибкой) занятости на «плохую» и «хорошую». Первая из них связана с переносом акцента с интересов работников на интересы потребителей, переносом социальных издержек труда на работников и общество в целом, ростом социально-трудовой нестабильности и неопределенности, увеличением разрыва в оплате труда. Издержки такой занятости очевидны. Это снижение уровня профессионализма работников в силу временной востребованности, ухудшение физического и мо-

---

[1] См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда. Доклад Генерального директора. Т. 2. Женева: МБТ, 2005. С. 70, 74, 75, 76.

[2] См.: *Гимпельсон В. Е., Капелюшников Р. И.* Нестандартная занятость и российский рынок труда. М., 2005; *Капелюшников Р. И.* Нестандартные формы занятости и безработица в России. М., 2004; Какой рынок труда нужен российской экономике? Перспективы реформирования трудовых отношений. М., 2003; *Уэбстер Ф.* Теория информационного общества. М., 2004. С. 106–107 и далее. Впрочем, Ф. Уэбстер отмечает уязвимость «периферийных» (негибких) работников и сложность реального отслеживания тенденций гибкости. Не отрицая больших изменений в организации труда, он ставит под сомнения убедительность и оригинальность концепции гибкости трудовых отношений (см. с. 127–130).

рального состояния в условиях нестабильности, более высокий травматизм, ослабление социальной солидарности и профессиональных связей, усложнение координации и контроля за деятельностью работников, расширение возможностей для обхода императивных норм трудового законодательства и др.

«Хорошую» гибкость принято связывать с известной стабильностью нетипичных трудовых отношений, равенством трудовых прав в традиционном и нетипичном секторах занятости. С ней связано новое понятие «гибконадежности» («гибкобильности»). Можно выделить три модели гибкости: 1) индивидуальная гибкость, основанная на индивидуальных отношениях работника и работодателя (Великобритания, Ирландия); 2) диктуемая государством гибкость, когда законодателю принадлежит достаточно важная роль в правовой регламентации нетипичной занятости (Франция, Испания, Финляндия). К этой модели с определенной оговоркой тяготеет Россия; 3) договорная гибкость, при которой важную роль играют коллективные переговоры и соглашения (Дания, Нидерланды, Германия). При этом рынок гибкой занятости достаточно сегрегирован, особенно в части временной занятости женщин, молодежи, лиц старшего возраста.

Таким образом, сочетание стабильности и гибкости трудового договора означает дальнейшую дифференциацию правового регулирования трудовых отношений (нормативный уровень гибкости) и индивидуализацию условий трудового договора (индивидуально-договорный уровень гибкости), но в пределах, диктуемых публичными началами трудового права. При этом в каждом проявлении гибкого регулирования трудовых отношений динамика, отступление от регламентации стандартной (типичной) занятости должны сочетаться с гарантиями прав работника, стабильностью трудового правоотношения. В каждом сегменте рынка труда глубина гибкости должна быть сопоставима с правовыми гарантиями. Понятие стабильности трудового правоотношения во многом связывается с гарантированностью трудовых прав работника, запретом ухудшать положение работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав, а равно уровнем международно-правовых стандартов трудовых прав.

Нетипичные формы трудовых правоотношений также характеризуются высокой степенью индивидуализации их условий соглашением сторон. Но и в этом случае свобода трудового договора ограничена пределами, вытекающими из публичных начал трудового права. Таким образом, нормативная дифференциация и договорная индивидуализация трудового отношения (его гибкость) всегда сопровождается публичными пределами. Это проявление более общего принципа единства частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений в ключе социального назначения трудового права. Подчеркнем, что наряду с гарантированностью, защитой трудовых прав работника социальное назначение современного трудового права во многом сориентировано на справедливое согласование прав и законных интересов сторон в трудовом договоре (ст. 1 ТК РФ).

Публичные пределы гибкости трудового правоотношения могут быть, во-первых, общими, во-вторых, специальными (конкретные пределы). Общие пределы вытекают из социального назначения трудового права, его принципов (международно-правовых, отраслевых). Расширение прав работодателя в уста-

новлении договорных условий должно компенсироваться усилением гарантий прав работника. Баланс прав и законных интересов сторон в трудовом правоотношения является необходимым условием их гармонизации в социальном правовом государстве. Социальное назначение трудового права определяет общие пределы гибкости трудового отношения, правового регулирования его нетипичных форм. Специальные пределы гибкости трудового договора связаны с минимальным уровнем основных трудовых прав работника, который гарантирован государством (минимальный размер заработной платы, максимальная продолжительность рабочего времени, минимальная продолжительность отпуска и т. д.).

Подчеркнем, что любая юридическая конструкция нетипичных трудовых договоров (опосредующих нетипичную занятость) должна соответствовать правовым принципам, которые отражают единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых отношений. Они обеспечивают, с одной стороны, стабильность (гарантированность) трудовых прав работника, вступившего в нетипичные трудовые отношения. С другой стороны, именно правовые принципы устанавливают и общие пределы договоренности сторон такого отношения. Здесь весьма уместно упомянуть о повышении авторитета международных трудовых стандартов, многие из которых воплощают общепризнанные в цивилизованном мире принципы и нормы международного права, действуют как внутреннее национальное право и даже имеет приоритет по сравнению с ним. В настоящее время формируется механизм прямого обеспечения международно-правовой защиты трудовых прав работников и появляются признаки превращения региональных трудовых стандартов в наднациональное право, например в странах Европейского союза[1].

Очевидно, что нетипичная занятость, отвечающая интересам и стремлениям не только работодателей, но и все возрастающей части работников, должна получить больше внимание со стороны законодателя, поскольку отсутствие регулирующих норм может усилить уязвимость положения не типичных работников. Именно поэтому необходимо установить правовую защиту, которая обеспечивала бы определенную стабильность их положения. С этой целью недостаточно просто выявить причины гибкой занятости. На наш взгляд, необходимо проанализировать разнообразные формы, которые она принимает, рассмотреть социальное положение работников и в итоге определить, какие аспекты гибкой занятости требуют большего регулирования. С этой целью ниже мы более подробно рассмотрим различные *варианты отклонений от типичной модели занятости (типичной модели трудового договора).*

1. *Первое отклонение касается продолжительности трудовых отношений между работником и работодателем,* поскольку трудовое право традиционно регулирует труд работника, занятого на протяжении полного рабочего дня на основе бессрочного трудового договора. Конечно, договор на определенный срок используется повсеместно уже в течение долгого времени, поэтому его едва ли можно рассматривать как новую форму занятости. Еще в Кодексе Наполеона 1804 г. он был назван как locatio operarum, единственный, в котором

[1] См. *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 4; *Лютов Н. Л.* Эффективность норм международного трудового права. М., 2014 и др.

усмотрение сторон ограничивалось только необходимостью указать срок договора. Работа без определенного срока рассматривалась как покушение на свободу работника.

Стоит отметить, что данный вид отношений на срок относительно недавно получил законодательное закрепление в большинстве европейских стран (Германия, Испания, Португалия и др.), а также в странах Латинской Америки (таких как Доминиканская Республика, Бразилия, Уругвай и др.). В таких сферах, как ресторанный бизнес, туризм, индустрия развлечений и отдыха, сезонные работы, ни один из других видов договоров, кроме срочного, так часто не встречается. Более того, закрепление данного вида трудового договора в законодательстве повлекло за собой расширение тех секторов экономики, где ранее было невозможно прибегнуть к его заключению, что свидетельствует о гибком использовании трудовых ресурсов для нужд производства. Фактическая либерализация рынка труда во многих странах привела к тому, что работа на основании срочного трудового договора стала серьезной альтернативой постоянной занятости.

Возможность вступления в срочные трудовые отношения в некоторых странах может быть ограничена наличием перечня объективных причин: «указанием на то, что это разумно и оправданно при существующих обстоятельствах» (германское законодательство), «сущностью работы» (бельгийское законодательство), «необычностью и исключительностью, т. е. особым характером работы» (испанское законодательство). Несмотря на то, что в Великобритании или Швейцарии свобода сторон на вступление в такие отношения не ограничивается законодательством, тем не менее запрещено перезаключение срочных договоров несколько раз подряд[1]. В соответствии с итальянским законодательством при заключении срочных договоров можно делать ссылку на коллективные договоры, получившие одобрение наиболее представительного профсоюза. При этом отраслевыми коллективными соглашениями введены обязательные условия: заключать такие договоры нельзя менее чем на 4 и более, чем на 12 месяцев.

Своеобразная ситуация сложилась во Франции, где еще с 1982 г. срочный трудовой договор является «договором исключения» и презюмируется заключение бессрочного трудового договора. Срочный трудовой договор при этом можно заключать при наличии одного из трех групп условий: 1) замена временно отсутствующего работника, или работника, с которым договор временно приостановлен. В случаях, установленных законом, можно заключать срочный трудовой договор для замены уволившегося работника; 2) для выполнения заведомо срочной по характеру работы (сезонные работы, для выполнения непредвиденной работы и др.); 3) в качестве средства борьбы с безработицей (договоры «принуждения к работе», «сопровождение в профессиональной деятельности» и др.). Соответственно, не допускается заключение срочных трудовых договоров для выполнения обычной деятельности, для замены работника, участвующего в трудовом споре, для выполнения особо опасных работ. Не разрешается и заключение срочного трудового договора сразу после истечения срока аналогичного срочного трудового договора. Максимальная их продолжительность не может превышать 18 месяцев, однако он может сокращаться

[1] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 106.

до 9 месяцев при выполнении срочной работы для предотвращения несчастных случаев и увеличиваться до 24 месяцев при выполнении срочного экспортного заказа[1].

В Италии срок срочного трудового договора ограничен 12 месяцами, однако он может быть продлен при общем ограничении такой пролонгации 36 месяцами[2].

В Германии, напротив, в соответствии с Актом о содействии занятости запрещалось ограничивать максимальный срок первого найма работников 18 месяцами[3]. Опыт этой страны в данном случае особенно поучителен[4].

В этой части следует упомянуть о Директиве Европейского союза от 28 июня 1999 г. 1999/70/ЕС о работе на основании срочных договоров, которая предусматривает требование о создании правовых механизмов, при помощи которых можно избежать злоупотреблений при заключении срочных договоров. Оно предполагает наличие рамочного соглашения по условиям труда работников, работающих по срочным трудовым договорам. Оно было заключено между объединением работников и работодателей Европейского союза еще 15 марта 1999 г.

Государства — члены Европейского союза должны были интегрировать указанную директиву в национальное трудовое право. В этом аспекте интересен опыт Испании, где такая интеграция была осуществлена в 2006 г. путем внесения изменений в ст. 12 Статута трудящихся 1994 г. При были наложены правовые ограничения на соединение последовательных трудовых договоров при соблюдении следующих условий: 1) идентичность субъекта; 2) использование двух и более срочных трудовых договоров; 3) наем в одну и ту же компанию на одно и то же рабочее место; 4) общая 2-летняя продолжительность договорной цепочки в течение 30 месяцев.

О последнем условии отметим специально следующее. Если в течение 30 месяцев работник работал по срочному трудовому договору более 24 месяцев, то у него возникает право на признание этого договора бессрочным[5].

Отметим, что Конвенция МОТ № 158 «О прекращении трудовых отношений по инициативе предпринимателя» 1982 г. (не ратифицирована РФ) и соответствующая Рекомендация № 166 содержат положения о необходимости установления гарантий против использования договоров о найме на определенный срок, установив одну или более мер защиты работника:

1) ограничить использование договоров о найме на определенный срок случаями, когда учитываются характер предстоящей работы, или условия ее выполнения, или интересы трудящихся, эти отношения не могут устанавливаться на определенный срок;

---

[1] См.: *Мясникоф Н.* Об условиях трудового договора в России и во Франции // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 215–216.

[2] См.: *Геращенко Л. П.* Виды трудового договора по законодательству Италии // Тенденции развития науки трудового права и права социального обеспечения. Киев, 2013. С. 153–154.

[3] См.: *Daubler W.* Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 107.

[4] См.: *Чеканова Л. А., Чесалина О. В., Шаррер А.* Срочные трудовые договоры в России и Германии // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 3. С. 45–52.

[5] См.: *Мендес Л. М.* Директива № 99/70/СЕ от 28.06.1999 о работе на определенный срок и ее интеграция в испанское трудовое право // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 217–235.

2) считать договоры о найме на определенный срок, если они заключены без законных оснований, договорами о найме на неопределенный срок;

3) считать договоры о найме на определенный срок и продлевающиеся без оснований один или несколько раз, договорами о найме на неопределенный срок.

Согласно ст. 58 ТК РФ трудовые договоры могут заключаться как на неопределенный срок, так и на определенный срок не более 5 лет, если иной срок не предусмотрен ТК РФ и иными федеральными законами. При этом запрещается заключение срочных трудовых договоров в целях уклонения от предоставления прав и гарантий, предусмотренных для работников с которыми заключается трудовой договор на неопределенный срок. В ТК РФ устанавливаются ограничения и гарантии работникам при заключении срочных договоров, которые соответствуют двум из вышеназванных мер, рекомендуемых МОТ.

Во-первых, срочный трудовой договор заключается, когда трудовые отношения не могут быть установлены на неопределенный срок с учетом характера предстоящей работы или условий ее выполнения. Перечень таких случаев является закрытым, устанавливается ТК РФ (ч. 1 ст. 59) и иными федеральными законами. Между тем в интересах работодателя или работника, а также в случаях, установленных ТК РФ и иными федеральными законами, допускается заключение срочных трудовых договоров по соглашению сторон без учета характера предстоящей работы или условий ее выполнения (ч. 2 ст. 59 ТК РФ). В этом случае важно, чтобы соглашение сторон в отношении работника носило характер добровольного волеизъявления. Если судом при разрешении спора о правомерности заключения трудового договора будет установлено, что он заключен работников вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок[1]. Указанные гарантии соответствуют международным стандартам. В Конвенции МОТ № 158 отмечается, что в той степени, в какой это необходимо, компетентным или соответствующим учреждением каждой страны могут быть приняты меры для исключения из сферы применения ограничений заключения срочных трудовых договоров трудящихся в свете особых условий занятости.

Во-вторых, согласно ТК РФ трудовой договор, заключенный на определенный срок при отсутствии достаточных к тому оснований, установленных судом, считается заключенным на неопределенный срок (ст. 58).

В-третьих, суд вправе с учетом обстоятельств конкретного дела признать трудовой договор заключенным на неопределенный срок, если в ходе судебного разбирательства устанавливается факт многократности заключения срочных трудовых договоров на непродолжительный срок для выполнения одной и той же трудовой функции[2]. Названная гарантия закреплена в виде правоположения высшей судебной практикой. Между тем, как отмечалось выше, Рекомендацией МОТ № 166 данную гарантию предлагается устанавливать на уровне закона.

Таким образом, российское трудовое законодательство о срочных трудовых договорах соответствует международным стандартам трудовых прав.

---

[1] См.: пункт 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса РФ» // БВС РФ. 2004. № 6 (с изм.).

[2] См. там же.

Одной из разновидностей трудовых отношений являются отношения, основанные на *срочном договоре, закрепляющем обязанность работодателя обеспечить обучение работника*. В итальянском законодательстве содержится специальное упоминание о том, что целью таких договоров является обеспечение гарантий в получении навыков, которые представляют профессиональную ценность для работника-ученика. Возраст работников, с которыми можно заключать такие договоры, обычно ограничен 15–29 годами. Договоры могут содержать условия о получении высшего образования и об участии в научных исследованиях. Такие модели правоотношений, с одной стороны, способствуют созданию новых рабочих мест, а с другой — закрепляют определенные преимущества для предприятий. Последние заключаются в уменьшении издержек, налогов, снижении риска увольнения работников по собственному желанию, т. е. обеспечивается компромисс интересов сторон договора.

Согласно ст. 196 ТК РФ, необходимость подготовки работников (профессиональное образование и профессиональное обучение) и дополнительного профессионального образования для собственных нужд определяет работодатель в порядке, предусмотренном коллективными договорами, соглашениями, трудовыми договорами. По соглашению с работником заключаются ученический договор, договор о повышении квалификации и др. Из этого правила сделаны исключения, когда работодатель обязан проводить профессиональное обучение или дополнительное профессиональное образование работников в случаях, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ для выполнения работником определенных видов деятельности.

2. *Второе отклонение от классической модели трудового отношения, обусловленное экономическими и социальными преобразованиями, касается рабочего времени (времени работы): (неполное рабочее время, гибкие графики работы и иные режимы рабочего времени)*. Важно отметить, что сокращение числа рабочих часов не изменяет саму природу трудового отношения, которое предполагает по-прежнему подчиненное положение работника. Значительное увеличение количества частично занятых работников является следствием гибкости рынка труда и рассматривается в качестве одной из политических мер, направленных на обеспечение высокого уровня занятости, мер, основанных на принципе солидарности между занятыми и незанятыми работниками.

Частичная занятость обычно определяется как работа на регулярной и добровольной основе, продолжительность которой в течение дня или недели значительно короче нормальной продолжительности рабочего времени (наиболее распространенной или установленной законом). Среди частично занятых преобладают замужние женщины, имеющие малолетних детей, офисные работники в таких отраслях, как банковская деятельность, страхование и т. п. При этом может быть как неполный рабочий день (работа во все дни рабочей недели, но меньшее число часов, например по 4 ч 5 дней в неделю), так и неполная рабочая неделя (работа на протяжении полного рабочего дня, но не во все дни рабочей недели, например 3 дня по 8 ч). Примечательно, что в Италии первый вариант неполного рабочего времени именуется горизонтальным, а второй — вертикальным. Естественно, они могут совмещаться (например, работа 3 дня в неделю по 4 ч).

В отношении работы на условиях неполного рабочего времени была принята Конвенция МОТ 1994 г № 175 (не ратифицирована РФ) и одноименная

Рекомендация № 182. В соответствии с названными международными актами государствами должны приниматься меры для обеспечения того, чтобы работники, занятые неполное рабочее время, пользовались такой же защитой, что и находящиеся в сравнимой ситуации работники, занятые полное рабочее время. Согласно ст. 93 ТК РФ работа на условиях неполного рабочего не влечет для работников каких-либо ограничений трудовых прав. Как справедливо утверждается в литературе, трудовое законодательство России предоставляет этой категории работников больший объем защиты, чем та, которая предусмотрена в актах МОТ[1].

Согласно ст. 102 ТК РФ работа в режиме гибкого рабочего времени определяется соглашением сторон. Кроме того, установление такого режима должно быть закреплено в локальном нормативном акте — правилах внутреннего трудового распорядка. Значительная роль в правовом регулировании этого режима отведена подзаконным и рекомендательным актам советского периода, которые применяются в части, не противоречащей ТК РФ[2].

В зарубежной практике получил распространение *режим работы по вызову,* в соответствии с которым работник принимает на себя обязательство выполнять работу в будущем, а именно тогда, когда работодатель решит привлечь его для выполнения этой работы. Заключая подобный договор, работник дает обещание, выражает свою готовность работать на фирму, в ряде случаев даже если он не является нанятым этой фирмой. Это и составляет отличительную особенность данной формы занятости. Подобное явление достаточно распространено в сфере услуг (например, экспресс-почта), туризме, воздушном транспорте, однако во многих странах оно не урегулировано законодательством. Но ряд стран легализовали эту форму гибкой занятости (Германия, Нидерланды, Турция и др.). В соответствии с законодательством Германии в целях защиты прав работника устанавливается ряд гарантий прав названных работников. Во-первых, законом предусматривается минимальная продолжительность рабочей недели 10 ч, если она не установлена соглашением сторон. Во-вторых, работодатель обязан предупредить работника о вызове на работу за 4 дня. В-третьих, при каждом вызове на работу работник должен быть занят не менее 3 ч.

В российском трудовом законодательстве отсутствует режим «работы по вызову». Между тем в отношении работников, с которыми заключен трудовой договор, не исключается применение такого режима в рамках сочетания неполного рабочего времени и гибкого графика работы по соглашению сторон.

3. Следующий тип отклонений от стандартной модели занятости касается рабочего места и места выполнения работы (надомная работа, дистанционная работа, заемный труд, разделение рабочего места и др.). В последнее время появляются такие виды договоров, которые предполагают выполнение работниками работы вне места нахождения работодателя. Данное новшество также носит от-

---

[1] См.: *Гусов К. Н., Лютов Н. Л.* Международное трудовое право. М., 2013. С. 464.

[2] См.: Положение о порядке и условиях применения скользящего (гибкого) графика работы для женщин, имеющих детей (утв. постановлением Госкомтруда СССР, ВЦСПС от 6 июня 1984 г. № 170/10/101); Рекомендации по применению режимов гибкого рабочего времени на предприятиях, в учреждениях и организациях отраслей народного хозяйства (утв. постановлением Госкомтруда СССР № 162, ВЦСПС № 12–55 от 30 мая 1985 г.).

носительный характер. Однако сейчас появляются совершенно особые экономические и организационные формы работы. Они становятся распространенными, в немалой степени благодаря техническому прогрессу, инновационной экономике. Осуществление работником вне пределов фирмы трудовой деятельности, которая составляет часть ее производственного цикла и которая, как правило, всегда выполняется в самой фирме, ставит вопрос о том, как это соотносится с общим представлением о подчинении работника власти работодателя. К таким отклонениям можно отнести децентрализацию работы (передачу части трудовых функций другим субъектам вне организации), филиализацию (создание новой компании-спутника посредством разделения штата), дистанционную работу (телеработу) (работу с использованием различных видов телекоммуникационной связи, которая может быть выполнена как непосредственно в фирме, так и за ее пределами).

Основная заслуживающая внимания особенность заключается в том, что если в промышленной экономике работодатель одновременно является и управленцем, и техническим организатором труда, то в эпоху высоких технологий он выполняет только первую из этих ролей. Многие из работников предприятия в настоящее время являются высококвалифицированными специалистами, у работодателя больше нет необходимости контролировать, как, когда и какая работа выполняется. Его власть скорее распространяется на то, каким образом работник вовлечен в организацию процесса производства на предприятии.

О трудовых договорах с дистанционными работниками и о договорах о предоставлении работников (персонала) будет сказано в следующих параграфах.

Еще один вид нетипичной занятости — «разделение рабочего места» — практикуется за рубежом, но он не получил легального закрепления в российском трудовом законодательстве. Речь идет о ситуации, когда на одно рабочее место нанимаются два или более работников, которые работают поочередно. Такие договоры используются в таких сферах бизнеса, как разработка информационных систем, финансовый сектор, страховые услуги и др. Такой режим в своеобразной форме применяется и в России с использованием универсального соглашения сторон трудового договора о работе в режиме неполного рабочего времени. Однако в ряде стран (Германия, Италия и др.), в которых такие договоры легализованы, они имеют более широкий спектр использования: своеобразное наставничество уходящего на пенсию работника в отношении молодого специалиста, коллективное выполнение единого проекта и др.

Еще раз подчеркнем, что основная проблема, которая связана с гибкими трудовыми договорами, — прямое или скрытое ухудшение условий труда, ослабление схем социальной защиты отдельных категорий работников. Временные работники, частично занятые, заемные работники, телеработники зачастую исключены из систем предоставления определенных льгот и преимуществ. Последние основываются на модели традиционной занятости и были изначально направлены на преодоление рисков, с нею связанных, а потому неприменимы к гибким трудовым правоотношениям. В некоторых странах такие льготы, как медицинская страховка, предоставление и оплата отпуска по временной нетрудоспособности, оплата выходных и иные пособия являются исключительно предметом индивидуальных трудовых договоров. Однако концепция добровольной занятости и принцип свободы труда предоставляет работодателям возможность,

особенно в отсутствие профсоюза, фактически в одностороннем порядке диктовать свою волю и устанавливать выгодные для себя условия договора.

Коллективные договоры также обеспечивают незначительную защиту, поскольку нетипичные работники крайне редко охватываются их действием. В США, например, работодатели, имеющие так называемый социальный план (план социальной защиты), обязаны осуществлять выплаты пенсий и пособий работникам. Но данная обязанность существует только в отношении тех, кто работает не менее 1000 ч в год. При этом работник, не отработавший более 5 лет у этого работодателя, таких выплат не получает[1]. Выплата надбавок за стаж по своей природе относится к долговременным, и в результате многие работники — субъекты нетипичных трудовых договоров, чьи взносы на социальную защиту носят случайный, прерывистый, краткосрочный характер, обнаруживают, что несут определенные обязательства, но исключены из системы предоставления таких льгот[2].

Таким образом, временные работники, так же как и работающие неполное рабочее время, могут вообще не получить право на льготы. Пожалуй, единственное гарантированное пособие, на которое нетипичные работники имеют право без всяких условий, — это компенсация в случае несчастного случая на производстве либо профессионального заболевания. Однако некоторые сложности могут возникнуть в связи с определением предприятия, ответственного за выплату пособия, особенно в случае тройственных трудовых отношений при заемном труде.

Нестабильность положения работников, вступивших в гибкие трудовые отношения, особенно ярко проявляется при их прекращении. Германское законодательство о содействии занятости, например, не распространяет гарантии при увольнении на частично занятых работников, работающих менее 45 ч в месяц. В Великобритании и Ирландии частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты в случае увольнения, что и полностью занятые, однако только если работают не менее 16 ч и 18 ч в неделю соответственно. В Ирландии же предусмотрено дополнительное условие — обязанность отработать на данного работодателя не менее 1 года. В Нидерландах все частично занятые работники пользуются тем же уровнем защиты, что и обычные работники, но только в том случае, если договор носит бессрочный характер. При этом предложение вакантной должности в случае увольнения нетипичного работника по экономическим причинам обусловлено не столько стремлением избежать неблагоприятных правовых последствий, сколько не допустить возможного вреда имиджу предприятия.

С точки зрения самих работников, наиболее серьезная проблема — это дискриминация со стороны работодателей в сфере заработной платы (хотя отчасти это объясняется недостатком их квалификации). В Японии, например, средняя заработная плата работника, работающего неполное рабочее время, приблизительно равна начальной заработной плате самой низкооплачиваемой категории работников, работающих полное рабочее время. Более того, японские работни-

---

[1] См.: Contingent employment in the United States // Comparative labour law journal. 1997. № 4. P. 511.

[2] См.: *Cordova E.* From full-time wage employment to atypical employment: A major shift in the evolution of labour relations? // International Labour Review. 1986. № 6. P. 655.

ки, занятые полное рабочее время, в дополнение к основной зарплате получают различные премии, пособия, доплату за трудовой стаж, а также часть от ежегодной прибыли предприятия, в то время как частично занятые получают только минимум таких форм вознаграждения — и то не во всех случаях. При этом прямая дискриминация нетипичных работников в области заработной платы — достаточно редкое явление.

В США положение нетипичных работников, за исключением тех, которым устанавливается неполное рабочее время с целью их удержания в штате предприятия, также значительно хуже. Размер оплаты труда частично занятого работника составляет чуть больше половины оплаты труда среднестатистического работника, занятого полный рабочий день. Более четверти частично занятых работников получают минимальную заработную плату.

Однако в некоторых странах на законодательном уровне предпринимаются попытки обеспечить равенство прав различных категорий работников в области заработной платы. В Италии, например, закреплена обязанность работодателя выплачивать нетипичным работникам заработную плату в том же размере, что и штатным сотрудникам компаний. В Дании и Бельгии не разрешается понижать заработную плату ниже того уровня, который установлен для работников равной квалификации, работающих на основе традиционных договоров. Германские трудовые суды пытались приравнять положение частично занятых работников к положению полностью занятых в том смысле, что заработная плата и дополнительные выплаты за час работы должны быть одинаковы[1]. Что касается рабочего времени и времени отдыха, то правовое положение нетипичных работников также отличается нестабильностью. Предоставление ежегодного оплачиваемого отпуска в натуре, равно как и учебного отпуска, является редкостью.

Стабильность трудового договора. В этой части следует начать с советской теории стабильности трудовых отношений. В обобщенном виде она сформулирована в монографии М. В. Молодцова и В. Г. Сойфера под одноименным названием. Под стабильностью трудовых отношений понималось такое состояние, для которого характерны длительные, устойчивые социально-трудовые связи работника с предприятием (организацией), его трудовым коллективом[2]. С правовой точки зрения это выражается в длительном характере действия трудового договора. Это состояние, по мнению авторов, сопровождает трудовой договор на всех стадиях его реализации. При заключении трудового договора это означает, что общим правилом является заключение трудового договора на неопределенный срок. Перевод работника на другую работу допускается, как правило, только с его согласия, т. е. гарантируется стабильность трудовой функции, места работы. В случаях изменения подчиненности организации трудовые отношения сохраняются, при сокращении штата работодатель обязан предложить работнику перевод на другую работу и т. д.

Особое место в этой теории отводилось проблемам текучести кадров, и отмечалось, что стабильность трудовых правоотношений обеспечивается за счет сведения к минимуму увольнений работников, в первую очередь увольнений,

---

[1] См.: *Daubler W.* Trends in German Labour Law // Labour Law in the Post-industrial Era. Aldershot, 1994. P. 117.

[2] См.: *Молодцов М. В., Сойфер В. Г.* Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976. С. 11.

относимых к текучести кадров. Отметим, что в советской науке трудового права уделялось особое внимание правовым проблемам текучести кадров. При этом доминирующим в советской науке трудового права было определение текучести кадров как движения рабочей силы, выражающегося в увольнениях работников по неуважительным причинам[1], увольнениях, которые являются неорганизованным переходом работников на другие предприятия, что противоречит интересам народного хозяйства, государства[2].

При этом текучесть кадров отграничивали от иных объективно обусловленных форм движения рабочей силы (плановое распределение и перераспределение кадров в связи с техническим перевооружением и т. д.), которую некоторые авторы также называли текучестью кадров, отвечающей народнохозяйственным интересам[3].

Необходимой составляющей советской теории стабильности трудовых правоотношений являлось обоснование организационно-правовых форм обеспечения стабильности: правовые способы улучшения условий и организации труда, подбор, подготовка, использование кадров, укрепление трудовой дисциплины, материальное и моральное стимулирование работников и юридические гарантии, обеспечивающие стабильность трудовых правоотношений.

Красной нитью через все исследования проблем прекращения трудового договора проходит идея обеспечения юридических гарантий прав работника при увольнении (стабильности трудового правоотношения). Л. С. Таль писал, как отмечалось выше, о необходимости судебного контроля над тем, чтобы работодатель не злоупотреблял своим правом увольнения работников. Но при этом он отмечал другую крайность первых советских декретов и законов о труде. По его мнению, тяжким бременем, стесняющим свободу увольнения, являлось участие в разрешении этого вопроса фабрично-заводских комитетов и других рабочих организаций. Прямым результатом действия этой системы стало катастрофическое снижение производительности труда. Л. С. Таль предполагал, что «жизнь, несомненно, очень скоро заставит законодателя отказаться от таких крайностей»[4]. Но сбылось это предсказание лишь в следующем столетии.

До начала 90-х гг. XX в. отечественные ученые — специалисты по трудовому праву единодушно отмечали в качестве юридических гарантий стабильности трудовых отношений:

1) закрытый (исчерпывающий) перечень оснований прекращения трудового договора, предусмотренный законодательством; 2) обязательность согласования увольнения с профсоюзным комитетом организации (функцию контроля профсоюзов в решении вопроса об увольнении работника); 3) дополнительные (специальные) гарантии при увольнении отдельных категорий работников (женщин, подростков, выборных профсоюзных работников); 4) судебную защиту и восстановление на работе незаконно уволенных работников.

---

[1] *Молодцов М. В., Сойфер В. Г.* Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976. С. 26.

[2] См.: Трудовое право и повышение эффективности общественного производства. М., 1972. С. 66; *Смирнов О. В.* Эффективность правового регулирования организации труда на предприятии. М., 1968. С. 95.

[3] См.: *Никитинский В. И.* Эффективность норм трудового права. М., 1971. С. 161; *Пашков А. С., Хрусталев Б. Ф.* Обязанность трудиться по советскому праву. М., 1970. С. 126–127.

[4] *Таль Л. С.* Очерки промышленного рабочего права. С. 176.

Как отмечалось в литературе по трудовому праву, «отличительная черта советского законодательства о труде, выражающая его гуманистическую, демократическую направленность, состоит в том, что положение предприятия и работника при прекращении трудового договора неодинаково: работник свободен в увольнении по собственному желанию, право администрации на увольнение существенно ограничено... И это хорошо, в этом безусловно достоинство действующего законодательства»[1].

Перестройка с середины 1980-х гг., последующая приватизация государственных предприятий с начала 1990-х гг. диктовали новые условия хозяйствования и организации труда. Продолжением достоинств советского трудового законодательства, как писал Р. З. Лившиц, становятся его недостатки. Прежнее советское трудовое законодательство излишне зарегулировало поведение участников трудовых отношений, связывало их свободу и инициативу. По мнению ряда отечественных ученых, исчерпывающий перечень оснований увольнения приходит в противоречие с новыми ситуациями, которые нельзя предвидеть заранее. Р. З. Лившиц справедливо отмечал, что «сама по себе идея ограничения свободы администрации в увольнении работников должна быть при всех условиях сохранена... Но проведение этой идеи следовало бы связать с иными правовыми средствами... Гораздо логичнее указать в качестве основания увольнения не конкретную ситуацию, а ту причину, которая ее вызвала»[2]. По мнению ученого, эти причины могут быть сведены к трем. Во-первых, изменения в организации производства и труда (ликвидация организации, сокращение штата, длительный простой и т. д.). Во-вторых, несоответствие работника выполняемой работе при отсутствии виновных действий с его стороны (отсутствие необходимой квалификации, не прохождение аттестации и др.). В-третьих, виновные действия работника. В. М. Лебедев поддержал идею открытого перечня оснований увольнения и необходимости обоснованного увольнения. Он предложил отказаться от процедуры получения согласия профоргана на увольнение работника, заменив ее лишь уведомлением этого органа об увольнении[3]. Последнее предложение было легализовано в ТК РФ. Однако законодатель не счел возможным узаконить предложение об открытом перечне оснований увольнения.

Несмотря на самобытность правовой регламентации прекращения трудового договора по отечественному трудовому законодательству, можно найти много общего с опытом правового регулирования в странах Запада: обоснованность оснований увольнения, установление сроков предупреждения сторон трудового договора об увольнении, выплата выходного пособия и др.

Дальнейшее развитие правового регулирования прекращения трудового договора по российскому законодательству видится нам в русле сложившихся международно-правовых стандартов. В настоящее время по данному вопросу действует Конвенция МОТ № 158 о прекращении трудовых отношений 1982 г. и соответствующая Рекомендация № 166 1982 г., а также Конвенция № 173

---

[1] *Лившиц Р. З.* Трудовое законодательство: настоящее и будущее. М., 1989. С. 60.

[2] Там же. С. 62–63.

[3] См.: *Лебедев В. М.* О реформе трудового права // Российская юстиция. 1997. № 9. С. 47 и далее.

о защите работника в случае банкротства предпринимателя 1992 г. (ратифицированная РФ) и дополняющая ее Рекомендация № 180. Названные конвенции приняты с учетом сложившейся после Второй мировой войны правовой модели увольнения в странах Запада[1]. Эта правовая модель прекращения трудового договора включает в себя следующие гарантии права на защиту при увольнениях:

1) «уважительность», обоснованность причины увольнения. Увольнение по инициативе предпринимателя допускается лишь при наличии оснований, связанных со способностями работника, его поведением или вызванных производственной необходимостью (организационно-экономические причины). Запрещаются дискриминационные увольнения;

2) предупреждение сторон трудового договора для большей части увольнений. Срок предупреждения может зависеть от стажа работы, категории работников и др. Работник имеет право на предупреждение об увольнении за разумный срок или на денежную компенсацию вместо предупреждения, если работник не совершил серьезного дисциплинарного проступка;

3) соблюдение процедуры увольнения. Предприниматель обязан письменно уведомить трудящегося о решении прекратить с ним трудовой договор. В случаях, установленных национальным законодательством, могут предусматриваться предварительные консультации с представителями трудящихся. В течение срока предупреждения работник в целях поиска другой работы вправе получить освобождение от работы разумной продолжительности, предоставляемое без потери в заработной плате в удобное для обеих сторон время. Национальным законодательством могут устанавливаться дополнительные ограничения и обязанности работодателей в случаях коллективных увольнений, в том числе увольнений в случае банкротства работодателя;

4) выплата выходного пособия при увольнении, размер которого может зависеть от стажа работы, возраста. Трудящемуся, уволенному по экономическим причинам, предоставляется преимущество первоочередного обратного приема на работу, если предприниматель вновь нанимает работников аналогичной квалификации;

5) право на защиту от необоснованных увольнений в суде и иных независимых компетентных органах. Бремя доказывания обоснованности увольнения возлагается судом либо на работодателя, либо на обе стороны. Если суд (или иной компетентный орган) признает увольнение необоснованным и если он в соответствии с национальным законодательством или практикой не считает возможным восстановить трудящегося на прежней работе, судебное решение должно возложить на предпринимателя обязанность выплаты трудящемуся соответствующего возмещения.

Подведем итоги.

1. В настоящее время в условиях инновационной экономики для российского законодателя на повестке дня вновь возникает вопрос поиска оптимального баланса, соотношения государственного, коллективно-договорного (локального) и индивидуально-договорного регулирования трудовых отношений в связи с распространением нетипичных форм занятости. Иными словами,

[1] Подробнее см.: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 154–178.

по справедливому замечанию бельгийских юристов Р. Бланпена и К. Энгельса, «остается нерешенным вечный вопрос, как определить адекватный баланс между гибкостью правового регулирования, с одной стороны, и необходимой социальной защитой работников, с другой»[1].

2. При этом под стандартной занятостью (на основании стандартных трудовых договоров) обычно понимают занятость по найму: 1) в режиме полного рабочего времени; 2) на основе бессрочного трудового договора; 3) на стационарном рабочем месте под непосредственным руководством и контролем работодателя.

Соответственно, все формы занятости, отклоняющиеся от описанного стандарта, рассматриваются как нетипичные, нестандартные. Их опосредуют нетипичные (гибкие) трудовые договоры.

Нетипичные трудовые договоры можно разделить на следующие виды: 1) традиционные нестандартные трудовые договоры, которые были легализованы уже к началу второй половины XX в.; 2) нетрадиционные гибкие (нестандартные) трудовые договоры, появившиеся в основном в последней четверти прошлого века. К первым, традиционным, можно отнести: 1) срочные трудовые договоры (договор о временной занятости); 2) договоры на неполное (сокращенное) рабочее время (о неполном рабочем дне и (или) рабочей недели) (договоры о частичной занятости); 3) договоры о работе с гибким графиком рабочего времени; 4) договоры о работе с суммированным учетом рабочего времени (в том числе ежегодных рабочих часов). Ко вторым, нетрадиционным, относятся: 1) договоры о труде вне основного офиса, в том числе с дистанционными работниками («компьютерными надомниками»). Отметим, что трудовые договоры с традиционными надомниками относятся скорее к первой группе, но их значение существенно снизилось; 2) договоры о заемном труде (о предоставлении работников (персонала)); 3) договоры о «разделении рабочих мест»; 4) договоры о работе по вызову.

3. Очевидно, что нетипичность (гибкость) должна сочетаться со стабильностью (так называемой гибкобильностью[2], или гибкостабильностью) и быть благоприятной для работника, основываться на балансе интересов всех сторон трудового отношения. Более того, в некоторых случаях трудовое законодательство должно быть более жестким. Это касается как минимум следующего: 1) защиты личных неимущественных прав работников, о которых говорилось выше; 2) защиты от дискриминации, в том числе гендерной[3]; 3) охраны труда. «Гибкость» трудового договора небезгранична.

4. Государство в законодательном порядке определяет особенности и пределы регулирования нетипичной занятости и соответствующих ей договоров. Степень и глубина нормативной правовой дифференциации и договорной индивидуализации в регулировании нетипичных форм занятости зависит от сек-

---

[1] Цит. по: *Киселев И. Я.* Указ. соч. С. 71–72.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М.* Юридическая конструкция «гибкобильности» трудовых отношений как ответ на вызовы XXI века // Юридическая техника. Ежегодник. 2013. № 7. Ч. 2. С. 427–431.

[3] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006; *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Гендер в законе. М., 2015.

тора приложения труда, особенностей (характера) условий труда и рода деятельности. Но дифференциация и индивидуализация должны быть оправданными, обоснованными и не вести к дискриминации в трудовых отношениях, снижению уровня трудовых прав работника по сравнению с уровнем государственных стандартов трудовых прав. Общими публичными ограничителями гибкости трудового отношения служат принципы трудового права, международные стандарты трудовых прав и императивные нормы трудового законодательства.

4.2. Договоры с дистанционными работниками

Как уже указывалось выше, нетипичные трудовые договоры — это договоры, отличающиеся новизной конструкции и содержания. Появление в практике нетипичных трудовых договоров обусловлено многообразием современной экономической жизни, которая значительно богаче известных формализованных конструкций. Новые формы организации наемного (несамостоятельного) труда не отрицают конструкции традиционного трудового договора. Однако их законодательная регламентация должна допускать отступление от традиционных начал трудового права в сторону большей договорной свободы. Именно в этом состоит перспектива законодательного развития правового института трудового договора, его места в трудовом праве России как одного из способов установления гибких форм найма и увольнения определенных категорий работников. Это означает и дальнейшую дифференциацию в правовом регулировании трудовых отношений.

При этом в каждом проявлении гибкого регулирования трудовых отношений динамика отступление от регламентации стандартной занятости должны сочетаться с гарантиями прав работника, стабильностью трудового правоотношения. В каждом сегменте рынка труда глубина гибкости должна быть сопоставима с правовыми гарантиями. Это даже не «две стороны медали», а диалектическое единство внешнего проявления производственной и социальной функции трудового права, согласования прав и интересов сторон трудового договора.

Рассмотрим совмещение гибкости (дифференциации и индивидуализации) и стабильности (гарантированности) на примере трудового договора с дистанционным работником (телеработником). Он характеризуются прежде всего существенной модификацией организационного критерия трудового договора. Отметим, что данному виду трудовых договоров отечественные ученые стали уделять определенное внимание в последнее десятилетие[1].

---

[1] См.: *Беляева М. Г.* Особенности трудовых отношений в условиях дистанционной занятости // Трудовое право. 2008. № 5. С. 21–24; *Васильева Ю. В., Шуралева С. В.* Дистанционная занятость и дистанционная работа с позиции российского трудового права // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 9. С. 385–390; *Закалюжная Н. В.* Особенности, возникающие при реализации прав работника в дистанционном трудовом правоотношении // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 4. С. 42–46; *Коркин А. Е.* Правовое регулирование телеработы // Проблемы дифференциации в правовом регулировании отношений в сфере труда и социального обеспечения. М., 2009. С. 328–336; *Лушников А. М.* Правовое регулирование дистанционного труда (телеработы): многообразие подходов // Право и его развитие в XXI веке. Саратов, 2011. С. 395–396; *Томашевский К. Л.* Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI веке // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3. С. 32–35; и др.

Начнем с того, что впервые понятие телеработы предложил в 1975 г. американский ученый Д. Ниллис[1]. По его определению телеработа представляет собой работу, выполняемую «в течение некоторого времени вдали от обычного рабочего места, часто из дома, с помощью компьютерных технологий (computer-based technology)». Это определение и сейчас не утратило своей актуальности.

В настоящее время телеработа получила значительное распространение и стала одним из наиболее ярких примеров современного способа организации труда. Именно поэтому на уровне Евросоюза вопросам регулирования телетруда было уделено особое внимание. В 2001 г. Еврокомиссией было инициировано проведение переговоров между Европейской конфедерацией профсоюзов, Объединенной конфедерацией работодателей Европы, Европейской ассоциацией малого и среднего бизнеса, а также Европейским объединением предприятий по вопросам, связанным с использованием труда электронных надомников. Результатом переговоров явилось подписание сторонами Рамочного соглашения о телеработе от 23 мая 2002 г. Рамочное соглашение охватывает различные формы телеработы, но посвящено лишь легальному телетруду, который осуществляется на основе трудового договора и строится на основе принципа признания равенства прав между телеработниками и работниками, занятыми в производственных помещениях работодателя. Следует отметить, что положения, содержащиеся в рамочном соглашении, имеют очень большое значение, создают платформу стабильности рассматриваемых нетипичных трудовых отношений, гарантированности трудовых прав работников. Эти рекомендации могут быть адаптированы и усовершенствованы каждым из государств — членов Европейского союза по мере преобразований, происходящих в сфере труда, с учетом особенностей национального законодательства и практики его применения.

Как указано в самом соглашении, оно должно быть имплементировано в национальное законодательство посредством заключения коллективных договоров и соглашений в соответствии с национальным законодательством и практикой, а также путем внесения изменений и дополнений и уже заключенные коллективные и индивидуальные трудовые договоры. Особо отмечается, что имплементация рамочного соглашения не должна снижать уровень защиты, предоставляемый работнику в соответствии с национальным законодательством. Соглашение закрепляет основные положения, касающиеся порядка найма, условий труда, защиты персональных данных, право на профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации, а также реализацию коллективных прав электронных надомников. Оно устанавливает, что объем прав и свобод, гарантированных телеработникам, не может быть меньше объема прав, предоставляемых другим наемным работникам данного работодателя.

Уже по данным на июнь 2006 г. рамочное соглашение было имплементировано большинством стран — членов Европейского союза. При этом способы и процедуры имплементации, выбранные социальными партнерами, различны

---

[1] См.: *Nilles J. M.* Telecommunications and organizational decentralization // IEEE Transactions On Communications. 1975. Vol. 23 (10).

и обусловлены особенностями национального законодательства и практики его применения. В Испании и Франции это произошло посредством заключения коллективных договоров и соглашений, в Великобритании и Нидерландах, внесения изменений в действующее законодательство[1]. Осознавая все преимущества телетруда, правительства разных стран предпринимают меры, направленные на развитие такого гибкого способа организации трудовой занятости. К началу 2016 г. данное соглашение в той или иной степени имплементировано уже всеми государствами — членами Евросоюза.

В рамочном соглашении телеработа определяется достаточно широко. Под ней понимается такой способ организации труда, при котором значительную часть рабочего времени работник трудится вне производственных помещений работодателя. Работа выполняется с использованием современных средств связи, в том числе посредством передачи информации через Интернет. Такое широкое определение телеработы позволяет охватить различные формы телетруда:

- телеработу на дому (рабочее место оборудуется в домашних условиях работника, для работы используется телефон и компьютер с выходом в Интернет);
- альтернативную (смешанную) телеработу (работник часть времени работает в офисе, а часть вне офиса нанимателя, в том числе в телецентрах и на дому);
- мобильную телеработу (работник выполняет свою трудовую функцию в большей степени вне дома и вне офиса работодателя, также используя современные средства связи);
- работу в удаленных телецентрах (телекоттеджах) (телецентры представляют собой коллективные рабочие места, оборудованные современными телекоммуникациями, которые располагаются, как правило, за пределами быстрой транспортной доступности основного офиса работодателя).

Таким образом, телетруд характеризуется двумя основными признаками: 1) осуществление трудовой деятельности вне места нахождения работодателя; 2) способ осуществления трудовой деятельности посредством современных средств и видов телекоммуникаций. Эти характеристики телетруда предопределяют и видоизменение организационного критерия трудового договора. В законодательстве зарубежных стран дефиниции телетруда, как правило, содержат названные признаки и в ряде случаев дополняются и количественными показателями рабочего времени. Так, согласно Всеобщему закону Перу о труде трудовой договор о дистанционном труде регулирует выполнение работ без физического присутствия работника на предприятии, с которым он может поддерживать связь с помощью компьютера, телекоммуникационных и аналогичных средств, позволяющих осуществлять контроль и надзор[2]. В США к телеработникам относятся те, кто работает дома по крайней мере 1 день в месяц, используя современные средства связи. Такая широкая трактовка привела к тому, что их численность уже к началу 10-х гг. XXI в. достигла 23,4 млн или 1/6 всего

[1] См.: Place of work and working conditions. URL: www.eurofound.europa.eu/docs/ewco/tn0701029s/tn0701029s.pdf.

[2] МОТ: Трудовые отношения, доклад V (1). Международная конференция труда, 95-я сессия. Женева, 2006. С. 42.

трудоспособного населения страны. В настоящее время эта доля выросла с тенденцией к дальнейшему увеличению.

В Японии «электронными надомниками» признаются лица, выполняющие оплачиваемую работу на регулярной основе, используя информационные и коммуникационные технологии не менее 8 ч в неделю. При этом работа может выполняться как в одном, так и в нескольких местах, располагающихся вне офиса работодателя. В Германии телеработа определяется как выполняемая на постоянной основе работа с использованием информационных и технологических средств связи, в частности компьютера, расположенного в месте, согласованном между работником и работодателем, но за пределами производственного помещения работодателя. При этом если телеработа хотя бы частично (в течение 1 дня в неделю, 1 дня в 2 недели) выполняется в офисе нанимателя, то она рассматривается как альтернативный телетруд.

Как уже указывалось, нетипичность трудового договора с телеработниками обусловлена в первую очередь видоизменением организационного критерия. Это проявляется в выполнении работы не в привычном для индустриального способа производства месте (на заводах, фабриках, предприятиях, учреждениях, организациях), а непосредственно дома у работника либо в специально оборудованных телецентрах, телекоттеджах. Распределение и учет рабочего времени, времени отдыха, норм труда, нетрадиционный характер связи и общения в процессе работы, являющиеся во многом следствием нестандартности рабочего места, его удаленности от основного офиса, обладают значительной спецификой. Особенность телеработы заключается и в том, что в процессе труда не требуется постоянного контакта с нанимателем. В этом смысле телеработники обладают большей независимостью по сравнению со своими коллегами, работающими непосредственно в месте нахождения работодателя. Они меньше подвергаются контролю со стороны руководителя, что, однако, не приводит к полному исчезновению директивной власти работодателя. Контроль осуществляется различными способами. Так, в Австрии закрепляется обязанность работника с определенной периодичностью направлять непосредственному руководителю информацию, содержащую сведения о его месте нахождения, выполняемых обязанностях. На Кипре распространено использование табелей учета отработанного времени. В Болгарии связь с «электронными надомниками» поддерживается в основном по телефону, при этом работники обязаны предоставлять регулярные отчеты о выполненной работе и хронометраж дня. В Германии и Люксембурге на уровне коллективных соглашений закреплено, что контакты с работниками могут осуществляться только в пределах рабочего времени, установленного в основной организации, и в определенные часы.

Контроль со стороны работодателя также обеспечивается его правом на инспектирование уже созданного рабочего места работника с целью проверки соблюдения требований безопасности и охраны труда. На необходимость проведения инструктажа и последующей проверки рабочего места работника указывается в Рамочном соглашении о телетруде. Согласно ст. 8 рамочного соглашения именно работодатель несет ответственность за обеспечение здоровых и безопасных условий труда для данной категории работников. При заключении трудового договора он должен информировать «электронного надомника» об условиях и охране труда на рабочих местах и в особенности о требованиях,

предъявляемых к использованию компьютера на рабочем месте. Работник должен четко соблюдать и выполнять эти требования. Наконец, соглашение устанавливает право работодателя, представителей работников, а также контрольных и надзорных органов посещать место телеработы с целью удостовериться в четком соблюдении и исполнении работником требований безопасности и охраны труда. Если оно находится непосредственно дома, посещение допустимо только после предварительного уведомления и получения на то согласия работника. Данное требование объясняется действием принципа невмешательства в частную жизнь. Таким образом, закрепляется обязанность работодателя проводить последующее инспектирование рабочего места и условий труда телеработника. В Словакии трудовая инспекция по собственной инициативе проводит регулярные проверки рабочего места телеработников с целью убедиться в том, что используемое оборудование соответствует техническим требованиям, а рабочее место — требованиям охраны труда.

В некоторых странах положения, направленные на обеспечение здоровых и безопасных условий труда, содержатся не в законодательстве, а в коллективных договорах. Например, в Люксембурге заключенное в 2006 г. на национальном уровне соглашение о телеработе определяло, что работодатель должен информировать работника о проводимой в компании политике в области обеспечения здоровых и безопасных условий труда, а также об особых требованиях, предъявляемых к используемому оборудованию, в частности к компьютеру. В этом же соглашении закреплялась обязанность сторон трудового договора при его заключении согласовать условия о технической поддержке со стороны работодателя, периодичности и продолжительности работы непосредственно в офисе, финансовой ответственности работодателя в случае ремонта или замены оборудования.

При таком способе организации труда практически отсутствует отличительный для промышленного способа производства признак труда, как кооперированный характер. Постоянная работа на дому лишает работника возможности личного общения с коллегами и руководителем. В Португалии вопрос о снижении социальной изолированности «электронных надомников» решается на уровне закона, который обязывает работодателя проводить регулярные собрания с участием телеработников и работников, работающих непосредственно в офисе. Согласно Закону Норвегии от 17 июня 2005 г. «Об условиях труда, рабочем времени и защите занятости» работа электронных надомников должна быть организована таким образом, чтобы он мог поддерживать контакты со своими коллегами. В Великобритании широко практикуется проведение собраний, круглых столов, телеконференций как непосредственно в офисе, так и виртуально посредством сети Интернет. Таким образом, сотрудничество и общение «лицом к лицу» заменяется опосредованным общением с помощью средств связи. В некоторых странах положения, направленные на предотвращение изолированности телеработника, содержатся в коллективных договорах и соглашениях, особенно в тех государствах, где такие соглашения играют основную роль в регулировании трудовых отношений. Например, в Германии коллективные договоры содержат положения о том, что телеработники должны посещать регулярно проводящиеся собрания в офисе работодателя. В Люксембурге национальное соглашение о телеработе, заключенном в 2006 г., закреплялось обязательство работодателей убедиться в том, что меры, предпринимаемые

ими, помогают предупредить чувство изолированности «электронных надомников». В свою очередь в локальных актах предусматривается обязанность телеработников посещать основной офис по крайней мере один раз в 2 недели, чтобы поддерживать контакты с коллегами и руководством.

В ряде стран легализация телетруда (дистанционного труда) осуществлена на уровне трудовых кодексов. Так, в Трудовом кодексе Чехии 2007 г. предусмотрено специальное регулирование трудовых отношений работников, не работающих на рабочем месте работодателя. На данного работника распространяются правила о трудовом договоре, закрепленные в Трудовом кодексе, а также определяются некоторые случаи, когда действие кодекс на такого работника не распространяется. Эти случаи касаются, например, графика рабочего времени, оплаты сверхурочного труда, возмещения заработной платы в случае серьезных личных проблем и т. п. Трудовой кодекс также регламентирует порядок доставки (передачи) работодателем документов работнику посредством Интернета или службы электронных коммуникаций, подписание документов электронной подписью, особо оговаривается наличие письменного соглашения, заключенного с работником, которое содержит согласие работника относительно данной формы электронного общения с работодателем. Зарубежными специалистами констатируется, что вышеназванное правовое регулирование положения телеработников в действительности «такое же, как и при правовых рабочих отношениях, причем юридическая регламентация не содержит препятствий для выполнения реализации как данных прав, так и прав сопутствующих... Но остаются проблемы, связанные с оценкой действительного рабочего времени, с предотвращением травм и т. п.»[1].

В России с середины нулевых годов XXI в. рассматриваемые нетипичные трудовые договоры заключаются все чаще. Однако нормативная основа, отражающая особенности регламентации деятельности дистанционных работников («электронных надомников»), долгое время отсутствовала, что не способствовало стабильности возникающих отношений, вело к ухудшению правового положения работника.

Однако заполнение правового вакуума было необходимо. Как отмечалось выше, одним из основных отличительных признаков данного способа организации труда является выполнение работником своей трудовой функции вне офиса работодателя, как правило дома. Вместе с тем именно этот признак объединяет телеработников с обычными надомниками, особенности регулирования труда которых предусмотрены гл. 49 ТК РФ. В соответствии со ст. 310 ТК РФ надомниками считаются лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому из материалов и с использованием инструментов и механизмов, выделяемых работодателем либо приобретаемых надомником за свой счет. В части, не противоречащей ТК РФ, трудовые отношения надомников регулируются также постановлением Госкомтруда СССР и ВЦСПС от 29 сентября 1981 г. № 275/17-99 «Об утверждении Положения об условиях труда надомников»[2].

---

[1] См.: *Захариаш Я., Матейка Я.* Дистанционная работа в условиях действующего законодательства Чехии // Российский ежегодник трудового права. 2007. № 3. С. 522.

[2] См.: Постановление Госкомитета СССР по труду и социальным вопросам, Секретариата ВЦСПС от 29 сентября 1981 г. № 275/17–99 об утверждении Положения об условиях труда надомников // Бюллетень Госкомтруда СССР. 1982. № 1.

Из буквального толкования положений данного акта следует, что он призван регулировать труд, который направлен, как правило, на производство товаров народного потребления, оказание отдельных видов услуг гражданам и предприятиям. Вместе с тем труд «надомника сегодняшнего дня» (телеработника) далек от модели, изложенной в Положении об условиях труда надомников, а, следовательно, распространить его в полной мере на телеработников не представлялось возможным.

Несколько иначе понятие надомного труда сформулировано в Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде» 1996 г.[1] и в одноименной Рекомендации МОТ № 184[2]. Согласно ст. 1 конвенции, термин «надомный труд» означает работу, которую лицо, именуемое надомником, выполняет: по месту его жительства или в других помещениях по его выбору, но не в производственных помещениях работодателя, за вознаграждение, с целью производства товаров или услуг, согласно указаниям работодателя, независимо от того, кто предоставляет оборудование, материалы или другие используемые ресурсы, если только это лицо не располагает такой степенью автономии и экономической независимости, которая необходима для того, чтобы считать его независимым работником в соответствии с национальным законодательством или судебными решениями.

Определенно, эта дефиниция шире по содержанию и позволяет отнести телеработников к надомным работникам и распространить ее положения на рассматриваемые трудовые отношения. В ч. 4 ст. 2 Конвенции МОТ № 177 «О надомном труде» особо обращается внимание на признание и поощрение права надомников на создание организаций или вступление в организации по их собственному выбору и на участие в деятельности таких организаций. Однако Российская Федерация не ратифицировала данную конвенцию. В этой связи в специальной литературе обосновывалась необходимость в совершенствовании не только определения понятия надомного труда, содержащегося в ст. 310 ТК РФ, но и самой гл. 49 ТК РФ в соответствии с условиями сегодняшнего дня с тем, чтобы их можно было распространить на трудовые отношения с телеработниками[3].

Другим вариантом решения проблемы представлялось введение специальной главы в ТК РФ, посвященной особенностям правового регулирования труда дистанционных работников.

По этому пути и пошел законодатель, легализовав трудовой договор о дистанционной работе. Данный вид нетипичной занятости согласно Федеральному закону от 5 апреля 2013 г. № 60-ФЗ регламентируется гл. 49.1 ТК РФ «Особенности регулирования труда дистанционных работников». При ее подготовке был учтен как зарубежный опыт, так и нормы международного права. В целом эта глава соответствует российским правовым реалиям и устраняет имеющийся пробел в трудовом праве.

Согласно ст. 312.1 ТК РФ на дистанционных работников распространяется действие трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудо-

---

[1] См.: Конвенция МОТ № 177 (1996 г.) «О надомном труде» // СПС «КонсультантПлюс».

[2] См.: Рекомендация МОТ № 184 (1996 г.). «О надомном труде» // СПС «КонсультантПлюс».

[3] Подробнее см.: *Шабанова М. А.* Особенности правового регулирования нетипичных трудовых договоров: дис. ... канд. юрид. наук. Ярославль, 2008.

вого права, с учетом особенностей, установленных кодексом. Признаки этого договора традиционные и близки к рассмотренным выше: 1) выполнение трудовой функции вне места расположения работодателя; 2) использование для выполнения трудовой функции и для осуществления взаимодействия с работодателем информационных, телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе Интернета.

В настоящее время такие договоры в России заключаются прежде всего с программистами, веб-дизайнерами, юристами, экономистами, корректорами, редакторами и др. Их объединяет то, что они являются высококвалифицированными специалистами, самостоятельно организуют свой труд и предоставляют работодателю в большей степени его результаты в электронной форме (компьютерные программы, отредактированные тексты, проекты договоров, отчеты и др.). Такие договоры востребованы со стороны работников женщинами с малолетними детьми, лицами с семейными обязанностями, инвалидами и др. Для них снимается вопрос о затратах времени и денег на транспорт, обеспечивается самостоятельная организация труда, планирование своего времени и др.

Выгода таких договоров для работодателя не менее очевидна: сокращение расходов на транспорт, инфраструктуру (столовые, комнаты отдыха и др.), оборудование рабочих мест, непроизводственные потери рабочего времени и др.

Однако и проблем остается немало, причем большинство их них традиционные и до известной степени неизбежные. Это прежде всего организация охраны труда (в том числе фиксация и расследование несчастных случаев) и контроля со стороны работодателя, особенно если работник работает на дому. Даже посещение работника в его доме требует согласия последнего. Сложность вызывает учет и нормирование труда (особенно учет рабочего времени), что предполагает скорее сдельную оплату труда. Остается спорным вопрос, можно ли заключать такие договоры с лицами, которые осуществляют связь с работодателем с использованием информационных, телекоммуникационных сетей общего пользования, но осуществляющих трудовую функцию не только с использованием таких средств. Речь идет, например, о представителях в другом регионе и др. Из определения, приведенного в ст. 312.1 ТК РФ, следует, что для исполнения трудовой функции и для осуществления взаимодействия с работодателем информационных, телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе Интернета. Однако исполнение трудовой функции может помимо этого включать общение с клиентами, переговоры, проверочные мероприятия и другие действия, осуществляемые без применения информационных и телекоммуникационных сетей общего пользования. Более того, последние случаи даже более распространены, но заключение трудовых договоров о дистанционной работе с такими работниками вызывает сомнение. Возможно, ситуацию изменило бы установление определенного минимального числа часов работы в неделю с применением информационных и телекоммуникационных сетей, как это сделано во многих странах. Спорным остается вопрос и об отнесении к числу информационных, телекоммуникационных сетей общего пользования средств мобильной связи или закрытых каналов связи. Возможно, законодателю стоило бы ограничиться на указание на информационные и телекоммуникационные сети.

В числе особенностей такого договора названы и договорные основания прекращения трудовых отношений, что на наш взгляд, как и в отношении надомников, вызывает вопросы в части обеспечения принципа равенства трудовых прав и запрета дискриминации в трудовых отношениях.

В качестве выводов отметим следующее.

1. Дистанционная работа, как и телетруд, характеризуется двумя основными признаками: 1) осуществление трудовой деятельности вне места нахождения работодателя; 2) трудовая деятельность осуществляется при посредстве современных средств и видов телекоммуникаций. Эти характеристики телетруда предопределяют и видоизменение организационного критерия трудового договора.

2. В экономически развитых странах такой вид договоров был легализован в основном уже в начале нашего века. Российский законодатель пошел этим же путем, при этом был учтен как зарубежный опыт, так и нормы международного трудового права.

4.3. Договоры о заемном труде (о представлении труда работников (персонала))

Один из самых нетипичных трудовых договоров связан с распространением и правовой регламентацией такого феномена, как заемный труд (официальный термин — труд в агентствах временной занятости). При этом нельзя забывать слова известного немецкого философа М. Хайдеггера: «Человек должен одинаково ясно увидеть и соблазн публичности, и немощь приватности»[1]. В отношении заемного труда это должно означать поиск оптимального баланса между государственным регулированием и свободой усмотрения (договора) всех заинтересованных сторон, о чем неоднократно указывалось нами ранее[2].

Отметим, что проблемам заемного труда полностью или в значительной части посвящены пять кандидатских диссертаций, эта проблема затронута в десятках монографий, учебников и учебных пособий. Число статей даже по неполным данным уже превысило сотню. Это позволяет сделать некоторые предварительные выводы и прогнозы, осмыслить новации ТК РФ.

Историческая справка. В настоящее время заемный труд как правовое явление получил широкое распространение в странах Запада. Фактически договоры о заемном труде имеют место и в российской действительности, однако до недавнего времени соответствующая правовая база заключения таких трудовых договоров отсутствовала. Хотелось бы отметить, что речь идет не только о заимствовании зарубежного опыта, но и об использовании законодательных и научных наработок дореволюционного и советского периодов. Отечествен-

---

[1] *Хайдеггер М.* Время и бытие. М., 1993. С. 195.

[2] См.: *Киселев И. Я., Лушников А. М.* Трудовое право. М., 2011. С. 343–351; *Лушников А. М.* Проблемы регулирования заемного труда в Российской Федерации // Правовая политика как фактор устойчивого развития национальной правовой системы. Кострома, 2013. С. 10–15; *Он же.* Персонал предлагается — персонал принимается // Кадровик. 2013. № 4. С. 10–15; *Он же.* Договоры о заемном труде // Вопросы трудового права. 2013. № 4. С. 13–20; *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 2. С. 385–393; *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Заемный труд: исторический опыт и перспективы правового регулирования // Человек и труд. 2004. № 7. С. 85–89; и др.

ные ученые неоднократно ставили вопрос о необходимости активизации роли государства в помощи безработным в «приискании» работы и посреднической деятельности по согласованию спроса и предложения на наемный труд. Традиционно это связывалось не только с законотворческой ролью государства, но и с созданием «работных домов», «домов трудолюбия», специальных мастерских, организацией общественных работ, контролем за бюро найма и биржами труда. Примечательно, что бедным и сиротам не только предоставлялось первоначальное обучение, но и решался вопрос об их трудоустройстве. Последнее неразрывно связывалось с проблемами призрения малоимущих и зарождающимся правом социального обеспечения. Все это укладывалось в достаточно широкое понятие «трудовой помощи»[1].

В отличие от большинства стран Запада, в России уже в XIX в. было легализовано коммерческое посредничество, осуществляемое как физическими лицами, так и специальными конторами (бюро) найма. Кроме того, посредничеством в приискании работы (указании труда) занимались благотворительные организации, органы земского и городского самоуправления. С начала XX в. начала расширяться сеть бирж труда, а в 1915 г. было создано Всероссийское бюро труда. Конечно, в данном случае трудно говорить о трехсторонней конструкции заемного труда. Скорее речь идет о чистом посредничестве, когда два заинтересованных лица при помощи третьего вступают в правоотношения по поводу использования наемного труда. Вместе с тем при частном, а в отдельных случаях и при публичном посредничестве отдельные элементы таких трехсторонних отношений прослеживаются.

Российская история знала примеры правовой регламентации заемного труда. Речь идет об Уставе о промышленном труде 1913 г. (ст. 534) и Кодексе законов о труде РСФСР 1922 г. (ст. 32). Л. С. Таль, анализируя положения устава, касался вопросов использования рабочих в случае отдачи предприятия в арендное содержание или выполнения части работ на подрядных условиях. При этом он подчеркивал, что по действующему праву часто очень трудно решить вопрос, кто при заключении рабочего договора через посредника становится работодателем: тот, от чьего имени договор заключен, или владелец фактически обслуживаемого предприятия. Ответ на этот вопрос он искал в западном законодательстве. Во Франции после Февральской революции 1848 г. правительство декретировало закон, согласно которому «эксплуатация труда рабочих через посредников уничтожается». Такого рода трудовое посредничество не только поглощало часть заработной платы работников, но и создавало благоприятную почву для эксплуатации. В других государствах, где такого запрета не было, суды для борьбы с подставными работодателями искали опоры в общих положениях гражданского права о притворных сделках и в действиях, нарушающих «добрые нравы», чтобы признать за рабочими право требования к главе обслуживаемого ими предприятия. Бельгийское законодательство в 1900 г. впервые, как полагал Л. С. Таль, поставило вопрос о заемных трудящихся в правильную плоскость. В целях восстановления соответствующего юридического поло-

[1] См.: *Гаген В. А.* Частные лица в роли посредников на рабочем рынке. СПб., 1900; *Горовцев А.* Трудовая помощь как средство призрения бедных. СПб., 1901; *Швиттау Г. Т.* Трудовая помощь в России. Ч. 1–2. Пг., 1915; и др.

жения рабочих экономическому положению, оно определило, что каковы бы ни были внутренние отношения между посредником и предпринимателем, последний считается ответственным перед рабочими. Это положение было воспринято и в проекте Закона о трудовом договоре, составленном при Временном правительстве в 1917 г.[1]

Впоследствии оно было перенесено в Кодекс законов о труде 1922 г. По буквальному смыслу ст. 32 «ответственность возлагается на предприятие, учреждение или лицо, для которого работа производится». Именно так толковали данные положения многие современники кодекса[2].

К. М. Варшавский придерживался иного мнения. Ученый полагал, что из смысла этой статьи следует солидарная ответственность посредника и предпринимателя перед работниками[3]. Этот пробел, допущенный в кодексе, был восполнен Декретом о квартирниках. В силу данного декрета «предприятия, учреждения либо лица, раздающие работу на дом через доверенных лиц или посредников, несут по отношению к квартирникам солидарную с доверенными или посредниками ответственность»[4]. На наш взгляд, расширительное толкование ответственности, данное известным отечественным цивилистом, соответствует сути договорных отношений по поводу заемного труда. Свертывание нэпа, курс на социалистическую индустриализацию, господство государственной формы собственности привели к утрате назначения данного вида трудового договора о заемном труде. Соответственно, не разрабатывалась теория данного вида договора. Возвращение к нему происходит в наше время.

Между тем в советский период продолжал применяться заемный труд в весьма своеобразной форме без специального правового регулирования. Наряду с постоянными переводами к другому работодателю в практике социалистического строительства имели место временные переводы на другое предприятие. В Кодексе законов о труде 1922 г. в общей форме эти переводы можно было квалифицировать через институт заемного труда (ст. 32). В Кодексе законов о труде РСФСР 1971 г. такие переводы не регламентировались. В то же время на практике широкое распространение получили направления работников предприятий, учреждений на сельскохозяйственные работы (помощь селу), «откомандирование» работников на строительные объекты при осуществлении строительства хозяйственным способом, т. е. силами и средствами неспециализированной строительной организации, а самого предприятия, и другие случаи. А. А. Фатуев называл их фактическими временными переводами на другое предприятие, не предусмотренными кодексом[5].

А. К. Безина на базе анализа судебной практики обосновала правовую природу перечисленных фактических переводов. Она настаивала на том, что такие временные переводы на другое предприятие должны производиться только в исключительных случаях, прямо предусмотренных в законе, исключительно на основании договорного принципа привлечения к труду, т. е. с согласия работника. По ее мнению, временные переводы на другое предприятие выявляют

---

[1] См.: *Таль Л. С.* Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 107–117.

[2] См., напр.: *Семенова А. Е.* Очерки советского трудового права. Харьков, 1923. С. 12.

[3] См.: *Варшавский К. М.* Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 65.

[4] См.: Собрание узаконений РСФСР. 1923. № 63. Ст. 611.

[5] См.: *Фатуев А. А.* Трудовое право в жизни человека. М., 1991. С. 162–165.

не двусторонние отношения между работником и организацией, хорошо разработанные в науке советского трудового права, а трехсторонние отношения (администрации постоянного предприятия, администрации временного предприятия и работника). Это приводит к трехсубъектности трудового договора на определенный период времени[1]. Иными словами, речь идет о временных переводах на условиях заемного труда.

Отметим, что в большинстве развитых стран к конструкции договоров о заемном труде относились достаточно настороженно до второй половины XX в. В авангарде шла, как уже указывалось, Бельгия, затем последовали Нидерланды (30-е гг. XX в.) и др.

Однако в Германии Закон «О правовом регулировании заемного труда» был принят только в 1972 г. При этом он имел комплексный характер и содержал нормы не только трудового, но и налогового, промыслового, социального и даже уголовного права[2].

Международно-правовое регулирование заемного труда. Характерной особенностью правоотношений по заемному труду является их трехсторонний характер. Трехсторонние трудовые отношения возникают в результате того, что наемные работники одного лица («услогодателя») работают для другого лица («пользователя»). Имеет место как бы «раздвоение работодателя», работник состоит в трудовых отношениях с одним работодателем-агентством, а выполняет работу, подчиняется нормативной, распорядительной и дисциплинарной власти другого субъекта (организации-пользователя). Международная организация труда в Заключении о трудовых отношениях отмечает необходимость четкого определения обязанностей сторон при трехстороннем трудовом правоотношении для наилучшей защиты прав и интересов работников. В случаях применения заемного труда, по мнению МОТ, главным становится вопрос определения того, кто является работодателем, какими правами обладает работник и кто несет ответственность за их осуществление. Поэтому требуются механизмы, проясняющие отношения между различными сторонами с целью разделения ответственности между ними[3].

Следует отметить, что процесс международно-правовой регламентации заемного труда шел от его отрицания, запрета до легализации в определенных пределах. Между тем этот процесс нельзя назвать завершенным. Известно, что еще в Версальском договоре о создании МОТ 1919 г. прозвучал принцип «труд не является товаром». В этой связи МОТ рекомендовал государствам-участникам в соответствии с потребностями того времени сохранять монополию государства на трудоустройство работников (Конвенция МОТ № 2 «О безработице» 1919 г.). Принятие в 1933 г. Конвенции МОТ № 34 о платных бюро найма стало «первой ласточкой» в признании важности деятельности частных агентств на рынке труда, однако их деятельность так и не была легализована.

---

[1] См.: *Безина А. К.* Вопросы теории трудового права и судебная практика. Казань, 1976. С. 80–81.

[2] См.: *Чесалина О. В.* Правовое регулирование заемного труда в Германии // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 267.

[3] См.: Трудовые отношения. Международная конференция труда, 95-я сессия 2006 г. Доклад V (1). Женева: МБТ, 2005. С. 78–83.

Затем принимается более гибкая Конвенция № 96 о платных бюро по найму 1949 г., которая предоставляла государствам две возможности — либо постепенно запретить, либо строго регулировать деятельность частных агентств, в том числе предусмотреть ежегодное лицензирование и надзор за деятельностью агентств. Однако эта конвенция регулировала только два вида деятельности частных агентств занятости: рекрутинг и трудоустройство. Широкое распространение во многих развитых странах форм заемного труда, появление агентств, которые не только выполняли роль посредника на рынке труда, но и выступали в роли формального работодателя заемных работников. Названная конвенция не содержала ответов на многие вопросы, продиктованные новыми видами трехсторонних отношений при заемном труде.

В качестве ответа на изменившиеся экономически реалии МОТ принимает новую Конвенцию № 181 «О частных агентствах занятости» 1997 г. Наряду с регулированием деятельности частных агентств по трудоустройству и рекрутингу работников она также затрагивает общие правила регулирования отношений, складывающихся между организацией — пользователем заемного труда, агентством и работником. Конвенция призывает государства обеспечить адекватную защиту работников, нанятых частными агентствами занятости, разграничить обязательства организаций-пользователей и агентств и обеспечить реализацию коллективных трудовых прав заемных работников. При этом конвенция ограничивается общими принципами правового регулирования заемного труда, предоставляя право государствам-участникам установления конкретных правовых форм заемного труда в национальном законодательстве. Однако ее ратифицировали до настоящего времени менее 30 государств, в число которых Россия не входит. Кроме того, она в категорической форме не запрещает использовать заемных работников для замены бастующих, что только рекомендуется в Рекомендации МОТ № 188 «О частных агентствах занятости» 1997 г. Не содержит конвенция и общего принципа запрета дискриминации наемных работников по сравнению с постоянными, хотя и предусматривает бесплатность услуг частных агентств занятости.

Принятая в ноябре 2008 г. на уровне Европейского союза Директива 2008/104/ЕС о труде в агентствах временной занятости предписывала завершить ее реализацию для государств — членов Евросоюза на внутригосударственном уровне к концу 2011 г. В ней последовательно проводятся требования одинакового положения для постоянных и заемных работников, а дискриминация заемных работников запрещена. Однако закреплено право государств Евросоюза после консультаций на национальном уровне с представителями профсоюзов и работодателей заключать социально-партнерские соглашения, предусматривающие возможность отклонения от принципа равного обращения. Реализация этой директивы, как указывалось в литературе, шла сложно[1].

Зарубежный опыт. Отметим, что ныне модные иностранные термины трактуются в нашей стране порой достаточно своеобразно, о чем мы упоминали выше. Так, аутсорсинг связан с выносом отдельных производств за пределы основной организации или передачей его другим организации. Это вопрос гражданского права, а трудовое законодательство не может его ни разрешить,

[1] См. также: *Гусов К. Н., Лютов Н. Л.* Международное трудовое право. М., 2012. С. 395–401.

ни запретить. От работодателя требуется только соблюдение трудового законодательства при сопутствующих процедурах, например при сокращении численности или штата работников, ликвидации филиала, представительства и др.

Напротив, аутстаффинг как один из вариантов использования заемного труда может находиться в сфере регулирования трудового законодательства[1]. Он заключается в переоформлении трудовых договоров постоянных работников с организацией в трудовые договоры с частным агентством занятости. Вследствие этого работники продолжают работать на своих прежних местах, но уже в качестве заемных работников и, как правило, при менее благоприятных для них условиях. Это порочная практика, которая ущемляет интересы работников и не достойна подражания. Наиболее обоснованным в этой части является привлечение заемных работников через частные агентства занятости (лизинговые агентства) или собственно трудовой лизинг (лизинг труда, или, если точнее, лизинг работников)[2].

Интерес работодателей в таких заемных работниках обоснован целым рядом факторов. Это прежде всего минимизация численности наемных работников при возможности резкого увеличения их количества в случае необходимости с последующим уменьшением без выплат выходного пособия. С заемным трудом связана оптимизация затрат на персонал и ведение кадровой и иной документации, возможность удовлетворения потребности во временных работниках, когда держать их в штате нецелесообразно, отсутствие необходимости оборудовать полноценные стационарные рабочие места и др.

Интерес заемных работников заключается прежде всего в возможности трудоустроится. Особенно это касается работников без опыта работы, работников старшего возраста, длительное время не имевших работы, студентов дневных отделений вузов и др. Для них заемный труд может стать ступенькой к постоянной занятости.

Очевидны и издержки заемного труда: частая смена фактического места выполнения работы, относительная оторванность от коллектива, невозможность участия в профсоюзной деятельности, возможность злоупотреблений со стороны работодателя. Это, в частности, пониженные зарплаты (отсутствие надбавок, премий) по сравнению с постоянными работниками, нераспространение на них условий коллективных договоров, программ обучения персонала, худшие условия труда и его охраны, повышенный уровень травматизма и др.

В этой связи правовая регламентация заемного труда на национальном уровне имеет три основных цели: 1) надзор государства за деятельностью частных агентств занятости (лизинговых агентств); 2) обеспечение равенства заемных и постоянных работников; 3) содействие сохранению занятости постоянных работников предприятий-пользователей и недопущению их вытеснения заемными работниками.

---

[1] Более широкая трактовка аутстаффинга представляется нам проблематичной. См., напр.: *Корсетская Е.* Договор представления персонала (аутстаффинг): позиция суда // Трудовое право. 2013. № 11. С. 35–46.

[2] Сразу оговоримся, что понятие «лизинг» («аренда») в отношении как работников, так и наемного труда крайне неудачен и даже порочен, однако исходя из распространенной практики используется в качестве условного.

В настоящее время в законодательстве зарубежных стран сложились две основные модели правового регулирования трудовых договоров с наемными работниками. Первую модель мы назовем американской (или англосаксонской), вторую — европейской (или континентальной). Согласно американской правовой модели трудового договора о заемном труде агентство и организация-пользователь рассматриваются в качестве сонанимателей (совместных работодателей) в отношении конкретного работника. В Великобритании работник «предприятия занятости» (кадрового агентства) имеет право на равное обращение с другими работниками только после 12 недель занятости на соответствующем месте. При этом за услуги по трудоустройству предприятия брать плату не могут, за исключением узкоспециальных случаев (актеры, спортсмены, модели и др.). Вышеназванная Директива Евросоюза 2008/104/ЕС привела к изменениям как в британском законодательстве, так и в судебной практике. В целом в странах с англосаксонской правовой системой регулирование заемного труда отличается существенным своеобразием[1].

В Израиле, где договоры о заемном труде не имеют специального правового опосредования, вопрос о том, кого следует считать работодателем в трехсторонних отношениях, обычно разрешается судом, причем судебная практика склоняется в пользу американской модели[2].

Европейская практика признает работодателем в трехсторонних отношениях по заемному труду агентство, которое заключает трудовой договор с работником. При этом между агентством и организацией-пользователем заключается гражданско-правовой договор, а между заемным работником и агентством — трудовой. Гражданско-правовой договор является основанием передачи части прав и обязанностей работодателя организации-пользователю.

Например, важной особенностью правового регулирования заемного труда в Нидерландах является то, что объем прав работника увеличивается по мере увеличения периода занятости на основе заемного труда, а по истечении определенного периода работы (1 года) согласно закону работнику необходимо предложить бессрочный трудовой договор. Законодательство Нидерландов устанавливает и так называемый принцип равного режима условий оплаты труда. По общему правилу агентство заемного труда должно выплачивать заемному работнику заработную плату и иные выплаты в том же размере, что и работникам, занятым на таких же или схожих должностях (работах) в организации-пользователе. С 1999 г. (с вступлением в силу Закона о гибкости и защите 1998 г.) агентства занятости в этой стране рассматриваются как обычные работодатели, а их работники — как обычные работники[3].

Почти во всех странах установлен предельный срок работы заемного работника на организацию-пользователя: во Франции по общему правилу — до 6 месяцев, в ФРГ — 24 месяца, в Японии и Нидерландах — 1 год. Интересен опыт

---

[1] См.: *Черняева Д. В.* Трудовые отношения в странах англосаксонского права. М., 2010. С. 70–74.

[2] См.: *Черняева Д. В.* Трудовое право Израиля // Труд за рубежом. 2005. № 4. С. 102.

[3] Подробнее см.: *Хоуверзейл М.* Правовое регулирование заемного труда в Нидерландах // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 246–265; *Кривой Я. В.* Правовое регулирование заемного труда. Гомель, 2007. С. 70–81.

Испании, где этот срок установлен в 24 месяца в течение 30 месяцев[1]. По истечении этого срока у работника возникает право на заключение бессрочного трудового договора с организацией-пользователем.

При этом требования к частным агентствам занятости (агентствам заемного труда, лизинговым агентствам) достаточно жесткие. Только в редких случаях (Франция, Испания) такой деятельностью могут заниматься физические лица, а также кооперативы и государственные организации, содействующие обеспечению занятости. Во всех странах установлено обязательное государственное лицензирование кадровых агентств, условиями которого является наличие определенного уставного капитала, соблюдение требований к организационной структуре, наличие в штате подготовленных специалистов и др. При этом лицензия, как правило, срочная, она может быть отозвана при нарушении агентством трудового законодательства.

Таким образом, в современном трудовом законодательстве стран Запада договоры о заемном (лизинговом) труде получили легализацию. Отношения между работником и лизинговым агентством, между работником и предприятием-пользователем регулируются трудовым законодательством. Трудовой договор, заключаемый между работником и лизинговым агентством, включает условие о выполнении различных по своему характеру работ в фирмах — клиентах агентства[2]. Это укладывается в рамки тенденции расширенного применения нетипичных форм занятости, о чем уже говорилось выше.

Российская модель договора о предоставлении работников (персонала). В Государственной Думе РФ достаточно долго шла работа над подготовкой законопроекта «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам». Еще в 2004 г. была подготовлена и опубликована концепция правового регулирования заемного труда[3]. В целом она соответствовала нормам Конвенции МОТ № 181 «О частных агентствах занятости» 1997 г., которая до настоящего времени так и не ратифицирована Российской Федерацией. Примечательно, что вопрос о ратификации ставился еще в 2004 г. Это вписывалось и в общую концепцию социально-экономического развития, связанную с усилением гибкости трудовых отношений[4]. Однако с того времени никаких шагов в этом направлении не было принято.

Между тем к 2010 г. общие подходы к заемному труду претерпели определенные изменения. Свидетельством этого стал проект федерального закона № 451173–5 (внесенный депутатами Государственной Думы А. К. Исаевым, М. В. Тарасенко, В. Я. Комиссаровым), который предлагал совокупность мер,

---

[1] См.: *Мендес Л. М.* Директива № 99/70/CE от 28.06.1999 о работе на определенный срок и ее интеграция в испанское трудовое право // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 217–235.

[2] См.: *Киселев И. Я.* Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 103–112.

[3] См.: Концепция правового регулирования заемного труда // Хозяйство и право. 2004. № 2. С. 52–60; № 3. С. 40–48.

[4] См.: Распоряжение Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1662-р «О концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2010 года» // СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489.

препятствующих уклонению работодателей от заключения трудовых договоров, в том числе путем использования механизмов заемного труда. Этот законопроект вызвал достаточно оживленную критику, вследствие чего он к первому чтению претерпел некоторые преимущественно позитивные изменения и был принят в первом чтении Государственной Думой 20 мая 2011 г. Еще более адекватным стал проект № 451173–5 (во втором чтении) этого федерального закона. В этой связи законодатели, возможно, учли слова французского мыслителя М. Монтеня: «Весьма сомнительно, может ли изменение действующего закона, каков бы он ни был, принести столь очевидную пользу, чтобы перевесить то зло, которое возникает, если его потревожить... Пусть лучше законы домогаются лишь того, что им под силу, когда им не под силу все то, что они домогаются»[1].

Наконец, Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 116-ФЗ были внесены изменения не только в ТК РФ, но и в ряд других законодательных актов, включая Закон РФ «О занятости». При этом данные изменения вступили в силу 1 января 2016 г., в связи с чем репрезентативная судебная практика пока отсутствует. Этому способствовала и активная научная дискуссия по данной проблематике, развернувшаяся в предшествующее десятилетие, продолжающаяся и в настоящее время[2].

Начнем с того, что в РФ вводится запрет заемного труда через новую ст. 56.1 ТК РФ. При этом под договором о предоставлении труда работников (персонала), согласно ч. 1 ст. 341.2 ТК РФ, понимается «труд, осуществляемый работником по распоряжению работодателя в интересах, под управлением и контролем физического или юридического лица», не являющегося его работодателем. Однако те же самые признаки перечислены в ст. 56.1 ТК РФ в качестве признаков запрещенного заемного труда.

В этой связи ст. 56.1, на наш взгляд, явно излишняя, так как удваивается терминология (а запрещенное впоследствии разрешается), и ситуация не разъясняется, а запутывается. Наличие аналогичных ошибок, например, в определении дискриминации (которого, по сути, нет) (ст. 3 ТК РФ) либо неполное определение принудительного труда (ст. 4 ТК РФ) не могут служить оправданием для еще одной оплошности законодателя. К тому же помещение такого запрета в ст. 56.1 ТК РФ неоправданно даже логически, так как сама ст. 56 посвящена понятию трудового договора, а договор о заемном труде — его частный вид. Регламентация исключений (ссылка на новую гл. 53.1 ТК РФ) все равно является легализацией. Правил без исключений не бывает, но правовая регламентация исключений всегда означает легализацию.

---

[1] *Монтень М.* Опыты. Избранные главы. М., 1991. С. 95, 99–100.

[2] См.: *Бизюков П. В., Герасимова Е. С., Саурин С. А.* Заемный труд: последствия для работника. М., 2012; *Гонцов Н. И.* Заемный труд в России: анализ некоторых вопросов теории и практики // Российский ежегодник трудового права. 2013. № 9. СПб., 2014. С. 208–220; *Закалюжная Н. В.* Заемный труд и схожие атипичные трудовые отношения // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 2. С. 35–37; *Кузьменко А. В.* К вопросу о теоретической основе и практической необходимости заемного труда // Российский ежегодник трудового права. 2011. № 7. СПб., 2012. С. 327–336; *Чесалина О. В.* Юридическая природа договора о предоставлении труда работников // Журнал российского права. 2015. № 4. С. 66–77 и др. В исследованиях, посвященных нетипичным трудовым договорам, этим договорам традиционно уделялось существенное внимание.

Это похоже на запрет локаутов по ст. 415 ТК РФ, которые трактуются как увольнения работников в ответ на забастовку, что также уникально для мировой практики, где он трактуется как временная приостановка работы по инициативе работодателя («забастовка наоборот»). Кроме того, ст. 56.1 по сути прямо противоречит гл. 53.1, ибо нельзя регламентировать то, что запрещено. Это похоже на ситуацию, когда запрещается смертная казнь, но регламентируется порядок заточки ножа гильотины. Если термин «заемный труд» вызывает такое отторжение (причина которого нам непонятна), то его можно было просто не использовать, хотя он легализован в законодательстве многих десятков стран и не противоречит нормам международного права, о чем писалось выше. К тому же данное в ч. 1 ст. 341.2 ТК РФ определение предоставления труда работников (персонала) прямо подпадает под общепризнанное определение заемного труда, который, как мы помним, запрещен, а не называть его заемным (в то время как он таковым является по европейской модели) нет никакого смысла.

Отметим, что императивно заемный труд запрещен только в нескольких государствах, причем, как правило, с развивающейся экономикой (например, в Намибии).

В то же время ТК РФ вводит новый вид трудового договора — договор о предоставлении труда работников (персонала), который по сути является заемным трудом по европейской модели. По этому договору исполнитель (частное агентство занятости) направляет временно своих работников с их согласия к заказчику для выполнения ими определенных их трудовыми договорами функций. При этом трудовые отношения между этими работниками и частным агентством занятости не прекращаются, а трудовые отношения между этим работником и принимающей стороной (заказчиком) не возникают.

С учетом опыта европейских стран к частным агентствам занятости российский законодатель предъявляет целый ряд требований. Это, в частности, обязательная аккредитация, наличие уставного капитала в размере не менее 1 млн руб., отсутствие задолженности по налогом и сборам в бюджеты бюджетной системы РФ, наличие у руководителя агентства высшего образования и стажа работы в области трудоустройства не менее 2 лет в последние 3 года[1].

Таким образом, формально обеспечивается надзор государства за деятельностью частных агентств занятости (лизинговых агентств).

Договор о предоставлении персонала по российскому законодательству может быть заключен только в определенных законом случаях: при направлении сотрудников к физическим лицам в целях личного обслуживания, по ведению домашнего хозяйства; при предоставлении сотрудников для временного исполнения обязанностей отсутствующих работников, за которыми в соответствии с законодательством РФ сохраняется рабочее место и др. Более того, закон содержит запреты заключения таких договоров для замены участвующих в забастовке работников принимающей стороны; для замены работников принимающей стороны, которые отказались выполнять свои трудовые обязанности в связи с задержкой им заработной платы на срок более 15 дней и др. Тем самым обе-

[1] См.: Постановление Правительства РФ от 29 октября 2015 г. № 1165 «Об утверждении Правил аккредитации частных агентств занятости на право осуществлять деятельность по представлению труда работников (персонала)».

спечивается содействие сохранению занятости постоянных работников предприятий-пользователей и недопущениию их вытеснения заемными работниками.

И последнее. Закон обеспечивает равенство трудовых прав постоянных работников и работников, работающих по трудовому договору о предоставлении персонала. Им гарантируются условия оплаты труда не ниже, чем у постоянных работников, которые имеют такую же квалификацию и выполняют аналогичные трудовые функции, условия охраны и безопасности труда. На наш взгляд, гарантии работникам по отечественному законодательству существенно превосходят аналогичные по нормам международного права и экономически развитых государств.

В заключение можно сделать следующие выводы.

1. Правовое регулирование заемного труда в РФ имеет свои национальные исторические корни. Российская история знала примеры правовой регламентации заемного труда. Речь идет об Уставе о промышленном труде 1913 г. и Кодексе законов о труде РСФСР 1922 г.

2. Договоры о заемном труде получили международно-правовое закрепление и легализованы в большинстве экономически развитых государств. Наиболее распространена европейская модель заемного труда с трехсубъектным составом (частное агентство занятости, работник, организация-пользователь).

3. В российском законодательстве закреплена европейская модель договоров о заемном труде под названием договоров о предоставлении труда работников (персонала), но с национальной спецификой.

4.4. Договорные начала регулирования внешней трудовой миграции: международные аспекты и национальная специфика

Глобализация привела к тому, что на повестке дня особо остро встали вопросы внешней (международной) трудовой миграции. На рубеже тысячелетий международная миграция стала всеобщей, отражая развитие глобализационных тенденций в различных областях жизнедеятельности мирового сообщества. Достаточно сказать, что, по оценкам МОТ, в настоящее время насчитывается свыше 200 млн трудовых мигрантов, что вместе с членами семей может составить до 500 млн или до 7% населения Земли. Если до середины прошлого века абсолютно преобладала трудовая эмиграция (с переездом на постоянное место жительства) и она носила региональный характер (внутри Европы, Азии, исключение: Европа — США), то теперь преобладает добровольная временная миграция с экономической (через трудоустройство) мотивацией. При этом на Европу и Северную Америку приходится около 55% трудовых мигрантов. В некоторых европейских государствах, например в Швеции, более 20% населения родились вне ее территории. До экономического кризиса, начавшегося в 2014 г., Россия являлась второй страной в мире по приему мигрантов. Их численность была достаточно высока, около 11 млн человек, примерно 80% прибывших в нее — из стран СНГ[1]. В настоящее время число мигрантов уменьшилось, однако Россия сохранила второе место после США, а число мигрантов по-прежнему велико. По разным оценкам это от 3 до 8 млн человек.

[1] См.: *Гришанова А. Г.* Миграционные мосты в Евразии: очередной этап научного диалога // Миграционное право. 2014. № 1. С. 2–5.

Постепенно легализуются такие понятия, как «внешняя трудовая миграция», «безвозвратная трудовая миграция», «сезонная миграция», «гости-рабочие», «маятниковые (челночные, приграничные) работники» и др.

Вполне трудоправовое наполнение имеет и понятие «утечка мозгов». Оно означает внешнюю трудовую миграцию ученых, высококлассных специалистов. В специальной литературе отмечается, что современная международная трудовая миграция обладает следующими чертами: а) добровольность; б) временность; в) экономическая мотивация[1].

Это действительно глобальный процесс, что осознается на всех уровнях. При этом в отечественной литературе существенное внимание уделяется общим проблемам миграции[2].

Определенное внимание исследователи уделяют трудовой миграции в целом[3], в России, Содружестве Независимых Государств (СНГ) и Евразийском экономическом союзе (ЕАЭС) в частности[4].

---

[1] См.: *Бекяшев Д. К., Иванов Д. В.* Международно-правовое регулирование вынужденной и трудовой миграции. М., 2013. С. 76.

[2] См.: *Алексеев Н. А., Глуходедов А. А., Харламов С. О. [и др.]* Миграция и иммиграционный контроль: теория и практика России и зарубежных стран. М., 2006; *Зинченко Н. Н.* Миграция населения: теория и практика международно-правового регулирования. М., 2003; Миграция, права человека и экономическая безопасность в современной России / под ред. В. М. Баранова. Нижний Новгород, 2004; *Тюркин М. Л.* Миграционная политика Российской Федерации. Опыт и перспективы развития. М., 2009; *Хабриева Т. Я.* Миграционное право как структурное образование российского права // Журнал российского права. 2007. № 11. С. 18–23; *Хабриева Т. Я.* Миграционное право России: теория и практика. М., 2008 и др.

[3] См.: *Бекяшев Д. К., Иванов Д. В.* Международно-правовое регулирование вынужденной и трудовой миграции. М., 2013; *Иванов Д. В.* Вынужденная и трудовая миграция населения в международном и национальном праве. М., 2010; *Иванюк И. В.* Международная трудовая миграция. М., 2005; *Киселев И. Я.* Международный труд. М., 1997; *Киселев И. Я.* Труд с иностранным участием (правовые аспекты). М., 2003; *Костин Л. А.* Международная организация труда. М., 2002. С. 292–303; *Прудникова Т. А.* Международно-правовое регулирование трудовой миграции: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007; *Цапенко И. П.* Иммиграция в современном мире: социально-трудовые проблемы // Труд за рубежом. 2006. № 2. С. 47–68; *Шестерякова И. В.* Международно-правовое регулирование труда. Саратов, 2004. С. 53–92 и др.

[4] См.: *Азаров Н. П.* Особенности правового регулирования трудовой деятельности иностранных граждан на территории Российской Федерации. М., 2008; *Азаров Н. П.* Административно-правовое регулирование трудовой миграции в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Давлетгильдеев Р. Ш.* Международно-правовое сотрудничество государств-участников Содружества Независимых Государств в области труда и социального обеспечения: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1998; *Давлетгильдеев Р. Ш.* К вопросу о тенденциях международно-правового регулирования трудовой миграции в СНГ и ЕврАзЭС // III Кутафинские чтения. Секция международного публичного права. М., 2012; *Метелев С. Е.* Международная трудовая миграция и нелегальная миграция в России. М., 2006; *Охлопкова Н. Е.* Актуальные проблемы правового регулирования трудовых отношений с участием иностранных граждан // Актуальные проблемы трудового законодательства в условиях модернизации экономики. М., 2012. С. 180–193; Права иностранных рабочих в России / под ред. И. Л. Трунова. М., 2006; *Рязанцев С. В.* Трудовая миграция в странах СНГ и Балтии: тенденции, последствия, регулирование. М., 2007; *Скачкова Г. С.* Труд иностранцев в России: правовое регулирование. М., 2006; *Степаков С. Д.* Административно-правовое регулирование трудовой миграции в Российской Федерации и странах Европейского Союза: сравнительно-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010; *Шумилов О. В.* Международное трудовое и миграционное право СНГ. М., 2007; и др.

Создание единых стандартов труда на достаточно высоком уровне соответствует интересам не только работников-мигрантов в экономически развитых странах, но и интересам работодателей. Обострение мировой конкуренции требует установления единых «правил игры», позволяющих относительно уравнять позиции работодателей разных стран с точки зрения издержек на рабочую силу. Это может способствовать экономическому и социальному прогрессу, причем как в государствах, отправляющих трудовых мигрантов (странах-донорах), так и их принимающих (странах-реципиентах). Названные стандарты трудовых прав должны иметь глобальный характер, обеспечиваться соответствующим правовым механизмом их поддержки, реализации, прежде всего при посредстве деятельности ООН и МОТ[1].

Стабильность трудовых отношений с работниками-мигрантами не должна составлять проблемы для потенциальных работников-россиян или коренного населения других стран, так как согласно исследованиям МОТ трудовая миграция не ведет к увеличению безработицы. Более того, она позитивно влияет на динамику занятости[2].

Проблемами единых стандартов труда работников-мигрантов сегодня озаботилась и Всемирная торговая организация (ВТО)[3]. Например, ВТО предложила дополнить международные трудовые соглашения так называемой социальной статьей о том, что страна-экспортер должна выполнять общепринятые стандарты в области труда[4].

Это должно способствовать выравниванию позиций государств — участников ВТО, содействовать не только свободному перемещению товаров и капиталов, но и работников. При этом для последних должны соблюдаться общепринятые стандарты с целью недопущения «социального демпинга» (т. е. уменьшения заработной платы и ухудшения условий труда в одной стране по сравнению с другой). Одновременно это позволило бы повысить требования к трудовому законодательству слаборазвитых стран.

Отметим, что членство России в ВТО предполагает возможность заключения соглашения о полной интеграции рынков рабочей силы и обеспечении гражданам стран ВТО свободного доступа к рынку труда. Российская Федерация на сегодняшний день не взяла на себя этих обязательств и поэтому вправе сохранить меры защиты своего рынка труда и обеспечения условий приоритетного права на трудоустройство российских граждан. Вместе с тем членство России в ВТО предопределило принятие мер по либерализации миграционного

---

[1] См.: *Ауер П.* Интернационализация занятости: вызов справедливой глобализации? // Международный обзор труда. Т. 144. № 4; Т. 145. № 1–4. М., 2008. С. 162–181; *Вайнстейн Э.* Миграция для общего блага: к новой парадигме экономической иммиграции // Международный обзор труда. Т. 141. 2002. № 3–4. М., 2003. С. 3–36; Миграция без границ. Эссе о свободном передвижение людей / под ред. А. Пеку и П. де Гюштенера. М., 2009 и др.

[2] См.: Справляясь с переходными процессами: Управление как средство обеспечения достойного труда. Доклад Генерального директора МБТ. Будапешт, 2005. Т. 2. С. 104–106.

[3] См.: *Думбия-Хенри К., Гравель Э.* Соглашения о свободной торговле и права трудящихся: современное положение // Международный обзор труда. 2008. Т. 144. № 4; Т. 45. № 1–4. С. 3–26; *Лютов Н. Л.* Всемирная торговая организация: перспективы участия в установлении международных правовых стандартов // Трудовое право. 2009. № 7. С. 80–84 и др.

[4] См.: РГ. 2000. 28 янв.

законодательства в части введения в 2014 г. упрощенного миграционного режима для работников иностранных коммерческих организаций, которые зарегистрированы на территории государств — членов ВТО и направляют свой персонал для занятия должностей в их дочерних организациях, представительствах и филиалах на территории РФ.

Россия в настоящее время является членом СНГ и ЕАЭС, однако модель правового регулирования трудовой миграции пока только формируется, претерпевая ряд трансформаций. Между тем уже в настоящее время можно увидеть ряд сходных и различных характеристик российской модели относительно международных правовых моделей внешней трудовой миграции.

1. Практически все экономически развитые страны (в том числе Россия) не способны или не желают принимать на себя ответственность за соблюдение в полном объеме трудовых прав мигрантов. Достаточно сказать, что Конвенцию ООН о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей, принятую в 1990 г., с трудом ратифицировали 20 минимально необходимых государств. Она вступила в силу только с 1 июля 2003 г., по состоянию на конец 2014 г. конвенцию ратифицировали 65 государств, причем почти исключительно государства, отправляющие работников-мигрантов. Из относительно развитых стран ее ратифицировала только Турция, вероятно, с учетом того, что значительная часть ее граждан трудится в Германии. Впрочем, такому положению дел способствует ряд крайне спорных положений данной конвенции. Во-первых, это расширенное понимание членов семьи мигранта («состоящие в отношениях, приравненных к браку», «другие лица» и др.) (ст. 4). Во-вторых, работники-мигранты имеют равные с другими работниками права на пособие по безработице и доступ к программам общественных работ, проводимых в целях борьбы с безработицей (ст. 54). Это может превратить и уже превращает трудовую миграцию в миграцию за социальными пособиями, которая для принимающей стороны не дает ничего, кроме нагрузки на бюджет и страховые фонды.

В Европейской конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов 1977 г. в ст. 1 эта категория трудящихся трактуется более узко, чем в актах ООН и охватывает только граждан договаривающихся государств, не затрагивая незаконных мигрантов.

Формулировка ст. 1 ТК РФ в качестве цели трудового законодательства предусматривает установление государственных гарантий трудовых прав и свобод только граждан. Это означает, что названные гарантии не распространяются на работников-мигрантов. Российская Федерация не ратифицировала, как отмечалось ранее, не только вышеназванную конвенцию ООН 1990 г., но и Конвенцию МОТ № 143 «О злоупотреблениях в области миграции и обеспечения трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения» 1975 г. Последнюю, впрочем, ратифицировали всего 23 государства — также почти исключительно страны — доноры работников-мигрантов.

Эти проблемы также ждут своего решения и для нашей страны. Еще Генеральным соглашением между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2008–2010 гг. была предусмотрена ратификация в указанный период Конвенции МОТ № 97 «О трудящихся-мигрантах» 1949 г. (пересмотренная) и вышеназванной Конвенции МОТ № 143 1975 г. Однако они не были ратифициро-

ваны. Ныне действующим Генеральным соглашением между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ на 2014–2016 гг. вновь предусматривается ратификация в указанный период упомянутых документов.

Отметим, что Конвенция № 97 определяет термин «трудящийся-мигрант» как лицо, которое мигрирует из одной страны в другую с намерением получить работу с соответствующим вознаграждением. При этом конвенция, с одной стороны, предоставляет государствам-участникам довольно широкие возможности в определении прав трудящихся-мигрантов. С другой стороны, она требует равного обращения между гражданами страны и трудящимися-мигрантами. Конвенция МОТ № 143 также содержит требование обеспечения трудящимся-мигрантам равных с гражданами принимающего государства условий доступа на рынок труда, равенства возможностей социального обеспечения. Между тем в Федеральном законе от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»[1] провозглашается принцип приоритетного использования национальных трудовых ресурсов с учетом ситуации на рынке труда (ст. 18), ограничения занятий отдельными видами трудовой деятельности. Такая позиция отечественного законодателя, как отмечается в специальной литературе, не согласуется с положениями вышеназванных конвенций ООН и МОТ[2]. Более того, их ратификация, по мнению специалистов Института законодательства и сравнительного правоведения, потребует дополнительных затрат за счет средств федерального бюджета, что «может негативно сказаться на состоянии рынка труда в РФ. Указанные обстоятельства с учетом современных условий продолжающегося мирового финансового кризиса не позволяют считать целесообразной ратификацию данного документа»[3]. Между тем ряд специалистов по международному права придерживаются иного мнения. Они считают, что «участие России в указанных конвенциях представляется необходимым и будет важным шагом на пути эффективного правового регулирования трудовой миграции»[4].

Напомним, что МОТ приняла три рекомендации, посвященные трудовой миграции: № 86 о трудящихся-мигрантах 1949 г. (пересмотренную), № 100 о защите трудящихся-мигрантов в слаборазвитых странах 1955 г., № 151 о трудящихся-мигрантах (дополнительные положения) 1975 г.

Проблемы международной трудовой миграции решаются не только на универсальном международном уровне в рамках ООН и МОТ, но и на международном региональном уровне.

В рамках Совета Европы была принята Европейская социальная хартия, которая предусматривает право работников-мигрантов и их семей на защиту и помощь на территории любой страны-участницы (ст. 19). Кроме того, правовое положение трудящихся-мигрантов в Европе регулируется также специальным

---

[1] См.: СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

[2] См.: *Лютов Н.Л.* Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. М., 2012. С. 117.

[3] Аналитический обзор на тему «Соответствие российского законодательства требованиям Международной организации труда» (подготовлен для системы «Консультант Плюс», 2014).

[4] См.: *Бекяшев Д. К., Иванов Д. В.* Указ. соч. С. 105.

нормативно-правовым актом — Европейской конвенцией о правовом статусе трудящихся-мигрантов 1977 г., которую Россия не ратифицировала. Причина, по-видимому, аналогична вышеназванной и связана в том числе с принципом приоритета в защите национального рынка труда. Эта конвенция предусматривает целый ряд обязательств государства по предоставлению трудящемуся-мигранту и членам его семьи высокого уровня минимальных стандартов, в том числе в сфере социального обеспечения, медицинской помощи, доступа к жилью и образованию, к услугам служб занятости, а также в случае увольнения.

На уровне СНГ следует отметить Конвенцию о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей государств — участников СНГ 2008 г. Она также не ратифицирована РФ, несмотря на то, что в этой конвенции содержится положение о том, что каждая из сторон в соответствии со своим законодательством и в своих интересах может устанавливать для трудящихся-мигрантов ограничения не только в отношении категорий работ и рода занятий, но и на доступ к оплачиваемой трудовой деятельности в целях защиты национального рынка труда и обеспечения приоритетного права своих граждан на трудоустройство и выбора рода занятий. Более того, фактически в подавляющем большинстве многосторонних соглашений на уровне СНГ и двусторонних соглашений государств Содружества закреплены принципы защиты национальных рынков труда и приоритетного права собственных граждан на занятие рабочих мест[1].

Очевидно, что в условиях безвизового режима в рамках СНГ Российская Федерация не могла обеспечить адекватной реализации принципа приоритетного использования национальных кадров. На уровне СНГ Российская Федерация так и не сформировала международно-правовой региональной модели трудовой миграции, которая обеспечила бы сбалансированное регулирование, с одной стороны, единых (равных) стандартов трудовых прав работников-мигрантов, с другой стороны, — приоритетного права на трудоустройство российских граждан.

Иная ситуация складывается в рамках международного регионального сотрудничества государств Таможенного союза, Евразийского экономического союза. Исключение из принципа приоритета прав собственных граждан сделано в межправительственном Соглашении о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей, подписанном 19 ноября 2010 г. представителями трех государств: Белоруссии, Казахстана и России — в рамках Евразийского экономического сообщества[2]. В соответствии с этим соглашением «деятельность, связанная с привлечением трудящихся-мигрантов, осуществляется работодателями государства трудоустройства без учета ограничений по защите национального рынка труда, а трудящимся-мигрантам не требуется получения разрешений на осуществление трудовой деятельности на территориях государств Сторон» (ст. 3). Названное соглашение утратило силу, но эти положения нашли свое отражение и в новом международном договоре. А именно, Договором о Евразийском экономическом союзе, подписанным в городе Астане

---

[1] Подробнее см.: *Давлетгильдеев Р. Ш.* Международно-правовое сотрудничество государств — участников Содружества Независимых Государств в области трудовой миграции на современном этапе // Российский юридический журнал. 2013. № 5. С. 164–172.

[2] Соглашение ратифицировано РФ (Федеральный закон от 11 июля 2011 г. № 186-ФЗ).

29 мая 2014 г., предусматриваются равные трудовые права трудящихся-мигрантов государств — членов ЕАЭС. В настоящее время членами ЕАЭС являются Белоруссия, Россия, Казахстан, Армения, Киргизия.

Декларация о евразийской экономической интеграции от 18 ноября 2011 г., подписанная Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией, отмечает, что основным содержанием дальнейшей интеграции этих стран будет полная реализация потенциала Таможенного союза и Единого экономического пространства. Предполагаются совершенствование и дальнейшее развитие договорно-правовой базы, институтов и практического взаимодействия по ряду направлений, среди которых также выделено обеспечение эффективного функционирования общего рынка трудовых ресурсов и сотрудничество в вопросах миграционной политики.

Согласно ст. 3 Договора о Евразийской экономической комиссии от 18 ноября 2011 г., подписанного Белоруссией, Казахстаном и Россией, комиссия осуществляет свою деятельность помимо всего прочего и в сфере трудовой миграции. На данный момент нет какого-либо международного договора или иного акта, который касался бы вопросов трудовой миграции в рамках Евразийской экономической комиссии или будущего Евразийского экономического союза. В связи с этим мы можем лишь прогнозировать регулирование вопросов передвижения рабочей силы в этом интеграционном образовании.

По словам Президента РФ В. В. Путина, «мы создаем колоссальный рынок с более чем 165 млн потребителей, с унифицированным законодательством, свободным передвижением капиталов, услуг и рабочей силы». Далее он подчеркивает, что «для граждан снятие миграционных, пограничных и прочих барьеров, так называемых “трудовых квот” будет означать возможность без всяких ограничений выбирать, где жить, получать образование, трудиться».

Таким образом, очевидно, что в рамках будущего Евразийского экономического союза будет действовать модель трудовой миграции, схожая с тем, что есть в Европейском союзе. Она основана на свободе передвижения рабочей силы в рамках государств — членов этих объединений.

Обратим внимание на Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. В нем теме трудовой миграции посвящен разд. 26.

Согласно договору сотрудничество государств-членов в сфере трудовой миграции в рамках Союза осуществляется в следующих формах:

1) согласование общих подходов и принципов в сфере трудовой миграции;
2) обмен нормативными правовыми актами;
3) обмен информацией;
4) реализация мер, направленных на предотвращение распространения недостоверной информации;
5) обмен опытом, проведение стажировок, семинаров и учебных курсов;
6) сотрудничество в рамках консультативных органов.

Согласно Договору о Евразийском экономическом союзе работодатели и (или) заказчики работ (услуг) государства-члена вправе привлекать к осуществлению трудовой деятельности трудящихся государств-членов без учета ограничений по защите национального рынка труда. При этом трудящимся государств-членов не требуется получение разрешения на осуществление трудовой деятельности в государстве трудоустройства. Напомним, что в рамках

Таможенного союза данное правило было установлено соглашением, однако оно не действовало. При этом в государстве трудоустройства признаются документы об образовании, выданные образовательными организациями (учреждениями образования, организациями в сфере образования) государств-членов, без проведения установленных законодательством государства трудоустройства процедур признания документов об образовании. Договором о ЕАЭС установлено право трудящегося на занятие профессиональной деятельностью в соответствии с полученными специальностью и квалификацией.

В целях расширения сферы трудоустройства трудящимся стран ЕАЭС предоставлена возможность осуществления трудовой деятельности не только по трудовому, но и по гражданско-правовому договору.

Облегчены условия въезда иностранных граждан из стран-партнеров и их семей на территорию РФ. В части упрощения режима въезда предусмотрено, что при пересечении границы по заграничному паспорту миграционная карта не заполняется. Срок временного пребывания (проживания) трудящегося определяется сроком действия трудового или гражданско-правового договора. Граждане государства-члена, прибывшие в целях осуществления трудовой деятельности или трудоустройства на территорию другого государства-члена, и члены их семей освобождаются от обязанности регистрации (постановки на учет) в течение 30 суток с даты въезда. В случае пребывания граждан государства-члена на территории другого государства-члена свыше 30 суток с даты въезда эти граждане обязаны зарегистрироваться (встать на учет) в соответствии с законодательством государства въезда, если такая обязанность установлена законодательством государства въезда.

В случае досрочного расторжения трудового или гражданско-правового договора после истечения 90 суток с даты въезда на территорию государства трудоустройства трудящийся государства-члена имеет право без выезда с территории государства трудоустройства в течение 15 дней заключить новый трудовой или гражданско-правовой договор.

Трудящийся государства-члена имеет право на занятие профессиональной деятельностью в соответствии со специальностью и квалификацией, указанных в документах об образовании, документах о присуждении ученой степени и (или) присвоении ученого звания, признаваемых в соответствии с Договором о ЕАЭС и законодательством государства трудоустройства.

Трудящийся государства-члена и члены его семьи осуществляют в порядке, установленном законодательством государства трудоустройства, право в том числе и на беспрепятственный перевод денежных средств, что благоприятно влияет на материальное состояние мигрантов и их семей. Доходы трудящегося государства-члена, полученные им в результате осуществления трудовой деятельности на территории государства трудоустройства, подлежат налогообложению в соответствии с международными договорами и законодательством государства трудоустройства с учетом положений Договора о ЕАЭС, т. е. аналогично гражданам стран-членов союза.

В Договоре о ЕАЭС закреплена норма о том, что социальное страхование трудящихся государств-членов осуществляется на тех же условиях и в том же порядке, что и для граждан государства трудоустройства. Также в целях социального страхования договором предусмотрено, что в общий трудовой (страхо-

вой) стаж засчитывается не только трудовой, но и страховой стаж трудящихся государств-членов. Пенсионное обеспечение трудящихся государств-членов и членов семьи регулируется законодательством государства постоянного проживания, а также в соответствии с отдельным международным договором между государствами-членами.

Договор устанавливает правила социальной защиты также членов семей мигрантов. Дети трудящегося государства-члена, совместно проживающие с ним на территории государства трудоустройства, имеют право на посещение дошкольных учреждений, получение образования в соответствии с законодательством государства трудоустройства.

Таким образом, на сегодняшний день Российской Федерацией равенство прав трудовых мигрантов гарантируется только на уровне евразийского регионального рынка труда, поскольку они наделены правом свободного передвижения без ограничения времени нахождения на территориях государств ЕАЭС. По мнению специалистов, данная модель свободного передвижения рабочей силы в рамках ЕАЭС «во многом идентична существующему принципу свободы передвижения в Европейском союзе»[1].

2. Достаточную правовую защиту получают только мигранты, находящиеся на территории страны на законных основаниях, а преимущественные права имеют мигранты из государств Европейского союза и Евразийского экономического союза. Так, в странах Евросоюза неграждане со статусом «признанных иммигрантов» подразделяются на две категории. Одна обладает правом постоянного проживания на их территории и безусловным доступом к рабочим местам. Для них доступ осуществляется на тех же условиях, что и для граждан, коренных жителей любой страны Евросоюза. Другая категория иммигрантов, не обладающая правом свободного передвижения, может рассчитывать лишь на ограниченный доступ на рынок труда. Для получения работы они нуждаются в разрешении, которое действительно на ограниченный срок, могут быть ограничены и территория, куда лицо допускается до работы, отрасль промышленности, даже род занятий.

Есть временные ограничения и для граждан государств. Так, греческие граждане получили свободу передвижения лишь спустя 6 лет после вступления в Евросоюз (1981 г.), как затем и испанцы с португальцами (1986 г.). Великобритания стремится не допустить свободный въезд трудовых мигрантов из новых членов Евросоюза и даже грозится выйти из Союза. Формальные ограничения по перемещению работников внутри Евросоюза были сняты только в 2004 г.

Россия в соответствии со ст. 62 Конституции РФ предоставляет иностранным гражданам на территории страны «национальный правовой режим», кроме изъятий, предусмотренных федеральным законодательством и международными соглашениями РФ. Иными словами, в отношении иностранных граждан в принципе применяется национальный режим. Иностранцам и апатридам — лицам без гражданства — в РФ предоставляются такие же права, что и российским гражданам (за некоторыми изъятиями), они несут такие же обязанности, что и российские граждане. Однако правовой статус иностранных работников дифференцируется в зависимости от действия международных соглашений РФ. Как отмечалось выше, по сути неограниченный (свободный) доступ на рынок

[1] См.: *Бекяшев Д. К., Иванов Д. В.* Указ. соч. С. 133.

труда РФ имеют иностранные работники — граждане государств — членов ЕАЭС. Единственное требование — это направление уведомления о заключении и прекращении трудовых договоров (заключения и прекращения) в территориальных органах Федеральной миграционной службы (исключение из этого правила — для граждан Республики Беларусь).

В отношении иных иностранных работников устанавливается специальный порядок привлечения к трудовой деятельности. Этот порядок зависит от правового статуса работника иностранца. Правовой статус работников-иностранцев при осуществлении трудовой деятельности зависит от режима и основания пребывания в РФ. В этой связи работников-иностранцев можно разделить на тех, кто проживает на территории РФ постоянно или временно, и тех, кто пребывает временно на основании визы или в безвизовом режиме. Для постоянно или временно проживающих на территории РФ иностранцев действует уведомительный порядок, им не требуется разрешения на работу. Для временно пребывающих иностранных работников действует разрешительный порядок привлечения к трудовой деятельности, связанный с получением разрешений, патентов с учетом ограничений по защите национального рынка труда. Правовой статус последней категории дифференцируется также в зависимости от режима пребывания в РФ — визовый и безвизовый, последний предусматривается, как правило, двухсторонними соглашениями РФ. Отметим, что на сегодняшний день РФ вышла из Соглашения СНГ о безвизовом режиме, денонсировав его. Таким образом, рассмотренный разрешительный порядок привлечения и использования иностранной рабочей силы применяется только к лицам, временно пребывающим в РФ. Что же касается иностранных граждан, временно или постоянно проживающих в РФ, то они осуществляют трудовую деятельность, в том числе работу по найму, на равных правах с гражданами РФ, за тем исключением, что им не разрешен доступ к государственной или муниципальной службе и к отдельным видам деятельности.

Применительно к трудоправовому статусу иностранных граждан и лиц без гражданства, т. е. к 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 ТК РФ, другими федеральными законами или международным договором РФ (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 и федеральными законами или международным договором. Очевидно, что эти нормы относятся только к законным мигрантам, а изъятия, предусмотренные отечественным законодательством, достаточно значительные. Глава 50.1 ТК РФ «Особенности регулирования труда работников, являющихся иностранными гражданами или лицами без гражданства» была введена только Федеральным законом от 1 декабря 2014 г. № 409-ФЗ. Отметим, что о необходимости включения в кодекс данной главы писалось уже достаточно давно[1].

[1] См.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 1. С. 477; и др.

Это повлекло за собой внесение изменений еще в целый ряд нормативных правовых актов. Мы не будем подробно останавливаться на их анализе и сосредоточимся на более широком контексте, в котором заключаются трудовые договоры с иностранцами.

Здесь же отметим, что иностранные граждане, находящиеся в РФ, пользуются правом свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию с учетом ограничений, предусмотренных федеральным законодательством, международными договорами. Так, иностранный гражданин не имеет права: находиться на государственной или муниципальной службе; замещать должности в составе экипажа судна, плавающего под государственным флагом Российской Федерации, в соответствии с ограничениями, предусмотренными Кодексом торгового мореплавания РФ[1].

Они не могут быть членами экипажа военного корабля Российской Федерации или другого эксплуатируемого в некоммерческих целях судна, а также летательного аппарата экспериментальной авиации. Иностранец не может быть принятым на работу на объекты, деятельность которых связана с обеспечением безопасности Российской Федерации в соответствии с перечнем, утверждаемым Правительством РФ[2].

Они также не могут занимать должности судьи, прокурора, следователя, нотариуса, адвоката, должностного лица таможенных органов, патентного поверенного, заниматься промысловой добычей рыбы и других водных животных и растений в водоемах РФ, поступать на службу в полицию. Иностранцам запрещено заниматься иными видами деятельности, предусмотренными федеральными законами.

Согласно Федеральному закону от 30 декабря 2006 г. № 271[3], в некоторых видах розничной торговли вводился запрет на применение их труда. Так, в розничной рыночной торговле число занятых иностранцев на 15 января 2007 г. должно было составлять до 40% персонала, а до 1 апреля 2007 г. — работа в этой сфере для них была запрещена. Для приведения в соответствие с законом доли иностранцев, осуществляющих определенную деятельность, было введено дополнительное основание прекращения трудового договора (п. 12 ч. 1 ст. 83 ТК РФ).

Вместе с тем трудовые отношения иностранцев обусловлены требованиями, предусмотренными административным законодательством. Основным актом, определяющим правовой статус иностранцев в РФ, является Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граж-

---

[1] В соответствии с п. 1 ст. 56 Кодекса торгового мореплавания РФ иностранные граждане и лица без гражданства не могут занимать на судне, плавающем под государственным флагом РФ, должности капитана судна, старшего помощника капитана, старшего механика и радиоспециалиста. Прием на работу на судно на другие должности иностранных граждан и лиц без гражданства допускается при определенных условиях, закрепленных в приказе министра транспорта РФ от 25 января 2001 г. № 14 «Об утверждении условий, на которых иностранные граждане и лица без гражданства могут входить в состав экипажа судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации, за исключением судна рыбопромыслового флота» (БНА РФ. 2001. № 11).

[2] Постановлением Правительства РФ от 11 октября 2002 г. № 75 (с изм. и доп.) (СЗ РФ. 2002. № 41. Ст. 3995) утвержден перечень объектов и организаций, в которые иностранные граждане не имеют права быть принятыми на работу.

[3] См.: СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 34.

дан в Российской Федерации» (с изменениями и дополнениями)[1]. Он регулирует отношения между иностранными гражданами с одной стороны и органами государственной власти с другой. Речь идет об отношениях, возникающих, в частности, в связи с осуществлением иностранными гражданами на территории РФ трудовой деятельности на основании заключения трудового договора.

Иностранец получает право быть принятым на работу в РФ, если он законно находится на территории России, т. е. имеет действительный вид на жительство, либо разрешение на временное проживание, либо визу, либо иные предусмотренные федеральным законодательством или международным договором РФ документы, легализующие пребывание (проживание) иностранного гражданина в Российской Федерации. Трудоправовой статус иностранных граждан в РФ в решающей степени зависит от режимов их пребывания в нашей стране: временного пребывания, временного проживания и постоянного проживания, о чем уже указывалось выше.

Несмотря на очевидные преимущества трудовой миграции через легальное заключение трудовых договоров, значительная часть населения относится к ней как минимум предвзято или отрицательно. Этому способствует ряд общих проблем, среди основных из которых можно назвать следующие.

Связка «работодатель — спонсор — трудовой мигрант» создает предпосылки для нерыночного распределения рабочей силы и злоупотреблений в отношение мигрантов. Попытка перейти на патенты, предпринимаемая в РФ в настоящее время, в полном объеме данной проблемы не решает. В Европейском союзе это приводит к такому негативному явлению, как торговля на черном рынке разрешениями на работу трудовых мигрантов и визами. Это может перерасти в скрытой форме к торговле самими работниками. Не исключается ситуация, когда своеобразными «спонсорами» при оформлении патента и сопутствующих процедурах (сдача экзамена по русскому языку и др.) выступают криминализированные представители национальной диаспоры в России, что порождает новый вид зависимости для мигрантов.

Открытие неограниченного доступа трудовых мигрантов (легальных или нелегальных) к внутренней занятости ведет к перераспределению доходов в пользу работодателей в ущерб и местным и приезжим работникам. Кроме того, это тормозит введение технических новшеств, заменяемых использованием большого числа неквалифицированных и низкооплачиваемых работников-мигрантов. Иногда дело доходит до прямого шантажа местных работников заменой мигрантами. Это может вылиться не в подтягивание трудовых стандартов мигрантов до местного населения, а в ослабление этих стандартов для местных работников.

Привлечение работников-мигрантов сопряжено со значительными затратами и сложностями, которые не учитываются в структуре налогов и сборов, взимаемых с работодателей и работников-мигрантов. В частности, речь идет о тратах на обеспечение безопасности и прямой ущерб от преступлений мигрантов. Это касается как террористических организаций (например, раскрытой осенью 2014 г. в Подмосковье «банды ГТА», состоящей исключительно из мигрантов), так и общеуголовных преступников. Так, в 2013 г. мигрантами в России были

[1] См.: СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3032.

совершены каждое второе изнасилование, разбой и похищение людей, каждый третий грабеж и каждое пятое убийство. В Москве мигранты совершают, по разным данным, от 20 до 50 % преступлений. С этим вопросом связана и коррупция в рядах сотрудников правоохранительных органов, осуществляющих контроль за миграцией. Только в Москве в производстве находится около 30 подобных дел[1]. В некоторых школах, особенно в Москве и Санкт-Петербурге, дети мигрантов составляют до трети учеников. Растет нагрузка и на медицину. «Резиновые» квартиры, где реально проживают одновременно десятки мигрантов, дезорганизуют предоставление социальных услуг.

В Европе имеет место «геттоизация», или «бегство местных жителей», концентрация мигрантов в отдельных районах городов, что приводит к мигрантским бунтам, подобным парижскому (2005 г.). С учетом того, что даже официально признано крушение политики мультикультурализма (мультикульти), данную проблему стоит признать достаточно острой.

Проблемы в Европе обострил кризис, связанный с потоком беженцев с Ближнего Востока и Африки в Европу в 2015 — начале 2016 г., которому не видно конца. Очевидно, что это уже другая проблема, однако даже невозможно определить, какая часть беженцев является экономическими мигрантами и представляет бедные, но не охваченные войной государства. При этом даже в Германии, принявшей за 2015 г. более 1 млн беженцев, потенциально трудоустроен может быть только каждый двадцатый из них. Это обостряет и проблему трудовой миграции, которая пересекается с проблемой беженцев.

Кроме того, в российском законодательстве есть ряд достаточно спорных положений. Например, согласно ст. 12.3 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» вводится упрощенный порядок привлечение к труду работников-мигрантов — «высококвалифицированных специалистов». Между тем критерии признания таким специалистом крайне расплывчаты, кроме оплаты — не менее 2 млн рублей в год. Среди иных требований «опыт работы, навыки или достижения» и нет даже специального образования. Между тем для получения «европейской голубой карты» для высококвалифицированных работников по Директиве ЕС от 25 мая 2009 г. 2009/50/ЕС такое требование есть, да и критерии более конкретны.

В рамках трудового законодательства дифференциация правового регулирования трудовых отношений иностранных работников обусловлена вышерассмотренным правовым статусом иностранного лица по миграционному законодательству. Эта дифференциация в значительной мере обусловлена реализацией мер по защите национального рынка труда.

Некоторые законодательные акты в сфере трудовой миграции носят явно дискриминационный характер. Это прежде всего печально известный Федеральный закон от 7 июня 2013 г. № 108-ФЗ. В ст. 8–10 он явно дискриминирует иностранных работников, привлекаемых к работе в рамках подготовки к Чемпионату мира по футболу 2018 г., по сути выводя их из-под действия значительного числа норм российского трудового законодательства. Между тем в некоторых исследованиях указано, что это позволит «усилить гибкость правового

[1] См.: *Терентьев Д.* Опасные гости // Аргументы недели. 2014. № 46. С. 4.

регулирования трудовых отношений и способствовать улучшению условий труда и достижению оптимального баланса интересов работников, работодателей и государства»[1].

Если с гибкостью (со знаком «минус») не поспоришь, то остальное верно с точностью до наоборот: охрана труда резко ослабляется, а интересам работодателя (и государства) отдается абсолютный приоритет, что находит отражение в условиях, которые можно включать в трудовые договоры трудовых мигрантов.

3. Правовое регулирование трудовой миграции имеет комплексный характер и существенную административную составляющую (квоты, патенты, разрешения на определенный срок, специальные документы, подтверждающие статус трудового мигранта и др.). Как правило, принимающее государство с помощью административных мер влияет на географическое и секторное распределение работников-мигрантов. Государство заинтересовано с одной стороны в эффективном использовании иностранной рабочей силы, с другой — в защите национального рынка труда.

В РФ меры по защите национального рынка труда связаны, во-первых, с определением допустимой доли иностранных работников по видам деятельности, во-вторых, с ограничением осуществления иностранными работниками отдельных видов трудовой деятельности, и наконец, в-третьих, с привлечением иностранных работников, временно пребывающих в РФ, на основе разрешений, патентов.

Отметим, что, по мнению некоторых специалистов, система квотирования иностранной рабочей силы имела нулевой либо отрицательный социально-экономический эффект. Она не обеспечивала привлечения в российскую экономику квалифицированных работников[2]. Отказ от нее можно признать правильным.

Однако действующая система привлечения и использования иностранной рабочей силы почти не дифференцирована в зависимости от профессиональных качеств работников. В результате преобладающее большинство иностранных граждан и лиц без гражданства, осуществляющих в России трудовую деятельность, имеют низкую профессиональную квалификацию.

Неслучайно в Генеральном соглашении между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2014–2016 гг. стороны считают необходимым осуществить меры, направленные на разработку механизма привлечения для осуществления трудовой деятельности иностранных работников, позволяющий реализовать дифференцированный подход к привлечению высококвалифицированных, квалифицированных и низкоквалифицированных иностранных работников. Но при этом социальные партнеры должны выстраивать политику в сфере трудовой миграции на основе принципа приоритетного использования национальных кадров и квотирования привлечения иностранных работников. В перспективе предполагается разработка механизма органи-

---

[1] См., напр.: Особенности правового регулирования труда отдельных категорий работников: учеб. пособие / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2014. С. 299.

[2] См.: *Трыканова С.А.* Институт квотирования в миграционной политике Российской Федерации: история и актуальные тенденции развития// Миграционное право. 2013. № 2. С. 19–22.

зационного набора рабочей силы из стран, с которыми установлен безвизовый режим въезда и выезда, для удовлетворения потребностей российской экономики. Организационный набор должен обеспечить адресное трудоустройство иностранных граждан на рабочие места, преимущественно не востребованные российскими гражданами[1].

4. Россия является одновременно страной, принимающей мигрантов (2-е место в мире после США), отправляющей мигрантов, а также страной-транзитером. Однако принимаются, как правило, неквалифицированные работники из бывших республик СССР (кроме Прибалтики, Казахстана, Туркмении и — в меньшей степени — Грузии). Отправляются при этом высококлассные специалисты в государства Евросоюза, США, Канаду, Австралию и др. По некоторым данным, за постсоветский период страну покинуло около 150 тыс. ученых преимущественно молодого и среднего возраста. В то же время Евросоюз выступает преимущественно принимающей стороной, а ее мигранты направляются в большей степени в другие страны Евросоюза. Впрочем, из-за волны неконтролируемой миграции в Европу уже немало молодых высококлассных специалистов перебираются преимущественно в Канаду, США, Австралию и Новую Зеландию.

В Европейском союзе проблема привлечения высококвалифицированных специалистов решается на основании Директивы Совета от 25 мая 2009 г. 2009/50/ЕС «Об установлении условий въезда и проживания граждан третьих стран с целью высококвалифицированной работы»[2]. Директива является модельным актом и принята с целью гармонизации законодательства государств-членов. В соответствии с нею появилась и так называемая голубая карта Евросоюза. Ее действие распространяется на всю территорию Союза. На основании этой карты высококвалифицированный специалист — гражданин любого государства, не являющегося членом Евросоюза, может работать и проживать в Евросоюзе. Обладатели «голубой карты» уравниваются во многих социальных правах с гражданами Евросоюза (ст. 14 «Равенство в правах») либо в упрощенном порядке могут реализовать свои права, предусмотренные иными источниками права Евросоюза. По окончании 2-летнего срока государства — члены Евросоюза могут предоставить обладателю «голубой карты» равноправный с гражданами Евросоюза доступ к высококвалифицированной работе.

Высококвалифицированная работа в директиве определена как осуществление трудовой деятельности лица в качестве владельца «голубой карты», которое имеет требуемую достаточную и определенную компетенцию, подтвержденную высшими профессиональными квалификациями. Под высшими профессиональными подразумеваются «квалификации, удостоверенные доказательствами квалификаций высшего образования или, в порядке частичной отмены, если это предусмотрено национальным законодательством, удостоверенные минимум пятью годами профессионального опыта на уровне, сопоставимом с квалификациями высшего образования и соответствующем профес-

[1] См.: Прогноз социально-экономического развития Российской Федерации на 2014 год и на плановый период 2015 и 2016 годов // Минэкономразвития России. URL: http://www/economy.gov.ru. (дата обращения: 24.10.2013).

[2] См.: Official Journal of the European Union. 2009. 18.06. L. 155.

сии или отрасли, указанным в трудовом договоре или имеющей обязательную силу оферте». Квалификация высшего образования означает любой диплом, свидетельство или иной документ, выданный компетентным органом и удостоверяющий успешное окончание программы высшего образования, в частности серии курсов учебного заведения, признанного в качестве высшего учебного заведения государством, в котором оно находится, при условии что длительность процесса обучения составляла не менее 3 лет.

Критерием высококвалифицированной работы является и размер оплаты труда. Размер номинальной годовой заработной платы, указанной в трудовом договоре или оферте (предложении о работе), не должен быть меньше минимальной заработной платы, установленной государствами-членами, которая по меньшей мере будет равняться полутора средним годовым объемам заработной платы в соответствующем государстве-члене. Поскольку в Евросоюзе не установлен даже минимальный «единый европейский размер оплаты труда», данное положение директивы порождает ряд проблем.

Как отмечается специалистами, на данный момент государства — члены Евросоюза вправе устанавливать разный уровень оплаты труда высококвалифицированных мигрантов, что приводит к «социальному демпингу». Работники из третьих стран, имея право беспрепятственно перемещаться в пределах Евросоюза, направляются прежде всего в те государства, где они вероятнее всего подпадут под критерий высококвалифицированных специалистов ввиду меньших требований к размеру оплаты труда. Это вызывает новые проблемы, в частности повышает нагрузку на бюджет принимающей страны, которая должна предоставлять таким работникам особые социальные гарантии[1].

Другая проблема связана с получением «голубой карты» высококвалифицированным специалистом. Даже если он отвечает всем предъявляемым критериям, ему может быть отказано в выдаче карты на основании письменного обоснования принимающего государства.

Кроме того, государства — члены Евросоюза имеют право самостоятельно определять размер ежегодных квот по «голубым картам». Общая европейская квота в директиве отсутствует.

С 2010 г. Россия в определенной степени заимствовала европейский опыт привлечения высококвалифицированных специалистов. Согласно ст. 12.3 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» вводится упрощенный порядок привлечения к труду работников-мигрантов — «высококвалифицированных специалистов». По отношению к этим работникам не предусмотрены квоты на выдачу приглашений на въезд на территорию РФ для осуществления трудовой деятельности и разрешений на работу, также не установлено требование о соблюдении допустимой доли иностранных работников по видам деятельности.

Между тем критерии признания таким специалистом крайне расплывчаты, кроме оплаты, — не менее 2 млн рублей в год. Среди иных требований — «опыт, работы, навыки или достижения» и нет даже специального образования. Рабо-

[1] См.: *Шмагина Ю. Е.* Правовое регулирование деятельности высококвалифицированных иностранных работников в Европейском союзе // Закон. 2013. № 7. С. 156–163.

тодатель вправе самостоятельно установить и подтвердить уровень квалификации, опыт или достижения иностранного работника.

Однако в соглашении России и Франции «О временной трудовой занятости граждан одного государства на территории другого государства» 2009 г.[1] понятие высококвалифицированного специалиста определено с учетом конкретных требований к квалификации лица. Эти специалисты должны отвечать по крайней мере двум из трех критериев:

- наличие документа о высшем образовании, соответствующего профессии, указанной в трудовом договоре;
- наличие опыта работы не менее 5 лет по профессии и должности, указанным в трудовом договоре;
- размер заработной платы в соответствии с трудовым договором, равный или превышающий 3200 евро в месяц.

В заключение отметим, что одной из основных причин современной миграции стало создание международного рынка труда, сопровождающееся развитием системы правового регулирования использования иностранной рабочей силы как на уровне отдельных государств, так и на международном уровне. Трудовая миграция в XXI в. — это еще одна мировая проблема, которая должна решаться в том числе с помощью средств трудового права, с позиций защиты трудовых прав и свобод человека независимо от его гражданства и места постоянного проживания.

Трудовые договоры с иностранцами регламентируются гл. 50.1 ТК РФ, однако ее использование сопряжено с соблюдением норм целого ряда государственно-правовых и административных актов.

[1] См.: СЗ РФ. 2011. № 1. Ст. 5.

Глава 5
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ В ДОГОВОРАХ О ТРУДЕ: ПРОШЛОЕ, НАСТОЯЩЕЕ, БУДУЩЕЕ

5.1. Договоры о профессиональной подготовке работника (ученические договоры): исторический экскурс и проблемы теории

Право на профессиональное обучение в настоящее время относится к числу важнейших прав работников. Его значение в информационном обществе со временем будет только возрастать. В этой связи примечательно заключение, к которому пришли участники симпозиума Франция/МОТ «Динамика перемен и защита трудящихся», состоявшегося в январе 2002 г. в Лионе: «Следует еще раз привлечь внимание к необходимости пожизненной учебы для трудящихся, которые заботятся о своей безопасности, работодателей, которые заботятся о производстве, и государства, которое заботится о будущем своих граждан»[1]. Но к этой постиндустриальной аксиоме человечество шло на протяжении многих веков.

Ученичество как способ передачи профессиональных знаний и навыков в процессе трудовой деятельности было широко распространено еще в Древнем мире. Первоначально правовая регламентация этого важнейшего для того периода хозяйственного феномена отсутствовала. Отношения между мастером (учителем) и учеником носили семейно-патриархальный характер. Даже в Древнем Риме ситуация изменилась несущественно, хотя отдельные элементы правового регулирования начали формироваться. Существенное влияние на рассматриваемую проблему оказало формирование цеховой организации ведения хозяйства в Европе в конце XI — начале XII в. Л. С. Таль справедливо отмечал, что до XIV в. в источниках нет упоминаний о ремесленниках-работниках, а говорится только о мастерах и их учениках. Таким образом, ученичество стало не только основой передачи трудовых знаний и навыков, но и оказало большое влияние на всю формирующуюся систему промышленного производства. Ее первые предприятия имели корни в семейном, а точнее в расширенном семейно-патриархальном союзе, в который входили и ученики[2].

В Средние века вектор эволюции отношений ученичества направляется в сторону от преимущественно патриархальных начал к усилению договорного регулирования. При этом государство чаще всего принимало сторону мастеров

---

[1] См.: Международный обзор труда. Т. 141. 2002. № 3–4. С. 162.

[2] См.: *Таль Л. С.* Очерки промышленного права. С. 3–4.

и всячески способствовало сохранению цеховой организации. В этой связи показательным можно считать английский Елизаветинский статут 1562 г., обязывающий желающих заниматься каким-либо промыслом пройти обязательное 7-летнее ученичество. Примечательно, что этот акт был отменен только в 1814 г.[1]

В нашей стране в период правления Екатерины II отношения между мастером и учеником, подмастерьем регламентировались в Грамоте на права и выгоды городам Российской империи от 21 апреля 1785 г. Названным источником предусматривалось заключение договора между мастером и учеником в присутствии двух свидетелей. В договоре устанавливались сроки обучения, условия о содержании ученика и др. По окончании обучения ученику выдавалось письменное свидетельство о полученных ремесленных навыках, которое давало право ученику самостоятельно заниматься ремеслом[2].

Н. Г. Александров, рассматривая историю развития типов правового регулирования общественно-трудовых отношений, отмечал, что «складывающееся на почве цеховых привилегий правоотношение между мастером и подмастерьем (или учеником) было исторически первой правовой формой общественно-трудовых отношений, не сливавшейся с вещно-правовыми отношениями, поскольку подмастерье (и ученик) уже не были объектом полной или неполной собственности мастера... Трудовое отношение между мастером и подмастерьем было уже трудовым правоотношением в смысле отношения между субъектами права по поводу применения рабочей силы одного из них»[3].

Вместе с тем усложнение экономических отношений, коллективные действия союзов ремесленников, «эрозия» корпоративной замкнутости цехов привели к тому, что договоры об ученичестве становились все более частым явлением, особенно начиная с XVII в. Если использовать современную терминологию, они включали в себя две части: собственно об ученичестве и о найме труда учеников. При этом плата за наемный труд последних часто была эквивалентна плате мастеру за обучение профессии. Эту изначально двуединую сущность договора ученичества отметил известный русский юрист А. Ф. Федоров. В своей докторской диссертации, опубликованной в виде книги, он проанализировал правовую природу договора о промысловом ученичестве, т. е. договора об обучении между патроном и учеником[4]. Отметим, что это одно из наиболее глубоких исследований ученического договора не только в российской, но и в мировой науке. В части анализа истории промыслового ученичества данная работа не утратила своего значения и в настоящее время. Еще одной важной работой по данной теме является монография А. А. Симолина, который подчеркивал смешанный характер договора промыслового ученичества, совмещающего условия об обучении и найме труда[5].

А. Ф. Федоров определил, что по договору промыслового ученичества патрон обязуется учить профессии ученика, который, в свою очередь, обя-

---

[1] См.: *Гамбаров Ю. С.* Свобода и ее гарантии. СПб., 1910. С. 48–49.

[2] См.: Российское законодательство X–XX веков в 9 т. Т. 5. / под общ. ред. О. И. Чистякова. М., 1987. С. 68–129.

[3] *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение. (По изд. 1948 г.) М., 2008. С. 25–26.

[4] См.: *Федоров А. Ф.* О промысловом ученичестве вообще и договорах промыслового обучения особенно. Одесса, 1892. С. 408–495.

[5] См.: *Симолин А. А.* Договор промыслового ученичества. Казань, 1910.

зуется работать на патрона на условиях и в течение времени, определенном договорившимися сторонами в установленных законом пределах. По его мнению, законодатель причислял ученический договор к договору личного найма[1]. А. Ф. Федоров предлагал ввести специальную нормировку ученического договора, установить для него обязательную письменную форму и узаконить ученическую (рабочую) книжку. До внесения в нее записи о заключении договора его предлагалось считать незаключенным. Он считал, что профессиональное образование должно осуществляться не на производстве, а в специальных школах. В то же время осознавалась невозможность такого перенесения в силу экономических и социальных причин. Отсюда настоятельное требование «поставить регламентацию промыслового ученичества на началах более целесообразных»[2].

В досоветский период эти предложения так и не были реализованы. В Уставе о промышленном труде 1913 г. фабричным инспекторам поручалось попечение об особых школах для малолетних рабочих, обеспечивающих первоначальное образование, а также наблюдение за деятельностью и постановкой учебного дела в сельских ремесленных учебных мастерских, технических и ремесленных мастерских и курсах (ст. 34). Но в соответствующих разделах устава о найме рабочих, о работе подростков и найме малолетних специфика ученический договор не регламентировался. В целом до 1917 г. отношения ученичества регламентировались в рамках договора личного найма с некоторыми особенностями, связанными с процессом обучения и возрастом учеников. Большинство ученых отмечали их сложную правовую природу, совмещение условий об обучении и личном найме, относили их к смешанным договорам. Это отвечало и общемировым тенденциям. Так, принятый в 1851 г. французский Закон о договорах об ученичестве фактически приравнивал такие договоры к рабочим (трудовым), но с определенной спецификой. Это же можно сказать и о германском Законе об ученичестве, принятом в 1897 г.[3]

Формирование советского типа ученичества было связано скорее не с потребностями производства, а с военной необходимостью и экономическими трудностями Гражданской войны с добавкой изрядной идеологической составляющей. Так, Декретом Совета народных комиссаров РСФСР в 1920 г. была введена учебная профессионально-техническая повинность[4]. С учетом острой нужды в рабочих кадрах все лица в возрасте от 18 до 40 лет были обязаны пройти заводские вечерние краткосрочные курсы. Эти мероприятия не имели никакого отношения к договору ученичества, но означали невиданный ранее тип принудительного обучения рабочим специальностям за пределами основного рабочего времени. В последствие для борьбы с молодежной безработицей и в целях подготовки новых производственных кадров на предприятиях устанавливалась бронь для подростков в процентном отношении к занятым работникам[5].

---

[1] См.: *Федоров А. Ф.* Указ. соч. С. 410.

[2] См. там же. С. 426–427. Приложение. С. I–IV.

[3] См.: *Луи П.* Рабочее законодательство цивилизованных стран. М., 1906. С. 16–17.

[4] См.: Собрание узаконений РСФСР. 1920. № 70. Ст. 342.

[5] См.: Постановление ВЦИК РСФСР от 2 мая 1922 г. «Об установлении предельного минимального количества подростков в предприятиях» // Собрание узаконений РСФСР. 1922. № 39. Ст. 447.

В русле этой тенденции было принято постановление Центрального исполнительного комитета и Совета народных комиссаров СССР от 1 августа 1928 г. «О минимальных нормах брони подростков в промышленности и других отраслях народного хозяйства»[1]. Оно предписывало охватить фабрично-заводским, бригадным и индивидуальным ученичеством всех лиц, включенных в бронь предприятия. В этот период утвердился взгляд на ученичество как на источник плановой подготовки и распределения рабочих кадров, когда интересы самих подростков отходят на второй план. Отражая официальную точку зрения, П. Д. Каминская писала о подростках как о «резерве рабочей силы», из которого правительство должно покрывать свои потребности в квалифицированных рабочих кадрах. Отсюда призыв к планомерному распределению подростков по отдельным отраслям в соответствии с потребностями в квалифицированной рабочей силе[2].

П. Д. Каминская выделяла три вида ученичества: 1) фабрично-заводское в школах фабрично-заводского обучения и бригадах; 2) индивидуальное под руководством отдельных рабочих: 3) кустарное и ремесленное ученичество у ремесленников и кустарей[3]. К 1925 г. было принято 14 нормативно-правовых актов, регламентирующих труд несовершеннолетних и ученичество. Такой утилитарный подход к ученичеству отмечается в большинстве исследований того периода[4], а о правах учеников речь велась преимущественно в контексте их отношений с частными предпринимателями и кустарями[5].

Западный опыт по рассматриваемой проблеме игнорировался практически изначально. Так, достаточно объективная монография П. И. Люблинского[6], посвященная западному опыту, была подвергнута жесткой критике. Ее автор был обвинен в том, что он чужд марксизму, является приверженцем так называемой социальной политики и оторвался от классовой борьбы[7]. С конца 20-х гг. XX в. это стало опасным сначала для научной карьеры, а затем и для жизни. И в дальнейшем обращение к зарубежному опыту сопровождалась общими идеологическими штампами, противопоставлением производственного ученичества при социализме и при капитализме. Так, отмечалось, что «производственное ученичество в условиях буржуазного общества... носит чисто утилитарный характер, будучи приспособленным исключительно к интересам предпринимателей»[8].

Между тем правовая природа ученического договора в советской литературе 1920–40-х гг. так и не была определена четко. Этому способствовала и непоследовательность законодателя. Кодекс законов о труде РСФСР 1918 г. фактически игнорировал эту проблему, как и само понятие договора в трудовом

---

[1] См.: СЗ СССР. 1928. № 49. Ст. 437.

[2] См.: *Каминская П. Д.* Труд несовершеннолетних и ученичество. М., 1925. С. 4–6.

[3] См. там же. С. 29–40.

[4] См.: *Гришин З. З.* Правовое положение юношеского труда в СССР. М., 1929; *Гришин З. З.* Строительное ученичество. М., 1927; *Рабинович-Захарин С. Л.* Труд подростков по советскому законодательству в вопросах и ответах. М., 1933 и др.

[5] См.: *Догадов В. М.* Трудовые права учеников у кустарей. М., 1930.

[6] См.: *Люблинский П. И.* Законодательная охрана труда детей и подростков. Пг., 1923.

[7] См.: *Каплун С.* Рецензия // Вопросы труда. 1924. № 5–6. С. 208–210.

[8] См.: *Смирнов О. В.* Эффективность правового регулирования организации труда на предприятии. М., 1968. С. 82.

праве. В Кодексе законов о труде РСФСР 1922 г. была введена специальная гл. XII «Об ученичестве», но понятие ученического договора в ней отсутствовало. Ученики определялись как лица, состоящие в школах ученичества, учебных бригадах и мастерских, а также проходящие индивидуальное обучение в процессе производства, под руководством квалифицированных рабочих (ст. 121). Наличие отдельной главы дало основание некоторым ученым впоследствии утверждать о необходимости конструирования ученического договора в качестве самостоятельного вида договора, о чем будет сказано ниже.

Позицию законодателя можно было трактовать таким образом, что основанием возникновения правоотношений по производственному обучению может быть только трудовой договор, заключенный с учеником при соблюдении специальных условий, определенных гл. XII Кодекса законов о труде. Неслучайно К. М. Варшавский рассматривал ученичество как составную часть трудового договора. Он отмечал, что при ученичестве «основные обязанности сторон по трудовому договору — предоставление рабочей силы и выплата вознаграждения — осложнены еще обязанностью нанимателя обучать трудящегося определенной профессии»[1]. Согласно Кодексу законов о труде 1922 г. срок ученичества устанавливался Народным комиссариатом труда (НКТ) по соглашению с Всесоюзным центральным советом профессиональных союзов и Народным комиссариатом просвещения по отдельным профессиям. НКТ предоставлялось право издавать обязательные постановления о нормах и правилах ученичества. Количество учеников должно было быть не ниже норм, установленных НКТ и Всесоюзным центральным советом профессиональных союзов и центральными хозяйственными органами для данной отрасли промышленности.

С начала 1930-х гг. центром подготовки рабочих кадров стали школы фабрично-заводского ученичества (ФЗУ), заложившие основы советской системы профессионально-технического образования. Первые из них были созданы еще в 1920 г. при крупных предприятиях. В соответствии с Указом Президиума Верховного Совета СССР от 2 октября 1940 г. «О государственных трудовых резервах СССР»[2] создаются школы фабрично-заводского обучения (ФЗО) как низший тип профессионально-технической школы. Они просуществовали до 1963 г.[3] Эти школы, как и созданные позднее профессионально-технические училища (ПТУ), относились к системе профессионально-технического образования. В середине 1980-х гг. существовавшие ранее различные типы профессионально-технических учебных заведений были реорганизованы в единый тип учебного заведения — среднее профессионально-техническое училище, деятельность которого регулировалась Положением о среднем профессионально-техническом училище от 22 февраля 1985 г.[4]

Поступление на обучение не порождало трудовых отношений, а учебный процесс в этих школах не регулировался трудовым правом. При прохождении производственной практики на учеников в полном объеме распространялось

---

[1] См.: *Варшавский К. М.* Практический словарь по трудовому праву. М., 1927. С. 141.

[2] См.: ВВС СССР. 1940. № 37.

[3] См.: Народное образование в СССР. 1917–1967 / под ред. М. А. Прокофьева и др. М., 1967. С. 243–252.

[4] См.: СП СССР. 1985. № 10. Ст. 41.

трудовое законодательство с учетом их возраста и правового статуса. Однако, как отмечалось в юридической литературе, в период производственного обучения и практики на рабочих местах у учащихся возникают учебно-трудовые отношения с предприятием. При этом труд учащихся не имел самостоятельного значения, а выступал лишь как составная часть учебного правоотношения[1].

Положение о подготовке и повышении квалификации рабочих непосредственно на производстве от 10 мая 1963 г.[2] разрешило ряд вопросов, связанных с производственным обучением, но так и не прояснило правовую природу ученического договора. Во второй половине 1950-х — начале 1970-х гг. советскими учеными ученический договор изучался с наибольшей интенсивностью. Отправной точкой служило такое обобщающее понятие, как обучение рабочих непосредственно на производстве. Оно проводилось в двух организационно-правовых формах: повышение квалификации работников по прежней профессии или специальности, по которым они продолжали работать и в дальнейшем, и освоение работником новой профессии или специальности (производственное обучение), которое влекло за собой переход на работу по вновь приобретенной профессии (специальности). Первая форма не была связана с заключением специального договора о труде и осуществлялась, как правило, по инициативе работодателя в централизованном порядке в рабочее время. Вторая форма осуществлялась на основании договора производственного ученичества, а лица, обучавшиеся и приобретавшие новую профессию (специальность) непосредственно на производстве являлись учениками. К этой категории относили всех рабочих, чей труд носил учебный характер и был направлен на приобретение новой профессии (специальности) независимо от того, поступает ли рабочий на предприятие впервые, переходит с другого предприятия или уже работает на этом предприятии[3].

Неопределенность законодательства способствовала тому, что в науке сложились две точки зрения на правовую природу ученического договора. Приверженцы первой из них считали ученический договор разновидностью трудового договора, по которому трудящийся наряду с трудовыми обязанностями берет на себя дополнительную обязанность в течение определенного срока освоить в процессе работы изучаемую специальность. Этой позиции придерживались Н. Г. Александров, В. М. Догадов, Л. Я. Гинцбург, Ф. М. Левиант, Ю. П. Орловский, А. Е. Пашерстник, А. И. Ставцева и др.[4]

---

[1] См.: *Пашков А. С., Иванкина Т. В., Магницкая Е. В.* Кадровая политика и право. М.,1989. С. 124–125.

[2] См.: Бюллетень ГКТ СССР. 1963. № 5. С. 19–26.

[3] См.: *Андреев В. С., Орловский Ю. П.* Правовое положение лиц, сочетающих обучение с производственным трудом. М., 1961. С. 69.

[4] См.: *Александров Н. Г.* Советское трудовое право в борьбе за народнохозяйственный план // Ученые записки МГУ. 1953. № 151. С. 83; *Астрахан Е. И., Каринский С. С., Ставцева А. И.* Роль советского трудового права в плановом обеспечении народного хозяйства кадрами. М., 1955. С. 97; *Гинцбург Л. Я.* Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977. С. 156–158; *Левиант Ф. М.* Виды трудового договора. М., 1966. С. 139–140; *Орловский Ю. П.* Труд молодежи в СССР. М., 1974. С. 103; *Пашерстник А. Е.* Право на труд. М., 1951. С. 147; *Трошин А. Ф.* Правовое положение рабочих и служащих, обучающихся без отрыва от производства. М., 1962. С. 14–15; и др.

Органическая связь ученических отношений с трудовыми обуславливалась следующими факторами: 1) обучение проводилось в процессе осуществления учениками определенной учебно-трудовой функции; 2) учебно-трудовая функция осуществлялась в рамках внутреннего трудового распорядка; 3) в соответствии с договором обучения ученик был обязан трудиться по соответствующей изучаемой профессии или специальности; 4) невыполнение условий ученического договора могло повлечь те же последствия, что и невыполнение условий трудового договора (материальная и дисциплинарная ответственность); 5) при обучении за выполненную в его процессе работу ученик получал соответствующее вознаграждение в виде заработной платы; 6) по окончании обучения администрация была обязана использовать учащихся на данном предприятии, а окончание срока обучения не могло являться основанием для прекращения трудового договора. Очевидно, что здесь прослеживаются все три элемента трудового правоотношения, а именно: личностный, организационный и имущественный. В этой связи вышеназванные авторы делали вывод о том, что ученический договор — это разновидность трудового договора, в который включается условие об освоении специальности. Он заключается с лицом, либо поступающим на работу, либо меняющим свою специальность.

Позиции ученых, относивших ученический договор к разновидности трудового договора, отличались только нюансами. Так, ряд авторов считали, что по причине производственной необходимости в порядке ст. 37 прим. Кодекса законов о труде 1922 г. ученики могут переводиться на работы, не связанные с их учебно-трудовой функцией[1]. Возражения против этого строились на том, что такой перевод приведет к увеличению сроков обучения и нарушению условий ученического договора[2].

В тот же период была сформулирована и иная точка зрения, наиболее рельефно выраженная в работах О. В. Смирнова и А. С. Пашкова[3]. Она основывалась на том, что договор ученичества является самостоятельным видом договора, а отношения по ученичеству представляют собой особую группу общественных отношений, регулируемых трудовым правом. О. В. Смирнов, наиболее последовательный сторонник этой позиции, приводил в ее защиту прежде всего следующие аргументы. Во-первых, основные признаки трудового договора не характерны для ученического договора. В частности, обязанности учеников существенно отличаются от обязанностей рабочих и служащих. Во-вторых, ученический договор является формой реализации права советских граждан на образование и поэтому не может вызвать к жизни трудовые отношения. В-третьих, Кодекс законов о труде 1922 г. содержал специальную гл. XII, посвященную вопросам ученичества, а названное положение от 10 мая 1963 г. прямо предусматривало заключение с учениками особого договора, который должен был утверждаться фабрично-заводскими и местными комитетами (ФЗМК). Таким образом, О. В. Смирнов отрицал связь трудового и ученического догово-

---

[1] См.: *Уржинский К. П.* Производственно-техническое обучение на предприятии. Иркутск, 1958. С. 37.

[2] См.: *Левиант Ф. М.* Указ. соч. С. 144.

[3] См.: *Смирнов О. В.* Природа и сущность права на труд в СССР. М., 1964. С. 82–83; *Пашков А. С.* Правовое регулирование подготовки и распределения кадров. Л., 1966. С. 58.

ров, считая первый реализацией права на труд, а второй — реализацией права на образование.

По поводу первого аргумента, как уже указывалось выше, большинство оппонентов сходились в одном: ученический договор имеет все признаки трудового договора. Что касается реализации права на образование по ученическому договору, то с этим соглашались практически все авторы. В то же время ученический договор опосредовал и реализацию права на труд, имея двойственную правовую природу. По третьему аргументу ситуацию прояснил сам законодатель. В Кодексе законов о труде 1971 г. отсутствовала специальная глава об ученическом договоре, а в ст. 184–187 оговаривалась только специфика отношений ученичества. Типовое положение о подготовке и повышении квалификации рабочих непосредственно на производстве, утвержденное Госкомтруда (ГКТ) СССР, Госкомитетом по профтехобразованию и Всесоюзным центральным советом профессиональных союзов 18 октября 1968 г., устанавливало правило только о том, что ученики зачисляются на работу приказом руководителя предприятия по согласованию с профсоюзной организацией[1].

По замечанию Ю. П. Орловского, правообразующая сила приказа применительно к правоотношению не тождественно заключению трудового договора[2].

А. С. Пашков подчеркивал отличие своей позиции от занимаемой О. В. Смирновым, хотя и соглашался с тем, что ученический договор является самостоятельным видом договора. По его мнению, это соглашение, по которому одна сторона — ученик — обязуется в процессе труда осваивать новую профессию (специальность) в течение обусловленного срока, а другая сторона — предприятие или учреждение в лице администрации — организовывать обучение и обеспечивать ученика работой по приобретенной профессии (специальности) и квалификации[3].

Более того, А. С. Пашков считал, что конструкция двух договоров (трудового и ученического) способна породить у администрации ошибочный вывод об отсутствии обязанности предоставлять ученику работу по специальности, полученной в результате производственного обучения и что предприятие вправе отказаться от заключения трудового договора. Ю. П. Орловский в этой связи замечал, что это означает признание за ученическим договором содержание всех условий для возникновения трудового правоотношения, что делает ненужным выделение ученического договора в самостоятельный вид договора[4].

Кодекс законов о труде 1971 г. не содержал статей, посвященных ученическому договору, но включал специальную главу «Льготы для рабочих и служащих, совмещающих работу с обучением». В названной главе выделялись две формы профессионального обучения. Согласно первой администрация предприятий, учреждений, организаций организует производственное обучение за счет средств предприятия, организации, учреждения в пределах рабочего

---

[1] См.: Нормативные акты по использованию трудовых ресурсов. М., 1972. С. 350.

[2] См.: *Орловский Ю. П.* Труд молодежи в СССР. С. 102.

[3] См.: *Пашков А. С.* Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. М., 1961. С. 89.

[4] См.: *Пашков А. С.* Правовые проблемы подготовки и распределения рабочей силы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1965. С. 14; *Орловский Ю. П.* Труд молодежи в СССР. С. 104 прим.

времени, установленного законодательством о труде для работников соответствующих возрастов, профессий и производств (ст. 184, 185). Вторая форма связана с обучением без отрыва от производства в общеобразовательных и профессиональных учебных заведениях. Здесь на администрацию предприятия, организации, учреждения возлагалась обязанность предоставить рабочим и служащим установленные законом льготы (сокращение рабочего времени, учебные отпуска и др.).

В 70–80-е гг. XX в. научный анализ правового регулирования подготовки кадров на производстве шел в русле рассмотрения трудовых прав молодежи, а также подготовки и распределения трудовых ресурсов[1]. Надо отметить, что профессиональная подготовка рабочих кадров осуществлялась в то время преимущественно в ПТУ, а специалистов со средним специальным и высшим образованием готовили техникумы и вузы.

Во второй половине 1970-х гг. в этих учебных заведениях профессиональное образование получали приблизительно 83% выпускников общеобразовательных школ. Но профессиональной подготовке непосредственно на производстве по-прежнему уделялось большое внимание[2].

Согласно Типовому положению о профессиональном обучении рабочих и служащих на производстве, утвержденным ГКТ СССР, Госкомитетом по профобразованию СССР и Всесоюзным центральным советом профессиональных союзов 4 марта 1980 г., для учеников и лиц, повышающих квалификацию на производстве предусматривались гарантии в оплате труда, присвоении разрядов и классов, а также некоторые другие гарантии[3]. Это означало завершение формирования правового института гарантий и компенсаций лицам, совмещающим работу и обучение.

В советский период система подготовки и повышения квалификации работников строилась на централизованных плановых началах. Элементы договорных отношений имели место, но они совмещались с целым рядом императивных правовых предписаний. Так, согласно постановлению ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 12 сентября 1957 г. «О вовлечении в промышленное и сельскохозяйственное производство молодежи, окончившей средние общеобразовательные школы», предприятия были обязаны охватить профессиональным обучением всех лиц, поступающих на работу в порядке заполнения брони[4].

---

[1] См.: *Абрамова А. А.* Юридическая защита трудовых прав молодежи. М., 1971; *Артемова В. Н.* Права советских граждан на профессиональную подготовку и повышение квалификации. Минск, 1981; *Караев А.* Некоторые правовые вопросы подготовки рабочих кадров на производстве. Ашхабад, 1974; *Меги Л. П.* Правовые вопросы подготовки и повышения квалификации кадров на производстве. Рига, 1984; *Орловский Ю. П.* Конституционные гарантии права на образование в СССР. М., 1986; *Пашков А. С., Иванкина Т. В., Магницкая Е. В.* Кадровая политика и право. М., 1989; *Ромм Ю. Д., Уржинский К. П.* Правовые вопросы подготовки и распределения кадров. М., 1971; *Шебанова А. И.* Право и труд молодежи. М., 1973; *Ярхо А. В.* Труд молодежи. М., 1974; и др.

[2] См.: Постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 21 июня 1979 г. «О мерах по дальнейшему совершенствованию подготовки и повышения квалификации рабочих на производстве» // СП СССР. 1979. № 17. Ст. 113.

[3] См.: Бюллетень ГКТ СССР. 1980. № 5. С. 3.

[4] См.: СП СССР. 1957. № 13. Ст. 123.

Некоторые исследователи исходя из анализа уже упомянутого Типового положения от 18 октября 1968 г. делали вывод о том, что администрация обязана охватить профессиональным обучением всех вновь принятых на предприятие лиц, не имеющих производственной специальности. Даже профориентационная работа, по мнению советских ученых, предполагала гарантированность представления работы не по тем специальностям, которые наиболее подходят работникам, а по тем, которые общество предлагает гражданам. Как писал Ю. П. Орловский, «профориентация в социалистическом обществе отражает тесную взаимосвязь интересов граждан с потребностями производства в кадрах соответствующей специальности»[1]. Это существенно расходилось как с трактовкой данной проблемы западными учеными, так и с рекомендациями МОТ. Согласно последним профориентация должна только определить, какие профессии больше подходят для данного индивида, который сам вправе выбрать любую профессию. Целевая направленность профориентации отражена и в Рекомендациях по профессиональному и техническому образованию, принятых 11 декабря 1962 г. Генеральной конференцией ООН по вопросам образования и культуры[2], а также в Конвенции МОТ № 142 «О профессиональной ориентации и профессиональной подготовке в области развития людских ресурсов» 1975 г. и одноименной Рекомендации МОТ № 150. Негативное отношение советских ученых к такой постановке проблемы было связано с жесткой идеологической установкой. При этом обычно ссылались на неизбежную при капитализме безработицу и совпадение интересов индивидов и государства при социализме, что позволяло осуществлять подготовку и распределение кадров на базе «организованного сотрудничества».

Общепризнанным постулатом в советской науке трудового права стало утверждение, что право на образование в СССР является основой правового регулирования подготовки кадров во всех учебных заведениях и на производстве. Более того, начиная с 1960-х гг. на общеобразовательные школы были возложены обязанности массовой профессиональной подготовки рабочих кадров для народного хозяйства. Профессиональное обучение проводилось на базе школы, базового предприятия, межшкольного производственного комбината, ученических производственных бригад в колхозах и совхозах[3].

При этом в науке советского трудового права общественно полезный труд школьников на базовых предприятиях, учебных комбинатах квалифицировался исключительно в качестве элемента учебного процесса, т. е. составной части правоотношений по обучению между учащимся и школой. Однако на учащихся в полной мере распространялись все нормы об охране труда. Выплата же вознаграждения за труд являлась элементом договорных отношений между базовым предприятием и школой, а не учащимся[4]. Так, В. С. Андреев, А. И. Шебанова,

---

[1] См.: *Орловский Ю. П.* Труд молодежи в СССР. С. 77.

[2] См.: ЮНЕСКО. Акты Генеральной конференции. 12-я сессия. Париж, 1962. Резолюция.

[3] См.: Положение о базовом предприятии общеобразовательной школы (утв. постановлением Совета Министров СССР от 30 августа 1984 г. № 928) // БНА МиВ СССР. 1985. № 10; Положение о межшкольном учебно-производственном комбинате трудового обучения и профессиональной ориентации учащихся (утв. приказом Министерства просвещения СССР от 11 мая 1985 г. № 80 // БНА МиВ СССР. 1985. № 10 и др.

[4] См.: *Пашков А. С., Иванкина Т. В., Магницкая Е. В.* Кадровая политика и право. С. 112.

О. В. Смирнов писали о том, что освоение той или иной профессии в процессе обучения в средней общеобразовательной школе рассматривается не как трудовая обязанность, а как обязанность, вытекающая из административно-правовых отношений[1].

Следует отметить, что полная занятость и достаточно разветвленная система подготовки производственных кадров могут быть отнесены к сильным сторонам советской экономической системы. Другой вопрос, что полная занятость могла переходить в избыточную и неэффективную, профессиональная подготовка не всегда отвечала потребностям производства и социальным реалиям. Тем не менее советская система подготовки и повышения квалификации кадров была относительно эффективной. Она включала в себя следующие направления:

- подготовка, переподготовка и повышение квалификации непосредственно на производстве;
- подготовка, переподготовка и повышение квалификации за пределами производства.

До принятия ТК РФ этот вопрос о правовой природе ученического договора так и оставался дискуссионным, хотя ряд авторов настаивали на том, что ученический договор является особым видом договоров в трудовом праве[2]. Более распространенным было отнесение ученического договора к разновидностям трудового[3], хотя позиции о преобразовании ученического договора в трудовой в обеих трактовках почти совпадают. Повышение квалификации кадров на производстве означает пополнение теоретических знаний и навыков практической работы по имеющейся у работника специальности, профессии или должности без предполагаемого изменения рода деятельности. В советский период была сформирована довольно стройная система повышения квалификации работников. Повышение квалификации осуществлялось в двух основных формах: обучение без отрыва от производства без прекращения выполнения работником своих трудовых обязанностей и обучение с отрывом от производства путем направления на курсы повышения квалификации, на факультеты повышения квалификации при высших и средних учебных заведениях и т. п. В теории советского трудового права также давались неоднозначные ответы на вопрос о повышение квалификации — только ли это правомочие работника или его следует квалифицировать и как юридическую обязанность. С одной стороны, одни ученые утверждали, что право на труд в условиях технического прогресса дополняется юридической обязанностью работника систематически повышать свою квалификацию, совершенствовать производственные навыки и опыт. С другой стороны, возникала юридическая обязанность администрации предприятий (учреждений) создавать условия для повышения квалификации и пе-

---

[1] См.: *Андреев В. С., Орловский Ю. П.* Правовое положение лиц, совмещающих обучение с производительным трудом. С. 67; *Смирнов О. В.* Природа и сущность права на труд в СССР. М.,1964. С. 68; *Шебанова А. И.* Развитие законодательства об условиях труда учащихся средних политехнических школ и лиц, совмещающих работу с обучением // Новое в развитии трудового законодательства в период между XX и XXII съездами КПСС. М., 1961. С. 186–187.

[2] См., напр.: Трудовое право / под ред. О. В. Смирнова. М., 2001. С. 11.

[3] См., напр.: *Гусов К. Н., Толкунова В. Н.* Трудовое право России. М., 2001. С. 220–221.

реобучать и перераспределять рабочих и служащих, высвобождающихся в связи с техническим прогрессом[1].

Некоторые авторы подчеркивали моральный характер обязанности работников повышать квалификацию, а требование к работнику повышать квалификацию должно обеспечиваться не путем трансформации его в юридическую обязанность, а косвенным регулированием, включая установление моральных и материальных стимулов повышения работниками квалификации[2]. Другие авторы придерживались более «мягкой» позиции, настаивая на договорных началах повышения квалификации работников. Так, по мнению Е. В. Магницкой и А. С. Пашкова, договор о повышении квалификации по своему содержанию близко примыкал к договору производственного ученичества, регулировал однородные правоотношения по обучению. В то же время договор повышения квалификации предусматривал продолжение работы по прежней специальности и после завершения обучения и не сопровождался изменением или прекращением уже существующего трудового правоотношения[3].

Отказ от заключения договора о повышении квалификации со стороны работника не рассматривался как нарушение трудовой дисциплины, но мог повлечь неблагоприятные последствия вплоть до увольнения по п. 2 ст. 33 Кодекса законов о труде 1971 г. (по несоответствию занимаемой должности или работе вследствие недостаточной квалификации). Таким образом, заключение такого договора носило «мягкий» принудительный характер и было, по существу, обязательным. По сути, названная выше конструкция договора о повышении квалификации носила теоретический характер. Как правило, направление на повышение квалификации осуществлялось в одностороннем порядке приказом работодателя и никаким письменным соглашением сторон не опосредовалось. В то же время для лиц, повышающих квалификацию, уже упомянутым Типовым положением от 4 марта 1980 г. предусматривался широкий спектр льгот и гарантий по оплате труда, присвоению разрядов и классов и др.

Имелся в юридической литературе и «дуалистический» подход в решении поставленного вопроса. Так, Б. К. Бегичев и М. В. Молодцов справедливо отмечали, что право на повышение квалификации может трансформироваться в юридическую обязанность при наличии двух условий: закрепления в нормативном порядке единой и обязательной для все формы повышения квалификации и введения системы регулярно, многократно повторяющегося прохождения конкретных форм повышения квалификации[4].

Неслучайно в принятых в 1985 г. уставах о дисциплине в различных отраслях народного хозяйства определяли повышение квалификации как юридическую обязанность работника. В условиях перестройки было принято постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 6 февраля 1988 г. № 166 «О пере-

---

[1] См.: *Ставцева А. И.* Правовые вопросы перераспределения трудовых ресурсов. М., 1974. С. 57; *Сойфер В. Г.* Новая техника и повышение квалификации работников // Вестник МГУ. Сер.11. Право. 1967. № 1. С. 67–68.

[2] См.: Трудовое право и научно-технический прогресс / под ред. С. А. Иванова. М., 1974. С. 199.

[3] См.: *Магницкая Е. В., Пашков А. С.* Распределение трудовых ресурсов. М., 1980. С. 55–56.

[4] См.: *Бегичев Б. К., Молодцов М. В.* Право на бесплатную профессиональную подготовку и бесплатное повышение квалификации // Ученые труды Свердловского юридического института. 1974. Вып. 35. С. 20–21.

стройке системы повышения квалификации и переподготовки руководящих работников и специалистов народного хозяйства»[1], которое предусматривало создание единой государственной системы повышения квалификации и переподготовки руководящих работников и специалистов и переход в XII пятилетке от периодического к непрерывному обучению кадров. В этой связи в науке трудового права было обосновано мнение о том, что повышение квалификации названных работников следует считать служебной обязанностью. С учетом этого данная юридическая обязанность должна быть включена в круг должностных обязанностей руководителей и специалистов, закрепленных в квалификационных справочниках должностей служащих и других нормативных документах. Праву работников на повышение квалификации должна корреспондировать соответствующая обязанность администрации организации[2].

Большинство ученых — специалистов по трудовому праву подчеркивали договорную природу повышения квалификации. В одних случаях этот договор рассматривался как разновидность трудового договора, совокупность прав и обязанностей работника и предприятия по повышению квалификации рассматривались в качестве элемента, составляющего содержание трудового правоотношения[3], в других — в качестве самостоятельного договора[4].

Однако и в том и в другом случае, по мнению ученых, этот договор о повышении квалификации регулировался трудовым законодательством. В 1980-х гг. в юридической литературе отмечалась достаточно широкая сфера индивидуально-договорного установления условий повышения квалификации служащих. Действовавшее в то время законодательство, за исключением нескольких случаев, не возлагало на работников правовой обязанности повышать свою квалификацию.

Между тем, если возникновение правоотношения по повышению квалификации зависело, как правило, от усмотрения сторон, то такие важные условия, как выбор организационной формы повышения квалификации, срок обучения, устанавливался соглашением работника и предприятия в пределах, предусмотренных централизованным и отраслевым регулированием[5]. Ю. П. Орловский выделял в содержании договора о повышении квалификации две группы условий: необходимые и дополнительные. К необходимым он относил условия о повышении квалификации в той или иной форме обучения, о сроке обучения, о сроке обязательной работы после окончания обучения, если он установлен трудовым законодательством.

Так, в постановлении Совета Министров СССР от 19 декабря 1969 г. «О мерах по дальнейшему развитию материально-технической базы и улучшению бытового обслуживания населения» указывалось, что предприятия и организации бытового обслуживания, осуществляющие подготовку и повышение квалификации работников на учебных комбинатах и на курсах с отрывом от производства, должны заключать с лицами, проходящими такое обучение, договоры, предус-

---

[1] См.: СП СССР. 1988. № 10. Ст. 27.

[2] См.: *Пашков А. С., Иванкина Т. В., Магницкая Е. В.* Кадровая политика и право. С. 146, 148.

[3] См.: *Орловский Ю. П.* Труд молодежи в СССР. М., 1974. С. 98–104; *Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П.* Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 104.

[4] См.: *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих. Казань, 1984. С. 101.

[5] См. там же. С. 102.

матривающие соответствующие обязательства сторон. В частности, предусматривалось обязательство обучающегося проработать на этом предприятии или в организации не менее 2 лет после присвоения квалификационного разряда[1]. Но это было специальное законодательство. Аналогичные требования, связанные с установлением юридической обязанности работников повышать квалификацию были предусмотрены в нормативном порядке в отношении работников, непосредственно осуществляющих руководство подземными работами, лиц летно-подъемного состава гражданской авиации, машинистов локомотивов и др.[2]

Между тем в общих нормах советского трудового права не предусматривалось включения в договор о повышении квалификации условия о сроке обязательной работы по окончании обучения. В этой связи ряд авторов рассматривали названное условие в качестве дополнительного условия договора о повышении квалификации[3].

К дополнительным условиям договора о повышении квалификации относили условие о продвижении работника по работе после окончания обучения. В советской юридической литературе проблеме продвижения по работе уделялось большое внимание с точки зрения определения его юридической природы. А. С. Пашков считал, что законодательство не предусматривает каких-либо обязанностей, связанных с продвижением по работе лиц, повысивших свою квалификацию[4], и, следовательно, право на продвижение не может относиться к субъективным правам работника. Позиция отрицания наличия у работника права на продвижение получила поддержку у многих ученых — специалистов по трудовому праву. Одни, опираясь на действующее законодательство (ст. 55 и 83 Основ трудового законодательства Союза ССР и союзных республик, ст. 133, 188 Кодекса законов о труде РСФСР 1971 г.), рассматривали это право в качестве преимущественного права на выдвижение, а не субъективного права. Как преимущественное право оно осуществлялось администрацией предприятия в порядке поощрения работников, применение продвижения по работе являлось правом администрации предприятия[5]. Другие считали право на продвижение элементом трудовой правоспособности и тем самым признавали наличие у работника общей возможности продвижения на другую, более квалифицированную работу[6].

М. И. Бару, рассматривая право работника на трудовую честь, выводил и право на продвижение по служебной лестнице в качестве субъективного права[7]. По мнению ученого, право на выдвижение есть субъективное право, оно со-

---

[1] См.: СП СССР. 1970. № 1. Ст. 5.

[2] См.: СП СССР. 1977. № 1. Ст. 1; 1962. № 2. Ст. 15; ВВС СССР. 1961. № 52. Ст. 538 и др.

[3] См.: *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Указ. соч. С. 105–106.

[4] См.: *Пашков А. С.* Правовые формы обеспечения производства кадрами в СССР. С. 163.

[5] См.: *Лившиц Р. З.* Заработная плата в СССР. Правовое исследование. М., 1972. С. 145–146; *Молодцов М. В., Сойфер В. Г.* Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976. С. 87; *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Указ. соч. С. 107.

[6] См.: *Бегичев Б. К.* Трудовая правоспособность советских граждан. М., 1972. С. 145–146; *Смирнов О. В.* Эффективность правового регулирования организации труда на предприятии. С. 92–94; *Ставцева А. И.* Правовые вопросы перераспределения трудовых ресурсов. М., 1974. С. 92.

[7] См.: *Бару М. И.* Охрана трудовой чести по советскому законодательству. М., 1966. С. 15–24 и др.

ставляет правомочие трудового правоотношения, хотя и наступает с истечением времени, необходимого для повышения квалификации или углубления знаний[1].

Соглашаясь с такой позицией, Ю. П. Орловский считал, что субъективное право на продвижение вытекает из договорной формы повышения квалификации независимо от включения в соответствующий договор условия о продвижении по работе[2].

Ряд авторов не исключали возможности трансформации права на продвижение в субъективное право, если оно будет предусмотрено в заключенном договоре о повышении квалификации. Иными словами, для реализации названного субъективного права необходимо включить в договор по повышению квалификации условия о продвижении[3] или предусмотреть продвижение в качестве дополнительного условия трудового договора[4].

Еще одна проблема была предметом дискуссий в науке советского трудового права — это вопрос о возможности взыскания с работника, недобросовестно относящегося к своим учебным обязанностям во время повышения квалификации, вознаграждения, выплаченного за этот период. Так, ряд авторов предлагали это вознаграждение (сохранение среднего заработка) предоставлять только лишь при условии успешного обучения и добросовестного выполнения взятых на себя обязанностей[5], следовательно, при нарушении этого условия работник мог быть лишен вознаграждения за период повышения квалификации. Основываясь на анализе действующих нормативных актов того времени, А. И. Ставцева и А. К. Гаврилина делали вывод, что если лицо, получившее специальность, имело право на сохранение заработной платы на период обучения и оставляет работу без уважительных причин до окончания срока договора, то предприятие имеет право на взыскание выплаченной суммы пропорционально отработанному времени[6].

Другие авторы ратовали за гарантийный характер выплат в период повышения квалификации, взыскание которых не предусмотрено действующим законодательством[7]. Непосещение занятий по повышению квалификации следует рассматривать как нарушение трудовой дисциплины, соответственно, к обучающемуся могут быть применены только дисциплинарные взыскания[8].

Особо следует отметить, что на рубеже 1980–90-х гг. родились новые принципы взаимодействия вузов и предприятий — договорные отношения на подготовку кадров. При этом эти отношения носили товарно-денежный, возмездный характер. Между тем Кодекс законов о труде 1971 г. прямо не запрещал, но через институт недействительности условий договоров о труде, ухудшающих положе-

---

[1] См.: *Бару М. И.* Трудовое правоотношение и профессиональная подготовка // Советское государство и право. 1965. № 9. С. 42–43.

[2] См.: Трудовое право и повышение качества труда / под ред. С. А. Иванова. М., 1987. С. 147.

[3] См.: *Безина А. К., Бикеев А. А., Сафина Д. А.* Указ. соч. С. 108.

[4] См.: *Молодцов М. В., Сойфер В. Г.* Стабильность трудовых правоотношений. М., 1976. С. 87.

[5] См.: *Артемова В. Н.* Повышение квалификации рабочих и служащих. Минск, 1972. С. 106.

[6] См.: *Ставцева А. И., Гаврилина А. К.* Судебная практика по применению трудового законодательства // Советское государство и право. 1978. № 2. С. 135.

[7] См.: *Процевский А. И.* Пределы усмотрения сторон при изменении содержания трудового договора // Советская юстиция. 1976. № 4. С. 3.

[8] См.: Трудовое право и научно-технический прогресс. С. 205.

ние работника, исключал возможность сторон договора предусмотреть обязанность работника отработать в организации установленный срок или возместить затраты на обучение. Затем было принято постановление Правительства РФ от 19 сентября 1995 г. № 942 «О целевой контрактной подготовке специалистов с высшим и средним профессиональным образованием» и утвержденное этим постановлением положение[1]. Были также утверждены типовые формы контрактов между студентом и учебным заведением, студентом и работодателем. Договор между студентом и учебным заведением порождает ученические отношения. Эти отношения носят, на наш взгляд, гражданско-правовой характер. Речь идет о договоре на оказание образовательных услуг, заключаемом в рамках целевой контрактной подготовки специалистов. Второй договор между студентом и работодателем носит трудоправовой характер. На наш взгляд, он порождает предшествующие трудовому отношения — отношения по трудоустройству у конкретного работодателя. По договору работодатель обязуется принять студента на работу по завершении обучения на должность, соответствующую уровню и профилю его профессионального образования, заключив с ним трудовой договор. Причем условия будущего трудового договора (размер заработной платы, компенсации и т. д.) оговариваются еще при заключении рассматриваемого договора между студентом и работодателем. При невыполнении студентом условий контракта, отчисления из учебного заведения без уважительных причин, отказе приступить к работе без уважительных причин студент обязан возместить работодателю средства, затраченные на его обучение. При отказе в приеме на работу работодатель возмещает студенту суммы, предусмотренные договором.

Таким образом, в советский период сложилась плановая централизованная система профессионального обучения, подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников. В преамбуле Кодекса законов о труде 1971 г. подчеркивалось, что осуществляемое в широких масштабах бесплатное специальное и профессионально-техническое образование гарантирует свободный выбор рода работы и профессии с учетом интересов общества. Советское государство через систему профессиональных образовательных учреждений и систему производственного обучения непосредственно на государственных предприятиях, организациях, учреждениях обеспечивало реализацию прав граждан на профессиональное обучение.

В целом правовое регулирование профессионального обучения носило централизованный и ведомственный характер с некоторыми элементами договорного регулирования, в том числе локального (коллективные договоры, промтехфинпланы предприятий). В советской теории трудового права чаще всего обосновывались предложения по дальнейшей централизации правового регулирования профессиональной подготовки и повышения квалификации. Так, предлагалось принятие единого общесоюзного акта, призванного отразить цели и задачи обучения, организационно-правовые формы повышения квалификации, общий порядок заключения и расторжения договоров о повышении квалификации, о льготах лицам, повышающим квалификацию, об ответственности должностных лиц, не выполняющих обязанности по обучению работников. Особо подчеркивалась необходимость установления конкретной

[1] См.: СЗ РФ. 1995. № 39. Ст. 3777.

ответственности администрации предприятия, учреждения за невыполнение обязательств по повышению квалификации кадров[1].

В 80-е годы XX в. М. В. Молодцов писал о формировании в структуре трудового права самостоятельных институтов по профессиональной подготовке кадров непосредственно на предприятии, организации и повышения квалификации рабочих и служащих[2].

Подведем итоги.

1. В досоветский период правовая регламентация ученичества, как и трудового договора, прошла длительный путь формирования от гражданско-правовых к трудоправовым началам.

2. В советский период правовое регулирование профессионального обучения работников осуществлялось в основном на уровне подзаконных нормативных актов. Советская система подготовки и повышения квалификации кадров была относительно эффективной и включала в себя следующие направления: 1) подготовка, переподготовка и повышение квалификации непосредственно на производстве; 2) подготовка, переподготовка и повышение квалификации за пределами производства. Профессиональная подготовка кадров носила централизованный плановый характер. В советской науке трудового права не отрицалось значения планового обеспечения народного хозяйства квалифицированными кадрами, получили обоснование также и договорные начала профессионального обучения работников, подчеркивалась трудоправовая природа ученических договоров, договоров на повышение квалификации работников. Эти исследования во многом стали основой для новаций ТК РФ в части легализации института профессиональной подготовки, переподготовки и повышения квалификации работников.

5.2. Договорные основы подготовки и дополнительного профессионального образования работников: современное состояние и перспективы. Договоры о результатах интеллектуальной деятельности работников

В Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 г., утвержденной распоряжением Правительства РФ от 8 декабря 2011 г. № 2227-р[3], ставится цель преодоления сырьевой зависимости российской экономики от экспорта энергоносителей и перехода к инновационному социально ориентированному типу экономического развития. Необходимым условием для формирования инновационной социально ориентированной экономики является эффективная система правового регулирования трудовых отношений, обеспечивающая достижение оптимального согласования интересов социальных партнеров и государства. Переход российской экономики на инновацион-

---

[1] См.: *Артемова В. Н.* Повышение квалификации рабочих и служащих. Минск, 1972. С. 120; Трудовое право и научно-технический прогресс / под ред. С. А. Иванова. М., 1974. С. 204–206; Трудовое право и повышение качества труда. С. 149; и др.

[2] См.: *Молодцов М. В.* Система советского трудового права и система законодательства о труде. М., 1985. С. 45.

[3] См.: СЗ РФ. 2012. № 1. Ст. 216.

ный тип развития должен сопровождаться модернизацией российского трудового законодательства и практики его применения.

Ключевое значение в инновационной экономике отводится развитию кадрового потенциала. Именно в этом разрезе необходимо решать правовые проблемы внедрения моделей эффективного контракта, разработки критериев эффективности трудовой функции работника, его компетенций, правовой организации материального и морального стимулирования работников.

В этой связи особую значимость приобретает задача повышения квалификации, профессиональной подготовки и переподготовки работников в процессе трудовой деятельности, правовое сопровождение системы пожизненного, непрерывного профессионального обучения. Следовательно, речь идет о совершенствовании договорных основ подготовки дополнительного профессионального образования работников.

Особо следует остановиться на праве работника на профессиональное обучение. В XXI в. происходит переориентация общественного развития. Одним из основных приоритетов становится приобретение знаний, профессиональное обучение. Не случайно новая эпоха получила название «век знаний», появилось понятие «общество, основанное на знаниях». В условиях освоения сложных технологий и распространения компьютерной техники рыночная экономика уже не может обходиться без массовой интеллектуальной творческой деятельности. В США, Японии, Германии и других развитых странах формируются трудовые ресурсы нового типа. Интеллектуализация общественного труда в XXI в. диктует новые требования к организации профессиональной подготовки кадров. Международный опыт свидетельствует, что концепция пожизненного образования, широко вошедшая в практику развития кадров в 70-е гг. прошлого столетия, окончательно превратилась в его основу в 80-е и 90-е гг. Сейчас в каждой развитой стране создана и постоянно совершенствуется модель пожизненного развития творческого потенциала национальных трудовых ресурсов. Эта политика возведена в ранг государственной, и подготовка необходимых кадров стала общим делом образовательных учреждений, работодателей и государства. Особо отметим, что в настоящее время на Западе все чаще в содержание (структуру) трудового договора включается образовательный элемент, причем элементы договора о труде и обучении неразрывно сливаются.

В Рекомендации МОТ № 195 «О развитии людских ресурсов: образование, подготовка кадров и непрерывное обучение» 2004 г. отмечается, что образование, подготовка кадров и непрерывное обучение имеют основополагающий характер и должны быть неотъемлемой частью социальной политики государств. Более того, государства-члены должны признавать право каждого гражданина на образование и профессиональную подготовку и в сотрудничестве с социальными партнерами обеспечивать доступность непрерывного обучения для всех. Отметим, что на сегодняшний день новой формой сотрудничества Российской Федерации и МОТ является финансируемое российской стороной партнерство в области применения стратегии стран Группы двадцати «Квалифицированная рабочая сила — основа интенсивного, устойчивого и сбалансированного экономического роста»[1].

[1] См.: Программа сотрудничества между Российской Федерацией и Международной организацией труда на 2013–2016 гг. // Бюллетень трудового и социального законодательства Российской Федерации. 2013. № 3. С. 126–133.

В настоящее время изменилась и идеология организации труда. В индустриальной системе знание и творческие способности работника были как бы отделены от труда, который должен исполняться точно по инструкции, в соответствии с техническими нормами. В новой экономике знаний создаются целостные модели инициативного творческого труда, основанного на самоорганизации и самоконтроле. Новые формы организации труда предъявляют и иные требования к личности работника и его способности к труду, модифицируется и трудовая функция работника. Это и новые требования к постоянному пополнению и возобновлению профессиональных знаний, широкой квалификации работника при совмещении функций и профессий, а равно требования к творческой составляющей трудовых прав и обязанностей. Речь идет о так называемой профессиональной мобильности современного работника. Профессиональная мобильность предопределяет и новацию многих институтов индивидуального трудового права (трудовой договор, рабочее время и время отдыха и т. д.).

Не вызывает сомнения, что активное участие работодателей в профессиональной подготовке работников соответствует мировым тенденциям. В развитых странах все большее внимание уделяется непрерывному профессиональному образованию. Системы непрерывного профессионального образования наиболее развиты в Великобритании, Норвегии, Японии. Так, Норвегия с 2009 г. занимает первое место в рейтинге стран с наибольшим потенциалом человеческого развития, составленном ООН. В этой стране существует целая система непрерывного технического и профессионального образования (ТПО). Именно ТПО правительство рассматривает в качестве главного инструмента по достижению национальных целей по развитию экономики и большой занятости населения. Например, часть правительственной политики рабочего рынка — это курсы профессиональной квалификации для подготовки рабочих, которые полностью финансируются государством. Данные курсы проходят не только в училищах, специальных центрах при школах, но и на предприятиях. Для обучения на производстве работодателями предоставляются тренеры-инструкторы, учебные контролеры. Работодатели должны обеспечить наличие у тренеров из числа их сотрудников необходимой профессиональной подготовки, установленной законом об образовании. Следует подчеркнуть, что национальная политика ТПО построена на тесном сотрудничестве между государственными органами и социальными партнерами. Социальные партнеры имеют своих представителей во всех важных консультативных и директивных органах на государственном и региональном уровнях. Назовем некоторые из них: Национальный совет по вопросам профессиональной подготовки; организации профессионального обучения в различных секторах экономики и профессий; региональные комитеты профессионального обучения; региональные экзаменационные комиссии и национальные апелляционные советы. Благодаря такому широкому представительству социальные партнеры принимают непосредственное участие в определении структуре и содержании обучения, в признании профессий, в разработке учебных программ и др. Естественно, условия об обучении входят в содержание трудовых договоров.

В ряде государств договоры о профессиональной подготовке включают в себя не только условия получения новой профессии или получения квалифи-

кации. Нередки случаи, когда речь идет о получении нового уровня образования, ученой степени, об участии в научной работе[1].

Между тем в ТК РФ регулирование профессиональной подготовки и дополнительного профессионального образования отнесено к локальному и договорному уровням. Кодекс устанавливает лишь ряд общих рамочных положений. В частности, необходимость подготовки и дополнительного профессионального образования работников для собственных нужд определяет работодатель. Он же с учетом мнения представительного органа работников определяет формы подготовки, перечень необходимых профессий и специальностей. Непосредственно же порядок и условия такой подготовки и дополнительного профессионального образования работников регулируются коллективным договором, соглашениями, трудовым договором (ст. 196 ТК РФ).

В этой связи для реализации права на подготовку и дополнительное профессиональное образование требуется, как правило, наличие сложного фактического состава: 1) коллективный договор (соглашение) или локальный нормативный акт или трудовой договор; 2) дополнительный договор между работником и работодателем или ученический договор. Таким образом, объективное трудовое право работника на подготовку и дополнительное профессиональную образование может преобразоваться в субъективное право. Ему корреспондирует соответствующая обязанность работодателя обеспечить профессиональное обучение только при наличии в правовом механизме регулирования трудовых отношений локального и (или) индивидуально-договорного уровней. Исключение составляют случаи, предусмотренные федеральными законами, иными нормативными правовыми актами, когда работодатель обязан проводить повышение квалификации работников, если это является условием выполнения работниками определенных видов деятельности[2].

Следует отметить, что в законодательстве ряда развитых стран наметились тенденции превращения права на подготовку и профессиональное образование в субъективное право, которому корреспондирует обязанность работодателя обеспечить работнику реализацию названного права независимо от заключения договора на профессиональное обучение. Так, во Франции в Кодексе труда предусмотрен специальный отпуск для переобучения, призванный обеспечить любому работнику на каждом этапе его трудовой деятельности возможность приобретения новой специальности, учитывающей требования развивающегося производства. Этот отпуск, как правило оплачиваемый или частично оплачиваемый, реализуется работником по собственной инициативе в индивидуальном порядке. Французские юристы подчеркивают, что такого рода отпуск вводит в законодательство совершенно новое для наемных работников правомочие, которому соответствуют конкретные обязанности, возложенные на работодателя. Как справедливо отмечал И. Я. Киселев, это ведет к тому, что трудовые договоры все более трансформируются в договор труда и обучения[3].

---

[1] См., напр.: *Геращенко Л. П.* Виды трудового договора по законодательству Италии // Тенденции развития науки трудового права и права социального обеспечения. Киев, 2013. С. 152–156.

[2] См., напр.: Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных промышленных объектов» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3588.

[3] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 170.

В нашей стране право на подготовку и дополнительное профессиональное образование, так же как и по ранее действовавшему законодательству, проводится в двух основных правовых формах:

- профессиональное обучение непосредственно в организации (на производстве);
- профессиональное обучение путем направления работника на обучение в образовательные учреждения или другие организации.

И в первом, и во втором случае профессиональное обучение осуществляется за счет средств работодателя, в интересах работодателя на договорных началах. Речь идет о самостоятельных видах договоров. Так, в теории трудового права ряд авторов вполне обоснованно индивидуальные договоры о труде по признаку особенности содержания подразделяют на две группы: договоры о трудовой деятельности работника (трудовой договор, договор о совместительстве и др.) и договоры об учебно-трудовой деятельности работника (ученические договоры, договоры о повышении квалификации)[1].

В настоящее время такой подход представляется весьма сомнительным. Он не обеспечивает защиты прав работников на профессиональное обучение. В рамках механизма социального партнерства в сфере профессионального обучения на производстве очевидна необходимость в установлении целого ряда государственных гарантий названных прав работников. Остановимся лишь на некоторых из них.

Статья 199 ТК РФ предусматривает обязанность ученика отработать по окончании ученичества определенный срок, установленный ученическим договором. Законодатель не ограничивает срок такой «отработки» какими-либо пределами, и фактически его определяет сам работодатель как «сильная сторона» трудовых отношений. Порой условия ученического договора обязывают ученика проработать по полученной профессии 10–15 лет. Нам представляется это неприемлемым, поскольку труд такого работника весьма близок к принудительному, запрещенному ст. 3 ТК РФ. При этом принудительность подкрепляется правом работодателя в порядке ст. 207 и 249 ТК РФ требовать с работника возмещения затрат на обучение, исчисленных пропорционально времени, не отработанному им после окончания обучения. Целесообразно установить верхний порог «отработки» в 5 лет, дополнив ст. 199 ТК РФ третьим абзацем в соответствующей редакции. Обосновать ограничение именно 5-летним сроком «обязательной» работы можно следующими аргументами. Во-первых, практика заключения ученических договоров свидетельствует, что сроки отработки ученика, как правило, варьируются от 3 до 5 лет. Во-вторых, следует принять во внимание предельный срок заключения срочных трудовых договоров (ч. 2 п. 1 ст. 58 ТК РФ), который составляет 5 лет. В-третьих, установление предельного срока отработки не означает, что по его окончании работник непременной уволится. Если условия труда его устраивают, то он успешно продолжит работу. В то же время работодатель должен стремиться «закреплять» работников не за счет длительных сроков «обязательной» работы, а путем материального и морального стимулирования, улучшения условий

[1] См., напр.: *Гусов К. Н.* Договоры о труде в трудовом праве при формировании рыночной экономики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 33, 38.

труда, предоставления дополнительных по сравнению с законодательством гарантий и компенсаций. Здесь арсенал возможностей работодателя практически безграничен, и он должен реализовываться через условия трудового договора. Например, заработная плата, в том числе различные компенсационные и стимулирующие выплаты, устанавливаются трудовым договором, а система оплаты труда в целом у работодателя, включая систему премирования, определяется коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами (ст. 129, 135 ТК РФ).

Как уже отмечалось, в современных условиях от работников требуется не только тщательное выполнение должностных инструкций, но и заинтересованное участие в новшествах на каждом рабочем месте, способность и желание делать то, что прямо не предусмотрено должностной инструкцией. Особое значение имеет наличие у работников готовности приобретать разносторонние профессиональные навыки и способностей делиться профессиональным опытом. Неслучайно большинство отраслевых коллективных соглашений предусматривают развитие института профессионального наставничества как элемента системы развития и сохранения кадрового потенциала организации. Работодатель, самостоятельно осуществляя профессиональную подготовку работников на производстве либо в соответствующем учебном центре (подразделении) нередко возлагает на наиболее опытных и квалифицированных работников обязанности инструкторов или преподавателей производственного обучения. Как правило, это оформляется в порядке ст. 60.2 ТК РФ через совмещение профессий (должностей). В этом случае работнику производится доплата, размер которой определяется соглашением сторон (ст. 150 ТК РФ). Стоит заметить, что каких-либо «нормативов» этой доплаты законодатель не устанавливает, что приводит к выплате символических сумм. Следует учитывать, что от основных обязанностей по трудовому договору эти лица не освобождаются, а «профессиональное наставничество» и передача профессионального мастерства возлагает на них достаточно большую ответственность не только за подготовку ученика, но и за его безопасность в условиях производства. В этой связи целесообразно дополнить ст. 151 ТК РФ указанием на то, что размер доплаты работникам, выполняющим эти функции, устанавливается в процентном отношении к тарифной ставке (окладу), присвоенного работнику, с учетом количества обучаемых им лиц, но не менее 10 % за каждого обучаемого. Предложенный «норматив» оплаты труда таких работников является, на наш взгляд, универсальным. Он применим в отношении работников как с повременной системой оплаты труда, так и со сдельной, кроме того, позволяет учесть содержание и объем этой дополнительной для них работы, как того требует ч. 2 ст. 151 ТК РФ.

Одним из важнейших элементов в системе профессиональной подготовки является институт гарантий и компенсаций работникам, совмещающим работу с получением образования. Особое внимание в контексте подготовки кадров, соответствующих требованиям инновационной экономики, заслуживают ст. 173 и 174 ТК РФ. Они устанавливают гарантии и компенсации работникам, совмещающим работу с получением высшего образования по программам бакалавриата, специалитета или магистратуры, а также среднего профессионального образования, и работникам, поступающим на обучение по указанным образовательным программам. При этом обязанность предоставить данные га-

рантии лежит на работодателе лишь в случаях, когда работник, направленный им на обучение или поступивший самостоятельно, получает образование соответствующего уровня впервые (ст. 177 ТК РФ). Если же работник направлен на обучение работодателем, например с целью получения второго высшего образования, или обучается по программе среднего профессионального образования для получения смежной профессии, то гарантии и компенсации предоставляются при условии, что стороны это оговорили в трудовом или ученическом договоре. Такое положение вещей представляется не совсем оправданным. Поскольку работодатель с учетом интересов производства принял решение направить на обучение работника, уже имеющего профессиональное образование соответствующего уровня, то он должен нести бремя предоставления установленных ст. 173 или 174 ТК РФ гарантий и компенсаций. Согласование этих обязательств работодателя в трудовом или ученическом договорах как условие предоставления работнику названных гарантий, на наш взгляд, создает почву для злоупотреблений работодателем — «сильной стороны» трудовых отношений — своим положением.

Также необходимо предоставить право работникам на дополнительные отпуска без сохранения заработной платы для прохождения промежуточной аттестации, государственной итоговой аттестации продолжительностью, равной установленной ч. 1 ст. 173, ч. 1 ст. 174 ТК РФ, работникам, уже имеющим профессиональное образование соответствующего уровня, и обучающимся по тем или иным профессиональным программам самостоятельно (т. е. без направления работодателем).

Подведем итоги.

Институт подготовки и дополнительного профессионального образования работника регулирует:

1) отношения по подготовке и дополнительному профессиональному образованию работника в организации;

2) отношения по обеспечению гарантий прав работника по подготовке и дополнительному профессиональному образованию работника по направлению работодателя в организациях образования.

Основанием возникновения названных правоотношений служит самостоятельный вид договоров о труде, разновидностью которого является ученический договор. В этой связи юридические конструкции заключения трудового договора (письменная форма), содержание (необходимые и факультативные условия), изменения и прекращения применимы и к этим договорам с учетом особенностей, продиктованных предметом договора, и предусмотренных ТК РФ.

Новый этап в развитии законодательства о профессиональном образовании предполагает усиление образовательных элементов в содержании коллективных договоров (соглашений), индивидуальных трудовых договоров. Конкретизация, непосредственная реализация условий коллективного договора, трудового договора о профессиональном образовании осуществляется путем заключения соответствующих договоров. Это также свидетельствует о взаимосвязи трудовых договоров и договоров о подготовке и дополнительном профессиональном образовании, при этом не отрицается самостоятельность и самодостаточность последних.

Договоры о результатах интеллектуальной деятельности работников: от действительного к желаемому

Формирование нового типа экономики означает превращение интеллекта, творческого потенциала человека в ведущий фактор экономического роста и национальной конкурентоспособности. Практика поставила немало вопросов в части правового регулирования результатов интеллектуальной деятельности. Творческая активность работников рассматривается как элемент обязанности соблюдения трудовой дисциплины, и эта обязанность, в свою очередь, представляет собой элемент содержания трудовых индивидуальных правоотношений. Более того, в каждом виде трудовой деятельности присутствует «творческое отношение». Речь идет о профессиональном творчестве, правовыми гарантиями которого в трудовом праве признаются льготы и преимущества, предусмотренные трудовым законодательством, локальными нормативными актами, трудовым договором.

По данным различных организаций, в том числе и иностранных, более 80 % изобретений создаются как служебные. В этой связи особый интерес представляет проблема обеспечения и защиты интеллектуальных прав работников.

Одной из сфер пересечения предметов регулирования и научных исследований трудового и гражданского права является правовое опосредование результатов интеллектуальной деятельности: служебные произведения, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, служебный секрет производства. В конечном итоге речь идет об интеллектуальных правах работников и их договорном опосредовании. С принятием части четвертой Гражданского кодекса РФ интеллектуальные права приобрели исключительно цивилистическую «окраску». Между тем правовое регулирование интеллектуальной собственности (интеллектуальных прав) следует отнести к сфере комплексного законодательства, включающего нормы не только гражданского права, но и в значительной части административного права, а в отношении служебных результатов интеллектуальной деятельности — также и трудового права. Это неизбежно приведет к возрастанию значения договорного порядка определения последствий интеллектуальной деятельности работника.

Если обратиться к опыту стран СНГ, гражданские кодексы этих стран также содержат самостоятельные разделы или главы, посвященные интеллектуальной собственности. Гражданские кодексы ряда государств (Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии, Узбекистана) в той или иной степени ориентированы на рекомендательный законодательный акт СНГ «Гражданский кодекс. Модель. Часть третья», принятый на 7-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ 17 февраля 1996 г.[1] Этот акт содержит открытый перечень охраняемых объектов интеллектуальной собственности с указанием на то, что иные объекты могут устанавливаться соответствующими законами. Гражданский кодекс Украины построен по иному принципу: после книги третьей «Право собственности и другие вещные права» следует книга четвертая «Право интеллектуальной собственности», содержащая 12 неболь-

[1] См.: Приложение к Информационному бюллетеню Межпарламентской ассамблеи государств-участников СНГ. 1996. № 10.

ших глав (83 статьи) по различным объектам интеллектуальной собственности, включая научные открытия и рационализаторские предложения.

Правовое регулирование отношений в сфере служебных изобретений по российскому законодательству нуждается в дальнейшем совершенствовании в ключе оптимизации межотраслевых связей трудового и гражданского законодательства. Деление изобретений работников на служебные и свободные известно не всем национальным правопорядкам. Правовые режимы служебных и свободных изобретений существенно отличаются по их отраслевой принадлежности. Так, в российском законодательстве институт изобретений работников включен в гражданское законодательство (ст. 1370 ГК РФ), в то время как в ряде государств приняты специальные законы о служебных изобретениях. Это, например, Белоруссия, Дания, Киргизия, Норвегия, Словения, Перу, Германия, Финляндия, Чили, Швеция. Отметим, что в праве Аргентины, Венесуэлы, Мексики специальные нормы содержатся как в трудовом законодательстве, так и в патентных законах.

Отметим, что часть четвертая ГК РФ не предусматривает рационализаторские предложения в качестве охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Речь идет о закрытом перечне охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, предусмотренных ГК РФ (ст. 1225). При этом изобретения, полезные модели и промышленные образцы являются результатом интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, отвечают требованиям, установленным ГК РФ, охраняются патентами. Соответственно, рационализаторские предложения, в отличие от вышеназванных объектов, не ограничиваются техническими решениями, а могут включать управленческие и организационные новации. Кроме того, рационализаторские предложения отличает новизна решения практической задачи, местная новизна, ограниченная пределами предприятия, применимость и полезность рационализации для конкретного предприятия, позволяющая улучшить промышленное производство, обеспечить получение лучших технико-экономических показателей.

В юридической литературе позиция российского законодателя, исключившего из перечня охраняемых объектов рационализаторские предложения, обосновывается тем, что они получили новую форму, иными словами, превратились в служебные секреты производства (ст. 1470 ГК РФ), а в некоторых случаях — в служебные изобретения, полезные модели и промышленные образцы (ст. 1370 ГК РФ).

Очевидно, что сейчас назрела необходимость внесения соответствующих дополнений в ТК РФ в части легализации интеллектуальных прав работников, определения порядка их осуществления в связи с созданием результатов интеллектуальной деятельности. Это касается вознаграждения, сроков уведомления работодателя о созданном изобретении, определении правового режима рационализаторских предложений и др.[1]

В настоящее время представляется целесообразным эти проблемы регулировать непосредственно в трудовом договоре либо в дополнительном соглашении к трудовому договору.

---

[1] См.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития. М., 2015. С. 161–184.

В заключение можно констатировать следующее.

Во-первых, в настоящее время назрела необходимость гармонизировать правовое регулирование результатов интеллектуальной деятельности работников на законодательном уровне.

Во-вторых, целесообразно внесение соответствующих дополнений в ТК РФ в части легализации интеллектуальных прав работников, определения порядка их осуществления в связи с созданием результатов интеллектуальной деятельности. Это касается вознаграждения, сроков уведомления работодателя о созданном изобретении, определении правового режима рационализаторских предложений и др.

В-третьих, целесообразно эти проблемы регулировать непосредственно в трудовом договоре либо в дополнительном соглашении к трудовому договору.

Глава 6
КОЛЛЕКТИВНЫЕ ДОГОВОРЫ: ОТ РАССВЕТА ДО ЗАКАТА?

6.1. Развитие учения о коллективных договорах в XIX–XX вв.

Первые коллективные договоры — в Великобритании, а затем и в континентальной Европе — стали заключаться в конце XIX в., но их юридическая природа оставалась весьма неопределенной, а правовая регламентация — явно недостаточной. Как отмечал Я. А. Канторович, самое понятие "коллективный договор" еще до сих пор не вполне отчетливо усвоено, не получило ни достаточного теоретического обоснования, ни достаточно полного осуществления и применения на практике»[1]. Дальше всех пошло французское законодательство. 2 июля 1906 г. министр Г. Думерг внес законопроект, определяющий природу коллективного рабочего договора. Мотивы его внесения были следующими: «Коллективное рабочее соглашение не составляет рабочего договора, а определяет общие условия, которым должны удовлетворять индивидуальные рабочие договоры, заключенные между служителями и нанимателями, составляющими стороны в соглашении»[2]. Таким образом, заключенному должным образом коллективному договору придавался статус источника трудового права. Что касается самого термина «коллективный договор», то его впервые ввели в научный оборот в конце XIX в. английские ученые С. и Б. Вебб[3].

В России первые коллективные договоры были заключены после крупной забастовки в Баку в декабре 1904 г. между хозяевами и работниками каспийских нефтяных приисков. Это была знаменитая «мазутная конституция»[4]. В советский период этому событию была посвящена довольно обширная литература, но преимущественно историко-политического характера[5]. Значение этого прецеден-

---

[1] *Канторович Я. А.* Коллективный договор. Л., 1924. С. 3.

[2] Цит. по: *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 778.

[3] О них и об их учении подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени (сравнительно-правовое исследование). В 2 т. Т. 1. Ярославль, 2010. С. 97–110; и др.

[4] См.: *Гриневич В.* Профессиональное движение рабочих в России. СПб., 1908. С. 184–185.

[5] См.: *Гасанов Р.* Всеобщая декабрьская забастовка бакинских нефтяников в 1904 г. // Борьба классов. 1935. № 10. С. 11–20; *Гулиев А. Н.* Стачка бакинских рабочих в декабре 1904 г. // Вопросы истории. 1954. № 12. С. 26–38; *Донгаров Г.* К истории первого коллективного договора в России // Профессиональные союзы. 1948. № 11. С. 27–31; *Исмаилов И.* Коллективный договор в Азербайджане (история возникновения и его некоторые вопросы). Баку, 1967; *Москаленко Г. К.* К вопросу о первом коллективном договоре в России // Вопросы истории. 1961. № 6. С. 212–213; *Сафаралиев И. Г.* Еще раз о первом коллективном договоре в России // Вопросы истории. 1969. № 7. С. 206–207 и др.

та было велико, но эта практика осталась местной и ограниченной во времени. В тот период встречались также отдельные коллективные договоры печатников в Санкт-Петербурге, Москве и Саратове. Что касается разработки теории коллективных (тарифных) договоров в рассматриваемый период времени, то эта проблема представляла для ученых, по замечанию Л. С. Таля, преимущественно теоретический интерес. Он отмечал, что роль коллективных договоров в прошлой жизни России мала, а «для быстрого их развития... необходимы два условия: сильные профсоюзы и навык к разрешению коллективных конфликтов»[1].

Немецкий ученый Ф. Лотмар в 1900 г. посвятил тарифным соглашениям специальное исследование. Более того, он совместно с Г. Зульцером разработал и опубликовал проект швейцарского закона о тарифном рабочем договоре. Ученый впервые ясно высказал положение о том, что тарифный договор — настоящая двухсторонняя юридическая сделка. Иными словами, обосновывалась договорная теория коллективного соглашения. Ф. Лотмар также выдвинул положение, которое впоследствии закрепилось как на уровне доктрины, так и в законодательстве: «Коллективный договор никакого трудового отношения не устанавливает, он определяет только содержание тех рабочих договоров, которые могут быть в будущем заключены»[2]. Ученый утверждал, что коллективный договор и индивидуальный рабочий договор не заменяют, а дополняют друг друга. Он первым обосновал положение, согласно которому все условия индивидуальных договоров, ухудшающие положение работника по сравнению с условиями коллективного договора, должны признаваться ничтожными. Наоборот, действия коллективных договоров должны распространяться на так называемых неорганизованных рабочих, представители которых не участвовали в разработке и подписании коллективного договора, при условии что их договоры не содержат противоправных положений. Этой точки зрения придерживался также русский цивилист Ю. С. Гамбаров[3].

В числе оппонентов Ф. Лотмара оказались такие известные ученые, как француз М. Планьоль, голландец А. Эйзель, немцы Г. Зинцгеймер, М. Петцше. Наиболее радикальными в этой части были французские юристы Ш. Бенуа, Л. Дюги, П. Пик и ряд других, которые выступили за придание коллективным соглашениям статуса источника права[4]. Так, Л. Дюги считал, что коллективный договор не укладывается в рамки гражданского права, составляет совершенно новую юридическую категорию. Это соглашение — закон, регулирующий отношение между двумя социальными классами. Признание за волеизъявлением двух социальных групп силы закона, по мнению Л. Дюги, не находится в противоречии с идеей суверенитета государства, так как традиционное представление о государственной власти как об исключительном источнике происхождения закона постепенно исчезает[5].

---

[1] См.: *Таль Л. С.* Тарифный (коллективный) договор как институт гражданского права. СПб., 1909. С. 4.

[2] Цит. по: *Трахтенберг И. А.* Коллективный договор. Харьков, 1918. С. 21–22.

[3] См.: *Гамбаров Ю. С.* Свобода и ее гарантии. Популярный социально-юридический очерк. СПб., 1910. С. 29–30.

[4] См.: *Дюги Л.* Конституционное право. Общая теория государства. М., 1908. С. 776–778.

[5] Анализ учений о коллективном договоре Л. Дюги, Г. Еллинека, Г. Зинцгеймера см.: *Каминская П. Д.* Очерки трудового права. М., 1927. С. 48–68.

Иными словами, речь шла о становлении нормативной теории коллективного договора. Таким образом, вопрос о правовой природе коллективного договора решался в рамках двух конкурирующих теорий: договорной (коллективный договор — двухсторонняя сделка) и нормативной (коллективный договор — источник права).

Уже в первой четверти XX в. на Западе появилась довольно обширная литература, посвященная коллективным договорам, главным образом догматической стороне проблемы. Вопросы о коллективных договорах были предметом обсуждения на целом ряде съездов юристов Германии, Австрии, Швейцарии, Голландии[1]. Наиболее плодотворно над этой проблемой работали, помимо вышеназванных, немецкие ученые Г. Рундштейн, Г. Ниппердей, В. Каскель, Г. Флатов, Э. Якоби. К числу классических можно отнести работы Г. Зинцгеймера «Корпоративный договор о трудовых нормах» в 2 томах (1902–1907 гг.) и «Закон о рабочем тарифе» (1906 г.), а также труд А. Вельблинга «Аккордный и тарифный договор» (1908 г.). Так, Г. Зинцгеймер, подчеркивая нормативный характер коллективных договоров, писал о том, что эти соглашения, обнаруживая явную тенденцию к расширению сферы его распространения, приобретают значение объективного права, образуемого силами, содержащимися в общественном организме.

Впрочем, среди немецких ученых леворадикальной ориентации были противники любого, в том числе коллективно-договорного, взаимодействия работников и работодателей, так как последние затушевывали классовую борьбу. К числу таковых относился З. Ледер[2]. Среди российских ученых начала 20-х гг. прошлого века П. Д. Каминская обратилась к вопросу о социально-политическом значении коллективного договора в капиталистических странах. На основе трудов К. Маркса и В. И. Ленина она сделала вывод о том, что в капиталистических странах коллективные соглашения — это одновременно и форма борьбы труда и капитала, и форма их примирения. Последняя рассматривалась как некая отрицательная сторона коллективного договора в условиях капиталистического строя, так как, «участвуя в соответствующих примирительных органах при коллективных переговорах, представители рабочей стороны начинают приобретать склонность к примирению, тем самым вырабатывается примиренческая психология, а классовая борьба должна продолжаться». При этом П. Д. Каминская полагала, что эта сторона коллективного договора не отрицает его большого социального значения, а лишь подчеркивает опасность извращения этого института в условиях капиталистических отношений[3].

Российские ученые начала XX в. при анализе коллективного договора во многом опирались на достижения западной, преимущественно немецкой науки. Коллективный договор как новое правовое явление требовал и от отечественных исследователей теоретического осмысления. В этой части особый интерес представляет эволюция взгляда на природу коллективного договора Л. С. Таля. Ученый в работе «Тарифный (коллективный) договор как институт гражданского права» предпринял попытку дать ему юридическую оценку. Так,

---

[1] См.: *Канторович Я. А.* Указ. соч. С. 13.

[2] См.: Вопросы труда. 1924. № 12. С. 185.

[3] См.: *Каминская П. Д.* Очерки трудового права. С. 51–52.

по его мнению, коллективный договор как разновидность гражданско-правовой сделки характеризуется тремя признаками:

- одна или обе стороны договора представляют собой коллектив;
- ими определяются условия будущих индивидуальных рабочих договоров;
- эти условия устанавливаются эвентуально, т. е. на случай заключения рабочих договоров[1].

Таким образом, Л. С. Таль в первых своих работах, посвященных тарифным договорам, настаивал на договорной природе тарифного (коллективного) договора, полемизируя с известным немецким правоведом Г. Еллинеком[2]. Последний склонялся к нормативной теории коллективного договора, в соответствии с которой договор, имея своим источником волю сторон, содержит созданные новые правовые нормы. По мнению Г. Еллинека, коллективные соглашения характеризуют децентрализацию законодательной деятельности государства в круге определенных отношений, когда часть правотворческой работы отходит от парламента и переносится на другие общественные центры. Возвращаясь к позиции Л. С. Таля, отметим, что названные им признаки коллективного договора, характеристика сторон договора в последующем получили развитие в теории трудового права по вопросу о критериях юридической силы коллективных договоров. Так, из «договорной природы» тарифного соглашения Л. С. Талем был сделан весьма важный вывод, не утративший своей актуальности и в настоящее время, о возможности предъявления судебного иска об исполнении к нарушителям договора.

В развитие указанных положений И. С. Войтинский в работе «Коллективные соглашения об условиях труда» (1917 г.) писал о решении проблемы недействительности условий индивидуальных рабочих договоров, если они ухудшают положение работника по сравнению с условиями коллективного договора. Он подчеркивал необходимость признания юридической силы за соглашениями между рабочими и предпринимателями о передаче третейскому суду споров по поводу тарифных договоров. И. С. Войтинский констатировал, что коллективный договор устанавливает минимум прав, гарантированный рабочему. При этом сущность коллективного договора не противоречит предоставление рабочим больше того, что им установлено коллективным договором. Иными словами, предприниматель вправе улучшать положение работника по сравнению с условиями коллективного договора, но не вправе их в этом сравнении ухудшать. Особо И. С. Войтинский подчеркивал, что в качестве условия эффективной коллективно-договорной практики необходимо развитие профессиональных организаций рабочих, а также профессиональных организаций предпринимателей[3]. Последнее положение о профессиональных организациях предпринимателей (работодателей) как социальных партнерах приобрело сегодня в России особое звучание и значимость. И. С. Войтинский предлагал в законодательном порядке определить, что в тарифном договоре профессиональные союзы и объединения предпринимателей могут участвовать независимо от их легализации. При этом от имени сторон коллективного договора

---

[1] См.: *Таль Л. С.* Указ. соч. С. 16.

[2] См. там же. С. 13.

[3] См.: *Войтинский И. С.* Коллективные соглашения об условиях труда (Тарифный договор). М., 1917. С. 14–16.

его вправе заключать как постоянные, так и временные организации рабочих и предпринимателей[1].

В той или иной мере отражение этих положений мы находим в современных российских законодательстве о профсоюзах, коллективных договорах и соглашениях.

Взгляды Л. С. Таля впоследствии претерпели некоторую эволюцию в части признания правообразующей роли коллективного договора. Первоначально он рассматривал коллективный договор, как институт гражданского права, хотя его юридическая сила не могла быть объяснена исходя из гражданско-правового представительства или договора в пользу третьих лиц. В этой связи он обращается к концепциям «социального права», у истоков которой стоял О. Гирке, и «социальной автономии»[2]. Последняя, в отличии от частной автономии, являлось правообразующей силой, творящей в пределах общего правопорядка нормы частного права. Л. С. Таль не вполне разделял положение о том, что "соглашение воль" в публичном праве отличается от классического договора и имеет правосозидательный эффект, на чем настаивали Г. Еллинек, А. Бендлинг, М. Д. Загряцков. Аргумент для этого был более чем убедительный — любой договор по своей природе остается договором. Но коллективный договор Л. С. Таль признавал нормативным соглашением, имеющим договорный характер, одной из форм внезаконодательного правотворчества. При этом профсоюзы заключали коллективный договор в интересах других лиц, а не от их имени или за их счет. Более того, распространить их действие на неорганизованных рабочих мог только законодатель, но не суд и не сторона трудового соглашения.

Таким образом, Л. С. Таль был противником приравнивания норм коллективного договора к нормам публичного права, против которых бессильна частная воля. Это позволяет констатировать публично-частноправовой характер коллективного договора. Публично-правовую составляющую Л. С. Таль связывал с деятельностью государства, с принятием соответствующего нормативно-правового акта и государственной регистрацией таких договоров, придающих им юридическую силу источников права. Л. С. Таль прямо указывал, что источником права коллективный договор может считаться только в Швейцарии, где ст. 323 Швейцарского Уложения 1913 г. устанавливалась норма, согласно которой трудовые договоры в части, противоречащей коллективным соглашениям, недействительны. Договорный характер коллективного договора не освобождал работодателя от ответственности за нарушения его условий[3]. Л. С. Таль был готов сравнивать нормы, созданные в рамках социальных автономных образований, только с диспозитивными нормами объективного права[4].

На наш взгляд, Л. С. Таль признавал нормативность коллективного договора, но не предполагал придание ему статуса источника права без соответствующего санкционирования государством. В советский период аналогичной позиции придерживалась Ф. М. Левиант, выводившая нормативную силу коллективного

---

[1] См. *Войтинский И. С.* Коллективные соглашения об условиях труда (Тарифный договор). М., 1917.С. 16.

[2] См.: *Таль Л. С.* Очерки промышленного рабочего права. М., 1918. С. 37.

[3] См.: *Таль Л. С.* Очерки промышленного права. С. 43–55.

[4] См.: *Таль Л. С.* Очерки промышленного рабочего права. С. 60.

договора из его санкционирования государством в форме предварительного разрешения на установление норм права в коллективно-договорном порядке[1].

В целом в российской юридической науке начала XX в. проблемы коллективного договора поднимались неоднократно[2]. А. И. Улинский предпринял попытку описания юридической конструкции тарифного договора между союзом рабочих и союзом предпринимателей[3], в современной терминологии — отраслевого коллективного соглашения. Однако он настаивал на его частноправовом характере[4].

Не осталась без внимания в трудах Л. С. Таля и И. С. Войтинского проблема классификации коллективных договоров в зависимости от сферы их действия на фирменные, местные, национальные в пределах той или иной отрасли. Но если Л. С. Таль концентрировал свое внимание на договорной природе коллективного соглашения, то И. С. Войтинский больше склонялся к французской концепции придания коллективному соглашению обязательного (нормативного) характера для его сторон.

После Февральской революции 1917 г. проблема коллективного договора из области теории переместилась в область практики. Только летом 1917 г. в одном Петрограде было заключено около 20 коллективных договоров. Специальная комиссия Министерства труда Временного правительства, в работе которой принимали участие Л. С. Таль и И. С. Войтинский, подготовила законопроект о коллективном договоре. Он предполагал правовую регламентацию процедуры его подготовки и подписания, обязательный характер его условий для сторон. Но в нем были и явные передержки. Например, к коллективным договорам приравнивались даже договоры подряда и поставки, заключенные между казенными учреждениями или органами местного самоуправления, в которых определялись в том числе условия труда[5]. Ни до, ни после этого мировая практика не знала подобных попыток.

В прикладном ключе рассматривал вопросы коллективно-договорной практики И. А. Трахтенберг в работе «Коллективный договор» (1918 г.). Особый интерес представляют его выводы о технике коллективных договоров, которая, по его мнению, включает:

- способы заключения коллективных договоров, создание специальных органов, комиссий;
- способы, приводящие в исполнение коллективный договор, формирование тарифных комиссий на паритетных началах;
- способы разрешения коллективных конфликтов, создание примирительных учреждений — примирительных камер, третейских судов[6].

---

[1] См.: *Левиант Ф. М.* Нормативные акты, регулирующие труд рабочих и служащих. Л., 1960. С. 97–98.

[2] См.: *Войтинский И. С.* Основные вопросы юридического учения о коллективном договоре // Вопросы обществознания. 1910. Т. 11. С. 44–73; *Озеров И. Х.* Фабричные комитеты и коллективный договор. М., 1902; *Пажитнов К. А.* Профессиональные союзы и коллективный договор. Пг., 1917; *Сабинин С. Е.* К вопросу о юридическом значении так называемых тарифных договоров // Юридические записки Демидовского юридического лицея. 1910. Вып. 1. С. 482–496 и др.

[3] См.: *Улинский А. И.* Юридическая конструкция тарифного договора. Курск, 1914.

[4] См. там же. С. 48.

[5] См.: *Канторович Я. А.* Указ. соч. С. 174–175.

[6] См.: *Трахтенберг И. А.* Коллективный договор. Харьков, 1918. С. 42–43.

Предложенная И.А. Трахтенбергом логическая схема техники коллективных договоров кажется нам весьма полезной в плане совершенствования действующего российского законодательства о коллективных договорах и соглашениях.

Определенный интерес представляет проведенный им сравнительный анализ норм коллективных договоров с нормами рабочего законодательства. Общим у них является то, что и те и другие регламентируют трудовые отношения, могущие возникнуть в будущем, они устанавливают минимальные условия труда. Но они различаются тем, что в первом случае мы имеем дело с частноправовым явлением, с добровольным соглашением двух сторон, а во втором — с публично-правовым явлением, нормами, имеющими обязательный характер и принудительно выполняемые обеими сторонами[1]. И.А. Трахтенберг дал следующую дефиницию коллективного договора: «...Договор, заключенный единичным предпринимателем, или же их группой, союзом с группой рабочих или рабочей организацией и определяющей содержание (минимум, гарантированный рабочим) будущих индивидуальных рабочих договоров»[2]. Напомним, что эта работа была подготовлена еще в 1917 г., в связи с чем ее автор не считал возможность стачек и локаутов недостатком коллективно-договорной практики. Более того, по его мнению, без них не было бы и самого коллективного договора, который виделся ему путем к социальному миру. Впоследствии И.А. Трахтенберг определил принципиальные отличия коллективных договоров при капитализме и в СССР. В первом случае они являлись следствием борьбы двух сторон, имеющих антагонистические интересы. В этой связи коллективный договор фиксировал минимальные гарантии работникам. Коллективный договор в СССР являлся соглашением двух агентов социалистического творчества, выполнявших в этом процессе различную роль. Коллективный договор здесь являлся методом определения объективных условий, ставящих пределы улучшению условий труда и повышению уровня жизни рабочих[3].

Период с 1922 г. до конца 20-х гг. можно назвать «золотым веком» теории и практики советского коллективного договора. В условиях относительной интеллектуальной свободы данная проблема была подвергнута всестороннему исследованию[4]. Соответствующие разделы имелись в работах К.М. Варшавского и И.С. Войтинского, а также в очерках В.М. Догадова, П.Д. Каминской, А.Е. Семеновой[5]. При этом авторы зачастую обращались к анализу теорий Л.С. Таля, а также немецких ученых В. Каскеля, Г. Зинцгеймера, Р. Зейделя,

---

[1] См. *Трахтенберг И.А.* Коллективный договор. Харьков, 1918.С. 28–29.

[2] Там же. С. 30.

[3] См.: *Трахтенберг И.А.* Коллективный договор. 5-е изд. М., 1926. С. 42.

[4] См.: *Вейнберг Г.Д.* Что такое тарифное соглашение, тарифная ставка, тарифный рубль и тарифная сетка. Пг., 1923; *Догадов В.М.* Коллективные договоры в буржуазных государствах и СССР. Л., 1926; *Забелин Л.В.* Коллективный договор. М., 1926; *Канторович Я.А.* Коллективный договор. Л., 1924; *Рабинович-Захарин С.Л.* Коллективный договор. М., 1925; *Ревин Г.* Коллективный договор в СССР // Записки коммунистического университета им. Я.М. Свердлова. 1924. Т. 2. С. 118–136; *Каценеленбаум И.С., Троицкий И.И., Шухер М.М.* Правовые вопросы коллективного договора. М., 1929 и др.

[5] См.: *Варшавский К.М.* Трудовое право СССР. Л., 1924. С. 27–35; *Войтинский И.С.* Трудовое право СССР. М.-Л., 1925. С. 116–187; *Догадов В.М.* Очерки трудового права. Л., 1927; *Каминская П.Д.* Очерки трудового права; *Семенова А.Е.* Очерки советского трудового права. Харьков, 1925 и др.

Г. Еллинека, Г. Нипердея, Ф. Лотмара, французского ученого Л. Дюги. Так, П.Д. Каминская писала о том, что коллективный договор даже при капитализме означает признание за рабочим классом права создавать правопорядок непосредственно на производстве[1]. Она отмечала, что коллективный договор в капиталистических странах не получил окончательного оформления, в нем сочетаются черты как обязательственных отношений, так и нормативного источника права. Следующей стадией развития коллективного договора, по мнению П.Д. Каминской, должна стать стадия утраты коллективным договором черт обязательственного права и признания за всеми его условиями значения нормативных правил. Но при этом она настаивала на смешанной правовой природе коллективного договора по Кодексу законов о труде 1922 г., отмечая, что коллективный договор, оставаясь по форме соглашением сторон, устанавливает общеобязательные для сторон регулирующие правила (правопорядок). Эти правила обязательны лишь для сторон договора. Этим, по ее мнению, он отличается от нормативных общеобязательных источников права, он не равен закону. Однако коллективный договор не может быть приравнен и к договорному соглашению. Отсюда автор делает вывод о неоднородной структуре коллективного договора, включающего нормативные и обязательственные условия.

20-е гг. XX в. стали единственным периодом в истории советской науки трудового права, когда широкое распространение получили сравнительно-правовые исследования советского и зарубежного законодательства, в том числе регулирующего коллективно-договорные отношения. Данный аспект получил отражение в уже названных трудах В.М. Догадова, И.С. Войтинского, Я.А. Канторовича, П.Д. Каминской, И.А. Трахтенберга, а также С.Л. Рабиновича-Захарина. Так, последний отмечал сходство советского и германского коллективных договоров как по форме, так и по содержанию. При этом С.Л. Рабинович-Захарин выделял и ряд принципиальных отличий. В Германии стороной коллективного договора выступали любые представители работников, а в СССР — только профсоюзы. Условия коллективного договора по германскому праву распространялись только на лиц, участвовавших в подписании коллективного договора, у нас — на всех работающих. Принцип неотменяемости условий коллективного договора, т. е. невозможности ухудшения условий индивидуального трудового договора по сравнению с коллективным, был закреплен и в германском, и в советском праве. Но у нас такое отступление не допускалось в принципе, а в Германии было возможно в случаях, предусмотренных коллективным договором. Только в советском праве устанавливалась уголовная ответственность за нарушение условий коллективного договора, а профсоюзы освобождались от любой имущественной ответственности[2].

Отметим, что советское учение о коллективном договоре первоначально формировалось в рамках западных тенденций, наибольший вклад в его теоретическую разработку внес И.С. Войтинский. Многие обоснованные или подтвержденные им положения актуальны и сейчас. Наиболее важными из них являются следующие.

---

[1] См.: *Каминская П.Д.* Указ. соч. С. 5, 66 и др.

[2] См.: *Рабинович-Захарин С.Л.* Коллективный (тарифный) договор по германскому и советскому праву // Вопросы труда. 1924. № 9. С. 93–103; *Рабинович-Захарин С.Л.* Русский коллективный и германский тарифный договор: вступительная статья // *Гюк А.* Коллективный договор. М., 1924. С. 3–21 и др.

1. Коллективный договор устанавливает трудовые нормы, но при этом происходит расчленение субъекта коллективного договора на коллектив (группу или профсоюз) и индивида (отдельного рабочего). Коллективный договор создает определенную форму договорных отношений, но его юридические последствия падают не на то лицо (групповое или юридическое), которое является контрагентом договора, а на отдельных лиц. Круг этих лиц не определен, и они вовсе не выступают в юридические отношения с работодателем именно по этому договору. Вслед за Л. С. Талем он выступал против приравнивания коллективного договора к особому виду рабочего договора из-за различий в субъектном составе, не считал его предварительным соглашением о заключении в будущем рабочего договора, который мог быть и не заключен. Он не квалифицировал коллективный договор как мировую сделку, так как не создавалось новых условий, не видел здесь мандата или доверенности, так как профсоюз был самостоятельным субъектом, отрицал наличие договора в пользу третьих лиц, так как права работников вытекали именно из индивидуального, а не коллективного договора. Таким образом, И. С. Войтинский допускал в качестве субъектов коллективно-договорных отношений и союз, и членов союза работников, потому что это вытекало из намерений и воли договаривающихся сторон. И. С. Войтинский развил и углубил учение Л. С. Таля о публично-правовом представительстве при заключении коллективного договора. Он отстаивал идею «делегированного нормотворчества», возникновение юридической силы названных актов связывалось с уведомительной регистрацией в органах НКТ. По мнению И. С. Войтинского, такая регистрация имела не только информационный характер, но и была необходима для контроля за его содержанием и исполнением. Это положение представляется нам вполне плодотворным, применимым, соответствующим идее социального партнерства и социальной автономии в сочетании с публично-правовой природой коллективного договора. Так, И. С. Войтинский коллективные соглашения о труде относил к категории внезаконодательных норм, регулирующих труд. Но при этом правовая сила зарегистрированных в органе НКТ СССР коллективных договоров в сфере их действия, по мнению ученого, ничем не уступала по правовой силе нормам трудового законодательства. По образному выражению И. С. Войтинского, законодательство о труде дает, в известном смысле, скелет правовой организации труда, практика же коллективных договоров облекает этот скелет плотью и кровью[1].

2. Коллективный договор не заключает в себе определенных самостоятельных обязательств, а лишь является предварительным соглашением, определяющим содержание тех договоров, которые могут быть в будущем заключены с отдельным работником. При этом коллективный договор без последующего заключения индивидуального договора остается только протоколом без фактического применения. Коллективный договор устанавливает минимальные права работников, и отступление от его условий в пользу работников допускается. Ухудшение условий труда в индивидуальном трудовом договоре по сравнению с коллективным договором может быть оспорено в суде, а ухудшение условий самого коллективного договора по сравнению с действующим трудовым зако-

[1] См.: *Войтинский И. С.* Трудовое право СССР. М.-Л., 1925. С. 28–29.

нодательством не допускается. Принципиальную важность имело утверждение И. С. Войтинского о том, что работодателю нецелесообразно навязывать заключение коллективного договора в его согласованной части, ибо это будет совсем другой договор. По этой проблеме он дискутировал с Е. Н. Даниловой, которая доказывала обязательность для работодателя исполнения согласованных условий коллективного договора, но преимущественно в отношении организаций частного сектора[1]. Уже здесь правовая сторона проблемы начинает подменяться политической целесообразностью.

3. Коллективный договор ставит будущие индивидуальные договоры вне воли сторон, т. е. уничтожает принцип договорной свободы. Это не согласуется с общими нормами гражданского права, где договорная свобода может быть ограничена только велением закона. При этом санкции за неисполнение условий коллективного договора не могут быть выведены из его юридической природы, основываются не на общих положениях права, а на фактическом положении вещей в виде угрозы стачек и локаутов. В СССР исполнение условий коллективного договора стало обязательно по велению публичной власти, а за неисполнение его условий представителем работодателя была предусмотрена ответственность вплоть до уголовной.

И. С. Войтинский считал, что условия коллективного договора, которые включались в индивидуальный договор в случае их неисполнения работодателем, порождали споры о праве и разрешались в процессе индивидуального трудового спора (спора о праве). Условия коллективного договора, касающиеся экономической и процедурной стороны, порождали споры об интересе и разрешались в процессе коллективного трудового спора (спора об интересе).

И. С. Войтинский подчеркивал, что незарегистрированный коллективный договор имеет силу только одностороннего обещания, поскольку регистрация придает ему статус источника права. В этой связи его позиция выглядит более обоснованной, чем позиция А. Ф. Ляха и ряда других ученых, которые отстаивали двухсторонний характер любого коллективного договора[2].

В начале 1920-х гг. устоялся и терминологический аппарат по интересующей нас проблеме. До 1917 г. ученые предпочитали употреблять термин «тарифный договор», но термин «коллективный договор» уже вошел в обиход русской речи[3], а затем закрепился и в законодательстве. Кодекс законов о труде 1922 г. дал такое определение: коллективный договор — это «соглашение, заключаемое профессиональным союзом... как представителем рабочих и служащих, с одной стороны, и нанимателем, с другой, которое устанавливает условия труда и найма для отдельных предприятий, учреждений и хозяйств или группы таковых... и определяет содержание будущих личных (трудовых) договоров найма...» (ст. 15). Некоторые ученые давали более широкое определение, включая в число субъектов иные группы работников, т. е. отрицая профсоюзную монополию. Так, Я. А. Канторович писал, что коллективный договор «означает соглашение между профессиональным рабочим союзом (или группой рабочих

---

[1] См.: Вопросы труда. 1923. № 1. С. 13.

[2] См.: *Войтинский И. С.* Трудовое право СССР. М.-Л., 1925. С. 116–187; *Войтинский И. С.* Основные вопросы коллективного договора по Кодексу законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 5–6. С. 30–39 и др.

[3] См.: *Трахтенберг И. А.* Коллективный договор. Харьков, 1918. С. I.

данного предприятия) и отдельным работодателем или союзом работодателей относительно содержания личных (трудовых) договоров, которые имеют быть в будущем заключены между этими работодателями и отдельными членами этого профессионального союза или иной группы рабочих»[1].

Похожее по содержанию определение коллективного договора еще ранее дал И. А. Трахтенберг: «договор, заключаемый единичным предпринимателем, или же их группой, союзом с группой рабочих или рабочей организацией и определяющий содержание (минимум, гарантированный рабочим) будущих индивидуальных трудовых договоров»[2].

Мировая практика знала в то время три вида коллективных договоров: фирменные, заключаемые между одним предпринимателем и его рабочими (это собственно коллективный договор в современной терминологии); местные (локальные), заключаемые рабочими организациями одной отрасли в одной местности с соответствующими объединениями предпринимателей; генеральные (национальные), заключаемые между рабочими организациями отдельной отрасли промышленности в целом по стране. Фирменные договоры являлись первой ступенью в развитии коллективно-договорной практики. Местные (локальные) коллективные договоры получили наибольшее распространение в Германии, Австрии, Франции и Бельгии. Генеральные (национальные) олицетворяли высшую ступень развития коллективно-договорной практики и получили распространение прежде всего в Англии и США. Изучение зарубежного опыта позволило И. С. Войтинскому сделать следующий вывод: «На смену либеральной доктрине свободы договора личного найма и применения к договору о труде общих начал обязательственного права приходит тенденция новейшей социальной политики, признающей необходимость сочетания в области отношений трудового договора норм публичного и частного права... В области частноправовой нормировки коллективных и индивидуальных договоров... обнаруживаются публично-правовые элементы: неотменяемость коллективного договора последующими индивидуальными договорами, нормативные функции коллективного договора, распространяющегося на неопределенный круг лиц и другие признаки, являющиеся отступлением от общедоговорных гражданско-правовых принципов»[3].

Показателен вывод Я. А. Канторовича о том, что коллективный договор в России построен на тех же основаниях, что и в буржуазных странах[4]. Он определил три основных отличия коллективного договора в СССР и буржуазных странах. Во-первых, в СССР защита интересов трудящихся занимает доминирующее место, а охрана труда носит публично-правовой характер. Во-вторых, наиболее крупным представителем капитала в СССР является государство, что делает формы борьбы труда и капитала иными, неконфронтационными. В-третьих, в СССР принципиально иное положение профсоюзов, которые участвуют в организации и регулировании народного хозяйства и имеют монополию на представительство в коллективно-договорных отношениях[5]. Общий вывод Я. А. Канторовича, сделанный в духе социологического учения Л. Дюги,

---

[1] *Канторович Я. А.* Коллективный договор. С. 17.

[2] *Трахтенберг И. А.* Указ. соч. С. 30.

[3] *Войтинский И. С.* Трудовое право СССР. С. 84–85, 187.

[4] См.: *Канторович Я. А.* Указ. соч. С. 176.

[5] См. там же. С. 176–178.

можно признать актуальным на сегодняшний день: «Замеченная ныне во всех странах тенденция к законодательной нормировке коллективных соглашений знаменует собой стремление — стихийную классовую борьбу между трудом и капиталом дополнить организованным действием правовых норм и превратить коллективное соглашение из чисто социального явления, направляемого случайным соотношением борющихся сил и имеющих своею санкциею стачку и локауты, — в правовой институт, санкционированный государственной властью и обеспечивающий завоевания рабочего класса»[1].

В годы нэпа коллективные договоры выполняли двоякую роль: развивали и дополняли положения трудового законодательства, а также регламентировали общественные отношения, не урегулированные в трудовом законодательстве. К концу 20-х гг. XX в. значение коллективных договоров существенно снизилось, а исследования стали носить преимущественно агитационно-комментаторский характер[2]. Централизованные, плановые начала экономики и регулирования трудовых отношений вытеснили коллективные договоры из числа значимых правовых регуляторов. В 1934 г. они сохранились только в отдельных отраслях промышленности, а с 1935 по 1947 г. вообще не заключались. С точки зрения руководителей политического режима это было обоснованным решением. Декларативность коллективных договоров была очевидна, а с трудовым энтузиазмом дело и так обстояло благополучно. В этой связи их разработка и принятие только отнимали рабочее время.

Восстановление коллективно-договорной практики на основании постановления Совета Министров СССР от 4 февраля 1947 г. также имело в основе не правовую, а экономико-идеологическую мотивацию: показать, что рабочие участвуют в управлении производством и стимулировать выполнение производственных планов. Коллективные договоры не стали источниками права и представляли собой хозяйственно-политические акты. В коллективных договорах того периода абсолютно преобладали обязательства работников производственного характера, что во многом дублировало плановые показатели. Они содержали в том числе «конкретные морально-политические обязательства»[3].

С конца 1940-х гг. появились новые исследования по данной проблеме, носившие не только правовой, но и хозяйственно-идеологический характер[4]. В этот период коллективный договор определялся как соглашение между администрацией предприятия (организации) и рабочими (служащими) в лице профсоюзных органов, устанавливающее обязательства предприятия, работников и профсоюзной организации по выполнению и перевыполнению производственного плана, обеспечению материальных, культурно-бытовых и других условий труда. Практическая ценность коллективного договора представлялась

---

[1] См.: *Канторович Я. А.* Указ. соч. С. 190.

[2] См.: *Вейнберг Г. Д.* Колдоговоры заключительного года пятилетки. М., 1932; *Исаев А., Зеленская Е.* Коллективный договор. М., 1930 и др.

[3] См.: *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение. М., 1948. С. 70.

[4] См.: *Москаленко Г. К.* Коллективный договор в период развернутого строительства коммунизма в нашей стране. М., 1961; *Пашерстник А. Е.* Коллективный договор. М., 1951; *Пашерстник А. Е.* Коллективный договор в буржуазных юридических теориях и законодательстве капиталистических стран // Известия АН СССР. Отд-е экономики и права. 1948. № 1; *Севостьянова А. И.* Коллективный договор. М., 1951 и др.

прежде всего в мобилизации трудящихся на выполнение задач, поставленных КПСС[1]. С той или иной степенью подробности такое определение сохранилось в науке советского трудового права до конца 80-х гг. XX в.[2]

Вместе с тем с конца 60-х гг. прошлого века интерес исследователей к проблеме коллективного договора усилился, о чем свидетельствуют пять кандидатских диссертаций по данной проблематике[3]. Была продолжена полемика по вопросу о сторонах коллективного договора. Разногласия по определению субъектам касались каждой из сторон. В отношении работодателя стороной коллективного договора некоторые называли предприятие[4], многие — администрацию предприятия[5] или руководителя предприятия[6]. В отношении работников стороной коллективного договора считали чаще всего либо трудовой коллектив, либо профсоюзный комитет[7], либо трудовой коллектив совместно с профкомом[8]. Суть этой дискуссии сводилась к решению проблемы, продиктованной идеологическими установками. Государственные предприятия, организации рассматривались как организованный трудовой коллектив. В государстве трудящихся, а затем и в общенародном государстве иной трактовки не могло и быть. Следовательно, одной стороной коллективного договора является предприятие как организованный трудовой коллектив, другой — профсоюзный орган, представляющий все тот же трудовой коллектив. Отсюда вытекает полное совпадение сторон коллективного договора, а так не должно быть. Для того чтобы решить эту проблемы, и обосновывались вышеназванные подходы к определению сторон коллективного договора в условиях социалистического строительства.

Применительно к содержанию коллективного договора позиции советских ученых — специалистов по трудовому праву характеризовались практически единым подходом с теми или иными акцентами его содержания. Всеми признавалась сложная природа коллективного договора, включающего нормативную и обязательственные части. К нормативной части коллективного договора относили основные положения по вопросам труда и заработной платы, установленные для того или иного предприятия (организации) в соответствии с действующим законодательством, а также положения о рабочем времени, времени отдыха, заработной плате, охране труда, разработанные администрацией и профсоюзным комитетом в пределах предоставленных им прав и носящие нормативный характер. В обязательственную часть коллективного договора включали взаимные обязательства администрации и коллектива рабочих и слу-

---

[1] См.: *Пашерстник А. Е.* Коллективный договор. С. 53, 92 и др.

[2] См., напр.: Советское трудовое право / под ред. Н. Г. Александрова. М., 1972. С. 214.

[3] Их авторами являлись В. Н. Даниленко (1969 г.), С. К. Юдельсон (1969 г.), Б. А. Архипова (1971 г.), В. Р. Дубуре (1977 г.), Г. И. Лях (1978 г.).

[4] См.: *Пашерстник А. Е.* Коллективный договор. М., 1951. С. 56–58; *Москаленко Г. К.* Хозяйственная реформа и коллективный договор// Хозяйственная реформа и трудовое право. М., 1970. С. 151–152; *Бару М. И.* Коллективный договор. Харьков, 1973. С. 17 и др.

[5] См.: Советское трудовое право / под ред. Н. Г. Александрова. М., 1972. С. 215; *Архипова Б. А., Писарева Л. Н.* Коллективный договор и профком М., 1988. С. 32–35; и др.

[6] См.: *Догадов В. М.* К вопросу о субъектах коллективного договора и его правовой силе // Известия АН СССР. Отд-е экономики и права. 1950. № 3. С. 203.

[7] См.: *Снигирева И. О., Явич Л. С.* Государство и профсоюзы. М., 1967. С. 153 и др.

[8] См.: *Шебанова А. И.* Коллективный договор на современном этапе // Вопросы теории государства и права. М., 1988. С. 79–80.

жащих по выполнению государственных планов экономического и социального развития, встречных планов и социалистических обязательств, развитию социалистического соревнования, укреплению производственной и трудовой дисциплины. Отмечалось, что коллективный договор также содержит обязательства администрации и профсоюзного комитета по улучшению жилищных условий и культурно-бытового обслуживания трудящихся, развитию воспитательной и культурно-массовой работы. Таким образом, коллективный договор рассматривался как важный документ юридического и хозяйственно-политического характера, который выражается в двух формах: правовой и общественно-моральной[1].

Как хозяйственно-политический акт коллективный договор характеризовался в качестве действенной правовой формы участия трудящихся в управлении производством, эффективного инструмента улучшения хозяйственной деятельности предприятия, материального и культурно-бытового положения трудящихся.

Большинство исследователей сходились в том, что коллективные договоры могли содержать три группы правил: во-первых, правила, регулирующие трудовые отношения; во-вторых, регулирующие отношения между профсоюзом и администрацией предприятия; в-третьих, общественно-моральные нормы. Этой проблеме был посвящен целый ряд исследований[2]. В учебной литературе коллективно-договорные обязательства подразделяли на юридические и морально-политические. Первые выражались в конкретных юридических обязательствах администрации предприятия, их выполнение обеспечивается мерами государственного принуждения. Морально-политические обязательства несут работники, профсоюзные органы. Выполнение этих обязательств обеспечивается высокой сознательностью трудового коллектива, силой общественного мнения, внутрипрофсоюзной дисциплиной. За неисполнение морально-политических обязательств отдельные работники отвечают морально перед общественностью; их поведение обсуждается на общих собраниях. Советское трудовое право исключало имущественную ответственность профсоюзов за невыполнение коллективных договоров. Особо подчеркивалось, что профсоюзные комитеты за нарушение условий коллективного договора несут моральную ответственность перед членами профсоюза, избравшими эти комитеты, и вышестоящими профсоюзными органами[3]. Таким образом, делался вывод о двусторонне обязывающем характере коллективного договора в условиях социализма, выполнение которого обеспечивалось мерами юридической и моральной ответственности.

Сделаем промежуточный вывод. В теории советского трудового права не прижились ни договорная, ни нормативная концепции коллективного договора, а сложилось единодушное в целом суждение о его смешанной природе. По сути речь идет о дуалистической концепции природы коллективного договора. Постоянно подчеркивалась сложная природа коллективного договора,

---

[1] См.: Советское трудовое право / под ред. Б. К. Бегичева, А. Д. Зайкина. М., 1985. С. 166.

[2] См.: *Архипова Б. А., Писарева Л. Н.* Коллективный договор и профкомы. М., 1988; *Бару М. И.* Коллективный договор. Харьков, 1973; *Лях Г. И.* Коллективный договор на предприятии. Минск, 1981 и др.

[3] См.: Советское трудовое право / под ред. В. С. Андреева. М., 1971. С. 85–98; Советское трудовое право / под ред. А. Д. Зайкина. М., 1979. С. 176–177 и др.

включающего нормативные условия и обязательства[1]. При этом коллективный договор как правовой акт не отождествлялся ни с локальным нормативным актом, ни с иными нормативно-правовыми актами. Так, в советской науке трудового права ряд авторов разграничивали акты, принимаемые в локальном порядке на два вида: собственно локальные нормативные акты, принимаемые администрацией предприятия совместно или по согласованию с профсоюзами, и нормативные соглашения (коллективные договоры), заключаемые на предприятиях трудовым коллективом и администрацией. Л. И. Антонова отмечала, что нормативные соглашения отличает особый порядок их принятия и высокий уровень диспозитивности по сравнению с нормативными актами[2]. Таким образом, сложная природа коллективного договора подчеркивалась термином «нормативное соглашение». Заметим, что дуалистическая концепция коллективного договора стала ведущей и в западной правовой доктрине. Коллективный договор, по образному выражению французских юристов начала прошлого века, имеет тело договора, но душу закона.

Рассматривая развитие учения о коллективном договоре в советский период, нельзя обойти вниманием и дискуссию о трудовых отношениях, завязавшуюся на рубеже 70–80-х гг. XX в. Она была вызвана появлением теоретической конструкции коллективно-трудового отношения. По мнению авторов этой концепции С. А. Иванова и Р. З. Лившица, трудовые отношения не сводятся только к индивидуальной связи работника и предприятия, организации, трудовое отношение как родовая категория существует в двух формах: традиционной индивидуальной и коллективной. Выделение второго вида трудового отношения обусловливалось тем, что социалистическая организация труда немыслима без участия трудящихся в управлении производством, да и Конституция СССР 1977 г. впервые закрепила правовой статус трудового коллектива как самостоятельного субъекта права. Субъектами коллективно-трудовых отношений называли предприятие, организацию с одной стороны и трудовой коллектив или его органы с другой. Содержание такого отношения составляли взаимоотношения сторон по участию в управлении производством, коллективно-договорному, локальному регулированию[3].

Основной контраргумент противников названной концепции заключался в том, что коллективные трудовые отношения по своей природе не являются трудовыми, поскольку не сопряжены с применением способности к труду, носителем которой всегда является лишь индивид (физическое лицо). Поэтому коллективные отношения — не что иное, как производные отношения по участию работников в управлении предприятием (организационно-управленческие отношения)[4].

---

[1] См., напр.: Советское трудовое право / под ред. Б. К. Бегичева, А. Д. Зайкина. М., 1985. С. 81; *Смолярчук В. И.* Источники советского трудового права, М., 1978. С. 11–12.

[2] См.: *Антонова Л. И.* Локальное правовое регулирование. Л., 1985. С. 98, 105–106.

[3] См.: *Иванов С. А., Лившиц Р. З., Орловский Ю. П.* Советское трудовое право: вопросы теории. М., 1978. С. 100–113, 282–313; *Иванов С. А., Лившиц Р. З.* Личность в советском трудовом праве. М., 1982. С. 131–142.

[4] См.: *Андреев В. С., Пашков А. С., Смирнов О. В. [и др.]* Проблемы общей части советского трудового права // Правоведение. 1980. № 2. С. 64–71; Советское трудовое право / под ред. Б. К. Бегичева, А. Д. Зайкина. М., 1985. С. 9–16; Трудовое право / под ред. О. В. Смирнова. М., 1996. С. 9–10.

С этими аргументами можно согласиться, но, на наш взгляд, концепция индивидуально-трудового и коллективно-трудового правоотношений не потеряла своей актуальности в настоящее время. Это связано с существенными различиями этих отношений в субъектном составе, содержание, объекте, нормативной базе их регулирования и др. Это дает основание в структуре отрасли выделить индивидуальное и коллективное трудовое право. К последнему относятся такие закрепленные в ст. 1 ТК РФ непосредственно связанные с трудовыми отношения, как отношения по организации труда и управлению трудом; по социальному партнерству, ведению коллективных переговоров, заключению коллективных договоров и соглашений; по участию работников и профессиональных союзов в установлении условий труда и применению трудового законодательства в предусмотренных законам случаях; по общественному и профсоюзному контролю за соблюдением трудового законодательства. Отношения по разрешению коллективных трудовых споров также тяготеют к коллективному трудовому праву, но по правовой природе они относятся к формирующемуся трудовому процессуальному праву.

Со второй половины XX в. учение о коллективных договорах получило новую «окраску» в ключе критики «буржуазной» идеологической концепции социального партнерства в сфере труда. Отметим, что у истоков теории социального партнерства[1] стояли известные дореволюционные ученые-практики, фабричные инспекторы И. И. Янжул[2], В. П. Литвинов- Фалинский[3], И. Х. Озеров[4].

В советской науке трудового права проблемы социального партнерства стали активно исследоваться в 60-е гг. XX в. Эти исследования имели идеологическую направленность и были построены на критическом анализе буржуазных концепций социального партнерства, практики их применения в капиталистических странах[5]. Также рассматривалось влияние этих концепций на международно-правовое регулирование труда. Общим итогом проводимых исследований было утверждение о том, что, «воплощая идею классового сотрудничества, теория социального партнерства охватывает целый конгломерат различных по своему происхождению и содержанию буржуазных концепций, призванных создать извращенное представление о характере капиталистических производственных отношений, замаскировать эксплуатацию, способствовать подавлению классовой борьбы пролетариата»[6].

Господство государственной марксистско-ленинской идеологии не допускало иных заключений. Но вместе с тем эти исследования отличали довольно полный анализ теоретических концепций классового сотрудничества, основанный на иностранных первоисточниках и зарубежном законодательстве, практике его применения в ключе этих буржуазных концепций. В работах

---

[1] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 1. С. 137–165.

[2] См.: *Янжул И. И.* Промысловые синдикаты и предпринимательские союзы. М., 1896; *Он же.* Из воспоминаний и переписки фабричного инспектора первого призыва. СПб., 1907.

[3] См.: *Литвинов-Фалинский В. П.* Фабричное законодательство и фабричная инспекция в России. СПб., 1904.

[4] См.: *Озеров И. Х.* Фабричные комитеты и коллективный договор. М., 1902.

[5] См.: *Киселев И., Мошенский М.* Буржуазные теории труда на службе монополий. М., 1965; *Усенин В. И.* Социальное партнерство или классовая борьба? М., 1968 и др.

[6] *Усенин В. И.* Указ. соч. С. 21.

советских ученых подчеркивалось, что несмотря на демагогический, лживый характер теории социального партнерства она не лишена практического смысла, что, подкрепленная государственными организационными мерами, она оказывает несомненное влияние на развитие трудового законодательства в зарубежных странах. После таких заявлений следовало вновь писать о необходимости вести упорную идеологическую борьбу, разоблачать их эксплуататорскую сущность. Например, В. И. Усенин обоснованно утверждал, что в большинстве капиталистических стран положения коллективных договоров об условиях труда работников являются нормами объективного права. В этом вопросе он дискутировал с В. М. Догадовым и рядом других советских авторов, ссылавшихся на то, что при капитализме рабочие организации не могут выполнять законодательных функций, а право не может выполнять «общую волю» антагонистических классов. Отсюда, казалось бы, следовал вывод о том, что на Западе коллективный договор как раз и является результатом компромисса, согласовывает интересы капиталистов и трудящихся. Но В. И. Усенин, опираясь на авторитет Н. Г. Александрова, утверждал следующее: «Компромисс по конкретным условиям труда нельзя считать подтверждением принципиальной приемлемости эксплуататорской системы для рабочего класса»[1]. Аналогичную позицию занимал и Б. Н. Жарков, отмечавший повышение роли коллективных договоров в системе капиталистического правового регулирования труда, но называвший их средством антимонополистической борьбы при условии классового подхода[2].

Если снять с этих исследований продиктованные временем идеологические наслоения, то с очевидностью проявляются высокий уровень проведенных сравнительно-правовых исследований теории социального партнерства в трудовом праве зарубежных стран, применимость и необходимость учета зарубежного опыта коллективно-договорного регулирования. Более того, не утратила своей значимости и актуальности исследованная советскими авторами концепция юридической силы коллективных договоров, которая связывалась с нормативностью коллективных договоров. Согласно этой концепции, юридическая сила коллективного договора определяется по трем основным критериям: 1) взаимодействие коллективного договора и индивидуального трудового договора; 2) действие коллективного договора по кругу лиц; 3) возможность реализации положений коллективного договора через судебные и иные государственные органы (обязательность, принудительность коллективного договора).

В качестве общего вывода приведем слова известного английского писателя-моралиста С. Смайлса (1816–1903) о том, что время ничего не может сделать великим мыслям, которые так же свежи и теперь, как и много веков тому назад, когда зародились в уме своих авторов.

---

[1] *Усенин В. И.* Социальное законодательство и социальное партнерство в странах капитала (Социально-правовые аспекты современных отношений между трудом и капиталом): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1968. С. 19.

[2] См.: *Жарков Б. Н.* Новые социально-правовые аспекты развития коллективных договоров при капитализме // Проблемы трудового права и права социального обеспечения. М., 1975. С. 242–249.

6.2. Учение о коллективных договорах и соглашениях на рубеже XX–XXI вв.: преемственность и новации

Развитие учения о коллективных договорах в отечественной науке трудового права на рубеже XX и XXI вв. проходит рука об руку с коллективно-договорной практикой и развитием отечественного трудового законодательства, сопутствуя ему или, что реже, несколько опережая его. В последнем случае достаточно вспомнить научные исследования коллективных договоров как формы социального партнерства. Они во многом предвосхитили легализацию этого института в действующем ТК РФ.

Вместе с тем начало XXI в. ознаменовалось существенными изменениями, сдвигами в общественной организации труда во всем мире, усилением индивидуально-договорных (частных) начал в правовом регулировании трудовых отношений, распространением нетипичной занятости. Оборотной стороной медали стало снижение роли профессиональных союзов работников, профессиональной солидарности[1].

Экономический кризис также негативно сказывается на коллективно-договорной практике. Так, изучение опыта ряда стран-членов Европейского союза позволило исследователям сделать следующие выводы. Речь идет о Греции, Ирландии, Италии, Португалии, Румынии, Словении и Испании. Во-первых, ограниченное (а в некоторых случаях и вовсе отсутствующее) влияние субъектов социального партнерства на процесс принятия реформ, что подчеркивает односторонний характер принятия политических решений. Во-вторых, в большинстве стран — членов Евросоюза наблюдается кризис проведения коллективных переговоров. Особенно это касается межотраслевого и отраслевого уровней. С этим связаны и негативные последствия в отношении коллективных договоров. Так, зафиксированы факты изменения ставок заработной платы в сторону уменьшения, хотя в некоторых случаях это происходит под влиянием национальных изменений минимальной заработной платы (например, в Словении). В-третьих, выявлены тенденции в проведении коллективных переговоров, которые различаются в государствах — членах Евросоюза в связи с характером проводимых реформ, степенью возможности участия профсоюзов и объединений работодателей в процессе принятия реформ и уже существующей системой коллективных переговоров. В-четвертых, отмечается, что возрастают опасения работодателей по поводу способности локального управления (в том числе посредством коллективных договоров) справиться с увеличивающейся децентрализацией и изменениями. Наряду с этим профсоюзы все чаще ограничиваются в возможности регулировать занятость и контролировать исполнение договоров и трудовых стандартов. В-пятых, на европейском и национальном уровнях управления необходимо пересмотреть роль коллективных переговоров с несколькими работодателями. Это может стать основой механизма минимизации нестабильности рынка и изменений в политике для достижения макроэкономической выгоды и социальной сплоченности[2].

---

[1] Подробнее см.: *Киселев И. Я.* Новый облик трудового права стран Запада (прорыв в постиндустриальное общество). М., 2003. С. 12 и др.

[2] См.: *Koukiadaki A., Távora I., Lucio M. M.* Joint regulation and labour market policy in Europe during the crisis. Brussels: ETUI, 2016.

Таким образом, индивидуализация трудовых отношений в современных условиях неизбежно отражается и на судьбе коллективных трудовых отношений. Общая тенденция сокращения членства в профсоюзах во многих странах, организационные трудности, с которыми сталкиваются союзы работодателей, «дерегулирование» условий занятости, по мнению ряда исследователей, предопределяют упадок коллективных трудовых отношений, которые рассматриваются как пережитки прошлого.

Между тем эксперты Международной организации труда, опираясь на обобщения современной зарубежной практики трудовых отношений, находят много признаков того, что союзы работодателей и профсоюзы адаптируются к современным реалиям глобализации экономики и растущей конкуренции. Они изменяют свою структуру, методы, совершенствуют механизмы социального диалога. Кроме того, практически на всех континентах государства активнее, чем раньше, участвуют в решении социальных вопросов. Все это свидетельствует об общей тенденции развития правового механизма социального партнерства, его основной формы — коллективных договоров, их адаптации в современных условиях.

В постсоветский период в отечественной науке не появилось принципиальных, революционных подвижек в учении о коллективном договоре, очевидна преемственность. Тем не менее определенные новации в учении о коллективном договоре очевидны — как ответ на вызов времени. К таковым, на наш взгляд, относятся следующие:

- в современных исследованиях определяется место коллективных договоров (соглашений) в системе правового механизма социального партнерства. Перспективным направлением являются изыскания в части взаимодействия и согласования данной формы социального партнерства с иными формами: участие работников в управлении организацией, взаимные консультации (переговоры), участие представителей работников и работодателей в разрешении трудовых споров. При этом особый интерес должны представлять сравнительно-правовые исследования опыта зарубежных стран и возможности его заимствования (рецепции);
- в рамках преемственности получили дальнейшее развитие положения о правовой природе и юридической силе коллективных договоров как нормативных соглашений социальных партнеров, договоров нормативного характера. Заключение коллективных соглашений на отраслевом, профессиональном, региональном и международном уровнях означает также поиск ответов на вопросы о юридической силе этих видов коллективных договоров. Многоуровневый характер коллективных договоров (соглашений) поставил на повестку дня проблему иерархической соподчиненности или координации названных источников трудового права;
- распространение нетипичных трудовых договоров потребовало новых подходов к формированию коллективно-договорной практики и ее правовому опосредованию. Так, в Нидерландах стало общей практикой заключение коллективных соглашений в сфере предоставления персонала. Этими коллективными соглашениями 2004 и 2009 гг., заключенными со стороны представителей работодателей Ассоциацией агентств по предоставлению персонала и Голландской ассоциацией посреднических и агентских компаний, со стороны работников отраслевыми профсоюзами (отдельного

профсоюза для таких работников не существует), предусматриваются отклонения от предписаний законодательства в отношении целого ряда гарантий, которых были лишены работники, нанятые через агентство по предоставлению персонала. Вместе с тем названная форма нетипичной занятости порождает конфликт интересов заемных работников и постоянных работников предприятия-пользователя. В коллективные соглашения в организациях-пользователях, отраслевые коллективные соглашения включаются нормы, ограничивающие количество работников, нанимаемых через агентство. Ими могут устанавливаться конкретные основания, в отсутствие которых предприятие не должно обращаться к услугам агентств по предоставлению персонала[1]. Все это свидетельствует о необходимости исследования и апробации иных механизмов коллективно-договорного регулирования применительно к нетипичным формам занятости в рамках концепции «гибкобильности» трудовых отношений;

- в условиях глобализации и международной интеграции особую значимость приобрели проблемы международно-правового измерения национального законодательства в отношении соответствия международным стандартам коллективных трудовых прав, равно как и проблемы гармонизации и унификации национального коллективного трудового права на базе этих стандартов. В этой части нельзя не упомянуть о новых видах международных коллективных соглашений, заключаемых транснациональными корпорациями и о международных коллективных соглашениях в Евросоюзе.

Коллективно-договорные акты в системе социального партнерства. Вначале отметим, что появлению в действующем ТК РФ раздела «Социальное партнерство в сфере труда» стало в том числе результатом реализации научных исследований данного института учеными — специалистами по трудовому праву. Соответственно, в настоящее время коллективно-договорные акты рассматриваются в рамках социального партнерства. Как отмечалось выше, истоки учения о социальном партнерстве в сфере труда мы находим в работах ученых конца XIX — начала XX в. В середине 90-х гг. XX в. ученые вновь обратились к исследованию зарубежного и международного опыта правового обеспечения социального партнерства[2].

Так, И.Я. Киселев отмечает, что социальное партнерство рассматривается на Западе как социологическое и этическое понятие и организационный принцип, включающий сотрудничество социальных партнеров — сторон коллективных трудовых отношений. Одной из глобальных задач трудового права называ-

---

[1] См.: *Хоуверзейл М.* Правовое регулирование заемного труда в Нидерландах // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 255–258.

[2] См.: *Киселев И.Я.* Зарубежное трудовое право. М., 1999. С. 132–188; *Крылов К.Д.* Социальное партнерство в современных условиях: сравнительно-правовой обзор. М., 1998 (Библиотечка профсоюзного активиста. Вып. 4); *Лушникова М.В.* Государство, работодатели и работники: история, теория и практика правового механизма социального партнерства (сравнительно-правовое исследование). Ярославль, 1997; *Нуртдинова А.Ф.* Коллективно-договорное регулирование трудовых отношений в современной России. М., 1998; *Силин А.* Миф и быль социального партнерства в Российской Федерации и на Западе // Трудовое право. 2001. № 1. С. 17–22; *Цитульский В.Ф.* Социальное партнерство: реальность или миф? Тверь, 1999 и др.

ется определение юридических рамок социального партнерства, установление наиболее рациональных и действенных методов сопоставления и примирения противостоящих друг другу сторон в сфере труда[1]. А. С. Пашков писал, что идея социального партнерства стала общепризнанной, поэтому «вопрос ставится не в том, имеется ли альтернатива этой идее, а в том, в каких формах она должна воплощаться с учетом исторических, экономических, социальных и иных особенностей того или иного общества на данном этапе развития»[2].

На наш взгляд, в настоящее время имеют место два основных концептуальных подхода к правовому опосредованию социального партнерства. В соответствии с первым социальное партнерство рассматривается как новый институт общей части трудового права[3] либо как новый генеральный институт «социальное партнерство», имеющий сложную структуру, включающий субинституты коллективного договора, коллективных соглашений[4]. Такая трактовка во многом основана на позиции законодателя, выделившего в структуре ТК РФ специальный раздел. В этой связи И. Я. Киселев отмечал, что «наличие в Кодексе специального раздела "Социальное партнерство в сфере труда" составляет уникальную черту нашего трудового законодательства»[5]. Обоснованность такой «уникальности» вызывает сомнение у многих ученых — специалистов по трудовому праву.

Второй подход к правовому опосредованию социального партнерства основан на более широком определении социального партнерства, и взгляды ученых — приверженцев этого направления в той или иной степени варьируются. Социальное партнерство рассматривается в качестве функции, цели трудового права. В ст. 1 ТК РФ в качестве одной из основных задач трудового законодательства является создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства. Ученые петербургской юридической школы определяют социальное партнерство как способ регулирования социально-трудовых отношений между работниками (их представителями) и работодателями (их представителями), основывающийся на взаимном учете интересов каждой из сторон, уважении этих интересов и отказе от силовых способов взаимодействия[6].

Социально-партнерское и, соответственно, коллективно-договорное регулирование отношений включаются в качестве необходимой составляющей в современный механизм правового регулирования трудовых и связанных с ними отношений наряду с индивидуально-договорным и публичным государственно-правовом регулировании[7]. Социальное партнерство рассматривается названными учеными также в качестве принципа в области правового регу-

---

[1] См.: *Киселев И. Я.* Указ. соч. С. 162–163.

[2] См.: *Пашков А. С.* Социальное партнерство в сфере трудовых отношений // Правоведение. 1997. № 2. С. 7.

[3] См., напр.: Трудовое право России / под ред. С. Ю. Головиной, М. В. Молодцова. М., 2008. С. 116.

[4] См.: Трудовое право России / под ред. А. М. Куренного. М., 2016. С. 138–185; Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. О. В. Смирнова. М., 2005. С. 80–81.

[5] *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 251.

[6] См.: Трудовое право России / под ред. С. П. Маврина и Е. Б. Хохлова. М., 2012. С. 172 (автор главы — В. А. Сафонов).

[7] Там же. С. 52.

лирования труда. Развитие принципа социального партнерства требует совершенствования коллективно-договорного регулирования трудовых отношений, создания и обеспечения систем участия персонала в делах предприятия, а следовательно, и совершенствования коллективных средств правового регулирования труда[1]. В ст. 2 ТК РФ социальное партнерство провозглашается в качестве одного из основных принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений.

По-нашему мнению, социальное партнерство следует рассматривать как правовой механизм регулирования коллективных (социально-партнерских) отношений, включающий регулятивную и охранительную части[2]. Эта позиция получила поддержку и развитие в трудах ряда ученых и практиков[3]. На наш взгляд, коллективные (социально-партнерские) правоотношения по своей природе являются производными от трудового правоотношениями. Их субъектами выступают коллективные субъекты (профсоюзы, союзы работодателей, коллективы работников) в лице своих представителей, а также иные участники (органы социального партнерства, представители государства, органы по разрешению коллективных трудовых споров). Эти коллективные (социально-партнерские) отношения складываются по поводу проведения коллективных переговоров и заключения коллективных договоров и соглашений, участия работников и их представителей в управлении организацией, профсоюзного представительства и защите прав работников, проведения взаимных консультаций, переговоров по вопросам регулирования трудовых отношений. Это охватывается регулятивной частью правового механизма социального партнерства. Коллективные трудовые споры, нарушения коллективных трудовых прав являются основанием возникновения коллективных (социально-партнерских) охранительных правоотношений по разрешению коллективного конфликта. Это составляет охранительную часть правового механизма социального партнерства, которая включает в себя примирительно-посреднические процедуры разрешения коллективных трудовых споров, в том числе право на забастовку.

Модельный закон «О социальном партнерстве» СНГ (2006 г.) определяет социальное партнерство как взаимодействие органов государственной власти, объединений работодателей и профсоюзов в определении и воплощении согласованной социально-экономической политики, политики в области трудовых отношений, а также двусторонние отношения между работодателями и профсоюзами, направленные на обеспечение согласования их интересов в порядке, определяемом законодательством. По сути речь идет о правовом механизме

---

[1] См.: Курс российского трудового права / под ред. С. П. Маврина, А. С. Пашкова, Е. Б. Хохлова. СПб., 1996. Т. 1. С. 160–161.

[2] См.: *Лушникова М. В.* Государство, работодатели и работники: история, теория и практика правового механизма социального партнерства (сравнительно-правовое исследование). Ярославль, 1997; *Лушникова М. В.* Правовой механизм социального партнерства в регулировании трудовых и социально-обеспечительных отношений (сравнительно-правовое исследование): дис. ... д-ра юрид наук. М., 1997.

[3] См.: *Чуча С. Ю.* Становление и перспективы развития социального партнерства в Российской Федерации. М., 2001; *Он же.* Социальное партнерство в сфере труда: становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004; *Соловьев А. В.* Социальное партнерство. Комментарий к Трудовому кодексу РФ. М., 2003. С. 9.

социального партнерства: нормы, социально-партнерские правоотношения и акты реализации коллективных прав социальных партнеров. На наш взгляд, в ТК РФ также прослеживается идея легализации социального партнерства как правового механизма регулирования коллективных отношений, т. е.:

- дается определение социального партнерства как многоуровневой системы взаимоотношений, основанных на принципе трипартизма (ст. 23);
- названы принципы (ст. 24), стороны и участники социального партнерства, уровни социального партнерства (ст. 26), органы и формы социального партнерства (ст. 35). По сути речь идет о правовом механизме реализации коллективных трудовых прав и обязанностей работниками (их представителями) и работодателями (их представителями), а равно о защите этих прав в примирительно-посредническом порядке.

Представители томской школы трудового права в рамках преемственности продолжили разработку концепции коллективного трудового права и коллективных трудовых отношений, тем самым дистанцируясь от предложенной законодателем модели социально-партнерских отношений. На монографическом уровне ими рассматриваются понятие коллективного трудового права, дается характеристика его субъектов и обосновывается концепция единого коллективного трудового правоотношения (автор концепции — В. М. Лебедев)[1].

Коллективное трудовое право определяется как система правовых норм, регулирующих коллективные трудовые отношения, которая включает в себя следующие институты: источники (форма) коллективного трудового права, субъекты коллективного трудового права, коллективное трудовое правоотношение, участие трудового коллектива в управлении организацией, правовые формы самозащиты своих трудовых прав и интересов субъектами коллективного трудового права[2]. Возникает вопрос: включаются ли в коллективное трудовое право нормы, регулирующие порядок разрешения коллективных трудовых споров? На наш взгляд, должны включаться, так как коллективные способы самозащиты существуют постольку, поскольку они являются частью института коллективных трудовых споров.

В книге делается вывод о том, что субъекты коллективного трудового права нельзя отождествлять со сторонами социального партнерства. Между тем четкого ответа на вопрос о соотношении этих категорий субъектов мы не находим. В монографии называются основные субъекты коллективного трудового права: работодатели, профсоюзы и их органы, соответствующие их объединения, указывается и государство в роли субъекта коллективного трудового права. Значит, есть не основные субъекты? Какие субъекты коллективного трудового права не являются субъектами социального партнерства? Далее автор утверждает, что коллективные трудовые отношения значительно уже партнерских отношений, которые регулируются не только нормами трудового права, но и этическими нормами, обычаями, традициями, нормами других отраслей права — гражданского, экологического, природно-ресурсного, административного[3]. Что же это за партнерские отношения? Если они регулируются обычаями, этически-

---

[1] См.: Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 2 / В. М. Лебедев, Е. Р. Воронкова, В. Г. Мельникова. М., 2009.

[2] Указ. соч. С. 22.

[3] См. там же. С. 69–70.

ми нормами, то это не правоотношения, а если нормами гражданского права, то это гражданско-правовые, а не партнерские отношения.

Представляет особый научный интерес и дает основу для научных дискуссий авторская концепция коллективного трудового правоотношения — единого, сложного, длящегося во времени. Автор разграничивает абсолютное (статутное) коллективное правоотношение и относительное коллективное правоотношение. В содержание коллективного правоотношения включаются по традиции права и обязанности, но понимаются эти категории в ином значении. Субъективное трудовое право рассматривается как признанный государством, реально существующий, конкретно определенный, защищенный (гарантированный) нормами трудового права, востребованный интерес работника, работодателя либо их представителей. Соответственно, юридическая обязанность — признанный государством, полностью или частично утрачиваемый либо фактически ограниченный в пользу другого субъекта интерес, что опосредуется процедурными или процессуальными нормами трудового права. Невольно вспоминается известный немецкий ученый второй половины XIX в. Р. Иеринг, который писал, что право — это защищенный интерес, что интерес первичен. В современной теории права и законодательстве разграничиваются категории «субъективное право» и «охраняемый законом интерес». В этой связи авторское определение прав и обязанностей через категорию интереса требует особый пояснений и дополнительной аргументации.

По мнению В. М. Лебедева, в содержании коллективного трудового правоотношения целесообразно различать следующие составляющие: организационный, имущественный (материальный), экономический, информационный, охраны жизни и здоровья участников неединоличного, подчиненного работодателю труда. Между тем эти признаки в равной мере характерны и для индивидуального трудового правоотношения. Более того, такой признак, как «экономический элемент», присущ далеко не всем коллективным правоотношениям. Под экономическим элементом понимаются взаимные права и обязанности по организации эффективного, конкурентоспособного производства[1]. Иными словами, этот признак касается только производственной сферы, а коллективные договоры заключаются и в непроизводственной сфере.

И последнее, автор подчеркивает, что коллективное трудовое правоотношение — преимущественно отраслевое правовое отношение, свойственное одной отрасли права — трудовому. Почему только «преимущественно»? За пределами «этого преимущества» о каких коллективных трудовых правоотношениях идет речь? Из текста не следует ответа на этот вопрос. Так же как и остается открытым самый, на наш взгляд, главный вопрос: почему коллективное трудовое правоотношение связывается по тексту только с коллективными переговорами и коллективным договором? Коллективное трудовое правоотношение рассматривается как длящееся, ограниченное во времени сроками действия коллективного (тарифного) договора. Вместе с тем, напомним, что сам автор, как отмечалось выше, в содержание коллективного трудового права включал и институты участия работников в управлении организацией и коллективные формы самозащиты.

[1] См. там же. С. 102.

Отметим, что современные исследователи проблем социального партнерства традиционно уделяют существенное внимание коллективным договорам, соглашениям[1]. На этом фоне выделяется позиция В. Ф. Цитульского, который отрицает юридическое значение социального партнерства и отдает абсолютный приоритет классовой борьбе. Свой скепсис он распространяет и на современную коллективно-договорную практику[2].

Таким образом, современное учение о коллективных договорах и соглашениях развивается на основе преемственности. Однако, как писал британский писатель и драматург Б. Шоу, наука никогда не решает вопроса, не поставив при этом десятки новых (добавим от себя — продиктованных временем).

6.3. Правовая природа и сущность коллективных договоров (соглашений): «тело договора, но душа закона»

Начнем с обзора развития учения о правовой природе и юридической силе коллективных договоров и соглашений. В современный научный оборот активно вводятся понятия нормативно-договорного соглашения[3], социально-партнерских правовых актов. При характеристике коллективных договоров и соглашений диапазон мнений исследователей варьируется в прежних границах: «ничто не ново под луною». Общепризнанным остается положение о «двойственной» правовой природе коллективных договоров и соглашений. При этом в исследованиях акценты смещаются в сторону либо нормативного публичного характера коллективных договоров (соглашений), либо договорного, либо отстаивается их «равновесная» дуалистическая природа. Тому поспособствовал и наш законодатель. В ТК РФ коллективные договоры (ст. 40) и коллективные соглашения (ст. 45) определены как правовые акты, регулирующие социально-трудовые отношения. Термин «правовой акт» — понятие многозначное в теории права: юридический документ, правомерное и противоправное деяние и др.

Так, некоторые авторы особо подчеркивают публично-правовую природу коллективных договоров и соглашений. Например, Н. И. Дивеева пишет, что «коллективный договор, заключая в себе конститутивные признаки договора как средства согласованной организации общественных отношений, является нормативным соглашением локального характера, имеющим публично-правовую природу»[4]. Думается, что не совсем корректно коллективный договор относить к категории публичных, поскольку термин «публичный договор» имеет по крайней мере два значения. Во-первых, публичный договор как вид договора в гражданском праве — это договор, в котором одна из сторон не вправе отказаться от его заключения договора на условиях, одинаковых для всех потребителей

---

[1] См., напр.: *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. М., 2010. С. 288–339; *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Социальное партнерство в сфере труда. Ярославль, 2008; *Сафонов В. А.* Социальное партнерство. М., 2015; *Чуча С. Ю.* Социальное партнерство в сфере труда: становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации. Омск, 2005 и др.

[2] См., напр.: *Цитульский В. Ф.* Социально-партнерское регулирование трудовых отношений в России (история, теория, тенденции развития). М., 2006. С. 808–830 и др.

[3] См.: *Толкунова В. Н., Гусов К. Н.* Трудовое право России. М., 1995. С. 33.

[4] *Дивеева Н. И.* Договорные основы трудового права России. Барнаул, 1999. С. 48.

(ст. 426 ГК РФ). Эти характеристики публичного договора не имеют отношения к коллективным договорам и соглашениям. Во-вторых, возможно, речь идет об ином значении публичности договора. Такими признаками могут обладать только договоры, стороной (участником) которых выступают публичные субъекты (государственные и муниципальные образования, их органы) или публичные агенты (негосударственные субъекты, наделенные государственными полномочиями). В этой части данная характеристика присуща только трехсторонним коллективным соглашениям, в которых участвуют названные субъекты.

Между тем нормативная концепция коллективного договора как источника трудового права находит воплощение в современном законодательстве ряда зарубежных стран. Так, Трудовой кодекс Кыргызской Республики коллективное соглашение определяется как нормативный акт (ст. 46), а коллективный договор — как локальный нормативный акт (ст. 41), содержащий обязательства по установлению условий труда, занятости и социальных гарантий для работников определенных профессий, отрасли и территории. В Трудовом кодексе Республики Беларусь применен аналогичный подход к определению коллективных договоров и коллективных соглашений, что подвергают аргументированной критике ряд белорусских ученых (Е.А. Волк, К.Л. Томашевский и др.[1]). Они обосновывают принципиальные различия в правовой природе социально-партнерских соглашений и локальных нормативных актов по порядку их принятия субъектами трудового права, срокам и сфере действия, содержанию, порядку введения в действие, таким образом признавая их разными моделями правового регулирования трудовых отношений[2]. Отметим, что в Трудовом кодексе РФ и Трудовом кодексе Республики Казахстан коллективные договоры, коллективные соглашения (соглашения сторон социального партнерства) и локальные нормативные акты (акты работодателя) квалифицируются как самостоятельные источники трудового права, локальное нормотворчество отграничивается от регулирования трудовых отношений в коллективно-договорном порядке.

Несколько иначе расставил акценты российский исследователь В.А. Сафонов, взяв за основу теорию договорного права. Он относит коллективные договоры и соглашения к актам договорного права, отмечая вслед за теоретиками права, с одной стороны, что данные договоры обладают такими «универсальными» признаками и чертами договора, как согласительный характер (договор — это в первую очередь соглашение сторон); добровольный характер, означающий свободное волеизъявление сторон; формальное равенство субъектов и др. С другой стороны, по замечанию В.А. Сафонова, правовые акты социального партнерства как нормативно-правовые договоры являются актами правотворчества, носят публичный характер[3].

Однако определение правовых актов социального партнерства, к которым причисляются коллективные договоры и соглашения, автор дает через родовое понятие «соглашение», тем самым подчеркивая его обязательственную природу. «Под правовыми актами социального партнерства, — пишет В.А. Сафо-

---

[1] См.: *Волк Е.А., Костевич К.С., Томашевский К.Л.* Коллективные договоры и соглашения как источники современного трудового права (теория и практика). Минск, 2012. С. 40–43.

[2] См.: Курс трудового права. Общая часть / под общ. ред. О.С. Курылевой и К.Л. Томашевского. Минск, 2010. С. 224–225.

[3] См.: *Сафонов В.А.* Социальное партнерство. М., 2015. С. 267–269.

нов, — следует понимать соглашения, заключаемые представителями работников и представителями работодателя (работодателей) при возможном участии органов государственной власти, органов местного самоуправления, устанавливающие нормы, регулирующие социально-трудовые отношения, и взаимные обязательства сторон соглашения в сфере социально-трудовых отношений»[1].

Заметим, что в Рекомендации МОТ № 91 о коллективных договорах 1951 г. коллективный договор определяется как письменное соглашение относительно условий труда и найма, заключаемое с одной стороны между работодателем, группой работодателей или одной или несколькими организациями работодателей и с другой стороны одной или несколькими представительными организациями трудящихся либо — при отсутствии таких организаций — представителями самих трудящихся, надлежащим образом избранными и уполномоченными согласно законодательству страны. В обозначенном определении «первую и единственную скрипку» составляет соглашение сторон, договорная природа названного акта. Кстати, и ст. 45 Трудового кодекса Армении определяет коллективный договор как заключенное в письменной форме добровольное соглашение между работодателем или ассоциацией работодателей и профсоюзом, а в установленных кодексом случаях — также и Правительством Республики Армения, которым регулируются трудовые отношения между работниками и работодателем. По сути, мы имеем дело с договорной концепцией коллективных договоров «в действии». Согласно ст. 49 Трудового кодекса Армении содержание республиканского, отраслевого и территориального коллективных договоров определяется исключительно сторонами договоров. Именно в рамках договорной теории в данном кодексе появился институт расторжения коллективного договора, который неизвестен российскому трудовому законодательству. Сторонам коллективного договора предоставлено право в самом договоре установить порядок и случаи его досрочного расторжения каждой из сторон с предупреждением другой стороны не позднее чем за 3 месяца (ст. 61 Трудового кодекса Армении).

Нормативный характер коллективных договоров закрепляется на уровне Конституционного закона о труде Австрии, согласно которому коллективные договоры имеют нормативное действие, т. е. действуют как закон в его материальном смысле. В сфере отраслевого, территориального и персонального действия нормы коллективного договора имеют прямое действие, и каждый из входящих в сферу его действия работник и работодатель могут основывать свои иски непосредственно на нормах коллективного договора. Действие договора в качестве материального закона согласно Конституционному закону о труде требует определенной степени публичности: соответствующие публичные договоры доступны всем трудящимся для ознакомления[2]. Иными словами, как и в отношении нормативно-правового акта, применению подлежат официально опубликованные коллективные договоры. В Германии в Законе о тарифном договоре определено, что нормы тарифного договора, относящиеся к содержанию, установлению и окончанию трудовых отношений, действуют для сторон

[1] *Сафонов В. А.* Социальное партнерство. М., 2015. С. 272–273.

[2] См.: *Фридрих М.* Коллективный договор в Австрии // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 179–180.

трудового договора непосредственно и императивно. Тем самым законодатель предоставил тарифным партнерам самые настоящие нормотворческие полномочия (теория делегирования)[1].

И наконец, в современных исследованиях находит сторонников «дуалистическая» концепция коллективного договора (соглашения), основанная на «равновесии» двух правовых начал: договорных и нормативных. Например, в качестве родового понятия выбирается гибридная юридическая конструкция нормативного соглашения (договора), а далее называются отраслевые (видовые) особенности нормативных соглашений в трудовом праве. Так, Е.А. Волк характеризует коллективные договоры и соглашения как самостоятельный блок в системе источников трудового права как нормативное соглашение, которое имеет нормативную и договорную природу, заключается на началах социального партнерства в особом порядке, т. е. ему обязательно предшествуют коллективные переговоры[2].

Как уже отмечалось, в теории трудового права общепризнанным является утверждение о том, что коллективный договор включает условия нормативные и обязательственные. Нормативные условия представляют собой договорные нормы права, которые не следует относить к разновидности локальных норм права. Локальные нормы права — результат «хозяйственной автономии»[3].

Напомним, что Л.С. Таль выделял три составляющих хозяйской власти: нормативную, диспозитивную (директивную) и дисциплинарную[4]. В отличие от нормативных, обязательственные условия коллективного договора не носят нормативного характера. Они предусматривают конкретные обязательства сторон с указанием срока их исполнения и ответственного лица.

ТК РФ ранее (до изменений, внесенных Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ[5]) содержал весьма некорректную классификацию условий коллективного договора. К нормативным положениям договора относились только те положения, которые появлялись в коллективном договоре при прямом предписании в действующем законодательстве об обязательности их закрепления в коллективном договоре. А все остальные условия договора (перечень открытый) причислялись к взаимным обязательствам сторон. Такой подход нельзя было признать плодотворным, так как ограничивалась, по сути, сфера договорного нормотворчества в коллективном договоре. Однако в действующей редакции ст. 41 ТК РФ законодатель необоснованно, по-нашему мнению, отказался от разграничения условий коллективного договора на нормативные и обязательственные. Он ввел однородное содержание коллективного договора, а именно: в него могут включаться обязательства работников и работодателей по определенному перечню вопросов (перечень открытый). Такая формулировка содержания коллективного договора порождает по крайней мере два вопроса.

Во-первых, поскольку речь идет об обязательствах сторон, следует ли из этого, что коллективные договоры не могут содержать норм права? Ответ

---

[1] См.: *Шлютер В.* Германское право трудовых конфликтов как результат воздействия судебной практики на его развитие // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 309.

[2] См.: *Волк Е.А.* Нормативные соглашения в трудовом праве. Минск, 2013. С. 43–50.

[3] Подробнее см.: *Лушников А.М., Лушникова М.В.* Курс трудового права. Т. 1. С. 819–846.

[4] См.: *Таль Л.С.* Очерки промышленного права. М., 1916. С. 22–23.

[5] См.: РГ. 2006. 7 июля.

будет отрицательным. В ст. 5 ТК РФ среди актов, содержащих нормы трудового права, названы коллективные договоры, соглашения. Более того, согласно ст. 8 ТК РФ коллективные договоры и соглашения имеют большую юридическую силу по сравнению с локальными нормативными актами работодателя. Следовательно, стороны таких договоров и соглашений вправе самостоятельно определять вопросы, по которым они принимают нормативные условия.

Очевидно, что к данным условиям коллективного договора предъявляется ряд требований. Договорное нормотворчество в коллективном договоре осуществляется прежде всего в пределах, установленных законом. Это означает, что, во-первых, договорной нормой не могут регулироваться условия, которые регламентируются императивными нормами российского законодательства. Во-вторых, стороны обязаны включить в коллективный договор нормативные положения, если в действующих законодательных актах содержится прямое предписание об обязательном закреплении этих положений в коллективном договоре. В-третьих, в коллективный договор по соглашению сторон включаются любые иные нормы, не противоречащие действующему законодательству и не ухудшающие положение работника по сравнению с действующим законодательством и иными вышестоящими по юридической силе актами, содержащими нормы трудового права.

Второй вопрос связан с «открытым» перечнем обязательств, предусмотренных сторонами договора. При этом не устанавливается хотя бы минимального «набора вопросов», которые следует разрешить в рамках коллективного договора. Практика зарубежных стран дает нам иные примеры классификации условий коллективного договора, определяющих его содержание и структуру. В Трудовом кодексе Казахстана 2007 г. коллективные соглашения и договоры, так же как и в РФ, определяются посредством многозначного понятия «правовой акт». Однако все условия коллективных договоров и соглашений подразделяются на две группы, каждая из которых отражает публичную или договорную сторону. Одни условия, перечень которых является закрытым, в обязательном порядке должны включаться в коллективные соглашения (положения о сроке действия, порядке контроля за исполнением, порядке внесения изменений и дополнений в соглашение, об ответственности сторон в случае неисполнения взятых на себя обязательств), в коллективный договор (положения о нормировании, формах и системах оплаты труда, о продолжительности рабочего времени и времени отдыха и др.). Вторая группа условий носит обязательственный характер и включается в коллективные договоры и соглашения по усмотрению сторон. Трудовой кодекс Казахстана содержит примерный перечень таких обязательственных условий (ст. 276; 284).

Следует отметить, что Концепция модельного трудового кодекса (принятая на 16-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ (см. постановление от 9 декабря 2000 г. № 16-7) предусматривает следующее. В Трудовом кодексе следует отразить обязательность включения в коллективные договоры положений, касающихся форм, систем и размеров оплаты труда, обеспечения занятости работников, их профессиональной подготовки и переподготовки, условий высвобождения работников, продолжительности рабочего времени и времени отдыха, отпусков, экологической безопасности и охраны здоровья работников на производстве, отказа

от забастовок по условиям, включенным в коллективный договор или соглашение, при их выполнении[1].

На наш взгляд, в действующем ТК РФ целесообразно отразить указанное положение концепции Модельного трудового кодекса. Это позволит также обеспечить эффективную процедуру принудительного распространения отраслевых коллективных соглашений.

В структуре коллективного договора зачастую выделяется преамбула. В качестве новой тенденции коллективно-договорной практики на Западе в современных условиях является указание на то, что стороны берут на себя обязательства учитывать в своих действиях (в том числе в случае забастовок и локаутов) не только интересы работодателя и работников, но и интересы потребителей, инвесторов и общества в целом. В России подобные заявления характерны только для коллективных соглашений, заключаемых на национальном, отраслевом, территориальном уровнях.

Рассмотрим коллективный договор как единство его договорной формы и нормативно-обязательственного содержания.

Таким образом, по своему содержанию коллективный договор является нормативно-обязательственным соглашением социальных партнеров. В этой связи речь должна идти о юридической силе этого правового акта, которая определяется следующими критериями.

1. Приоритет и прямое действие условий (договорные нормы и обязательства) коллективного договора в отношении индивидуальных трудовых договоров и место коллективных договоров (соглашений) в системе нормативно-правовых актов о труде с учетом принципа in favorem.

Международная практика практически пришла к единому знаменателю по данному критерию. Согласно Рекомендации МОТ № 163 о содействии коллективным переговорам 1981 г. названное соотношение сводится к следующим правилам:

1) коллективный договор связывает подписавшие его стороны, а также лиц, от имени которых он заключен, и в таком случае индивидуальные договоры не должны включать условия, противоречащие положениям коллективного договора;

2) если условия индивидуальных договоров противоречат коллективному договору, ухудшая положение работника, они должны считаться недействительными и замещаться на соответствующие положения коллективного договора. Однако если условия коллективного договора более благоприятны для трудящихся, чем положения коллективного договора, они сохраняют силу.

Близкая по содержанию норма закреплена в законодательстве многих стран, а также в ТК РФ (ст. 9). Вместе с тем в некоторых странах с учетом социально-экономического положения законодатель допускает исключения из принципа in favorem (договоры о труде могут только улучшать, но не ухудшать положение работника по сравнению с законодательством). Так, в Польше разрешено включать в коллективные договоры нормы, ухудшающие условия труда работников по сравнению с законодательством, если это оправдано необходимостью предот-

[1] См.: Информационный бюллетень Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ. 2001. № 26.

вращения или ограничения безработицы. Ради названных целей и в коллективные заводские договоры разрешено включать нормы, ухудшающие положение работников по сравнению с отраслевыми и региональными соглашениями[1]. Потребности обеспечения занятости обосновывают подобную коллективно-договорную практику в Германии. Так, достижение пенсионного возраста и назначение пенсии не может служить основание прекращения трудового договора. Однако такое основание может быть предусмотрено в коллективных договорах с целью обеспечения занятости работников более молодых возрастов.

В Великобритании в отличие от мировой практики включение условий коллективного договора в индивидуальный трудовой договор допускается только по соглашению между работником и работодателем. Работник и работодатель вправе прийти к соглашению о неприменении условий коллективного договора к индивидуальному трудовому правоотношению[2].

Нормативный характер коллективных договоров и соглашений диктует необходимость определения места этих источников трудового права в системе трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права. В ТК РФ эти вопросы решаются лишь отчасти, а в остальном предполагается выявление этой иерархии путем системного толкования действующего законодательства. Из ст. 8 ТК РФ можно сделать вывод о приоритете коллективных договоров и соглашений по отношению к локальным нормам трудового права. В ТК РФ содержатся положения о применении принципа in favorem в отношении коллективных договоров (соглашений) и нормативно-правовых актов о труде (ст. 8, 9), а также правило устранения конкуренции нескольких коллективных соглашений, действующих одновременно в отношении работников на основе того же принципа (ст. 48). В остальной части вопрос об иерархической подчиненности, месте коллективных договоров в системе нормативных источников трудового права остается открытым.

Очевидно, что в иерархии нормативно-правовых актов коллективные договоры (соглашения) относятся к уровню подзаконных актов, т. е. не должны противоречить законодательству о труде с учетом принципа in favorem.

Иерархия в системе подзаконных актов должна строиться с учетом соотношения федерального, регионального и местного правового регулирования, т. е. разграничения нормотворческих полномочий между федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов РФ (ст. 6 ТК РФ) и полномочий органов местного самоуправления (ст. 5 ТК РФ). Мы полагаем, что и уровни коллективно-договорного регулирования (генеральное соглашение, межрегиональные, региональные, отраслевые (межотраслевые) и иные коллективные соглашения) выстраиваются на основе таких же принципов. Между тем, как отмечается в литературе, требуют законодательного разрешения проблема отсутствия иерархии и параллельное сосуществование подзаконных нормативно-правовых актов о труде (федеральных, региональных, местных) и соответствующих уровней коллективных соглашений. К.Л. Томашевский, позиция которого заслуживает поддержки, полагает следующее: «Законодателю следовало бы придать соглашениям соответствующего уровня при-

[1] См.: *Киселев И.Я.* Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 399.
[2] См.: *Лютов Н.Л.* Коллективное трудовое право Великобритании. М., 2009. С. 70.

оритет по сравнению с нормативными правовыми актами тех органов, которые участвовали в их заключении»[1].

Обосновывается это предложение тем, что нормы и условия коллективных соглашений являются результатом совместного правотворчества соответствующих государственных органов и социальных партнеров, — в отличие от нормативно-правового акта, принимаемого единоличным решением этого органа.

2) *Всеобщность действия коллективного договора по кругу лиц* — в современной интерпретации это принцип всеобщности действия коллективного договора по кругу работников. По действующему российскому законодательству интересы работников при заключении коллективного договора могут представлять, как правило, профсоюзные органы или иные представители работников. Работники, не являющиеся членами профсоюза, вправе уполномочить орган первичного профсоюза представлять их интересы в ходе коллективных переговоров и заключения коллективного договора (ст. 30 ТК РФ). Но если они не уполномочат профсоюзный орган на представительство своих интересов, не означает ли это, что на таких работников действие коллективного договора не распространяется? Из ТК РФ следует отрицательный ответ. Согласно ст. 43 ТК РФ действие коллективного договора распространяется на всех работников данной организации, индивидуального предпринимателя независимо от членства в профсоюзе и участия в заключении коллективного договора. Коллективный договор автоматически распространяется на всех работников, принятых на работу уже после заключения коллективного договора. По сути речь идет о безусловной сфере действия коллективного договора по кругу лиц, что принципиально отличает договоры и нормативно-правовые акты. Здесь юридическая сила коллективного договора созвучна юридической силе нормативно-правового акта.

В большинстве стран коллективные договоры также распространяются на всех занятых у работодателя лиц, от имени которых он заключен, независимо от их профсоюзного членства. В ряде случаев законодательством предусматривается дополнительное условие о письменном согласии работников, от имени которых не заключался коллективный договор (вновь нанятых и других), о распространении на них действия коллективного договора (ст. 365 Трудового кодекса Республики Беларусь 1999 г.) или о присоединении к коллективному договору на основании письменного заявления (ст. 285 Трудового кодекса Казахстана 2007 г.). Между тем в ряде стран коллективные соглашения действуют только в отношении членов профсоюза. Например, в Болгарии действие коллективных договоров распространено на рабочих и служащих, которые являются членами профсоюзной организации — стороны договора. Рабочие и служащие, не входящие в состав профсоюзной организации, заключившей договор, могут к нему присоединиться, подав письменное заявление об этом работодателю и руководству профсоюзной организации[2]. В Новой Зеландии действие коллективных договоров распространяется на новых работников в течение первых 30 дней с момента заключения ими трудового договора. В течение этого вре-

---

[1] *Томашевский К. Л.* Система источников трудового права Беларуси (история, теория и практика). Минск, 2013. С. 259.

[2] См.: Трудовое и социальное право зарубежных стран / под ред. Е. Б. Френкель. М., 2002. С. 44–50.

мени или позднее работник вправе вступить в профсоюз, участвовавший в заключении данного соглашения, и таким образом официально стать стороной последнего. В противном случае по истечении 30 дней действие коллективного соглашения в отношении данного работника прекращается[1].

3) *Принудительность (обязательность) коллективного договора как правового акта, обеспеченная социально-партнерским контролем и коллективными способами самозащиты,* означает, что надлежащее исполнение коллективного договора должно обеспечиваться юрисдикционными и неюрисдикционными формами защиты прав социальных партнеров. К юрисдикционным формам относятся возможность принудительной реализации коллективного договора через судебные и иные государственные органы (государственные инспекции труда) и привлечение к юридической ответственности нарушителей условий коллективного договора. К неюрисдикционным мы относим особую форму трудоправового контроля — социально-партнерский контроль и коллективные формы самозащиты (иногда их называют паритетной ответственностью — забастовки и локауты).

Забегая вперед, отметим, что для большинства стран, по мнению специалистов, эффективные механизмы обеспечения соблюдения условий коллективных договоров (соглашений) является ахиллесовой пятой.

Особого внимания теоретиков и практиков заслуживают вопросы реализации социально-партнерского контроля. Нами была предпринята попытка обоснования нового института трудового права — трудоправового контроля (надзора), его видов и отраслевых особенностей[2]. С позиций теории и практики целесообразно разграничивать два понятия: контроль (надзор) за соблюдением норм трудового права и трудоправовой контроль (надзор). Первое понятие более емкое, межотраслевое, которое основано на общем предмете контроля. Контроль и надзор за соблюдением норм трудового права регулируются нормами различных отраслей права, не только трудового права, но и конституционного, административного, гражданско-процессуального права, а также международного права. Примером может служить судебный, в том числе конституционный, нормоконтроль в отношении нормативно-правовых актов о труде, прокурорский надзор за соблюдением трудового законодательства. Порядок проведения государственного специализированного надзора (энергетического, санитарно-эпидемиологического и др.) регламентируется нормами административного законодательства. Упоминание в ст. 366–369 ТК РФ этих видов надзора не отменяет их отраслевой принадлежности к административному праву. Такое понимание контроля позволяет решать проблемы оптимизации межотраслевых связей в целях обеспечения эффективного правового регулирования названной сферы общественной жизни.

Трудоправовой контроль (надзор) — это более узкое отраслевое понятие, которое связано с трудовым и производными от него отношениями, с деятельностью по контролю (надзору) субъектов трудового права. Порядок и средства осуществления такого контроля должны определяться природой трудовых прав и обязанностей субъектов этой отрасли права. В трудовом праве, основанном

---

[1] См.: *Черняева Д. В.* Трудовое право Новой Зеландии // Труд за рубежом. 2007. № 2. С. 118.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Охрана труда и трудоправовой контроль (надзор). М., 2015.

на единстве публичных и частных начал, трудоправовой контроль (надзор) должен носить «смешанный» характер. В ТК РФ содержится специальная гл. 57 «Государственный контроль (надзор) и ведомственный контроль за соблюдением трудового законодательства и иных нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права». В то же время ст. 370 ТК РФ закрепляет право профессиональных союзов на осуществление контроля за соблюдением норм трудового права, выполнением условий коллективных договоров, соглашений. Кроме того, стороны социального партнерства, их представители уполномочены осуществлять контроль за выполнением коллективного договора, соглашения (ст. 51 ТК РФ). По субъектам, осуществляющим контроль и надзор, следует выделять следующие виды трудоправового контроля: а) государственный, ведомственный и муниципальный; б) юрисдикционный (органы трудовой юстиции); в) социально-партнерский; г) общественный (профсоюзный).

Отметим, что институт социально-партнерского и общественного контроля имеет ярко выраженную «национальную окраску», что обусловлено нашей прошлой советской практикой наделения профсоюзов контрольными полномочиями. В международно-правовых актах МОТ для указанного случая используется иной институт сотрудничества работников и работодателей в форме консультаций и информирования. Достаточно упомянуть о Рекомендации МОТ № 94 1952 г. о консультациях и сотрудничестве между предпринимателями и трудящимися на уровне предприятия, о директивах Европейского союза о европейских производственных советах 2009 г., об информировании и проведении консультаций с представителями работников 2002 г.[1]

Социально-партнерский контроль за выполнением условий коллективных договоров, соглашений заслуживает особого внимания. Он присущ исключительно трудовому праву и отражает основную задачу трудового законодательства — создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства (ст. 1 ТК РФ). *Социально-партнерский контроль — это система взаимоотношений между работниками (представителями работников), работодателями (представителями работодателей), органами государственного, ведомственного и муниципального контроля, направленная на проведение совместного контроля в сфере труда.* Мы полагаем, что ст. 27 ТК РФ «Формы социального партнерства» следует дополнить указанием на социально-партнерский контроль. Этот контроль проводится на всех уровнях социального партнерства: федеральном, межрегиональном, региональном, отраслевом, территориальном и локальном (ст. 26 ТК РФ).

Данный вид трудоправового контроля по времени проведения может быть как предшествующим, так и текущим (сопутствующим) либо последующим. Предшествующий социально-партнерский контроль связан с участием органов социального партнерства в формировании и реализации государственной политики в сфере труда (ст. 35.1 ТК РФ). Федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления обязаны обеспечить условия для участия соответствующих комиссий по регулированию социально-трудовых отношений (в случаях, когда

[1] Подробнее о процедурах информирования и консультаций с представителями работников см.: *Гусов К. Н., Лютов Н. Л.* Международное трудовое право. М., 2013. С. 244–260.

такие комиссии на соответствующем уровне социального партнерства не образованы, — соответствующих профсоюзов (объединений профсоюзов) и объединений работодателей) в разработке и обсуждении проектов законодательных и иных нормативно-правовых актов в сфере труда. Решения соответствующих комиссий по регулированию социально-трудовых отношений или мнения их сторон (заключения соответствующих профсоюзов (объединений профсоюзов) и объединений работодателей) по направленным им законопроектам подлежат обязательному рассмотрению органами государственной власти и местного самоуправления, принимающими указанные акты.

Текущий (сопутствующий) и последующий социально-партнерский контроль предусмотрен ст. 51 ТК РФ. Согласно этой статье, контроль за выполнением коллективного договора, соглашения осуществляется сторонами социального партнерства, их представителями, соответствующими органами по труду. Эта статья носит рамочный характер, порядок ее реализации устанавливается соответственно на уровне коллективных соглашений и коллективных договоров. Это могут быть самые разные формы социально-партнерского контроля. Чаще всего такой контроль осуществляют органы социального партнерства — трехсторонние комиссии по регулированию социально-трудовых отношений. Так, в Отраслевом тарифном соглашении по организациям нефтеперерабатывающей отрасли промышленности и системы нефтепродуктообеспечения РФ на 2012–2014 гг. указывается следующее. Контроль за выполнением данного соглашения осуществляет на федеральном уровне постоянно действующая комиссия Российского союза химиков и Росхимпрофсоюза. В организациях контроль осуществляет комиссия, сформированная из представителей работодателя и выборного органа первичной профсоюзной организации для заключения коллективного договора[1].

Другой формой социально-партнерского контроля является совместный, согласованный сторонами контроль. Так, в Отраслевом тарифном соглашении в электроэнергетике РФ на 2013–2015 гг. предусматривается проведение сторонами совместного контроля[2]. При этом срок ответа стороны, получившей обращение от другой стороны по вопросу о контроле за исполнением норм соглашения, составляет не более 15 календарных дней. Стороны также в соответствии с названным соглашением предоставляют друг другу информацию, необходимую для анализа хода его реализации, рассмотрения вопросов о внесении в него изменений и дополнений, а также подготовки проектов последующих соглашений. Стороны осуществляют совместный мониторинг исполнения, ежегодно подготавливают публичный отраслевой отчет об исполнении норм соглашения.

В большинстве стран коллективные договоры являются юридически обязательными для сторон актами. Это означает, что работодатель или работники вправе обратиться в судебные органы за принудительным исполнением условий коллективного договора. В ряде стран (Германия, Дания, Франция и др.) такими полномочиями обладают специальные трудовые суды, в других странах (например, в США) — суды общей юрисдикции, и только в Великобритании коллективные договоры не считаются обязательными, кроме случаев, когда

[1] См.: Солидарность. 2012. № 24.
[2] См.: Там же. 2013. № 16; 17.

стороны договорились об обратном. Такие коллективные договоры в Великобритании почти не заключаются. При этом основным инициатором такого положения выступают профсоюзы, которые опасаются привлечения к ответственности за организацию забастовок. Необязательный характер британских коллективных договоров резко контрастирует с системами коллективно-договорного регулирования других стран мира[1].

Таким образом, в большинстве стран надлежащее исполнение коллективного трудового спора обеспечивается судебной исковой формой защиты. Так, в соответствии со ст. 135–6 Трудового кодекса Франции лица, связанные коллективным договором, могут предъявлять любые иски об исполнении договорных обязательств или возмещении убытков. Ряд стран предусматривает в законодательстве также административные формы защиты. Например, в Италии трудовые инспекторы коммун вправе применять административные штрафы, размеры которых увеличиваются пропорционально сроку, в течение которого продолжалось нарушение работодателем императивных условий коллективных договоров и количеству работников, в отношении которых имели место нарушения прав.

В соответствии с ТК РФ в содержание коллективного договора включаются взаимные обязательства сторон: работодателя и работников. Между тем при внимательном прочтении закона мы обнаружим односторонний характер этих обязательств. Односторонний договор порождает у одной стороны только обязанности, у другой — права. Но при этом он остается договором, требующим соглашения сторон, юридические обязанности по коллективному договору, по сути, несет только одна сторона — работодатель. Именно обязанности работодателя обеспечиваются санкцией — административной и дисциплинарной ответственностью представителя работодателя, виновного в нарушении или невыполнении коллективного договора, предусмотренной административным законодательством. Однако следует заметить, что суммы административного штрафа перечисляются в государственный бюджет, а не потерпевшей стороне, в данном случае коллективу работников. Более того, сам по себе административный штраф — еще не гарантия обеспечения принудительного исполнения условий коллективного договора и восстановления нарушенных коллективных прав.

Не снимает проблемы и применение мер дисциплинарной ответственности к представителю работодателя. Согласно ст. 195 ТК РФ работодатель обязан рассмотреть заявление представительного органа работников о нарушении руководителем организации, руководителем структурного подразделения, их заместителями условий коллективного договора, соглашения и сообщить о результатах рассмотрения. В случае если факты нарушений подтвердились, работодатель обязан применить к руководителю дисциплинарное взыскание вплоть до увольнения. Однако работодатель вправе ограничиться, например, объявлением замечания, и требования рассматриваемой статьи закона будут соблюдены.

Нам могут возразить, указав на то, что каждый работник индивидуально или группой вправе обратиться сначала в комиссию по трудовым спорам или в суд с иском о нарушении индивидуальных трудовых прав, предусмотренных коллективным договором. Решение суда по конкретному делу обеспечивается принудительным исполнительным производством. Очевидно, что такие индивидуаль-

[1] См.: *Лютов Н.Л.* Указ. соч. С. 68–69.

ные обращения в суд не могут рассматриваться в качестве адекватного способа обеспечения исполнения договора со стороны работодателя. По коллективному договору коллективным социально-трудовым правам работников корреспондируют обязанности работодателя, следовательно, необходимы не только индивидуальные, но и коллективные средства защиты прав работников. Аналогичная ситуация складывается и в отношении обязательных к исполнению предписаний государственного инспектора труда об устранении выявленных нарушений договорных норм в отношении конкретных работников и привлечению к административной ответственности представителя работодателя (ст. 55 ТК РФ).

Из действующего трудового законодательства следует, что таким коллективным средством принудить работодателя выполнить условия коллективного договора является забастовка. Работники вправе реализовать свое право на забастовку при соблюдении установленных примирительных процедур в любое время как в период коллективных переговоров по поводу заключения коллективного договора, так и после его подписания. Сохраняется право на забастовку, даже если в коллективном договоре закреплено обязательство отказа коллектива работников от забастовок по условиям, включенным в данный коллективный договор, при своевременном и полном их выполнении работодателем. Об этом свидетельствует исчерпывающий перечень оснований признания забастовки незаконной ст. 413 ТК РФ, где такого основания, как нарушение обязательства об отказе от забастовок, не предусматривается. Таким образом, названное обязательство носит декларативный характер и не обеспечено санкциями на случай его нарушения. Это вновь подтверждает наш тезис об одностороннем характере коллективного договора.

Следует отметить, что такие обязательства были известны российской коллективно-договорной практике 20-х гг. XX в. В. М. Догадов, анализируя практику применения Кодекса законов о труде 1922 г. в отношении коллективных договоров, писал, что у нас обязанность профсоюзов воздержаться от стачек по коллективному договору существует только в отношении частновладельческих предприятий, на государственных не практикуется[1].

Вернемся к действующему российскому законодательству. Возникает закономерный вопрос: зачем прибегать к такому конфликтному и «обоюдоострому» способу обеспечения исполнения коллективного договора, как забастовка? Если коллективный договор — это обязательство, подписанное сторонами, то и разрешить этот конфликт по существу следует в юрисдикционном органе. Если мы рассмотрим зарубежный опыт, то найдем немало случаев подтверждения указанной позиции. Так, Закон Испании «О статусе трудящихся» 1980 г. устанавливал, что конфликты, связанные с применением и толкованием коллективного договора, разрешаются компетентным судебным органом. В Швеции Законом «О совместных решениях и трудовых отношениях» 1976 г. предусматривалось право суда по заявлению любой из сторон не только разрешить по существу спор по поводу нарушения условий коллективного договора, но и применить коллективные санкции организационного характера. Речь идет об объявлении коллективного договора недействительным либо об освобождении одной из сторон от обяза-

[1] См.: *Догадов В. М.* Правовое положение профессиональных союзов в СССР. Очерки профсоюзного права. М.-Л., 1928. С. 44.

тельств, вытекающих из договора[1]. Во многих странах в качестве добровольной альтернативы судебной процедуре признаются примирение и арбитраж. Например, в США по Закону Тафта — Хартли профсоюзы и работники получили право обжаловать в суд действия другой стороны, нарушающей положения коллективного договора. Суд рассматривает иск по существу, если коллективный договор не содержит условия об арбитражном урегулировании конфликта[2].

В Канаде законодательством (федеральным, провинциальным) предусматривается принудительный арбитраж спорных вопросов, возникающих в процессе действия коллективного договора. Коллективные договоры в Канаде содержат положения о процедуре разбора жалоб и об арбитраже конфликтов, возникающих в ходе применения коллективного договора. При этом решение принудительного арбитража окончательно и обязательно для сторон. Принудительный арбитраж в трудовых отношениях Канады играет роль альтернативы забастовкам и локаутам в период действия коллективного договора[3]. Конституционный закон Австрии запрещает трудовые конфликты и забастовки по поводу условий труда, которые урегулированы коллективным договором. В обязательственной части коллективного договора устанавливаются обязательства сторон разрешения споров сторонами мирным путем.

Взаимность обязательств сторон коллективного договора в зарубежной практике обеспечивается не только решениями юрисдикционных органов, но и институтом паритетных способов обеспечения исполнения обязательств, формами коллективной самозащиты (забастовка-локаут). Иногда этот институт в ключе теории позитивной ответственности называют институтом «паритетной ответственности сторон». Суть этого института заключается во взаимном отказе сторон на период действия коллективного договора от забастовок и локаутов. В ТК РФ рецепция названного института носит половинчатый характер. С одной стороны, в коллективный договор стороны вправе включить обязательство от отказа от забастовок по условиям, включенным в данный коллективный договор и при их выполнении (ст. 41 ТК РФ), с другой — локауты со стороны работодателя запрещены (ст. 415 ТК РФ). В законе отсутствуют санкции на случай нарушения коллективом работников обязательства отказа от забастовок. Предусмотреть этот вид ответственности в самом коллективном договоре также невозможно, так как эти санкции будут ухудшать положение работника по сравнению с законом и потому будут признаны недействительными. Нам могут выдвинуть встречный контраргумент, указав, что такие санкции существуют по закону в виде дисциплинарной ответственности, к которой привлекаются работники, продолжающие участие в забастовке, признанной незаконной (ст. 417 ТК РФ). Но это не ответственность стороны коллективного договора, а индивидуальная дисциплинарная ответственность конкретного работника по закону. Таким образом, и в этой части ныне действующий закон не содержит юридических обязанностей, а следовательно, и юридической ответственности другой стороны коллективного договора — коллектива работ-

---

[1] См.: Швеция: Конституция и законодательные акты. М., 1983. С. 260–277.

[2] См.: *Мачульская Е.* Управление предприятием и трудовое право: опыт США. М., 1996. С. 38–40.

[3] См.: *Цысина Г.А.* Коллективно-договорное регулирование трудовых отношений в Канаде // Коллективный договор в странах Запада: от подготовки до реализации. М., 1998. С. 156–157.

ников. Именно в этом смысле верно утверждение, что сейчас по законодательству коллективный договор с точки зрения юридической квалификации носит односторонний характер. Эта ситуация ненормальная, взаимные обязанности и ответственность должны стать неотъемлемой частью правового механизма социального партнерства. В этой связи особый интерес представляет теория паритетной ответственности сторон, иными словами — теория «противовесов» забастовке — локаут. Ограничимся на этот счет общими замечаниями[1].

В советской науке названную теорию квалифицировали как буржуазную теорию «классового мира», призванную «замаскировать эксплуататорскую природу буржуазного строя, приукрасить капитализм». Вместе с тем отечественные ученые раскрывали сущность этой теории, практику ее применения в странах развитого капитализма[2]. В буржуазной теории различают два вида «обязанности классового мира» — относительную и абсолютную. «Относительная обязанность мира» исключает забастовки, а соответственно, и локауты по вопросам, урегулированным коллективным договором, в течение периода его действия. «Абсолютная обязанность мира» выходит за рамки коллективного договора и распространяется на любые коллективные трудовые конфликты по вопросам, не урегулированным коллективным договором. Эта обязанность может сохраняться и после истечения срока коллективного договора[3]. Эти «мирные обязательства» также могут подразделяться на виды в зависимости от оснований их исполнения. Так, в ряде стран, где проведение забастовки запрещено в течение срока действия коллективного договора (например, Канада, США, Германия), этот отказ действует независимо от того, нарушается коллективный договор со стороны работодателя или нет. Так, в Германии право на забастовку и локаут ограничивается Конституцией ФРГ. Если в тарифном договоре устанавливается обязательство разрешения споров мирным путем (мирный принцип), то на период действия тарифного соглашения запрещаются любые забастовочные мероприятия с целью изменения содержания тарифного договора. В судебном порядке возможно продление действия мирного принципа до реального исчерпания всех возможностей мирно договориться, включая добровольную согласительную процедуру. Забастовки могут объявляться и проводиться исключительно профсоюзами, наделенными тарифной правоспособностью и только в целях тарифного (коллективного) регулирования. Германское трудовое право и судебная практика предусматривают два основных принципа в разрешении трудовых конфликтов: принцип паритета, т. е. между сторонами тарифного договора должен существовать примерный паритет сил в средствах и переговорных возможностях, и принцип соразмерности средств борьбы. В качестве противодействия забастовкам разрешается только «оборонительный локаут» (в ответ на забастовку)[4].

---

[1] Подробнее о паритетной ответственности см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 2. С. 1036–1073.

[2] См., например: *Усенин В. И.* Социальное партнерство или классовая борьба? М., 1968; *Киселев И., Мошенский М.* Буржуазные теории труда на службе монополий. М., 1965 и др.

[3] См.: *Киселев И. Я.* Трудовые конфликты в капиталистическом обществе: социально-правовые аспекты. М., 1978. С. 189.

[4] См.: *Шлютер В.* Германское право трудовых конфликтов как результат воздействия судебной практики на его развитие // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 310–323.

В других странах, например во Франции, под «мирным обязательством» понимается отказ от проведения забастовок в случае, если положения коллективного договора, соглашения не нарушаются. Различается и порядок правового закрепления юридической силы «мирных обязательств». Например, в США для того, чтобы мирное обязательство имело юридическую силу, необходимо его закрепление в коллективном договоре, а в большинстве провинций Канады независимо от воли сторон коллективного договора это обязательство следует из законодательства[1].

Комитет экспертов МОТ проанализировал законодательство многих странах по вопросам, возникающим в связи с системами коллективных переговоров, предусматривающих социальный мир (отказ от забастовок) на период действия коллективного договора с помощью либо законодательства, либо коллективного договора, либо положений, установленных решением суда или арбитражного органа. Комитет полагает, что все эти варианты, как допускающие отказ от забастовок на период действия коллективного договора, так и не устанавливающие подобных ограничений, согласуются с конвенциями МОТ о свободе объединения и праве на коллективные переговоры. При этом выбор следует оставить на усмотрение каждого государства в зависимости от его законодательства и практики.

Российскому законодателю, провозгласившему социально-партнерские начала в регулировании трудовых отношений, зарубежный опыт «мирных обязательств» может сослужить добрую службу. В плане рецепции этот опыт заслуживает внимания нашего законодателя[2]. Вероятно, весьма незначительное число забастовок является причиной существующего правового регулирования коллективного договора как одностороннего соглашения.

Коллективный договор (соглашение) по своей форме является договорным актом. В этой связи он приобретает следующие формальные характеристики.

Коллективный договор (соглашение) — это результат особой процедуры — коллективные переговоры, которые проводятся уполномоченными субъектами, руководствуясь принципами социального партнерства. Коллективный договор (соглашение) заключается и исполняется на социально-партнерских началах (ст. 24 ТК РФ «Основные принципы социального партнерства»). Свобода объединения и право на ведение коллективных переговоров признается одним из основополагающих принципов и прав в сфере труда, закрепленных в одноименной Декларации МОТ 1998 г. Из конвенций и рекомендаций МОТ также следует, что право на коллективные переговоры является основополагающим правом, с которым члены МОТ согласились, вступая в организацию.

Полномочность представителей сторон договора (соглашения). Институт представительства в трудовом праве должен занять самостоятельное место в структуре общей части трудового права и в структуре ТК РФ. Этот институт объединяет два вида трудоправового представительства: представительство работников и работодателей в индивидуальных трудовых отношениях и представительство в социально-партнерских (коллективных отношени-

---

[1] См.: *Лютов Н. Л.* Забастовки и другие промышленные акции работников (международный и сравнительно-правовой анализ) // Труд за рубежом. 2001. № 4. С. 106–107.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 2. С. 1068–1089.

ях)[1]. В свою очередь, каждый вид трудоправового представительства включает представительство сторон названных отношений (работников, работодателей). В зависимости от оснований возникновения трудоправового представительства можно выделить законное и уполномоченное представительство. Отметим, что правовой статус представителей в социально-партнерских (коллективных) отношениях имеет ярко выраженную отраслевую окраску (ст. 29, 33, 34 ТК РФ).

В современной науке трудового права сложились два противоположных подхода к определению представительства в социально-партнерских (коллективных) правоотношениях. Одни авторы отрицают существование такого института в трудовом праве. Так, В. М. Лебедев считает, что в отношениях социального партнерства имеет место не представительство, а делегирование полномочий работодателем работниками (трудовым коллективом), иными общественными, в том числе и профессиональными организациями. Делегирование полномочий, по мнению ученого, имеет место и во внутриорганизационных отношениях общественных организаций, в том числе в профсоюзах и трудовых коллективах (объединениях работников организации в случаях установления условий труда, например колдоговорного процесса)[2].

Между тем делегирование полномочий — это способ наделения полномочиями, при котором один субъект передает другому право решить вопрос, отнесенный к компетенции первого. Иными словами субъект наделен, обладает этими правомочиями, но передает часть этих правомочий — обычно в договорной форме — другим субъектам. В этом случае субъекты действуют от своего имени. Чаще всего этот институт применяется в публичных отраслях права (конституционном, административном праве). В гражданском праве отношения по делегированию полномочий рассматривали либо в качестве предпосылки отношений по представительству[3], либо в структуре отношений по представительству[4].

Другие авторы, позиция которых заслуживает поддержки, обосновывают представительский характер социально-партнерских отношений. В социально-партнерских отношениях сами субъекты, конкретные работники не могут самостоятельно, непосредственно реализовать права на ассоциацию, на коллективные переговоры, на коллективные трудовые споры и забастовку. Эти права

---

[1] См., напр.: *Васильев В. А.* Представительство и защита профсоюзами социально-трудовых прав и интересов работников. Челябинск, 2007. С. 228–229. Указанный автор выделяет представительство в индивидуальных и коллективных правоотношениях. При этом под представительством он понимает основанную на нормах права деятельность субъектов трудовых отношений, органов, формируемых с их участием в целях осуществления защиты социально-трудовых прав работников и интересов работодателей. Это определение даже отдаленно не напоминает институт представительства. В нем отсутствует такой необходимый признак, как действия представителя от имени и в интересах представляемого, при этом названные действия не ограничиваются только защитой прав представляемого. Более того, если следовать предложенному определению представительства, то комиссии по трудовым спорам, примирительные комиссии становятся представителями сторон трудового спора.

[2] См.: *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву России. Вып. 3. Томск, 2002. С. 49–51; *Лебедев В. М. [и др.]* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 1. М., 2007. С. 213–217.

[3] См.: Советское гражданское право. В 2 т. Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. М., 1985. С. 262.

[4] См.: *Невзгодина Е. А.* Представительство по советскому гражданскому праву. Томск, 1980.

осуществляются исключительно в коллективной форме. При этом институт представителей работников и работодателей является необходимым, обязательным атрибутом социально-партнерских отношений. Перечисленные права не могут быть реализованы в индивидуальной форме, в этой связи едва ли уместно вести речь о передаче другим субъектам права неких коллективных полномочий. В социально-партнерских отношениях мы имеем дело с институтом представительства, который характеризуются следующими существенными признаками: 1) представители работников и работодателей действуют от имени представляемых и в интересах представляемых по отношению к третьим лицам, осведомленным о представительном характере действия.; 2) отношение представительства является трехсторонним, поскольку связывает трех самостоятельных субъектов: представляемого, представителя и третье лицо; 3) действия представителя являются его собственными, самостоятельными, правомерными и волевыми действиями, хотя и направленными на возникновение определенных юридических последствий для представляемого.

По действующему российскому законодательству в зависимости от уровня коллективных переговоров в роли субъектов выступают представители работников и работодателей. Поэтому необходимо определиться по двум вопросам. Во-первых, кто признается полномочным представителем сторон? Во-вторых, в каком порядке осуществляется такое признание? Для реализации права на коллективные переговоры названные субъекты должны уполномочить своих представителей на ведение коллективных переговоров в установленном порядке, т. е. речь идет об их официальном признании в качестве представителя субъекта коллективных переговоров, иными словами, речь идет о правомочности сторон коллективного договора (соглашения).

Как свидетельствует зарубежный опыт, для начала коллективных переговоров необходимо взаимное признание сторон. В законодательстве зарубежных стран этот вопрос решается двумя способами:

– либо взаимным признанием сторон в добровольном порядке по их усмотрению;
– либо в обязательном порядке представителями стороны социального партнерства признаются «наиболее представительные» либо «независимые» профессиональный союзы и союзы работодателей, в том числе путем их принудительного признания административными органами.

В зарубежной практике чаще всего представителями работников признаются профсоюзы. Например, по законодательству Италии на всех уровнях социального партнерства интересы работников представляют профсоюзы: Национальная конфедерация профсоюзов, профсоюзные структуры на региональном, районном уровнях и унитарные профсоюзные представительства на уровне организации, напрямую избранные трудящимися по спискам, представленным различными профсоюзными организациями[1]. Но в ряде стран (например, в Болгарии) допускается признание в качестве представителей и иных органов представительства работников, независимых от работодателя.

Некоторые страны избирают одновременно оба способа признания сторон коллективных переговоров в зависимости от уровня коллективно-договорного

[1] См.: *Тирабоши М.* Социальное партнерство в Италии // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 156–162.

регулирования. Так, Трудовой кодекс Польши на уровне коллективных договоров предприятия устанавливает «взаимопризнание сторон» в добровольном порядке, при этом инициатором коллективных переговоров вправе выступить любая профсоюзная организация или несколько профсоюзных организаций, ведущих переговоры совместно. Коллективные соглашения (отраслевые и региональные) заключаются только представительными организациями предпринимателей и профсоюзов. Министр труда и социальной политики определяет национальные представительные организации, от имени которых может заключаться коллективное соглашение[1].

Здесь следует оговориться, что в зарубежном законодательстве используется две основные системы представительства работников профсоюзами: профсоюзный монополизм и профсоюзный плюрализм. В советском трудовом законодательстве с первых лет советской власти признавался профсоюзный монополизм в коллективно-договорной практике. Профсоюзы были единственными полномочными представителями рабочих и служащих при заключении коллективных договоров. Согласно Конвенции № 87 о свободе ассоциации и защите права на организацию не противоречит принципу профсоюзного плюрализма признание особых прав наиболее представительных профсоюзов (в первую очередь в отношении коллективных переговоров). При этом процедура определения наиболее представительных профсоюзов должна носить объективный характер, периодически пересматриваться и не препятствовать нормальному функционированию всех других профсоюзов. Более того, Комитет по свободе объединения и Комитет экспертов МОТ считают, что системы и профсоюзного монополизма и профсоюзного плюрализма не противоречат международным трудовым стандартам в области свободы объединения[2].

Российский законодатель избирает свой особый способ признания полномочности сторон коллективных переговоров в зависимости от уровня социального партнерства, который лишь частично основан на заимствовании зарубежного опыта. В ТК РФ на уровне коллективных переговоров по поводу заключения генерального, отраслевых, территориальных и иных коллективных соглашений предусматривается исключительно профсоюзное представительство профсоюзами и их объединениями соответствующего уровня. Их характеристики определены Федеральным законом от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности»[3]. Соответственно, и в Федеральном законе от 27 ноября 2002 г. № 156-ФЗ «Об объединениях работодателей»[4] дано определение общероссийского объединения, общероссийского отраслевого (межотраслевого) объединения и др.

В отношении заключения коллективных договоров в организации, у индивидуального предпринимателя легализован «смешанный вариант»: профсоюз-

---

[1] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 419–420.

[2] См.: Свобода объединения и коллективные переговоры. Доклад Комитета экспертов по применению конвенций и рекомендаций на Международной конференции труда. 81-я сессия, 1994 г. Женева, 1995. С. 112–113; Свобода объединения: сборник решений, принятых Комитетом по свободе объединения Административного совета МОТ, и выработанных им принципов. Женева, 1997. С. 168–169.

[3] См.: СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 148 (с изм. и доп.).

[4] См.: СЗ. РФ. 2002. № 48. Ст. 4741 (с изм. и доп.).

ного представительства и (или) иных представителей работников. В соответствии с ТК РФ на локальном уровне организации последовательно применяются институты: 1) наиболее представительный профсоюз, объединяющих более половины работников данного работодателя; 2) единый представительный орган при наличии в организации нескольких первичных профсоюзных организаций объединяющих более половины работников данного работодателя; 3) представитель (первичной профсоюзной организации или иного представителя работников), уполномоченный общим собранием работников. При этом, как мы видим, профсоюзы наделяются преимущественными правами представительства работников по сравнению с иными представителями работников. Они могут появиться только в случае отсутствия первичных профсоюзов и профсоюзов, объединяющих более половины работников организации.

Положения ТК РФ о плюрализме представительства работников соответствует международно-правовым стандартам. Так, согласно Конвенции МОТ № 135 о представителях трудящихся на предприятии и предоставляемых им возможностям 1971 г. в число представителей трудящихся входят: представители, назначенные или избранные профессиональными союзами или членами таких профсоюзов или выборные представители, а именно представители, свободно избранные трудящимися предприятия в соответствии с положениями национального законодательства или коллективных договоров и функции которых не включают деятельность, которая признана в качестве исключительной прерогативы профессиональных союзов в данной стране. Во многих странах наряду с профсоюзами важную роль в качестве представителей работников играют органы рабочего представительства (производственные советы). Комитет экспертов МОТ особо отмечает, что если ни один из профсоюзов не охватывает более 50% трудящихся, право на коллективное ведение переговоров должно быть предоставлено всем профсоюзам данного коллектива, по крайней мере от имени членов этих профсоюзов. Комитет МОТ по свободе объединения также подчеркнул, что «в случаях, когда в соответствии с существующей системой наиболее представительный профсоюз пользуется преференциальными или исключительными правами для целей переговоров, решения относительно наиболее представительной организации должны приниматься посредством объективных и заранее установленных критериев для устранения вероятности пристрастного подхода или злоупотреблений».

Свобода коллективного договора и равноправие сторон. В ТК РФ наш законодатель «изобрел» особый российский вариант права на коллективные переговоры, которому корреспондирует обязанность работодателя вступить в коллективные переговоры и заключить коллективный договор по согласованным условиям. Однако еще в начале 20-х гг. XX в. И. С. Войтинский справедливо утверждал, что работодателю нецелесообразно заключать коллективный договор только в его согласованной части, ибо это будет совсем другой по содержанию договор[1].

Согласно ст. 38 ТК РФ, если в ходе коллективных переговоров не принято согласованное решение по всем или по отдельным вопросам, то составляется

[1] См.: *Войтинский И. С.* Основные вопросы коллективного договора по Кодексу законов о труде // Вопросы труда. 1923. № 5–6. С. 30–39.

протокол разногласий. Урегулирование этих разногласий, возникших в ходе коллективных переговоров по поводу заключения, изменения коллективного договора, соглашения производится в порядке, предусмотренном для разрешения коллективных трудовых споров, включая право работников на забастовку. Объявлению забастовки обязательно по закону должны предшествовать примирительные процедуры. Стороны коллективного спора не вправе уклоняться от создания примирительной комиссии и участия в ее работе (ст. 402 ТК РФ). В противном случае забастовка работников будет признана незаконной в судебном порядке (ст. 413 ТК РФ). Не имеет ли место в данном случае «навязывание» процедуры принудительного арбитража, если стороны не достигают договоренности по проекту коллективного договора? Комитет по свободе объединения МОТ считает, что положения, согласно которым при отсутствии договоренности между сторонами спорные вопросы коллективных переговоров должны решаться арбитражем властей, не соответствуют принципу добровольности переговоров (Конвенция № 98). Комитет по свободе допускает применение принудительного арбитража по инициативе властей или одной из сторон либо в силу закона в следующих случаях: а) в жизненно важных службах в строгом смысле слова (где приостановка деятельности создает угрозу жизни, личной безопасности или здоровью населения или его части); б) в отношении государственных служащих, которые заняты в органах государственного управления; 3) в случае острого национального кризиса. Арбитраж, который признается обеими сторонами, всегда легитимен[1].

В качестве принципа свободы коллективных договоров проявляется свобода выбора при обсуждении вопросов, входящих в сферу труда. Нормы МОТ (конвенции № 98, 151, 154, Рекомендация № 91) сводят основное содержание коллективных переговоров к срокам и условиям труда и занятости. Согласно ТК РФ, объектом коллективных переговоров являются действия сторон по подготовке, заключению, изменению коллективного договора, соглашения. Содержание и структура будущего коллективного договора, соглашения определяется сторонами, а в законе дается примерный перечень вопросов, которые могут быть предметом обсуждений в ходе коллективных переговоров при заключении коллективного договора (ст. 41 ТК РФ). На практике это означает для социальных партнеров полную свободу выбора условий договора, подлежащих обсуждению в рамках общих границ, а именно: условия договора не должны ухудшать положения работников по сравнению с действующим российским трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права (ст. 9 ТК РФ). Следует отметить, что указанные границы также нашли почти повсеместное закрепление в законодательстве многих зарубежных стран, более того — эти границы дополняются рядом иных критериев и требований как общего, так и конкретного характера. Например, в Законе Турции «О коллективных трудовых соглашениях, забастовках и локаутах» 1983 г. имеется общее ограничение, которое звучит следующим образом: «коллективное соглашение не должно содержать положений, противоречащих принципу целостности государства, угрожающих общественному порядку, на-

[1] См.: *Жернигон Б., Одеро А., Гуидо Г.* Коллективные переговоры: нормы МОТ и принципы деятельности контрольных органов. Женева, 2001. С. 76–77.

циональной безопасности, морали, здравоохранению, а также противоречащих законодательству по борьбе с преступностью»[1].

Следует отметить, что контрольные органы МОТ поддерживают такие исключения из объекта коллективных переговоров. Кроме того, Комитет по свободе объединений отметил, что некоторые вопросы логично считать не входящими в сферу переговоров, такие как вопросы, относящиеся в первую очередь или по существу к сфере административно-оперативного ведения государственных дел. Однако комитет также указал, что, если политические решения могут иметь важные последствия для условий занятости, они могут стать предметом свободных коллективных переговоров[2].

Контрольные органы МОТ дают толкование понятия «условия труда и занятости» как объекта переговоров. Эти понятия не ограничиваются традиционными условиями труда (рабочее время, сверхурочные, заработная плата и др.), а охватывают ряд проблем управленческого характера, такие как сокращение персонала, переводы, изменение графика работы и др. Список тем, по которым могут вестись переговоры, весьма обширен, но не безграничен. Контрольные органы МОТ позволяют исключить из круга переговоров вопросы, решение по которым остается за работодателем в качестве одной из составляющих его права на свободное управление предприятием. Это такие вопросы, как распределение рабочих обязанностей и назначения.

Согласно ТК РФ, стороны коллективных переговоров не только определяют содержание и структуру коллективного договора (соглашения), но и решают вопросы процедурного характера. Они устанавливают порядок разработки проекта коллективного договора (соглашения) и его заключения в соответствии с ТК РФ и иными федеральными законами, порядок внесения изменений и дополнений в коллективный договор (соглашение). В законодательстве ряда стран особое место отводится именно процедурным условиям коллективного договора. Так, в соответствии с действующим трудовым провинциальным законодательством Канады в коллективный договор в качестве обязательных должны включаться положения о признании работодателем профсоюза и положения, устанавливающие процедуру урегулирования коллективных трудовых споров в период действия коллективного договора, порядок передачи нерешенных конфликтов в арбитраж в случае отказа сторон в период действия коллективного договора от забастовок и локаутов. Этот принудительный арбитраж в трудовых отношениях в Канаде играет роль альтернативы забастовкам и локаутам в период действия коллективного договора. Назначение названных выше процедурных норм состоит в обеспечении реализации самой важной части коллективного договора, касающейся условий труда и занятости (ставки заработной платы, социальные выплаты работникам, производственное обучение и др.)[3].

В построении коллективного договора как соглашения социальных партнеров используются договорные конструкции: порядок вступления в силу со дня подписания или дня, установленного соглашением; письменная форма договора с уведомительной регистрацией; срочность коллективного договора (соглаше-

---

[1] См.: Труд за рубежом. 1995. № 4. С. 82.

[2] См.: Доклад Комитета по свободе объединения. 311-й доклад. Дело № 1951. Параграф 220.

[3] См.: *Цысина Г.А.* Коллективно-договорное регулирование трудовых отношений в Канаде // Коллективный договор в странах Запада: от подготовки до реализации. М., 1998. С. 155–156.

ния); институт присоединения к коллективным соглашениям; пролонгация и правопреемство в коллективных договорах; отлагательное условие коллективного соглашения. Однако закрепляются в трудовом законодательстве эти договорные конструкции с учетом нормативного содержания коллективных договоров (соглашений). Договорная форма не должна вступать в конфликт с правовой природой, содержанием коллективного договора (соглашения).

Несколько слов следует сказать о пределах действия коллективных договоров и соглашений во времени как договорных актов. В законодательстве большинства зарубежных стран коллективные договоры и соглашения относятся к категории срочных договоров. Обычно устанавливается в законе максимальный срок (5 лет), реже — и минимальный срок. В некоторых странах (Бельгия[1], Великобритания, Франция) коллективные договоры могут заключаться на неопределенный срок и расторгаются при наличии предварительного предупреждения другой стороны[2]. Так, в Израиле по Закону о коллективных соглашениях 1957 г. коллективное соглашение может быть как срочным, так и бессрочным. Коллективное соглашение с неопределенным сроком может быть прекращено по инициативе одной из сторон, притом что к этому времени указанное соглашение действовало не менее года.

Особая ситуация сложилась в нашей стране после принятия Закона РФ о коллективных договорах 1992 г., ныне утратившим силу. С одной стороны, коллективные договоры и соглашения признавались срочными договорами и заключались на срок от 1 года до 3 лет (коллективные договоры) и до 3 лет (коллективные соглашения). С другой стороны, предусмотренное законом правило о пролонгации коллективного договора (ст. 14) превращало его на практике в договор на неопределенный срок, если того пожелает хотя бы одна из сторон. Согласно этому правилу, по истечении установленного срока коллективный договор действует до тех пор, пока стороны не заключат новый или не изменят, дополнят действующий. Кроме того, закон не предусматривал правила о прекращении коллективного договора в связи с истечением срока его действия даже по соглашению сторон. В отношении коллективных соглашений вышеназванного правила о пролонгации закон не предусматривал, следовательно, коллективные соглашения прекращают свое действие в связи с истечением срока или досрочно по обоюдному соглашению сторон. Напомним, что этот закон отменен.

В ТК РФ законодатель принимает разумное решение, восстанавливая общие правила срочности коллективного договора и коллективного соглашения. Коллективный договор, соглашение заключаются на срок до 3 лет. Стороны вправе соглашением продлить срок их действия, но не более чем на 3 года. Законодатель не предусматривает возможности досрочного прекращения коллективного договора, соглашения на основании договоренности сторон (ст. 43, 48).

Особые правила устанавливаются в части пролонгации коллективного договора. Смена работодателя в результате продажи предприятия (смены формы собственности), его реорганизации может повлиять на судьбу коллективного договора. Здесь мы встречаем два законодательных варианта решения этой пробле-

---

[1] См.: *Мачульская Е. Е.* Трудовое право Бельгии. // Трудовое право России и стран Евросоюза. М., 2012. С. 102.

[2] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. С. 246.

мы. При первом варианте, например, согласно ст. 43 ТК РФ трудоправового правопреемства не возникает в случаях смены формы собственности организации, реорганизации (слияние, присоединение, разделение и выделение). Коллективный договор прекращает свое действие по истечении 3 месяцев со дня перехода прав собственности или периода реорганизации. Стороны вправе заключить новый трудовой договор или пролонгировать прежний на срок до 3 лет.

Второй вариант нам представляется наиболее адекватным правовой природе коллективного договора. Он связан с легализацией правопреемства в коллективном договоре. Так, Кодекс законов о труде РСФСР 1922 г. предусматривал, что в случае реорганизации предприятия или учреждения или перехода такового к новому владельцу зарегистрированный коллективный договор остается в силе в течение всего срока его действия. Стороны вправе пересмотреть этот коллективный договор, что не лишает его силы до момента нового соглашения (ст. 23). Аналогичные примеры известны и зарубежной практике. В Израиле по Закону о коллективных соглашениях 1957 г. при смене работодателя ввиду продажи предприятия, его слияния или разделения коллективное соглашение сохраняет свое действие. Согласно ст. 367 Трудового кодекса Республики Беларусь, коллективный договор сохраняет действие в течение срока, на который он заключен, если стороны не приняли иного решения.

Исключительно договорной конструкцией является отлагательное условие договора. В коллективном соглашении может быть предусмотрена возможность временного приостановления действия отдельных положений коллективного соглашения в отношении конкретного работодателя по соглашению между работодателем и представителями работников (ст. 48 ТК РФ).

Особого внимания заслуживает институт присоединения к коллективному соглашению. Этот институт был легализован в Федеральном законе о коллективных договорах 1995 г., ныне отмененном. Он касался только одного вида коллективных соглашений — тарифных, профессиональных соглашений. Согласно названному закону министр труда РФ имел право предложить работодателям, не участвовавшим в заключение данного соглашения, присоединиться к коллективному соглашению, в сферу действия которого включаются не менее 50 % работников отрасли (профессии). Если работодатели или представители работников в течение 30 дней не заявляли о своем несогласии присоединиться к нему, соглашение считалось распространенным на данных работодателей. В ТК РФ эта процедура видоизменена. Предложение о присоединении к заключенному на федеральном уровне отраслевому соглашению не направляется конкретным работодателям, осуществляющим деятельность в соответствующей отрасли, а только официально публикуется. Если работодатели в течение 30 календарных дней со дня официального опубликования названного предложения не представили в федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере труда, письменный мотивированный отказ, то соглашение считается распространенным на этих работодателей со дня официального опубликования этого предложения (ст. 48). Следовательно, вопрос о присоединении к коллективному соглашению решает только одна сторона — работодатель, а участие работников ограничивается участием в консультациях через выборный орган первичной профсоюзной организации.

А. С. Пашков писал, что в этих случаях, для того чтобы соглашения действовали в данной организации, достаточно одной из сторон присоединиться к нему, хотя такое решение небезупречно с точки зрения социального партнерства, но оно оправдано защитой интересов наемных работников[1]. В законодательстве некоторых стран эта проблема решена иначе на социально-партнерских началах. Так, в соответствии с Кодексом законов о труде Венгрии коллективный договор действовал в отношении работодателя, который не подписал этот договор, но впоследствии присоединился к нему с согласия компетентного профсоюза.

К сожалению, наш законодатель вновь попытался быть «впереди планеты всей», соединив две самостоятельные процедуры присоединения и распространения коллективных соглашений. Проведенный нами анализ зарубежного законодательства позволил вычленить проявившуюся на сегодняшний день тенденцию разграничения правовых процедур присоединения и распространения коллективного соглашения. Институт присоединения к коллективному соглашению характеризуется основным признаком — добровольное изъявление желания работодателя или представителей работников присоединиться к этому соглашению и последующей официальной регистрацией такого присоединения. Так, по законодательству Заира к коллективному договору могут присоединяться объединения нанимателей и трудящихся, должным образом созданные и зарегистрированные, официально сообщив об этом в орган по труду. Присоединившиеся к договору имеют права и берут на себя обязательства, обусловленные договором. Расторгнуть договор они вправе не ранее чем через 2 года[2]. В действующем ТК РФ правом добровольного присоединения к уже заключенному коллективному соглашению наделены только работодатели (ст. 48 ТК РФ). Вероятно, по мнению законодателя, порядок такого присоединения может (или должен?) предусматриваться в этих коллективных соглашениях.

Институт распространения коллективного соглашения связан с действиями государственных органов по принудительному распространению условий коллективных соглашений на то или иное предприятие, организацию по ходатайству одной из сторон или собственной инициативе государственного органа (Бельгия, Германия, Италия, Нидерланды, Швейцария и др.)[3]. При этом в законодательстве устанавливаются критерии и процедура распространения коллективных соглашений. Например, по законодательству Германии федеральный министр труда с согласия комитета, состоящего из представителей головных организаций работодателей и работников, может по заявлению одной из сторон тарифного договора объявить договор общеобязательным, если: 1) на предприятиях, связанных тарифным договором с работодателем, занято не менее 50 % работников, на которых распространяется тарифный договор; 2) объявление об обязательности тарифного договора диктуется общественными интересами. Принятию решения об общеобязательности тарифного договора предшествуют

---

[1] См.: *Пашков А. С.* Социальное партнерство в сфере трудовых отношений // Правоведение. 1997. № 2. С. 10.

[2] См.: *Муцинова Н. А.* Трудовое право развивающихся стран. М., 1989. С. 24.

[3] См.: *Бонвичини Р.* Социальное партнерство и трудовые отношения в Европе. М., 2007. С. 51–57; Трудовое и социальное право зарубежных стран / под ред. Э. Б. Френкель. М., 2002. С. 44–50.

переговоры в целях выяснения позиции заинтересованных профсоюзов, объединений работодателей и высших земельных органов по труду.

В англосаксонских странах нет специального института принудительного распространения коллективного договора. Но, например, в Великобритании имеется процедура, которая несколько напоминает этот институт. Министр труда вправе обратиться в Промышленный суд и возбудить дело в отношении конкретной фирмы, отказавшейся от коллективного договора, который распространяется на основную часть работников этой отрасли, региона.

Таким образом, принимая во внимание указанные выше рассуждения, мы полагаем, что в ТК РФ необходимо предусмотреть обе процедуры расширения действия федеральных отраслевых соглашений с учетом положений Рекомендации МОТ № 91 о коллективных договорах. Согласно упомянутой рекомендации расширение действия коллективного соглашения предлагает обусловить в законодательстве следующие требования:

1) коллективное соглашение должно охватывать достаточно представительное число соответствующих предпринимателей и работников;

2) требование о распространении коллективного соглашения исходит от одной или нескольких организаций работников или предпринимателей;

3) предприниматели и работники, на которых предстоит распространить коллективное соглашение, должны иметь возможность предварительно высказать свои замечания.

Разграничение в ТК РФ добровольной процедуры присоединения к коллективному соглашению и принудительного порядка распространения коллективного соглашения по решению министра труда и социального развития отвечает интересам всех социальных партнеров. В интересах государства обеспечивается стабильность социально-трудовых отношений. В интересах работников осуществляется распространение действия наиболее благоприятных для них условий соглашения. Работодатели получают преимущества по выравниванию условий труда и затрат на рабочую силу, что служит выравниванию условий конкурентной борьбы в предпринимательской сфере.

При характеристике юридической силы коллективных договоров и соглашений несколько особняком стоит вопрос об их государственной регистрации. В законодательстве зарубежных стран вопрос о государственной регистрации коллективных договоров решается неоднозначно. В одних странах какой-либо регистрации вообще не предусматривается. В других государственная регистрация носит либо уведомительный характер в целях статистической отчетности, либо для проверки законности включенных в них положений. В последнем случае коллективные договоры и соглашения вступают в силу, как правило, не ранее даты государственной регистрации. Например, Трудовой кодекс Польши устанавливает обязательную государственную регистрацию коллективных договоров в инспекции труда и соглашений в Министерстве труда. Если коллективный договор содержит положения, противоречащие закону, то регистрирующий орган предлагает сторонам либо исключить эти положения, либо внести соответствующие поправки в договор. В противном случае сторонам будет отказано в регистрации коллективного договора или соглашения и они не вступят в силу[1].

[1] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 418.

Напомним, что Кодекс законов о труде РСФСР 1922 г. предусматривал обязательную регистрацию коллективных договоров. При этом регистрирующему органу предоставлялось право отменять коллективный договор в части, ухудшающей положение рабочих и служащих в сравнении с действующим законодательством о труде. Отмена отдельных положений коллективного договора не приостанавливает регистрации договора в остальной части, если обе стороны изъявят на то согласие (ст. 21). Комментируя это положение кодекса, П.Д. Каминская писала, что по существу регистрирующие органы НКТ отказывают в регистрации отдельных частей договора, а не отменяют их, так как регистрация договора не может рассматриваться как его утверждение. Следовательно, не об отмене пунктов договора идет речь, а о признании их недействительными[1].

Ее современник И.С. Войтинский, также опираясь на Кодекс законов о труде 1922 г., писал, что именно зарегистрированный коллективный договор обеспечивается судебной защитой, ни одна из сторон не вправе до истечения срока договора в одностороннем порядке отказаться от норм коллективного договора, а суд не вправе оценивать их законность (закономерность), если договор зарегистрирован. В свою очередь незарегистрированный коллективный договор сохраняет договорную силу, но суд уже вправе судить о правомерности его условий[2].

Российский законодатель выбирает «половинчатое» решение — уведомительную регистрацию коллективных договоров и соглашений. В соответствии со ст. 50 ТК РФ они подлежат уведомительной регистрации в соответствующих органах по труду. Уведомительная регистрация не влияет на юридическую силу коллективных договоров и соглашений, которые вступают в силу с момента подписания или иной даты, указанной в коллективном договоре или соглашении. При осуществлении уведомительной регистрации соглашений орган по труду выявляет условия договора, соглашения, противоречащие законодательству о труде, и сообщает представителям сторон о выявленных противоречиях, а также в соответствующую государственную инспекцию труда. Условия коллективного договора, соглашения, ухудшающие положения работников, недействительны и не подлежат применению (ст. 50). Означает ли это, что после уведомительной регистрации коллективный договор действует лишь в части за исключением условий, ухудшающих положение работника? При положительном ответе на этот вопрос изменяется характер регистрации коллективного договора. Она уже не является просто уведомительной. При отрицательном ответе на поставленный вопрос судьба условий коллективного договора остается неопределенной.

Уведомительная регистрация осуществляется не ради самого процесса регистрации, она должна преследовать конкретную цель, связанную с выявлением условий, противоречащих законодательству. На наш взгляд, в данной ситуации органу по труду следует предоставить право приостановить действие условий коллективного договора, соглашения, сохраняя коллективный договор, соглашение в остальной его части. Право приостановления, а не отмены таких условий соответствует уведомительной природе государственной регистрации. Окончательное решение принимают стороны коллективного договора, соглашения. Если согласованного решения в отношении договорного условия, про-

[1] См.: *Каминская П.Д.* Очерки трудового права. С. 94.

[2] См.: *Войтинский И.С.* Трудовое право СССР. М.-Л., 1925. С. 216–218.

тиворечащего закону, не принимается, то любая из сторон вправе обратиться в юрисдикционные органы с заявлением о признании этого условия недействительным. Мы полагаем, что с точки зрения интересов социальных партнеров предлагаемый механизм уведомительной регистрации взамен существующего несет положительный эффект.

Отметим, что некоторые субъекты Федерации предприняли попытку решить вопрос о юридических последствиях регистрации коллективных договоров и соглашений на уровне регионального законодательства. Например, в Законе от 29 июня 2000 г. Республики Саха (Якутия) «О социальном партнерстве» предусматривается уведомительная регистрация, однако в случае неустранения сторонами выявленных противоречий условий коллективного договора, соглашения закону эти условия считаются недействительными.

Коллективные соглашения как вид социально-партнерского акта. В российском трудовом законодательстве выделяются два вида актов социального партнерства в зависимости от сферы их действия: коллективные договоры и коллективные соглашения. Между тем отметим, что международные акты о труде используют для обозначения правовых актов социального партнерства единое понятие — коллективный договор. Если согласно ТК РФ коллективные договоры заключаются на низовом уровне социального партнерства, то коллективные соглашения — это правовые акты, регулирующие социально-трудовые отношения на уровне РФ, субъекта РФ, территории (муниципального образования), отрасли (отраслей). По договоренности сторон, участвующих в коллективных переговорах, соглашения могут быть двусторонними и трехсторонними. Более того, по ст. 45 ТК РФ перечень видов коллективных соглашений является открытым. Стороны вправе заключать иные коллективные соглашения.

Определяя юридическую природу коллективных соглашений, О. В. Смирнов считал, что в юридической иерархии источников трудового права эти соглашения стоят между законодательными (централизованными) и локальными нормативными актами, т. е. занимают промежуточное положение[1]. Однако само по себе указание на промежуточный характер коллективных соглашений не раскрывает их юридической природы. Еще в 70-х гг. прошлого века некоторые французские юристы (Ж. Камерлинк, Ж. Лион-Кан, Ю. Саватье) затруднялись определить юридическую природу генерального соглашения. При этом высказывались сомнения в том, можно ли относить эти соглашения к категории коллективных из-за участия в них государства как третьей стороны. Отечественный ученый Б. Н. Жарков считал такие соглашения разновидностью буржуазных коллективных договоров, так как на стороне предпринимателей в них выступал по существу сдвоенный субъект права (патронат и правительство), объединенные общностью государственно-монополистических интересов[2]. Последнее утверждение более чем сомнительно, но неопределенная сложная правовая природа коллективных соглашений очевидна.

В постсоветский период А. С. Пашков предлагал усилить публичные начала коллективных соглашений, возложив на работодателя в этих соглашениях

---

[1] См.: Трудовое право / под ред. О. В. Смирнова. М., 1996. С. 45.

[2] См.: *Жарков Б. Н.* Новые социально-правовые аспекты развития коллективных договоров при капитализме // Проблемы трудового права и права социального обеспечения. М. 1975. С. 247.

обязанность иметь коллективный договор как локальный правовой акт на основании заключенных коллективных соглашений. Поскольку сужается сфера государственно-правового регулирования, постольку в этих условиях коллективный договор становится одним из основных источников трудового права[1].

Как отмечалось выше, в ТК РФ коллективные соглашения определяются как правовой акт. На наш взгляд, из систематического толкования ТК РФ и практики заключения коллективных соглашений вытекают различные подходы к определению их юридической природы в зависимости от вида названных соглашений. Генеральное, межрегиональные и региональные коллективные соглашения (за исключением регионального соглашения о минимальной заработной плате) определяют общие принципы регулирования социально-трудовых отношений. Они носят рамочный характер, в то время как отраслевые (межотраслевые) соглашения, территориальные соглашения устанавливают общие условия оплаты труда, гарантии, компенсации и льготы работникам. Мы полагаем, что они по своей природе тяготеют к коллективным договорам. Поэтому юридическую силу этих коллективных соглашений мы определяем исходя из их «смешанной природы».

К коллективным соглашениям вполне применима юридическая конструкция рамочного организационного договора. Эти соглашения служат основой для разработки и заключения коллективных соглашений соответствующего уровня, а равно коллективных договоров.

В отечественной литературе по гражданскому праву теория рамочного (организационного) договора разрабатывалась О.А. Красавчиковым в контексте учения о гражданско-правовых организационных правоотношений. Гражданскими организационно-правовыми отношениями он назвал правоотношения, построенные на началах юридического равенства их участников и направленные на возникновение или упорядочение иных, как правило имущественных, отношений. К числу организационных относятся правоотношения, имеющие целью налаживание, упорядочение, нормальное функционировании тех экономических связей, в которых стороны принимают участие. При этом под организационными отношениями понимаются построенные на началах координации или субординации социальные связи, направленные на упорядочение иных общественных отношений[2]. Таким образом, организационные отношения направлены на упорядочение организуемых отношений.

Автор также предложил выделять договоры, в которых на первый план выходит организационное начало. Позднее Б.И. Пугинский писал о квалификации этих договоров в качестве самостоятельного типа договоров в гражданском праве. Он на основе теории организационных правоотношений дал определение организационного договора в гражданском праве как соглашения об упорядочении взаимосвязей двух и более лиц, определяющего процедуру возникновения и общие условия исполнения конкретных имущественных обязательств в последующем и (или) о мерах, направленных на повышение этой деятельности[3].

---

[1] См.: *Пашков А.С.* Социальное партнерство в сфере трудовых отношений // Правоведение. 1997. № 2. С. 9.

[2] См.: *Красавчиков О.А.* Гражданские организационно-правовые отношения // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: сборник статей. М., 2001. С. 156–165.

[3] См.: *Пугинский Б.И.* Коммерческое право России. М., 2005. С. 308.

Мы полагаем, что организационные договоры являются универсальной юридической конструкцией и применимы не только к гражданско-правовым отношениям, но и к отношениям иной отраслевой принадлежности. Как отмечал автор рассматриваемой концепции, «в каждой отрасли права имеется немало организационных норм»[1].

Возвращаясь к рассматриваемым коллективным соглашениям, еще раз подчеркнем, что их целью и предметом как организационного договора служит определение общих начал (принципов) взаимосвязанной (социально-партнерской) деятельности в регулировании социально-трудовых отношений на предстоящий предусмотренный договором период. Это рамочный договор о социально-партнерском сотрудничестве сторон, который имеет одну и ту же правовую цель — организацию длительных правовых связей в сфере социально-трудовых отношений и связанных с ними экономических отношений.

Из предмета и цели коллективного договора как организационного (рамочного) вытекает и ряд его отличительных особенностей. Во-первых, коллективное соглашение представляет собой рамку (схему) предполагаемых на предстоящий период отношений. В его содержание включаются, как отмечается в рассматриваемом генеральном соглашении, обязательства сторон по проведению совместной работы по разработке и реализации комплекса мероприятий, обеспечивающих повышение уровня реальной заработной платы, участие в разработке законопроектов по социальному страхованию, и т. д. Иными словами определяются рамки определенного правового пространства, которое должно стать предметом совместного решения вопросов правового регулирования социально-трудовых отношений.

Другой особенностью коллективного соглашения как организационного договора является особый порядок его исполнения. Так, в генеральном соглашении стороны исходя из необходимости более четкого разделения своей ответственности за формирование и проведение эффективной социально-экономической политики обязуются в 3-месячный срок после подписания соглашения разработать и представить в Российскую трехстороннюю комиссию план мероприятий, необходимых для реализации принятых обязательств, распределив сферы социальной ответственности за реализацию соглашения каждой из сторон. Предусматривается ежегодный мониторинг комиссией хода выполнения генерального соглашения.

Региональные законодатели предпринимают шаги по конкретизации социальной ответственности социальных партнеров, переводя ее в плоскость юридической ответственности. Так, Закон Кабардино-Балкарской Республики от 11 июня 1999 г. «О социальном партнерстве», аналогичный Закон Республики Коми предоставляли право социальным партнерам установить в коллективном соглашении договорную ответственность за нарушения условий соглашения, если это не противоречит закону. Условия и порядок применения таких мер ответственности также должны предусматриваться коллективным соглашением. При этом подчеркивается, что в рамках договорной ответственности стороны соглашения вправе наделить орган системы социального партнерства полномочиями по применению согласованных мер ответственности (санкций),

[1] *Красавчиков О. А.* Указ. соч. С. 163.

включая денежные выплаты за невыполнение или несвоевременное выполнение соглашений. Если в коллективное соглашение включены имущественные обязательства сторон, то ответственность за их неисполнение наступает в соответствии с гражданским законодательством.

Отраслевые и межотраслевые коллективные соглашения по своей правовой природе близки к коллективному договору. Традиционно в таких коллективных соглашениях значительная часть отводится нормативным условиям. Именно поэтому законодатель институт распространения коллективного соглашения применяет именно к федеральным отраслевым коллективным соглашениям. Например, Отраслевое тарифное соглашение в жилищно-коммунальном хозяйстве Российской Федерации на 2013–2016 гг. устанавливает следующее: минимальную месячную тарифную ставку рабочего первого разряда и ее индексацию с учетом потребительских цен, оплату простоя не по вине работника в размере среднего заработка при наличии финансовых возможностей в организации; предоставление высвобождаемым работникам возможности переобучения новым профессиям до наступления срока расторжения трудового договора с сохранением средней заработной платы на весь срок обучения; при сокращении штата работников не допускать без трудоустройства увольнение работников предпенсионного возраста (за 2 года до установления срока пенсии)[1].

Названные нормы повышают уровень гарантий и социально-трудовых льгот работников по сравнению с действующим законодательством. При этом отраслевое соглашение не ограничивает прав организаций в расширении социальных гарантий работникам за счет собственных средств. В силу прямого указания ТК РФ в отраслевом соглашении установлены критерии массового увольнения работников: увольнение свыше 10% работников организации одновременно. Кстати, в предшествующем Отраслевом тарифном соглашении в ЖКХ РФ на 2008–2010 гг. была норма о прямом действии этого отраслевого соглашения в случае отсутствия в организации коллективного договора. Это еще одно свидетельство в пользу родственной природы коллективных тарифных (отраслевых) соглашений и коллективных договоров.

Выводы

1. Коллективный договор (соглашение) по своему содержанию (сущности) является нормативно-обязательственным соглашением социальных партнеров. Его юридическая сила определяется следующими критериями: а) приоритет и прямое действие условий (договорные нормы и обязательства) коллективного договора в отношении индивидуальных трудовых договоров и место коллективных договоров (соглашений) в системе нормативно-правовых актов о труде с учетом принципа in favorem; б) всеобщность действия коллективного договора по кругу лиц; в) принудительность (обязательность) коллективного договора, которая должна обеспечиваться социально-партнерским контролем и «паритетными способами коллективной самозащиты».

Коллективный договор (соглашение) по своей форме является договорным актом. В этой связи он приобретает следующие формальные характеристики:

а) коллективный договор (соглашение) — это результат особой процедуры, коллективных переговоров, которые проводятся уполномоченными субъек-

[1] См.: Законодательные и нормативные акты в ЖКХ. 2013. № 11.

тами, руководствуясь принципами социального партнерства: полномочность представителей сторон, свобода коллективного договора и равноправное партнерство;

б) в построении коллективного договора как соглашения социальных партнеров используются договорные конструкции: порядок вступления в силу со дня подписания или дня, установленного соглашением; письменная форма договора с уведомительной регистрацией; срочность коллективного договора (соглашения); институт присоединения к коллективным соглашениям; пролонгация и правопреемство в коллективных договорах; отлагательное условие коллективного соглашения. Однако закрепляются в трудовом законодательстве эти договорные конструкции с учетом нормативного содержания коллективных договоров (соглашений). Договорная форма не должна вступать в конфликт с правовой природой, содержанием коллективного договора (соглашения).

2. Многоуровневый характер социального партнерства (коллективные договоры и коллективные соглашения) строится на принципах иерархии, запрета ухудшения правового положения работников и свободы выбора социальными партнерами уровня социального сотрудничества. Коллективные соглашения в отличие от коллективных договоров, во-первых, носят ярко выраженный организационный характер, во-вторых, включают правовые принципы наряду с договорными нормами, в-третьих, имеют исключительно профсоюзное представительство интересов работников. Коллективные соглашения по их правовой природе можно разделить на общие коллективные соглашения, пределы действия которых ограничиваются территориями (РФ, субъектов Федерации, муниципальных образований) и отраслевые (тарифные) соглашения. Последние по своей юридической силе и содержанию занимают пограничное положение между общими коллективными соглашениями и коллективными договорами, сочетая признаки этих социально-партнерских правовых актов.

6.4. Коллективные договоры и соглашения в зеркале международных стандартов коллективных прав и опыта трудоправовой компаративистики

С учетом того, что Россия позиционирует себя как часть мирового сообщества, на повестке дня все острее встает вопрос заимствования международного и зарубежного опыта правового регулирования, в том числе в сфере трудовых отношений. Такая постановка вопроса становится до известной степени неизбежной в условиях нарастания процессов правовой глобализации. Именно данный процесс определяет предпосылки возрастания роли международного (и до известной степени наднационального) права, а также заимствования международного и зарубежного опыта правового регулирования трудовых отношений на уровне национального законодательства.

В предшествующих параграфах, рассматривая российское законодательство о коллективных договорах (соглашениях), мы постоянно обращались к вопросам его международно-правового измерения и анализа на фоне опыта зарубежных стран. Это позволяет нам в дальнейшем изложении материала перенести акценты на методологические вопросы сравнительного трудового права в привязке к коллективно-договорному регулированию.

На рубеже XX и XXI в. у нас публикуются первые учебники по международному трудовому праву, автором которых был известный ученый И. Я. Киселев (1932–2005). В основу первого учебника «Сравнительное и международное трудовое право» (1999 г.) была положена авторская концепция международных трудовых стандартов, в том числе коллективных трудовых прав. Они рассматривались как результат международно-правового регулирования труда с помощью соглашений государств, как свод модельных актов по труду, своего рода международного кодекса труда, включающего как акты ООН, МОТ, действующие во всемирном масштабе, так и акты локального действия, принятые региональными организациями государств[1].

Второе поколение авторских учебников И. Я. Киселева также носили новаторский характер[2]. Впервые «под одной обложкой» были помещены материалы по российскому, зарубежному и международному трудовому праву, а также сравнительно-правовая оценка трудового права России в зеркале международных стандартов и зарубежного опыта правового регулирования труда. И. Я. Киселев обоснованно отмечал: «Мировой опыт правового регулирования труда — кладезь премудрости, из которого каждая страна может извлечь для себя много полезного и поучительного. По сути, этот опыт — одно из достижений цивилизации, которая в ходе исторического развития смогла создать инструмент внесения в жесткую, бесчеловечную стихию рынка начала рациональности и справедливости»[3].

Среди современных исследований международных стандартов коллективных трудовых прав ведущую роль играют работы Н. Л. Лютова. Особый интерес у нас вызвали две работы, которые являются своего рода «дайджестом» толкования российского трудового законодательства, осуществленного через призму международных трудовых стандартов[4]. В отличие от подобных изданий, посвященных международно-правовому измерению российского трудового законодательства, работа характеризуется новаторским комплексным подходом к решению поставленной проблемы. Так, Н. Л. Лютов выделяет пять типов международных трудовых стандартов, в отношении которых анализирует соответствие внутреннего трудового законодательства: а) императивные нормы общего международного права (jus cogens), или, в терминологии российской Конституции, общепризнанные принципы и нормы международного права; б) международные договоры с участием Российской Федерации; в) аутентичное толкование содержания этих международных договоров контрольными органами принявших их международных организаций; г) международные рекомендательные акты в сфере труда; д) международные договоры в сфере труда, по которым Россия не имеет юридических обязательств. При этом под международными трудовыми стандартами автор понимает всю совокупность право-

---

[1] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 447–680.

[2] См.: *Киселев И. Я.* Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2005 (выдержал 4 издания); *Киселев И. Я., Лушников А. М.* Трудовое право. М., 2011.

[3] *Киселев И. Я.* Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. С. 580.

[4] См.: *Лютов Н. Л.* Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования: научно-практическое пособие. М., 2012; *Лютов Н. Л., Герасимова Е. С.* Международные трудовые стандарты и российское трудовое законодательство: монография. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2015.

вых актов, принимаемых на международном уровне, вне зависимости от того, обладают ли они обязательной юридической силой или относятся к так называемому мягкому праву[1]. Такая широкая трактовка категории «международные трудовые стандарты» вызывает сомнение. Зачем вводить в научный оборот новое понятие, которое по содержанию совпадает с понятием источников международного трудового права?

Как уже отмечалось, в системе современных источников международного трудового права появился новый вид источника. На рубеже XX и XXI вв. получили распространение международные социально-партнерские соглашения, международные рамочные коллективные соглашения и международные соглашения, заключаемые между транснациональными компаниями (ТНК) и объединениями профсоюзов. МОТ отмечает, что в настоящее время наблюдается рост численности международных объединений работников и активизация их деятельности, в том числе на основе законодательства Европейского союза (европейские советы предприятий) либо на основе соглашений между транснациональными предприятиями и профсоюзами (глобальные советы компаний). Речь идет не только о взаимном обмене информацией и консультациях, но и о случаях заключения рамочных соглашений между транснациональными компаниями и глобальными федерациями профсоюзов[2].

В этой связи характерной особенностью современной системы источников международного права и права социального обеспечения является формирование и развитие института международных коллективных соглашений[3]. Эти социально-партнерские соглашения носят наднациональный характер и выходят за рамки национальных границ, но объединены экономической, производственной интеграцией. В отличие от коллективных соглашений, заключаемых на местном и национальном уровнях, в которых обычно рассматриваются вопросы, связанные с условиями занятости, рамочные соглашения скорее направлены на обеспечение соблюдения базовых принципов. К их числу относятся свобода объединения, равенство возможностей и обращения, охрана материнства и др.

МОТ считает, что международные рамочные соглашения представляют собой новое средство обеспечения свободы объединения и коллективных переговоров в условиях процесса глобализации[4]. Это уже не коллективные переговоры в их традиционном понимании, а международные действия по обеспечению международно-правовых стандартов социально-трудовых прав.

МОТ разработала и приняла Трехстороннюю декларацию принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики (Женева, 16 ноября 1977 г., в ред. от 17 ноября 2000 г.). Целью этой декларации заявлены

---

[1] См.: *Лютов Н. Л.* Российское трудовое законодательство и международные трудовые стандарты: соответствие и перспективы совершенствования. С. 16.

[2] См.: Объединение в организации в целях социальной справедливости. Доклад генерального директора. Женева: МБТ. 2004. С. 4.

[3] Подробнее см.: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения. М, 2011. С. 84–122.

[4] См.: Объединение в организации в целях социальной справедливости. Глобальный доклад, представленный в соответствии с механизмом реализации Декларации МОТ об основополагающих принципах и правах в сфере труда. Женева: МБТ, 2004. С. 96 и др.

поощрение положительного вклада, который многонациональные компании могут внести в дело экономического и социального прогресса, сведение к минимуму и преодоление трудностей, которые могут быть вызваны различными видами их деятельности. В декларации отражены общие принципы, характеризующие деятельность многонациональных компаний, и их взаимодействие с социальными партнерами. Общая политика в отношении многонациональных компаний определяется МОТ следующим образом: все стороны социального диалога должны подчиняться национальному законодательству, учитывать общие цели социальной политики стран, в которых они осуществляют свою деятельность, а равно соблюдать соответствующие международные нормы (Всеобщую декларацию прав человека, международные пакты ООН, основополагающие конвенции МОТ). Хотя рассматриваемая декларация МОТ носит рекомендательный характер, это не свидетельствует об отсутствии контроля за исполнением ее положений. Вопросами интерпретации и исполнения положений декларации занимается Бюро по многонациональным предприятиям МБТ в рамках специальной процедуры[1].

Формирование на территории государств СНГ транснациональных корпораций продиктовало необходимость заключения Соглашения о регулировании социально-трудовых отношений в транснациональных корпорациях, действующих на территории государств — участников СНГ (Бишкек, 9 октября 1997 г.). По мнению С. Ю. Чучи, оригинальное сочетание элементов международного и локального уровней социального партнерства в транснациональных корпорациях позволяет говорить о формировании в России нового уровня партнерства, который можно назвать корпоративным[2].

Модельный закон о социальном партнерстве СНГ 2006 г. дополняет перечень уровня социального партнерства уровнем финансово-промышленной группы и транснациональной корпорации. Социальное партнерство в финансово-промышленных группах и транснациональных корпорациях обеспечивается на основе международных договоров (соглашений) и национального законодательства.

В отечественной науке трудового права еще в 80-е гг. XX в. И. Я. Киселев анализировал практику заключения международных коллективных соглашений, где ставился вопрос об их юридической природе, представительстве сторон при заключении таких соглашений, об ответственности за их невыполнение[3].

Корпоративные соглашения, заключаемые на международном уровне, в том числе корпоративные соглашения крупнейших компаний России (ОАО «Газпром», НК «Лукойл», НК «ЮКОС») стали предметом специального комплексного междисциплинарного исследования в начале 2000-х гг.[4] Они рассматривались в качестве особого вида коллективных соглашений, что предполагало, по мнению авторов, создание на уровне этих корпораций органов социального партнерства. С. В. Шуралева продолжила предметное исследование правового

---

[1] Подробнее см.: *Гусов К. Н., Лютов Н. Л.* Международное трудовое право. М., 2013. С. 113.

[2] См.: *Чуча С. Ю.* Социальное партнерство в сфере труда: становление и перспективы развития правового регулирования в Российской Федерации. Омск, 2005. С. 248.

[3] См.: *Киселев И. Я.* Транснациональные корпорации и буржуазное трудовое право. М., 1985.

[4] См.: Корпоративные соглашения в сфере социально-трудовых отношений / отв. ред. К. Д. Крылов, М., 2005.

регулирования коллективных трудовых отношений в ТНК. Она обосновывает самостоятельный и самодостаточный характер таких соглашений как вида корпоративного уровня социального партнерства, самостоятельного класса соглашений, сочетающих в себе признаки коллективного договора и соглашения[1]. Автор ставит проблему места корпоративных соглашений в иерархии коллективных договоров и соглашений ТНК, но однозначного и определенного ответа на этот вопрос не дает. Однако она справедливо отмечает, что в ТНК «традиционные» забастовки являются малоэффективными, и предлагает внести изменения в ТК РФ в отношении легализации забастовок солидарности[2].

Особую, совершенно уникальную категорию составляют международные коллективные соглашения, заключаемые в рамках международной региональной организации — Европейского союза. С учетом мнения социальных партнеров разрабатываются не только директивы Евросоюза, но и сами директивы в ряде случаев придают юридическую силу европейским коллективным договорам. Объединения как работников, так и работодателей представлены собственными организациями. Важнейшими из них являются Союз объединений промышленников и работодателей Европы (UNICE) и Европейское объединение профсоюзов (EGB). Международные коллективные договоры стали реальностью в объединенной Европе. Римский договор о создании ЕС возлагает на органы ЕС задачу содействия заключению европейских коллективных договоров. В соответствии со ст. 39 Римского договора директивы Евросоюза могут санкционировать «рамочные соглашения» европейских социальных партнеров, иными словами — трансформировать эти европейские коллективные соглашения в акты европейского законодательства. Первое европейское рамочное коллективное соглашение, заключенное в 1995 г., касалось родительских отпусков; в 1997 г. было достигнуто соглашение о труде на условиях неполного рабочего времени, а в 1999 г — о срочных трудовых договорах, в 2002 г. — о телеработе. В каждом случае социальные партнеры просили Комиссию Совета Евросоюза сделать их обязательными для государств-членов на основе принятия директив Евросоюза. Названные соглашения являются эффективным правовым средством обеспечения гармонизации трудового законодательства стран Евросоюза.

Рассматривая вопрос о правовой природе и роли международных коллективных соглашений (социально-партнерских актов), нельзя оставить без внимания проблему иерархии системы источников международного трудового права и места названных соглашений в этой системе. Отметим, что еще одной особенностью источников международного трудового права и права социального обеспечения служит особый порядок применения принципа иерархии источников, но не в «классическом» его понимании, а в отраслевом. Речь идет о реализации принципа иерархии источников международного трудового права и права социального обеспечения в единстве с принципом запрета ухудшения положения работника, снижения уровня социально-трудовых гарантий его прав. Например, в Уставе МОТ этот принцип провозглашен в отношении применения международных стандартов трудовых прав и национального законо-

[1] См.: *Шуралева С. В.* Правовое регулирование индивидуальных и коллективных трудовых отношений в транснациональных корпорациях в России. Пермь, 2012. С. 180.

[2] См. там же. С. 193.

дательства. Международные нормы МОТ оцениваются как минимальные стандарты трудовых и социально-обеспечительных прав. Эти нормы не могут быть использованы для ухудшения положения трудящихся и предпринимателей. В тех странах, где действуют более высокие стандарты, ни в коем случае принятие какой-либо конвенции, рекомендации или ратификация какой-либо конвенции, как отмечается в п. 8 ст. 19 Устава МОТ, «не будут рассматриваться как затрагивающие какой-либо закон, судебное решение, обычай или соглашение, которые обеспечивают заинтересованным трудящимся более благоприятные условия, чем те, которые предусматриваются конвенцией или рекомендацией».

Названный принцип иерархии источников в сочетании с запретом снижать уровень социально-трудовых прав имеет необходимые основания для реализации на конкретном уровне международно-правового регулирования (универсальном, межрегиональном, региональном, социально-партнерском). Но остается открытым вопрос о реализации этого принципа в отношении взаимодействия международных источников различных уровней, поскольку эти международные правовые акты принимаются различными международными организациями. Одно и то же государство может быть членом различных международных объединений, каждое из которых устанавливает, соответственно, собственные международные модели поведения в сфере труда и социального обеспечения.

Так, в ряде случаев государство ратифицирует международные договоры, конвенции как МОТ, так и региональных международных организаций. Едва ли обоснованным будет утверждение о том, что конвенции МОТ по своей юридической силе выше, например, той же Конвенции Совета Европы о защите прав и свобод человека, если государство ратифицировало названные конвенции. Коллизионным предписанием при расхождении положений этих конвенций, по логике вещей, будет применение той, которая содержит более льготные условия труда и социальной защиты. Однако на практике это коллизионное правило в ряде случаев замещается иными общими коллизионными правилами, например *lex posterior derogat priori (новый закон обладает приоритетом по отношению к ранее изданному); 2) lex specialis derogat generali (специальный закон вытесняет общий)*. Например, Суд Евросоюза в одном из своих решений определил, что национальный орган юрисдикции может отказаться от обязательства полностью соблюдать ст. 5 Директивы ЕС 76/207 о равном обращении в отношении мужчин и женщин применительно к запрету ночного труда женщин. Основанием такого отказа является то, что национальная норма, несовместимая с законодательством Евросоюза, призвана проводить в жизнь международное соглашение, стороной которого государство стало до вступления в силу Договора о Евросоюзе, в данном случае — Конвенцию МОТ № 89 о ночном труде женщин.

На наш взгляд, решение этой проблемы видится в ключе гармонизации этих уровней международно-правового регулирования. Например, в Хартии социальных прав и гарантий граждан независимых государств Содружества Независимых Государств 1994 г. указывается, что данная хартия основывается на принципах Всеобщей декларации прав человека, социальных пактов и других документов Организации Объединенных Наций, Международной организации труда и иных признанных международно-правовых нормах. Не-

зависимые государства признают для себя обязательными конвенции МОТ, ратифицированные ранее СССР, вплоть до возможного рассмотрения вопроса об иной форме присоединения к ним в соответствии с процедурами МОТ. В п. 8 рассмотренной выше декларации МОТ 1977 г., касающемся многонациональных корпораций, содержится указание на то, что эти корпорации в своей деятельности должны руководствоваться фундаментальными конвенциями МОТ, посвященным четырем основополагающим принципам: свобода объединения; запрет принудительного труда; запрет детского труда; недопущение дискриминации в области труда и занятости[1].

Отметим, что современная российская наука относительно поздно обратилась к проблемам методологии сравнительного трудового права, причем наиболее подробно данная проблематика освещена в учебной литературе[2]. Сравнительное правоведение дает возможность установить, каким образом решается одна и та же правовая проблема на международном уровне и в разных странах. Оно позволяет учитывать как позитивный опыт, который может быть позаимствован, так и негативный, который следует иметь в виду и не допускать в своей юридической практике. Изучение зарубежного опыта, как справедливо отмечал И. Я. Киселев, — это своего рода суррогат эксперимента, который в праве в чистом виде невозможен; оно позволяет выделить аспекты, которые могут быть адаптированы в процессе национального правотворчества[3].

С учетом этого стратегической задачей является отбор положительных моделей правового регулирования трудовых отношений или их отдельных элементов. В нашу задачу входит формулировка стратегических и тактических положений относительно проблем такого заимствования.

1. Помимо общих методологических проблем компаративистики для трудового права в части заимствования характерна и отраслевая специфика.

Трудовое право является, если можно так выразиться, наиболее «национальным», жестко встроенным в систему общественных отношений, касающимся в той или иной степени практически всего трудоспособного населения.

Общая и политическая культура, менталитет, исторические традиции и особенности религиозных воззрений оказывают на его развитие и формирование гораздо большее влияние, чем на другие отрасли права, как например, на уголовное или финансовое. По степени «национальности» с трудовым правом может соперничать, вероятно, только семейное право. Все это прямо влияет на процессы заимствования, создает для него своеобразные социальные пределы. В этой связи можно говорить не только о заимствовании, но и об адаптации, его приспособление к реалиям конкретной страны.

Трудовое право непосредственно зависит от уровня развития и типа экономики, причем эта зависимость не только сугубо материальная.

---

[1] См.: Конвенции МОТ о свободе объединения и признании права на ведение коллективных переговоров № 87, 98; о запрете принудительного труда № 29, 105; об искоренении детского труда № 138, 182; о недопущении дискриминации в области труда и занятий № 100 и 111.

[2] См., напр.: *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право. М., 2005; *Киселев И. Я., Лушников А. М.* Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2008; *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения. М., 2011; и др.

[3] См.: *Киселев И. Я.* Сравнительное трудовое право. М., 2005. С. 11.

Естественно, это касается размера заработной платы, в том числе минимального размера оплаты труда, оплаты труда за работу в условиях, отклоняющихся от нормальных, гарантийных и компенсационных выплат и др.

Однако экономические реалии определяют и продолжительность рабочего времени (не всегда в сторону уменьшения), времени отдыха (обычно в сторону увеличения, но с вариациями), содержание трудового договора (традиционно в сторону расширения усмотрения сторон) и др.

Примечательно, что существенные изменения в развитие трудового права обычно инициируются именно экономическими изменениями (отказ от социалистического типа ведения хозяйства, формирование постиндустриальной экономики и др.). Напомним, что само трудовое право стало продуктом развития капиталистической экономики на определенном ее этапе. В этой связи для стран, переходящих к новым типам ведения хозяйства, становится актуальным заимствование соответствующим им типов трудовых отношений. Например, современное рыночное хозяйство невозможно без развития и правовой регламентации гибких (нетипичных) трудовых отношений и соответствующего заимствования правовых конструкций у экономически более развитых стран[1]. Об этом мы уже писали выше.

Различия между трудовым правом государств с романо-германской и англосаксонской правовыми системами настолько велико, что проблема заимствования в этой части имеет скорее теоретический характер, — за исключением незначительных сегментов.

При этом в рамках романо-германской правовой системы сформировалось весьма специфическое скандинавское (северное) трудовое право, а английское и американское трудовое право идут достаточно обособленными путями. При этом отсутствие формального деления на отрасли в англосаксонской правовой системе делает ситуацию почти тупиковой. Так, относительно недавно, с 19 января 2013 г. принято решение о возобновление Чемпионата Национальной хоккейной лиги. Это событие было сопряжено с коллективными переговорами, локаутом, деятельностью профсоюзов, угрозой забастовки, наконец, с заключением коллективного договора, основным пунктом которого были размеры заработной платы хоккеистов, в том числе предельные. Казалось бы, это типичный коллективный трудовой спор в рамках трудового права с точки зрения представителей континентальной Европы. Однако для американских юристов это вообще не вопрос, хотя в научном, но не прикладном аспекте можно говорить о трудовом законодательстве или спортивном праве. Для представителей трудового права государств с романо-германской правовой системой трудно понять американскую доктрину «найма по желанию», позволяющую увольнять работника в любое время без всякого основания, без выходного пособия и даже без объяснения причины. Трудно понять и статус «джентльменских соглашений» коллективных договоров в Великобритании, которые, однако, как правило, неукоснительно исполняются. Существовавшее до 2008 г. австралийское индивидуальное «соглашение на рабочих местах», не являющееся трудовым договором, но заключаемое между работником и работодателем, вообще не вписывается в общепринятую систему нормативных и правоприменительных актов

[1] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 1. С. 714–735.

о труде. Своеобразной «загадкой» остается и то, как в Дании при минимуме законодательных актов о труде, в том числе определяющих минимальные стандарты труда, эти самые стандарты определяются на таком уровне, о котором только мечтают работники в государствах с существенно более развитым трудовым законодательством.

Более того, именно между учеными, представляющими государства с романо-германской и англосаксонской правовыми системами, сложились разночтения по поводу социального назначения и сущности трудового права. Характерно, что некоторые представители Канады и США высказывают мнение о коренной трансформации трудового права, об утрате им социальной (защитной) функции и даже о грядущем исчезновении трудового права[1]. В такой ситуации заимствовать что-либо сложно.

Отнесение трудовых прав к числу прав второго поколения, позитивных по своей природе, ставит их закрепление в значительной степени в зависимость от воли законодателя, сверяющего свои решения с позицией социальных партнеров (профсоюзов и объединений работодателей).

Этим они отличаются от естественных по своей природе политических, гражданских и отчасти экономических прав. Воля законодателя в сфере правового регулирования трудовых отношений определяется «соотношением сил» социальных партнеров (прежде всего профсоюзов с одной стороны и работодателей, их объединений с другой). Согласно ст. 35.1 ТК РФ органы социального партнерства участвуют в формировании и реализации государственной политики в сфере труда. Проекты законодательных актов в сфере труда направляются на рассмотрение в соответствующие комиссии по регулированию социально-трудовых отношений (соответствующим профсоюзам (объединениям профсоюзов) и объединениям работодателей). Решения соответствующих комиссий по регулированию социально-трудовых отношений или мнения их сторон (заключения соответствующих профсоюзов и объединений работодателей) по направленным им проектам законодательных актов подлежат обязательному рассмотрению органами государственной власти, принимающими указанные акты. Таким образом, нормативно-правовые акты в сфере труда принимаются на основе согласования интересов социальных партнеров и государства.

Все вышеперечисленное делает необходимым распределение акцентов между нормативным и социологическим (функциональным) сравнением. Первое означает юридический догматический анализ, сопоставление сходных правовых норм и нормативно-правовых актов. К сожалению, в отношении трудового права он не создает даже частичной картины правовой действительности. Функциональное (социологическое) сравнение охватывает более широкий, чем нормативное сравнение, круг вопросов. Этот способ предполагает выявление социальной проблемы, сравнение вариантов решения этой проблемы в законодательстве различных стран, анализ практики применения правовых средств

---

[1] См.: Рынок труда в XXI веке: в поисках гибкости и защиты. Вильнюс, 2011 (На русск., англ. и лит. языках.); The idea of Labour Law. Oxford, 2011; Развитие законодательства о труде и социальном обеспечение. Харьков, 2012 (На укр. и русск. языках.); и др. Традиционные взгляды на защитную функцию трудового права высказали бельгиец Р. Бланпейн, немец М. Вайсс, литовец Т. Давулис и др. Противоположная позиция выражена канадцем Г. Артурсом, американцем А. Хайдом и др.

в процессе решения этой проблемы с учетом исходных социальных и экономических условий, эффективность этих правовых средств. Нормативное и функциональное сравнение должно применяться в единстве, обеспечивая таким инструментарием результативность сравнительно-правовых исследований. Однако именно социологическое (функциональное) сравнение позволяет сделать вывод о возможности заимствования норм международного и зарубежного трудового права.

Необоснованное копирование той или иной правовой модели, которая эффективна в какой-либо стране, может не дать ожидаемого результата. Перенимая мировой опыт, следует учитывать, что право будет действовать эффективно тогда, когда созданы условия для адаптации этого опыта с учетом сложившихся в государстве правовых традиций, соотношения «сил социальных партнеров» в правовом механизме регулирования социально-трудовых отношений, самобытности правовой культуры и т. д.

В этой части внимание читателя следует обратить на комплексные сравнительно-правовые исследования представителей томской школы трудового права, которые на основе первоисточников рассматривают историю развития и современное состояние коллективного трудового права, неотъемлемой частью которого является институт коллективных договоров в Германии, Великобритании, США, Канаде, Франции[1].

Так, В. Г. Мельникова, рассматривая вопросы участия работников в управлении предприятием, делает вывод о том, что в силу значительных особенностей отдельных государств на уровне МОТ не удалось до настоящего времени создать эффективную модель представительства интересов работников на уровне предприятия и их участия в управлении предприятием. Такой единой модели, по мнению автора, для всех государств предложить невозможно, так как коллективные трудовые отношения весьма «привержены» национальным правовым традициям. Это во-первых. Во-вторых, МОТ занимает активную позицию в части защиты прав профсоюзов (свобода объединения), иные представители работников не должны ущемлять прав профсоюзов. В этой связи требует авторских пояснений утверждение о том, что оптимальным представляется вариант наделения полномочиями на уровне предприятия именно трудового коллектива, поскольку взаимодействие работодателя с органом трудового коллектива предпочтительнее. А названная причина предпочтительности одна — в трудовой коллектив объединены все работники, в профсоюз может входить только определенная их часть[2]. В этом случае профсоюзы утратят свою первичную основу, а об общепризнанном принципе международного трудового права «свобода объединения и право на коллективные переговоры» можно забыть. Какова будет судьба коллективных соглашений (территориальных, отраслевых и др.)?

Другой автор, Е. Р. Воронкова, исследуя основные формы самозащиты субъектов коллективного трудового права (забастовка и локаут), предлагает следующее определение. Самозащита коллективных трудовых прав — это самостоятельное воздействие одного субъекта коллективного трудового права

[1] См.: *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., В. Г. Мельникова.* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 2. М., 2009.

[2] См. там же. С. 146.

с целью защиты своих прав и интересов на другого посредством ограничения возможностей реализации его имущественных, организационно-технических, производственных интересов, направленное на обеспечение эффективности переговорного процесса по урегулированию социально-трудовых разногласий в формах и пределах, допустимым законодательством о труде и прецедентным правом[1].

Обобщая определение забастовки, автор указывает на такой ее характерный признак, как выступление в качестве средства волевого воздействия работников на работодателя с целью побудить его принять меры по разрешению возникшего трудового конфликта, установить новые условия труда или сохранить прежние. Отметим, что здесь явно дается узкая трактовка целей забастовки. Как считают специалисты МОТ, требования, выдвигаемые в ходе забастовочных акций, можно разделить на три группы: «профессиональные» (гарантировать или улучшить условия труда), профсоюзные (стремление гарантировать или расширить права профсоюзов) и политические[2]. Автор рассматривает и порядок реализации права на локаут в ряде развитых стран (США, Канада, Новая Зеландия, Германия и др.), но при этом воздерживается от оценки возможной рецепции этого опыта в российском законодательстве. Наряду с локаутом к иным средствам самозащиты работодателем своих прав и интересов причислены: 1) продолжение производственного процесса работодателем путем использования не принимающих участия в забастовке работников, подрядчиков или нанимая новых работников; 2) право работодателя приостановить производство во время забастовки; 3) право работодателя не выплачивать заработную плату работникам, принимающим участие в забастовке; 4) право работодателя после окончания забастовки предложить работникам отработать сверхурочное время, не использованное ими вследствие приостановления ведения технологического процесса во время забастовки[3].

В заключение отметим, что стратегия заимствования международного и зарубежного опыта правового регулирования трудовых отношений представляет собой во многом именно методологическую проблему, связанную с определением типа заимствования и его пределов. «Мягкость» международного трудового права и разнородность зарубежного опыта правового регулирования трудовых отношений оставляет простор для законодателя и социальных партнеров в выборе оптимальной модели с учетом национальных особенностей с условием эффективной адаптации норм международного права и зарубежного законодательства к отечественным реалиям.

---

[1] *Лебедев В. М., Воронкова Е. Р., В. Г. Мельникова.* Современное трудовое право (опыт трудоправового компаративизма). Кн. 2. М., 2009. С. 156.

[2] См. там же. С. 42.

[3] См. там же. С. 183.

Глава 7
СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ: PRO ET CONTRA

7.1. Договорные начала права социального обеспечения и социально-обеспечительные обязательства: в поисках точки опоры

В советский период сложилась государственная патерналистски-эгалитарная модель социального обеспечения. В этой модели государству отводилась ключевая роль в разрешении социально-экономических проблем всех общественных групп на уравнительной основе. Это были уравнительное государственное социальное обеспечение, по существу не зависящее от трудового вклада лица, полная гарантированная занятость и доступное государственное здравоохранение. Советское право социального обеспечения сформировалось как публичная отрасль. Иного было не дано.

Новый облик права социального обеспечения обусловлен, на наш взгляд, модификацией природы этой отрасли. Мы полагаем, что она все больше приобретает публично-частную природу[1]. Отсюда «новый облик» отрасли связан также и с ее экспансией, расширением сферы действия за первоначальные публичные пределы. Речь идет прежде всего о расширении сферы договорного регулирования социально-обеспечительных отношений (социально-страховых, отношений по социальной помощи, социальному обслуживанию), о чем мы уже писали ранее[2].

Этот процесс обновления отрасли является закономерным результатом определенных социально-экономических изменений в российском обществе. Экономика советского периода, основанная на государственной собственности, обеспечивала функционирование единой государственной распределительной системы социального обеспечения. Социально-экономическим условиям соответствовал и публичный характер отрасли права социального обеспечения. В настоящее время в России сложилась система социально-экономических отношений, основанная на других принципах (плюрализм и равенство форм собственности, свобода предпринимательства, неприкосновенность частной собственности и др.). Она

---

[1] В. С. Аракчеев также считает, что право социального обеспечения в современной теории следует отнести к частно-публичным отраслям права. Но, к сожалению, этот тезис не получил обоснования и содержательного наполнения. Автор ограничился лишь общей ремаркой. См.: *Аракчеев В. С.* Теоретические и практические вопросы общей части права социального обеспечения. Томск, 2001. С. 28.

[2] См.: *Лушникова М. В., Лушников А. М.* Курс права социального обеспечения. М., 2008; 2-е изд. 2009; *Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. С. 340–427.

кардинально отличается от прежней системы. В результате масштабной приватизации государство утратило свою прежнюю всеобъемлющую экономическую власть, сохранив политическую и законотворческую. Вместе с тем в соответствии с Конституцией РФ на государство (правовое, социальное) возложены значительные социальные функции, которые должны быть обеспечены за счет различных источников — не только публичных финансов (государственные и местные бюджеты), но и финансов государственных внебюджетных социально-страховых фондов. Последние хотя и являются государственной собственностью, но формируются с учетом страховых взносов юридических и физических лиц. Однако они автономны и не входят в состав бюджетов соответствующих уровней.

Иными словами, речь идет о публично-правовых социальных обязательствах государства. Порядок реализации названных социальных обязательств государства не исключает, а, скорее, предполагает применение обязательственных, договорных юридических конструкций. Во-первых, эти обязательства носят имущественный характер, они связаны с предоставлением лицам социально-обеспечительных услуг, выплатами пенсий, пособий, компенсаций. Отношения, составляющие ядро предмета права социального обеспечения, представляют собой разновидность имущественных отношений и обладают всеми основными признаками последних[1]. Во-вторых, к реализации социальных обязательств в качестве публичных агентов государство на договорных началах привлекает иных субъектов (негосударственные пенсионные фонды (НПФ), медицинские страховые организации, поставщики социальных услуг и др.). В-третьих, система социального обеспечения населения строится на единстве принципов солидарности поколений и личной ответственности лица за свое благополучие и благополучие семьи. В этой связи, например, социальное страхование предполагает органическое единство обязательного и добровольного страхования. Как известно, добровольные формы участия в социальном обеспечении невозможны без договорных механизмов. Согласно ст. 39 Конституции РФ государство поддерживает и стимулирует добровольное социальное страхование, создание дополнительных форм социального обеспечения, т. е. негосударственные (частные) формы социального обеспечения.

В современную систему социального обеспечения активно включаются договорные механизмы в случаях, предусмотренных законом. Так, в соответствии с Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» социальные услуги могут быть оказаны как бесплатно, так и на условиях с частичной или полной оплатой на основании договора о предоставлении социальных услуг. Эти договоры заключаются между поставщиком услуг и гражданином[2]. Государственная социальная помощь предоставляется на основании социального контракта, сопровождаемого программой социальной адаптации[3].

В сфере обязательного медицинского страхования система договоров является основой реализации права застрахованного лица на медицинскую помощь и включает договор о финансовом обеспечении обязательного медицинского стра-

---

[1] См.: Право социального обеспечения / под ред. В. Ш. Шайхатдинова. М., 2015. С. 48.

[2] См.: СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 7007.

[3] См.: Федеральный закон от 17 июля 1999 г. № 178-ФЗ «О государственной социальной помощи // СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3699.

хования, договор на оказание и оплату медицинской помощи[1]. Договор также лежит в основе выплаты накопительной пенсии НПФ, негосударственной пенсии. В действующем законодательстве установлен механизм добровольного вступления лица в отношения по обязательному пенсионному страхованию, застрахованному лицу предоставляется право выбора страховщика в отношении накопительной пенсии, что оформляется договором обязательного пенсионного страхования[2]. Негосударственное пенсионное обеспечение предоставляется НПФ на основании пенсионного договора[3]. Названные договорные формы социального обеспечения не являются российским «изобретением». В определенной степени они основаны на рецепции зарубежного опыта, к сожалению, в ряде случаев произведенной без учета российских социально-экономических условий, сложившихся правовых традиций в сфере социального обеспечения, и менталитета россиян.

Исторически социальное страхование как форма социального обеспечения связывается первоначально с добровольными договорными системами самострахования и взаимопомощи лиц наемного труда, позднее — с вмешательством государства в регламентацию отношений труда и капитала. Соответственно, появляются обязательные формы социального страхования, когда государство законодательно обязывает определенные группы населения страховать себя или третьих лиц от того или иного вида социального риска. Таким образом, существующие сегодня во многих развитых странах системы социального страхования основаны на единстве и взаимодействии обязательных и добровольных систем страхования. Это дает основания утверждать, что обязательные и дополнительные частные системы социального страхования рассматриваются как единая по существу схема достижения намеченного уровня социальной защиты населения.

При этом каждая страна с учетом уровня социально-экономического развития, национальных традиций определяет соотношение обязательного и добровольного страхования. Так, социальное страхование в Германии (модель Бисмарка[4]), имеющее более чем 100-летнюю историю развития, строится на сочетании публичных и частных правовых начал, на сочетании обязательного и добровольного страхования по отдельным видам социальных рисков (пенсионное, медицинское, страхование в связи с безработицей, страхование от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний). Так, в настоящее время пенсионное обеспечение в Германии включает в себя две взаимосвязанные системы: 1) обязательное пенсионное страхование, охватывающее не только наемных работников, но и государственных чиновников, лиц свободных профессий; 2) дополнительное добровольное пенсионное страхование (на уровне предприятия и индивидуальное пенсионное страхование). Обязательное пенсионное страхование основано

---

[1] См.: Федеральный закон от 29 ноября 2010 г. № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации» // РГ. 2010. 3 дек. № 274 (ред. от 1 декабря 2014 г.).

[2] См.: Федеральный закон от 30 апреля 2008 г. № 56-ФЗ «О дополнительных страховых взносах на накопительную часть трудовой пенсии и государственной поддержке формирования пенсионных накоплений» // СЗ РФ. 2008. 5 мая. № 18. Ст. 1943 (ред. от 4 ноября 2014 г.).

[3] См.: Федеральный закон от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах» // РГ. 1998. 13 мая. № 90 (ред. от 29 июня 2015 г.).

[4] О. Э. Л. фон Бисмарк (1815–1898) — канцлер Германии, под руководством которого были разработаны законы о социальном страховании в Германии.

на страховых взносах и обеспечивает увязку пенсии с заработком, ориентировано на замещение заработной платы в высоких соотношениях к пенсии (60–70 %). Дополнительная пенсионная система основана на добровольных договорных началах.

Так, на предприятиях существуют пенсионное обеспечение в виде прямого страхования на основании договора между работником и работодателем и профессиональное пенсионное обеспечение через независимые учреждения социального страхования (страховые организации и пенсионные кассы, пенсионные фонды). Система добровольного пенсионного страхования выполняет двоякую функцию: во-первых, распространяется на граждан, не подлежащих обязательному страхованию, и во-вторых, является дополнительным страхованием лиц, подлежащих обязательному страхованию. Таким образом, функционирование в Германии обязательной и дополнительных систем пенсионного страхования обеспечивает конкуренцию на рынке страховых услуг и создает предпосылки для более динамичного развития в целом существующей системы пенсионного страхования. Таким образом, социальное страхование, организованное по модели Бисмарка, основывается на профессионально-трудовой социальной солидарности. Товарищества взаимного страхования действуют на основе самоуправления, самофинансирования и некоммерческого хозяйствования под общим государственным правовым контролем[1].

Несколько отличается организация социального обеспечения в странах, выбравших модель Бевериджа[2] (Великобритания и др.). Государство обеспечивает базовые гарантии социальной защиты на уровне прожиточного минимума, предоставляет равные возможности для воспитания детей семьями с разными доходами, равный доступ к государственной системе здравоохранения. Например, здесь обязательные страховые взносы формируют государственную базовую часть пенсии, выплачиваемой в едином размере для всех получателей. Эта часть пенсии основана на увязке с прожиточным минимумом, на принципах социальной помощи. Дифференциация размеров пенсий с учетом страхового вклада обеспечивается за счет добровольных профессиональных пенсий, организуемых в рамках национальной пенсионной системы страны, и индивидуальных пенсионных программ с помощью добровольного участия (НПФ и страховые компании). Речь идет о страховой (дополнительной или профессиональной государственной) пенсии.

Таким образом, государственные и частные институты рассматриваются как единые национальные системы социального обеспечения. В промышленно развитых странах наблюдается тенденция к снижению общего уровня обязательного социального обеспечения и к более широкому использованию корпоративных пенсионных систем, финансируемых работодателями, развитию частного социального страхования[3].

---

[1] См.: *Роик В. Д.* Социальное страхование в меняющемся мире. СПб., 2014. С. 86; *Роик В. Д., Степанов Б. Г., Эченике Е. В.* Зарубежный опыт организации и модернизации пенсионных систем: уроки для России. М., 2007. С. 172–185.

[2] У. Г. Беверидж (1879–1963) — английский экономист и политический деятель, заложивший основу системы социального страхования в Великобритании.

[3] См.: *Антропов В. В.* Система социальной защиты в Великобритании // Труд за рубежом. 2005. № 3. С. 37–54; *Роик В. Д.* Формирование института негосударственных пенсий: концептуальные предложения // Пенсионные деньги. 2006. № 1–2. С. 2–27.

В рамках Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации на период до 2030 г.[1] предусматривается дальнейшее реформирование пенсионной системы. Эта система должна в перспективе стать трехуровневой: первый уровень — страховая (трудовая) пенсия в рамках обязательного пенсионного страхования; второй уровень — корпоративная пенсия, формируемая работодателем при возможном участии работника на основании коллективных и (или) трудовых договоров; третий уровень — частная пенсия, формируемая работником (физическим лицом). Очевидно, что реализация права на пенсию, по крайней мере в части второго и третьего уровня, предполагает применение договорных конструкций. Так, корпоративное пенсионное обеспечение работников признается дополнительным негосударственным обеспечением, осуществляемым работодателем, страховыми организациями, НПФ, кредитными организациями на основании договора о корпоративной пенсионной программе (пенсионном продукте) и пенсионных правил.

В современной теории права социального обеспечения нередко подчеркивается возрастание роли социально-партнерских методов регулирования социально-обеспечительных отношений. Локальные нормативные акты, коллективные соглашения и договоры признаются источниками не только трудового права, но и права социального обеспечения. Более того, в рамках индивидуально-договорного регулирования стороны трудового договора своим соглашением включают в его содержание дополнительные права работника в сфере социального обеспечения (оплата лекарств, дополнительные пособия при рождении ребенка и др.). В формировании социальной политики государства особая роль отводится социальным партнерам. М. Ю. Федорова отмечает, что создание дополнительных негосударственных механизмов социального обеспечения, в том числе и социально-партнерских, можно рассматривать в контексте формирования гражданского общества, его взаимодействия с государством в целях достижения социального мира и благополучия[2].

По нашему мнению, новый облик права социального обеспечения характеризуется единством публичных и частных начал правового регулирования. Последние особенно ярко проявляются в договорных режимах регулирования социального страхования и социального обслуживания, расширении круга субъектов (обязательные государственные социально-страховые фонды, работодатели, индивидуальные предприниматели, частные медицинские учреждения и частные социальные службы и др.), а равно получателей социальных выплат и услуг. Односторонние публичные обязательства и договоры являются необходимыми юридическими фактами, порождающими, изменяющими социально-обеспечительные отношения как в сфере социального (медицинского, пенсионного и др.) страхования, так и сфере социальной помощи, социального обслуживания.

Социально-обеспечительное обязательство как базовая отраслевая юридическая конструкция. В каждой отрасли права используются как общеправовые (состав правонарушения, правосубъектность сторон правоотношения и др.), так и отраслевые конструкции. Во всех отраслях права и отраслевых юридиче-

---

[1] См.: СЗ РФ. 2012. № 53 (ч. 2). Ст. 8029.

[2] См.: *Федорова М. Ю.* Негосударственные организации как субъекты правоотношений по социальному обеспечению // Современные проблемы трудового права и права социального обеспечения. Минск, 2006. С. 141.

ских науках имеются базовые юридические конструкции, определяющие отраслевую самостоятельность этих правовых образований.

Какая же категория должна выполнять роль базовой в науке права социального обеспечения в настоящее время? Ответить на этот вопрос совсем не просто, однако можно предложить некоторые направления такого поиска. Это должна быть юридическая конструкция, которая обусловливает необходимость координации вокруг нее всех иных правовых средств, обеспечивающих достижение целей и задач отрасли. С нашей точки зрения, в праве социального обеспечения эту объединяющую и координирующую роль выполняет юридическая конструкция социально-обеспечительного обязательства. Но прежде чем мы обратимся к анализу этой конструкции, рассмотрим решение проблемы базовых конструкций в науке права социального обеспечения.

В советской и современной науке права социального обеспечения к таким базовым понятиям все авторы относят юридическую конструкцию «социальное обеспечение», производное от него понятие и виды «организационно-правовых форм социального обеспечения», реже — «социальную защиту населения». Современные учебники по праву социального обеспечения содержат соответствующие разделы, посвященные указанным категориям. Традиционно понятие социального обеспечения рассматривается как экономическая и правовая категория. При этом под социальным обеспечением одни ученые понимают форму распределения, гарантирующую гражданам нормальный уровень жизненного и культурного стандарта в старости, по потере трудоспособности и кормильца[1], один из способов распределения части валового внутреннего продукта путем предоставления гражданам материальных благ в целях выравнивания их личных доходов в случаях наступления социальных рисков за счет средств целевых финансовых источников в объеме и на условиях, строго нормируемых обществом и государством, для поддержания их полноценного социального статуса[2].

Другие ученые определяют социальное обеспечение через совокупность общественных отношений, возникающих по поводу предоставления гражданам за счет специальных фондов, бюджетных средств медицинской помощи, пенсий, пособий и других видов обеспечения при наступлении жизненных обстоятельств, влекущих за собой утрату или снижение дохода, повышенные расходы, малообеспеченность, бедность[3], или, другими словами, совокупность общественных отношений, в рамках которых лицам, не способным к обеспечению самих себя и своей семьи в силу объективных и признанных обществом причин, предоставляется часть общественных средств в объеме, достаточном для удовлетворения их социально значимых потребностей[4].

Третьи ученые рассматривают социальное обеспечение как форму выражения социальной политики государства, направленной на материальное обеспечение определенных категорий граждан в случае наступления событий, признаваемых государством на данном этапе своего развития социально зна-

---

[1] См.: *Иванова Р. И.* Правоотношения по социальному обеспечению в СССР. М., 1986. С. 22.

[2] См. *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. М., 2004. С. 32.

[3] См.: *Шайхатдинов В. Ш.* Система социальной защиты и обеспечения населения современной России // Социальная защита населения в регионе. Екатеринбург, 1999. С. 58.

[4] См.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 19.

чимыми[1]. Перечень подходов к определению содержания социального обеспечения можно продолжить указанием на иные его характеристики[2].

Таким образом, в одних случаях определение социального обеспечения основано на экономической и организационной характеристиках этого явления как способа (формы) целевого распределения общественных или обобществленных (государственных) средств либо как системы мероприятий государства в русле его социальной политики, в других — совпадает полностью или частично с определением предмета отрасли права социального обеспечения. Возникает закономерный вопрос о значении данной категории в построении системы отрасли права социального обеспечения. Столь многоплановое, выражающееся в различных аспектах понятие социального обеспечения едва ли может стать тем ядром, вокруг которого группируются институты права социального обеспечения. Скорее перечисленные определения социального обеспечения должны рассматриваться в ключе социального назначения и функций отрасли права социального обеспечения.

Несущественно изменит ситуацию возведение в ранг базовой конструкции права социального обеспечения понятия организационно-правовой формы социального обеспечения или уровней (подсистем) социального обеспечения как системного образования. Здесь мы также сталкиваемся с неоднозначностью и многомерностью этой конструкции.

Исторически первыми формами социального обеспечения были негосударственные: частная благотворительность, милостыня, церковное и общинное призрение, затем государственное обеспечение увечных воинов, пенсии чиновникам, государственное (общественное) призрение. В условиях капиталистического способа производства социальное страхование наемных работников прошло эволюцию от добровольных форм до обязательных государственных.

В современной юридической литературе часть авторов придерживается сложившегося в советский период понятия организационно-правовой формы социального обеспечения, но классификации этих форм разнятся в зависимости от избираемых критериев. Так, Е. Е. Мачульской в качестве таковых выделяются три основные формы: государственное (обязательное) социальное страхование; социальное обеспечение за счет федерального бюджета и бюджетов субъектов Федерации; государственная социальная помощь, локальные формы социального обеспечения[3].

Другие авторы придерживаются иной позиции, называя следующие формы социального обеспечения: обязательное социальное страхование; государственное социальное обеспечение за счет всех уровней бюджетной системы (включая государственную социальную помощь); негосударственное социальное обеспечение[4].

М. Л. Захаров и Э. Г. Тучкова рассматривают социальное обеспечение как многоуровневое системное образование, которое составляют государственная и негосударственная элементы системы. По их мнению, эта система содержит подсистемы финансирования расходов на социальное обеспечение за счет цен-

---

[1] См.: Право социального обеспечения / под ред. К. Н. Гусова. М., 2007. С. 11.

[2] Подробнее см.: *Миронова Т. К.* Право и социальная защита. М., 2006. С. 153–155.

[3] См.: *Мачульская Е. Е.* Право социального обеспечения. М., 2011. С. 31–37.

[4] См.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 27; *Сулейманова Г. В.* Право социального обеспечения. Ростов н/Д, 2004. С. 5.

трализованных внебюджетных кредитно-финансовых систем (Пенсионного фонда, Фонда социального страхования, фондов обязательного медицинского страхования); за счет федерального бюджета; за счет бюджетов субъектов РФ; за счет местных бюджетов и средств организаций; за счет фондов социальной поддержки населения. Кроме того, в системе материального обеспечения и социального обслуживания граждан, закрепленными нормами права социального обеспечения, относительно самостоятельными признаются подсистемы: пенсионного обеспечения; обеспечения граждан пособиями и компенсациями, медицинской помощью, лечением, социальными услугами, льготами[1].

Таким образом, в зависимости от различных критериев: круга обеспечиваемых субъектов, источников финансирования, оснований обеспечения, видов социального обеспечения, органов и организаций социального обеспечения — можно предложить довольно широкий спектр классификаций форм и видов социального обеспечения. Между тем в силу многомерности этих форм едва ли они в состоянии выполнять функцию базовых отраслевых юридических конструкций. Более того, сам законодатель в ряде случаев изменяет, реформирует правовую природу той или иной формы социального обеспечения, стирая грани между различными формами. Например, по российскому законодательству социальные пенсии имеют своим источником страховые средства Пенсионного фонда, а с 2001 г. страхование по безработице замещено государственным социальным обеспечением. В систему медицинского страхования включено у нас и неработающее население, страхование которого осуществляется государством. Взаимодействие и взаимопроникновение рассматриваемых форм социального обеспечения — явление очевидное, и оно не должно исключать их самостоятельности. Ряд стран предпринимают попытки в некоторых случаях развести эти формы социального обеспечения. Так, во Франции пенсионные правоотношения по выплате социальных пенсий, назначаемых в порядке социальной помощи, исключили из системы пенсионного страхования. В 1994 г. на основании Закона о фонде солидарности по старости был создан указанный специальный фонд. Главная задача фонда — выплата минимального дохода по старости лицам, не получающим пенсий и надбавок. Средства фонда формируются за счет всеобщего социального взноса (2,4 % любых доходов), части акцизов и пошлин на алкогольные напитки[2].

Еще более общей по содержанию юридической конструкцией является определение социальной защиты населения. Оно варьируется от «широкого» до «узкого» понимания. Так, в практике МОТ понятие «социальная защита населения» охватывает государственные и негосударственные формы социального страхования, вспомоществования и здравоохранения[3]. В специальной литературе российскими и зарубежными авторами предлагается более широкое понятие социальной защиты. В него также включаются государственные и негосударственные меры, направленные на создание благоприятной среды существования человека как члена общества[4], в том числе национальные системы охраны труда, помощь

---

[1] См. *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. С. 36–37.

[2] См.: *Зубченко Л.* Пенсионная система Франции // Труд за рубежом. 1995. № 2. С. 77–78.

[3] См.: Обеспечение дохода и социальная защита в меняющемся мире. Женева: МБТ, 2000.

[4] См.: *Шайхатдинов В. Ш.* Право социального обеспечения. Екатеринбург, 1996. Вып. 1. С. 5.

государства в получении образования[1], предоставление материальных благ, связанных с реализацией права на жилище[2], меры по охране окружающей среды, смягчению негативных результатов экономической реформы и др.[3]

Таким образом, предлагаемые сегодня в учебной и научной литературе юридические конструкции социального обеспечения, организационно-правовых форм социального обеспечения, социальной защиты населения не отвечают критериям базовой отраслевой юридической конструкции, консолидирующей все институты отрасли. На наш взгляд, эта роль должна быть отведена юридической конструкции социально-обеспечительного обязательства.

Как уже отмечалось, право социального обеспечения традиционно относят к публичным отраслям права. Однако в современных экономических (рыночных) условиях и условиях формирования гражданского общества не следует игнорировать степень проникновения частноправовых начал, институтов, категорий в сферу социального обеспечения. Публичное право согласно традиционной формуле обеспечивает публичный интерес, который, как уточняет современная доктрина, представляет собой не что иное, как «усредненный» частный интерес, «общее арифметическое» от частных интересов[4].

Явление обязательства присуще не только сфере гражданского оборота, но и международному, государственному, административному, финансовому праву, где традиционно доминируют публичные начала в правовом регулировании. Следует согласиться, что правовая конструкция обязательства является абстрактной и выражает определенную закономерность в правовой организации общественных отношений. Такая конструкция, как обязательство, обладает определенными устойчивыми признаками, составляющими особую правовую форму регулирования общественных отношений. Сложившись первоначально в рамках гражданского права, эта правовая конструкция приобрела относительную самостоятельность и впоследствии утратила свою отраслевую принадлежность, выделившись в правовую категорию, «стоящую над системой права»[5]. В случае ее использования для регулирования отношений иной отраслевой принадлежности последние не становятся гражданско-правовыми. В данном случае не расширяется сфера действия норм гражданского права, здесь имеет место лишь использование способов правового регулирования как составной части метода регулирования. В этой связи мы не предлагаем рассматривать социально-обеспечительное обязательство в качестве разновидности гражданско-правового обязательства.

Речь идет о юридической конструкции обязательства активного типа, сочетающего частные и публичные средства регулирования социально-обеспечительных отношений. Это обязательство с особой целевой направленностью и объектом, опосредующее относительное правоотношение, где одно лицо (орган социального обеспечения, иной уполномоченный субъект) обязано совершить действия в пользу другого физического лица по предоставлению социально-обеспечительных благ (пособий, пенсий, социальных услуг и др.) в целях социальной защиты.

---

[1] См.: *Ламперт Х.* Социальная рыночная экономика. Германский путь. М., 1994. С. 150–152, 182–200 и др.

[2] См.: *Миронова Т. К.* Право и социальная защита. М., 2006. С. 171.

[3] См.: *Черноморченко Н. П.* Право социального обеспечения. Саратов, 2000. С. 6.

[4] См.: *Тихомиров Ю. А.* Публичное право. М., 1995. С. 55 и др.

[5] См.: *Танчук И. А., Ефимочкин В. П., Абова Т. Е.* Хозяйственные обязательства. М., 1970. С. 19.

Предлагаемая конструкция социально-обеспечительного обязательства применима ко всем организационно-правовым формам социального обеспечения: социальное страхование, социальная помощь и социальное обслуживание, государственное социальное обеспечение. При этом речь идет не только об обязательных формах, основанных на законе, но и о добровольных, вытекающих из социально-обеспечительных договоров. Легализация этой юридической конструкции соответствует социальному назначению отрасли права социального обеспечения, тем более что в постсоветской практике правового регулирования социально-обеспечительных отношений имела место практика одностороннего отказа государства от своих социальных обязательств. Достаточно вспомнить нормативные решения об отмене индивидуальных страховых взносов с заработка работников в Пенсионный фонд РФ и Фонд занятости в начале XXI в.

Судьба уже перечисленных гражданами взносов в эти фонды была решена по усмотрению государства без каких-либо встречных обязательств по их компенсации гражданам. Если исходить из обязательственной природы социально-обеспечительных отношений, то следует вести речь о социальных обязательствах государства, гарантиях их выполнение. В этом случае заслуживают поддержки высказанные в литературе предложения о предоставлении рассматриваемой категории застрахованных лиц права выбора: либо получить накопительную часть трудовой пенсии в минимальном размере, либо ликвидировать пенсионные накопления и учесть соответствующие денежные средства в общей части индивидуального лицевого счета застрахованного, увеличив размер страховой части пенсии[1]. Таким образом, юридическая конструкция социально-обеспечительного обязательства имеет не сколько теоретическое, сколько прикладное практическое значение.

Об обязательственной природе социально-обеспечительных отношений писали в свое время Т. В. Иванкина, Р. И. Иванова, В. А. Тарасова. При характеристике правового положения сторон в социально-обеспечительном отношении они определяли его как социальное обязательство, основанное на законе[2]. В постсоветский период эта конструкция социального обязательства нашла поддержку в работах М. Ю. Федоровой, которая противопоставляет социально-обеспечительное обязательство социально-страховому. При этом под социально-обеспечительным обязательством понимается публичное безвозмездное обязательство, где государство предоставляет гражданину материальное обеспечение бесплатно, безэквивалентно, т. е. на началах алиментарности. Социально-страховое обязательство носит частно-публичный возмездный и взаимный характер и возникает на основе закона (обязательное государственное) либо договора (дополнительное)[3]. Из предложенной классификации обязательств следует, что социально-страховое обязательство не имеет социально-обеспечительной приро-

---

[1] См.: *Фрик О. В.* Страховые взносы как источник формирования пенсионных накоплений: некоторые проблемы теории и практики // Российский ежегодник трудового права. 2005. № 1. С. 530.

[2] См.: *Иванкина Т. В.* Проблемы правового регулирования распределения общественных фондов потребления. Л., 1979. С. 29; *Иванова Р. И., Тарасова В. А.* Предмет и метод советского права социального обеспечения. М., 1983. С. 146.

[3] См.: *Федорова М. Ю.* Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 91.

ды, автор отграничивает его от социально-обеспечительного обязательства[1]. Тем самым разрушается единство социального обязательства как правового явления, опосредованного социально-обеспечительным правоотношением.

Подчеркнем еще раз, что понятие «социально-обеспечительное обязательство» — это конструкция, которая характеризует природу социально-обеспечительных отношений, объединяет общим началом и социально-страховые, и отношения по государственному социальному обеспечению, государственной социальной помощи и обслуживанию населения. Социально-обеспечительное обязательство как правовое явление должно иметь много общего с классической категорией «обязательство», разработанной в гражданском праве. Так, если социально-обеспечительное обязательство обладает родовыми признаками обязательства, то его правовое регулирование во многом может идти по пути заимствования технико-юридических цивилистических подходов. Однако необходимо учитывать, что социальное обязательство характеризуется особыми видовыми признаками, вытекающими из публично-правовой составляющей социально-обеспечительных отношений с участием государства или под его контролем. Иными словами, речь идет о сложной частно-публичной природе социально-обеспечительного обязательства.

Анализ социально-обеспечительного обязательства следует начать с его родовых признаков. Иными словами, необходимо выявить его общие признаки, которые сродни классическому цивилистическому обязательству. К таковым относятся следующие.

1. Гражданско-правовое обязательство, как правило, носит имущественный характер. Отношения, регулируемые обязательственным правом, охватываются понятием отношений экономического оборота. Общим для всех отношений экономического оборота является то, что они так или иначе связаны с перемещением материальных благ в виде вещей, денег, выполнения работ, оказания услуг и т. д. Социально-обеспечительное обязательство в значительной части (хотя и не полностью) отвечает этому признаку, так как в социально-обеспечительном правоотношении лицу предоставляются социальные выплаты (пенсии, пособия, компенсации), натуральные формы содержания (одежда, продукты питания), социальные услуги.

2. Поскольку гражданско-правовые обязательства опосредуют процесс перемещения материальных благ от одного лица к другому, постольку они всегда устанавливаются между строго определенными лицами, т. е. приобретают относительный характер. Обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон (для третьих лиц) (ст. 308 ГК РФ). Социально-обеспечительное обязательство также является относительным правоотношением, стороны которого строго определены: физическое лицо и органы, организации, иные лица, предоставляющие тот или иной вид социального обеспечения.

3. Согласно гражданско-правовой теории обязательство — это всегда правоотношение активного типа. Так, в соответствии со ст. 307 ГК РФ, «в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить

[1] См. *Федорова М. Ю.* Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 304.

работу, уплатить деньги и т. п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности». В обязательстве участвуют две стороны: управомоченная и обязанная. Поскольку перемещение материальных благ невозможно без активных действий, управомоченная в обязательственном правоотношении сторона наделена правом требовать от обязанной стороны совершения определенных активных действий. В свою очередь, на обязанную сторону возлагается обязанность совершить активные действия. При этом она может быть обязана к воздержанию от определенных действий, сопровождающих ее активные действия, но не заменяющему их. Такое пассивное воздержание не относится к числу существенных признаков обязательства. То же самое можно сказать и о социально-обеспечительном обязательстве. Оно всегда активного типа и развивается за счет активного поведения получателя социальных выплат и услуг (право требования, притязания), в то время как другая сторона, орган социального обеспечения, обязана предоставить тот или иной вид социального обеспечения в порядке и на условиях, предусмотренных законом или договором. В социально-страховых правоотношениях эта характеристика правового положения сторон не требует особого обоснования. Однако не являются исключением и правоотношения по социальной помощи, социальному обслуживанию, несмотря на их адресный характер. Заявитель вправе требовать рассмотреть его просьбу о предоставлении социальной помощи, а орган социальной защиты после проверки нуждаемости лица обязан при наличии оснований, предусмотренных в законе, предоставить тот или иной вид социальной помощи.

4. Признаком гражданско-правового обязательства является его целенаправленность, ибо действия должника в обязательстве осуществляются в пользу кредитора. Социально-обеспечительному обязательству этот признак присущ. Очевидно, что орган, организация, предоставляющие социальное обеспечение, выполняют свою обязанность исключительно в пользу конкретного физического лица.

Таким образом, социально-обеспечительное обязательство как разновидность обязательства — это относительное правоотношение активного типа, в котором орган социального обеспечения (организация, иное лицо) обязан в порядке и на условиях, предусмотренных законом или договором, предоставить лицу определенный вид социальных выплат, социальных услуг, социальных льгот.

Между тем обязательство как институт гражданского права характеризует диспозитивный метод регулирования имущественных отношений, основанный на равенстве сторон. Обязательство в праве социального обеспечения предполагает наряду с ним и иной метод — императивный, основанный на особой социальной роли государства. Заметим, что подобное единство императивных и диспозитивных начал мы наблюдаем в правовом регулировании трудовых отношений. В этой связи применение термина «обязательство» в сочетании с термином «социально-обеспечительное» означает выявление целого ряда признаков, выражающих специфику и содержание социально-обеспечительных правоотношений. Эти признаки рельефно проявляются при его сравнении с гражданско-правовым обязательством.

Итак, в чем же проявляется отличие социально-обеспечительного обязательства от гражданско-правового?

1. Гражданско-правовое обязательство возникает, как правило, на добровольной основе, допускающей изменение содержания обязательств по соглашению сторон, уступку требования и перевод долга, прекращение обязательства соглашением сторон. Социально-обеспечительные обязательства по основаниям возникновения можно подразделить на обязательные (недоговорные), вытекающие из закона (как правило, это сложный фактический состав: правовые основания социального обеспечения, предусмотренные в законе, волеизъявление лица и решение соответствующего органа социального обеспечения) — и добровольные (договорные). В последнем случае, например, законом[1] может определяться порядок добровольного вступления определенного круга лиц в систему обязательного страхования на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством, пенсионного страхования. Иными словами, по добровольному волеизъявлению лица возникают отношения по обязательному социальному страхованию. Действующим законодательством также определяются договорные основания возникновения социально-обеспечительных обязательств, равно как и порядок заключения такого договора (например, договоры на оказание и оплату медицинской помощи, договоры о страховании в негосударственных пенсионных фондах).

2. Содержание гражданско-правового обязательства основано на равенстве сторон и определяется сторонами. В социально-обеспечительном обязательстве его содержание устанавливается законом, а в добровольном договорном социальном обеспечении — и договором, но в пределах, установленных законом. Так, при предоставлении платных (договорных) медицинских услуг медицинское учреждение должно обладать лицензией на конкретный вид деятельности. Государственные и муниципальные медицинские учреждения оказывают платные медицинские услуги по специальному решению соответствующего органа управления здравоохранением и в соответствии с установленными правилами. Таким образом, публичная составляющая социально-обеспечительного обязательства обусловлена нормированием государством социального стандарта обеспечения, который не может быть ниже установленного законом. Это достигается путем законодательного закрепления видов социального обеспечения, его уровня и условий предоставления.

Таким образом, социально-обеспечительное обязательство характеризуется единством публичных (императивных) и частных (диспозитивных) начал. Но степень вмешательства государства в отношения сторон обязательства зависят от вида социально-обеспечительные обязательства.

Виды социально-обеспечительных обязательств и гарантии их исполнения. В зависимости от оснований возникновения социально-обеспечительных обязательств следует, на наш взгляд, выделить:

1) социально-обеспечительные обязательства, вытекающие из закона (государственное социальное обеспечение, обязательное пенсионное страхование и др.);

2) социально-обеспечительные обязательства, возникающие на основе не только закона, но и договора (негосударственное пенсионное обеспечение; добровольное медицинское страхование и др.).

---

[1] См.: Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» // СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 18.

В социально-обеспечительных обязательствах, вытекающих из закона, императивно определяются основания возникновения обязательства, его содержание и порядок изменения и прекращения, а также объем предоставляемых социальных благ. Источником финансирования этих обязательств являются средства государства (бюджеты всех уровней, государственные внебюджетные социальные фонды). В этих обязательствах основой служит публичная составляющая. Неслучайно Конституционный Суд РФ называет их публично-правовыми обязательствами государства. В своих решениях он подчеркивает, что в регулировании социальных прав законодатель связан публично-правовыми обязательствами государства. Право на социальное обеспечение является конституционным правом и общепризнанной нормой международного права. В этом контексте названное право гарантируется правовым социальным государством и не может быть им отменено.

Другое дело наполняемость, конкретный объем социальных благ, которые предоставляются гражданам при реализации ими права на социальное обеспечение. Как указывает Конституционный Суд РФ в своих постановлениях и определениях, этот объем в значительной мере зависит от социально-экономического уровня развития страны.

Государство не должно необоснованно и произвольно изменять эти обязательства или отказываться от них, иное означало бы нарушение принципов справедливости и правового социального государства. На практике же названные изменения социально-обеспечительного законодательства могут ухудшать положение гражданина. Установить в законодательстве абсолютный запрет на такие изменения едва ли возможно, так как объем предоставляемых государством социальных благ зависит от социально-экономического положения страны. Такие изменения или отказ государства от исполнения ранее взятых публичных обязательств, по мнению Конституционного Суда РФ, ограничены следующими правовыми принципами.

Во-первых, это принцип надлежащего и реального исполнения обязательства, а равно запрет (недопустимость) внесения произвольных изменений в действующую систему норм, ухудшающих положение получателей того или иного вида социального обеспечения. Конституционный Суд РФ называет это принципом поддержания доверия граждан к законам и действиям. Во-вторых, при обоснованных изменениях, вносимых в действующее социально-обеспечительное законодательство, должна быть обеспечена защита приобретенных прав. Формы и способы защиты, по мнению Конституционного Суда РФ, зависят от правовой природы и целевого назначения этих прав.

В решениях Конституционного Суда прослеживаются три основные формы защиты приобретенных социально-обеспечительных прав при изменении правового регулирования в сторону снижения уровня социального обеспечения: 1) сохранение признанного государством объема социальных благ, достигнутого уровня социального обеспечения в отношении социальных прав отдельных категорий граждан. Имеются в виду случаи, когда государство обязуется компенсировать вред гражданам, осуществляющим социально значимые функции доноров; гражданам, пострадавшим в связи с деятельностью государства в сфере освоения и использования ядерной энергии и др.; 2) предоставление гражданам разумного переходного периода — периода адаптации к вносимым

изменениям. Эту форму защиты приобретенных прав можно также встретить в нормативных актах; 3) создание компенсаторного механизма, позволяющего устранить или смягчить последствия изменения социально-обеспечительного законодательства. Таким образом, Конституционный Суд РФ дает толкование конституционных пределов дискреции законодателя при изменении регулирования социальных прав, тем самым обеспечивая исполнимость и стабильность публичных социально-обеспечительных обязательств[1].

Как уже отмечалось, социально-обеспечительные обязательства могут возникнуть из сложного фактического состава, включающего договор. Так, в российской практике появился еще один вид публичных социально-обеспечительных обязательств, которые имеют смешанный механизм реализации — это добровольное вступление в правоотношения по обязательному социальному страхованию. В настоящее время к таким случаям, например, относятся: 1) пенсионное страхование граждан РФ, работающих за ее пределами; 2) страхование несчастных случаев на производстве для лиц, заключивших гражданско-правовой договор на выполнение работ или оказание услуг по соглашению сторон этого договора; 3) страхование временной нетрудоспособности самозанятого населения. На наш взгляд, этот вид социально-обеспечительных договоров является по своей природе договором присоединения. При заключении договоров присоединения их условия устанавливаются в данном случае только одной стороной, публичной, а именно государством в лице уполномоченных органов и организаций.

В некоторых социально-обеспечительных обязательствах по добровольному договорному социальному обеспечению государство может устанавливать только пределы (границы) такой договоренности участников по тому или иному виду социального обеспечения (социальное обслуживание с полной или частичной оплатой). В этих обязательствах господствует договорный режим (частная составляющая), но она должна быть ограничена публичной сотавляющей. Источником финансирования такого обязательства являются, как правило, негосударственные средства (страховые взносы граждан, организаций, личные денежные средства). Однако источник финансирования не изменяет целевого назначения, сущности и предмета обязательства. Оно остается социально-обеспечительным и должно регулироваться в рамочном порядке государством нормами отнюдь не отрасли гражданского права, а права социального обеспечения. Исполнение этих обязательств, по нашему мнению, субсидиарно должно быть гарантировано государством.

В качестве выводов отметим следующее.

1. Новый облик права социального обеспечения характеризуется единством публичных и частных начал правового регулирования. Последние проявляются преимущественно в договорных режимах регулирования социального страхования и социального обслуживания, расширении круга субъектов (обязательные государственные социально-страховые фонды, работодатели, индивидуальные предприниматели, частные медицинские учреждения и частные социальные

[1] Подробнее см.: *Зорькин В.Д.* Защита социальных прав и преодоление несправедливости: проблемы конституционного правосудия // Социальные права и практика Конституционного Суда РФ. СПб., 2007.

службы и др.), а равно получателей социальных выплат и услуг. Односторонние публичные обязательства и договоры являются необходимыми юридическими фактами, порождающими, изменяющими социально-обеспечительные отношения как в сфере социального (медицинского, пенсионного и др.) страхования, так и сфере социальной помощи, социального обслуживания.

2. Социально-обеспечительные обязательства являются системообразующей категорией права социального обеспечения. В качестве оснований их возникновения может выступать и договор. Договор является универсальной правовой формой, во-первых, привлечения в систему социального обеспечения негосударственных субъектов, которые наделяются полномочиями по предоставлению социально-обеспечительных благ за счет средств бюджетной системы (государственные и муниципальные бюджеты, внебюджетные социально-страховые фонды), а также за счет иных источников. Во-вторых, добровольные формы социального обеспечения, системно дополняя обязательные виды социального обеспечения, предполагают активное внедрение договорных конструкций.

7.2. Предмет и метод права социального обеспечения в контексте договорных начал отрасли: единство и борьба противоположностей

Предмет права социального обеспечения и договорные начала отрасли. В современных исследованиях в целом сохранен сложившийся подход к предмету отрасли права социального обеспечения как публичной отрасли. В учебной литературе по праву социального обеспечения безапелляционно заявляется о том, что добровольные и полностью оплачиваемые виды социального обеспечения (платные социальные услуги, добровольное медицинское страхование, платные медицинские услуги, добровольное пенсионное страхование, платные образовательные услуги) регулируются нормами гражданского права[1].

Так, М. В. Филиппова по этому поводу пишет, что в основу отношений, функционирующих в области негосударственного социального обеспечения, положены начала добровольности, а значит, и равенства субъектов и договорных оснований существования. Деятельность этих субъектов и их взаимоотношения с обеспечиваемыми лицами регламентируются гражданско-правовыми нормами. И совсем иное дело — отношения по государственному социальному обеспечению[2].

Особо в теории права социального обеспечения подчеркивается недопустимость, как правило, договорного регулирования социального обеспечения. Частно-договорное регулирование социально-обеспечительных отношений, включаемых в предмет отрасли права социального обеспечения, в лучшем случае ограничивается субъектами трудового права, устанавливающими в трудовом договоре дополнительные виды социального обеспечения за счет средств работодателя[3].

---

[1] См.: Право социального обеспечения / под ред. К. Н. Гусова, М., 2007. С. 35; *Мачульская Е. Е.* Право социального обеспечения. Перспективы развития. М., 2000. С. 42.

[2] См.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 45.

[3] См.: *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. М., 2004. С. 97, 99. *Сулейманова Г. В.* Право социального обеспечения. М., 2011. С. 65.

Как пишет Е. Е. Мачульская, предмет права социального обеспечения ограничивается имущественными отношениями публичного характера, складывающимися в рамках государственной системы по предоставлению денежных выплат, медицинских и социальных услуг, мер социальной поддержки за счет средств бюджетной системы и внебюджетных фондов, а также процедурными отношениями по назначению определенного вида социального обеспечения[1].

По сути, все из названных характеристик предмета отрасли вызывают у нас возражения. Это касается прежде всего и исключительно публичного характера социально-обеспечительных отношений, и недопустимости частных (договорных) режимов правового регулирования[2]. Рассмотрим их по порядку.

Выше мы писали о «новом облике» современного права социального обеспечения, об «экспансии» данной отрасли, о ее публично-частной правовой природе. На первый взгляд, перечисленные выше отношения по добровольному социальному страхованию, платные (в полном объеме) отношения по социальному обслуживанию населения действительно во многом сродни гражданско-правовым. Неслучайно подавляющее большинство авторов причисляют отношения по негосударственному пенсионному страхованию, дополнительному медицинскому страхованию и иные основанные на договоре отношения к сфере действия гражданского права. Между тем для нас очевидно, что договор на социальное страхование от социальных рисков и договоры на платное или частично оплачиваемое социальное обслуживание, социальные контракты адаптации отличаются по своей природе от гражданско-правовых договоров. К сожалению, этот момент почти не учитывает наш законодатель, ибо применение гражданско-правовых конструкций к договорным социально-обеспечительным отношениям едва ли можно признать обоснованным и эффективным.

Точно так же, как трудовой договор по степени свободы волеизъявления сторон отличается от гражданско-правовых договоров подряда или возмездного оказания услуг, так и усмотрение сторон в договоре на социальное обслуживание ограничивается государственными стандартами качества социального обслуживания. Деятельность частных организаций и индивидуальных предпринимателей по оказанию социальных услуг требует специального государственного лицензирования. Договоры добровольного социального страхования также предполагают активное участие государства не только в сфере контроля, но и в области косвенного управления системой негосударственного социального страхования. Как нами уже отмечалось, речь идет о публичных обязательствах, которые возникают из договора в праве социального обеспечения и в которых законом ограничиваются пределы усмотрения сторон: порядок заключения таких договоров, минимальные социальные стандарты, государственные гарантии и др.

Однако современные ученые предмет отрасли права социального обеспечения, как правило, единодушно ограничивают публичной составляющей. В этой связи в качестве одного из основных квалифицирующих признаков социально-обеспечительных отношений называют его субъектный состав. В нем, с одной

---

[1] См., напр.: *Мачульская Е. Е.* Право социального обеспечения. М., 2011. С. 83.

[2] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс права социального обеспечения. М., 2009.

стороны, как правило, выступает государство либо другой уполномоченный или допускаемый государством орган[1], или, как его иначе называют, уполномоченный орган или организация в случаях делегирования или разрешения со стороны государства, публичный агент[2], который обязан или вправе предоставить социальное обеспечение, а с другой — физическое лицо, получающее социальное обеспечение. При этом ряд авторов придерживается более осторожной выжидательной позиции, отмечая, что участие негосударственных субъектов в социально-обеспечительных отношениях заслуживает неоднозначной оценки как с теоретических, так и с практических позиций[3]. Подчеркивается, что в настоящее время для столь принципиального расширения предмета правового регулирования за счет добровольных негосударственных форм социального обеспечения «не видится достаточных оснований, однако не исключается, что в будущем они могут появиться»[4]. Так и хочется в этом случае вспомнить слова поэта Н. А. Некрасова: «Жаль только — жить в эту пору прекрасную уж не придется ни мне, ни тебе». Очевидно, что основы будущего должны быть заложены сегодня, в том числе и в теории права социального обеспечения. Однако мы вынуждены констатировать, что остается почти непререкаемым утверждение Э. Г. Тучковой о том, что «право социального обеспечения на современном этапе его развития является сугубо публичным правом, поскольку регулирует отношения, носящие распределительный характер, в связи с чем содержание правоотношений устанавливается самим государством и не может изменяться по соглашению сторон»[5]. Аналогично высказывается и М. Ю. Федорова. Не отрицая значимости дополнительных добровольных форм социального обеспечения, основанных на договорах, она считает, что эти формы «не охватываются предметом права социального обеспечения, отраслевая специфика которого по-прежнему связана с бесплатным, безэквивалентным предоставлением социальной поддержки нуждающимся в ней членам общества за счет специальных финансовых источников на условиях, установленных законом»[6].

Субъектами, предоставляющими социальное обеспечение, признаются и негосударственные юридические лица, и индивидуальные предприниматели. В литературе отмечается, что представителем благ по социальному обеспечению является, как правило, государство (в лице своих уполномоченных органов и организаций), а также в случаях делегирования или разрешения с его стороны иные лица[7].

---

[1] См.: *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. С. 82.

[2] См.: Право социального обеспечения России / под ред. К. Н. Гусова. М., 2007. С. 133.

[3] См., напр.: *Федорова М. Ю.* Негосударственные организации как субъекты правоотношений по социальному обеспечению // Современные проблемы трудового права и права социального обеспечения. Минск, 2006. С. 141.

[4] См.: *Васильева Ю. В.* О функциональном подходе к предмету права социального обеспечения // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. М., 2006. С. 598.

[5] *Тучкова Э. Г.* Совершенствование методики преподавания права социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 43.

[6] *Федорова М. Ю.* Социальное обеспечение и социальная защита населения как объекты государственного и договорного регулирования // Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения. М., 2012. С. 638.

[7] См.: Право социального обеспечения / отв. ред. К. Н. Гусов. М., 2012. С. 133.

Мы полагаем, что при этом, во-первых, они должны быть наделены по действующему законодательству правом предоставлять отдельные виды социального обеспечения на договорных началах или на основании прямого указания закона. По нашему мнению, это должна быть всегда лицензируемая государством деятельность, например, как это имеет место в отношении медицинской деятельности, или подлежащей государственной аккредитации, как в отношении частных агентств занятости.

Во-вторых, виды социального обеспечения должны предоставляться по нормативам не ниже установленных государством, муниципальными органами стандартов или при соблюдении условий, установленных действующим законодательством о социальном обеспечении. Только в случае необходимой гарантированности социально-обеспечительных прав граждан допустимо участие негосударственных субъектов в социально-обеспечительных отношениях.

Исходя из действующего законодательства можно выделить две основные правовые модели участия негосударственных субъектов в названных отношениях. В соответствии с первой моделью эти субъекты на основании закона включены в обязательные системы социального обеспечения в качестве самостоятельных субъектов. Например, речь идет о работодателях-страхователях в правоотношениях по выплате пособий по временной нетрудоспособности, беременности и родам своим работникам за счет собственных средств (первые 2 дня временной нетрудоспособности), за счет средств, перечисляемых в Фонд социального страхования РФ. Вторая модель участия негосударственных субъектов в социально-обеспечительных отношениях складывается в отношениях по добровольному дополнительному социальному обеспечению. Еще раз подчеркнем, что мы не согласны с общей позицией специалистов по праву социального обеспечения об отнесении этих отношений к гражданско-правовым. В целях гарантированности социально-обеспечительных прав граждан государство должно не только обеспечить лицензирование деятельности таких субъектов, государственный контроль за их деятельностью, но и установить определенные условия предоставления социальных выплат и услуг. Едва ли здесь может идти речь о минимальных стандартах-нормативах, но о неких запретах, государственных стандартах, обеспечивающих рамочное правовое регулирование, — обязательно. Примером может служить деятельность негосударственных пенсионных фондов, заключающих с лицами договор негосударственного пенсионного обеспечения, по которому впоследствии лицо получает негосударственную пенсию.

Добровольное социальное обеспечение является дополнительным по отношению к государственному (обязательному) социальному обеспечению. Поскольку оно носит дополнительный характер, его сопровождают основные обязательные формы социального обеспечения (обязательное социальное страхование, государственная социальная помощь и государственное социальное обеспечение). В этой связи отношения по добровольному социальному страхованию как добровольной деятельности по оказанию социальной помощи должны включаться в предмет отрасли права социального обеспечения. При этом добровольные формы социального обеспечения по своему назначению должны дополнять обязательное социальное страхование и государственную социальную помощь, но при этом не заменять их.

Справедливости ради отметим, что в науке права социального обеспечения на сей счет доминирует иная позиция. Многие авторы без оговорок исключают из предмета права социального обеспечения негосударственное пенсионное обеспечение и негосударственное социальное обслуживание и относят их к предмету гражданского права[1].

Гораздо реже, но некоторые авторы причисляют к дополнительному социальному обеспечению негосударственное пенсионное обеспечение, дополнительное пенсионное страхование в части софинансирования пенсионных накоплений и благотворительность[2], тем самым признавая существование социально-обеспечительных отношений по дополнительному социальному обеспечению.

Метод права социального обеспечения и договорные начала отрасли. В настоящее время в теории социального обеспечения сложились два основных подхода к определению отраслевого метода, которые, на первый взгляд, являются взаимоисключающими. Однако фактически они в значительной части совпадают. При этом одни авторы признают отраслевой метод как один из основных признаков самостоятельности, самодостаточности отрасли. Другие отрицают этот факт, полагая, что ни одна отрасль права, в том числе и право социального обеспечения, не имеет в своем арсенале уникального, присущего лишь ей набора средств правового регулирования. В этой связи заявляется отказ от категории метода права социального обеспечения и необходимости его замещения понятием механизма правового регулирования[3].

Сторонники отраслевого метода права социального обеспечения с незначительными разночтениями в целом в одном ключе определяют составляющие отраслевого метода как метода публичной отрасли права, отмечая сочетание императивного и диспозитивного приемов правового регулирования при доминировании первого в определении правового положения сторон социально-обеспечительного отношения. Большинство норм отрасли при этом носят обязывающий, предписывающий характер[4]. При этом диспозитивное регулирование (дозволение) сводится исключительно к дозволению особого рода — к субъективному праву лица требовать тот или иной вид социального обеспечения. Отсюда, например, Е. Е. Мачульская называет метод права социального обеспечения методом позитивного обязывания (предписания), адресованного государственным органам или учреждениям в целях предоставления социального обеспечения лицам, пострадавшим от социальных рисков[5]. Однако, по нашему мнению, с таким же успехом метод административного права можно назвать методом позитивного обязывания государственных органов (предписаний). Некоторые авторы называют сочетание императивных и диспозитивных начал метода отрасли координацией, которая обеспечивает, как правило, нормативный, недоговорный способ правового регулирования, значительно реже — договорный[6].

---

[1] См.: Право социального обеспечения / отв. ред. К. Н. Гусов, М., 2012. С. 38–39.

[2] См.: Право социального обеспечения / под ред. В. Ш. Шайхатдинова. М., 2015. С. 524–534.

[3] См.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 58–70.

[4] См.: *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. С. 94; *Рогачев Д. И.* Метод права социального обеспечения. М., 2002. С. 79–87; Право социального обеспечения в России / под ред. К. Н. Гусова. М., 2007. С. 26 и др.

[5] См.: *Мачульская Е. Е., Добромыслов К. В.* Право социального обеспечения. М., 2006. С. 38.

[6] См.: *Сулейманова Г. В.* Право социального обеспечения. Ростов н/Д, 2004. С. 25–29.

По нашему мнению, во-первых, нельзя говорить о методе права социального обеспечения вообще, без привязки к конкретной совокупности социально-экономических отношений. В идеале он должен строиться на общих незыблемых принципах, но в реальности это было и есть далеко не так. Так, в советский период абсолютно преобладал административно-правовой метод правового регулирования государственного социального обеспечения. Во-вторых, выработанное в рамках отечественной теории права учение о методе права социального обеспечения позволяет рассмотреть воздействие этой отрасли на общественные отношения, но не дает в полном объеме возможности определить его особенности. Между тем для определения «физиономии» отрасли необходимо выявить не только ее предмет, но и метод. По мнению С. С. Алексеева, главной особенностью каждой отрасли является наличие особого юридического режима (метода регулирования), который характеризует то, как, каким образом осуществляется юридическое регулирование[1].

В-третьих, можно согласиться с тем, что существует некий единый метод правового регулирования общественных отношений, так как ограниченное число способов правового воздействия (запрет, обязывание и дозволение) предполагает их комбинированное использование в любой отрасли права. В-четвертых, этот метод имеет свою отраслевую специфику, что позволяет говорить об отраслевом методе как модификации единого метода в применении к конкретному предмету правового регулирования.

С учетом сказанного насущной необходимостью является определение особенностей метода права социального обеспечения в современных условиях. В советский период единая государственная система социального обеспечения предполагала адекватный этой системе метод правового регулирования как метод социально-алиментарных притязаний и предоставлений. В современных условиях с очевидностью в системе социального обеспечения сформировались три основные формы: возрожденное социальное страхование, государственное социальное обеспечение и социальная помощь; эти формы дополняются негосударственными формами социального обеспечения. Развитие этих форм социального обеспечения проходит не только при активном участии государства, но и при участии институтов гражданского общества. Следует отметить, что Н. П. Черноморченко в качестве признаков современного метода отрасли права социального обеспечения называет не только его осуществление государством в лице уполномоченных органов, но и дополнительное социальное обеспечение за счет негосударственных фондов, в том числе фондов добровольного социального страхования. Но затем, как бы в отрицание этого положения, автор делает вывод о том, что социальное обеспечение является частью государственной системы социальной защиты населения[2].

Нам представляется, что в настоящее время определились контуры метода современного права социального обеспечения. Его можно назвать методом социально-обязательственных притязаний и социально-солидарных предоставлений социальных благ членам общества, вытекающих из закона и (или) договора,

---

[1] См.: *Алексеев С. С.* Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 45.

[2] См.: *Черноморченко Н. П.* Право социального обеспечения. Саратов, 2000. С. 4–7.

в целях обеспечения достойного уровня жизни. Этот метод адекватно отражает современные особенности правового регулирования социально-обеспечительных отношений. Зарубежный опыт стран с социально ориентированной экономикой свидетельствует о том, что развитие общества без социальных потрясений и разрушений во многом связывается с обеспечением социальной безопасности каждому члену общества. Не вызывает сомнений, что названный метод охватывает все уровни и формы правового регулирования в социально обеспечительной сфере: социальное страхование, социальную помощь и государственное социальное обеспечение. Указание в структуре метода на договорные конструкции лишь отражает формирующуюся сложную систему социально-обеспечительных отношений. Договор в этом случае выступает в качестве универсального способа их регулирования. В этой связи весьма архаична, на наш взгляд, такая довольно распространенная характеристика метода права социального обеспечения (в том числе и на уровне учебников по праву социального обеспечения), как недопустимость по общему правилу договорного регулирования.

Специфику данного метода определяет целый ряд факторов — и прежде всего предмет правового регулирования. Как уже указывалось, он неоднороден, сочетает публично-правовые и частноправовые начала и имеет сложную структуру. Метод права социального обеспечения призван обеспечить сбалансированность интересов частных (отдельных) лиц и публичных лиц, когда «свободное развитие каждого является условием свободного развития всех». Это обеспечивается механизмом публичных социально-обеспечительных обязательств, о которых мы писали выше. В публичных социальных обязательствах (императивных, вытекающих из закона, и диспозитивных, основанных на договоре) основные черты метода правового регулирования выражаются в ограничении законом форм проявления автономии воли сторон. Это не означает подчинения одной стороны другой, это подчинение воли всех без исключения субъектов общей модели отношения, урегулированного законом.

Социальное обеспечение осуществляется за счет солидарных и иных источников: бюджетной системы (налоги), внебюджетных фондов обязательного страхования; средств добровольного социального страхования; средств индивидуального накопления в рамках публично-правовых режимов. Право социального обеспечения обеспечивает специальный механизм защиты членов общества от социальных рисков. Это то, что Н. А. Вигдорчик называл «организованной взаимопомощью людей»[1], В. Г. Яроцкий — соединением людей в различные группы, которое имеет в своей основе известную долю самопожертвования членов — одного в пользу остальных и обратно[2].

В заключение прибегнем к «тяжелой артиллерии» и вновь обратимся к Конституции РФ (ст. 39, 41). Основной Закон гарантирует каждому социальное обеспечение в случаях установленных законом (обязательное социальное обеспечение) и поощряет добровольное социальное страхование, дополнительные формы социального обеспечения. Заметим, речь идет именно о социальном, а не гражданско-правовом личном страховании, т. е. о добровольном медицин-

[1] См.: *Вигдорчик Н. А.* Теория и практика социального страхования. Вып. 1. Пг. — М., 1919. С. 29.

[2] См.: *Яроцкий В. Г.* Страхование рабочих в связи с ответственностью предпринимателей. СПб., 1895. Т. 1. С. 197.

ском страховании, негосударственном пенсионном обеспечении и др. В отношении дополнительных форм социального обеспечения имеются в виду формы, которые предусмотрены социально-обеспечительным законодательством (например, договоры о предоставлении социальных услуг, социального обслуживания). Социальная направленность добровольного страхования по основаниям, предусмотренным законами об обязательном социальном страховании и оказания социальных услуг на возмездной основе, с очевидностью свидетельствует в пользу социально-обеспечительной природы указанных форм социальной защиты населения, что означает необходимость их правового регулирования нормами права социального обеспечения.

Вывод. Договорные начала права социального обеспечения не отрицают в целом публичной природы данной отрасли. Однако между публичным и частным правом нет разделительной «китайской стены». Практически в любой публичной отрасли, включая административное и финансовое право, уголовный процесс, есть частные (договорные) элементы. Напротив, даже в гражданском праве есть в наличии существенные публичные ограничения, обоснованные интересами общества и государства.

Таким образом, включение договорного регулирования в сферу социального обеспечения не изменяет природу этих отношений. Законодатель, вероятно, исходил из стремления сделать отношения более гибкими, позволить сторонам уточнять и дополнять виды и формы социального обеспечения с целью достижения достойного уровня социального обеспечения при общей ответственности и контроле государства[1].

7.3. Юридическая конструкция социально-обеспечительного договора: быть или не быть?

В предыдущем параграфе мы предприняли попытку убедить нашего читателя в необходимости признания договорных начал в правовом регулировании социально-обеспечительных отношений. При этом преследовалась исключительно прикладная цель — расширить сферу действия правовых средств, обеспечивающих социальную защиту населения. Для нас очевидно, что если специалисты отрасли права социального обеспечения не предлагают законодателю адекватный правовой инструментарий, отвечающий правовой природе социально-обеспечительных отношений, то эта ниша неизбежно восполняется конструкциями иной отраслевой принадлежности. Применительно к нашей проблеме — конструкцией гражданско-правового договора. Это приведет и, впрочем, уже приводит к коммерциализации сферы социального обеспечения. Кстати, критики договорного регулирования социально-обеспечительных отношений как раз и ссылаются на этот аргумент, не учитывая совершенно обратный эффект. Если добровольные договорные формы социального обеспечения исключить из предмета отрасли, то не стоит удивляться тому, что цивилисты будут предлагать концепции «рынка социальных услуг», регулируемого нормами гражданского

[1] См.: *Васильева Ю. В.* Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере социального обеспечения // Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения / под общ. ред. К. Н. Гусова. М., 2012. С. 31.

права. Откликом на эти научные разработки становятся и соответствующие законопроекты, а затем и законы. Между тем специалисты по праву социального обеспечения упорно продолжают радеть за «чистоту» публичной отрасли права социального обеспечения, отрицая универсальный характер договорных механизмов. По сути, современная наука права социального обеспечения оставляет за цивилистами вопросы эффективного правового регулирования дополнительного социального обеспечения, указывая, что последнее относится к институтам гражданского права, сферой коммерческого страхования, где нормы социального обеспечения неприменимы. Результат такого подхода налицо. Достаточно упомянуть законодательство о медицинском страховании.

В соответствии с ранее действовавшим законом РФ от 28 июня 1991 г. № 1499-1 «О медицинском страховании граждан в РФ» оно осуществлялось в двух видах — обязательном и добровольном, и тот и другой были основаны на договорах. Указанный закон устанавливал, что медицинское страхование (обязательное и добровольное) служит формой социальной защиты интересов населения в охране здоровья. Таким образом, добровольное медицинское страхование являлось, по сути, дополнительной формой медицинского страхования и по логике вещей должно было следовать судьбе основного обязательного медицинского страхования. С правовой позиции это означало, что, во-первых, добровольное медицинское страхование обеспечивало гражданам получение дополнительных медицинских и иных услуг сверх установленных программами обязательного медицинского страхования. Признание добровольного социального страхования дополнением к обязательному обуславливало осуществление их правового регулирования в неразрывном единстве. Во-вторых, к добровольному медицинскому страхованию применялись обязательные государственные стандарты медицинской помощи, формы и методы государственного контроля. Более того, закон содержал перечень существенных условий договора добровольного медицинского страхования, а его типовая форма утверждалась постановлением Правительства РФ. Согласно ст. 970 ГК РФ нормы гражданского законодательства применялись к медицинскому страхованию постольку, поскольку законами об этих видах страхования не установлено иное, а иной правовой режим добровольного медицинского страхования был предусмотрен ныне отмененным законом. Следовательно, добровольное медицинское страхование в части предоставления медицинских услуг населению должно было включаться в предмет права социального обеспечения. Договоры в сфере добровольного медицинского страхования можно и должно было отнести к социально-обеспечительным договорам.

Но с принятием нового Федерального закона от 29 ноября 2010 г. № 326-ФЗ «Об обязательном медицинском страховании в Российской Федерации»[1] добровольное медицинское страхование было «вынесено за скобки». Специальное страховое законодательство отныне действует только в отношении обязательного медицинского страхования. Поскольку отсутствует закон о добровольном медицинском страховании, постольку к этому виду страхования применяются в полном объеме нормы гражданского законодательства (гл. 48 ГК РФ). Добровольное медицинское страхование по воле нашего законодателя превратилось

[1] См.: СЗ РФ. 2010. № 49. Ст. 6422.

в разновидность личного страхования. Обоснованность такого решения законодателя вызывает возражения. Гражданско-правовая форма договора добровольного медицинского страхования не отвечает правовой природе социально-обеспечительных отношений по оказанию медицинской помощи населению, не обеспечивает защиты социально-обеспечительных прав граждан. Речь идет именно о социально-обеспечительном праве — праве на охрану здоровья. Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»[1] провозглашает, что каждый имеет право не только на медицинскую помощь в гарантированном объеме в рамках обязательного медицинского страхования, но и на получение платных медицинских услуг. Последние предоставляются на основании договоров, в том числе и договоров добровольного медицинского страхования.

Начнем с того, что, как уже упоминалось, договор является универсальным способом регулирования общественных отношений. Сфера его применения не ограничивается частными отраслями, институт договоров присутствует и в публичных отраслях. Юридическая конструкция договора носит вторичный характер по отношению к порождаемым им правоотношениям. Так, имущественные гражданско-правовые отношения опосредуются классическим договором, основанным на равенстве сторон и автономии их воли. В свою очередь, финансовые правоотношения предполагают форму публичного административного договора, в котором воля сторон существенно ограничена законом. Сейчас теории и конструкции отраслевых договоров весьма активно разрабатываются в иных публичных отраслях права. К сожалению, в теории права социального обеспечения этого не происходит, поэтому возьмем на себя смелость, конечно, не решить эту проблему, но хотя бы определить направления ее решения и обосновать юридическую отраслевую конструкцию социально-обеспечительного договора.

Способы закрепления договорных конструкций в праве социального обеспечения. На наш взгляд, в отраслях, имеющих сложную публично-частную природу, таких как право социального обеспечения, *договорные конструкции по воле законодателя закрепляются в отраслевом законодательстве тремя способами*.

1. *В соответствии с первым способом социально-обеспечительный договор регулируется гражданским законодательством, но с учетом особенностей, предусмотренных законодательством о социальном обеспечении.* В этом случае договорные отношения включаются в предмет гражданского права, однако входят в сферу действия специальных норм права социального обеспечения. Напомним, что как в общей теории права, так и в теории трудового права[2] разграничиваются понятия «предмет отрасли права» и «сфера действия (применения) норм» этой отрасли права. Нормы права социального обеспечения могут применяться субсидиарно к договорным гражданско-правовым отношениям. При этом применение норм права социального обеспечения в субсидиарном порядке расширяет не предмет правового регулирования, а сферу его действия.

---

[1] См.: РГ. 2011. 23 нояб.

[2] См.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права. Т. 1. С. 431–447; *Лебедев В. М.* Лекции по трудовому праву. Вып. 2. Томск, 2001. С. 23–24; *Кузьменко А. В.* Предмет трудового права. СПб., 2005; и др.

На наш взгляд, именно такой подход необходим применительно к правовому регулированию следующих видов личного страхования: страхование жизни на случай смерти, дожития до определенного возраста или срока либо наступления иного события; страхование жизни с условием периодических страховых выплат и (или) с участием страхователя в инвестиционном доходе страховщика; страхование от несчастных случаев и болезней.

В настоящее время перечисленные договоры страхования регулируются гражданским законодательством без учета характера страхового социального риска. Наравне с социальным по своей сущности личным страхованием поставлены договоры имущественного страхования, страхования финансовых рисков и др. Мы полагаем, что вышеназванные виды социального страхования следует включить в сферу действия норм права социального обеспечения, иными словами — обеспечить отсылку к специальным нормам законодательства о социальном обеспечении, которые предстоит принять путем внесения соответствующих изменений и дополнений в социально-обеспечительное законодательство. Эти договоры должны будут регулироваться гражданским законодательством, но с учетом особенностей, предусмотренных специальным социально-обеспечительным страховым законодательством.

Рассматриваемый способ легализации договорных конструкций выбирает наш законодатель также в отношении договора между медицинской страховой организацией и медицинской организацией на оказание и оплату медицинской помощи в рамках обязательного медицинского страхования. Однако предусмотренная законодателем гражданско-правовая конструкция договора личного страхования, договора в пользу третьего лица (застрахованного) не отвечает характеру и назначению отношений по оказанию медицинской помощи. Договорам гражданско-правового страхования свойственно возмездное предоставление страховой защиты, соответствие страховых выплат и страховых взносов в пользу застрахованного лица. Между тем в рамках обязательного медицинского страхования лицо получает медицинскую помощь бесплатно независимо от размеров взносов в фонд обязательного медицинского страхования. Неслучайно представители гражданско-правовой науки сетуют на то, что большинство норм гл. 48 ГК РФ неприменимы к обязательному медицинскому страхованию[1]. Здесь необходима иная юридическая конструкция для договорных отношений в сфере обязательного медицинского страхования, а именно конструкция социально-обеспечительного договора с существенной публичной составляющей. Рассматриваемый договор заключается на условиях и в порядке, предусмотренном законом об обязательном медицинском страховании, подзаконными актами, правилами и программами обязательного медицинского страхования в соответствии с нормативно утвержденными формами типовых договоров. Застрахованное лицо наделено правом выбора страховой медицинской организации и правом выбора медицинской организации, тем самым предопределяя обязательность заключения взаимосвязанных договора о финансовом обеспечении обязательного медицинского страхования и договора на оказание и оплату медицинской помощи. На наш взгляд, в рассматриваемом

[1] См., напр.: *Овчинникова Ю. С.* О договорах в сфере обязательного медицинского страхования // Право и экономика. 2012. № 8. С. 43–48.

случае нашему законодателю следовало бы избрать иной способ договорного регулирования отношений по обязательному медицинскому страхованию. Речь идет о втором способе закрепления договорных конструкций в праве социального обеспечения.

2. *Согласно второму способу закрепления договорных конструкций в праве социального обеспечения социально-обеспечительный договор регулируется социально-обеспечительным законодательством.* Нормы гражданского законодательства применяются лишь в случае прямого на то указания (отсылки) в социально-обеспечительном законодательстве. Данный способ также целесообразно применить и в отношении договоров добровольного медицинского страхования, договоров на оказание платных медицинских услуг, договоров на предоставление социальных услуг, социального обслуживания. При этом договорные отношения включаются в предмет права социального обеспечения. Так, согласно Федеральному закону от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»[1] договор о предоставлении социальных услуг заключается между поставщиком социальных услуг и гражданином. Форма этого договора утверждена приказом Минтруда РФ[2]. В субъектах Федерации утверждаются перечни предоставляемого в различных формах социального обслуживания социальных услуг на основании утвержденного Правительством РФ примерного перечня видов социальных услуг, а также порядки предоставления социальных услуг, обязательные для исполнения поставщиками социальных услуг. Минтруд РФ разрабатывает примерные порядки предоставления социальных услуг по формам социального обслуживания. Как видим, свобода и автономия воли сторон данного договора не просто ограничена, а введена в жесткие рамки публично-правового регулирования. Для отнесения такого договора к гражданско-правовым едва ли найдутся основания.

3. *Третий способ означает легализацию самостоятельной и самодостаточной юридической конструкции социально-обеспечительного договора, который регулируется исключительно социально-обеспечительным законодательством* (с запретом аналогии норм гражданского права или с разрешением такой аналогии только в случае наличия пробела в законе). Типичными примерами могут служить социальные контракты, договоры обязательного пенсионного страхования, договоры негосударственного пенсионного обеспечения. Так, в соответствии с Федеральным законом от 17 июля 1999 г. № 179-ФЗ «О государственной социальной помощи»[3] под социальным контрактом понимается соглашение, которое заключено между гражданином и органом социальной защиты, в соответствии с которым орган социальной защиты населения обязуется оказать гражданину государственную социальную помощь, гражданин — реализовать мероприятия, предусмотренные программой социальной адаптации. Этот контракт нельзя отнести к гражданско-правовым договорам. Взаимность обязанностей сторон социального контракта не связана с имущественной самостоятельностью сторон договора, с встречным эквивалентным предоставлением «товар — услуга» или «услуга — услуга». Целью данного социального контракта

[1] См.: СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 7007.
[2] См.: РГ. 2015. 12 янв. № 1.
[3] См.: СЗ РФ. 1999. № 29. Ст. 3699.

является стимулирование активных действий субъектов по преодолению трудной жизненной ситуации. Существенные условия договора определяются законом, и к договору в обязательном порядке прилагается программа социальной адаптации. Это самодостаточная юридическая конструкция социально-обеспечительного договора.

7.4. Правовая природа и виды социально-обеспечительных договоров: в поисках идеала

Начнем с того, что юридическая конструкция социально-обеспечительного договора (форма) должна быть адекватной природе социально-обеспечительных отношений (содержание). Именно сущностные характеристики социально-обеспечительных отношений диктуют требования к юридической конструкции социально-обеспечительного договора, которая обеспечивает их «комфортную» реализацию. Речь идет об основных отраслевых характеристиках социально-обеспечительного договора: *цели договорного регулирования, сторон договора, предмета договора и его содержания*. При этом законодатель определяет и соответствующий вид договора: договор страхования или договор по предоставлению того или иного вида социального обеспечения. Возможен и вариант отказа от договорной формы предоставления социального обеспечения, что у нас произошло с институтом страхования от безработицы.

С учетом сторон и содержания социально-обеспечительных договоров нам представляется возможным выделить следующие их виды: *1) социально-страховые договоры (обязательного и добровольного социального страхования); 2) договоры на оказание социально-обеспечительных, в том числе медицинских услуг на возмездной основе; 3) социальные контракты*.

Цель социально-обеспечительных договоров. В отличие от гражданско-правовых договоров целью социально-обеспечительных договоров является преодоление последствий социальных рисков, уточним — социально-обеспечительных рисков страхового и нестрахового характера. Социальный риск — это правовая категория, которая носит отраслевой характер, является категорией права социального обеспечения и рассматривается нами как риск материального и (или) социального неблагополучия лица. В других отраслях права это понятие должно использоваться в том же значении, что и в праве социального обеспечения, если иное не установлено в этом отраслевом законодательстве в целях правового регулирования соответствующих отраслевых отношений. Яркий тому пример — правовое регулирование жилищных отношений по предоставлению малоимущим гражданам жилого помещения государственного и муниципального жилищного фонда по договорам социального найма (ст. 49 Жилищного кодекса РФ). Законами субъектов Федерации устанавливается порядок признания граждан малоимущими в целях постановки на учет и предоставления жилья по договорам социального найма. Социальный риск материальной необеспеченности и признание граждан малоимущими служат основанием в сложном фактическом составе заключения договора социального найма.

Отметим, что в действующем законодательстве это понятие определяется только применительно к конкретным видам социальных рисков — страховых социальных рисков.

Забегая вперед отметим, что в современной теории права социального обеспечения это понятие трактуется гораздо шире.

Еще в досоветский период категория социального риска была разработана в отечественной науке Н.А. Вигдорчиком, П.А. Никольским, В.Г. Яроцким и другими авторами[1]. Появление таких понятий, как социальный риск и его превращение в страховой случай, связано с этапом капиталистического способа производства. В этот период произошло превращение рабочей силы в товар и, соответственно, заработной платы в основной источник средств к существованию. Для значительной части членов общества возникает и особый вид социальной незащищенности — высокая вероятность риска материальной необеспеченности 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 характер, поскольку во многом определяется социальными условиями жизни и не зависит или мало зависит от каждого человека[2].

Как писал Н.А. Вигдорчик, социальное страхование обнимает трудящиеся массы, для которых заработная плата — единственный источник средств к существованию[3]. Социальными рисками признаются опасности, возникающие по причинам общественного (массового) характера. Таким образом, *первый и основной признак социального риска* — это его объективный, общественный (массовый) характер.

Второй признак заключается в том, что социальный риск — это риск утраты или уменьшения заработка либо дохода как источника средств к существованию. Таким образом, страховой социальный риск — это предполагаемое событие, которое напрямую затрагивает имущественный интерес, риск утраты конкретного дохода. В этой связи он и компенсируется с учетом размера утраченного заработка. Только те риски, которые связаны с имущественным интересом, могут являться страховыми социальными рисками[4].

Третий признак социального риска — возможность и необходимость его учета и измерения при определении объема и дифференциации страховых взносов между участниками. Риск «известного несчастья учитывается заранее, и заранее же распределяется между всеми участниками организации связанная с этим риском материальная тяжесть»[5].

Поэтому в соответствии с Федеральным законом «Об основах обязательного социального страхования» 1999 г. в качестве одного из основных принципов осуществления обязательного социального страхования признается устойчивость финансовой системы обязательного социального страхования, обеспе-

---

[1] Подробнее см.: *Лушникова М.В., Лушников А.М.* Курс права социального обеспечения. С. 107–191.

[2] 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.

[3] См.: *Вигдорчик Н.А.* Социальное страхование в общедоступном изложении. М., 1927. С. 10–16.

[4] См.: *Бланд Д.* Страхование: принципы и практика. М., 1998. С. 27, 29 и др.

[5] См.: *Вигдорчик Н.А.* Теория и практика социального страхования. Вып. 1. Теоретические основы социального страхования. М., 1919. С. 12.

чиваемая на основе эквивалентности страхового обеспечения средствами обязательного социального страхования. Страховщики обязаны подготавливать с учетом мнения работодателей и профсоюзов обоснование тарифов страховых взносов, которые затем устанавливаются на уровне федерального закона.

Отсюда вытекает и *четвертый признак социального страхового риска* — социальное страхование осуществляется заранее до наступления страхового случая в целях последующей компенсации неблагоприятных последствий на началах солидарности за индивидуальный риск. Этот признак позволяет также отграничить социальное страхование от социальной помощи и социального обслуживания. Последние носят характер компенсации материальной необеспеченности только после ее наступления и заранее не предупреждаются.

Именно в ключе социального страхового риска был проведен анализ социального риска в постсоветский период В. Д. Роиком. Он определяет социальный риск как «вероятность наступления материальной необеспеченности работников вследствие утраты заработка из-за потери трудоспособности (профессиональные и общие заболевания, несчастные случаи) или отсутствие спроса на труд (безработица)»[1].

Позднее он несколько расширил понятие социального риска, включив в него вероятность материальной необеспеченности в связи с необходимостью дополнительных расходов на лечение, а для семей — с утратой источника дохода в случае потери кормильца, но при этом сохранил критерий распространения категории социального риска именно на экономически активное население[2].

Российский законодатель использует категорию социального *страхового* риска. Федеральным законом «Об основах обязательного социального страхования» 1999 г. в редакции, утратившей ныне силу, этот риск определяется как предполагаемое событие, влекущее изменение материального и (или) социального положения работающих граждан и иных категорий граждан, в случае наступления которого осуществляется обязательное социальное страхование. В юридической литературе это определение было подвергнуто критике. Ряд авторов отмечали некорректность и многозначность категории «изменения социального положения работающих»[3]. Так, М. Ю. Федорова предлагала исключить из легальной дефиниции социально-страхового риска, содержащейся в Федеральном законе «Об основах обязательного социального страхования», упоминание о возможности изменения социального положения работающих граждан и иных лиц, охваченных системой страхования. Предлагалось уточнить, в чем конкретно выражается изменение их материального положения[4]. Иными словами, социально-страховой риск связан только с утратой или уменьшением трудового дохода застрахованного лица в случаях указанных в законе. Законо-

---

[1] См.: *Роик В. Д.* Социальная защита работника в процессе труда: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра экон. наук. М., 1994. С. 21.

[2] См.: *Роик В. Д.* Основы социального страхования. М., 2004. С. 135; *Роик В. Д.* Экономика, финансы и право социального обеспечения. М., 2013. С. 54–55.

[3] См.: *Мачульская Е. Е., Горбачева Ж. А.* Право социального обеспечения. М., 2000. С. 7–8; *Федорова М. Ю.* Социальное страхование как организационно-правовая форма социальной защиты населения: проблемы правового регулирования. Омск, 2000. С. 73–75.

[4] См.: *Федорова М. Ю.* Теоретические проблемы правового регулирования социального страхования. Омск, 2003. С. 355.

датель, по-видимому, прислушался к этой критике, и в законе появилось новое весьма лаконичное определение социального страхового риска как предполагаемого события, при наступлении которого осуществляется обязательное социальное страхование. При этом законодатель разграничил понятия социальных страховых рисков и страховых случаев. К видам социальных страховых рисков отнесены: необходимость получения медицинской помощи, утрата застрахованным лицом заработка или другого дохода, дополнительные расходы застрахованного или членов его семьи в связи с наступлением страхового случая.

Забегая вперед отметим, что проводимое ранее законодателем разграничение материального и социального статуса лица в контексте компенсации последствий социальных рисков является весьма плодотворной идеей. Но эта идея обоснованна только в отношении широкой концепции социального риска, включающей в определение социального риска не только социально-страховые риски, но и нестраховые социальные риски (трудная жизненная ситуация, сиротство, нуждаемость и др.). Такое разграничение по видам социальных рисков нам представляется вполне обоснованным с учетом характера получаемых лицом социально-обеспечительных благ имущественного и неимущественного характера.

Возвращаясь к советскому периоду, отметим, что, в российской юридической науке еще в начале XX в. Л. В. Забелиным была изложена теория «материальной необеспеченности». В соответствии с ней социальный риск как более широкое понятие охватывал все возможные случаи «социальной необеспеченности» трудящихся[1]. Его современник Н. А. Вигдорчик также настаивал на определении социального риска в его широком понимании. Он писал: «Обязательное страхование при всех своих достоинствах имеет один коренной недостаток. Этот недостаток заключается в том, что оно не в состоянии в полной мере осуществить тот принцип, во имя которого оно введено, — принцип всеобщности. Страхование связано здесь с уплатой взносов со стороны страхуемых. Но эта уплата не может быть под силу всем нуждающимся... Нуждающийся член общества должен получать вспомоществование не потому, что он участвует в той или иной кассе, что он сделал столько-то и столько взносов, а просто потому, что он член данного общества и как таковой имеет право на поддержку в случае нужды»[2].

Позднее советские ученые и советское законодательство отказались от правовой категории «социальный риск». В. С. Андреев писал, что система страхования социальных рисков могла возникнуть и получить развитие только при капитализме и в отношении пролетариата, для которого наступление рисков неизбежно влекло потерю источника средств к существованию. Государственное социальное страхование в нашей стране, сохраняя некоторое терминологическое сходство, не строится на принципе страхования риска, а имеет в виду нормальное обеспечение лиц, в силу определенных объективных причин не имеющих возможности трудиться и вследствие этого — получать по труду[3].

---

[1] См.: *Забелин Л. В.* Теория социального страхования. М., 1924. С. 45.

[2] *Вигдорчик Н. А.* Теория и практика социального страхования. Вып. 1. Теоретические основы социального страхования. Л. — М., 1925. С. 52–53.

[3] См.: *Андреев В. С.* Правоотношения по государственному социальному страхованию в СССР. М., 1962. С. 13; *Андреев В. С.* Материальное обеспечение граждан СССР в старости, в случае инвалидности и временной нетрудоспособности. М., 1963. С. 49.

В современной науке права социального обеспечения получил практически единодушную поддержку широкий подход к определению социального риска. Так, Е. Е. Мачульская определяет социальный риск как «вероятное событие, наступление которого приводит к материальной необеспеченности в связи с утратой дохода от трудовой деятельности или внутрисемейного содержания по экономическим (безработица), физиологическим (старость, инвалидность, материнство и др.) или демографическим (многодетность и др.) причинам»[1].

Таким образом, автор связывает понятие социального риска исключительно с материальной необеспеченностью лица, которая наступает не только в результате утраты трудового дохода, но и в связи с расходами на содержание нетрудоспособных членов семьи, медицинские и социальные услуги. Дальнейшее развитие учения о социальном риске идет по пути максимального расширения этого понятия. Так, М. Ю. Федорова пишет о том, что социальные риски в широкой трактовке угрожают практически всем категориям населения и потому выступают в качестве основания для социальной защиты населения, это не только риски материальной необеспеченности, но и риски социального неблагополучия (сиротства, безнадзорности, одиночества и др.)[2].

В учебной литературе институт социальных рисков рассматривается как самостоятельный институт общей части отрасли права социального обеспечения, который устанавливает перечень тех жизненных обстоятельств, с наступлением которых связывается право на социальное обеспечение[3]. В такой интерпретации понятие социального риска становится предельно широким, а в прикладном аспекте — весьма умозрительным и общим. В этой связи, на наш взгляд, необходимо разграничение двух видов социальных рисков: страховых и нестраховых.

Страховые социальные риски предполагают особый механизм экономически обоснованных (на основе актуарных расчетов) размеров страховых взносов и соразмерных страховых выплат, финансирование за счет специальных страховых взносов (за исключением обязательного медицинского страхования). При этом юридически значим и страховой стаж — за исключением случаев, предусмотренных законом. В классическом варианте в основе социального страхования лежит принцип замещения утраченного заработка или дохода занятому трудом населению. Принципиальным моментом компенсации последствий социального страхового случая является также отсутствие проверки нуждаемости, т. е. проверки материального положения застрахованного лица. Если в законе «Об основах обязательного социального страхования» дано общее определение социального риска, то в законах по отдельным видам обязательного социального страхования это понятие дифференцируется с учетом специфики каждого из них (пенсионное страхование, страхование временной нетрудоспособности, страхование профессиональных рисков, медицинское страхование).

Между тем дефиниция социального риска в Законе об обязательном медицинском страховании выбивается из общего ряда социально-страховых ри-

---

[1] См.: *Мачульская Е. Е.* Право социального обеспечения в условиях рыночной экономики: теория и практика правового регулирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 10.

[2] См.: *Федорова М. Ю.* Теоретические проблемы правового регулирования социального страхования. Омск, 2003. С. 33.

[3] См.: *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. М., 2004. С. 101; Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 73.

сков. Этот риск определяется как предполагаемое событие, при наступлении которого возникает необходимость осуществления расходов на оплату оказываемой застрахованному лицу медицинской помощи. Здесь законодатель перенес акценты на финансовую сторону риска — необходимость осуществления расходов на оплату оказываемой застрахованному лицу медицинской помощи. Почему это произошло? Полагаем, что тому есть объяснение. Действующий Закон об обязательном медицинском страховании преследует одну, по сути единственную, цель — обеспечение прозрачности расходования средств Фонда обязательного медицинского страхования. В этой связи социальный риск превратился в финансовый риск. Как уже отмечалась, закон устанавливает систему договоров: 1) договор о финансовом обеспечении обязательного медицинского страхования между территориальным Фондом обязательного медицинского страхования и страховой организацией; 2) договор на оказание и оплату медицинской помощи между страховой организацией и медицинской организацией. Оба этих договора построены по принципу обеспечения движения денежных средств от Фонда обязательного медицинского страхования к медицинской организации, а равно контроля за их целевым использованием. В соответствии с этим принципом решаются проблемы привлечения к ответственности за ненадлежащее исполнение условий договоров участников системы обязательного медицинского страхования, штрафные санкции за нецелевое использование средств обязательного медицинского страхования и др. Интересы застрахованного лица в данном законе выведены на второй план. В нем отсутствуют специальные правила возмещения вреда застрахованному, если последний пострадал от действий (бездействия) страховой или медицинской организации.

Выше мы уже останавливались на вопросе о правовой квалификации договора на оказание и оплату медицинской помощи, который нельзя признать договором обязательного страхования, а следует определить как публичный социально-обеспечительный договор. Но для такой квалификации необходимо внести соответствующие изменения и дополнения в действующее законодательство в части прав лица, получающего медицинскую помощь в рамках системы обязательного медицинского страхования, форм и способов защиты этих прав. Особенно это касается специальных правил возмещения вреда, причиненного лицу несвоевременной и некачественной медицинской помощью. Медицинская услуга в рамках обязательного медицинского страхования для получателя не обладает потребительской стоимостью, она предоставляется бесплатно. В этой связи применение к этим ситуациям Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»[1] довольно неуместно. Но поскольку на сей счет отсутствует специальное социально-обеспечительное законодательство, то на практике не остается иного решения вопроса, как обращение к названному закону[2]. Отметим, что в ранее действовавшем Законе о медицинском страховании 1991 г. устанавливалось и право застрахованного предъявлять иски к страхователю, страховой медицинской организации, медицинскому учреждению. Медицинские страховые организации осуществляли контроль за объемом, сроками и ка-

[1] См.: СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 140.

[2] См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // РГ. 2012. 11 июня.

чеством медицинской помощи, оказываемой застрахованным лицам. Им также было предоставлено законом право предъявлять в судебном порядке иски медицинским учреждениям о материальном возмещении ущерба, причиненного застрахованным. Но реализация этого права осуществлялась все так же в рамках гражданского и гражданско-процессуального права.

Что же касается договора о финансовом обеспечении обязательного медицинского страхования, то представляется обоснованной его оценка в качестве финансово-правового договора по утвержденной типовой форме, обеспечивающего расходование государственных средств Фонда обязательного медицинского страхования[1].

Как уже отмечалось, наряду со страховыми социальными рисками следует выделять нестраховые социальные риски. Последние лежат в основе организации системы государственной социальной помощи, социального обслуживания. Основание и размер оказываемой социальной помощи по общему правилу зависит от нуждаемости лиц. Целью таких социальных выплат, услуг является доведение уровня жизни лица (семьи) до прожиточного минимума. Р. И. Иванова по этому поводу отмечала, что бедность является самостоятельным социальным риском, объективно входящим в систему социальных рисков, обуславливающих необходимость существования специальных норм социального законодательства[2].

Закон о государственной социальной помощи в качестве получателей государственной помощи называет отдельные категории граждан (инвалиды, ветераны боевых действий и др.), малоимущие семьи, малоимущих одиноко проживающих граждан, иные категории граждан, которые по не зависящим от них причинам имеют среднедушевой доход ниже величины прожиточного минимума, установленного в соответствующем субъекте РФ.

Кроме того, социальный риск может быть связан не только с материальной необеспеченностью, но и с социальной неустроенностью, ухудшением условий жизнедеятельности лица. Неслучайно в перечне социальных услуг предусматриваются социально-психологические, педагогические, бытовые, правовые услуги. Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 442 «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»[3] в качестве оснований признания гражданина нуждающимся в социальном обслуживании называет обстоятельства, которые ухудшают или могут ухудшить условия его жизнедеятельности. Это, в частности наличие в семье инвалида или инвалидов, нуждающихся в постоянном постороннем уходе, отсутствие работы и средств к существованию, наличие ребенка или детей, испытывающих трудности в социальной адаптации, наличие насилия в семье, наличие внутрисемейного конфликта, в том числе с лицами с наркотической и алкогольной зависимостью и др.

Этот перечень может быть дополнен соответствующими законами субъектов Федерации. Социальные услуги могут предоставляться бесплатно только

---

[1] См.: *Рощепко Н. В.* Единство публичных и частных начал в правовом регулировании социально-страховых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

[2] См.: *Иванова Р. И.* Проблема бедности и ее решение в нормах права социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 15.

[3] См.: СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 7007.

определенным категориям граждан (дети и лица, пострадавшие в результате чрезвычайных ситуаций, вооруженных межнациональных конфликтов, иным лицам, предусмотренным региональным законодательством) и лицам, чей среднедушевой доход ниже предельной величины.

Таким образом, по-нашему мнению, нестраховые социальные риски, как правило, характеризуются единством имущественной составляющей (нуждаемость, бедность) и социальной составляющей (риск социального неблагополучия и ухудшение социального положения лица), если иное не предусмотрено законом.

Таким образом, под социальным риском следует понимать предполагаемые события, которые влекут материальную необеспеченность (страховой риск) и (или) ухудшение социального положения лица (нестраховой риск), в случае наступления которых возникает право на социальное обеспечение.

Предмет договора — это социально-обеспечительные блага имущественного и неимущественного характера. В отличие от гражданско-правовых договоров предоставление таких благ основано на иных принципах.

Во-первых, названные социально-обеспечительные блага призваны компенсировать, минимизировать последствия социальных рисков (страховых и нестраховых): утрата (снижения уровня) лицом (семьей) средств к существованию, необходимость в несении расходов, признаваемых социально значимыми, устранение последствий трудной жизненной ситуации, вызвавшей ухудшение жизнедеятельности лица.

Во-вторых, их предоставление предполагает соблюдение обязательных (государственных, муниципальных) стандартов социального обеспечения. К сожалению, в российском законодательстве этот принцип имеет ограниченную сферу действия по причине необоснованного отнесения отдельных видов социального обеспечения к сфере гражданско-правового регулирования, о чем речь пойдет ниже.

В-третьих, социальные блага как предмет социально-обеспечительных отношений — понятие комплексное и объединяет как материальные, имущественные блага, так и социально-обеспечительные блага неимущественного характера.

Между тем в теории права социального обеспечения традиционно сохраняется определение социально-обеспечительных отношений как имущественных, поскольку, как отмечают многие авторы, их предметом являются материальные блага, передаваемые нуждающимся в собственность или в пользование, либо услуги, также обладающие потребительской стоимостью[1].

Вместе с тем наряду с материальными, имущественными социальными благами все большую роль начинают играть неимущественные личные по своему характеру социально-обеспечительные блага, которые имеют стоимостное измерение, но по своей природе, назначению могут быть выделены в отдельную группу предмета договоров с особым правовым режимом.

Начнем с традиционных социальных благ материального характера. По форме их предоставления они подразделяются на социальные блага, предоставляемые: 1) в денежной форме (пенсии, федеральные и региональные со-

[1] См., напр.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 52: *Захаров М. Л., Тучкова Э. Г.* Право социального обеспечения России. М., 2004. С. 82.

циальные доплаты к пенсии, социальные пособия, субсидии на оплату жилья и коммунальных услуг, безвозмездные субсидии на приобретение жилых помещений отдельными категориями граждан; компенсационные, страховые и иные социальные выплаты); 2) в натуральной форме (жизненно необходимые (социальные) товары, социальные услуги). Натуральная форма охватывает товары, услуги, предоставляемые в интересах социального обеспечения лица. К социальным товарам мы относим любое имущество, предназначенное для необходимого жизнеобеспечения лица, нуждающегося в социальном обеспечении (предоставление продуктов питания, предметов гигиены, лекарственных средств, обеспечение протезно-ортопедическими изделиями, их ремонт, обеспечение инвалидов средствами передвижения и др.).

К социальным услугам относится предусмотренная законом деятельность, результаты которой реализуются и потребляются получателями в процессе осуществления этой деятельности (услуги в форме социального обслуживания на дому, в полустационарной и стационарной формах, медицинские, реабилитационные услуги, услуги по трудоустройству, услуги, связанные с погребением, и др.).

В Федеральном законе «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» закрепляется отраслевое понятие «социальная услуга» в целях регулирования отношений в системе социального обслуживания. Под социальной услугой понимаются определенные действия в сфере социального обслуживания в отношении гражданина, которые направлены на улучшение условий его жизни, а также позволяют расширить его самостоятельные возможности по обеспечению собственных жизненных потребностей. При этом социальной услугой признается услуга, предоставляемая как на бесплатной основе, так и за плату. В этой связи нельзя согласиться с распространенным утверждением о том, что социальной услугой можно признать только такую услугу, которая предоставляется бесплатно или за неполную рыночную стоимость, т. е. полностью либо частично за счет средств общества. Так, некоторые авторы утверждают, что услуга, которая продается как товар, не является социальной услугой, даже если ею пользуются граждане, находящиеся в трудной жизненной ситуации. Это услуга гражданско-правового характера[1]. Мы с такой позицией, как указывалось выше, не согласны.

На уровне научной доктрины дефиниция социальной услуги не ограничивается сферой социального обеспечения. Социальные услуги рассматриваются в качестве вида публичных услуг, оказываемых в социальной сфере (образование, здравоохранение, культура, социальное обеспечение, семья и труд). При этом подчеркивается их обусловленность социальными правами и финансированием за счет средств бюджетной системы[2].

Некоторые авторы отмечают в качестве необходимых атрибутов социальных услуг наличие государственных стандартов (стандарты социального обслуживания населения, стандарты медицинской помощи и др.), проведение регу-

---

[1] См., напр.: Трудовое право и право социального обеспечения Беларуси, России и Украины (формирование и развитие). Минск, 2011. С. 154–155; *Мачульская Е. Е.* Право социального обеспечения. М., 2014. С. 64.

[2] См.: *Путило Н. В.* К вопросу о природе социальных услуг // Журнал российского права. 2006. № 4 (СПС «Консультант Плюс»).

лярного контроля и мониторинга их качества[1]. На наш взгляд, целесообразно вести речь о социально-обеспечительной услуге как о разновидности социальных услуг. Но, как отмечалось выше, наш законодатель такой дифференциации по видам социальных услуг не проводит.

Социально-обеспечительные услуги имеют денежный эквивалент (нормы расходов на погребение лиц, осуществляемых за счет бюджета, тарифы на медицинские услуги по обязательному медицинскому страхованию и др.), однако, как правило, они предоставляются в натуре, если иное не предусмотрено законом. Например, в последнем случае в соответствии с Федеральным законом от 12 января 1996 г. № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле» лица, взявшие на себя организацию похорон, могут отказаться от предоставления им услуг в соответствии с гарантированным перечнем и получить социальное пособие на погребение, размер которого ограничен законом. Таким образом, социально-обеспечительные блага материального характера призваны восстановить не только имущественную (материальную) сферу жизнедеятельности лица, компенсировать утраченный заработок, доход в результате утраты или снижения трудоспособности, утраты работы (безработица), но и восстановить его социальное положение (социальное благополучие).

Неимущественные социальные блага носят личный характер, они призваны обеспечить в комплексе с материальными социальными благами реализацию адаптационной (реабилитационно-интеграционной) функции права социального обеспечения, а равно защиту человеческого достоинства. Иными словами, речь идет о восстановлении социального статуса лица. В первом случае нематериальные социальные блага выражаются в обеспечении условий для социальной реабилитации, адаптации человека, его интеграции в общество, обеспечивают право на защиту от социального отторжения.

К нематериальным социальным благам также следует отнести социальные льготы. Как уже отмечалось, в действующем законодательстве отсутствует легальная дефиниция социальных льгот. Законодатель ограничился их перечислением в конкретных законах применительно к отдельным категориям граждан (ветераны, инвалиды, чернобыльцы и т. д.). В литературе ряд авторов необоснованно определяют социальные льготы в качестве социальных услуг. Под социальными льготами мы понимаем предусмотренные законодательством, договорами отдельным категориям лиц преимуществ по сравнению с другими категориями, которые дают основания для их дополнительной социальной защиты (например, приоритетное (внеочередное, первоочередное) право на получение социальных услуг или социального обслуживания, льготы при оплате жилья и коммунальных услуг и т. п.). Как справедливо отмечается М. В. Филипповой, льгота может иметь только организационный характер, направленный на облегчение доступа к социальному благу, процедуры реализации права на социальное обеспечение[2].

Таким образом, имущественные (материальные) социально-обеспечительные блага (пенсии, пособия и т. д.) призваны компенсировать, восстановить

---

[1] См.: *Еремина О. Ю.* Качество и доступность государственных услуг в социальной сфере как показатель эффективности деятельности органов исполнительной власти // Журнал российского права. 2014. № 1 (СПС «Консультант Плюс»).

[2] См.: Право социального обеспечения / под ред. М. В. Филипповой. М., 2006. С. 412.

имущественную сферу жизнедеятельности лица, его материальное положение. Неимущественные (нематериальные) социально-обеспечительные блага — неимущественную социальную сферу, т. е. они обеспечивают условия восстановления социального статуса лица.

И наконец, последнее наше замечание в отношении характеристики социальных благ как предмета социально-обеспечительных отношений. Следует отметить, что они сохраняют свой характер социального обеспечения вне зависимости от того, в каком порядке они предоставляются и оплачиваются. Так, характер социальной услуги не может зависеть от исполнителя этой услуги и способа ее оплаты. Например, медицинские услуги — как оказываемые на условиях обязательного медицинского страхования, так и договорные платные — должны обладать определенным государством уровнем качества и безопасности и одинаково гарантировать социальную защиту ее получателю.

Социально-обеспечительные стандарты как необходимая характеристика социально-обеспечительных благ и как пределы договорного регулирования в праве социального обеспечения. Социальные стандарты являются основой социальной политики государства. Эта юридическая конструкция пронизывает все организационно-правовые формы социального обеспечения, применяется не только в публичной сфере государственного обеспечения, обязательного социального страхования, но и в сфере частных договорных форм социального обеспечения. Разработка минимальных социальных стандартов предусматривалась еще Программой социальных реформ в РФ на период 1996–2000 гг. Речь шла, в частности, о стандартах обеспечения населения медико-санитарной и лекарственной помощью, стандартах в области социального обслуживания и др.

Был подготовлен проект федерального закона о государственных минимальных социальных стандартах, в котором система социальных стандартов охватывала следующие сферы: денежные доходы населения; оплату труда; пенсионное обеспечение; социальную поддержку граждан, нуждающихся в защите; социальное обслуживание; здравоохранение; культуру; жилищно-коммунальную сферу. К сожалению, такой закон до сих пор не принят. В Программе сотрудничества между РФ и Международной организацией труда на 2006–2009 гг. вновь в качестве национального приоритета в сфере социальной защиты в РФ объявляется формирование системы государственных социальных стандартов. Очевидно, что устойчивая и доступная система страхования и социальной защиты должна базироваться на системе государственных стандартов и гарантий. Социально-обеспечительные стандарты являются разновидностью государственных социальных стандартов[1].

1. Социально-обеспечительные стандарты (стандарты социально-обеспечительных прав) — это прежде всего гарантированный объем социально-обеспечительных благ, которые государство обязано предоставить лицу в рамках исполнения социально-обеспечительных обязательств. Неотъемлемой характе-

[1] См. напр.: Приказ Минздравсоцразвития России от 27 апреля 2012 г. № 415н «Об утверждении нормативов доступности государственных услуг в области содействия занятости населения»; Приказ Минтруда России от 18 января 2013 г. № 21 «О Методических рекомендациях по разработке органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации планов мероприятий (региональных “дорожных карт”) “Повышение эффективности и качества услуг в сфере социального обслуживания населения (2013–2018 гг.) ”».

ристикой социально-обеспечительных стандартов должна быть их публичная гарантированность.

По нашему мнению, социально-обеспечительные стандарты должны стать обязательной нормой не только в публичной сфере социального обеспечения (системе обязательного социального страхования, государственного социального обеспечения, государственной социальной помощи и обслуживания), но и в негосударственной сфере. Это касается качества социальных услуг в системе социального обслуживания населения в негосударственном секторе, платных медицинских услуг в частной медицине. Контроль за соблюдением социально-обеспечительных стандартов должно осуществлять государство в лице уполномоченных органов.

2. Социально-обеспечительные государственные стандарты — это научно обоснованные показатели уровня обеспеченности и потребления важнейших жизненных благ и услуг по социально-демографическим группам населения (трудоспособное население, пенсионеры, дети) и регионам страны[1]. Эти стандарты имеют как правило количественные и качественные параметры. Более того, гарантией обеспечения социально-обеспечительных стандартов является установление в законодательном порядке минимального размера социального обеспечения (минимальные социально-обеспечительные стандарты). Минимальный уровень социально-обеспечительных стандартов должен быть увязан с прожиточным минимумом так же, как и минимальная заработная плата. Между тем на протяжении довольно длительного времени в российском постсоветском законодательстве о социальном обеспечении в качестве минимального социального стандарта для социально-обеспечительных выплат (пособий) применялся минимальный размер заработной платы, который был значительно ниже прожиточного минимума. В этой связи в теории права социального обеспечения ряд авторов предлагал ввести два вида минимальных социальных стандартов. Во-первых, применять прожиточный минимум как социальный стандарт в сфере государственной социальной помощи. Во-вторых, для системы обязательного социального страхования предусмотреть более высокий уровень социальных стандартов, например минимальный потребительский бюджет (социальный минимум)[2]. Мы полагаем, что доведение размера минимальной заработной платы до величины прожиточного минимума трудоспособного населения снимает с повестки дня вопрос о введении двух вышеназванных видов минимальных социальных стандартов. Согласно ст. 133 ТК РФ минимальный размер оплаты устанавливается одновременно на всей территории Российской Федерации и не может быть ниже размера прожиточного минимума трудоспособного населения. Вместе с тем порядок и сроки поэтапного повышения размера минимальной заработной платы до размера не ниже прожиточного минимума определяется федеральным законом (ст. 421 ТК РФ).

В настоящее время прожиточный минимум используется при определении предельной величины среднедушевого дохода для предоставления социальных

---

[1] См.: *Роик В.Д.* Основы социального страхования. М., 2007. С. 50–52.

[2] См., напр.: *Федорова М.Ю.* Применение минимальных социальных стандартов в российской системе социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 93–94.

услуг бесплатно. В соответствии с законодательством о социальном обслуживании этот размер среднедушевого дохода устанавливается законами субъектов Федерации и не может быть ниже полуторной величины прожиточного минимума, установленного в субъектах Федерации для основных социально-демографических групп населения. В Законе от 19 апреля 1991 г. № 1032–1 «О занятости населения в Российской Федерации» содержится норма, согласно которой размеры минимальной и максимальной величины пособия по безработице ежегодно определяются постановлением Правительства РФ[1], что по логике вещей соответствует нестраховой природе этих социальных выплат. Однако размер пособия по безработице поставлен в зависимость от размера среднемесячного заработка, что характерно для страховых социальных выплат. В литературе неоднократно ставился вопрос о необходимости восстановления обязательного страхования по безработице. Так, В.Д. Роик, опираясь на положительный зарубежный опыт, предлагает в рамках системного подхода обеспечить социальную защиту безработным по двум каналам. Во-первых, установить выплату пособий по безработице за счет средств фонда занятости, в который взимаются страховые взносы как с работодателей, так и работников. Во-вторых, за счет бюджетных средств предоставлять социальное вспомоществование безработным (поддержка беднейших слоев населения)[2].

В теории права социального обеспечения ограничение максимальными размерами сумм социально-страховых пособий оценивается как посягательство на права застрахованных и нарушение принципов обязательного социального страхования. На наш взгляд, оценка максимальных размеров социальных стандартов не столь однозначна. Ограничение социально-обеспечительных выплат максимальными размерами может быть продиктовано уже известными нам двумя причинами. Во-первых, содержательное наполнение, объем предоставляемых лицу социально-обеспечительных благ зависит от состояния бюджетной системы государства и доходной части внебюджетных социально-страховых фондов. Во-вторых, размер и объем социально-обеспечительных благ должен обеспечить оптимальный баланс компенсационной и реабилитационной, интеграционной функций права социального обеспечения, стимулировать лицо к участию в трудовой и иной общественно полезной деятельности. Например, пособие по безработице призвано выполнять две функции: обеспечить безработного на период безработицы средствами к существованию и сохранить стимулы к активному поиску работы. Иными словами, это ограничение должно быть социально справедливым, но и соразмерным. Так, в 2007 г. постановлением Конституционного Суда РФ от 22 марта 2007 г. № 4-П норма о максимальном размере пособия по беременности и родам, содержащаяся в ч. 1 ст. 15 Федерального закона «О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2002 г.» и в ч. 1 ст. 13 Федерального закона «О бюджете Фонда социального страхования Российской Федерации на 2007 г.» признана не соответствующей Конституции Российской Федерации в той мере, в какой данной нормой в системе действующего правового регулирования несоразмерно ограничивается размер пособия

[1] См.: СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1915.

[2] См.: *Роик В.Д.* Социальное страхование в меняющемся мире. Каким будет выбор России? СПб., 2014. С. 315–326.

по беременности и родам для застрахованных женщин, чей средний заработок превышает предусмотренную в ней предельную сумму.

3. Социально-обеспечительные стандарты устанавливаются на всех уровнях правового нормативного регулирования социально-обеспечительных отношений:

а) *международно-правовые стандарты* имеют международно-правовой режим, чаще всего договорный. Международно-правовые стандарты социально-обеспечительных прав устанавливаются как на глобальном уровне (достаточно упомянуть Конвенцию МОТ № 102 1952 г. о нормах социального обеспечения), так и на международном региональном уровне (например, Европейская социальная хартия, ратифицированная РФ)[1];

б) *федеральные социально-обеспечительные стандарты* устанавливаются федеральным законодательством. Федеральным является и гарантированный перечень услуг на погребение, предоставляемых на безвозмездной основе по Закону от 12 января 1996 г. № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле»[2]. Федеральные социально-обеспечительные стандарты характерны и для обязательного социального страхования. Например, Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 255-ФЗ «Об обеспечении пособиями по временной нетрудоспособности, по беременности и родам граждан, подлежащих обязательному социальному страхованию»[3] предусматривает дифференциацию размера пособия по временной нетрудоспособности в зависимости от продолжительности страхового стажа от 100 % среднемесячного заработка до 60 %.

При этом предусматриваются минимальные размеры пособия, соотносимые с минимальным размером оплаты труда. Максимальный размер пособия ограничивается расчетной величиной среднедневного заработка и предельных величин базы для начисления страховых взносов. Также косвенным способом в соответствии с Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ «О страховых пенсиях»[4] ограничиваются максимальные размеры страховых пенсий по специальной формуле с учетом максимального значения индивидуального пенсионного коэффициента, максимального тарифа отчислений на страховую пенсию, предельной величины базы для начисления страховых взносов в Пенсионный фонд РФ;

в) *региональные и местные социально-обеспечительные стандарты*. Так, согласно Закону «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации» законами субъекта Федерации утверждается перечень социальных услуг, порядок их предоставления, утверждение тарифов на социальные услуги на основании подушевых нормативов финансирования социальных услуг, установление предельной величины среднедушевого дохода для предоставления социальных услуг бесплатно, утверждение размера платы за предоставление социальных услуг. По Закону от 12 января 1996 г. № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле» качество этих услуг должно соответствовать требованиям,

---

[1] Подробнее см.: *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения. М., 2011.

[2] См. там же. 1996. № 3. Ст. 146.

[3] СМ.: СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 18.

[4] См.: СЗ РФ. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6965; 2014. № 2 (ч. 2).

установленным органами местного самоуправления. Стоимостная оценка этих услуг по установленному перечню определяется органами местного самоуправления по согласованию с соответствующими отделениями Пенсионного фонда РФ, Фонда социального страхования РФ, а также с органами государственной власти субъектов Федерации.

Стороны и содержание социально-обеспечительного договора. Сторонами социально-обеспечительных договоров выступают с одной стороны государство и муниципальные образования в лице своих органов и организаций, внебюджетных социально-страховых фондов и иные негосударственные уполномоченные субъекты. Иные негосударственные субъекты как участники системы социального обеспечения по общему правилу должны иметь «мандат» на осуществление такой деятельности: лицензию на оказание медицинских услуг, услуг по трудоустройству за пределами РФ, негосударственное пенсионное страхование, либо государственную аккредитацию (частные агентства занятости), либо включение в специальные реестры (например, реестры поставщиков социальных услуг). Например, в отношении негосударственных пенсионных фондов в действующем законодательстве наряду с лицензированием регламентируются и дополнительные требования, предъявляемые к этому участнику системы пенсионного страхования: обязательность участия НПФ в системе гарантирования прав застрахованных лиц; наличие предшествующего «опыта работы» в этой сфере, соблюдение финансовых нормативов и др.

Другой стороной социально-обеспечительного договора выступает застрахованное лицо в рамках обязательного или добровольного социального страхования либо лицо, нуждающееся в получении государственной социальной помощи, социальных услуг социального обслуживания как на безвозмездной, так и на возмездной основе.

Перейдем к анализу содержания социально-обеспечительного договора. Степень государственного вмешательства в правовое регулирование социально-обеспечительных договоров варьируется в зависимости от порядка предоставления социального обеспечения лицу: бесплатно в рамках односторонних предоставлений или на возмездной основе. Иными словами, содержание социально-обеспечительных договоров в значительной мере предопределяется признаком возмездности договора. Как уже отмечалось нами ранее, «водоразделом» по спорам об отраслевой принадлежности договоров в сфере социального обеспечения служит возмездный характер отношений сторон договора. Возмездные социально-обеспечительные договоры не признаются большинством представителей российской науки права социального обеспечения и квалифицируются ими в качестве гражданско-правовых договоров.

Между тем условие об оплате социально-обеспечительной услуги, равно как и страховые взносы по добровольному социальному страхованию являются лишь одним из существенных условий социально-обеспечительного договора. Это условие не изменяет природы этого договора как социально-обеспечительного и не превращает его в гражданско-правовой договор. Во-первых, сохраняют свою силу все остальные существенные условия таких социально-обеспечительных договоров, которые связаны с соблюдением обязательных социально-обеспечительных стандартов социальных обеспечительных благ, с установлением порядка регулирования цен в случаях, предусмотренных со-

циально-обеспечительным законодательством. Таким образом, свобода и автономия воли сторон в определении содержания таких договоров ограничена публично-правовыми пределами. Например, в соответствии с Законом об основах социального обслуживания граждан предусматриваются предельные размеры ежемесячной платы за предоставление социальных услуг в форме социального обслуживания на дому, в полустационарной и стационарной формах. Во-вторых, возмездные социально-обеспечительные договоры заключаются и исполняются под специальным государственным и общественным контролем, установленным в законодательстве о социальном обеспечении, также может предусматриваться и проведение независимой оценки качества социальных услуг в социальном обслуживании.

В социально-обеспечительных договорах в рамках обязательных форм социального обеспечения степень вмешательства государства в их правовое опосредование весьма значительна. Здесь имеют место и установленные нормативно-правовыми актами типовые формы договоров, и обязательные стандарты социального обеспечения, равно как и государственный и общественный контроль (надзор). Аналогичная ситуация, на наш взгляд, должна иметь место и в отношении квалификации заключаемых в добровольном порядке договоров в сфере пенсионного обеспечения и здравоохранения.

Договор обязательного пенсионного страхования. В рамках этого договора негосударственный пенсионный фонд (НПФ) исполняет полномочия страховщика в отношении конкретного застрахованного лица, предоставляя последнему в порядке и на условиях, предусмотренных законом и договором, страхового обеспечения по обязательному пенсионному страхованию — накопительной пенсии (или срочной пенсионной выплаты, единовременной выплаты пенсионных накоплений, в том числе его правопреемниками).

Этот договор отвечает признакам социально-обеспечительного договора. Во-первых, на основании этого договора застрахованное лицо приобретает право на пенсионные страховые выплаты. Эти выплаты являются видами обязательного страхового обеспечения и предоставляются НПФ при наступлении пенсионных оснований, предусмотренных законодательством. Речь идет о компенсации последствий социально-страхового риска утраты заработка или иного дохода в связи с достижением пенсионного возраста. Во-вторых, как и в случае с классическим обязательным пенсионным страхованием в системе Пенсионного фонда РФ договор обязательного пенсионного страхования является публичным, заключается в интересах застрахованного. Условия такого договора определены Федеральным законом от 7 мая 1998 г. № 75-ФЗ «О негосударственных пенсионных фондах»[1] и конкретизируются в его типовой форме[2]. Стороны свободны согласовывать лишь единственное условие — условие о проценте дохода от инвестирования средств пенсионных накоплений, который НПФ вправе направлять на формирование своего имущества. Однако здесь нет эквивалентности, возмездности договора, так как доход может и отсутствовать, а при его наличии действует ограничение — не более 15% указанного дохода.

---

[1] См.: СЗ РФ. 1998. № 19. Ст. 2071.

[2] См.: Приказ Минтруда России от 3 июня 2013 г. № 238н «Об утверждении формы типового договора об обязательном пенсионном страховании между негосударственным пенсионным фондом и застрахованным лицом» // РГ. 2013. 28 авг.

Между тем рассматриваемый вид социально-обеспечительного договора в цивилистике и науке права социального обеспечения причисляют к гражданско-правовым договорам личного страхования, с чем мы по вышеуказанным причинам не можем согласиться. Та же ситуация складывается и в отношении квалификации в качестве гражданско-правового еще одного договора в сфере негосударственного пенсионного обеспечения — пенсионного договора. Поскольку представители отрасли права социального обеспечения отказывают этому договору в социально-обеспечительной «прописке» в предмете отрасли[1], постольку цивилисты, взяв этот договор «под свое крыло», активно дебатируют по поводу его вида, причисляя этот договор либо к договорам личного гражданско-правового страхования[2], либо к договорам возмездного оказания услуг, либо к инвестиционным договорам[3].

Но все же в русле нашей концепции социально-обеспечительных договоров нам представляются довольно убедительными доводы в пользу социально-обеспечительной природы пенсионного договора, которые были представлены на уровне диссертационного исследования[4].

Пенсионный договор. В соответствии с легальным определением этот договор представляет собой соглашение между НПФ и вкладчиком, в соответствии с которым вкладчик обязуется уплачивать пенсионные взносы в фонд, а фонд, в свою очередь, обязуется выплачивать участнику негосударственную пенсию. Из этой лаконичной формулировки договора следует, что законодатель не склонен относить его к страховым договорам или инвестиционным договорам. Для нас очевидно, что особая правовая природа этого договора не может быть определена в рамках известных цивилистических конструкций. Как говорил литературный персонаж О. Бендер, «лед тронулся, господа присяжные заседатели», законодатель рассматривает этот договор как форму негосударственного пенсионного обеспечения. Именной в таких ситуациях возникает объективная потребность в научном обосновании юридической конструкции социально-обеспечительного договора, которую можно и должно использовать в такого рода законах.

Пенсионный договор как вид социально-обеспечительных договоров заключается с целью получения лицом негосударственной пенсии, право на получение которой определяется наступлением определенного законодательством и пенсионным договором события — достижения участником пенсионного возраста, наступления инвалидности, потери кормильца. Этот договор обеспечивает защиту имущественных интересов участника от страхового риска утраты заработка (иного дохода) как источника средств к существованию. Требования о включении в пенсионный договор тех пенсионных оснований, которые установлены законодательством на момент его заключения, фактически

---

[1] См., напр.: *Буянова М. О., Кобзева С. И., Кондратьева З. А.* Право социального обеспечения. М., 2013. С. 17.

[2] См. напр., *Захарова Н. А., Бевзюк Е. А., Кабанцева Н. Г. и др.* Комментарий к Закону РФ от 27 ноября 1992 г. № 4015–1 «Об организации страхового дела в Российской Федерации» (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс», 2014.

[3] См., напр.: *Басыров А.* Природа инвестиционного договора (контракта) // Юрист. 2009. № 3. С. 33–37.

[4] См.: *Рощепко Н. В.* Единство публичных и частных начал в правовом регулировании социально-страховых отношений: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

обеспечивает привязку негосударственное пенсионное обеспечение к системе обязательного пенсионного страхования по кругу страховых рисков, страховых случаев и застрахованных лиц. Налицо единство, общая направленность негосударственного пенсионного обеспечения и обязательного пенсионного страхования на компенсацию последствий реализации социальных рисков[1].

Усмотрение сторон в данном пенсионном договоре существенно ограничено в нормативно-правовом порядке. Перечень страховых случаев по негосударственному пенсионному обеспечению — пенсионных оснований — не может определяться сторонами произвольно, он установлен законодательством и конкретизируется в договоре. Кроме того, Правительством РФ утверждены Требования к пенсионным схемам негосударственных пенсионных фондов, применяемым для негосударственного пенсионного обеспечения населения[2]. В числе обязательных условий применения пенсионной схемы НПФ последние предусматривают получение участником фонда пенсии в размере не менее половины минимальной государственной пенсии по старости при общем трудовом стаже, равном требуемому для назначения полной пенсии, установленной законодательством на момент заключения пенсионного договора. Также запрещено закреплять в пенсионных схемах положения о единовременном получении участником пенсионных накоплений.

Негосударственное пенсионное обеспечение является элементом многоуровневой пенсионной системы в России. Включенность в систему означает, что негосударственное пенсионное обеспечение дополняет обязательное пенсионное страхование. Неслучайно с 1 января 2017 г. вступят в силу положения Закона о НПФ в части легализации нового вида пенсионного договора, обеспечивающего досрочное негосударственное пенсионное обеспечение работников, занятых на определенных работах. Этот вид пенсионного обеспечения вводится в качестве альтернативы пенсионному обеспечению по условиям труда в системе обязательного пенсионного страхования. Этот новый вид пенсионного договора предусматривает целый перечень публичных требований, которые неуместны в гражданско-правовом договоре и весьма органичны в социально-обеспечительном договоре. Так, условия пенсионного договора должны определяться пенсионной программой вкладчика-работодателя, которая разрабатывается им на основании типовых пенсионных программ, утвержденных Правительством РФ. Пенсионные программы вкладчика-работодателя должны приниматься либо в рамках коллективного договора (соглашения), либо в форме локального нормативного акта с учетом мнения представительного органа работников. Эта принятая пенсионная программа подлежит регистрации в установленном порядке, да и в самом Законе о НПФ содержатся обязательные требования и гарантии прав получателей негосударственной пенсии в случаях реорганизации (ликвидации) работодателя и др.

---

[1] См.: *Рощепко Н. В.* Негосударственное пенсионное обеспечение: правовая природа и отраслевая принадлежность // Вестник трудового права и права социального обеспечения/ под ред. А. М. Лушникова, М. В. Лушниковой. 2016. № 10.

[2] См.: Постановление Правительства РФ от 13 декабря 1999 г. № 1385 «Об утверждении требований к пенсионным схемам негосударственных пенсионных фондов, применяемым для негосударственного пенсионного обеспечения населения» // СЗ РФ. 1999. № 51. Ст. 6353.

Таким образом, дальнейшее совершенствование правового регулирования негосударственного пенсионного обеспечения видится в русле расширения и распространения публично-правовых механизмов в регулировании социально-обеспечительных отношений, основанных на пенсионном договоре. Современное состояние законодательства о НПФ оценивается специалистами как пробельное, неполное, поскольку не обеспечивает в необходимой мере пенсионных прав лица. Так, ставится вопрос о необходимости устранения «неполноты контракта» в отношении условия об индексации пенсионных выплат в силу особой социальной значимости этих выплат для жизнеобеспечения пенсионера. По этой же причине предлагается дополнить закон запретом возможности одностороннего расторжения пенсионного договора без согласия пенсионера, закрепить право НПФ с согласия пенсионера заменять денежные выплаты натуральным возмещением в виде услуг и товаров, предусмотреть конструкцию субсидиарной ответственности по обязательствам НПФ и другие меры защиты пенсионных прав[1].

По этому поводу Н. С. Ковалевская и М. А. Ковалевский справедливо отметили, что «одной из проблем, возникающих при гражданско-правовом регулировании отношений по формированию негосударственной пенсии (негосударственного пенсионного обеспечения) является существование определенного конфликта между реальной природой этих отношений и той, наличие которой формально требуют общие положения гражданского права»[2].

От себя добавим, что гражданско-правовая форма пенсионного договора, основанная на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников негосударственного пенсионного обеспечения, не соответствует сущности пенсионного договора как договора, порождающего социально-обеспечительные правоотношения. В перспективе модификация законодательства о негосударственном пенсионном обеспечении в направлении от гражданского законодательства к законодательству о социальном обеспечении нам видится делом близкого будущего.

Юридическая квалификация пенсионного договора в качестве социально-обеспечительного договора с помощью механизмов отрасли права социального обеспечения в состоянии обеспечить защиту отложенных прав и надлежащую фиксацию прав на пенсию по негосударственному пенсионному обеспечению независимо от того, кто бы вносил взносы — работник или работодатель. Аналогичное требование может предъявляться и к индексации пенсионных накоплений и пенсий. Кроме того, необходимо в социально-обеспечительном законодательстве предусмотреть и механизмы обеспечения «портативности» пенсионных прав (сохранение пенсионных прав при смене работы) и защиты прав застрахованных в случае досрочного выхода из негосударственной пенсионной системы. Как пишут специалисты, действующее гражданское законодательство, регламентирующее правовой статус негосударственных пенсионных фондов и названные выше договоры, не гарантируют вышеперечисленных

---

[1] См.: *Ковалевская Н. С., Ковалевский М. А.* Социально-экономические и правовые проблемы негосударственного пенсионного обеспечения (ч. 2) // Социальное и пенсионное право. 2015. № 2. С. 3–12.

[2] *Ковалевская Н. С., Ковалевский М. А.* Социально-экономические и правовые проблемы негосударственного пенсионного обеспечения (ч. 1) // Социальное и пенсионное право. 2015. № 1. С. 8.

пенсионных прав граждан в системе негосударственного пенсионного страхования. В принципе гражданско-правовыми методами указанные выше проблемы не решить. Например, действующее законодательство о НПФ (относясь по своей природе к гражданскому законодательству) вообще не регулирует вопроса об «отложенных правах», поэтому его решение зависит исключительно от пенсионного договора (стороной которого работник не является), от доброй воли работодателя. Более того, по нормам гражданского права работодатель по пенсионному договору не ограничен в праве в любое время расторгнуть этот договор с НПФ без согласия работника, если иное не будет предусмотрено этим договором. Также от доброй воли работодателя, закрепленной в условиях пенсионного договора, зависит решение вопроса о сохранении ранее приобретенных пенсионных прав при смене места работы. Та же ситуация, как уже отмечалось выше, сложилась и с индексацией пенсионных накоплений[1].

В некоторых странах достаточно давно существует обязательное страхование на случай неплатежеспособности организаций, обслуживающих пенсионные фонды. В Германии это Общество пенсионной безопасности, в Финляндии — Центральный институт пенсионного обеспечения. Если и у этих гарантийных организаций возникают проблемы, то государство принимает решение о дофинансировании агентства, страховой организации из федерального бюджета[2]. В США был принят Закон о безопасности пенсионных доходов работников 1974 г., который предусмотрел прямое государственное страхование пенсионных выплат участникам частных пенсионных систем. В соответствии с этим законом была создана Корпорация гарантийных пенсионных выплат, которая вправе в принудительном порядке прекратить деятельность любого пенсионного фонда, если сочтет его финансово несостоятельным. При этом корпорация гарантирует участникам несостоятельных фондов страховые выплаты в размере 80% их пенсионных накоплений. Если бы государство не установило столь «жестких правил игры» в этой сфере, частные пенсионные системы никогда бы не могли достичь национальных масштабов. Неслучайно эти системы аккумулируют инвестиционный пенсионный ресурс, сравнимый по объему с ВВП страны[3].

В этой связи мы вновь возвращаемся к обоснованному нами тезису об «экспансии» отрасли права социального обеспечения в современных условиях и социально-обеспечительной природе договоров в системе негосударственного социального обеспечения.

Социально-обеспечительные договоры о предоставлении медицинских услуг. Речь идет о платных медицинских услугах, предоставляемых на основании договоров добровольного медицинского страхования и договоров на оказание платных медицинских услуг. Как уже догадывается читатель, мы предпримем попытку обоснования перспективной модели социально-обеспечительного до-

---

[1] Подробнее см.: *Афанасьев М. А.* Защита прав и интересов работодателя и работников при организации системы негосударственного пенсионного обеспечения России // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. М., 2006. С. 659–661.

[2] См.: *Иванов П. В.* О пенсионном обеспечении в ФРГ // Труд за рубежом. 1990. № 3. С. 88–93; *Милютина Н. Н.* Развитие системы пенсионного обеспечения в зарубежных странах // Труд за рубежом. 1995. № 3. С. 110–119.

[3] См.: *Попов А. А.* Частные пенсионные системы США // Труд за рубежом. 2005. № 1. С. 61–83; *Попов А. А.* Пенсионное инвестирование: опыт США // Труд за рубежом. 2005. № 3. С. 55–75.

говора о предоставлении медицинских услуг вопреки позиции российского законодателя и довольно распространенному мнению ученых об их гражданско-правовой природе[1].

В последнем случае диапазон суждений цивилистов о природе названных договоров весьма широк: от договоров личного страхования и договоров возмездного оказания услуг до смешанных договоров. Это неслучайно, так как рассматриваемые договоры по своей сущности и социальному назначению не укладываются в прокрустово ложе цивилистической конструкции договора, требуют наличия в своем правовом режиме публичных начал регулирования.

Начнем с того, что коммерциализация государственной системы здравоохранения и развитие частной медицины — это не российское изобретение, а ответ на демографические вызовы на фоне финансово-экономических кризисов (старение население, рост удельного веса в структуре населения лиц пожилого нетрудоспособного возраста). Российские реформы здравоохранения, в том числе и в сфере договорного регулирования платных медицинских услуг в определенной мере проводятся с учетом зарубежного, в основном европейского, опыта. Однако заимствование носит несистемный, выборочный характер без учета закономерностей развития российской модели здравоохранения, в основе которой лежит советская модель. Но рассмотрим по порядку.

Современная модель здравоохранения в Европейском союзе представляет собой конвергенцию двух основных моделей: бюджетной и страховой. Первая модель имеет в своей основе систему государственного здравоохранения, когда государство финансирует почти полностью или большую часть расходов на здравоохранение (Великобритания, Дания и др., в прошлом — СССР). Так, в Великобритании Национальная служба здравоохранения предоставляет населению относительно недорогие, доступные и одинаковые по качеству медицинские услуги. Только 12% жителей страны до недавнего времени пользовались частным медицинским страхованием[2]. Рассматриваемая модель основана не на страховых началах, а на началах государственного социального обеспечения. Вторая модель основана на обязательной страховой медицине. Она финансируется путем страховых взносов работодателей, работников при активном участии государства (Германия, Франция и др.). Обязательное медицинское страхование дополняется частным страхованием. Во многих европейских странах уже достаточно давно застрахованные помимо регулярных страховых взносов оплачивают дополнительно до одной трети стоимости медицинских услуг из своих собственных средств[3].

---

[1] См.: *Шаяхметова А. Р.* Специфика медицинской услуги как объекта гражданского права // Бизнес, менеджмент и право. 2011. № 1. С. 109–112; *Ситдикова Л. Б.* Правовая природа медицинских услуг: гражданско-правовой аспект // Российская юстиция. 2010. № 2. С. 12–16; *Дробот М. А.* Медицинские услуги в системе услуг // Социальное и пенсионное право. 2011. № 1. С. 38–40; *Степанян Ш. У.* Медицинская услуга — специфический объект правового регулирования в российском законодательстве // Медицинское право. 2015. № 6 (СПС «Консультант Плюс»).

[2] См.: *Антропов В. В.* Система социальной защиты в Великобритании // Труд за рубежом. 2005. № 3. С. 37–54.

[3] См.: *Еркина Г. А.* Особенности функционирования отдельных видов социального страхования в развитых странах // Труд за рубежом. 1994. № 3. С. 49–52; *Шестакова Е. Е.* Главные направления реформирования организации и финансирования медицинского обслуживания // Труд за рубежом. 1998. № 2. С. 57–78.

По мнению специалистов, в настоящее время сложившаяся европейская модель здравоохранения носит всеобщий характер, распространяется на все социальные группы населения и финансируется из солидарных источников (бюджетных и страховых средств)[1]. Частное медицинское страхование добровольного типа играет второстепенную роль. В последние годы в государствах Евросоюза проводятся реформы по модернизации европейской модели здравоохранения в направлении сокращения государственных расходов на медицинскую помощь, переносе части бремени расходов на пациентов, передаче ряда полномочий на региональный и местный уровень. Все эти мероприятия проводятся под лозунгом либерализации рынка медицинских услуг, т. е. активного внедрения рыночных механизмов регулирования медицинских услуг. Проходят они весьма болезненно, негативные последствия такой политики государства пытаются сгладить путем установления социальных льгот для групп населения, нуждающихся в социальной защите (малоимущие, безработные и др.). В этих реформах государству отводится роль общего регулятора, устанавливающего основные правила и границы конкуренции между поставщиками медицинских услуг. Такие реформы по сокращению государственных расходов на здравоохранение и коммерциализации медицинских услуг известны и современной российской модели медицинской помощи. Но наши отечественные реформаторы ограничиваются только одной либеральной стороной реформ. Однако в рамках модернизации европейской модели здравоохранения особое внимание уделяется государственным регуляторам рынка частных медицинских услуг.

Например, в государствах Евросоюза развиваются с учетом национальных особенностей три типа частного добровольного медицинского страхования. По первому типу частное медицинское страхование предназначено только для лиц, на которых не распространяется обязательное страхование. Например, в Нидерландах население, имеющее доходы выше определенного уровня, исключаются из системы обязательного медицинского страхования, соответственно, они обращаются за медицинской помощью в частные системы медицинского страхования. Второй тип частного добровольного страхования носит характер альтернативного или дополнительного обеспечения вне рамок обязательного медицинского страхования. Третий тип — это дополнительное обеспечение расходов на медицинские услуги, которые не покрываются обязательным медицинским страхованием[2].

Однако государство активно вмешивается и в правовую регламентацию частного медицинского страхования, обеспечивая доступность медицинской помощи. Так же как и в рамках обязательного медицинского страхования, в системе частного медицинского страхования государство законодательно устанавливает принципы его функционирования и стандарты, а также осуществляет контроль за его деятельностью. В частности, медицинским страховым компаниям с учетом особой правовой природы договора запрещается изменение размера взносов в сторону увеличения по мере старения человека, расторжение договора страхования в одностороннем по-

[1] Подробнее см.: *Беляков А. В.* Опыт Европейского союза в области регулирования здравоохранения. М., 2015.

[2] См. там же.

рядке[1]. Так, В Германии и Нидерландах частные страховые организации обязаны предлагать «стандартные страховые продукты» и «стандартные страховые взносы», установленные законом.

Европарламент в декабре 2000 г. принял Резолюцию о дополнительном медицинском страховании 2000/2009 (INI). В ней была предложена идея создания общеевропейских стандартов, в которых устанавливались бы основополагающие принципы политики в области медицинского страхования (солидарность рисков, компенсация значительных рисков и т. д.). Предлагалось также определить минимальные принципы справедливой деятельности участников рынка (пожизненное обеспечение и т. д.).

Наряду с двумя вышеназванными моделями (бюджетной и страховой) в зарубежной практике применяется еще одна модель — частная медицина. При этом медицинское обслуживание осуществляется в основном за счет пациентов — потребителей медицинских услуг. Так, в США исторически сложилась ведущая роль частного медицинского страхования населения по месту работы. Доступ к медицинской помощи связан не просто с занятостью, а прежде всего с конкретным предприятием, что порождает букет проблем, связанных с неполным охватом медицинским страхованием населения, неравномерностью и непостоянством объема страховых медицинских услуг при смене места работы. Следует иметь в виду, что в США отсутствует общенациональная система здравоохранения. Только в 60–70-е гг. XX в. возникли государственные программы медицинского страхования (в основном федеральные программы Medicare для пожилых людей (старше 65 лет) и инвалидов (охватывает около 45 млн человек) и Medicaid для определенной части бедного населения (охватывает около 58 млн человек)). Они ограничиваются преимущественно теми категориями населения, которые обычно выпадают из системы частного страхования. Если сюда прибавить программу штатов по медицинскому страхованию детей, то медицинское страхование охватывает свыше 100 млн или около трети американцев. Однако основные проблемы лежали в области частного медицинского страхования, связанного с медицинской помощью для двух третей американцев. Однако к 2010 г. 47 млн человек вообще не имели медицинской страховки, т. е. каждый четвертый в сфере частной медицины был лишен страхового полиса.

Постоянно в последние десятилетия предпринимались шаги по распространению системы медицинского страхования на все население страны[2]. Однако некоторые позитивные изменения произошли только в последние годы по инициативе администрации Президента США Б. Обамы[3].

С начала 80-х гг. в Чили введена новая система медицинского обслуживания, финансовую основу которого составляют взносы занятого населения и пенсионеров (5,7% от заработной платы или пенсии). Работодатели в финансировании медицинского обслуживания не участвуют. Оплата населением медицинских услуг зависит от уровня дохода пациента и вида медицинской

---

[1] См.: *Антропов В. В.* Пенсионное и медицинское страхование в Германии // Труд за рубежом. 2000. № 4. С. 99–116.

[2] См.: *Григорьева Н. С., Чубарова Т. В.* Обеспечение работающих медицинскими услугами: опыт США // Труд за рубежом. 1998. № 4. С. 120–132.

[3] См.: *Попов А. А.* Современные проблемы американского здравоохранения: реформы Барака Обамы // Труд за рубежом. 2010. № 1–2. С. 3–30.

помощи. Пациенты, имеющие месячный доход ниже минимальной зарплаты, медицинские услуги получают бесплатно, но только необходимые и в минимальном объеме. Остальные услуги граждане оплачивают до 50 % от стоимости большей части медицинской помощи[1].

Думается, что вышеназванные примеры медицинского обслуживания служат яркой иллюстрацией необходимости поиска оптимального соотношения публичных и частных начал в правовом регулировании систем социального страхования, в том числе и медицинского, определения правового статуса их участников.

В настоящее время в России существует некая смешанная бюджетно-страховая модель медицинского обслуживания и медицинской помощи. Заключаемые в рамках системы обязательного медицинского страхования договоры, как отмечалось выше, является страховыми только по форме, но не по существу. Фактически российская модель представляет собой государственную систему медицинского обеспечения по минимальным стандартам как работающего, так и неработающего населения. Сейчас много пишут о проблемах медицинского страхования, решение которых нам видится в поиске оптимального соотношения обязательного и добровольного страхования на основе социально-обеспечительных договоров о добровольном медицинском страховании и договорах предоставления медицинских услуг. В этой части весьма показателен зарубежный опыт как в позитивном (например, европейский), так и в негативном для нас плане. Последний представляет, например, медицинское страхование в Чили.

Договоры о добровольном медицинском страховании регулируются гражданским законодательством, которое не может в полной мере учесть сложную публично-частную природу этого договора. По действующему законодательству в рамках таких договоров можно получать медицинские услуги как охватываемые программами государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи, так и сверх этих программ. По сути, без каких-либо нормативных ограничений возможна замена бесплатной медицинской помощи платной. Заметим, что в ранее действовавшем Законе РФ о медицинском страховании добровольное медицинское страхование осуществлялось на основе утвержденных программ добровольного медицинского страхования и призвано было обеспечить дополнительные медицинские услуги сверх программ обязательного медицинского страхования. Иными словами, обязательное медицинское страхование строилось по типу дополнительного страхования по отношению к обязательному страхованию. Это была система, обеспечивающее единую модель взаимодействующих форм обязательного и добровольного медицинского страхования. На наш взгляд, это было правильное решение нашего законодателя. Добровольные договоры медицинского страхования должны стать предметом правового регулирования специальными нормами законодательства о социальном обеспечении. Существующий ныне единственный публичный ограничитель для данного договора — это требование, обращенное к медицинским организациям, при предоставлении платных медицинских услуг соблюдать порядки оказания медицинской помощи, утвержденные Минздравом РФ и стандарты качества медицинской помощи, если они установлены норматив-

[1] См.: *Шестакова Е. Е.* Социальные реформы в Чили // Труд за рубежом. 1994. № 1. С. 97–101.

но-правовыми актами, — не обеспечивает надлежащей защиты застрахованного лица. Более того, такие договоры вправе заключать не только физические лица, но и работодатели в пользу своих работников. В последнем случае усмотрение работодателя в части досрочного прекращения договора, изменения его условий, например, в отношении уменьшения размера страховых взносов и других условий договора не ограничено законом. Эти и другие проблемы вполне решаемы в рамках легализации конструкции социально-обеспечительного договора.

Договоры о предоставлении платных медицинских услуг также признаются нашим законодателем в качестве гражданско-правовых договоров. Порядок их предоставления регламентируется общими нормами ГК РФ о договорах и Правилами предоставления медицинскими организациями платных медицинских услуг. Последние утверждены постановлением Правительства РФ от 4 октября 2012 г. № 1006. Платные медицинские услуги оказываются на основании договоров как государственными (муниципальными) медицинскими организациями, так и частными лицами (юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями), имеющими соответствующую лицензию. В первом случае при заключении договоров на платные медицинские услуги должны соблюдаться требования, предусмотренные вышеназванными правилами: соблюдение порядка оказания услуг и стандартов качества медицинской помощи, а также соблюдение порядка определения цен (тарифов) на медицинские услуги. Во втором случае при заключении договора в системе частной медицины должно обеспечиваться лишь требование в отношении порядка оказания услуги и стандартов ее качества. Цены (тарифы) на эти услуги определяются медицинскими организациями и индивидуальными предпринимателями, оказывающими медицинские услуги, самостоятельно.

На наш взгляд, к таким медицинским услугам необходимо в плане ценовой политики применить те же принципы, что установлены Федеральным законом об основах социального обслуживания граждан. Следует предусмотреть порядок расчета медицинских услуг по их видам, аналогичный порядку расчета стоимости этих услуг для государственных (муниципальных) медицинских организаций. Мы полагаем, что в идеале к рассматриваемым договорам нормы гражданского законодательства должны применяться в части, неурегулированной специальными нормами законодательства о социальном обеспечении.

Право граждан на охрану здоровья нельзя реализовывать исключительно гражданско-правовыми механизмами, поскольку «цена» здоровья не может быть определена гражданско-правовыми средствами, а его ценность не может быть сравнима ни с каким другим объектом правоотношения. Выбор одной из двух моделей социально-экономического развития государства: либеральной («меньше государства») или социально ориентированной («больше государства») — во многом определяет решение различных государственных задач, в том числе и в сфере медицинского обслуживания населения[1]. Более того, устанавливать цену на медицинские услуги исходя из принципов свободы договора и соображений рыночной конъюнктуры конституционно недопустимо. Здесь правовое и социальное государство призвано ответственно функциони-

[1] См.: *Лебединец О. Н.* К вопросу о гражданско-правовых механизмах реализации потребностей гражданина в охране здоровья // Власть закона. 2015. № 1 (СПС «Консультант Плюс»).

ровать в режиме охраны жизни и здоровья каждого человека, вводя необходимые ограничения для хозяйствующих в этой сфере субъектов[1].

Договоры в системе социальной помощи и социального обслуживания. Социальная помощь и социальное обслуживание, исторически имеющие в своей первооснове общественное призрение, предполагают единство, взаимодействие государственных и негосударственных систем социальной поддержки членов общества. В дореволюционной России право бедного на призрение рассматривалось именно в таком ключе. В ряде зарубежных стран право на получение гарантированного минимального дохода в системах социальной защиты связывают еще с одним юридическим фактом — договором социальной службы и трудоспособного лица о его социальной и профессиональной реинтеграции. Так, во Франции с такими лицами подписываются муниципальными органами «интеграционные соглашения», где определяются персональные условия включения гражданина в общественно полезную деятельность, прохождения профессиональной подготовки и т. п. Финансируются интеграционные программы за счет специального Фонда солидарности, т. е. специальных налогов, с 1994 г. Этот опыт был учтен нашим законодателем, который ввел известную нам конструкцию социально-обеспечительного договора — социального контракта, о котором мы уже писали выше.

Кроме того, в зарубежной практике в недавнее время стали практиковаться специальные механизмы добровольного социального страхования по уходу за пожилыми людьми. ФРГ была первой страной, которая еще 10 лет назад оформила такой вид социального страхования. Урбанизация, малые семьи объективно требуют дополнительных форм социальной защиты пожилых людей, которые не могут рассчитывать на поддержку со стороны семьи или какой-либо сети социальных служб. Иными словами, эти лица заранее заботятся о своей старости и надлежащем уходе, уплачивая на эти цели страховые взносы. Таким образом, система государственной социальной помощи дополняется системами добровольного договорного социального страхования, где социальный риск продиктован необходимостью дополнительных социально значимых расходов на уход за пожилым лицом. В российской науке права социального обеспечения М. О. Буянова предлагает заимствовать зарубежный опыт и ввести у нас новый вид социального страхования — страхование социального обслуживания[2].

Платные услуги в системе социального обслуживания оказываются на основе социально-обеспечительного договора о предоставлении социальных услуг. Существенным условием этого договора является стоимость услуг. По закону порядок расчета стоимости социальных услуг по видам социальных услуг и формам социального обслуживания на основании подушевых нормативов финансирования социальных услуг утверждается уполномоченным органом

---

[1] См.: *Майфат А. В., Шипулина Л. Н.* Гарантии и стандарты социальных услуг: некоторые спорные вопросы правового регулирования // Российский юридический журнал. 2012. № 3 (СПС «Консультант Плюс»).

[2] См.: *Буянова М. О.* Экономические гарантии права граждан на социальное обслуживание. Некоторые вопросы методики преподавания права социального обеспечения // Роль социального обеспечения в решении проблемы бедности и совершенствование методики преподавания права социального обеспечения. М., 2004. С. 276–277.

субъекта Федерации. Не избежав повтора, отметим, что этот договор порождает социально-обеспечительные, а не гражданско-правовые отношения.

Названный подход к содержанию рассматриваемых правоотношений не разделяется рядом авторов. Так, А. В. Барков необоснованно настаивает на признании института социального обслуживания институтом частного права, обладающим некоторой спецификой, обусловленной пограничной близостью с правом социального обеспечения, требующим преимущественно дозволительного режима правового регулирования. Он также делает вывод о том, что правовой институт социального обслуживания эволюционирует в направлении сближения с отраслью гражданского права. Ученый умозрительно выделяет комплексный межотраслевой частноправовой институт социального обслуживания, регулирующий два блока общественных отношений: по социальному содействию (оказанию социальных услуг) и социальной поддержке (социальной помощи), требующим различных режимов правового регулирования. В первом случае речь идет о гражданско-правовом договоре, во втором — о формах социального обеспечения[1].

Однако автор этой концепции не учитывает, что посредством предоставления социальных услуг осуществляются удовлетворение и защита общественного интереса, что обуславливает публичность социальной услуги как составной части социальной политики государства, направленной на реализацию и защиту социальных прав граждан (прав «второго поколения»). В силу этого притязание гражданина в конечном итоге обращено не к конкретному услугодателю, а к обществу и государству[2].

В заключение еще раз подчеркнем, что правовое регулирование добровольных договорных систем социального обеспечения, в том числе на основе возмездных договоров, должно строиться на единстве частных и публичных начал, присущих отрасли права социального обеспечения. А значит, на вопрос: «Быть или не быть юридической конструкции социально-обеспечительного договора?» — мы ждем от законодателя и научной общественности, а равно от других заинтересованных читателей положительного ответа.

---

[1] См.: *Барков А. В.* Договор как средство правового регулирования рынка социальных услуг. М., 2008.

[2] См.: *Субботин Г. В.* Социальная услуга как проблема общей теории государства и права // Адвокат. 2011. № 2. С. 52–59.

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ

Лушников Андрей Михайлович — доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Специалист в области трудового права, теории права, отечественной истории, автор свыше 400 научных и учебно-методических публикаций, среди них — 18 монографий (глав, разделов монографий), а также 30 учебников и учебных пособий, в том числе следующие.

1. Наука трудового права России: историко-правовой очерк в лицах и событиях. М.: Проспект, 2003.
2. Курс трудового права: учебник. В 2 т. Т. 1. М: Проспект, 2003; Т. 2. М.: Проспект, 2004 (в соавт.).
3. Очерки теории трудового права. СПб.: Юридцентр пресс, 2006 (в соавт.).
4. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006 (в соавт.).
5. Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. Ярославль: ЯрГУ, 2010. В 2 т. (в соавт.).
6. Развитие науки финансового права в России. СПб.: Юридический Центр-Пресс, 2013 (в соавт.).
7. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль: ЯрГУ, 2008 (в соавт.).
8. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда: учебник. М.: Эксмо, 2008 (в соавт.).
9. Курс трудового права: учебник. В 2 т. М.: Статут, 2009 (в соавт.).
10. Курс права социального обеспечения: учебник. М.: Юстицинформ, 2009 (в соавт.).
11. Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: учебное пособие. М.: Юрлитинформ, 2011 (в соавт.).
12. Теория государства и права. М.: Юрлитинформ, 2013.
13. Гендер в законе: монография. М.: Проспект, 2015 (в соавт.).
14. Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития: монография. М.: Проспект, 2015 (в соавт.).

Ответственный редактор журнала «Вестник трудового права и права социального обеспечения», включенного в Российский индекс научного цитирования, член редакционного совета журнала «Изучение права» (Варшавский университет).

Лушникова Марина Владимировна — доктор юридических наук, профессор кафедры трудового и финансового права Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова. Является специалистом по трудовому праву и праву социального обеспечения, финансовому праву, автор свыше 400 научных и учебно-методических публикаций, среди них — 15 монографий, а также 25 учебников и учебных пособий, том числе следующие.

1. Очерки трудового права. СПб.: Юридцентр пресс, 2006. (в соавт.).
2. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов М.: Проспект, 2006 (в соавт).
3. Российская школа трудового права и права социального обеспечения: портреты на фоне времени. Ярославль: ЯрГУ, 2010. В 2 т. (в соавт.).
4. Наука финансового права на службе государству. Ярославль: ЯрГУ, 2010 (в соавт.).

5. Российская школа финансового права. Ярославль: Индиго, 2013 (в соавт.).
6. Развитие науки финансового права в России. СПб.: Юридический Центр-Пресс, 2013 (в соавт.).
7. Курс трудового права: учебник. В 2 т. М.: Статут, 2009 (в соавт.).
8. Курс права социального обеспечения: учебник. М.: Юстицинформ, 2009 (в соавт.).
9. Международное и сравнительное трудовое право и право социального обеспечения: учебное пособие. М.: Юрлитинформ, 2011 (в соавт.).
10. Гендер в законе: монография. М.: Проспект, 2015 (в соавт.).
11. Трудовые права в XXI веке: современное состояние и тенденции развития: монография. М.: Проспект, 2015 (в соавт.).
12. Охрана труда и трудоправовой контроль (надзор): научно- практическое пособие. М.: Проспект, 2015 (в соавт.).

Ответственный редактор журнала «Вестник трудового права и права социального обеспечения», включенного в Российский индекс научного цитирования, член редакционных советов рецензируемых журналов «Российский ежегодник трудового права», «Социальное и пенсионное право», «Вестник Пермского национального университета» (серия «Юридические науки»), «Трудовое и социальное право» (Минск).

Тарусина Надежда Николаевна — выпускница Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова 1975 г. В 1982 г. окончила заочную аспирантуру Ленинградского государственного университета по кафедре гражданского процесса (научный руководитель — доктор юридических наук, профессор Н. А. Чечина).

Работает в Ярославском государственном университете с 1975 г. С 1984 г. — зам. декана по учебной работе, с 1992 г. по настоящее время — декан юридического факультета. Заведующая кафедрой социального и семейного законодательства. Кандидат юридических наук. В 2012 г. присвоено ученое звание профессора. Заслуженный юрист Российской Федерации.

Автор более 200 научных и учебно-методических трудов, в том числе 12 монографий, 20 учебных пособий и глав в учебниках. Наиболее известные работы следующие.

1. Семейное право. М.: Проспект, 2001.
2. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М.: Проспект, 2006 (в соавт. с А. М. Лушниковым, М. В. Лушниковой).
3. Семейное право. Очерки из классики и модерна. Ярославль: ЯрГУ, 2009.
4. Брак по российскому семейному праву. М.: Проспект, 2010.
5. Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. М.: Проспект, 2010 (в соавт. с А. М. Лушниковым и М. В. Лушниковой).
6. Судебное усмотрение: заметки семейноведа. Ярославль: ЯрГУ, 2011.
7. Российский семейный закон: между конструктивностью и неопределенностью. Ярославль: ЯрГУ, 2012.
8. Семейное право: в «оркестровке» суверенности и судебного усмотрения. М.: Проспект, 2014.
9. Ребенок в пространстве семейного права. М.: Проспект, 2014.
10. Биомедицинское право в России и за рубежом. М.: Проспект, 2015 (в соавт. с Г. Б. Романовским, А. А. Моховым и др.).
11. Гендер в законе. М.: Проспект, 2015 (в соавт. с А. М. Лушниковым, М. В. Лушниковой).
12. Очерки по теории гражданского процесса. М.: Проспект, 2015 (в соавт. с В. В. Бутневым).

Ответственный редактор научного журнала «Социально-юридическая тетрадь», в котором публикуются статьи преимущественно по семейно-правовой тематике (издание зарегистрировано в Российском индексе научного цитирования и находится в свободном доступе), член редколлегии рецензируемого журнала «Вестник Ярославского государственного университета им. П. Г. Демидова» (серия «Гуманитарные науки»).

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение 3

Глава 1
ДОГОВОР КАК ОБЩЕПРАВОВОЕ ЯВЛЕНИЕ: КЛАССИКА И НЕОКЛАССИКА ЖАНРА

1.1. Феномен договора за пределами гражданского права 6
1.2. Социальное право и конструкция социальных договоров 28
1.3. Многообразие договорных отношений в трудовом праве: самоопределение на перекрестке отраслей 43
1.4. Договоры в семейно-правовой сфере: открытая граница с гражданским правом или «визовый режим»? 53
1.4.1. Особенности семейных правоотношений как предпосылки относительной суверенности семейно-правового договора 53
1.4.2. Семейно-правовой договор: общая «феноменология духа» 65

Глава 2
СЕМЕЙНО-ПРАВОВЫЕ И СМЕЖНЫЕ С НИМИ ДОГОВОРЫ: ТИПИЧНЫЕ, НЕТИПИЧНЫЕ И «АТИПИЧНЫЕ» КОНСТРУКЦИИ

2.1. Брак — не только и не столько договор... 72
2.1.1. Несколько тезисов о предпосылках и сущности брака 72
2.1.2. Несколько тезисов о недействительности брака 85
2.1.3. Несколько тезисов о прекращении брака 93
2.2. Фактический брак как непоименованный договор, юридическое ничто или нереализованная справедливость? 95
2.3. Нетрадиционные партнерства с «семейным элементом»: вчера, сегодня, завтра 107
2.4. Брачный договор: вектор развития 118
2.5. Соглашения о собственности в браке — «суррогаты» брачного договора? 137
2.6. Договоры в сфере родительства: «война и мир» или «война миров»? 144
2.7. Договоры о попечении над детьми: гражданско-правовой конструкт, или «хромая утка» 148
2.8. Соглашения о предоставлении материального содержания члену семьи: границы «свободы передвижения» 153
2.9. Договорное конструирование репродуктивной сферы: все действительное — возможно? 159
2.10. Фиктивность как способ существования материи с «семейным» элементом 168
2.11. Судебные мировые соглашения: универсальна ли конструкция? 181

Глава 3
ТРУДОВОЙ ДОГОВОР: ОТ РАБОЧЕГО ДОГОВОРА ДО ПРАВОВОГО ОПОСРЕДОВАНИЯ ТИПИЧНОЙ ЗАНЯТОСТИ

3.1. Юридическая конструкция трудового договора: прошлое и настоящее 191
3.2. Развитие учения о трудовом договоре в постсоветский период: новое и хорошо забытое старое 209

3.3. Условия действительности трудового договора и иных договоров о труде, изменение юридической квалификации трудового договора, аннулирование трудового договора: вопросы теории и практики 229
3.4. Международно-правовая квалификация трудовых договоров и презумпция трудовых отношений 250
3.5. К проблеме трудовой сделки: критические заметки 261

Глава 4
НЕТИПИЧНЫЕ (ГИБКИЕ) ТРУДОВЫЕ ДОГОВОРЫ: КОНТУРЫ И УГОЛ НАКЛОНА

4.1. Гибкость и стабильность юридической конструкции трудового договора: критерии и пределы отклонения 271
4.2. Договоры с дистанционными работниками 295
4.3. Договоры о заемном труде (о представлении труда работников (персонала)) 303
4.4. Договорные начала регулирования внешней трудовой миграции: международные аспекты и национальная специфика 313

Глава 5
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ В ДОГОВОРАХ О ТРУДЕ: ПРОШЛОЕ, НАСТОЯЩЕЕ, БУДУЩЕЕ

5.1. Договоры о профессиональной подготовке работника (ученические договоры): исторический экскурс и проблемы теории 330
5.2. Договорные основы подготовки и дополнительного профессионального образования работников: современное состояние и перспективы. Договоры о результатах интеллектуальной деятельности работников 346

Глава 6
КОЛЛЕКТИВНЫЕ ДОГОВОРЫ: ОТ РАССВЕТА ДО ЗАКАТА?

6.1. Развитие учения о коллективных договорах в XIX–XX вв. 356
6.2. Учение о коллективных договорах и соглашениях на рубеже XX–XXI вв.: преемственность и новации 373
6.3. Правовая природа и сущность коллективных договоров (соглашений): «тело договора, но душа закона» 380
6.4. Коллективные договоры и соглашения в зеркале международных стандартов коллективных прав и опыта трудоправовой компаративистики 411

Глава 7
СОЦИАЛЬНО-ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫЕ ДОГОВОРЫ: PRO ET CONTRA

7.1. Договорные начала права социального обеспечения и социально-обеспечительные обязательства: в поисках точки опоры 422
7.2. Предмет и метод права социального обеспечения в контексте договорных начал отрасли: единство и борьба противоположностей 437
7.3. Юридическая конструкция социально-обеспечительного договора: быть или не быть? 444
7.4. Правовая природа и виды социально-обеспечительных договоров: в поисках идеала 449

Сведения об авторах 476