

СУБСИДИАРНОЕ ПРИМЕНЕНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Использование в смежных отраслях норм гражданского права свидетельствует об их субсидиарном применении. В то же время гражданское право заимствует у других отраслей нормы, которые определяют таких субъектов, как работодатель, средний заработок, должностное лицо и т.п. Поэтому субсидиарность в гражданском праве носит как бы биполярный характер: оно использует необходимые ему нормы у других отраслей, а также предоставляет свои нормы для применения в иных.

Ключевые слова: субсидиарность; норма; договор.

В отраслевых науках особое внимание уделяется разграничению отраслей права. Остаётся не исследованным, а иногда даже замалчивается их единство. В общественных отношениях, которые регулируются правом, нет разделительной черты, своего рода китайской стены. Более того, для них характерно взаимное проникновение, тесное взаимодействие, которое можно именовать социальной диффузией. Единство предмета правового регулирования как социальной системы позволяет говорить и об известном единстве отраслей права. Поэтому не случайно в одном и том же нормативно-правовом акте можно найти статьи, содержащие нормы различных отраслей права. Законодатель практичен. Он руководствуется принципом экономии, рационального пользования продуктом своего труда – законодательного материала. В силу этого нормотворческий орган поступает вполне обоснованно, когда вместо изложения в новом правовом акте уже опубликованных им правил только ссылается на источники, в которых они содержатся. Такого рода ссылки не должны восприниматься как способ определения принадлежности той или иной группы отношений к предмету правового регулирования определённой отрасли. В таких случаях имеет место субсидиарное (заимствованное) использование одной отрасли права норм другой отрасли, своего рода правовая диффузия. Заимствованные нормы становятся элементами отрасли права, которой они заимствованы для урегулирования нетипичных, более сложных по своей структуре для неё отношений.

При использовании в смежных отраслях норм гражданского права (дефиниция юридического лица, доверенности, сделки норм о возмещении вреда, причинённого работодателем жизни и здоровью работника и других) свидетельствует о субсидиарном применении норм гражданского права. В то же время гражданское право заимствует у других отраслей нормы, которые определяют таких субъектов, как работодатель, средний заработок, должностное лицо и т.п. Поэтому субсидиарность в гражданском праве носит как бы биполярный характер: оно использует необходимые ему нормы у других отраслей, а также предоставляет свои нормы для применения в иных.

Субсидиарное заимствование отраслью норм права других отраслей не разрушает единства предмета обогащённой таким образом отрасли. Другими словами, субсидиарность не нарушает целостности предметов регулирования ни отрасли-донора, ни отрасли-реципиента (отрасли, заимствованной нормы права). Это важно подчеркнуть, поскольку в противном случае можно прийти к абсурдным выводам: 1) либо о переродической «переработке» предмета правового регулирования отрасли – донора и отрасли – реципиента в

зависимости от каждого случая субсидиарного применения норм права; 2) или о замене предмета регулирования отрасли права сферой её действия, по крайней мере, к смешению этих понятий.

Для субсидиарного применения норм гражданского права определённое значение имеет его роль как «материнской отрасли». Так, трудовое право отпочковалось от гражданского законодательства. При исследовании общности трудового и гражданского права складывается впечатление, что представители науки трудового права как бы с порога отвергли вековые достижения цивилистов в области разработки договоров, сделок, сроков, ответственности и т.п. Демонстративно не замечалось, что обеим отраслям присущи такие черты предмета правового регулирования, как возмездный характер общественных отношений, возникающих и протекающих в сфере труда, что они в известной мере смыкаются и в объекте правового регулирования. Это можно проиллюстрировать на анализе трудовых сделок.

Развитие капитализма в Европе, рост рабочего, профсоюзного движения, результаты исследования отношений наймных работников и работодателя экономистами побудили юристов по-новому посмотреть на институт личного найма. Ещё в начале прошлого века Г.Ф. Шершеневич [1] писал, что личный найм устанавливает обязательственное отношение, основанием которого является трудовой договор, предполагающий свободное соглашение сторон о пользовании и предоставлении услуг. Этим он отличается от других форм пользования чужими услугами. Среди личного найма в то время выделялись различные его виды, которые регулировались в России специальными правилами, закреплёнными в нормах права о найме: 1) приказчиков; 2) фабричных рабочих; 3) сельских рабочих; 4) ремесленников; 5) рабочих золотых промыслов; 6) морских матросов. «Особенные правила введены нашим законодательством, по примеру западных, для фабричных рабочих (Уст. пром. ст. 127–156). Применение этих норм ограничивается фабриками и заводами, которые, по определению закона, отличаются от ремесел тем, что имеют в большом виде заведения и машины, у ремесленников же их нет, кроме ручных машин и инструментов (Уст. пром. ст. 2). Общий характер этих норм отличается стремлением ограничить свободу соглашения, способную в действительности повлечь за собой необходимое подчинение рабочего требованиям работодателя» [1. С. 552–533, 560–561].

Цивилисты этого периода уже понимали, что, во-первых, институт личного найма широко распространённое социально значимое явление, а наемный работник нуждается в законодательной защите от произвола работодателя, в подчинении которого он находится в процессе труда. Во-вторых, законодательство личного

найма фрагментарно и нуждается в совершенствовании. В-третьих, наука гражданского права не уделяет должного внимания разработке проблем личного найма рабочих, считая специальные нормы гражданского права, регулирующие отношения наемного рабочего и работодателя в России, вполне приемлемыми. Об этом достаточно эмоционально сказал Л. С. Таль: «Науке приходится констатировать тот изумительный факт, что для одного из крупнейших и важнейших явлений хозяйственного быта, для отношений между работодателем и подчиненным ему рабочей силой, современное гражданское право не выработало правовой формы и не указало надлежащих юридических принципов, на которых должна быть построена их законодательная нормировка» [2. С. 510]. Поскольку это относится к 1913 г., Л.С. Талья можно упрекнуть в необъективном изложении достижений науки гражданского права в разработке основ рабочего (промышленного) права. К этому времени уже были известны наработки европейских цивилистов, в частности двухтомный труд Ф. Лотмара, преемником которого считал себя и Л.С. Таль, а также и работы его самого. «Мы пойдем по пути, намеченному Лотмаром, – писал он, – но не ставим себе столь обширной задачи, как этот ученый, и расходимся с ним в определении основных форм» [2. С. 117]. Речь шла в данном случае о выделении Ф. Лотмаром двух видов трудовых сделок в договорах о труде.

Первый вид – это договор о самостоятельном труде, по которому одно лицо обещает за вознаграждение приложение своей рабочей силы на определенный или неопределенный срок к предприятию либо хозяйству другого в качестве самостоятельного работника (рабочего, служащего, ученика), обязуясь подчиняться, насколько это вытекает из содержания и цели договора, хозяйской власти работодателя.

Второй вид – договор о самостоятельном (предпринимательском) труде, по которому одно лицо обещает другому определенную работу, лично им выполняемую или организуемую, без подчинения хозяйской власти, а другое лицо обещает вознаграждение за эту работу.

В отличие от Ф. Лотмара, трудовым договором Л.С. Таль называл только первый вид сделки, полагая, что термин «договор о труде» не родовое, а «собирательное имя». «Лотмарский договор о труде – пишет он в своей статье “Договор о труде как родовое понятие”, – представляет собою не родовое понятие, а абстракцию, собирательное имя» [3. С. 1494]. Критикуя Ф. Лотмара за бесплодные поиски родового понятия, Л.С. Таль, как и другие ученые этого периода, при анализе того или иного вида договоров о труде использовал понятие трудовой сделки [2. С. 116, 118–119].

Оставляя в стороне ссылку на авторитет, плодотворно проанализировать ценность для науки, а очевидно и для законодателя термины «договор о труде» и «трудовая сделка», обратив внимание на то содержание, которое кроется за ними.

Понятие «трудовая сделка» тесно связано с историей развития гражданского права, в частности института личного найма, основ рабочего (промышленного) права. Ещё в советский период трудовое право рассматривалось как составная часть гражданского права. Их разграничение приводилось по особенностям предмета

правового регулирования. Считалось, что предметом трудового права являются трудовые отношения. Генезис этих отраслей права может быть достаточным аргументом для обоснования, взаимодействия, субсидиарности, взаимоприемлемой трактовки их общих правовых понятий. Правовая наука, сосредоточив своё внимание только на разграничении этих отраслей, больше потеряла, чем приобрела, например, в преемственности подходов научного исследования, совершенствовании действующего законодательства.

В рыночных условиях хозяйствования поднят ряд интересных проблем по переосмыслению трудового права. «Одной из таких проблем стало использование конструкции трудовой сделки» [4. С. 166]. Действительно, вопросы трудовых сделок достаточно активно обсуждаются и их уже нельзя просто замалчивать, как это делалось, например, 5–10 лет тому назад.

Понятие «трудовая сделка» стоит особо в трудово-правовой действительности, не охватываемое «договорами о труде». И это совершенно очевидно. Договоры о труде, как известно, шире, чем договоры в трудовом праве, с одной стороны, и намного уже – с другой, поскольку не могут охватить в силу своей природы определенной части содержания, например, коллективного договора и тем более соглашений в смысле ст. 42, 45, 46 Трудового кодекса РФ.

Давно известно, что договоры о труде – это все договоры по поводу производительного труда, в том числе и гражданско-правовые (договор подряда, гл. 37 Гражданского кодекса РФ); договоры на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (гл. 38 ГК РФ и др.), а также административно-правовые (контракты с государственными гражданскими служащими, работниками таможенной службы, военнослужащими и т.д.).

Не улучшает нашего знания и разделение договоров о труде на «регулируемые нормами трудового законодательства и договоры о труде, регулируемые нормами гражданского законодательства» [4. С. 176; 5. С. 65–160]. Такая классификация возвращает нас к исходному (искомому) варианту – как определить родовое понятие для договоров и соглашений, отвечающее интересам трудового права. Более того, в этом случае придется выделять и третью группу договоров о труде, регулируемых административным законодательством. Другими словами, договоры о труде, видимо, не могут быть родовым понятием для трудово-правовых договоров и соглашений.

Договоры о труде как родовое понятие для трудового права не выдерживают сколько-нибудь серьезной критики и с позиции анализа содержания трудового, ученического, коллективного договоров, а тем более генерального, межрегионального, отраслевого, «иных соглашений, которые могут заключаться сторонами на любом уровне социального партнерства по отдельным направлениям регулирования социально-трудовых отношений и иных, непосредственно связанных с ними отношений» (ст. 45 ТК РФ).

Так, в соответствии со ст. 57 ТК РФ в содержании трудового договора могут включаться виды и условия дополнительного страхования работника, улучшения социально-бытовых условий работника и членов его

семьи, о предоставлении, например, кредита на приобретение квартиры и иного имущества и др.

Ученический договор, кроме обязательных условий, предусмотренных ч. 1 ст. 199 ТК РФ, «может содержать и иные условия, определенные соглашением сторон» (ч. 2 ст. 199 ТК РФ). Из этого вовсе не следует, что в ученическом договоре не может содержаться условий, не связанных с его трудом по получению конкретной профессии, специальности, квалификации, например, таких, о которых уже упоминалось при анализе содержания трудового договора.

В коллективном договоре и соглашениях о социальном партнерстве обычно предусматриваются обязательства сторон о соблюдении интересов работников при приватизации государственного и муниципального имущества, обязательства по экологической безопасности производства, оздоровлению и отдыху работников и членов их семей, другие условия, определенные сторонами (ст. 41, 46 ТК РФ).

Трудовая сделка как родовое понятие более других терминов подходит для характеристики современных трудовых договоров и соглашений. Употребляя такой или иной термин, присущий только трудовому праву и практике его применения, мы добиваемся более точного определения родового понятия для трудовых договоров и соглашений. При этом не возникает необходимости на уровне понятийного аппарата отграничивать его от гражданско-правовых и других видов договоров (контрактов).

Более точное определение родового понятия как системы позволяет заранее знать основные признаки его видов (элементов системы), их практическую значимость.

Трудовая сделка – это действительно, как правило, основание возникновения, изменения или прекращения трудового правоотношения. Однако сводить ее только к этому было бы ошибочно. Дело в том, что трудовая сделка может быть основанием, например, приостановления, возобновления или подтверждения наличия трудового правоотношения. Например, мировое соглашение или просто соглашение о восстановлении уволенного или переведенного работника на своей прежней работе, соглашение о целевом отпуске (для сдачи экзаменов при поступлении в вуз или аспирантуру), о повышении квалификации и др. Такие соглашения достаточно широко распространены в жизнедеятельности организации, хотя в этих случаях не может быть речи о возникновении или тем более прекращении трудового правоотношения, возникшего у работника с работодателем после заключения трудового договора.

Мы необоснованно много уделяем внимания односторонним трудовым сделкам. Она действительно не может быть «односторонним юридическим актом» [4. С. 170]. Безусловно, односторонней трудовой сделкой не является расторжение трудового договора по инициативе работодателя или работника. Однако отрицать на анализе такого или аналогичного материала наличие односторонней сделки вряд ли обосновано как с теоретической, так и с практической точек зрения.

Не вызывает сомнения в науке гражданского права утверждение о том, что договор дарения – односторонняя сделка (гл. 32 ГК РФ). Так, работодатель – физическое лицо может подарить свое предприятие или часть

его другому физическому лицу и не обязательно своему родственнику. «Каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться им как единолично, так и совместно с другими лицами» (ст. 35 Конституции РФ).

Когда же речь идет о разовом поощрении работника, например в форме ценного подарка, то вряд ли должно возникать сомнение, что в этом случае имеет место односторонняя трудовая сделка, своего рода дарение, т.е. передача определенной вещи работодателем по его усмотрению в собственность работнику. Думается, что такого рода аналогия допустима. У работодателя, объявившего в любой форме о предоставлении работнику ценного подарка, возникает обязанность передать его работнику, а у работника только правомочие получить ценный подарок. В ст. 191 ТК РФ не оговаривается форма поощрения, поэтому издание письменного приказа (акта применения) вовсе не обязательно. Более того, поощрение в смысле ч. 2 ст. 191 ТК РФ не является исключительной компетенцией работодателя. Так, виды поощрения, а следовательно и формы его, могут устанавливаться коллективным договором, т.е. трудовой сделкой. При желании можно обнаружить и другие односторонние сделки в практике работы отдельных организаций. Но количественный анализ ничего не изменит в признании существования односторонних трудовых сделок. Надо просто принять как данность то, что они – это частность, которая не колеблет необходимости поиска и приемлемой формулировки родового понятия, характерного для договоров и соглашений трудового характера.

Для трудовой сделки характерна относительная самостоятельность ее сторон в использовании норм трудового права в данных конкретных условиях. Отсюда вытекает необходимость согласования ими своих действий, возможностей реализации соответствующих правовых норм. Работник – это не всегда слабая (страдающая от произвола, усмотрения работодателя) сторона трудового правоотношения. Адаптивный работник, как правило, всегда может вести на равных диалог с работодателем, заключать трудовые сделки.

Хотя предлагаемый тезис и вызывает возражения [4. С. 176], с правовой точки зрения непосредственный процесс труда на уровне организации действительно представляет вполне очевидную цель, своего рода систему трудовых сделок. Основанием классификации элементов этой системы может быть содержание сферы непосредственного процесса труда. Указанную сферу в интересах её изучения можно разделить на сферу завязки трудового (социально-трудового) правоотношения, сферу непосредственного приложения труда к средствам производства организации, сферу распределения произведенного продукта, сферу управления производством (участие в управлении предприятием трудового коллектива, его представителей), сферу прекращения трудового (социально-трудового) правоотношения.

Для каждой из этих сфер типичны (необходимы, как правило) трудовые сделки. Так, для завязки трудового правоотношения типична такая трудовая сделка, как трудовой договор, а в некоторых случаях и ученический договор, а для материально-ответственных лиц и договор о полной материальной ответственности.

Сфера непосредственного приложения труда характеризуется такими трудовыми сделками, как коллективный договор, соглашения об охране труда, договор о повышении квалификации и целым рядом других, без которых сложно представить эффективное сотрудничество работодателя с работником, создание надлежащих условий для самореализации личности в процессе труда.

Сфера распределения произведенного продукта вряд ли мыслима в настоящее время без соответствующего соглашения работодателя и представителя трудового коллектива о формах, системах оплаты труда, положения о порядке начисления и выплаты заработной платы и условиях премирования. В организациях частного сектора заключаются, наряду с трудовым договором, соглашения об оплате труда и не только руководителя, его заместителей, но и адаптивными работниками, которые формируются в процессе работы и требуют от работодателя повышения заработной платы. Аналогичная ситуация возникает и в связи с изменением условий труда, совмещения профессий (должностей), расширения зон обслуживания, увеличения объема работ и т.п.

В связи с введением новой системы оплаты труда работников бюджетных учреждений министерствами, ведомствами разрабатываются примерные положения об оплате труда, в которых предусматриваются не только разработка и принятие соответствующих положений в организациях, но и заключение «дополнительных соглашений к трудовым договорам... с работниками в связи с введением в учреждениях новых систем оплаты труда» [6].

Сделки не являются исключением и для сферы прекращения трудового (социально-трудового) правоотношения. Как известно, в соответствии со ст. 78 ТК РФ трудовое правоотношение может быть прекращено по соглашению сторон.

Заимствуя из гражданского права понятие, содержащее и виды сделок (ст. 153, 155–156, 166, 169–170, 178–179 ГК РФ и др.), можно говорить не только о полезности их субсидиарного применения в трудовом праве, но и о необходимости их использования в трактовке трудовых сделок, не отрицая их самобытности и отличия от сделок в других отраслях права. Это позволит определиться в многолетних спорах о так называемом родовом понятии для договоров и соглашений в трудовом праве. С этих позиций плодотворно проанализировать ценность для науки, а очевидно и для законодателя терминов «договор о труде» и «трудова сделка», обратив особое внимание на их содержание, практику применения.

Науке трудового права и законодательству известен целый ряд соглашений, имеющих отношение к сфере наемного несамостоятельного труда. Это трудовой договор, переводы на другую работу, договор о полной материальной ответственности, коллективный договор; генеральное, межрегиональное, региональное, отраслевое, территориальное и иные соглашения. Чтобы найти для них родовое понятие, необходимо проанализировать эти трудовые сделки по ряду критериев с целью выявления общих признаков, характерных для их родового понятия. В качестве таких критериев можно выбрать, например: 1) субъектный состав; 2) цель, задачи соглашения; 3) предмет; 4) соотношение (удель-

ный вес) в их регулировании законодательства и усмотрения сторон.

С указанных позиций у так называемых договоров о труде оказываются различные субъекты. Это не только работник, коллектив работников (бригада) и работодатель, но работодатель и работники в лице их представителей, общероссийские объединения профсоюзов и работодателей, правительство РФ, министерства, ведомства, даже судебный департамент при Верховном Суде РФ, органы управления субъекта РФ, муниципальные органы и т.д. Сложно, анализируя этот круг субъектов, объединить их термином «субъекты трудового права» или субъекты трудовых отношений, а тем более трудового договора. Это участники разнообразных по форме, целям и задачам трудовых сделок или, точнее, сделок о труде и быте наемных работников. Более того, в одних случаях они имеют возмездный характер, в других – нет. Безвозмездный характер договора о труде делает его, мягко говоря, бессмысленным. Такого рода договоров в принципе быть не может. Поскольку его предметом так или иначе должна быть рабочая сила, ее предоставление за вознаграждение наемным работником работодателю, у которого нет другого источника обеспечить себе и своей семье достойные условия жизни.

Можно, конечно, вывести за пределы родового понятия «договор о труде» соглашения, коллективный договор. Но и в этом случае остается возможность заключения безвозмездных договоров, например, о переводе в другое подразделение организации наемного работника с сохранением прежних условий, в том числе и оплаты труда.

Не менее интересные проблемы возникают и при исследовании соотношения договорных условий и законодательства о труде. Трудовой договор, договор о полной материальной ответственности, о переводе на другую работу детально регламентируются действующим законодательством о труде. Напротив, содержание коллективного договора, а тем более соглашений – это прежде всего результат усмотрения, реализации своей компетенции сторонами, способными отразить особенности условий охраны и оплаты труда в отдельной организации, производстве, отрасли.

С учетом изложенного можно сделать вывод, что «договор о труде» как родовое понятие в настоящее время нельзя сконструировать даже на уровне абстракции, не говоря уже о том, что он не закреплен в действующем законодательстве, не существует в реальной жизни либо в правовом сознании работника или работодателя. Это, как любил писать в свое время Л.С. Таль, – фикция, ничего не содержащая и не дающая науке и практике трудового права.

Однако все договоры о труде – это обязательно трудовые сделки. В этом смысле можно говорить, что термин «трудова сделка» способен выполнять функцию родового понятия, необходимого для научного анализа любых договоров (соглашений), возникающих в сфере наемного несамостоятельного труда в широком смысле этого слова.

Трудова сделка вполне отвечает требованиям родового понятия, поскольку это, во-первых, явление, которое реально существует. Во-вторых, это волевой

акт, определенные действия субъектов в сфере, имеющей отношение к наемному несамостоятельному труду. В-третьих, она может быть как возмездной, так и безвозмездной. В-четвертых, направлена на возникновение (установление), изменение (совершенствование) или прекращение правоотношений в сфере наемного труда. В-пятых, трудовая сделка порождает правовые

отношения, предусмотренные не только договором, но и законом. При этом соотношение закона и договора не имеет постоянной, ограниченной, например, по объему, форме, разграничительной черты. В этом случае действует принцип: чем меньше одного (правового регулирования), тем больше другого (усмотрения сторон).

ЛИТЕРАТУРА

1. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. М.: Спарк, 1995.
2. *Таль Л.С.* Трудовой договор. Цивилистическое исследование. М.: Статут, 2006.
3. *Таль Л.С.* Договор о труде как родовое понятие // *Право. Еженедельная юридическая газета.* 1908. № 26.
4. *Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н.* Договоры в сфере семьи, труда и социального обеспечения. Ярославль, 2008.
5. *Левинт Ф.М.* Виды трудового договора. М.: Юрид. лит., 1966.
6. *Приказ* Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека № 285 от 14 августа 2008 г. «О введении новой системы оплаты труда работников федеральных бюджетных учреждений Роспотребнадзора» // *Российская газета.* 3 сентября 2008 г.

Статья представлена научной редакцией «Право» 15 января 2011 г.