

Константин Забоев

**Правовые и
философские аспекты
гражданско-правового...**



Теория и практика гражданского
права и гражданского процесса

Константин Забоев

**Правовые и философские
аспекты гражданско-
правового договора**

«Юридический центр»

2003

УДК 347.1
ББК 67.404.2

Забоев К. И.

Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора / К. И. Забоев — «Юридический центр», 2003 — (Теория и практика гражданского права и гражданского процесса)

Данная книга представляет собой комплексное правовое и философское исследование свободы договора как основного начала гражданского законодательства и неотъемлемого элемента гражданско-правового договора. Автором широко использованы достижения русской дореволюционной и современной цивилистики, идеи ряда зарубежных ученых, исследовавших проблемы свободы договора. Применяя как диалектико-материалистический метод познания, так и метод сравнительного правоведения, комплексного анализа, автор анализирует общие закономерности и признаки содержания свободы договора как в гражданском праве, так и в ряде других отраслей права. При выявлении указанных закономерностей были изучены положения нормативных правовых актов Российской Федерации и других государств, а также правоприменительная практика арбитражных судов и судов общей юрисдикции Российской Федерации. На этой основе автором предложен ряд рекомендаций по совершенствованию действующего российского законодательства и практики его применения. При этом собственные теоретические изыскания автора сочетаются с мотивированной критикой ряда сложившихся точек зрения в области договорного права. Выводы и предложения автора могут быть использованы как аналитический материал в ходе разработки проектов нормативных актов, а также в преподавании курсов гражданского и предпринимательского права. Для научных и практических работников, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов.

УДК 347.1

ББК 67.404.2

© Забоев К. И., 2003

© Юридический центр, 2003

Содержание

Уважаемый читатель!	7
Введение	8
Глава 1. Общая правовая характеристика гражданско-правового договора	11
§ 1. Происхождение и содержание термина «договор»	11
§ 2. Гражданско-правовой договор – многопонятийная категория	17
§ 3. Функции гражданско-правового договора	21
§ 4. Соотношение гражданско-правового договора с трудовым договором	24
§ 5. Соотношение гражданско-правового договора с административно-правовым договором	36
§ 6. Соотношение гражданско-правового договора с договором брачного союза (браком)	45
Конец ознакомительного фрагмента.	51

Константин Забоев
Правовые и философские аспекты
гражданско-правового договора

© К. И. Забоев, 2003

© Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003

Уважаемый читатель!

Серия книг, посвященная теории и практике гражданского права и гражданского процесса, пополнилась книгой К. И. Забоева «Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора».

В современном российском гражданском праве свобода договора приобрела особое значение с признанием ее одним из основополагающих начал этой отрасли. Принцип свободы договора во многом предопределяет роль и смысл иных принципов гражданского права, таких, как равенство участников гражданского оборота, неприкосновенность собственности, недопустимость произвольного вмешательства кого-либо в частные дела и необходимость беспрепятственного осуществления гражданских прав.

Автор предпринял попытку комплексного философского и правового анализа категории свободы гражданско-правового договора как основного начала гражданского законодательства. Категория свободы исследуется автором не только с точки зрения оценки соотношения исторического, философского и правового смысла понятий, входящих в данную категорию, но прежде всего в плане оценки конкретных правовых норм, в которых реализуется свобода договора, а также правоприменительной практики по данному вопросу.

В первую очередь, автор рассматривает свободу договора как философское понятие и определяет правовой смысл свободы договора, вкладываемый в данное понятие современным российским законодателем. Необходимым логическим этапом авторского исследования является изучение этимологии понятия «свобода» и его философского смысла, заключающегося в том, что свобода производна от ее ограничений, которые и составляют собственно содержание свободы.

Книга содержит ряд концептуальных выводов, формулируя задачу цивилизованного государства как установление границ свободы договора с целью соблюдения необходимого и достаточного баланса между частной свободой и публичными интересами. На одном из первых мест публикуемого исследования стоит вопрос о пределах свободы договора в виде ограничений со стороны государства и самоограничений сторон договора, а также о законности, обоснованности и динамике этих ограничений.

Как и все труды, публикуемые в данной серии, книга К. И. Забоева представляет интерес для целей научных исследований практической правоприменительной деятельности.

Введение

Legum servi esse debemus, ut liberi esse possimus. – Нужно подчиняться законам, чтобы быть свободным (мы должны быть рабами законов, чтобы иметь возможность быть свободными).

Сентенция древнеримских юристов

Свобода есть право делать то, что дозволено законами. Если бы гражданин мог делать то, что этими законами запрещается, то у него не было бы свободы, так как то же самое могли бы делать и прочие граждане.

Ш. Монтескье

Сегодня Россия, пережившая тяжелые экономический и политический кризисы, наконец, обретает стабильность. Рыночная система хозяйствования получила надлежащую законодательную базу, основанную на классических принципах частного права, незыблемых со времен древнего Рима. Возрожденный гражданско-правовой договор вновь обрел ведущую роль в экономике и сегодня можно без преувеличения сказать, что регулирующая функция гражданско-правового договора стала одним из основных факторов, направляющих развитие системы хозяйствования. В основе этой системы, как и в основе любого оборота, лежат гражданско-правовые сделки и, прежде всего, договоры, имеющие в качестве своего неотъемлемого признака свободу, справедливо возведенную в ранг основных начал гражданского законодательства.

На сегодняшний день свобода договора приобрела принципиально новое и главенствующее значение в договорном регулировании отношений субъектов гражданского права.

В той или иной степени элементы свободы договора упоминаются в большинстве норм как части первой Гражданского кодекса Российской Федерации, содержащей общие правила договорного права, так и части второй Гражданского кодекса, включающей в себя большое количество диспозитивных норм, рассчитанных на свободное усмотрение сторон при заключении гражданско-правовых договоров, определении их условий, выборе контрагента по договору и т. д.

Термин «договор» стал широко использоваться в различных отраслях законодательства, в частности в налоговом, таможенном, земельном, трудовом, семейном и др. Необходимость конкретизации данной правовой категории в законодательстве, соотношения его с гражданско-правовым договором, определения степени свободы договора в договорных связях различного плана стала актуальной проблемой для современного правоприменения.

Надо ли говорить, что для нашей экономики, на протяжении десятилетий функционировавшей в условиях жесткого административного диктата, под девизом ставшей уже крылатой фразы В. И. Ленина «...мы ничего „частного“ не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное»¹, принцип свободы гражданско-правового договора имеет особо важное значение.

Однако безграничная свобода договора таит в себе серьезную опасность для экономики государства, что фактически показало неудачное развитие системы рыночного хозяйствования в России в начале 90-х гг. XX в., в период переоценки возможностей договорного саморегулирования. Очевидно, что этого бы не произошло при надлежащем понимании свободы как производного от ограничений, поскольку полная свобода, не имеющая таких

¹ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 44. Стр. 398.

ограничений, не является собственно свободой, а представляет собой ее полное отрицание, ведущее к полной несвободе. Поэтому задача цивилизованного государства заключается в таком установлении границ свободы договора, чтобы при этом соблюдался необходимый и достаточный баланс между частной свободой и публичными интересами.

Следует отметить, что Д. И. Мейер вообще определял предмет гражданского права как ответ на вопрос: «Какая же мера свободы предоставляется лицам, живущим в обществе, на употребление имущества для удовлетворения потребностей?»²

В связи с этим вопрос о пределах свободы договора, состоящих из ограничений такой свободы, налагаемых государством в виде законов или принимаемых на себя самими сторонами договора в виде его условий, законности, обоснованности и динамике этих ограничений, является, пожалуй, самым актуальным вопросом для правового государства, которым провозгласила себя Россия в первой статье своей Конституции.

Кроме того, с развитием гражданского законодательства и появлением множества новых видов гражданско-правовых договоров возникли, в частности, вопросы о соотношении гражданско-правового договора с трудовым договором, также характеризующимся определенной свободой. С принятием нового Семейного кодекса, в значительной степени расширившего свободу договорных взаимоотношений супругов, но так и не определившего сам договор брачного союза (брак), представляется также логичным ответить и на вопрос о природе брака как юридического факта с точки зрения свободы договора и правил его регулирования, а также его соотношения с гражданско-правовым договором.

В новом Гражданском кодексе Российской Федерации используется множество оценочных понятий, подобных «добросовестности», «разумности», «нравственности» и т. д. В ряде случаев от смысла, вкладываемого правоприменителями в данные понятия, зависит оценка договорных связей субъектов гражданского права, налагаются ограничения на свободу гражданско-правового договора. В связи с этим представляется необходимым оценить, является ли применение такого понятийного аппарата нормальным развитием гражданского права и необходимым элементом Гражданского кодекса, рассчитанного на длительное время своего применения, или же это лишь преждевременная новелла законодателя, заимствованная из гражданского законодательства стран с развитой рыночной экономикой.

Все указанные проблемы касаются свободы договора, так как фактически относятся к ее ограничениям, и поскольку закон, который должен оперировать только конкретными и строго определенными понятиями, использует данную категорию, ее смысл, придаваемый ей законодателем, должен быть также конкретизирован и понятен участникам гражданского оборота.

Научная новизна настоящего исследования заключается в том, что свобода в нем оценивается, прежде всего, как философская категория, и именно с этой точки зрения определяется правовой смысл свободы договора, вкладываемый в данное понятие современным российским законодателем.

Необходимость такого подхода обусловлена тем, что само понятие свободы заимствовано правом у философии. Несомненно, еще до такого заимствования это понятие уже обладало определенным смыслом. Изменило ли его право либо распространило уже имеющееся значение на свои нормы? Без ответа на этот вопрос невозможно определить содержание свободы договора.

В этой связи необходимым логическим этапом в настоящем исследовании является изучение этимологии понятия «свобода» и его первичного по отношению к правовому философского смысла, заключающегося в том, что свобода производна от ее ограничений, которые и составляют собственно содержание свободы.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. М., 1997. Ч. 1. С. 32.

Такое понимание свободы договора позволило бы по-иному взглянуть на подобные ограничения. Так как суть проблемы, с нашей точки зрения, заключается не столько в их количестве, сколько в необходимости их правовой «осязаемости», т. е. четкой видимости самих ограничений свободы и предсказуемости их нарушения.

Несмотря на то, что безудержное ограничение свободы договора, как нарушение баланса между публичными интересами государства и частными интересами участников гражданского оборота, безусловно, явление для гражданского права пагубное, но не менее, а возможно, более пагубным является отсутствие четких границ свободы договора, что не позволяет говорить вообще о ее наличии.

Таким образом, в настоящем исследовании предпринята попытка комплексного философского и правового анализа категории свободы гражданско-правового договора как основного начала гражданского законодательства, который производится как с точки зрения оценки соотношения исторического, философского и правового смыслов понятий, входящих в данную категорию, так и с позиций собственно оценки правовых норм, в которых реализуется свобода гражданско-правового договора, а также правоприменительной практики по данному вопросу.

Глава 1. Общая правовая характеристика гражданско-правового договора

§ 1. Происхождение и содержание термина «договор»

Для полного изучения проблемы свободы гражданско-правового договора, прежде всего, необходимо исследовать собственно гражданско-правовой договор, с которым неразрывно связана свобода договора. Поскольку законодатель использует данное понятие, наделяя его определенной смысловой нагрузкой, а само слово «договор» произошло намного раньше включения его в закон, необходимо обратиться к историческому смыслу этой правовой категории.

Как писал О. С. Иоффе, «дать научно-правильное определение – значит, раскрыть предмет в его сущности»³. Так что же означает термин «договор»?

Согласно «Толковому словарю русского языка», договор – это соглашение, условие, заключаемое между двумя или несколькими лицами, взаимное обязательство.⁴

Современные словари русского языка содержат несколько иное и, пожалуй, наиболее согласующееся с его правовым пониманием определение «договора», характеризуя его как письменное или устное соглашение, условие о взаимных обязательствах.⁵

Интересными представляются определения, содержащиеся в «Толковом словаре живого великорусского языка» В. Даля. Согласно данному словарю, договор – это взаимное соглашение, условие, обязательство. На деловом языке договором называются предварительные условия или частное обязательство, а совершенное на законном основании – контрактом, условия такого контракта именуются кондициями.⁶

В другом томе словаря, в свою очередь, мы находим значение слова «контракт», что означает – письменное условие, договор в законном порядке. Стороны же, взаимно заключившие условие или сделку, называются контрагентами. Стоит отметить, что слово «контракт» происходит от римского значения договора – «contractus», являвшегося наиболее важным источником обязательств в Риме. Глагол «contrahere» по своему буквальному значению («con» + «trahere») переводится как «стягивать».⁷

Весьма характерно, что контрактом, т. е. договором, заключенным в соответствии с законом, согласно определению, указанному в «Толковом словаре» В. Даля, признается лишь письменное соглашение. Тем самым подчеркивается значимость такого документа и предъявляются повышенные требования к форме его совершения. В других словарях русского языка, в частности упомянутых выше, этот нюанс не встречается.

Необходимо отметить, что в Древней Руси в IX–XIII вв. так называемый земский (княжеский) период договор именовался «совещанием», «сгодой», «смолвой», «сговором». Кроме обыкновенно словесных договоров имелись и символические формы совершения договоров (литки или могарыч – возлияние богам, рукобитье или связывание рук – «obligatio»). В Псковской Судной грамоте договор именуется «смолвою», речь идет не

³ Иоффе О. С. Избр. труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 537.

⁴ Толковый словарь русского языка / Под ред. Д. Н. Ушакова. М., 1935. Т. I. А – Кюрины. С. 788.

⁵ Словарь русского языка / Под ред. А. П. Евгеньевой: В 4 т. 2-е изд., испр. и доп. М., 1981. С. 698; Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М., 1999. С. 171.

⁶ Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М., 1998. Т. I: А – З. 1998. С. 450.

⁷ Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 1999. С. 295.

только о неформальных письменных договорах («досках») и о формальных («записях»), но и об укреплении актов, так, например, заем без записи и без залога позволялся совершать только до 1 рубля. В XVI–XVII вв., с принятием Судебника Иоанна IV (1550 г.) и изданием царского указа 7 июня 1635 г., письменная форма актов, таких, как кабалы, записи и памяти, стала преобладать⁸.

В XVII в. на Руси строгость исполнения закона о письменной форме совершения сделок была такова, что «у кого кабал нет, или утеряются, или подерутца, или иная какая шкода учинитца, в бескабальных делах суда не дастца и верить не велено ничему, хотя б на какое дело двадцать человек свидетелей было все ни во что без крепостей»⁹, что, очевидно, надо понимать как лишение стороны договора права в случае спора ссылаться на свидетельские показания при несоблюдении письменной формы сделки.

Очевидно, что само понятие «договор» очень глубоко по значению. Терминологически оно исходит из действия, точнее сказать общения, разговора между людьми, который возымел определенный результат в виде некой договоренности между ними.

Даже значение данного слова в «Толковом словаре живого великорусского языка» В. Даля дается в рамках значения глагола «договаривать», т. е. говорить до конца.

Еще Аристотель называл человека «общественным животным», так как человек существует в обществе себе подобных и нуждается в таком обществе по причине необходимости не только физического выживания, но и общения.

И. Г. Фихте писал, что «человек предназначен для жизни в обществе; он должен жить в обществе; он не полный законченный человек и противоречит самому себе, если он живет изолированно»¹⁰.

Человеческое общение выражается как минимум в речи, разговорах между людьми, которые состоят не только в информативном обмене, но и направлены на определенный результат, выгодный одной либо обоим сторонам разговора. Собственно, и сам информативный обмен совершается в большинстве случаев в целях поиска оптимальных условий проживания (либо выживания, в зависимости от этапа развития общества).

Таким образом, речь приводит к определенной договоренности между людьми, закрепляющей в той или иной форме их взаимные права и обязанности.

Г. В. Ф. Гегель справедливо отмечал, что «разум делает столь же необходимым, чтобы люди вступали в договорные отношения – дарили, обменивались, торговали и т. д., – как то, чтобы они имели собственность»¹¹.

Иначе говоря, развитие договорных отношений является естественным и неизбежным результатом человеческого общения. Вместе с тем, необходимость в нем обусловлена возникновением собственности, т. е. предмета договора, вокруг которой могут складываться такие отношения. По мере увеличения количества собственности, разнообразия отношений, складывающихся по поводу нее, а также усложнения организации общества, в котором сосуществуют несколько собственников, возникает потребность в более четкой регламентации договорного регулирования, что служит толчком к развитию договорного права.

Собственно, одной из общих договоренностей, согласно распространенной во многом благодаря Ж.-Ж. Руссо теории «общественного договора», считается государство¹², само

⁸ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 566.

⁹ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права. Ростов н/Д, 1995. С. 567.

¹⁰ Фихте И. Г. Несколько лекций о назначении ученого; Назначение человека; Основные черты современной эпохи / Пер. с нем. Минск, 1998. С. 20.

¹¹ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 128.

¹² Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или Принципы политического права / Трактаты. М., 1969; См. также: Новгородцев П. И. Введение в философию права. Кризис современного правосознания. СПб., 2000. С. 28–44; Протасов В. Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства: Вопросы и ответы. М., 1999. С. 210.

являющееся договором между гражданами, согласно которому они отдают часть своих прав в обмен на защиту со стороны государства. В результате этого возникают право, институты принуждения, необходимые для недопущения нарушения кем бы то ни было условий общего договора, понуждения к его исполнению, а также привлечения к ответственности лиц, нарушающих такой договор.

Даже не вдаваясь в проблемы теории государства и права, в плане обоснованности этой теории происхождения государства и права, необходимо отметить, что она все же представляется совершенно логичной с точки зрения методологии исследования происхождения самого понятия «договор», исходя из его этимологии.

По мере развития общества и государства, а также права как важнейшего элемента самого государства возникает необходимость в регламентации правил о различных видах договоров и появляются самостоятельные отрасли права, имеющие собственные правила заключения, изменения и расторжения соответствующих договоров.

Нормы права с данной точки зрения представляют собой также своего рода договоры между гражданами государства, хотя и опосредованные через органы законодательной власти этого же государства. Несмотря на то, что формально-юридическое оформление договора как соглашения между сторонами в этом случае, безусловно, не соблюдается, по своему смыслу и предназначению законы являются отражением воли, т. е. волеизъявлением граждан государства либо какой-то их части. Причем количество граждан, волеизъявление которых нашло свое отражение в законодательном акте, и его соотношение с общей численностью населения государства принципиально не изменяют природу причинности появления самого законодательного акта.

Некоторую родственность законов и договоров отмечали и римские ученые, называя законы царями, а договоры господами, носителями права, отмечая их близость по духу, но отличие по положению.

Так, например, Демосфен говорил, что «договоры являются господами, но при том условии, что они правомерны – *ta ge dikaia, o beltiste*».¹³ Платон же высказывал следующее: «*Na d'an hekon hekonti homologes, phasim hoi poleos basileis – nomoi, dikaia einai*» (В чем добровольно друг с другом договорятся, это является правом, так говорят цари государства – законы).¹⁴

Стоит отметить, что подобные родственные сравнения употребляются и в современной литературе. Ю. А. Тихомиров, например, называл закон отцом договора.¹⁵ Данное сравнение использует также М. И. Брагинский, называя, в свою очередь, матерью договора соглашение, поскольку оно порождает все возможные последствия в договоре, включая применение и нормативных, и квазинормативных регуляторов¹⁶.

Безусловно, одной из важнейших отраслей права, содержащей нормы о договоре в его классическом виде, является гражданское право.

Стороны гражданско-правового договора имеют равное положение, действуют своей волей и в своем интересе, они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора (ст. 1 ГК РФ). Они свободны в заключении гражданско-правового договора, в выборе контрагента по договору, в выборе условий договора, а также его вида (ст. 421 ГК РФ).

Определение гражданско-правового договора современный законодатель дает в ст. 420 ГК, в соответствии с которой договором признается соглашение двух или нескольких лиц об

¹³ Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 296.

¹⁴ Римское частное право: Учебник / Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. С. 296.

¹⁵ Тихомиров Ю. А. Договоры в экономике. М., 1993. С. 13.

¹⁶ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 15.

установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Необходимо отметить, что в ГК 1964 г. определение договора не приводилось, имелось лишь определение обязательства.

В научной литературе гражданско-правовой договор определялся и определяется по-разному. Так, Д. И. Мейер считал, что договор («contractus», «ractus») представляет собой соглашение воли двух или нескольких лиц, которое порождает право на чужое действие, имеющее имущественный интерес.¹⁷

В. И. Синайский, отмечая значение субъективного отношения стороны к заключению договора, определял его как юридический акт свободной и сознательной воли сторон, направленный на возникновение обязательства¹⁸.

Г. Ф. Шершеневич называл договором соглашение двух или более лиц, направленное к установлению, изменению или прекращению юридических отношений.¹⁹

Несложно заметить близость данного определения к формулировке ст. 420 современного ГК, в связи с чем Б. Д. Завидов отмечает, что возвращение сегодняшнего законодателя, в сущности, к формулировке договора из дореволюционного гражданского права России свидетельствует о преемственности в российском праве.²⁰

Е. А. Суханов, наряду с определением договора, сформулированным в законе, предлагает свое толкование данного термина, отмечая, что «договор как средство (инструмент) регулирования взаимоотношений его участников предстает в виде согласованной сторонами и ставшей для них юридически обязательной программы, их совместных действий по достижению определенного экономического (имущественного) результата».²¹

Несколько упрощенно дает определение договора С. Э. Жилинский, называя его универсальной общепринятой формой обмена, применяемой на всех уровнях и ко всем товарам легального рынка²².

Хотя, безусловно, все приведенные доктринальные определения понятия «договор» фактически отражают признаки одного и того же явления, суть которого закреплена в законе.

Следует отметить, что единства в научных определениях договора все же нет. Так, например, А. Д. Корецкий считает договором объективированные вовне, свободно согласованные намерения нескольких лиц совершить (либо воздержаться от совершения) субъективно возможные юридические либо фактические действия в отношении друг друга в целях реализации личных интересов²³.

Признавая оригинальность данной формулировки, согласиться с ней достаточно сложно, поскольку договор как соглашение означает законченность действий (намерений), направленных на его заключение, сами же по себе намерения сторон не порождают гражданско-правовых последствий как не объективированные в правовом акте.

Если обратиться к зарубежному законодательству, станет видно, что гражданское законодательство различных государств также имеет отличающиеся между собой формулировки значения понятия «договор».

Так, в соответствии со ст. 1378 Гражданского кодекса Квебека, вступившего в действие в 1994 г., т. е. почти в одно время с новым ГК России, «договор – это согласование воли,

¹⁷ Мейер Д. И. Русское гражданское право: В 2 ч. М., 1997. С. 156.

¹⁸ Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 309.

¹⁹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 304.

²⁰ Завидов Б. Д. Договорное право России. Б. м, 1998. С. 20.

²¹ Гражданское право: В 2 т. / Отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1999. Т. II. С. 153.

²² Жилинский С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). 3-е изд., изм. и доп. М., 2000. С. 218.

²³ Корецкий А. Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре / Отв. ред. П. П. Баранов. СПб., 2001. С. 35–36.

в соответствии с которым одно или несколько лиц обязываются перед другим лицом или лицами к совершению предоставления».²⁴

Согласно п. 11 ст. 1-201 Единообразного торгового кодекса США «договор – это правовое обязательство в целом, вытекающее из соглашения сторон в соответствии с настоящим Законом и иными подлежащими применению нормами права», в свою очередь, «соглашение – это фактически совершенная сделка сторон, наличие которой вытекает из их заявлений или иных обстоятельств, включая заведенный порядок, торговые обыкновения или порядок их исполнения, как то предусмотрено в настоящем Законе» (п. 3 ст. 1-201)²⁵.

В соответствии с Общими положениями Гражданского права Китайской Народной Республики, принятыми в 1986 г.: «Договор – это соглашение, устанавливающее, изменяющее или прекращающее гражданские отношения между сторонами. Договор, заключенный согласно закону, охраняется законом» (ст. 85).²⁶

Однако незыблемость свободы договора как основополагающего принципа частного права признается всеми гражданскими кодексами в равной мере. Так, например, в ст. 19 (I) швейцарского закона об обязательственном праве говорится, что «содержание договора... в рамках закона может быть произвольно установлено сторонами», а в ст. 1134 ГК Франции дается знаменитая формула, согласно которой «правомерные договоры становятся законом для лиц, их заключающих».

Собственно говоря, одна из основных теорий доктрины, в том числе и европейского частного права, отвечающая на вопрос о причине признания современными правовыми порядками обязательного характера договоров частных лиц и обеспечения их исполнения государством, заключается в том, что поскольку основной задачей правового порядка является создание и обеспечение свободы и самоопределения индивида, каждый должен обладать свободой действий, независимо от влияния государства и других властных структур. Поэтому ему должна быть предоставлена возможность строить свои взаимоотношения с другими индивидами по собственному усмотрению, а не в соответствии с обязательными и заранее установленными предписаниями, а также свобода в осуществлении тех целей, которые он считает правомерными, но при условии, что при этом не будет ущемляться аналогичная свобода других индивидов. Отсюда следует, что государство должно считаться со свободой индивида и предоставлять ему право самостоятельно определять свои условия существования. А это, в свою очередь, означает для индивида не только свободу вероисповедания, свободу слова, право частной собственности, свободу торговли и предпринимательства, но и свободу договоров: вступать ли и с кем в отношения обмена²⁷.

Надо добавить, что Конституционный Суд России подтвердил значимость свободы договора, указав, что она является одним из гарантируемых государством конституционных свобод человека и гражданина²⁸.

Итак, договор предстает перед нами как некая универсальная категория общественной жизни и экономических отношений, являющаяся свободным регулятором, причем договорное регулирование является естественным или, можно сказать, природным саморегулятором общества и экономики. Как живая природа самостоятельно реагирует на изменения климата появлением и исчезновением новых видов живых организмов, так договорное регулирова-

²⁴ Гражданский кодекс Квебека. М., 1999. С. 221.

²⁵ Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. М., 1996. С. 48–49.

²⁶ Гражданское законодательство КНР / Пер. с кит. М., 1997. С. 34.

²⁷ Цвайгерт К., Кёту Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / Пер. с нем. М., 1998. Т. 2. С. 7–8.

²⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.02.1999 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года „О банках и банковской деятельности“ в связи с жалобами граждан О. Ю. Веселяшкиной и Н. П. Лазаренко» // СЗ РФ. 1999. № 10. С. 1254.

ние изменяется в зависимости от потребностей общества и экономики, реагируя на изменения рынка появлением новых видов договоров и исчезновением старых.

Хотя государство и вводит некоторые властные регуляторы в интересах стабильности положения в обществе и экономике, что является, безусловно, обоснованным, так как изменения в этих сферах не должны быть столь резкими и беспощадными, как в природе, представляется, что такое ограничение должно быть очень осторожным и по возможности минимальным, так как оно может тормозить самостоятельное природное изменение путем свободного договорного регулирования. Как при слишком долгом сдерживании растягивающейся пружины, ее последующий удар будет сильнее обычного, так и последствия резкого изменения договорного регулирования могут быть болезненными для общества, как, например, было в России при неоправданно быстром вхождении в рыночную экономику без надлежащей законодательной базы. Иначе говоря, государственное регулирование свободы договора должно быть очень осторожным и трижды обоснованным, чтобы не быть излишним и не нарушать плавность неизбежной постоянной динамики договорного регулирования. Поэтому недопустимо длительное удерживание каких-либо экономических показателей в политических целях властными либо иными псевдоэкономическими средствами, так как это невозможно бесконечно и, в конце концов, приводит к порывистым болезненным изменениям в экономике государства, что мы недавно наблюдали в России на примере «пирамиды» ГКО, возведенной для удерживания курса российского рубля.

Свободный рынок, т. е. рынок, основанный на принципе свободы гражданско-правового договора, в состоянии саморегулироваться. Конечно, неоспорим тот факт, что такое саморегулирование должно происходить на основе законов, установленных государством и определяющих границы свободы договора, поскольку государство должно контролировать свободную стихию договорного регулирования. И в связи с этим, безусловно, нельзя утрировать значение такого саморегулирования, считая его единственным фактором, направляющим развитие рыночной экономики. Как верно отмечает В. С. Якушев, сегодня «необходимость участия государства в управлении экономикой становится общепризнанной».²⁹

Однако, признавая за государством право регулирования развития рыночной экономики, очень легко переступить грань между балансом частного и публичного права в сторону вмешательства государства в частные интересы и начать регулировать частно-правовые отношения императивными нормами публичного права, что в определенной мере наблюдается сегодня, путем расширения сфер применения публично-правовых законов и кодексов, за счет притеснения частного права с использованием на фоне усиления роли государства, нормы, содержащейся в п. 3 ст. 2 ГК РФ³⁰. Остается только надеяться, что реформирование экономики России, прорывом в котором было принятие нового Гражданского кодекса, не повернет назад под давлением вечного российского «маятника» в сторону сплошного публично-правового императивного регулирования.

²⁹ Якушев В. С. Гражданский кодекс Российской Федерации и гражданское законодательство. Цивилистические записки. Межвузовский сб. науч. трудов. М., 2001. С. 27.

³⁰ Вахнин И. Учет соотношения частного и публичного порядка регулирования при определении условий договоров // Хозяйство и право. 1998. № 11.

§ 2. Гражданско-правовой договор – многопонятийная категория

Многие авторы разделяют мнение, что понятие «договор» имеет несколько смыслов, в которых оно употребляется в законодательстве. Как пишет В. В. Витрянский: «В законодательстве и в гражданско-правовой доктрине термин „договор“ употребляется в трех различных смыслах: как основание возникновения правоотношения (договор-сделка); как само правоотношение, возникшее из этого основания (договор-правоотношение); как форма существования правоотношения (договор-документ)».³¹

Уяснение смыслов этой категории, которые могут быть различны в каждом конкретном случае в зависимости от контекста закона, имеет принципиальное значение для последующих исследований иных теоретических вопросов, которые производятся, исходя из уже принятой предпосылки.

Само же по себе существование различных значений термина «договор» обоснованно признается многими юристами.

Так, тройное значение понятия «договор» как юридического факта (сделки), правоотношения и документа отмечают также Е. А. Суханов³², Н. И. Клейн³³, А. Ю. Кабалкин³⁴, Н. Д. Егоров³⁵, А. М. Мартемьянова³⁶ и др.

М. И. Брагинский говорит о различных значениях термина «договор» как об омонимах³⁷.

Даже О. А. Красавчиков, являвшийся противником такого широкого понимания значения термина «договор» и утверждавший, что понимание договора как гражданского правоотношения представляется неоправданным, так как в нем смешивается юридический факт и его правовые последствия, все же соглашался с тем, что сам термин «договор» может иметь несколько смыслов.³⁸

Безусловно, смешение юридического факта и его правовых последствий в теоретическом исследовании недопустимо, но, тем не менее, само по себе обозначение в ряде случаев термином «договор» гражданского правоотношения, возникающего из такого договора, смешением не является. Важно при исследовании тех или иных проблем изначально правильно определить значение этого термина, используемое применительно к каждому конкретному случаю, или как пишет В. В. Витрянский, «четко представлять, о какой ипостаси договора идет речь»³⁹.

В частности, определение контекстного смысла термина «договор» имеет принципиальное значение при исследовании проблемы существенных условий договора как одного

³¹ Витрянский В. В., «Существенные условия договора». «Хозяйство и право» 1998 г, № 7.

³² Гражданское право: В 2 т. Т. II. С. 152.

³³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный). М., 1997. С. 671.

³⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Т. Е. Абова, А. Ю. Кабалкин, В. П. Мозолин. М., 1996. С. 617; Кабалкин А. Понятие и условия договора // Российская юстиция. 1996. № 6. С. 19.

³⁵ Гражданское право. Учебник. Ч. 1. 3-е изд., перераб. и доп. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 1998. С. 495.

³⁶ Гражданское право: Учебник для вузов. Часть первая / Под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгало и В. А. Плетнева. М., 1998. С. 341.

³⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 11.

³⁸ Советское гражданское право: Учебник. В 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. М., 1985. Т. 1. С. 432–433.

³⁹ Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации для предпринимателей. 2-е изд., доп. и перераб. М., 1999. С. 545.

из видов ограничения свободы договора. Собственно об этой проблеме речь пойдет в соответствующем параграфе настоящей работы, на данном же этапе исследования необходимо определиться с той теоретической посылкой, от которой можно будет отталкиваться в дальнейшем.

В. В. Витрянский, например, по этому поводу пишет следующее: «Договор-сделка представляет собой юридический факт, который в принципе не может иметь собственного содержания, включая и какие-либо существенные условия. Договор-документ, то есть определенный текст, состоящий из пунктов, также не может служить источником всех условий договора, поскольку многие из них определяются императивными и диспозитивными нормами, а также обычаями делового оборота (см. п. 4 и 5 ст. 421 ГК). Итак, исследование существенных условий договора предполагает анализ договора-правоотношения, содержание которого отнюдь не исчерпывается пунктами, имеющимися в тексте договора».⁴⁰

М. И. Брагинский также говорит о том, что содержанием обладает только возникшее из договора-сделки договорное правоотношение, при этом, как и в любом другом правоотношении, содержание договора составляют взаимные права и обязанности контрагентов⁴¹.

Тем не менее, с такой точкой зрения согласиться сложно, так как по смыслу ст. 154, 420 ГК договор является, прежде всего, сделкой, которая считается заключенной при соблюдении требований ст. 432 ГК, когда в требуемой в подлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. То есть и о существенных условиях договора, упоминаемых в той же ст. 432 ГК, следует говорить, по нашему мнению, тоже в рамках понимания договора как сделки.

Стоит отметить, что мнение М. И. Брагинского в исследуемом источнике неоднозначно и противоречиво, что является лишним подтверждением спорности данной проблемы. Далее М. И. Брагинский отмечает: «Договорные условия представляют собой способ фиксации взаимных прав и обязанностей. По этой причине, когда говорят о содержании договора в его качестве правоотношения, имеют в виду права и обязанности контрагентов. *В отличие от этого содержание договора-сделки составляют договорные условия* (курсив наш. – К. З.)».⁴²

По мнению Е. А. Суханова, содержание договора как соглашения (сделки) составляет совокупность согласованных сторонами договора условий, в которых закрепляются права и обязанности контрагентов, составляющие содержание договорного обязательства.⁴³ Такое же мнение высказывали в разное время А. Ю. Кабалкин⁴⁴ и О. А. Красавчиков⁴⁵.

Как справедливо утверждал О. С. Иоффе: «Содержание любого явления должно сопутствовать ему на протяжении его существования».⁴⁶

Данное правило он рассматривал на примере процессуального правоотношения, критикуя различные точки зрения на его содержание. Его аргументация в силу своей безупречной логики представляется крайне интересной. Итак, он писал: «Возьмем то же процессуальное правоотношение. Оно возникает с момента предъявления иска и прекращается в момент исполнения судебного решения. Как же быть с содержанием процессуального правоотношения в те периоды его существования, когда никакие связанные с ним процессуальные действия не совершаются? Если бы мы сказали, что и в этом случае речь должна идти

⁴⁰ Витрянский В. В. Существенные условия договора // Хозяйство и право. 1998. № 7.

⁴¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 116.

⁴² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 238.

⁴³ Гражданское право: В 2 т. Т. II. С. 163.

⁴⁴ Кабалкин А. Понятие и условия договора // Российская юстиция. 1996. № 6. С. 21.

⁴⁵ Советское гражданское право. С. 432–433.

⁴⁶ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 668.

о действиях, то тогда следовало бы признать, что правоотношение временно лишено своего содержания. Чтобы выйти из этого положения, иногда указывают, что в таких случаях нужно говорить не о реальных, а лишь о возможных действиях. Но юридическая возможность и необходимость совершения определенных действий – это и есть не что иное, как права и обязанности. Поэтому они, и только они, могут быть признаны юридическим содержанием правоотношения».⁴⁷

Таким образом, если относить к содержанию договора-правоотношения договорные условия, то они должны присутствовать в нем с момента его возникновения и до его прекращения, т. е. как минимум, правоотношение и договорные условия должны появиться одновременно, как явление вместе со своим содержанием. Однако представляется, что это не так.

В. Груздев, также утверждая, что содержание договора-правоотношения составляют лишь права и обязанности его сторон, оппонируя В. В. Витрянскому, справедливо отмечает: «До момента, пока стороны не согласуют определенные условия, договорное отношение просто не существует. В этой связи практическим смыслом должно быть предопределено изучение условий именно договора-сделки, а не правоотношения, которого пока нет».⁴⁸

Иначе говоря, возникает вопрос: чем будут являться договорные условия до возникновения собственно правоотношения, когда речь идет только о договоре-сделке как основании возникновения этого правоотношения?

Как содержание явления не может существовать в отсутствие самого явления, так и условия договора не могут существовать без того явления, содержание которого составляют. В силу сказанного представляется, что, говоря об условиях гражданско-правового договора, следует иметь в виду именно договор в качестве сделки, а не правоотношения.

В связи с изложенным уместно также привести высказывание О. А. Красавчикова, который, рассуждая об условиях договора, отмечал: «В равной мере недопустимо отождествление анализируемых условий с теми правами и обязанностями, которые возникнут на основе договора. Условия – элементы соглашения, образующие в своей системе содержание договора. Система прав и обязанностей сторон – это содержание конкретного гражданского правоотношения. Иначе говоря, в самом договоре нет никаких прав и обязанностей; в нем лишь заключена конкретная волевая модель того правоотношения, которое возникнет в соответствии с законом на основе договора».⁴⁹

Таким образом, можно прийти к следующим выводам.

Смысловая многоликость термина «договор» является его естественным содержанием, так как фактически отражает стадии его заключения и исполнения, выражающиеся первоначально в изготовлении договора-документа, заключении договора-сделки и исполнении договора-правоотношения. Такая терминологическая многозначность, в принципе, не мешает правоприменительной практике, так как в подавляющем большинстве случаев практика касается договора-правоотношения и оценивает права и обязанности сторон, возникшие как собственно из текста договора, так и вытекающие из норм законодательства. Договор же как сделка преимущественно оценивается правоприменителями относительно правил его заключения, изменения или расторжения, в плане порождения им соответствующих прав и обязанностей сторон договора-правоотношения.

Сказанное прямо вытекает из текста Гражданского кодекса, в котором в гл. 28 и 29 договор понимается как гражданско-правовая сделка. Во второй же части ГК, посвященной отдельным видам обязательств, в основном говорится о правоотношении, возникшем из

⁴⁷ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М., 2000. С. 668.

⁴⁸ Груздев В. Состав и существо договорных обязательств сторон // Хозяйство и право. 1999. № 7.

⁴⁹ Советское гражданское право: В 2 т. / Под ред. О. А. Красавчикова. Т. 1. С. 440.

договора-сделки, и определяются права и обязанности сторон, т. е. речь идет о договоре-правоотношении. Так, например, гл. 30 ГК носит название «Купля-продажа», а не «Договор купли-продажи», определение которому дается в первой статье данной главы. То же касается и других глав второй части ГК, содержащих нормы о гражданско-правовых договорах. Договору-сделке отводится инструментальная роль регулятора обязательственных отношений, как юридическому факту, их порождающему.

Иначе говоря, понятие «договор» в равной степени может быть применимо, во-первых, к собственно документу, на котором изложен соответствующий текст, не имеющий содержания в правовом смысле слова, но являющийся подтверждением следующей «ипостаси» данного термина в виде сделки, во-вторых, к самой сделке, имеющей своим содержанием условия договора, в-третьих, данное понятие может и должно быть применимо к правоотношению, содержанием которого являются права и обязанности сторон, вытекающие как из согласованных ими условий, так и из императивных и диспозитивных норм закона.

При этом, очевидно, содержанием договора-сделки могут быть только те условия, которые согласованы сторонами договора при его заключении, как отнесенные законом к числу существенных условий, так и не отнесенные к таковым, а не все правила, содержащиеся в императивных и диспозитивных нормах закона, имеющих отношение к существу договора и регламентирующих права и обязанности сторон, что уже является содержанием правоотношения, вытекающего из договора.

§ 3. Функции гражданско-правового договора

Гражданско-правовой договор, как и любой юридический акт⁵⁰, имеет регулирующее значение для соответствующих субъектов гражданских правоотношений, обладает определенными функциями.

По мнению О. А. Красавчикова, договор обладает такими функциями, как инициативная, программно-координационная, информационная, гарантийная и защитная.⁵¹

Инициативная функция, по его мнению, заключается в том, что договор является актом проявления инициативы и реализации диспозитивности участников договора. Программно-координационная функция договора, в свою очередь, состоит в том, что посредством договора устанавливается определенная программа поведения его сторон путем взаимоувязки (координации) интересов, целей деятельности, ее видов и форм во взаимоотношениях лиц, организационно и имущественно обособленных, не находящихся в отношениях власти и подчинения, каковыми являются субъекты гражданского права. Информационная функция, пишет О. А. Красавчиков, заключается в точной фиксации воли сторон, достигших соглашения по поводу условий договора. И наконец, гарантийную функцию он определяет как возможность применения системы обеспечительных средств в целях стимулирования надлежащего исполнения договора (залога, задатка и т. д.), а защитную – как точное и неуклонное соблюдение сторонами всех условий договора, имеющее такие формы реализации, как принудительное исполнение, использование мер ответственности и т. д.⁵²

Приведенные строки были написаны еще до принятия нового Гражданского кодекса и развития в России рыночной экономики. Поэтому поскольку во времена плановой экономики договору как фактору, направляющему ее развитие, отводилась минимальная роль, постольку и регулирующая функция договора выделялась лишь в числе множества прочих как не самая значимая. На сегодняшний же день, в связи с кардинальными изменениями в управлении экономикой государства и принятием нового ГК, главной и определяющей является именно регулирующая функция гражданско-правового договора как основного способа саморегулирования экономических отношений их участниками.

Еще в римском праве, содержащем значительное количество норм о силе договоров, отмечалось их значение для регулирования существующих в то время торговых отношений. Одна из таких норм гласила: «Nosa an tis hekon heteros hetero homologue kyria einai» (О чем друг с другом добровольно договорятся, то и господствует).⁵³

М. И. Брагинский справедливо отмечает, что регулирующая роль договора сближает его с законом и нормативными актами, поскольку условия договора отличаются от правовой нормы, главным образом, двумя принципиальными особенностями, первая из которых связана с происхождением правил поведения: договор выражает волю сторон, а правовой акт – волю издавшего его органа; вторая же различает пределы действия правил поведения: в договоре они действуют только для его сторон – для тех, кто не является сторонами, он может создать права, но не обязанности; в то же время правовой или иной нормативный акт

⁵⁰ В. Н. Протасов, например, различает нормативный договор, т. е. договор как источник права, представляющий собой соглашение субъектов права, содержащее новые юридические правила, и правовой договор как индивидуальный юридический акт, устанавливающий конкретные юридические права и обязанности конкретных субъектов. – Протасов В. Н. Указ. соч. 1999. С. 7.

⁵¹ Советское гражданское право: В 2 т. С. 435–438.

⁵² Советское гражданское право. С. 435–438.

⁵³ Римское частное право. С. 296.

порождает, в принципе, общее для всех и каждого правило (любое ограничение круга лиц, на которых распространяется правовой акт, им же определяется)⁵⁴.

Е. А. Суханов отмечает регулирующую функцию договора как сделки, определяющей характер и содержание возникшего на ее основе обязательства, и как обязательства, определяющего конкретные действия сторон по его исполнению, которая, по его мнению, проявляется в том, что условия договора определяют не только конечный результат (цель) и содержание согласованных действий сторон по его исполнению, но во многих случаях и порядок их совершения⁵⁵.

В. Ф. Яковлев, выделяя такие две функции гражданско-правового договора, как функция юридического факта и регулятивная функция, также говорит о большей значимости регулятивной функции договора, поскольку законы обычно устанавливают лишь общие правила, заключенные в содержании договора, а конкретное регулирование в рамках закона осуществляется посредством договора⁵⁶.

Близость договора и закона (а также иных нормативных правовых актов) уже отмечалась ранее, и, учитывая их непринципиальные, на наш взгляд, отличия, можно утверждать, что гражданско-правовой договор отличается лишь тем, что относится к другому уровню регулирования гражданских отношений (по количеству субъектов, способу выражения их воли в правовом акте и т. д.), но, безусловно, выполняет основную роль в регулировании экономических отношений в обществе, которую нельзя подменить никаким количеством законов и нормативных актов, что подтвердило неудачное развитие плановой экономики.

Гражданско-правовой договор представляет собой уникальный правовой инструмент, являющийся основным фактором, направляющим развитие рыночной экономики, позволяющим выявить действительную волю участников экономических отношений, определить потребности общества в тех или иных товарах или услугах и обеспечить их оптимальное удовлетворение.

Поэтому важнейшей и, с нашей точки зрения, единственной функцией гражданско-правового договора, образно выражаясь, достойной выделения и наиболее значимой для общества и экономики, является именно его регулирующая функция, все же остальные функции договора производны от нее и зависимы.

Недаром еще у Цицерона сказано: «Fundamentum iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et Veritas» (Основа права это верность, т. е. твердое и правдивое соблюдение слова и договора).⁵⁷

Оценка гражданско-правового договора была бы неполной без его сравнения с другими видами договоров в российской системе права с точки зрения свободы договора. В связи с этим необходимо раскрыть соотношение гражданско-правового договора с договорами других отраслей права, в частности с такими категориями, как трудовой договор, административный договор и договор брачного союза (брак).

Из перечисленных видов договорных конструкций наиболее устоявшейся является, очевидно, трудовой договор, прямо поименованный как таковой в законе и регулируемый трудовым законодательством. Административный же договор хотя и не определен в законе, но его существование признается многими авторами. В свою очередь, договор брачного союза (брак) также не поименован в законе, но, представляется, может быть оценен именно как вид договора, исходя из совокупности норм законодательства, регулирующих его заключение, касающихся, в том числе, его свободы.

⁵⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 9.

⁵⁵ Гражданское право. С. 153.

⁵⁶ Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М. С. 81.

⁵⁷ Римское частное право. С. 296.

Данные виды договоров отличаются от гражданско-правового договора правилами регулирования, установленными законодательством, однако для ответа на вопрос о принципиальности таких отличий, позволяющих выделять эти договоры в самостоятельные виды, и вообще возможности их существования (что касается административного договора) необходимо произвести их исследование в соотношении с собственно гражданско-правовым договором с точки зрения свободы таких договоров.

§ 4. Соотношение гражданско-правового договора с трудовым договором

К гражданско-правовому договору наиболее близок трудовой договор, который является возмездным как большинство гражданско-правовых договоров, т. е. предусматривает встречное имущественное предоставление в виде денежных средств – с одной стороны, и работы как объекта гражданских прав, согласно ст. 128 ГК, – с другой, а также характеризуется определенной свободой, гарантированной как международным так и российским законодательством.

Общие гарантии свободы трудового договора, касающиеся в основном работников, закреплены в международном праве, в частности в Декларации МОТ «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизме ее реализации» от 18.06.98 г., и принятых Генеральной Ассамблеей ООН Всеобщей декларации прав человека от 10.12.48 г., Международных пактах «О гражданских и политических правах» от 16.12.66 г. и «Об экономических, социальных и культурных правах» от 18.09.73 г.

Основными нормативными правовыми актами законодательства Российской Федерации, содержащими такие гарантии, оценку норм которых необходимо сделать в рамках нашего исследования, являются, безусловно, Конституция Российской Федерации, а также новый Трудовой кодекс Российской Федерации.

Конституция Российской Федерации в ст. 37 гарантирует свободу труда, что прежде всего понимается как свобода гражданина в заключении трудового договора. С другой стороны, существует и определенная свобода в заключении трудового договора со стороны работодателя. В частности, ст. 64 ТК хотя и запрещает необоснованный отказ в приеме на работу и дискриминационные требования работодателя при заключении трудового договора, но допускает существование исключений из этого правила, предусмотренных федеральным законом. Кроме того, в соответствии с ч. 3 ст. 3 ТК не является дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничений прав работников, которое определяется свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлено особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защиты⁵⁸.

Также работодатель вправе заключить трудовой договор с условием об испытании работника (ст. 70–71 ТК), при неудовлетворительном результате которого работодатель имеет право расторгнуть трудовой договор без каких-либо оснований, указанных в ст. 81 ТК.

Несмотря на очевидную близость трудового договора к гражданско-правовому как с точки зрения свободы, так и предмета, тождественность этих договоров, попытка обоснования которой будет предпринята ниже, оспаривается многими учеными. И сегодня, когда уже принят и вступил в силу новый Трудовой кодекс, к сожалению, так и не разрешивший вопроса соотношения этих договоров, данная проблема остается не менее острой, чем была до его принятия.

Среди сторонников регулирования трудовых отношений в рамках гражданского права можно назвать Л. В. Санникову, которая пишет о грядущем преобразовании трудового договора в гражданско-правовой договор найма труда.

Она критикует доводы противников объединения трудового и гражданского права в связи с традиционным пониманием в науке трудового права свободы сторон в установлении условий договора как произвола экономически сильной стороны, работодателя, так как, с ее

⁵⁸ Аналогичная норма в ст. 16 прежнего КЗоТ РСФСР касалась различий, исключений, предпочтений и ограничений при приеме на работу.

точки зрения, такое отождествление свободы договора и свободы эксплуатации некорректно, поскольку принцип свободы договора является основным условием существования рынка труда – свободы в реализации человеком своих способностей к труду. По мнению Л. В. Санниковой, свобода в волеизъявлении сторон относительно условий договора, ограничиваемая рамками закона (ст. 422 ГК РФ), обусловит регулятивное воздействие договора найма труда на отношения найма труда, и лишь при этом условии договорная форма применения труда перестанет быть фикцией, как в трудовом праве, а приобретет значение регулятора индивидуальных отношений найма труда, наряду с нормами права⁵⁹.

В. Ф. Яковлев хотя и относит трудовое право к частному праву, но говорит о его самостоятельности, так как, по его мнению, трудовое право отличают от гражданского подчиненность и экономическое неравенство сторон⁶⁰.

Несколько иначе мотивирует вывод о самостоятельности трудового права и трудового договора И. К. Дмитриева, утверждая, что в трудовом правоотношении существует неразрывная связь публично-правовых и частно-правовых начал, в связи с чем его невозможно отнести ни к публичному, ни к частному праву. По ее мнению, институт трудового договора как правовая форма согласования воли его участников на основе свободы труда свидетельствует о проявлении частно-правовых элементов в регулировании трудовых отношений, наличие же публично-правового элемента заключается в нормативном управлении определенным уровнем трудовых прав и гарантий для работника, ухудшение которых в трудовом договоре влечет недействительность тех его условий, которые ухудшают положение работника по сравнению с законодательством.⁶¹

Между тем, основные возражения против отнесения трудового договора к разряду гражданско-правовых со времен советского трудового права до сих пор сводились к трем группам.

Первые две группы возражений близки по характеру и связаны с тем, что, во-первых, предметом и основным содержанием трудовых отношений выступает сам процесс труда, так сказать, «живой труд», в то время как объектом имущественных отношений, например, по договору подряда выступает овеществленный труд, его результат, а во-вторых, по трудовому соглашению трудящийся обязуется выполнять работу определенного рода (по специальности, должности), в то время как в гражданско-правовых отношениях труд связан с выполнением индивидуально-конкретного задания.⁶² Однако подобные возражения правомерны только в отношении разграничения трудового договора и гражданско-правового договора подряда, но поскольку предметом нового гражданско-правового договора, именуемого договором возмездного оказания услуг, являются именно определенные действия или деятельность исполнителя, представляется, что актуальность упомянутых отличий уже утрачена, так как договор возмездного оказания услуг может не содержать пунктов о передаче результатов труда и признаках индивидуальной определенности выполняемого по договору задания.

В качестве третьей группы возражений выдвигается утверждение о том, что трудовые отношения предполагают включение трудящегося в личный состав трудового коллектива предприятия (учреждения, организации), где он обязан выполнять установленную меру труда, соблюдать режим рабочего времени, подчиняясь имеющимся правилам внутреннего трудового распорядка, в противовес тому, что выполнение трудовых заданий по граждан-

⁵⁹ Санникова Л. В. Договор найма труда в России. М., 1999. С. 86–87.

⁶⁰ Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М., С. 144, 173.

⁶¹ Проблемы, концепции и разработки нового Трудового кодекса РФ (Материалы конференции) // Государство и право. 2000. № 10. С. 59.

⁶² Советское трудовое право: Учеб. пособие для профсоюзных вузов / Под общ. ред. О. В. Смирнова. М., 1991. С. 30; Трудовое право. С. 21. См. также: Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры. М., 1999. С. 13–14.

ско-правовым договорам всех этих атрибутов не предусматривает, т. е. гражданин выполняет трудовое задание по своему усмотрению и за свой риск⁶³.

Данное отличие отмечал еще Г. Ф. Шершеневич, говоря о договорах подряда и личного найма. В частности, он писал: «Рабочий предоставляет свой труд в распоряжение нанимателя и направляет его согласно указаниям последнего. Подрядчик же самостоятельно вырабатывает план достижения цели, которая ему указывается контрагентом... Подрядчик привлекает необходимую рабочую силу, становится посредником между рабочими и своим контрагентом. С рабочими он заключает договор личного найма и, пользуясь их трудом, направляет его по своему усмотрению».⁶⁴

Продолжая свои рассуждения, он писал: «Подрядчик обязывается не только сделать нечто, создать вещь, но и передать контрагенту какие-либо принадлежащие ему вещи, хотя бы их пришлось еще приобрести. Передаются такие вещи, которые имеют своим назначением служить созданию новой вещи. Подрядчик доставляет материал, приобретает необходимые орудия, платит и кормит рабочих, одним словом, выполняет работу на свой счет, или, как выражается наш закон, на свое иждивение. Этим признаком подряд приближается к поставке и отдаляется от личного найма».⁶⁵

Однако многие из указанных отличий сегодня уже нельзя признать обоснованными, и не только в связи с выделением гражданско-правового договора возмездного оказания услуг, но и по причине утраты некоторыми из них универсализма при существующем разнообразии условий трудовых контрактов и гражданско-правовых договоров, определяемых в рамках предоставленной сторонам свободы договора.

Так, в соответствии со ст. 973 ГК РФ поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя, которые должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными. Согласно ст. 748 ГК РФ заказчик по договору строительного подряда вправе осуществлять контроль и надзор за ходом и качеством выполнения работ, соблюдением сроков их выполнения, правильностью использования подрядчиком материалов заказчика. Аналогичная норма содержится и в ст. 715 ГК, т. е. в рамках гражданско-правового договора может быть регламентирована не только сдача-приемка результата работ, но и сам процесс выполнения этих работ по договору.

С другой стороны, возможно заключение трудового договора на время выполнения временных, сезонных работ, а также на время выполнения заведомо определенной работы (ст. 59 ТК); кроме того, допустима сдельная оплата труда по трудовому договору (ст. 150 ТК) как вознаграждение, причитающееся работнику за изготовление им единицы продукции или выполненную операцию надлежащего качества. А в соответствии со ст. 156 ТК полный брак, допущенный по вине работника, вообще не подлежит оплате. Таким образом, риск изготовления бракованной продукции лежит уже на исполнителе (работнике), как собственно и в договоре подряда⁶⁶.

Также, очевидно, уже нельзя выделять и такое отличие от трудового договора, как выполнение подрядчиком работы «на свой счет», так как установленная в ст. 704 ГК норма о выполнении работы по договору подряда иждивением подрядчика является диспозитивной, и, следовательно, договором подряда может быть предусмотрено предоставление заказчиком материалов и средств, необходимых для выполнения работ (ст. 713 ГК). Нет никаких препятствий против включения в договор подряда и условий об обеспечении заказчиком надлежащих условий труда, например в рамках содействия заказчика по ст. 718 ГК.

⁶³ Советское трудовое право. С. 30; Трудовое право. С. 21.

⁶⁴ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 372.

⁶⁵ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 372.

⁶⁶ Подобные нормы действовали и ранее: ст. 17, 105 и 93 КЗоТ РСФСР.

Конечно, регламентация форм и способов контроля работодателя за трудом работника в трудовом законодательстве более подробна и многообразна, чем в гражданском, но такое количественное превосходство при отсутствии качественной разницы в возможности их существования не свидетельствует, по нашему мнению, о принципиальности различий рассматриваемых двух видов договоров.

Примечательно, что, например, ст. 1068 ГК РФ, устанавливающая обязанность юридического лица либо гражданина возместить вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей, к числу таких работников относит граждан, выполнявших работу по гражданско-правовому договору, если при этом они действовали или должны были действовать по заданию соответствующего юридического лица или гражданина и под его контролем за безопасным ведением работ, т. е. фактически не различает трудовой и гражданско-правовой договоры.

Таким образом, мы подошли к тому, что, исходя из норм действующего законодательства, осталось лишь одно условие, относительно разделяющее трудовой договор от гражданско-правового. М. И. Брагинский по этому поводу отмечает, что остается «несомненно присущий трудовому договору признак, смысл которого усматривают в „подчиненности“, „зависимости“, „несамостоятельности“ исполнителя (работника)».⁶⁷

Однако настолько ли данное отличие является безусловным? Имеет ли подчинение работника при выполнении работы по трудовому договору правилам внутреннего трудового распорядка принципиальное значение для анализируемого разграничения договоров? Представляется, что это не так.

Согласно ст. 56 ТК РФ трудовой договор – соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные настоящим Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать действующие в организации правила внутреннего трудового распорядка. Кроме этой, достаточно, по нашему мнению, громоздкой формулировки, ТК регулирует основные права и обязанности работников и работодателей в ст. 21 и 22, а также устанавливает содержание трудового договора в ст. 57 в виде его существенных условий.

Если подойти к этой формулировке с позиции ст. 432 ГК РФ, то подчинение работника внутреннему трудовому распорядку будет ни чем иным как его существенным условием. Работник принимает на себя обязательство выполнять работу определенное время, в определенном месте и даже, можно сказать, в определенном состоянии в рамках своей свободы договора. Он по своему усмотрению осуществляет принадлежащие ему гражданские права, причем это осуществление не приводит к какому-либо их умалению, так как работник получает определенное встречное предоставление в виде гарантий соблюдения работодателем своих обязанностей (например, в виде обязанности обеспечить безопасность труда и условия, отвечающие требованиям охраны и гигиены труда (ст. 22 ТК РФ)).

«Подчиненность» работника не исключает возможности считать отношения между работником и работодателем гражданско-правовыми. В конце концов, исполнитель любого гражданско-правового договора, предметом которого являются его деятельность или услуги, также связан условиями договора и своими обязанностями по этому договору. В этом смысле

⁶⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 237. См. также: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 223.

он тоже «подчинен» и «зависим». Работник по трудовому договору не лишен свободы договора, гарантированной ему Конституцией РФ и трудовым законодательством. Он имеет право на расторжение договора в любой момент, без мотивировки причин такого расторжения и не обязан компенсировать убытки противоположной стороне, как это установлено в ГК.

Таким образом, по нашему мнению, говорить о какой-либо «подчиненности», «зависимости», «несамостоятельности» работника, которая являлась бы настолько явной, что однозначно отграничивала бы трудовой договор от гражданско-правового, на сегодняшний день не приходится.

Суть формулировки ст. 56 ТК заключается в том, что работник обязан работать, подчиняясь правилам трудового распорядка, а работодатель обязан платить зарплату и обеспечивать условия труда.

От этого определения можно провести параллель с гражданско-правовым договором подряда, согласно которому одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику, а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его. Однако конструкция договора подряда отяжелена обязательной сдачей-приемкой результатов работы, которой не предусматривает (в качестве обязательного элемента исполнения) трудовой договор.

Поэтому более близка к трудовому договору формулировка гражданско-правового договора возмездного оказания услуг, которая, как уже отмечалось, фактически не сильно отличается от формулировки ст. 56 ТК, а скорее является ее сокращенным вариантом.

Весьма характерно, что Д. И. Мейер определял договор личного найма, т. е. прообраз трудового договора, как «договор, по которому одно лицо обязывается оказывать другому за известное вознаграждение, в течение известного времени какие-либо определенные материальные или нематериальные услуги»⁶⁸. Сходство этого определения с современным определением договора возмездного оказания услуг, как говорится, налицо.

Примечательно, что работа как объект гражданских прав, определение которой можно найти, например, в приказе Государственного комитета РФ по антимонопольной политике и поддержке новых экономических структур № 160 от 20.05.1998 г., изданном в разъяснение положений Федерального закона «О защите прав потребителей», понимается как деятельность исполнителя, материальные результаты которой передаются гражданам-потребителям для удовлетворения их личных бытовых нужд, т. е. как раз предусматривается наличие материального результата. Напротив же, услуга согласно этому нормативному акту представляет собой совершение за плату определенных действий или осуществление определенной деятельности по заданию гражданина для удовлетворения личных (бытовых) нужд и не предусматривает результата деятельности исполнителя услуги в качестве своего элемента. Подобное «деятельностное» определение понятия «услуга» мы находим также в Федеральных законах «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» № 157-ФЗ от 13.10.1995 г. (статья 2), «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг» № 117-ФЗ от 23.06.1999 г. (статья 3).

Исходя из этой терминологии, более корректным к предмету трудового договора, как в большинстве своем не предусматривающему в качестве элемента передачу овеществленного результата, будет применение термина «услуга», а не традиционно употребляемого и привычного термина «работа».

В соответствии со ст. 779 ГК по договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги. Иначе

⁶⁸ Мейер Д. И. Указ. соч. С. 283.

говоря, как пишет В. А. Кабатов, «общий признак, свойственный различного рода услугам, перечисленным в п. 2 ст. 779, заключается в том, что их предметом являются, как правило, соответствующие действия, а не их овеществленный результат»⁶⁹.

Очевидно, что виды деятельности, которые могут быть предметом договора возмездного оказания услуг, не ограничиваются законом, кроме запрета применения норм данной главы ГК к договорам, регулируемым самим же ГК, а именно нормами, содержащимися в других главах (п. 2 ст. 779 ГК). Поэтому нет формального отличия между определенной деятельностью и работой по определенной трудовой функции, и, следовательно, нет запрета тождественности предметов трудового договора и гражданско-правового договора возмездного оказания услуг.

Различие между этими договорами может быть проведено только по их субъектному составу, поскольку исполнителем по трудовому договору может быть только физическое лицо, которое в соответствии со ст. 20 ТК РФ является работником, а заказчиком, соответственно, исходя из той же статьи – физическое или юридическое лицо (организация).

Таким образом, характерным отличием трудового договора остается только наличие физического лица, выступающего исполнителем деятельности, являющейся предметом договора. Причем в том случае, если исполнителем деятельности является гражданин, а заказчиком – юридическое или физическое лицо, отношения сторон может регулировать как трудовой договор, так и гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг. Во всех остальных случаях расстановки субъектного состава трудовой договор заключен быть не может.

Данная ситуация представляется совершенно нормальной, поскольку трудовой договор, регулируемый трудовым законодательством, в большей степени гарантирует защиту экономически более слабой стороны по договору, которой является гражданин.

При этом большее количество норм, регламентирующих своеобразное контролирующее «давление» работодателя над работником, в трудовом законодательстве компенсируется большими по сравнению с гражданским законодательством гарантиями для работников, касающимися свободы заключения трудового договора, изменения его условий, а также расторжения.

По сути трудовой договор для работодателя представляет собой как бы гражданско-правовой договор «внутри себя», преследующий в конечном счете те же результаты, осуществляемый такими же исполнителями, но являющийся актом самоорганизации продуктивной деятельности юридического лица (индивидуального предпринимателя) и в связи с этим требующий несколько большего самоконтроля, т. е. контроля за конкретными исполнителями, компенсируемого большими гарантиями и защитой.

Необходимость такой «компенсаторной» защиты признается и современным Гражданским кодексом, который хотя и провозглашает равенство участников гражданско-правовых отношений (ст. 1 ГК), но содержит ряд норм, позволяющих экономически более слабой стороне в гражданско-правовом договоре пользоваться определенными преимуществами.

Очевидно, что первой такой нормой в Гражданском кодексе является статья 10, устанавливающая пределы осуществления гражданских прав, запрещающая злоупотребление правом, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке. Хотя, конечно, защиту гражданина как слабой стороны в гражданско-правовом договоре более четко регламентирует ст. 426 ГК «Публичный договор», которая устанавливает вполне конкретные ограничения в осуществлении прав коммерческой организацией, оказывающей услуги или

⁶⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. М., 1996. С. 393.

выполняющей работы по публичному договору. Более подробно об этих нормах речь пойдет в следующей главе настоящей работы.

Кроме того, в соответствии со ст. 9 Федерального закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации» № 15-ФЗ от 26.01.96 г. «в случаях, когда одной из сторон в обязательстве является гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) для личных бытовых нужд, такой гражданин пользуется правами стороны в обязательстве в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации, а также правами, предоставленными потребителю Законом Российской Федерации „О защите прав потребителей“ и изданными в соответствии с ним иными правовыми актами».

Данные нормы включены законодателем в «Экономическую Конституцию», как емко называют Гражданский кодекс России⁷⁰, а также в упомянутый закон, в рамках развивающейся в России правовой традиции, направленной на защиту прав потребителей, являющихся самыми слабыми участниками гражданско-правовых отношений, которая изменила пренебрежительно-пользовательское отношение к гражданину со стороны государства в лице государственных органов и организаций и гипертрофированный приоритет публичных интересов над частными.

Как справедливо отмечает В. В. Витрянский: «Задача гражданского права состоит в „выравнивании“ участников имущественного оборота путем установления для слабой стороны обязательства изначально иных, особых условий участия в договорных отношениях: льготного порядка заключения, изменения и расторжения договора, предоставления слабой стороне в обязательстве дополнительных прав и возложения на ее контрагента дополнительных обязанностей, ужесточения ответственности сильной стороны в обязательстве за его неисполнение либо ненадлежащее исполнение и, наоборот, ограничение ответственности слабой стороны и т. п.». ⁷¹

И хотя подобное «неравенство» работника и работодателя в трудовом договоре некоторыми учеными, в частности С. П. Мавриным, представляется как доказательство невозможности включения трудового права в гражданское, для которого характерно равенство участников правоотношений⁷², представляется, что эти доводы основаны лишь на поверхностной оценке гражданского права и что трудовой договор отличается от гражданско-правового договора, так же, как и публичный договор бытового подряда отличается от гражданско-правового договора подряда вообще. Мы имеем соотношение части и целого.

Так же, как любой гражданско-правовой договор, стороной в котором является гражданин, заключивший этот договор для личных бытовых нужд, становится публичным договором и регулируется в том числе (кроме норм о соответствующем виде договоров) ст. 426 ГК, устанавливающей особые правила, защищающие слабую сторону, а также законодательством о защите прав потребителей, трудовой договор, характеризующийся специфическим субъектным составом, лишь в большей степени, чем гражданско-правовой договор, гарантирует защиту слабой стороны.

Конечно, публичным трудовой договор являться не может, так как не отвечает соответствующим признакам, установленным в ст. 426 ГК (работу выполняет гражданин, а иму-

⁷⁰ Алексеев С. С. Гражданский кодекс. Заметки из истории подготовки проекта. Замечания о содержании Кодекса, его значении и судьбе. Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика. Сборник памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский; Исследовательский центр частного права. М., 1998. С. 26; Якушев В. С. Гражданский кодекс Российской Федерации и гражданское законодательство. Цивилистические записки // Межвузовский сборник научных трудов. М., 2001. С. 22.

⁷¹ Витрянский В. В., Брагинский М. И. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 642.

⁷² Проблемы, концепции и разработки нового Трудового кодекса РФ (Материалы конференции). Государство и право. 2000. № 10. С. 59.

щественное предоставление происходит, как правило, со стороны организации), что впрочем, не лишает нас возможности считать его самостоятельным видом гражданско-правового договора. Хотя данные выводы будут правомерными только после окончательного объединения гражданского и трудового права. Причем, как пишет М. И. Брагинский: «Следует особо отметить, что сближение трудового права с гражданским и даже поглощение первого вторым предполагает безусловное сохранение и развитие предусмотренных национальным и международными актами гарантий работникам»⁷³.

Характерно, что ТК РФ, регулируя отношения, касающиеся заключения и содержания трудового договора, оперирует гражданско-правовыми категориями. Часть 2 ст. 57 ТК РФ содержит перечень «существенных условий трудового договора». В соответствии со ст. 67 ТК трудовой договор должен быть заключен в письменной форме и в двух экземплярах.

Хотя, безусловно, правило, подобное содержащемуся в ст. 432 ГК РФ, о том, что договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащем случае форме, достигнуто соглашение по всем его существенным условиям, к трудовому договору вряд ли применимо, поскольку трудовой договор, даже не оформленный надлежащим образом, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя (ст. 67 ТК). Последнее обусловлено особыми гарантиями, предоставляемыми законодателем работнику как стороне договора, нуждающейся в особой защите.

К сожалению, учеными, представителями трудового права, возможное объединение или, как говорят, «реинтеграция» трудового права в гражданское воспринимается как разрушение трудового права, попытка которого предпринимается цивилистами⁷⁴. С уважением относясь к «отраслевому» патриотизму ученых-трудовиков, все же нельзя согласиться с тем, что официальное признание очевидного может отрицательно сказаться на правовом положении участников отношений, регулируемых трудовым правом, поскольку сами по себе гарантии, предоставляемые трудовым законодательством, не могут быть каким-либо образом умалены, как являющиеся специальными нормами по отношению к общим нормам гражданского права.

Вместе с тем характерно, что, например, С. П. Маврин, мнение которого уже приводилось выше, в рассуждениях о концепции нового Трудового кодекса РФ предлагал введение плюрализма моделей правового регулирования индивидуальных трудовых отношений. В частности, он писал, что трудовые отношения в малом и среднем бизнесе должны быть похожи на взаимоотношения домашнего работника с главой домашнего хозяйства, что, по его же мнению, приведет к ограничению прав достаточно большого количества работников, трудящихся в негосударственном секторе экономики. В связи с чем норму, содержащуюся в п. 3 ст. 55 Конституции РФ, о том, что права и свободы человека могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, он называет «законодательной ловушкой» на этом пути, требующей изменения⁷⁵.

К нашему сожалению, судя по всему, именно эта точка зрения нашла свое отражение в новом ТК. Как уже отмечалось, он различает две категории работодателей: юридические и физические лица. Причем наличие у физического лица статуса работодателя никак не увязывается с его регистрацией в качестве индивидуального предпринимателя без образования юридического лица, что, очевидно, означает отнесение кодексом индивидуальных предпри-

⁷³ Брагинский М. И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное». Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 78.

⁷⁴ Проблемы, концепции и разработки нового Трудового кодекса РФ (Материалы конференции). С. 67.

⁷⁵ Проблемы, концепции и разработки нового Трудового кодекса РФ (Материалы конференции). С. 61.

нимателей к работодателям – физическим лицам без каких-либо исключений. И в гл. 48 ТК мы находим специальные нормы, упрощенно по сравнению к остальным нормам ТК регулирующие особенности труда работников, работающих у работодателей – физических лиц. Так, например, в соответствии со ст. 307 ТК трудовой договор, заключенный между работником и работодателем – физическим лицом, может предполагать другие основания своего расторжения, кроме предусмотренных ТК РФ. Также этим договором, а не нормами ТК, определяются сроки предупреждения об увольнении, случаи и размеры выплачиваемого при прекращении трудового договора выходного пособия и других компенсационных выплат. Кроме того, в соответствии со ст. 309 ТК работодатель – физическое лицо не имеет права производить записи в трудовых книжках работников, а также оформлять трудовые книжки работникам, принимаемым на работу впервые.

Из текста приведенных норм можно сделать вывод практически о полной свободе сторон подобного трудового договора.

Причем представляется, что правило ч. 2 ст. 9 ТК РФ о неприменении условий трудового договора, снижающих уровень прав и гарантий работников, установленных трудовым законодательством, не служит защитой в данном случае, так как ст. 307, 309 ТК не устанавливают наличие каких-либо ограничений свободы договора сторон, в отличие, например, от ст. 305 ТК РФ, предусматривающей, что продолжительность рабочей недели, определяемой также по соглашению между работником и работодателем – физическим лицом, не может быть больше, а продолжительность ежегодного оплачиваемого отпуска меньше, чем установлено Трудовым кодексом.

Иначе говоря, трудовой договор с работодателем – физическим лицом, индивидуальным предпринимателем может предусматривать любые основания своего прекращения, вплоть до плохого настроения работодателя, поскольку перечень таких оснований ничем не ограничен. В условиях же развития малого предпринимательства, когда в целях облегчения налогового бремени даже огромные супермаркеты оформляются на индивидуальных предпринимателей без образования юридического лица, при наличии большого количества наемных работников, руководствуясь нормами нового ТК, под идеями «плюрализма» моделей правового регулирования, мы подошли к ничем не ограниченному произволу со стороны работодателей – физических лиц в определении условий трудовых договоров. Надо ли говорить, что на практике работники не будут иметь возможности устанавливать выгодные для себя условия трудовых договоров, заключаемых с работодателями – физическими лицами, диктующими «свои» условия.

И в данном случае именно применение норм гражданского законодательства к трудовым отношениям позволило бы ограничить подобную свободу договора через применение к трудовому договору таких норм, как правила о недействительности сделок и правила заключения и изменения договора присоединения.

Так, например, трудовой договор, заключенный на заведомо невыгодных для работника условиях, навязанных работодателем, на которые работник вынужден был пойти вследствие тяжелого материального положения, каких-либо семейных обстоятельств либо заблуждения, мог бы быть признан судом недействительным на основании статей 178 и 179 ГК РФ. Применение же правил статьи 428 ГК позволило бы изменять трудовые договоры, содержащие условия, хотя и не противоречащие закону, но явно обременяющие работника необоснованными обязанностями или лишаящие его столь же обоснованных прав, либо иные завуалированные дискриминационные условия.

Однако, по общему правилу, нормы действующего Трудового кодекса, а также иных законов и правовых актов, содержащих нормы трудового права, не распространяются на лиц, работающих по договорам гражданско-правового характера (ч. 6 ст. 11 ТК). И хотя в соответствии ч. 3 ст. 11 ТК «в тех случаях, когда в судебном порядке установлено, что догово-

ром гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства», представляется, что на практике доказать подобное в суде работнику будет крайне сложно.

Несмотря на то, что при буквальном соотнесении, трудовым договором можно считать и гражданско-правовой договор подряда, и гражданско-правовой договор возмездного оказания услуг, любой фактический работодатель, разумеется, будет настаивать на том, что между ним и работником существуют сугубо гражданско-правовые отношения, опровергнуть же это при столь неясной грани между трудовым и гражданско-правовым договорами будет нелегко. Поэтому вряд ли указанная норма будет служить гарантией соблюдения прав работников.

То же касается и правил о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина. Несмотря на характерное наличие общих норм, затрагивающих возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина при исполнении договорных либо иных обязательств, в Гражданском кодексе (ст. 1084–1094), регулирование данных отношений в рамках трудового и гражданско-правового договоров различно.

Так, в частности, разница заключается в плательщике соответствующих платежей по возмещению вреда. Если по трудовому договору в силу Федерального закона «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» таковым является Фонд социального страхования РФ, то по гражданско-правовому договору в случае отсутствия соответствующего страхования, которое не является обязательным, плательщиком является собственно контрагент по договору.

Вместе с тем в соответствии со статьей 2 данного закона Гражданский кодекс не упоминается в перечне законодательных актов, регулирующих отношения об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, а самому ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» предоставлена юридическая сила, преваляющая над нормами каких-либо законодательных актов, содержащих подобные нормы, кроме Конституции РФ.

В связи с этим несколько неясно, как применять на практике нормы ст. 935–937 ГК РФ, в особенности статьи 937 ГК, устанавливающей ответственность за нарушение правил об обязательном страховании, поскольку такие нормы в рассматриваемом федеральном законе не содержатся.

Кроме того, согласно статье 5 упомянутого федерального закона физические лица, выполняющие работу на основании гражданско-правового договора, подлежат обязательному социальному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний, только если в соответствии с указанным договором страхователь обязан уплачивать страховщику страховые взносы, в отличие от физических лиц, выполняющих работу на основании трудового договора (контракта), подлежащих обязательному страхованию без каких-либо оговорок. И это несмотря на то, что ст. 4 установлена обязательная регистрация в качестве страхователей всех лиц, нанимающих (привлекающих к труду) работников, подлежащих обязательному страхованию от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний. Какое правовое основание «привлечения к труду» имел в виду законодатель, в законе не указано. Хотя из буквального прочтения следует, что таковым может быть и гражданско-правовой, и трудовой договор.

Не вызывает сомнений, что ни один фактический работодатель, привлекающий работников на основании гражданско-правовых договоров, не будет указывать в договоре подобных условий по собственной инициативе, а надеяться на грамотность всех работников, имеющих право требовать включения такого условия в договор, не приходится. Поэтому

формулировку данной нормы, являющейся диспозитивной, а точнее сказать дискриминационной, по отношению к гражданско-правовым договорам и императивной – по отношению к трудовым договорам, нельзя признать удачной. Однако, если бы правовое регулирование «привлечения к труду» было единым, это позволило бы установить единые гарантии для всех граждан, безусловно, того заслуживающих, закрепленные исключительно в императивных нормах, что взаимно бы усилило такие гарантии работников, как по нынешнему трудовому договору, так и по гражданско-правовому договору.

Говоря о «реинтеграции», т. е. повторном объединении трудового права с гражданским, автор настоящей работы не имеет в виду создание единого кодифицированного источника законодательства, что было бы, если не невозможно, то чрезвычайно затруднительно на практике. Тем более что в России исторически сложилась большая и самостоятельная отрасль трудового права, что во многом было обусловлено большим вниманием, уделяемым ему государством, в котором была провозглашена власть трудящихся, рабочий класс считался гегемоном и усиление гарантий соблюдения трудовых прав трудящихся, по отношению к странам капитализма, было целью политической.

Необходимо лишь распространить нормы гражданского законодательства как общие на трудовые отношения в субсидиарном порядке, оставляя за нормами трудового законодательства роль специальных и, соответственно, сохраняя гарантии, установленные последним. В этом случае трудовой договор не будет «вырван из контекста» трудового законодательства для его регулирования в рамках законодательства сугубо гражданского, а последнее само по себе не приобретет в целом не свойственные ему нормы, например о дисциплинарной ответственности, являющиеся своеобразными санкциями за нарушение существенных условий договора, которые останутся распространенными только на отношения в рамках трудового договора. Трудовой же договор получит свое логическое завершение в нормах гражданского законодательства.

Стоит отметить, что в пользу вывода о гражданско-правовой природе трудового договора свидетельствует не только вышеизложенное исследование, проведенное на основе сравнения отличий между гражданско-правовым и трудовым договором, которые, по нашему мнению, не являются принципиальными, но и ряд норм зарубежного законодательства, подтверждающих возможность регулирования трудовых отношений в рамках гражданского права, что не было бы осуществимо при принципиальности отличий этих правовых явлений.

Так, в частности, ГК Квебека, вступивший в силу в 1994 г., содержит главу «О трудовом договоре». В соответствии со ст. 2085 ГК Квебека трудовым договором является договор, по которому одно лицо, работник, обязуется на ограниченный срок при условии выплаты вознаграждения осуществлять работу под руководством или контролем другого лица, работодателя. Согласно ст. 2087 ГК работодатель обязан принимать меры по защите здоровья, безопасности и достоинства работника. В соответствии со ст. 2097 ГК трудовой договор не прекращается отчуждением предприятия или изменением его организационно-правовой формы путем слияния или иным образом, такой договор обязывает правопреемника работодателя.

Приведенные нормы говорят о наличии принципиальной возможности регулирования трудовых отношений императивными нормами закона, как устанавливающими особые требования к существенным условиям трудового договора, так и непосредственно регулирующими права и обязанности сторон, складывающиеся вокруг него.

Кроме того, как было указано выше, в ряде случаев субсидиарное применение норм ГК к трудовым отношениям, как это имеет место применительно к регулированию семейных отношений, еще и целесообразно.

Необходимо отметить, что ранее такая целесообразность связывалась в основном с отсутствием в КЗоТ РСФСР нормы об индексировании невыплаченной заработной платы на предприятиях, самостоятельно определяющих цену своей продукции, к которым были не применимы ст. 81(1) КЗоТ РСФСР и Закон РФ «Об индексации денежных доходов и сбережений граждан в РСФСР». При этом судебная практика в целях соблюдения интересов граждан в условиях инфляции все равно находила выход именно через нормы ГК, применяя ст. 15 ГК РФ и взыскивая с работодателей убытки в пользу работников, обусловленные обеспечением денежных средств, исходя из статистических индексов роста потребительских цен.

Сейчас же имеет место полная свобода сторон в определении условий трудового договора, касающихся случаев его расторжения, компенсаций, выплат, сроков предупреждения об увольнении в соответствии со ст. 307 ТК РФ, когда работодателем является физическое лицо (в том числе индивидуальный предприниматель), что также требует для «выравнивания» правового положения работодателя и работника применения норм ГК о кабальных сделках и договоре присоединения.

В заключение же остается сказать, что все вышеуказанные проблемы и противоречия были бы ликвидированы при признании тождественности трудового и гражданско-правового договоров. При этом хотелось бы подчеркнуть, что автором настоящей работы не предпринималась попытка «глобализации» гражданского права, а лишь было проведено исследование некоторых договорных явлений с точки зрения их свободы, основной вывод которого заключается в том, что свобода является неотъемлемым признаком такого правового явления, как договор, о какой бы отрасли права ни шла речь.

Как справедливо заключает М. И. Брагинский: «Воссоединение в будущем трудового договора с гражданским, как в целом трудового права с гражданским правом, стало бы одним из важных шагов на пути формирования подлинно частного права».⁷⁶

⁷⁶ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 24.

§ 5. Соотношение гражданско-правового договора с административно-правовым договором

Несмотря на то, что законодательство не содержит терминов «административно-правовой договор» либо «административный договор», в доктрине административного права данные понятия активно используются. В связи с этим представляется необходимым с точки зрения свободы договора провести определенное сравнение гражданско-правового договора со смыслом понятия «административный (административно-правовой) договор», даже несмотря на то, что единого определения такого понятия в литературе не имеется.

Так, Д. Н. Бахрах определяет административный договор как многосторонний акт, основанный на административно-правовых нормах и выработанный в результате добровольного согласования воли двух (либо более) субъектов административного права, одним из которых всегда выступает субъект публичной власти, устанавливающий (прекращающий, изменяющий) взаимные права и обязанности его участников⁷⁷.

По его мнению, в системе правовых связей административный договор занимает промежуточное место между административным актом, выражающим одностороннее властное волеизъявление компетентного государственного органа власти, и договором частноправового характера⁷⁸.

Однако весьма характерно, что сам же Д. Н. Бахрах, перечисляя общие принципы договорного регулирования, присущие всем типам договоров, упоминает в том числе диспозитивность правового регулирования (свободу договорных условий) и автономию воли (добровольность заключения) договаривающихся сторон⁷⁹.

Иначе говоря, сам же автор признает неотъемлемые черты акта, именуемого договором, которые, прежде всего, следуют из этимологии этого слова, и закладывает серьезные противоречия в мотивировку своей точки зрения о существовании самостоятельного договорного типа в виде «административного договора». Дело в том, что было бы, по меньшей мере, странно именовать договором, имеющим свободу договорных условий и добровольность заключения, акт, в котором права и обязанности устанавливает лишь одна сторона, а вторую ставят просто перед фактом приобретения ею этих прав и обязанностей и требуют их соблюдения под страхом ответственности. И это не говоря уже о том, что осуществление прав по такому неравному «договору» скорее является обязанностью субъекта, не обладающего властными полномочиями.

Менее категоричен в своих суждениях о существовании «административного» договора Ю. М. Козлов. Он определяет административно-правовой договор как управленческие связи различного рода, основанные на соглашениях с участием органов исполнительной власти⁸⁰.

Однако, как отмечает Ю. М. Козлов, иллюстрации так называемых административных договоров, как правило, отличаются своей весьма сомнительной определенностью, так чаще всего утверждается, что к ним относятся сделки, заключаемые исполнительными органами, которые якобы служат одним из средств реализации ими управленческих задач и функций, хотя в действительности речь идет и о типичных гражданско-правовых сделках (например,

⁷⁷ Бахрах Д. Н. Административное право. М., 2000. С. 161.

⁷⁸ Бахрах Д. Н. Административное право. М., 2000. С. 160.

⁷⁹ Бахрах Д. Н. Административное право. М., 2000. С. 159–160.

⁸⁰ Административное право: Учебник / Под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. М., 2000. С. 261.

покупка инвентаря и оборудования, заключение договоров на предмет проведения исследовательских работ и т. п.)⁸¹.

В связи с этим уместно привести высказывание О. С. Иоффе о том, что в административном правоотношении властные субъекты выступают в качестве органов, осуществляющих функцию организации и управления и подчиняющих себе тех лиц, в отношении которых эта функция осуществляется, в гражданском же правоотношении они выступают в качестве органов, осуществляющих хозяйственную функцию и находящихся в равном юридическом положении с теми лицами, которые вступают с ними в правоотношение по поводу и в процессе осуществления этой функции⁸². Таким образом, само по себе участие в правоотношении публичных субъектов еще не порождает его административности, если другая сторона в правоотношении не обязана подчиняться распоряжениям такого субъекта, касающимся существа правоотношения, а должна соблюдать только обязанности, добровольно принятые на себя по договору.

Относительно других актов, которые Д. Н. Бахрах относит к административным договорам, Ю. М. Козлов высказывает совершенно иную точку зрения, говоря о том, что ни договоры смешанного типа, в рамках которых проявляются административно-правовые элементы, ни договоры исполнительных органов с негосударственными субъектами по поводу реализации их субъективных прав (контракты по поводу службы и т. д.), представляющие собой предшествующие принятию одностороннего юридически-властного решения отношения типично горизонтального варианта, не являются категорически административно-правовыми.

В результате своего исследования Ю. М. Козлов приходит к выводу, что собственно административно-правовыми соглашениями являются лишь договоры (соглашения) между различными субъектами исполнительной власти по поводу объема полномочий по ее практической реализации, в частности, соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительствами субъектов Российской Федерации о разграничении полномочий. Но и они, как пишет Ю. М. Козлов, не порождают конкретных правоотношений, не подменяют собой правовые акты исполнительных органов, не являются собственно средством управляющего воздействия, своеобразная их горизонтальность, но не вертикальность, налицо⁸³.

Пример, приведенный Ю. М. Козловым в качестве единственно обоснованной иллюстрации административных договоров, действительно интересен и поэтому требует более подробного рассмотрения.

Подобные соглашения о разграничении предметов ведения и полномочий между Правительством Российской Федерации и Правительствами субъектов Российской Федерации заключаются в соответствии с уже заключенными договорами между Российской Федерацией и ее субъектами, которые подписываются Президентом Российской Федерации и Главой ее соответствующего субъекта.

Начальным законодательным источником таких договоров являются п. 2 и 3 ст. 78 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которыми «федеральные органы исполнительной власти по соглашению с органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации могут передавать им осуществление части своих полномочий, если это не противоречит Конституции Российской Федерации и федеральным законам», а «органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации по соглашению с федеральными органами исполнительной власти могут передавать им осуществление части своих полномочий». О возможности существования таких договоров говорится также в ст. 11 Конституции России.

⁸¹ Административное право: Учебник / Под ред. Ю. М. Козлова, Л. Л. Попова. М., 2000. С. 262–263.

⁸² Иоффе О. С. Указ. соч. С. 540–541.

⁸³ Административное право. С. 267.

После включения этих норм в Конституцию они были неоднократно повторены в различных законах, как федеральных, так и законах субъектов федерации, но принципиальной конкретизации не возымели. Данное обстоятельство достаточно показательное, так как конкретизация данных норм, предусматривающих лишь возможность заключения таких договоров и субъектов, их заключающих, неизбежно бы коснулась условий этих договоров, что стало бы необоснованным вторжением в свободу договора.

Нормы законодательства, касающиеся данного вопроса, содержат лишь логичное указание на то, что органы исполнительной власти могут передавать часть своих полномочий, а получать, соответственно, часть чужих, объем же и перечень таких полномочий может определяться исключительно по соглашению сторон.

Так, в соответствии с Федеральным конституционным законом «О Правительстве Российской Федерации» № 2-ФКЗ от 17.12.97 г. на заседаниях Правительства Российской Федерации принимаются решения о подписании соглашений с органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации (ст. 28). Устав Свердловской области также содержит нормы, провозглашающие право органов исполнительной власти Свердловской области по соглашению с федеральными органами исполнительной власти принимать на себя осуществление части их полномочий и передавать им осуществление части своих полномочий (ст. 25). Аналогичная норма содержится и в Законе Свердловской области «О Правительстве Свердловской области» № 31-03 от 4.11.95 г. (п. 2 ст. 22).

В реализацию данных норм 12 января 1996 г. Президентом Российской Федерации и Губернатором Свердловской области был подписан «Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Свердловской области», а уже в соответствии с ним было подписано несколько соглашений между Правительствами Российской Федерации и Свердловской области, как, например, «Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Свердловской области о разграничении полномочий по владению, пользованию и распоряжению лесными ресурсами на территории Свердловской области», и «Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Свердловской области о разграничении полномочий в области международных и внешнеэкономических связей», подписанные также 12 января 1996 г.

Подобные договоры и соглашения призваны определять дополнительные предметы совместного ведения Российской Федерации и субъекта Российской Федерации, кроме перечисленных в ст. 72 Конституции РФ, и заключаются исключительно добровольно с обеих сторон без использования какой-либо стороной властных полномочий, хотя бы потому, что для таких полномочий отсутствует нормативная база.

Если же вести речь об административно-правовом договоре, то положение сторон в таком случае должно быть неравным и условия договора, как указывает Д. Н. Бахрах, должен определять властный субъект, т. е. та сторона договора, которая обладает преимуществом во властных полномочиях. Исходя же из текста Основного закона (п. 3 ст. 78 Конституции РФ), право (инициатива) на заключение договора, право определения его условий может принадлежать как раз менее властному субъекту, что еще раз доказывает отсутствие неравноправия субъектов при заключении подобных договоров, а следовательно, отсутствие главного элемента административно-правовых отношений — отношений власти-подчинения. Поэтому такие соглашения тоже вряд ли можно называть административно-правовыми договорами.

Безусловно, гражданско-правовыми подобные договоры назвать также нельзя, поскольку Гражданский кодекс не регулирует эти отношения даже в части как не относящиеся к гражданскому обороту. Эти договоры и соглашения регулируются исключительно Конституцией Российской Федерации и Устами (Конституциями) ее субъектов, хотя последние включены в тексты договоров в качестве нормативных регуляторов скорее из уважения

к субъекту федерации, так как при противоречии Устава (Конституции) субъекта Российской Федерации Конституции России применяется, безусловно, последняя. Споры о компетенции по подобным договорам и соглашениям рассматриваются также одним единственным органом – Конституционным Судом Российской Федерации в соответствии с ч. 2 и 3 ст. 125 Конституции России.

Нельзя также отнести эти договоры и к международному публичному праву по причине их внутригосударственности, хотя в остальном они отвечают основным признакам международных договоров, основанных также на принципах суверенного равенства сторон и их свободного согласия, т. е. свободы договора. Данные принципы закреплены, в частности, в Венской Конвенции «О праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями» от 21.03.86 г. Характерно, что в соответствии со ст. 52 данной Конвенции международный договор является ничтожным, если его заключение явилось результатом угрозы силой или ее применения, т. е. нарушения принципа свободы договора.

Таким образом, подобные договоры являются скорее исключением из общего порядка договорного регулирования, чем его правилом, и возможно даже представляют собой самостоятельный договорный вид, что, тем не менее, не меняет их природы, так как, по сути своей, они основываются на признании равенства участников, свободы договора, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты, т. е. основных началах гражданского законодательства, что, во всяком случае, лишает нас возможности отнесения таких договоров к административно-правовым.

Справедливости ради, стоит заметить, что само по себе существование в отношениях между органами исполнительной власти федерации и ее субъектов «договорной основы», со свободой волеизъявления сторон, для решения государственных вопросов несколько удивительно. Федеративные отношения в государстве, по нашему мнению, не должны иметь расплывчатых очертаний и регулироваться законами спроса и предложения, а должны быть достаточно четко определены в законодательных актах, и, прежде всего, самой Федерацией.

В принципе, подобные договоры, видимо, потому и «выпадают» из общей системы договорных моделей, потому что фактически не являются договорами в их классическом понимании, т. е. сделками, порождающими конкретные правоотношения, а представляют собой нормативные правовые акты как источники права, принятые одновременно двумя правотворческими органами в пределах их компетенции, направленные на установление правовых норм и рассчитанные на неоднократное применение в отношении неопределенного количества лиц.

Как верно отмечает сам Ю. М. Козлов, после исследования различных доводов в пользу существования административно-правового договора как самостоятельного договорного вида, «признание возможности не только горизонтальных, но и вертикальных договоров крайне сомнительно»⁸⁴.

Существовавшие ранее в рамках административно-командной экономической системы требования, вытекающие из плановых актов, тотально диктующие сторонам правила заключения и условия договоров, противоречили самой сути такого явления как «договор», немыслимого без свободы договора.

Н. Д. Егоров по этому поводу пишет, что «понуждение к заключению договоров, широко распространенное в хозяйственной деятельности юридических лиц в условиях плановой экономики, вытравливало саму „душу“ договора, лишало его таких свойств, без кото-

⁸⁴ Административное право. С. 267.

рых он существовать не может, и делало его декоративным придатком планово-административных актов».⁸⁵

Аналогичную мысль высказывает и М. И. Брагинский, указывая, что «договор („соглашение“) может существовать только между субъектами, которые в данном конкретном случае занимают равное положение».⁸⁶

Согласно п. 3 ст. 2 современного Гражданского кодекса гражданское законодательство не применяется к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям.

М. И. Брагинский отмечает, что «указанная норма явно не имеет в виду разграничений договоров различной отраслевой принадлежности, поскольку наличие между сторонами отношения власти и подчинения вообще исключает в принципе возможность применения не только гражданского законодательства, но и самой конструкции договора как такового».⁸⁷

То есть, если в законе или ином нормативном правовом акте, регулирующем отношения, основанные на властном подчинении одной стороны другой, идет речь о заключении договора, имеется в виду, по нашему мнению, гражданско-правовой договор, а значит, имеются в виду нормы, регулирующие договорные отношения, содержащиеся в Гражданском кодексе Российской Федерации, если они не противоречат нормам соответствующей отрасли права.

Так, например, ст. 73 и 74 Налогового кодекса РФ предусматривается заключение договоров залога имущества и поручительства, обеспечивающих обязанность налогоплательщика по уплате налога в случае изменения сроков исполнения данной обязанности и заключаемых между налоговым органом и залогодателем, которым может выступать не сам налогоплательщик, или поручителем в соответствии с гражданским законодательством. При этом к правоотношениям, возникающим при установлении залога или поручительства в качестве меры по обеспечению исполнения обязанности по уплате налога, применяются положения гражданского законодательства Российской Федерации, если иное не предусмотрено законодательством о налогах и сборах (п. 7 ст. 73, п. 6 ст. 74 НК РФ). Примечательно, что данные акцессорные обязательства обеспечивают не частно-правовые, а публично-правовые обязательства налогоплательщика.

В соответствии со ст. 150, 157, 164 Таможенного кодекса Российской Федерации взаимоотношения владельца склада временного хранения с лицами, помещающими товары и транспортные средства на склад, взаимоотношения таможенного брокера с представляемым лицом, взаимоотношения таможенного перевозчика с отправителем товаров и документов на них строятся на договорной основе.

В ряде случаев таможенное законодательство содержит прямые отсылки на законодательство гражданское. Так, в соответствии с пп. «и» п. 13 «Положения о таможенном брокере», утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации № 873 от 17.07.96 г., таможенный брокер вправе устанавливать в качестве условия заключения договора с представляемым лицом требования обеспечения исполнения обязательств этого лица в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации.

Согласно ст. 76 Бюджетного кодекса РФ юридическому лицу, не являющемуся государственным или муниципальным унитарным предприятием, может быть предоставлен бюджетный кредит на основании договора, заключенного в соответствии с гражданским зако-

⁸⁵ Гражданское право. Учебник. Ч. 1. С. 499.

⁸⁶ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 24.

⁸⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 24.

нодательством Российской Федерации с учетом положений настоящего Кодекса и иных нормативных актов. Подобные ссылки имеются также в ст. 80 и 244 БК РФ.

Статья 115 БК РФ предусматривает возможность представления письменной государственной или муниципальной гарантии обеспечения гражданско-правового обязательства лицом, которому выдается такая гарантия, перед третьими лицами, с субсидиарной ответственностью гаранта. Подобный документ фактически является самостоятельным акцессорным гражданско-правовым обязательством, хотя и не упоминаемым в ГК РФ, но существующим в соответствии с предусмотренной в нем возможностью, поскольку перечень обеспечительных обязательств в ст. 329 ГК является открытым.

Применительно же к собственно бюджетным отношениям, являющимся по преимуществу публичными, БК в основном достаточно корректно не оперирует гражданско-правовыми терминами. Исключение составляют лишь нормы, касающиеся государственного и муниципального долга, в которых идет речь о различных соглашениях и договорах, являющихся формами существования долговых обязательств соответствующих публичных субъектов.

Так, в соответствии со ст. 98, 99, 100 БК РФ государственный (муниципальный) долг может существовать в форме: кредитных договоров и соглашений, заключенных от имени Российской Федерации, ее субъекта, муниципального образования с кредитными организациями, иностранными государствами и международными финансовыми организациями; соглашений и договоров, в том числе международных, заключенных от имени Российской Федерации, ее субъекта, о пролонгации и реструктуризации долговых обязательств прошлых лет; договоров о предоставлении государственных (муниципальных) гарантий; договоров и соглашений о получении Российской Федерацией, ее субъектом, муниципальным образованием бюджетных ссуд и бюджетных кредитов от бюджетов других уровней бюджетной системы Российской Федерации.

Несколько спорным по сравнению с первыми тремя видами обязательств, в частноправовой природе которых, по нашему мнению, сомнений не имеется⁸⁸, является вопрос о характере так называемых межбюджетных соглашений (ссуд и кредитов). Хотя при более внимательном взгляде на данную проблему становится видно, что принципиального отличия от других оснований возникновения долговых обязательств публичных субъектов данные соглашения не имеют.

Вышеприведенные нормы Бюджетного кодекса посвящены обслуживанию государственного или муниципального долга, являющемуся совокупностью долговых обязательств соответствующего специального субъекта, т. е. обязательства, в целом имеющего гражданско-правовую природу, хотя и не регулируемое Гражданским кодексом по причине специального и потому приоритетного характера норм Бюджетного кодекса.

Сказанное подтверждается и многими авторами в области бюджетного и финансового права. Так, И. И. Кучеров начинает свой комментарий норм Бюджетного кодекса о государственном и муниципальном долге ссылкой на общее понятие обязательства, изложенное в ст. 307 ГК РФ⁸⁹.

⁸⁸ Необходимо отметить, что отношения, касающиеся международных договоров о получении займов государством, заключаемых им с другими государствами и международными организациями, в учебниках как по международному частному праву, так и по международному публичному праву отнесены к собственным предметам регулирования этих отраслей. Однако наиболее предпочтительной представляется точка зрения, высказанная Л. П. Ануфриевой – автором учебника по международному частному праву, о том, что в данном случае суверенное государство вступает именно в частноправовые отношения, в том числе, в качестве «казны» (фиска) – субъекта власти и «купца» – субъекта гражданско-правовых отношений. – *Ануфриева Л. П.* Международное частное право: В 3 т. Т. 2. Особенная часть. М., 2000. С. 84–86; Международное публичное право. Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Под ред. К. А. Бекяшева. М., 2001. С. 393–396.

⁸⁹ *Кучеров И. И.* Бюджетное право России. Курс лекций. М., 2002. С. 138.

Е. Ю. Грачева указывает, что относительно государственного и муниципального долга гражданско-правовые отношения выполняют как бы «служебную роль» по отношению к финансово-правовым отношениям, поскольку привлечение государством дополнительных средств имеет специфическую цель в виде погашения бюджетного дефицита; заключению соответствующих договоров и соглашений предшествует издание нормативного правового акта, как, например, закон о бюджете на соответствующий год, в котором предусматриваются порядок, условия, сроки и цели их заключения, уполномоченные государством (муниципальным образованием) органы, одной из сторон этих отношений всегда является государство (муниципальное образование)⁹⁰.

Иными словами, нормы бюджетного законодательства регулируют некоторые гражданско-правовые отношения по поводу обязательств публичных субъектов, возникающих из гражданско-правовых сделок, как специальные по отношению к гражданско-правовым нормам в подобных случаях. Это обусловлено как спецификой объекта, заключающегося в бюджетных денежных средствах, требующих особого регулирования преимущественно императивными нормами в публичных интересах, так и спецификой субъектов таких отношений, как минимум одним из которых в обязательном порядке выступает публичное образование либо уполномоченный им орган. Все это в целом, видимо, и побудило законодателя воспользоваться гражданско-правовой терминологией.

Однако, по нашему мнению, употребление в Бюджетном кодексе применительно к регулированию межбюджетных отношений публичных субъектов гражданско-правового термина «договор» все же не совсем корректно, и не только потому, что данный термин заимствован из другой отрасли, отличающейся как по предмету, так и по методу правового регулирования, но и потому, что его употребление «выпадает» из остального терминологического аппарата самого Бюджетного кодекса.

Применительно к нормам бюджетного законодательства и возможности существования административного договора необходимо все же исследовать встречающиеся на практике договоры (соглашения) о субвенциях (субсидиях), хотя и не упоминаемые в Бюджетном кодексе.

Так, например, ст. 70 Федерального закона «О федеральном бюджете на 2001 год» было предусмотрено, что бюджетам субъектов Российской Федерации могут предоставляться субвенции и субсидии из федерального бюджета на финансирование дорожного хозяйства при условии наличия договоров, заключенных органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации с федеральным органом исполнительной власти, на который возложено управление автомобильными дорогами. Характер, название и примерные условия подобных договоров в указанном законе не определены, а поскольку заключение договора в сфере публичного регулирования предполагает его некую «административность», данный вопрос требует своего изучения.

Во исполнение приведенной нормы было принято несколько Постановлений Правительства России, по-разному разрешивших порядок предоставления субсидий и субвенций, а также необходимость заключения такого договора.

Так, в соответствии с п. 4 «Правил проведения торгов на выполнение подрядных работ, финансируемых за счет субсидий и субвенций, выделенных бюджетам субъектов Российской Федерации на строительство и реконструкцию автомобильных дорог общего пользования и искусственных сооружений на них», утвержденных Постановлением Правительства Российской Федерации № 653 от 05.09.2001 г., между органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации и Министерством транспорта Российской Федерации должен заключаться договор на предоставление субсидий и субвенций бюджетам субъектов Россий-

⁹⁰ Финансовое право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. М. В. Карасева. М., 2002. С. 460–461.

ской Федерации на финансирование дорожного хозяйства, в котором, в частности, определяется организатор данных торгов, проводимых в соответствии с ГК РФ. Иные условия и характер такого договора опять же остались неопределенными.

Согласно же п. 5 «Правил использования средств, направляемых на увеличение размеров субвенций и субсидий бюджетам субъектов Российской Федерации на финансирование работ на подвергшихся разрушению в результате обстоятельств непреодолимой силы автомобильных дорогах общего пользования субъектов Российской Федерации», утвержденных Постановлением Правительства № 589 от 20.08.2001 г., предоставление средств субвенций и субсидий бюджетам субъектов Российской Федерации осуществляется на основании реестров Министерства транспорта Российской Федерации, представляемых в порядке, установленном Министерством финансов Российской Федерации, после представления органом исполнительной власти субъекта Российской Федерации в Министерство транспорта Российской Федерации заявления о выделении средств субсидий и субвенций с приложением ряда документов, таких как смета – заявка на финансирование работ и т. д. Единственный договор, о котором идет речь в данном акте, это договор на выполнение подрядных работ, который должен быть представлен в территориальный орган федерального казначейства органом управления дорожным хозяйством субъекта Российской Федерации для финансирования работ, указанных в п. 1 настоящих Правил.

Аналогично последнему варианту решается вопрос и в Постановлении Правительства Российской Федерации № 536 от 14.07.2001 г., в котором идет речь о порядке предоставления из федерального бюджета субъектам РФ субсидий и субвенций на финансирование расходов по реализации Федеральных законов «О социальной защите инвалидов в Российской Федерации» и «О государственных пособиях гражданам, имеющим детей», и не предусматривается заключение какого-либо договора на получение субсидий или субвенций.

Указанное противоречие между порядком предоставления субсидий и субвенций, по нашему мнению, нашло свое разрешение в Федеральном законе «О федеральном бюджете на 2002 год», в котором все встало на свои места. Так, в соответствии со ст. 97 данного закона, регулирующей выделение субсидий и субвенций на все то же дорожное хозяйство, подобные субвенции и субсидии бюджетам субъектов Российской Федерации предоставляются при условии наличия договоров об организации дорожных работ, финансируемых из федерального бюджета по разделу «Дорожное хозяйство», заключенных органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации с федеральным органом исполнительной власти, на который возложено управление автомобильными дорогами.

Таким образом, норма, ранее закреплённая в статье 70 аналогичного закона за прошлый год, нашла, наконец, свою конкретизацию, и стало ясно, что договор, являющийся еще одним кандидатом на статус «административного», по сути, представляет собой гражданско-правовой договор, обязывающий субъект Российской Федерации организовать дорожные работы в интересах и за счет Российской Федерации, а собственно субсидии и субвенции являются лишь особым способом финансирования таких работ.

Иными словами, предоставление субсидии и субвенции является односторонним актом публичного субъекта о предоставлении денежных средств другому публичному субъекту на основании просьбы последнего и регулируется законом о бюджете и целевыми программами, а не договором (соглашением).

Как видно из комплексной оценки норм бюджетного законодательства, характер бюджетных обязательств, несмотря на публичность обязанного субъекта, не является сугубо публично-правовым, поскольку включает в себя и его частно-правовые обязательства, возникшие из классических гражданско-правовых сделок. Поэтому упоминание в бюджетном законодательстве гражданско-правовых терминов «договор» и «соглашение» не является подтверждением существования категории «административного договора».

Не имеется оснований относить к административно-правовым и договоры, заключаемые на основании административного акта властного субъекта, такие как, например, договоры купли-продажи или аренды земельного участка, заключаемые в соответствии с п. 5, 6 ст. 34 Земельного кодекса РФ между гражданином или юридическим лицом и исполнительным органом государственной власти или органом местного самоуправления после принятия последним соответствующего решения о предоставлении земельного участка в собственность или передаче в аренду.

С учетом особенностей купли-продажи и аренды земельных участков, содержащихся в императивных положениях статей 22, 37 ЗК РФ, как требований, предъявляемых законом к обороту особого объекта гражданских прав, такой договор не перестает быть гражданско-правовым. И право, передаваемое в таких случаях, возникает у соответствующего субъекта гражданского права не с момента издания административного акта, а с момента государственной регистрации такого права.

Водный, Лесной кодексы Российской Федерации также содержат ряд норм, предписывающих субъектам регулируемых ими отношений заключать договоры (ст. 46 ВК РФ, ст. 23 и 31 ЛК РФ), и, очевидно, также именно гражданско-правового характера.

Подобные кодексы не отличаются от Гражданского принципиальным образом, как, например, Таможенный или Налоговый. В них тоже идет речь об обороте определенных объектов, и они устанавливают лишь особые правила оборота этих объектов.

Как справедливо замечает М. И. Брагинский: «В результате оказывается, что ко всем договорам, возникающим по поводу природных ресурсов, должны применяться общие нормы гражданского права, если иное не содержится в посвященных таким договорам законодательных актах (имеются в виду, в частности, статьи Водного, Лесного и других таких же кодексов). При этом такие нормы пользуются несомненным приоритетом. И этот приоритет объясняется не иноотраслевым характером указанных норм, а тем, что они являются хотя и гражданско-правовыми, но специальными».⁹¹

Таким образом, по нашему мнению, все так называемые «административные договоры» являются либо договорами смешанного типа (имеющими изъятия в правовом регулировании и регулируемые Гражданским кодексом в части, не противоречащей иноотраслевому специальному законодательству), либо односторонними волевыми актами публичных субъектов, пусть даже с определенным последующим уведомлением другой стороны о таком решении. Но и в том, и в другом случае оснований для выделения самостоятельного договорного вида не имеется.

Договор как юридическая конструкция не может существовать без свободы, которая, в свою очередь, неразрывно связана с равенством, что несовместимо с административными отношениями.

Вышесказанное можно подтвердить даже простым анализом этимологии термина «договор», который, во всяком случае, подразумевает свободу своего заключения и, соответственно, отсутствие принуждения к этому у договаривающихся сторон. Иначе говоря, если речь идет о «договоре», «уговоре», «соглашении», достигаемом сторонами, возможность отношений власти-подчинения между ними противоречит самому значению указанных слов. В связи с этим, выражение «административный договор» представляется этимологически неверным, как содержащее принципиально несогласующиеся по смыслу понятия.

⁹¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 19.

§ 6. Соотношение гражданско-правового договора с договором брачного союза (браком)

Семейное право многими авторами признано сегодня структурным подразделением гражданского права, и это справедливо не только потому, что «имущественные отношения между членами семьи в условиях рыночной экономики неизбежно приобретают стоимостной характер».⁹²

Представляется, что наукой фактически было признано очевидное, что брак (по нашему мнению, правильнее будет использовать выражение «договор брачного союза», что и будет употребляться далее) сам по себе является особым, можно даже сказать уникальным видом договора, но, тем не менее, не перестает быть в сущности гражданско-правовым договором, поскольку обладает всеми его признаками. Однако перед обоснованием такой позиции следует несколько изучить понятие «брака», дошедшее к нам еще из римского права, где он определялся как «союз мужа и жены, соединение всей жизни, общность божественного и человеческого права»⁹³.

Г. Ф. Шершеневич, весьма характерно определяя брак, писал следующее: «С точки зрения юридической, брак есть союз мужчины и женщины, с целью сожителства, основанный на взаимном соглашении и заключенный в установленной форме». И далее: «В основании брака лежит соглашение между сочетающимися – брак не может быть законно совершен без взаимного и непринужденного согласия сочетающихся лиц. Как и всякий договор, брак предполагает свободу воли и сознание».⁹⁴

Д. И. Мейер отмечал, что «брак, как учреждение юридическое, представляется союзом двух лиц разного пола, удовлетворяющим известным юридическим условиям и дающим известные гражданские последствия», указывая таким образом на особый порядок заключения такого договора.⁹⁵

В. И. Синайский, признавая брак институтом гражданского права, в то же время категорично не определял его как гражданско-правовой договор, хотя и выделял признаки, говорящие за его договорную природу, а именно, возникновение брака по свободному соглашению сторон и строгую охрану законом этой свободы⁹⁶.

Согласно Большому энциклопедическому словарю «брак – семейный союз мужчины и женщины, порождающий их права и обязанности по отношению друг к другу и к детям»⁹⁷.

Семейный кодекс Российской Федерации не дает определение брака как конкретного юридического факта, но в современной литературе высказывается мнение, что отсутствие такого определения в законодательстве вполне закономерно, поскольку духовные и физические элементы брака не могут регулироваться правом⁹⁸.

Тем не менее, определение брака в литературе все же дается. Л. М. Пчелинцева, например, называет брак «важнейшим юридическим фактом, вызывающим возникновение семейно-правовых связей и представляющим собой свободный и добровольный союз

⁹² Гражданское право. Учебник. Ч. 1. С. 16.

⁹³ Новицкий И. Б. Римское право. 6-е изд., стереотипное. М., 1998. С. 63.

⁹⁴ Шершеневич Г. Ф. Указ. соч. С. 408.

⁹⁵ Мейер Д. И. Указ. соч. С. 348.

⁹⁶ Против же признания брака договором, по его мнению, говорит то, что содержание и прекращение брака не только не определяется соглашением сторон, но и правоотношения возникают не в виде отдельных прав и обязанностей, а в виде особого союза, состояния, к тому же по учению православной церкви, брак есть таинство, чем также подрывается его договорная природа. – Синайский В. И. Русское гражданское право. М., 2002. С. 485–486.

⁹⁷ Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. С. 151.

⁹⁸ Пчелинцева Л. М. Семейное право России. Учебник для вузов. М., 1999. С. 80.

мужчины и женщины, заключаемый в установленном порядке с соблюдением требований закона, направленный на создание семьи»⁹⁹.

По мнению Л. М. Пчелинцевой, семейное право не является подотраслью гражданского права, а представляет собой самостоятельную отрасль права, и нормы гражданского права должны применяться к семейным отношениям в порядке субсидиарного применения, как к отношениям, регулируемым другой отраслью права.

О. А. Хазова определяет брак как моногамный добровольный союз мужчины и женщины, заключенный с соблюдением установленного законом порядка и порождающий между супругами взаимные личные и имущественные права и обязанности¹⁰⁰.

В. Ф. Яковлев, например, хотя и относит семейное право к «чистым» отраслям частного права, но не считает вступление в брак, представляющее собой зарегистрированное государством согласованное волеизъявление лиц, договором в подлинном своем значении¹⁰¹.

Как в классических учебниках русского гражданского права В. И. Синайского, Д. И. Мейера, Г. Ф. Шершеневича¹⁰², так и в современном учебнике гражданского права под редакцией А. П. Сергеева и Ю. К. Толстого семейное право вообще содержится в качестве раздела права гражданского. По мнению одного из соавторов последнего из приведенных учебников Н. Д. Егорова, «за всю историю развития науки семейного права не было выдвинуто ни одного аргумента, безусловно свидетельствующего о том, что семейное право – это самостоятельная отрасль права», а правовое регулирование личных неимущественных отношений между супругами почти совпадает с правовым регулированием отношений между учредителями полного товарищества¹⁰³.

Не входя в дискуссию об отраслевой принадлежности семейного права, как не относящейся к предмету исследования настоящей работы, заметим лишь, что семейное право исторически являлось одним из институтов гражданского (частного) права¹⁰⁴, что само по себе, безусловно, не умаляет его значения для общества. Причем современный законодатель, судя по буквальному смыслу статьи 4 Семейного кодекса, говоря о субсидиарности применения норм гражданского законодательства к семейным отношениям, также имел в виду именно специальный характер семейного права по отношению к праву гражданскому.

Однако вернемся к собственно договору брачного союза, анализ которого с учетом норм действующего законодательства, по нашему мнению, позволяет сделать вывод о его гражданско-правовой природе.

Конечно, в буквальном смысле, исходя из определений современного законодательства России, брак нельзя признать гражданско-правовым договором, так как основные обязанности сторон по такому договору не относятся к предмету регулирования гражданского законодательства (ст. 2 ГК). Вступая в брак, граждане обязуются, прежде всего, сохранять верность супругу (супруге) и приобретают право требования выполнения данной обязанности с его (ее) стороны. И именно несоблюдение этой обязанности, как правило, рассматривается другой стороной как существенное нарушение условий договора и влечет его расторжение, порой и при отсутствии каких-либо имущественных притязаний.

Гражданское законодательство России по общему правилу не регулирует личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, а именно такие отношения и призван, прежде всего, регулировать договор брачного союза. И хотя в соответствии со

⁹⁹ Пчелинцева Л. М. Семейное право России. Учебник для вузов. М., 1999. С. 85–86.

¹⁰⁰ Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И. М. Кузнецова. М., 1996. С. 33.

¹⁰¹ Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М., С. 140, 174.

¹⁰² Синайский В. И. Указ. соч. С. 483–546; Мейер Д. И. Указ. соч. С. 348–408; Шершеневич Г. Ф. Указ. соч.

¹⁰³ Гражданское право. Учебник. Ч. III. С. 197–198.

¹⁰⁴ Римское частное право: Учебник; Новицкий И. Б. Указ. соч.

статьей 2 Семейного кодекса РФ семейное законодательство регулирует личные неимущественные отношения между членами семьи (то есть безотносительно к связи этих отношений с имущественными отношениями), фактически упомянутые права и обязанности сторон в договоре брачного союза все равно остаются неурегулированными. А как уже было сказано, определение самого договора брачного союза в законодательстве отсутствует.

В связи со сказанным нельзя не отметить фактическое противоречие ст. 2 Гражданского и ст. 4 Семейного кодексов РФ, так как ст. 4 СК говорит о субсидиарном применении норм гражданского законодательства к личным неимущественным отношениям между членами семьи, входящим в предмет регулирования семейного законодательства. Однако, исходя из смысла ст. 2 СК РФ, эти отношения не связаны с имущественными, они являются личными отношениями между членами семьи и первичны относительно имущественных отношений между ними. Иначе говоря, они не относятся к отношениям, регулируемым гражданским законодательством, согласно ст. 2 ГК РФ, и уже в силу этого не могут им регулироваться. Данное противоречие на уровне предметов регулирования явно требует разрешения путем расширения круга отношений, регулируемых гражданским законодательством, что возможно было бы достичь указанием в ст. 2 ГК о том, что не связанные с имущественными неимущественные отношения регулируются гражданским законодательством в случаях, указанных в законе.

Справедливости ради надо упомянуть ст. 5 СК РФ, которая предусматривает возможность определения прав и обязанностей членов семьи на основе аналогии права, и как пишет И. В. Хаманев: «Это дает возможность гибкого регулирования такой деликатной сферы, какой являются брачно-семейные отношения, направлено на устранение правовых пробелов в существующем законодательстве, в том числе в случаях отсутствия правовых норм при необходимости регулирования тех или иных отношений».¹⁰⁵

Однако, как верно отмечает М. В. Антокольская, на практике необходимость в применении аналогии закона и, тем более, аналогии права возникает редко.¹⁰⁶

Невозможность применения аналогий для регулирования личных неимущественных отношений супругов по договору брачного союза обусловлена также запретом регулирования таких отношений в ином порядке, кроме как Семейным кодексом, фактически установленным в ст. 42 СК.

В данной статье указывается на то, что брачный договор как новая правовая конструкция, предусмотренная исключительно для регулирования имущественных отношений и сама по себе, бесспорно, являющаяся и признаваемая гражданско-правовым договором¹⁰⁷, не может регулировать личные неимущественные отношения между супругами, в противном случае он является ничтожным уже в соответствии со ст. 44 СК РФ. То есть восполнение пробела регулирования в законодательстве с помощью договора запрещено.

Подобное ограничение прав граждан представляется необоснованным и даже в определенной мере противоречащим смыслу ст. 55 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

¹⁰⁵ Хаманев И. В. Новый Семейный кодекс Российской Федерации. Семейный кодекс Российской Федерации. М., 1996. С. 13.

¹⁰⁶ Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И. М. Кузнецова. М., 1996. С. 115.

¹⁰⁷ См., например: Бондов С. Н. Брачный договор: Учеб. пособие для вузов. М., 2000. С. 56; Пчелинцева Л. М. Семейное право России. Учебник для вузов. М., 1999. С. 203; Челябинцева Н. Хорошее дело – брачный договор. Бизнес-адвокат. 1999. № 22.

Брачный договор по смыслу ст. 42–44 СК РФ признается законодателем как необязательное дополнение к собственно договору брачного союза, используемое гражданами по собственной инициативе и исключительно в отведенной им сфере регулирования имущественных отношений. И хотя собственно договор брачного союза законодателем не определен, но специальные условия его заключения и расторжения регламентированы достаточно подробно.

Если же немного обратиться к истории, то можно обнаружить весьма характерное обстоятельство, заключающееся в том, что к браку в христианскую эпоху русского права фактически применялись правила о предварительном договоре и последствиях его нарушения, что является именно гражданско-правовой процедурой. Обручение, предшествующее браку, которое на языке обычного права называлось «сговор» или «своды», являлось договором сторон о будущем совершении брака. И если по церковному праву оно признавалось нерасторжимым, то по обычному праву этот договор был сугубо имущественным, а его неисполнение вело к уплате неустойки – «заряда». Данный договор облакался в формальную письменную сделку – «рядную запись», совершаемую в Московском государстве крепостным порядком, по ней стороны имели право иска в суде¹⁰⁸.

Причинами же расторжения брака, в числе прочих, тогда были признаны следующие обстоятельства: неспособность мужа к супружескому сожитию, если до брака она не была известна, прелюбодеяние, доказанное судебным порядком, хотя и с различными определениями для мужа и жены (прелюбодеяние мужа тогда только признавалось причиной развода, когда оно вело к разрушению семейной жизни, т. е. когда оно было совершено в доме или когда муж заводил другую постоянную семью на стороне)¹⁰⁹. Фактически именно данные причины, являющиеся нарушением обязательств, принимаемых на себя сторонами по договору брачного союза, но нигде не фиксируемые, и запрещенные для фиксации современным законодателем, являются и сегодня наиболее частым основанием для расторжения данного договора. Иначе говоря, на практике нарушением договора признается нарушение норм не права, а морали, которая сама по себе является очень изменчивой категорией и вряд ли в связи с этим может являться подходящим критерием для судебной практики. Чтобы понять это, достаточно вспомнить дискуссии в Государственной думе России об узаконении многоженства, а также об однополых браках.

Необходимо отметить, что законодатель развитых в экономическом и правовом смыслах стран не устанавливает вышеуказанных ограничений регулирования неимущественных отношений между супругами, более того, согласно, например, ст. 392 Гражданского кодекса Квебека, супруги обязаны уважать друг друга, сохранять верность друг другу, оказывать друг другу помощь и поддержку, они также обязаны вести совместную жизнь. То есть данные обязанности сторон в браке установлены законом, и, кроме того, им также предоставлена возможность заключить брачный договор для выбора режима супружеского имущества (ст. 431 ГК Квебека). Причем обязанности, указанные в ст. 392 ГК Квебека, не номинальны, так, например, их существенное нарушение одним из супругов влечет установление раздельного проживания в соответствии со ст. 494 ГК Квебека.¹¹⁰

Как отмечает М. Г. Масевич, в законодательстве европейских государств «часто указано, что положения брачного договора не должны нарушать равноправия супругов, не должны отменять обязанности взаимной верности, помощи и поддержки, ограничивать их личные права и обязанности по воспитанию и содержанию детей».¹¹¹ То есть возможность

¹⁰⁸ Владимирский-Буданов М. Ф. Указ. соч. С. 407.

¹⁰⁹ Владимирский-Буданов М. Ф. Указ. соч. С. 427.

¹¹⁰ Гражданский кодекс Квебека. С. 89–104.

¹¹¹ Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. С. 121.

регулирования подобных отношений брачным договором в принципе признается, но устанавливаются ограничения дискриминации одной из сторон.

В Семейном же кодексе России относительно взаимных обязанностей супругов говорится только, что они обязаны строить свои отношения на основе взаимоуважения и взаимопомощи, содействовать благополучию и укреплению семьи (ст. 31 СК), и запрещается регулировать неимущественные отношения между супругами в заключаемом ими брачном договоре¹¹².

Исходя из изложенного, представляются совершенно логичными следующие выводы. Во-первых, необходимо устранить противоречие между предметами регулирования гражданского и семейного права, установив правило, что не связанные с имущественными неимущественные отношения регулируются гражданским законодательством в случаях, указанных в законе, поскольку предмет гражданского права должен включать в себя предметы подотраслей, как целое должно включать в себя части, во-вторых, следует восполнить пробел семейного законодательства, заключающийся в отсутствии законодательного определения договора брачного союза (брака), а также законодательно признать тот факт, что данным договором регулируются неимущественные отношения супругов, заключающиеся в вышеперечисленных неотъемлемо связанных с личностью правах и обязанностях супругов, несоблюдение которых является основанием для его расторжения, и, в-третьих, расширить возможности брачного договора, заключаемого ими самостоятельно, который не должен будет ущемлять их права и обязанности по сравнению с законом.

Но даже несмотря на отсутствие на сегодняшний день указанных законодательных изменений, договор брачного союза обладает всеми признаками гражданско-правового договора, и прежде всего – свободой договора, состоящей как в свободе в заключении договора и выборе партнера по договору, так и в законодательном запрещении понуждения к вступлению в договорные отношения. И хотя характер и подавляющее большинство условий этого договора законодателем закреплены императивными нормами, в связи с чем его следует относить к договорам, поименованным в законе, несмотря на то, что в последнем и не имеется его определения, это не противоречит смыслу гражданского законодательства, допускающего подобное регулирование договорных отношений.

Таким образом, по нашему мнению, сближение гражданского и семейного права, должно логически быть завершено не только признанием семейного права частью права гражданского, но и как следствие, признанием самого брака, который все же предпочтительнее называть договором брачного союза, видом гражданско-правового договора.

Подводя итог проведенной части исследования, можно сделать вывод о том, что понятие «договор» обладает таким неотъемлемым признаком, как свобода договора, подразумевающим, прежде всего, свободу в заключении договора, а также свободу в определении характера заключаемого договора и свободу определения его условий. Как следствие указанных признаков свободы договора также неотъемлемой его частью является равенство субъектов, вступающих в договорные связи, поскольку свобода в заключении договора и выборе его условий и характера невозможна без равенства субъектов права, равноправно определяющих данные характеристики договорного отношения.

Такой правовой категорией, как «договор», не могут регулироваться вертикальные связи с участием субъектов публичного права, имеющие в качестве одного из элементов отношения подчиненность или зависимость одного контрагента от другого в рамках отношения, регулируемого договором. Поэтому понятие «административный договор», по нашему

¹¹² По поводу критики отсутствия достаточной возможности договорного регулирования отношений в семейном праве см., например: *Шершень Т. В.* Частный и публичный интерес в договорном регулировании семейных отношений. Автореф. дис... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. Указанный автор в рамках расширения частного начала предлагает даже ввести конструкцию договора о вынашивании ребенка суррогатной матерью.

мнению, является некорректным как согласующее в себе две принципиально различные по своей природе категории, поскольку административность отношений несовместима со свободой договора, являющейся неотъемлемой частью юридического факта, именуемого данным термином.

В отличие от Гражданского кодекса, в котором допускается заключение иных договоров, не определенных в законе, в трудовом и семейном законодательствах не допускается регулирование трудовых и семейных отношений иными договорами, нежели трудовой договор или договор брачного союза, т. е. фактически трудовой договор и договор брачного союза являются договорами, поименованными в законе.

Указанные отраслевые договоры отличают лишь особенности регулирования, выражающиеся в большем, чем в Гражданском законодательстве, количестве императивных норм, регулирующих договорные отношения, что, в принципе, не изменяет их гражданско-правовой природы.

Кроме того, на основе произведенного межотраслевого исследования представляется возможным сделать вывод о том, что сам термин «договор» имеет исключительно гражданско-правовую природу и понимание любого договора именно как гражданско-правовой категории, неотъемлемым признаком которой является свобода, неотделимая, в свою очередь, от юридического равенства сторон, способствовало бы единообразию правоприменительной практики, так как все иноотраслевые по отношению к гражданскому договоры, по нашему мнению, должны регулироваться гражданским законодательством в субсидиарном порядке, т. е. в случае отсутствия нормы, регулирующей соответствующие отношения в данной отрасли законодательства. Предоставление же законодателем возможности использования для регулирования отношений такой юридической конструкции, как «договор», даже в отраслях законодательства, регулирующих отношения, основанные на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, должно расцениваться как соответствующее изменение метода регулирования этих отношений в данной части, так как договорные отношения могут регулироваться только методом юридического равенства сторон. Такое понимание конструкции «договора» соответствует необходимости единства правовой терминологии во всех отраслях права, и повлекло бы за собой более чуткое отношение государства к использованию гражданско-правовой терминологии не только в законах, но и в иных нормативно-правовых актах, что обеспечило бы большую защиту субъектов договорных отношений.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.