

УДК 349.2

В статье на примере отрасли трудового права анализируются подходы к определению правовой природы фикций в дореволюционный, советский и современный периоды. Проанализированы позиции специалистов в сфере теории права, гражданского права и трудового права. Автором сделаны выводы относительно правовой природы фикций в трудовом праве.

Ключевые слова: фикции; средства юридической техники; трудовое право; гражданское право.

The article by the example the Labour Law considers approaches to definition of the legal nature of fictions during pre-revolutionary, soviet and modern periods. Positions of experts in the sphere of the Theory of Law, the Civil Law and the Labour Law are analysed. The author has drawn conclusions about the legal nature of fictions in the Labour Law.

Keywords: fictions; means of the legal equipment; labour law; civil law.

**Д. А. Смирнов**

*Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова*

*E-mail: Dima\_Smirnov@bk.ru*

## **Проблема фикций в трудовом праве: реальная или надуманная?\***

Научная статья

**D. A. Smirnov**

*P. G. Demidov Yaroslavl State University*

## **Problem of Fictions in the Labour Law: Real or Assumed?**

Scientific article

Проблематика фикций в праве волнует отечественных учёных-юристов вот уже более 150 лет. Всё это время ведутся активные дискуссии как в теории права, так и в отраслевых дисциплинах.

Так, В. И. Мейер занимал достаточно критическую позицию по отношению собственно к юридической фикции: «Понятие о юридическом вымысле состоятельно только по-видимому, в сущности же чуждо всякого значения и потому не производит исключения из правила, которое подчиняет одни действительные факты юридическим определениям» [1, с. 5]. Сам автор увязывал возникновение подобного рода вымыслов (в частности, им анализируется ряд фикций, связанных с правовым положением пленного, согласно которым вернувшийся из плена римлянин считается свободным, а погибший в плену считается погибшим в момент пленения) с формализмом, характерным римскому праву (есть и современные исследования фикций в римском праве [2]). «Закон, – пишет В. И. Мейер, – велит представлять такой-то случай: есть случай

однородный, но с несколько иными признаками и потому под закон не подходящий; и вот закон же велит представлять, что нет этих особенностей, что случай потому тот же, что изображён законом, и, следовательно, под него подходящий. Другими словами, власть прибегает к вымыслу: не жертвуя формализмом, она удовлетворяет условиям жизни и вместе с тем верна духу времени» [1, с. 11].

Таким образом, мы видим, что Д. И. Мейер хотя прямо и не обращает на это наше внимание, но фактически говорит о диалектической связи между правом как практической формальной системой и стихией общественных отношений, которую это право регулирует. Общественные отношения находятся в постоянном изменении и развитии, в том время как позитивное право в целом статично (до тех пор, пока не будет специально изменено законодательным актом). Фикция в этом плане и является весьма удобным приёмом «подгонки» права под изменившиеся общественные отношения для обеспечения выполнения правом своей функции.

\* Работа написана при финансовой поддержке ЯрГУ, проект ВИП-002.

Достаточно критическую позицию по отношению к фикциям занимал С. А. Муромцев. Предваряя собственное изложение природы фикций в римском праве (которые он рассматривал как разновидность аналогии), он пишет: «...Фикции не представляют собой идеального логического приёма, а их существование обусловлено прежде всего несовершенством юридического мышления, по мере развития которого они неминуемо должны терять своё значение» [3, с. 97]. По мнению автора, большинство фикций появилось в римском праве только по одной причине: «без них пришлось бы ломать строй установившихся понятий – работа, которая могла казаться римским юристам чересчур трудною и вовсе ненужною» [3, с. 101]. В целом можно констатировать, что позиция С. А. Муромцева является схожей с позицией Д. И. Мейера с той лишь разницей, что С. А. Муромцев считает презумпцию явлением в известной степени патологичным – явлением, которое должно быть терпимо в праве в очень малых пределах. В то же Д. И. Мейер считает фикцию совершенно естественным и нормальным для права явлением, обусловленным его формализмом.

Г. Ф. Дормидонтов, обобщая современную ему юридическую литературу, констатирует, что термин «фикция» фактически использовался учёными в трёх значениях: во-первых, как признание со стороны объективного права существования заведомо не существующего факта или качества (Барон); во-вторых, как приём для подведения новых явлений юридического быта под старые нормы (Мэн, Йеринг, Муромцев, аналогичную позицию мы встречаем и у Д. И. Мейера); в-третьих, все явления юридического быта, в которых субъекты намеренно прибегают не только к какому-либо вымыслу, но и предположению относительно существования или не существования факта или качества (Дюмериль, Шассан) [4, с. 8–9]. Как мы видим, первая и вторая позиции, описанные Г. Ф. Дормидонтовым, находятся в явном противоречии, рассматривают фикцию в статическом ключе, причём третья позиция, как нам представляется, воспринимает фикцию чересчур широко, включая туда ещё и презумпции, а также иные явления. Что касается второй позиции, то она рассматривает фикцию как историческое и динамическое явление, где обращается внимание на причины

возникновения фикций (можно сказать, что это своеобразное генетическое определение).

Схожие подходы использовались и в прикладных работах. Например, А. М. Гуляев писал, что «юридическое лицо есть субъект воображаемый» [5, с. 50].

В советский период фикции в праве рассматривали крайне мало: считалось, что они характерны для права буржуазного. В этом контексте можно говорить, что в советский период в основном восторжествовал подход к презумпциям С. А. Муромцева. Полагаем, что в тот период такой подход был вполне логичен, гармонировал с марксистской методологией, генетически основывающейся на объективном идеализме Гегеля, и советской идеологией, постулирующей необходимость отражения правды в социалистическом праве. Именно поэтому, по крайней мере на уровне доктрины, фикции в советском праве поначалу отвергались.

Впоследствии, однако с некоторыми оговорками, существование фикций в советском праве было признано. Так, В. И. Каминская, исследуя презумпции в уголовном процессе, отмечала, что «...как условное принятие за истину, так и заведомая ложность принимаемого за истину положения представляет собой в юридической фикции только внешнюю форму, в которую облекается создание новой правовой нормы. Ложь юридической фикции, несмотря на всю её очевидность, не проникает в её содержание, она относится лишь к её оболочке» [6, с. 48]. В. К. Бабаев уже прямо писал, что «...в советском социалистическом праве находят применение фикции, но только как технико-юридический приём» [7, с. 32].

В то же время уже в ранних советских актах вполне можно встретить предписания, которые можно назвать фикциями. КЗоТ 1918 г. содержит, в частности, следующие предписания такого типа: «Трудящийся, получивший работу, продолжающуюся не более 2-х недель, считается безработным и не теряет своей очереди в отделе распределения рабочей силы» (ст. 25 КЗоТа 1918 г.), «трудящийся, увольняемый по основаниям, указанным в п. «а», «б» и «г» ст. 46, считается безработным с момента предупреждения и занимает очередь в списках отдела распределения рабочей силы» (ст. 48 КЗоТ 1918 г.). КЗоТ 1922 г. использует фикцию, согласно которой оплата труда подростков за сокращенный рабочий

день производится как за полный рабочий день соответствующих категорий (ст. 61 КЗоТ 1922 г.). Есть фикции и в более поздних актах. Например, КЗоТ 1971 г. содержит фикцию в ст. 18, согласно которой фактическое допущение к работе считается заключением трудового договора независимо от того, был ли прием на работу надлежащим образом оформлен.

Сразу оговоримся, что термин «фикция» мы используем применительно к описанию изложенных предписаний советских актов с определённой долей условности. Однако и цель нами сейчас преследуется соответствующая: показать, что и в советском праве, несмотря на доктринальное опровержение существования фикций, законодатель фактически использовал приёмы, предписывающие считать наличным нечто не существующее в действительности.

Полагаем, что подобное расхождение между теорией и практикой было обусловлено, с одной стороны, упомянутыми выше недостатками марксистской методологии, с другой стороны, недостаточно проработанной теорией фикций в целом. Как мы видели выше, термин «фикция» использовался в самых различных значениях и до конца был не определён.

Среди современных авторов также налицо существенный разброс позиций.

Так, достаточно комплексно фикция в праве рассматривается О. А. Курсовой. Она выделила три уровня фиктивного в праве: во-первых, уровень становления правовых идей и конструкций (сюда автор относит научные концепции о сути фиктивного в праве, его природе, значениях, функциях); во-вторых, уровень правотворческой деятельности (сюда относятся, с одной стороны, фикции как особое средство юридической техники, а с другой – фикция как свойство норм права не соответствовать потребностям общества в процессе правотворческой и правоприменительной деятельности); в-третьих, уровень реализации правовых предписаний, что проявляется в фиктивных сделках, фиктивных состояниях и т. п. [8, с. 36].

Осмелимся не согласиться с автором в части описания первого уровня (уровня идей и конструкций). Полагаем, что в самом осмыслении фиктивного и описании фиктивного на уровне теории права и философии нет фикции как таковой. Более обоснованно, как нам представля-

ется, говорить о фиктивном в рамках догматики и теории права. Речь идёт о том, что так как фикции существуют в любой науке, то не является исключением и догматика и теория права. Соответственно, именно это фиктивное (которое ещё ждёт своего исследователя) и будет первым уровнем фиктивного в праве.

Что касается выделения фикций на уровне правоприменительной деятельности, то здесь хотелось бы пояснить следующее. Вслед за О. А. Курсовой, многие авторы говорят и об использовании фикции в негативном смысле [см., напр., 9]. В частности, в качестве таких фикций обычно называют фиктивную сделку, фиктивный брак, фиктивное усыновление, фиктивное банкротство и т. п. То есть, по сути, это действия участников правоотношений, связанные с фальсификацией юридических фактов, намеренно направленные на возникновение прав и обязанностей, вытекающих из указанных юридических фактов [10, с. 49]. Выделение фикций в позитивном и негативном ключе, как это делают П. М. Резиньков, О. В. Танимов и др., как нам представляется, не вполне обосновано. Фикция в позитивном смысле, по О. В. Танимову, представляет собой особое средство юридической техники. Фикция в негативном смысле – описанные выше случаи противоправной деятельности участников правоотношений. Считаем, что эти категории слишком различны, чтобы объединять их в единую более абстрактную категорию. По сути, их объединяет только схожее наименование, но никак не наличие каких-то значимых общих существенных признаков (на это обращает внимание и Л. А. Душакова [11, с. 176]). Таким образом, полагаем, что говорить о фиктивном на уровне правоприменительной деятельности (как особой разновидности противоправной деятельности) в принципе допустимо, но эту деятельность ни в коем случае нельзя смешивать с фикциями как средствами юридической техники.

Некоторые авторы также отдельно выделяют такие категории, как нормы-фикции [10, с. 71]. Под ними, как правило, понимаются нормы, которые закрепляют в интересах правового регулирования положения, не существующие в действительности. Нам представляется, что данные авторы смешивают два отдельных средства правового регулирования: нормы права и правовые фикции. Фикция как определённое ложное

суждение об объектах и свойствах реального мира может лежать в основе нормы права, однако вряд ли будет обоснованным и эвристически оправданным отдельно выделять в качестве особой разновидности нормы норму-фикцию. Мало того что деление норм права на нормы-фикции (как нормы, основанные на ложных суждениях) и нормы, основанные на истинных суждениях, является искусственным и чересчур условным, оно, по нашему мнению, не несёт существенной эвристической ценности.

Следует отметить, что в отрасли трудового права работ, посвящённых фикциям, относительно немного. В статьях ярко выраженной практической направленности под фикциями понимаются определённые правовые предписания и юридические конструкции, которые являются фактически неприменимыми либо не соответствующими общим принципам (то есть своеобразными фикциями в негативном ключе) [см., напр., 12, 13].

А. М. Лушников и М. В. Лушникова констатируют, что фикции в трудовом праве – явление достаточно редкое. Они приводят следующие примеры фикций: прекращение деятельности филиала, представительства или иного обособленного структурного подразделения организации, расположенных в другой местности, признаётся ликвидацией организации в целях расторжения трудового договора по инициативе работодателя (ст. 81 ТК РФ); днём увольнения работника считается последний день работы (ст. 77 ТК РФ); фактическое допущение работника к работе считается заключением трудового договора (ст. 61 ТК РФ); в случае неприступления работника к работе в установленный срок договор считается незаключённым (ст. 61 ТК РФ) [14, С. 506–520].

О. В. Танимов указывает, что в трудовом праве фикции используются только в исключительных случаях. Помимо уже упомянутых выше фикций, он называет следующие: трудовой договор, заключённый на определённый срок при отсутствии достаточных к тому оснований, считается заключённым на неопределённый срок (ст. 58 ТК РФ); если в течение года со дня применения дисциплинарного взыскания работник не будет подвергнут новому дисциплинарному взысканию, то он считается не имеющим дисциплинарного взыскания (ст. 194 ТК РФ) и др. О. В. Та-

нимов обращает внимание на то, что целые предписания в ТК РФ носят фиктивный характер. Например, в ст. 14 изложена конструкция сроков, в ст. 48 конструкция распространения действия коллективного соглашения [9].

В целом же следует отметить следующее: судя по приведённым примерам, автор всего лишь обобщил и сгруппировал предписания, в которых используется термин «считается». И в этом контексте говорить о фикции как особом глубинном приёме юридической техники не приходится: она зависит сугубо от способа формулировки соответствующих нормативных предписаний. В качестве примера можно привести положения ч. 6 ст. 80 ТК РФ «Расторжение трудового договора по инициативе работника (по собственному желанию)»: «Если по истечении срока предупреждения об увольнении трудовой договор не был расторгнут и работник не настаивает на увольнении, то действие трудового договора продолжается». О наличии фикции в данном случае не упоминают. Однако, если бы законодатель сформулировал данное предписание иначе, например: «Если по истечении срока предупреждения об увольнении трудовой договор не был расторгнут и работник не настаивает на увольнении, то заявление работника об увольнении по собственному желанию считается неподанным», то, полагаем, что указание на наличие фикции в данном предписании стало бы общим местом.

Можно привести и обратный пример. Для демонстрации возьмём наиболее популярную трудовую фикцию фактического допущения. Предписание ч. 2 ст. 67 ТК РФ, где данная фикция закреплена, можно сформулировать, к примеру, следующим образом: «К случаям заключения трудового договора относятся также случаи фактического допущения работника, то есть случаи, когда работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя... (далее по тексту)». Или же можно модифицировать ч. 1 ст. 67, указав, что трудовой договор заключается в двух формах: письменной и конклюдентной (в виде фактического допущения либо признания отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми).

Отдельного упоминания заслуживает статья Л. В. Зайцевой и О. А. Курсовой «Отказ в признании трудовых отношений: о некоторых недостатках в конструкции юридической фикции» [15],



где авторы достаточно критично оценивают последние законодательные изменения, связанные с введением ст. 67.1 в ТК РФ.

Исходя из предложенных примеров мы видим, что в рамках трудового права фикции выделяются сугубо в зависимости от используемой законодателем терминологии. И это сказано не в упрек соответствующим исследователям: они поставлены в неудобное положение тем фактом, что в трудовом праве фикции в классическом смысле (в отличие от других отраслей права) обнаружить крайне сложно.

Сказанное не касается фикций в других отраслях права, например семейного права, где действительно имеет место набор фикций, связанных с моментом определения прекращения брака при разводе либо связанных с усыновлением [16, с. 78–79; 17, с. 570–573].

Полагаем, и приведённые примеры трудовых фикций явно демонстрируют, что, по крайней мере, в трудовом праве фикция как особый глубинный приём юридической техники не нашла своего применения. Она возникает там, где налицо противоречие между понятийными структурами отрасли права и других наук либо здравым смыслом.

Однако и понятийные структуры других наук, равно как и понятийные структуры здравого смысла, тоже являются условными и могут не соответствовать реальному положению. Указанное противоречие между фикциями как постулатами, лежащими в основе права как абстрактной практической системы, и положениями других наук и здравым смыслом, как нам представляется, не является настолько значимым, чтобы на его основе говорить о применении фикций в трудовом праве.

### Ссылки

1. Мейер Д. И О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Казань, 1854. 127 с.

2. Ширвиндт А. М. Значение фикций в римском праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. 306 с.

3. Муромцев С. А. О консерватизме рискской юриспруденции. М., 1875. 192 с.

4. Дормидонтов Г. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. 189 с.

5. Гуляев А. М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта Гражданского уложения. 2-е изд., доп. СПб., 1911. 472 с.

6. Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М.; Л., 1948. 132 с.

7. Бабаев В. К. Презумпции в советском праве. Горький, 1974. 124 с.

8. Курсова О. А. Фикции в российском праве: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2001. 193 с.

9. Танимов О. В. Теория юридических фикций: монография / отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Т. В. Кашанина М., 2016. СПС «Гарант».

10. Резиньков П. М. Юридическая фикция: теоретико-правовой анализ: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2012. 216 с.

11. Душакова Л. А. Правовые фикции: дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2004. 199 с.

12. Егоров В. Унификация на грани фикции // Новая бухгалтерия. 2004. № 8. СПС «Консультант Плюс».

13. Бенмерабет А. Профстандарты – фикция или необходимость? // Кадровик.ру: электрон. журн. 2015. N 1. URL: <http://www.kadrovik.ru> (дата обращения: 25.12.2016).

14. Лушников А. М., Лушникова М. В. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. 940 с.

15. Зайцева Л. В., Курсова О. А. Отказ в признании трудовых отношений: о некоторых недостатках в конструкции юридической фикции // Журнал российского права. 2016. N 3. С. 80–87.

16. Тарусина Н. Н. Очерки теории российского семейного права. Ярославль, 1999. 94 с.

17. Тарусина Н. Н. Семейное право: очерки из классики и модерна: монография. Ярославль, 2009. 616 с.