

УДК 349.2

В статье проанализирована проблема символов как особого средства юридической техники, а также символических действий как особого основания возникновения трудовых отношений. В свете этой концепции дан критический анализ последним изменениям в ст. 19.1 ТК РФ. Обоснована нецелесообразность признания отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми как отдельной разновидности скрытых действий. Квалифицирующими признаками, по мнению автора, допущения к работе является фактическое приступление работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя без оформления трудового договора в письменной форме.

К л ю ч е в ы е с л о в а : символы; символические действия; средства юридической техники; трудовое отношение; трудовой договор.

The article analyses the problem of symbols as special means of legal technique and symbolical actions as special basis for labor relations. In the context of this notion the critical analysis is given under modifications of Art. 19.1 of the Labor Code of the Russian Federation. The inexpediency of recognition of the relations which have arisen on the basis of the civil contract, labor as a separate kind of the hidden actions is proved. The qualifying sign, according to the author, of admitting to work is the actual start of working by an employee with a permission or at the request of the employer or his representative even without a written employment contract.

К e y w o r d s : symbols; symbolical operations; means of the legal equipment; labor relation; employment contract.

Д. А. Смирнов

Ярославский государственный университет им. П. Г. Демидова

E-mail: Dima_Smirnov@bk.ru

Символы и символические действия в контексте последних изменений статьи 19.1 ТК РФ*

Научная статья

D. A. Smirnov

P. G. Demidov Yaroslavl State University

Symbols and Symbolical Actions in the Context of the Recent Modifications of Article 19.1 of the Labor Code of the Russian Federation

Scientific article

Вопросы правовой символики исследованы в правовой науке в целом недостаточно и нередко сводятся к анализу правовой защиты символов государства [1, 2]. В то же время проблема правовой символики гораздо шире и многообразней.

Некоторые философы достаточно широко понимают символ применительно к праву. Так, С. Г. Сычёва под одним из важнейших символов в политике понимает юридический закон. Она пишет: «...закон – это символ, а символ – это закон ... В каком смысле можно говорить, что закон – это символ? В том, что он выступает идеальным планом, конструкцией человеческого поведения в обществе. Это такая задача, которая в своём един-

стве должна выполняться огромным множеством индивидов, несмотря на их личную неповторимость. Закон стимулирует нас к действию или недействию» [3, с. 16].

На первый взгляд подобная точка зрения на закон в самом широком смысле и право в целом, будучи истинной, представляется малоперспективной при исследовании сугубо юридических символов. На уровне неопровержимой презумпции (правового постулата) можно признать, что для каждого человека закон и право являются определёнными символами (хотя и это суждение распространяется не на всех граждан). Равным образом правильным, на наш взгляд, будет утверждение, что

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

закон одним фактом своего наличия уже оказывает влияние на поведение людей. Однако нам представляется (и в дальнейшем мы попытаемся доказать эту мысль), что законодатель в некоторых случаях намеренно использует свойства закона как символа для воздействия на поведение людей.

Если мы обратимся к восприятию знаков и символов в праве, то увидим, что проблематика символов и знаков обсуждается юристами достаточно активно. Однако в целом мы вынуждены констатировать, что дискуссии относительно природы правовых символов носят недостаточно определённый характер.

Так, большинство авторов вообще избегают давать определение символам в праве.

В работах по юридической символике достаточно часто приводится определение, данное М. Л. Давыдовой, согласно которому символ – это некоторая знаковая структура, служащая для обозначения идеального содержания, отличная от её непосредственного предметного бытия, открывающегося органам чувств [4, с. 56]. Однако данное определение было взято М. Л. Давыдовой из учебника А. И. Пигалёва по культурологии в качестве рабочего без какого-либо обоснования его использования и дальнейших разъяснений. В то же время указанные разъяснения необходимы ввиду того, что предложенное определение не выполняет функции разъяснения содержания обозначаемого понятия ввиду своей явно недостаточной конкретности: в частности, непонятно, что понимать под знаковой структурой, что такое идеальное содержание, что такое непосредственное предметное бытие.

П. Д. Шалагинов в кандидатской диссертации, посвящённой функциям правовых символов, даёт следующее определение правового символа – «...это создаваемый или санкционируемый государством условный знак, ценностное образование, выражающий определённое юридическое содержание и охраняемый государством» [5, с. 8].

Особое внимание правовым символам как средствам правоприменительной техники было уделено в одноимённой диссертации О. И. Шарно. Под правовым символом как средством юридической техники она предлагает понимать культурно-ценностное государственно-правовое юридико-техническое (прикладное) средство, предназначенное для эффективности восприятия правового материала, приобретающее в зависимости от политико-правового смысла определённые форму и содержание (от условного образа до знака), используемое в

определённом процедурном порядке и признаваемое и санкционируемое государством [6, с. 83]. Как мы видим, в данном определении автор обращает внимание на тесную связь правовых символов с культурой в целом. Поэтому в данное определение были включены признаки, характерные для символа как элемента культуры (в частности, его культурно-ценностный характер, изменчивость символа в зависимости от контекста).

В целом авторы, давая определение правовых символов как особого средства юридической техники, указывают множество самых разных признаков, касающихся в том числе и символа как категории культурной и философской. Мы полагаем, что при определении символа как средства юридической техники определяющим признаком должно быть назначение его применения, на основании чего символ может быть определён как особое средство юридической техники, используемое в целях экономии правового воздействия, а также имеющее целью воздействие на психологическое состояние субъекта правоотношений.

Что касается символических действий, то они исследованы в науке в целом недостаточно. Одним из первых о подобного рода действиях в отечественном правоведении упомянул Д. И. Мейер в рамках исследования понятия скрытых фактов как особых действий, которые хотя и не отвечают формальным требованиям к юридическим фактам, но в то же время свидетельствуют о намерении лица вступить в правоотношения и, соответственно, эти правоотношения порождают (например, фактическое принятие наследства) [7, с. 68–84]. Д. И. Мейер специально отграничивал скрытые факты от символических действий (хотя и указывал на их сходство в той части, что в обоих случаях вместо непосредственного выражения воли имеет место знак) по двум признакам: во-первых, в символическом действии знак является сугубо условным, состоит в искусственной связи с действием, тогда как знак скрытого факта свидетельствует о наличии действия в силу наличия внутренней связи с этим действием; во-вторых, знак в символическом действии совершается с целью его выражения и признаётся в качестве такового компетентными органами, в то время как знак скрытого факта не имеет назначения его выразить, выдаёт его против воли самого лица [7, с. 70].

Что касается собственно символических действий, то Д. И. Мейер рассматривал их как симптом состояния «...младенствующего общества,

которое одно под преобладающим влиянием воображения в состоянии бессознательно принимать знак действия за само действие, подобно тому как дети серьёзно принимают куклу за человека, игру за дело, и потому нередко действительно облакает символ в юридическое значение, свойственное самому действию» [7, с. 70–71]. Подобный взгляд на символические действия в настоящее время видится уже достаточно архаичным.

Достаточно развёрнутую критику позиции Д. И. Мейера дал Г. Ф. Дормидонтов. Он поставил под сомнение отграничение Д. И. Мейером скрытых фактов от презумпций и фикций. Согласно позиции Г. Ф. Дормидонтова, скрытые действия, по сути, представляют собой разновидность презумпции (неспроста соответствующий параграф он назвал «Скрытые действия (презумпция воли)»).

Рассуждая о скрытых действиях, Г. Ф. Дормидонтов с необходимостью выходит на проблему конклюдентных действий и выделяет две их разновидности: во-первых, это те действия, «...при которых заключение к скрытой воле действительно обязательно для судьи и для самого действующего, хотя бы даже он заявлял протест против такого заключения»; во-вторых, это «...те действия, при которых заключение к скрытой воле действующего сомнительно и допускает возможность нескольких предположений, из которых закон указывает одно (сообразуясь со степенью его вероятности, или, независимо от этого, по другим соображениям), как такое, которому предпочтительно должен следовать судья, если со стороны действующего не будет заявлено протеста...» [8, с. 58–49].

В современном трудовом праве ярким примером скрытых действий подобного рода являются действия, описанные в ч. 2 ст. 67 ТК РФ. А именно закон говорит здесь о двух случаях скрытых действий: фактическом допущении работника к работе и оформлении гражданско-правового договора вместо трудового.

При фактическом допущении работника к работе (если, конечно, выполнены все условия такого допущения) возникают права и обязанности, тождественные тем, которые возникают при заключении трудового договора в письменной форме, с единственной разницей – дополнительно у работодателя возникает обязанность оформить с работником договор в письменной форме в течение трёх рабочих дней. В. В. Архипов, на наш взгляд, обоснованно выводит из описываемой обязанности работодателя также и право работника

требовать оформления трудового договора в трёхдневный срок [9].

В этом контексте фактическое допущение представляет собой в чистом виде конклюдентную сделку первого типа по классификации Г. Ф. Дормидонтова. Мотивы работодателя, осуществляющего фактическое допущение, значения не имеют. Иными словами, знаковое действие в виде фактического допущения совершенно безапелляционно свидетельствует о желании работодателя (по крайней мере, на уровне неопровержимой презумпции) заключить трудовой договор.

В данном случае, однако, возникает следующая проблема: договор есть добровольное волеизъявление двух лиц, и закон не отвечает на вопрос, как быть в том случае, если работник отказывается подписывать трудовой договор (например, мотивируя это недостаточностью благоприятными для себя условиями договора) (ещё раз обратим внимание на то, что обязанность оформить договор возникает только у работодателя, а не у работника). Законодатель, насколько мы можем судить, в данном случае действовал по схеме: раз работодатель нарушил нормальный порядок заключения договора (осуществил скрытые действия), то и риски, связанные с исправлением этого положения, он принимает на себя. Однако независимо от мотивов законодателя мы вынуждены констатировать пробельность законодательства в регулировании подобных случаев.

Отчасти проблему решает обращение к общеправовому принципу запрета злоупотребления правом (признанному на уровне Пленума Верховного суда и даже частично применительно к увольнению работника – п. 27 Постановления Пленума Верховного суда от 17 марта 2004 года № 2). Полагаем, что при наличии злоупотребления правом со стороны работника, знающего об обязанности работодателя оформить с ним трудовой договор в трёхдневный срок и намеренно устанавливающего условия, явно неприемлемые для работодателя, принципиально возможно защитить права работодателя таким образом в виде освобождения от ответственности за несоблюдение трёхдневного срока (в первую очередь речь идёт о привлечении к административной ответственности по п. 4 ст. 5.27 КоАП РФ, хотя не исключаются и иные виды ответственности).

Однако как быть в том случае, если стороны вполне добросовестно не могут согласовать условия трудового договора, ответ дать достаточно сложно.

Несколько иная ситуация имеет место при второй разновидности скрытных действий – заключении гражданско-правового договора вместо трудового. Начать следует с того, что само по себе заключение гражданско-правового договора вместо трудового не влечёт за собой автоматически возникновения трудовых отношений (в отличие от фактического допущения). Для этого необходим (но недостаточен) особый юридический факт, который кодекс именуется «признанием отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми».

Следует обратить внимание на достаточно интересную в теоретическом плане проблему. Статья 16 ТК РФ «Основания возникновения трудовых отношений» относит признание отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми к случаям сложного фактического состава (о чём говорит и название статьи 19.1 ТК РФ), в то время как возникновение отношений на основании фактического допущения к таковым не относится.

Подобный подход законодателя нам видится достаточно странным, тем более что он влечёт и вполне осязаемые практические последствия. Как мы указывали выше, в результате фактического допущения трудовые отношения возникают автоматически и существуют независимо от того, оформят ли стороны в дальнейшем трудовой договор. Совсем иная ситуация имеет место при признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми. Как следует из положений ст. 19.1 ТК РФ, юридический факт признания гражданско-правовых отношений трудовыми сам по себе не влияет на их природу, а влечёт обязанность заказчика оформить трудовой договор не позднее трёх рабочих дней со дня такого признания, если иное не установлено судом (ч. 2 ст. 67 ТК РФ). Последняя оговорка законодателя является весьма загадочной. Так, В. А. Болдырев полагает, что это всего лишь «...способ противопоставления судебного срока сроку законному, закрепление возможности судейского усмотрения» [10]. Полагаем, что данная оговорка введена законодателем специально на тот случай, если работодатель в силу каких-то уважительных причин не сможет оформить трудовой договор в трёхдневный срок. Оценка этих причин, как мы видим, оставлена на откуп судебного усмотрения.

Следует обратить внимание и на терминологические несоответствия: и применительно к фактическому допущению, и применительно к при-

знанию отношений трудовыми законодатель, говоря об обязанности работодателя, оперирует термином «оформить трудовой договор». Если к фактическому допущению данный термин применён адекватно, то к признанию отношений трудовыми явно более подходит термин «заключить трудовой договор».

Таким образом, получается, что сам по себе факт признания гражданско-правовых отношений трудовыми не меняет их отраслевой природы, а влечёт обязанность работодателя заключить на основании этого признания трудовой договор (и таким образом реализуется сложный состав возникновения трудовых отношений).

На наш взгляд, подобная позиция законодателя является ошибочной и внутренне противоречивой, что очень хорошо проявляется при анализе собственно предписаний ст. 19.1 ТК РФ. Согласно ч. 2 ст. 19.1 ТК РФ, если отношения, возникшие на основании гражданско-правового договора, уже прекратились, признание этих отношений трудовыми отношениями осуществляется судом. Исходя из системного толкования данной нормы в связи с другими предписаниями данной статьи и статьи 67 ТК РФ, в течение трёх рабочих дней после вступления в законную силу решения суда работодатель обязан заключить с работником трудовой договор, который будет распространяться на гражданско-правовые отношения, имевшие место в прошлом и уже прекратившие своё действие. Без заключения данного договора отраслевая принадлежность указанных отношений не может быть изменена, что выглядит явно абсурдным.

Равным образом весьма странно смотрится рассматриваемая позиция законодателя и в контексте применения ч. 5 ст. 19.1 ТК РФ, которая предписывает, что при признании гражданско-правовых отношений трудовыми они считаются возникшими с момента фактического допущения работника к работе на основании гражданско-правового договора. Получается, что отношения, которые изначально можно квалифицировать как отношения, возникшие на основании фактического допущения, почему-то ставятся в зависимость вначале от признания их трудовыми, а затем от заключения работодателем с работником трудового договора. Нам подобный подход видится, по меньшей мере, странным.

Нельзя не отметить и тот факт, что изменения в ТК РФ, связанные с введением ст. 19.1 (ФЗ от 28.12.2013 № 421-ФЗ), ухудшили положение работника по сравнению с ранее действующими

нормами. Так, согласно предыдущей редакции ч. 4 ст. 11 ТК РФ, если судом было установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулировались трудовые отношения, то к этим отношениями применялись нормы трудового права. Это же предписание продублировано и в п. 8 Постановления Пленума от 17 марта 2004 года № 2, то есть ранее у судов было право переквалифицировать трудовые отношения, которым они пользовались достаточно активно.

В соответствии с новыми поправками в ч. 4 ст. 11 ТК РФ у судов есть право переквалифицировать гражданско-правовые отношения в трудовые «...в порядке, установленном настоящим Кодексом, другими федеральными законами...», то есть в порядке ст. 19.1 ТК РФ. И. К. Дмитриева пишет, что теперь ч. 4 ст. 11 ТК РФ «...носит более общий характер...», фактически конкретизируясь в положениях ст. 19.1 ТК РФ, с чем нельзя не согласиться [11].

Огрехи законодательного регулирования частично смягчаются судебной практикой, а именно суды в подобных случаях ссылаются на положения ч. 2 ст. 67 ТК РФ о фактическом допущении, на положения п. 8 Постановления Пленума Верховного суда от 17 марта 2004 г. № 2, согласно которым, если между сторонами заключен договор гражданско-правового характера, однако в ходе судебного разбирательства будет установлено, что этим договором фактически регулируются трудовые отношения между работником и работодателем, к таким отношениям в силу ч. 4 ст. 11 Трудового кодекса РФ должны применяться положения трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права. На основании этого они признают отношения трудовыми, а обязанность работодателя заключить трудовой договор выводят уже из факта этого признания [12–14]. Однако, как мы указывали выше, в строгом смысле ссылки на положения Постановления Пленума Верховного суда от 17 марта 2004 г. в данном случае необоснованны, так как они отсылают к положениям ч. 4 ст. 11 ТК РФ, а та, в свою очередь, к ст. 19.1 ТК РФ.

Следует также отметить, что ряд исследователей, например Г. В. Хныкин, скептически отнеслись к изучаемым изменениям, усомнившись в их эффективности [15, с. 17]. В. А. Болдырев также обращает внимание и на возможности злоупотребления правом со стороны работников в связи с указанными изменениями [16].

Нам представляется, что законодатель ввёл статью 19.1 ТК РФ и внёс изменения в статьи 11 и 67

ТК РФ без достаточной теоретической проработки, повинуясь сугубо прикладной цели обеспечения защиты работников от необоснованного заключения гражданско-правового договора, фактически регулирующего трудовые отношения.

Как мы отмечали выше, решение законодателя отнести случаи признания отношений на основании гражданско-правового договора трудовыми к сложному юридическому составу возникновения трудовых отношений является ошибочным. Более того, мы убедились, что законодатель, даже прописав отдельно процедуру признания отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми, вынужден был в конечном счёте обратиться к конструкции фактического допущения.

Полагаем, что выделение признания отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми как отдельной разновидности скрытых действий, наряду с фактическим допущением, нецелесообразно. Считаем, что по своей природе допущение работника к работе на основании гражданско-правового договора является всего лишь частным случаем фактического допущения. На наш взгляд, квалифицирующими признаками допущения к работе является, как это указано в ч. 2 ст. 67 ТК РФ, фактическое приступление работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя без оформления трудового договора в письменной форме. Оформлены ли были другие договоры или акты в целом (гражданско-правовые или какие-то другие), для установления факта возникновения трудовых отношений не должно иметь принципиального юридического значения.

Ссылки

1. Карабанова Е. Н. Особо почитаемые символы как объект уголовно-правовой охраны: проблемы законодательного регулирования // *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2013. № 10. С. 62–65.
2. Куратов А. А. Выявление мотивов правонарушений, способствующих незаконному использованию Государственного герба Российской Федерации // *Административное право и процесс*. 2016. № 10. С. 60–63.
3. Сычёва С. Г. Проблема символа в философии. Томск, 2000. 197 с.
4. Давыдова М. Л. Правовые символы и символы в праве: понятие, значение, классификация // *Юридическая техника*. 2008. № 2. С. 56–63.

5. Шалагинов П. Д. Функции правовых символов: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. 26 с.
6. Шарно О. И. Правовые символы как средство правоприменительной техники: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2014. 183 с.
7. Мейер Д. И О юридических вымыслах и предположениях, о скрытных и притворных действиях. Казань, 1854. 127 с.
8. Дормидонтов Г. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. 189 с.
9. Архипов В. В. Место и значение трудового договора в регулировании и организации трудовых отношений: теория и практика // Законодательство и экономика. 2009. № 7. СПС «Консультант Плюс».
10. Болдырев В. А. Процедуры констатации факта существования трудового отношения // Современное право. 2015. № 1. СПС «Консультант Плюс».
11. Дмитриева И. К. Признание отношений, связанных с использованием личного труда и возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми // Законодательство и экономика. 2016. № 3. СПС «Консультант Плюс».
12. Апелляционное определение Оренбургского областного суда от 10.02.2016 по делу № 33-1007/2016. СПС «Консультант Плюс».
13. Апелляционное определение Краснодарского краевого суда от 10.03.2016 по делу № 33-5086/2016. СПС «Консультант Плюс».
14. Апелляционное определение Краснодарского краевого суда от 15.03.2016 по делу № 33-5087/2016. СПС «Консультант Плюс».
15. Хныкин Г. В. Потери и приобретения российского законодательства // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 2. С. 15–19.
16. Болдырев В. А. Договорная констатация факта существования трудового отношения: риски злоупотребления правом // Гражданское право. 2015. № 6. С. 37–39.