

Министерство образования и науки Российской Федерации
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«САРАТОВСКИЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ Н.Г. ЧЕРНЫШЕВСКОГО»

Кафедра гражданского права и процесса

**Нетрадиционные источники гражданского права
в российской правовой системе**

АВТОРЕФЕРАТ МАГИСТЕРСКОЙ РАБОТЫ

магистранта 3 курса 363 группы
направления подготовки 40.04.01. «Юриспруденция»
юридического факультета СГУ им. Чернышевского
Агафоновой Елены Анатольевны

Научный руководитель
к.ю.н., доцент



Зеленский П.А.

зав. кафедрой
к.ю.н., доцент



Тогузаева Е.Н.

Саратов 2018

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

Реферируемая работа посвящена исследованию нетрадиционных источников гражданского права в российской правовой системе, к которым автор относит: обычай, основополагающие принципы гражданского права, судебный прецедент и судебную практику, доктрину гражданского права. Проблематика работы связана с необходимостью выявления существенных черт нетрадиционных источников гражданского права, отграничения их от других категорий в системе источников права и исследования ряда других вопросов.

Актуальность темы исследования. Эффективное осуществление правовой реформы в современной России, обеспечение прав и свобод личности и упрочение законности невозможны без теоретического понимания внутренних связей в системе источников гражданского права и закономерностей их формирования. Между тем в гражданском праве исследование этой проблемы ведется с явным приоритетом в сторону традиционных официальных источников права, чем принижаются и недооцениваются регулятивные возможности нетрадиционных источников гражданского права.

Нетрадиционные источники гражданского права – это система нормативных предписаний, создаваемых, как правило, в процессе правоприменительной деятельности не уполномоченными на то государственными органами, или хотя и уполномоченными на то органами, но при безусловном субсидиарном характере применения таких предписаний для урегулирования общественных отношений по сравнению с нормативно-правовыми актами, возникающими без прямого государственного вмешательства, но при последующем государственном одобрении.

Нетрадиционные источники права имеют собственную неповторимую природу, обладают особой спецификой юридической силы и сферы действия, занимают определенное место в правовой системе. Их роль неуклонно

возрастает. Они представляют собой достаточно заметный, бурно развивающийся сектор в системе источников гражданского права. Практикующим юристам все чаще приходится с ними сталкиваться.

Актуальность исследования нетрадиционных источников гражданского права заключается в том, что их комплексное изучение необходимо для составления полной картины правопонимания и единства правоприменительной практики. Институты гражданского права требуют некой основы в процессе познания и дальнейшей реализации норм, чем и являются нетрадиционные источники.

Исследование нетрадиционных источников гражданского права требует выявления их сущностных черт, отграничения от иных категорий, а также определения тех сфер общественных отношений, в которых они раскрываются наиболее полным образом, а также условий, позволяющих им наиболее эффективно функционировать.

Объектом исследования являются общественные отношения в сфере действия нетрадиционных источников гражданского права, представляющие собой сложные, многоаспектные связи между его субъектами.

Предметом исследования выступают наиболее общие закономерности возникновения, функционирования и развития системы нетрадиционных источников права, специфика их проявления и использования в гражданском праве.

Цель исследования заключается в комплексном общетеоретическом анализе нетрадиционных источников гражданского права как системы юридических явлений, занимающих определенное место в механизме правового регулирования.

Для того, чтобы достичь поставленной цели, необходимо решить следующие задачи:

- дать понятие источника гражданского права;
- изучить систему традиционных источников гражданского права;

- изучить понятие и отличительные особенности нетрадиционных источников права;
- рассмотреть обычай как источник российского гражданского права;
- исследовать основополагающие принципы гражданского права в России;
- рассмотреть судебный прецедент и судебную практику в российском гражданском праве;
- исследовать доктрину гражданского права;
- рассмотреть место и роль нетрадиционных источников гражданского права в российской правовой системе.

Научная новизна исследования состоит в анализе особенностей формирования и развития системы нетрадиционных источников гражданского права, определении их роли и значения в системе источников, выявлении проблем их исследования и применения.

Методологическую основу исследования составили как общенаучные методы, среди которых применялись общие методы познания (диалектический, исторический), так и частные: анализ, синтез, аналогия, индукция, дедукция, моделирование. Из специальных методов использовались следующие: формально-юридический, сравнительно-правовой, межотраслевой и структурно-функциональный.

Степень научной разработанности темы. Проблема источников права всегда находилась в сфере научных интересов исследователей. В общетеоретическом плане рассматриваемым вопросом занимались Н.Г. Александров, С.С. Алексеев, Л.И. Антонова, М.И. Байтин, В.М. Баранов, С.Н. Братусь, А.И. Васильев, Н.Н. Вопленко, И.В. Воронкова, С.А. Галунский, В.М. Горшенев, С.Л. Зивс, В.Б. Исаков, Д.А. Керимов, С.Ф. Кечекьян, В.Н. Кудрявцев, В.Л. Кулапов, В.В. Лазарев, А.В. Малько, Г.В. Мальцев, С.Ю. Марочкин, М.Н. Марченко, В.С. Нерсесянц, А.С. Пиголкин, С.В. Поленина, Н.Н. Разумович, В.А. Сапун, И.Н. Сенякин, В.Н. Синюков, Ю.А. Тихомиров, Б.Н. Топорнин, А.Ф. Шебанов, Л.С. Явич.

Положения, выносимые на защиту:

1) Нетрадиционные источники гражданского права представляют собой систему нормативных предписаний, создаваемых, как правило, в процессе правоприменительной деятельности не уполномоченными на то государственными органами или хотя и уполномоченными на то органами, но при безусловном субсидиарном характере применения таких предписаний для урегулирования общественных отношений по сравнению с нормативно-правовыми актами, возникающими без прямого государственного вмешательства, но при последующем государственном одобрении.

2) Нетрадиционные источники гражданского права имеют собственную неповторимую природу, обладают особой спецификой юридической силы и сферы действия, занимают своё определённое место в правовой системе. Их роль неуклонно возрастает. Они представляют собой достаточно заметный, бурно развивающийся сектор в системе источников гражданского права. Несомненным показателем значения нетрадиционных источников гражданского права является их признание практикой, использование при разрешении юридических конфликтов. Судебные органы, при рассмотрении споров и вынесении судебного акта всё чаще ссылаются на правовые позиции Конституционного суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ. Всё большее значение для суда принимают обычаи делового оборота, сложившиеся в определённой области предпринимательской деятельности, а также заведенный порядок и торговые обыкновения, которыми руководствуются лица в своих отношениях. Судебные органы при выработке правильного и единообразного подхода к разрешению конкретных дел руководствуется принципами частного права, как ориентирами. Квалифицируя сложившиеся отношения, судьи зачастую используют положения, выработанные доктриной, что делает их правовую позицию более убедительной, логичной и грамотной.

3) Исследование нетрадиционных источников гражданского права требует выявления их сущностных черт, отграничения от иных категорий, а

также определение тех сфер общественных отношений, в которых они раскрываются наиболее полным образом, а также условий, позволяющих им наиболее эффективно функционировать. К нетрадиционным источникам гражданского права мы относим правовой обычай, основополагающие принципы гражданского права, судебный прецедент и правовую доктрину.

Апробация результатов исследования. Основные теоретические положения и результаты диссертационного исследования прошли апробацию на международных научно-практических конференциях и форумах:

1. Международный научный симпозиум, посвященный 100-летию гуманитарного образования в СГУ «Столетие гуманитарного образования в Саратовском Государственном Университете: диалог времен-прошедшего, настоящего и будущего», проходивший 25.10.2017 года в СГУ имени Н.Г. Чернышевского (г. Саратов).

2. III Международная научно-практическая конференция «Перспективы становления и развития медиации в регионах», проходившая 07.12.2017. в СГУ имени Н.Г. Чернышевского (г. Саратов).

По теме исследования автором написаны, сданы в печать и в настоящее время готовятся к опубликованию 2 научные работы:

1. Нетрадиционные источники гражданского права и потребность их изучения при подготовке юристов // Сборник научных статей по результатам международного научного симпозиума, посвященного 100-летию гуманитарного образования в СГУ «Столетие гуманитарного образования в Саратовском государственном университете: диалог времен – прошедшего, настоящего и будущего». Саратов, СГУ имени Н.Г. Чернышевского, 2018 (Сборник в печати).

2. Источники правового регулирования медиации в России // Сборник научных статей по результатам III Международной научно-практической конференции «Перспективы становления и развития медиации в регионах»,

проходившей в СГУ имени Н.Г. Чернышевского 07.12.2017. Саратов, СГУ имени Н.Г. Чернышевского, 2018 (Сборник в печати).

Структура магистерской диссертации обусловлена предметом, целями и задачами исследования и состоит из введения, двух глав, разбитых на восемь параграфов, заключения и списка использованных источников.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность магистерской диссертации, освещена степень изученности выбранной тематики, определены цель, задачи, объект, предмет исследования, методология, научная новизна исследуемой темы, положения, выносимые на защиту, результаты апробации и структура работы.

Главе 1 «Общая характеристика источников гражданского права» состоит из трех параграфов и посвящена классификации источников гражданского права.

В *параграфе 1.1 «Понятие источника гражданского права»* мы приходим к выводу о том, что понятие «источник (форма права)», при любых обстоятельствах будет оставаться дискуссионным. В целях исследования необходимо брать за основу понимание источника гражданского права как формы, благодаря которой норма приобретает общеобязательный характер, что куда ближе к формальному (юридическому) пониманию в общем виде. Этот вариант представляется наиболее удачным, так как не возникает «размытых» понятий и все виды источников права можно выстроить в стройную систему.

В источниках права находят закрепление права и свободы человека и гражданина, механизмы их обеспечения и защиты. Неважно, откуда произошли эти нормы, что их породило, важно то, в каком виде они

представлены для общественности. А самое главное, чтобы для всех субъектов эти источники были едиными. Для этого необходимо их подтверждение со стороны государства. Только так можно понять, где поистине содержатся гражданские правовые нормы, а где просто какие-то правила, которые, возможно, не будут иметь юридической силы и общеправового значения. Автор приходит к очевидному выводу о том, что у этих норм имеется сама форма, но без воли создателей права, стать источниками, регулирующими поведение субъектов в гражданских правоотношениях, они не смогут. Единственным нюансом является лишь то, что не все правовые явления, будучи реально действующими как источник права и имеющие все его признаки, официально признаны законодателем, однако это не означает, что к их пониманию должен быть применен какой-то иной подход.

В *параграфе 1.2* «Система традиционных источников гражданского права» удалось прийти к выводу о том, термин «источник гражданского права», являющийся традиционным и имеющий довольно длительную историю, в настоящее время рассматривается в трех смыслах. Во-первых, это источник в материальном смысле, т. е. это те общественные отношения (экономические, политические и др.), которые порождают нормы права.

Во-вторых, термин «источник права» в идеальном идеологическом смысле означает правосознание. В данном случае это представление о том, каким должно быть право.

Таким образом, гражданское право, отражая общественные отношения, сначала проходит через сознание общества, которое принимает форму правосознания.

В-третьих, в формальном, собственно юридическом смысле, источником гражданского права является гражданское законодательство в которых выражена воля общества, отдельных групп классов.

Гражданское законодательство представляет собой систему различных взаимосвязанных и взаимодействующих друг с другом источников права,

содержащих нормы частного, гражданского права, обязательным условием для которых является признание их со стороны государства. В соответствии со ст. 3 Гражданского кодекса основу данной системы составляет Гражданский кодекс РФ, а также принятые в соответствии с ним федеральные законы и иные нормативные правовые акты, действующие на всей территории РФ.

Подводя итог данному параграфу, следует отметить, что система традиционных источников гражданского права представляет собой совокупность источников (форм права), содержащих нормы гражданского права. Элементами системы источников гражданского права являются: Конституция РФ и федеральные конституционные законы; общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ; гражданское законодательство, включающее в себя ГК РФ, а также принятые в соответствии с ним иные федеральные законы; указы Президента РФ, регулирующие гражданско-правовые отношения; постановления Правительства РФ, содержащие нормы гражданского права; акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти, содержащие нормы гражданского права; обычаи (местные, национальные, обычаи делового оборота, международные обычаи торгового мореплавания и др.); нормативные договоры (договоры нормативного характера).

Кроме того, рассматривая систему источников гражданского права с точки зрения применения норм гражданского права, необходимо указать на возможность применения аналогии закона и аналогии права в случаях, когда предусмотренные пунктами 1 и 2 ст. 2 ГК РФ отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон (договором) и отсутствует применимый к ним обычай.

В параграфе 1.3 «Понятие и отличительные особенности нетрадиционных источников права» было рассмотрено понятие нетрадиционных источников гражданского права и дана их общая характеристика. На основе проведенного в этой части исследования удалось

прийти к ряду следующих выводов. А именно, несмотря на расхождения в отечественной правовой науке по вопросу терминологии, дефиниция «нетипичные источники права» (или «нетрадиционные источники права») употребляется для обозначения источников, не характерных для той или иной правовой системы и применяемых в ней субсидиарно.

При этом сам перечень всех источников права является вполне устоявшимся: правовой обычай, правовой прецедент, нормативно-правовой акт, договор нормативного содержания, правовая доктрина, правосознание, религиозные тексты.

Иначе говоря, явление нетипичности рассматривается не по отношению ко всему известному комплексу источников права, а происходит выделение групп источников из перечня известных, которые не свойственны той или иной национальной правовой системе или правовой семье.

Отечественная правовая наука выделяет ряд критериев признания источников права в качестве нетипичных. Эти критерии успешно применяются в рамках национальных правовых систем, а сам перечень нетипичных источников в рамках той или иной национальной правовой системы является уникальным и определяется ее особенностями.

Глава 2 «Нетрадиционные источники российского гражданского права» состоит из пяти параграфов посвящена исследованию вопросов формирования, развития и применения нетрадиционных источников гражданского права.

В параграфе 2.1 «Обычай как источник российского гражданского права» исследуются вопросы, связанные с правовым обычаем как нетрадиционным источником гражданского права. Указывается, что обычай – источник гражданского права, который признан законодательно. Ст. 5 ГК РФ определяет его как сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо «документе».

Мы приходим к выводу о том, что обычай – это некая модель поведения, которая постоянно повторяется людьми в течении долгого времени и воспринимается как данность в силу привычки. Со временем обычай из бытового поля перешел в правовое и стал юридическим, стал источником права. Это произошло по причине того, что законы не всегда в силах предусмотреть все виды отношений, возникающих между людьми, им часто самим приходится решать различные споры и вопросы. Отличие правового обычая от неправового проявляется в том, что первому предоставлена некоторая защита со стороны государства и только после этого он приобретает правовой характер.

В рамках исследования, проведенного в *параграфе 2.2*, «Основополагающие принципы гражданского права в России» удалось рассмотреть такие нетрадиционные источники гражданского права, как принципы гражданского права.

Гражданское право представляет собой отрасль частного права, совокупность норм которой регулирует инициативную деятельность участников общественных (гражданско-правовых) отношений, направленную на удовлетворение их собственных (частных) интересов.

Анализ гражданского законодательства РФ и накопленный опыт его практического применения позволяют сделать вывод, что в настоящее время система этого законодательства, основанная на Гражданском кодексе РФ и федеральных законах, отражает особенности и задачи гражданского права. Эта система уже доказала свою способность успешно регулировать складывающиеся в Российской Федерации рыночные отношения.

Она в целом может быть сохранена и на достаточно длительную перспективу. Вместе с тем сложившаяся система правового регулирования гражданско-правовых отношений нуждается в дальнейшем совершенствовании.

В ст. 1 ГК РФ перечисляются основные начала гражданского законодательства, которые в доктрине принято называть основополагающими принципами права.

«Принципы права начинают приобретать универсальное значение и рассматриваться как «высшее право» в области обеспечения прав человека». Это происходит потому, что они гораздо устойчивее и практически не меняются по сравнению с нормами права, что обеспечивает стабильность правоотношений. Принципы права определяют пути совершенствования правовых норм, выступая в качестве руководящих идей для законодателя, поэтому являются не менее важным источником права в современной системе права.

Исследованные в *параграфе 2.3 «Судебный прецедент и судебная практика в российском гражданском праве»* вопросы позволили сделать следующее заключение: довольно часто в научной литературе можно столкнуться с отождествлением понятий «судебный прецедент» и «судебная практика», что представляется не корректным, поскольку данные понятия отражают хотя и близкие, но все же различные правовые явления. Понятие «судебная практика» применяется лишь в том случае, когда выявляется определенная позиция судебных органов в отношении разрешения гражданско-правового спора.

Подводя итог, можно сделать вывод: судебный прецедент не признается в РФ источником права, тем не менее, он играет немаловажную роль. В правовой системе России уже давно сложились условия для официального признания судебного прецедента в качестве источника права.

Применение судебного прецедента в рамках закона позволит восполнять пробелы правового регулирования, совершенствовать правовые механизмы защиты прав и свобод человека, обеспечить стабильность правоприменения, что, кроме того, будет способствовать реализации принципа равенства всех перед законом и судом, а также формированию правовой государственности в РФ. Следовательно, судебные прецеденты

должны иметь юридическую силу при вынесении окончательных решений судом.

Исследованию вопросов доктрины гражданского права как его нетрадиционного источника посвящен параграф 2.4 «Доктрина гражданского права». Был сделан вывод о том, что сама по себе она не имеет в своем содержании механизма собственной реализации как источника права, но благодаря воплощению в юридических актах, она служит непосредственной основой для решения юридических споров и проблем.

Заключительный параграф 2.5 «Место и роль нетрадиционных источников гражданского права в российской правовой системе» исследования позволил прийти к следующим выводам. Несомненным показателем значения нетрадиционных источников гражданского права является их признание практикой, использование при разрешении юридических конфликтов. Судебные органы, при рассмотрении споров и вынесении судебного акта всё чаще ссылаются на правовые позиции Конституционного суда РФ, Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ. Всё большее значение для суда принимают обычаи делового оборота, сложившиеся в определённой области предпринимательской деятельности, а также заведенный порядок и торговые обыкновения, которыми руководствуются лица в своих отношениях. Судебные органы при выработке правильного и единообразного подхода к разрешению конкретных дел руководствуется принципами частного права, как ориентирами. Квалифицируя сложившиеся отношения, судьи зачастую используют положения, выработанные доктриной, что делает их правовую позицию более убедительной, логичной и грамотной.

Нетрадиционные источники гражданского права также оказывают активное влияние и на законодательную власть. К ним обращаются федеральные и региональные правотворческие органы при подготовке и обсуждении проектов нормативных правовых актов.

Именно способность правовых институтов порождать нормы и регулировать при помощи этих норм соответствующие правоотношения является одним из определяющих моментов для источника как такового. Существование вышеназванных нетрадиционных источников гражданского права свидетельствует о прогрессивном развитии современного российского гражданского права, не ограничивая его только усилиями законодателя на пути реформирования правового регулирования

В заключении обобщаются результаты исследования и намечаются ближайшие перспективы изучения нетрадиционных источников гражданского права. В частности, можно сказать о следующем.

Существуют ряд критериев признания источников гражданского права в качестве нетрадиционных. Такие критерии признания успешно применяются в рамках национальных правовых систем, а сам перечень нетипичных источников в рамках той или иной национальной правовой системы является уникальным, единственным и определяется ее особенностями.

К нетрадиционным источникам гражданского права относятся: правовой обычай, основополагающие принципы гражданского права, судебный прецедент и судебная практика, доктрина гражданского права.

Нетрадиционность правового обычая права связана с субсидиарным характером применения. Нетрадиционным источником гражданского права он является, потому что не служит единственным и уникальным определением правомерного дозволенного, запрещенного либо предписанного поведения, устанавливает вид и меру юридической ответственности, меры правового принуждения; не всегда может иметь внешнюю закреплённость в качестве нормы; не отличается системностью и иерархичностью и так далее, то есть он может не иметь формальной определенности, может существовать без письменной формы.

Нетрадиционным источником гражданского права основополагающие принципы гражданского права являются ввиду характера их содержания.

Общие принципы права по своим свойствам отличаются от обычной, классической нормы права, а именно, своей внутренней структурой. Это, своего рода, такие же нормы, но нормы первоначального характера: программные, дефинитивные, декларативные. К тому же общие принципы не всегда служат единственным легальным определением правомерного, запрещающего, предписанного поведения.

Судебный прецедент и правовоположения судебной практики являются нетрадиционными источниками гражданского права так как они не имеют официального характера и носят субсидиарный характер применения на практике. Применение судебного прецедента в рамках закона позволяет восполнять пробелы правового регулирования, совершенствовать правовые механизмы защиты прав и свобод человека, обеспечить стабильность правоприменения, что, кроме того, будет способствовать реализации принципа равенства всех перед законом и судом, а также формированию правовой государственности в РФ. Следовательно, судебные прецеденты должны иметь юридическую силу при вынесении окончательных решений судом.

Доктрина гражданского права не имеет в своем содержании механизма собственной реализации как источника права, но благодаря воплощению в юридических актах, она служит непосредственной основой для решения юридических споров и проблем. Следует отметить, что она не предусмотрена в качестве формально-юридического источника права в конституционных законодательных актах или в законодательстве государства.

Нетрадиционные источники гражданского права также оказывают активное влияние и на законодательную власть. К ним обращаются федеральные и региональные правотворческие органы при подготовке и обсуждении проектов нормативных правовых актов.