

УДК 347(094)

Л.А. Тхабисимова, доктор юрид. наук, профессор, заслуженный юрист Республики Адыгея
Пятигорский государственный университет

E-mail: thabisimova@rambler.ru;

А.В. Урумов, канд. юрид. наук

Северо-Кавказский институт повышения квалификации (филиал) Краснодарского
университета МВД России

E-mail: urumov07@mail.ru

НЕТРАДИЦИОННЫЕ ИСТОЧНИКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

В статье рассматриваются отдельные вопросы нетрадиционных источников гражданского права. Исследуются позиции ученых относительно понятия «нетрадиционные источники права». Авторами проанализированы основные виды нетрадиционных источников гражданского права и их роль в юридической практике.

Ключевые слова: нетрадиционные источники права, гражданское право, правовой обычай, основополагающие принципы гражданского права, судебный прецедент, судебная практика, доктрина гражданского права.

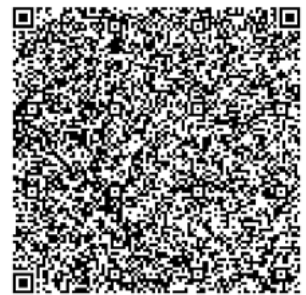
L.A. Tkhabisimova, PhD. (Doctor of Juridical Sciences), professor
Pyatigorsk State University

E-mail: thabisimova@rambler.ru;

A.V. Urumov, PhD. (Candidate of Juridical Sciences)

North-Caucasus Institute of Advanced Training (branch) of Krasnodar
University of the Ministry of the Interior of Russia

E-mail: urumov07@mail.ru



NONCONVENTIONAL SOURCES OF CIVIL LAW

The article deals with some issues of nonconventional sources of civil law. Points of view of scientists regarding the concept of «unconventional sources of law» are investigated. The authors analyzed the main types of nonconventional sources of civil law and their role in legal practice.

Key words: nonconventional sources of law, civil law, law custom, fundamental principles of civil law, judicial precedent, judicial practice, doctrine of civil law.

На современном этапе развития юриспруденции значительный теоретический и практический интерес вызывают нетрадиционные источники права российской правовой системы. Если традиционные источники, представленные системой нормативно-правовых актов, получили существенную научную разработку и являются признанными и наиболее авторитетными формами выражения и закрепления норм права, то нетрадиционные источники права требуют комплексного исследования, определения их места и роли в правовой системе России. Ряд авторов также справедливо отмечают, что тенденции

развития юридической практики предопределяют необходимость изучения не только традиционных, но и нетрадиционных источников, т.к. некоторые из них, будучи не признанными официально, имеют определенное фактическое применение на практике [1, с. 14; 4, с. 39-42].

Следует указать, что вариативность термина «нетрадиционные источники права» четко прослеживается в юридической литературе и может быть представлена несколькими подходами. Так, Д.В. Храмов указывает, что нетрадиционные источники права – это система нормативных предписа-

ний, нетипичных для конкретной правовой системы, носящих субсидиарный характер применения, а также ненормативных предписаний, необходимых для обеспечения единообразного регулирования общественных отношений и учитываемых правоприменительными органами при разрешении споров [15, с. 49]. По мнению А.П. Рожнова, нетрадиционные источники российского 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 [13, с. 29]. Оппонируя ему, Н.Н. Вопленко отмечает, что при таком понимании, по сути, речь идет о формах права, санкционированных государством. Однако нетрадиционные источники права – это не просто все формы права, которые санкционируются государством, а те из них, которые молчаливо признаются им в качестве возможных дополнительных регуляторов в сфере права. Государство «терпит» их присутствие в силу понимания закономерного характера их возникновения и полезной роли в тех областях социального регулирования, где жесткое государственное регулирование нецелесообразно [2, с. 23].

Нетрадиционные источники права, занимающие весомую роль в гражданском праве Российской Федерации, следует рассматривать в системе, которая включает в себя:

- судебный прецедент;
- судебную практику;
- правовой обычай;
- основные начала (принципы) российского гражданского права;
- доктрину гражданского права.

Из перечисленных нетрадиционных источников гражданского права центральное положение занимают судебный прецедент и судебная практика, которые часто некорректно приравниваются, а порой отождествляются. Данные понятия отражают хотя и близкие, но все же различные правовые явления [5, с. 109-111]. Категория «судебная практика» применяется лишь в том случае, когда выявляется определенная позиция судебных органов при разрешении гражданско-правового спора. При этом источником гражданского права становится не вся судебная практика, а лишь та ее часть, которая создается в результате деятельности высших судебных

органов в ходе разбирательства дел во второй и третьей инстанциях. Судебный прецедент – правовой акт высшего судебного органа, принятый в процессе осуществления правосудия и содержащий правила поведения (норму права).

Так, Конституционный Суд РФ, основываясь на нормах Конституции РФ, сформулировал правовые позиции, имеющие немаловажное значение для признания прецедентного характера его решений. Они касаются юридической силы как самих постановлений Конституционного Суда РФ, в которых тот или иной нормативно-правовой акт или отдельные его положения признаны не соответствующими Конституции РФ, так и решений, в которых выявлен конституционно-правовой смысл нормативно-правового акта и нивелируется неопределенность в ее истолковании с точки зрения соответствия Конституции РФ [14, с. 10]. Так, Конституционный Суд РФ оказал существенное влияние на регулирование института дееспособности гражданина, признав ряд норм ГК РФ неконституционными [12]. Также Конституционный Суд РФ в своем постановлении дал оценку конституционности положения п. 2 ст. 1086 ГК РФ, предусматривающего, что включение в состав утраченного гражданином в результате повреждения здоровья заработка доходов от предпринимательской деятельности производится на основании данных налоговой инспекции [11]. Данным решением Конституционный Суд РФ сформулировал общеобязательную, окончательную, непосредственно действующую и опубликованную в официальных изданиях новую норму права (правило поведения), содержащую положения для неоднократного применения, направленную на регулирование гражданско-правовых отношений, т.е. являющуюся источником гражданского права.

Порой в акте толкования высшие судебные инстанции России в ходе разъяснения фактически создают новые положения. Так, например, в совместном постановлении Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ установили, что в отношениях между организациями и гражданами проценты за пользование чужими денежными средствами подлежат уплате в размере единой учетной ставки ЦБ РФ по кредитным ресурсам, предоставляемым коммерческим банкам (ставка рефинансирования), в отличие от нормы п. 1 ст. 395 ГК РФ [7].

Касаясь возможности регулирования гражданских правоотношений обычаями, следует отметить, что ст. 5 ГК РФ, формулирующая определение обычая, входит в состав главы «Гражданское законодательство». Однако указанное положение не является основанием для включения обычая в гражданское законодательство. Как справедливо указывает

Н.Н. Павлова, во-первых, составляющие отраслевого законодательства четко без возможности расширительного толкования определены в предыдущей ст. 3 ГК РФ, и обычай в ней не представлен; во-вторых, определяя понятие «обычай», законодатель оговаривает, что это правило «не предусмотрено законодательством». Представляется абсурдным, чтобы что-то, «не предусмотренное законодательством», являлось частью этого самого законодательства. Поэтому обычай в системе источников гражданского права должен располагаться вне блока законодательных источников [9, с. 96]. При этом нормой, сформулированной в п. 2 ст. 5 ГК РФ, законодатель установил, что по своей юридической силе обычай уступает положениям нормативных правовых актов, а также договорным условиям. Обычай не подлежит применению, если он противоречит обязательным для сторон положениям законодательства либо условиям договора, что и определяет их место в системе источников гражданского права как дополнительные (восполнительные) источники в нижнем уровне иерархической структуры, т.е. это своего рода *consuetudo secundum legem* [3, с. 68].

Внесенными в ГК РФ изменениями [6] установлено, что источником российского гражданского права является не только обычай делового оборота, а просто обычай, без указания на сферу деятельности, в которой он возник, развивался, закрепился и применяется. Более широкий по смыслу термин «обычай» вобрал в себя более частные понятия местных, национальных обычаев, обычаев делового оборота, торговых и портовых обычаев и др. (например, применяемых в отношениях, связанных с определением гражданами порядка пользования общим имуществом). Указанные новеллы также ликвидировали правовое несоответствие, имевшее место в ГК РФ: источником гражданского права, согласно норме первой главы, являлся обычай делового оборота, а на практике допускалось применение как национального обычая (при приобретении гражданином имени – п. 1 ст. 19), так и местных обычаев (при сборе ягод, ловле рыбы или добыче других общедоступных вещей и животных – ст. 221). Эти правила поведения, основанные на местных и национальных обычаях, никак не относились к области предпринимательской деятельности, в которой только и допускалось правовое регулирование обычаем делового оборота.

Нетрадиционным источником гражданского права основные начала (принципы) российского 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.

Основополагающие принципы гражданского права можно разделить на две группы: 1) основополагающие принципы, закрепленные в законодательстве РФ; 2) основополагающие принципы, не закрепленные в законодательстве, но вытекающие из общего смысла действующего частного права. Принципы первой группы предусмотрены законодательством Российской Федерации в качестве формально-юридических источников права, содержащих норму права. Однако они носят субсидиарный характер применения и применяются в исключительных случаях (такие принципы сформулированы и зафиксированы в ст. 1 ГК РФ). В свою очередь, принципы, не закрепленные в законодательстве Российской Федерации, но вытекающие из общего смысла действующего права, можно отнести ко второй группе нетрадиционных источников. Данные принципы играют роль дополнительного правового средства, необходимого для обеспечения единообразного регулирования гражданско-правовых отношений (принцип недопустимости ненадлежащего осуществления гражданских прав, принцип полного возмещения убытков и т.д.).

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 доктрина не предусмотрена в качестве формально-юридического источника права в законодательных актах Российской Федерации, являясь дополнительным средством определения содержания правовых норм [8]. Однако судами широко применяются положения, сформулированные правовой доктриной. Закрепление таких положений в судебных актах свидетельствует об их санкционировании судебной властью. В связи с этим следует согласиться с О.А. Папковой, которая указывает, что в случае отсутствия соответствующей нормы в законе судья разрешает спор на основании обычного права, а при отсутствии последнего – по тому правилу, которое он установил бы в качестве законодателя. При этом он следует доктрине, признанной в науке и традиции [10, с. 22].

Доктрина гражданского права применяется с присущим ему диспозитивным дозволением, а положения о возможности ее использования фиксируются в нормативных актах. Так, согласно ст. 1191

ГК РФ содержание норм иностранного права, регулирующего отношения с иностранным элементом, устанавливается в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

На основании вышеизложенного следует отметить, что:

1) нетрадиционные источники права официально не признаются или недооцениваются, хотя на практике они востребованы и находят свое место в гражданско-правовом регулировании. Порой они могут носить видимый, внешне законодательно закрепленный характер и быть признанными в качестве возможного источника права. Эти источники играют особую роль в правовой системе Российской Федерации, т.к. традиционные источники граждан-

ского права не способны регулировать все гражданско-правовые отношения. Очевидно, что реалии современной правовой жизни требуют их существования, функционирования и дальнейшего развития;

2) нетрадиционные источники гражданского права оказывают существенное воздействие не только на правоприменительную практику, но и на законодательную деятельность. К ним часто обращаются правотворческие органы при разработке и обсуждении проектов нормативных правовых актов;

3) нетрадиционные источники гражданского права взаимосвязаны и взаимодействуют с традиционными, в связи с чем данная система требует дальнейшего исследования для установления четких критериев разграничения и определения субординационной архитектуры.

Литература

1. Агафонова Е.А. Нетрадиционные источники гражданского права и потребность их изучения при подготовке юристов // 100-летие юридического образования в Саратовской области: мат-лы международной научно-практ. конф-ции в рамках международного научного симпозиума, посвященного 100-летию гуманитарного образования в СГУ. Саратов: Изд-во «Саратовский источник», 2018. С. 14-16.

2. Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. 102 с.

3. Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М.: Норма, ИНФРА-М, 2011. 160 с.

4. Зеленский П.А. Практическая направленность юридического образования – актуальная потребность современного гражданского общества в России // Современная юридическая наука и правоприменение: сборник статей по мат-лам всероссийской научно-практ. конф-ции, проводимой в рамках вторых Саратовских правовых чтений (Саратов, 28-29 мая 2009 г.). Саратов: Изд-во СГАП, 2009. С. 39-42.

5. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право. М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2008. 512 с.

6. О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: федеральный закон РФ от 30.12.2012 № 302-ФЗ (ред. от 04.03.2013) // Собрание законодательства РФ. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627; 2013. № 9. Ст. 873.

7. О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 8 от 01.07.1996 // Вестник ВАС РФ. 1996. № 9.

8. Павликов С.Г., Чистая Е.С. К вопросу о сущности доктрины и перспективах ее развития // Ученые труды российской академии адвокатуры и нотариата. 2012. № 2. С. 49-55.

9. Павлова Н.Н. Современная система источников российского гражданского права: на базе сравнительно-правового анализа законодательств государств постсоветского пространства: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015. 196 с.

10. Папкова О.А. Судебное усмотрение в гражданском процессуальном праве // Журнал российского права. 2001. № 4.

11. По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1086 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина Ю.Г. Тимашова: постановление Конституционного Суда РФ от 05.06.2012 № 13-П // Собрание законодательства РФ. 2012. № 24. Ст. 3256.

12. По делу о проверке конституционности пунктов 1 и 2 статьи 29, пункта 2 статьи 31 и статьи 32 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки И.Б. Деловой: постановление Конституционного Суда РФ от 27.06.2012 № 15-П // Собрание законодательства РФ. 2012. № 29. Ст. 4167.

13. Рожнов А.П. Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. 2001. Серия 5. Вып. 4. С. 27-34.

14. Урумов А.В. Нормообразующая роль судебной практики в правотворчестве // Закон и судебная практика: мат-лы научно-практ. конф-ции / отв. ред. С.И. Дементьев. Краснодар: КГАУ, КГУ. 2000. С. 8-11.

15. Храмов Д.В. Нетрадиционные источники российского частного права: общетеоретический аспект: монография / под науч. ред. А.В. Малько. М.: Юрлитинформ, 2012. 192 с.