

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
**«БЕЛГОРОДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ  
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**  
( **Н И У « Б е л Г У »** )

**ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ**

**Кафедра гражданского права и процесса**

**ИСТОЧНИКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА РОССИИ**

**Выпускная квалификационная работа  
студентки заочной формы обучения  
специальности 030501.65 Юриспруденция  
6 курса группы 01001052  
Штангей Татьяны Геннадьевны**

**Научный руководитель:  
Заведующий кафедрой гражданского  
права и процесса Юридического  
института НИУ «БелГУ»,  
д.ю.н., профессор  
Тычинин Сергей Владимирович**

**Рецензент:  
Помощник начальника Белгородского  
юридического института МВД России  
имени И.Д. Путилина (по правовой  
работе - начальник отделения  
(правовое отделение),  
к.ю.н., доцент, подполковник полиции  
Максименко Александр  
Владимирович**

**БЕЛГОРОД 2016**

## ОГЛАВЛЕНИЕ

<b>Введение.....</b>	<b>3</b>
<b>Глава 1. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ИСТОЧНИКОВ ПРАВА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ</b>	
1.1. Понятие источника гражданского права .....	5
1.2. Системные и структурные связи источников гражданского права .....	13
<b>Глава 2. ВИДЫ ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА</b>	
2.1. Понятие гражданского законодательства как источника права.....	21
2.2. Структура гражданского законодательства.....	30
2.3. Обычное право как источник гражданского права.....	43
<b>Заключение.....</b>	<b>62</b>
<b>Список использованной литературы.....</b>	<b>66</b>

## ВВЕДЕНИЕ

**Актуальность темы работы** во многом обусловлена происходящими в современном мире процессами в сфере мировой экономики и бизнеса, которые закономерно ставят новые задачи перед наукой гражданского права. Современное правовое регулирование имущественных отношений отмечено тенденцией сближения различных источников права как внешних форм выражения гражданско-правовых норм. Проблематика источников гражданского права в цивилистической науке относится к числу сложных комплексных проблем. Важно отметить, что в РФ уже накоплен определенный позитивный опыт правового регулирования отношений в сфере имущественного оборота, который, однако, должен быть в достаточной мере обобщен и проанализирован с системных позиций, для совершенствования как уже действующих традиционных формальных источников гражданского права, так и при использовании и легальном признании их новых видов. В этих условиях необходимо создания цельной и непротиворечивой теории современного источниковедения в отрасли гражданского права. Стремление разработать единую методологию и понятийный аппарат в целях упорядочения научного познания исследуемой проблематики прослеживается во всей структуре и содержании представленной работы.

Источник (форма) гражданского права относится к числу ключевых категорий цивилистики. Одновременно терминологический аппарат теории гражданского права подвергается постоянному обновлению с учетом постоянно меняющихся условий социально-политической и экономической действительности. Это также влияет на актуальность данного исследования.

**Объектом исследования** являются общественные отношения, порождаемые закономерностями существования современной системы источников гражданского права РФ.

**Предметом исследования** выступают научные разработки в области

теории источников права, нормативные правовые акты, правовые обычаи, а также судебная практика.

**Целью** написания данной работы является комплексный анализ теоретических проблем источников гражданского права РФ, выявление их существенных особенностей в рамках их целостной системы, а также разработка практических предложений по их совершенствованию.

Для достижения указанной цели были поставлены следующие **задачи**:

- уточнить понятие «источник гражданского права»;
- исследовать соотношение понятий «источник гражданского права» и «форма гражданского права»;
- исследовать систему и структуру источников гражданского права;
- провести анализ различных видов источников гражданского права.

**Методологической основой работы** являются общенаучные (анализ и синтез, индукция и дедукция, системный) и специальные методы познания (исторический, сравнительно-правовой, формально-юридический).

**Теоретическую основу данного исследования** составляют работы Н.Г. Александрова, С.С. Алексева, А.В. Дашина, А.А. Диденко, С.Л. Зивса, Р.З. Зумбулидзе, В.А. Канашевского, С.Ф. Кечекьяна, Д.А. Керимова, М.Н. Марченко, Т.И. Нешатаевой, И.Б. Новицкого, и др.

**Структура работы.** Выпускная квалификационная работа состоит из введения, двух глав, заключения и списка использованной литературы.

## **Глава 1. ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ИСТОЧНИКОВ ПРАВА В РОССИЙСКОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ**

### **1.1. Понятие источника гражданского права**

Теория гражданского права на современном этапе своего развития сформировала достаточно обширную систему научных знаний об источниках права. В тоже время остается множество дискуссионных вопросов, что делает проблематику источников гражданского права актуальной темой для научных исследований. Прежде всего, уточнения требует сам термин «источник гражданского права», нуждается в рассмотрении и проблема соотношения понятий «форма права» и «источник права» применительно к нашему исследованию. На основании уточнения этих спорных теоретических вопросов будет рассмотрена сложившаяся современная система источников российского гражданского права.

Прежде всего, отметим, что понятие «источник права» активно используется в отечественной юриспруденции. Он также имеет статус основной правовой категории в понятийном аппарате теории права.

Историко-правовой анализ возникновения понятия «источник гражданского права» позволяет утверждать, что оно оформилось не сразу<sup>1</sup>. Следует отметить, что хотя термин «источник права» и был введен в научный оборот римскими юристами, они не дали ему никакого определения. Основываясь на текстах античных философов, О.М. Родионова объясняет данный факт отсутствием в греческой философии, а затем и в римской юриспруденции как таковой потребности обращения к исследованию истоков

---

<sup>1</sup> Родионова О.М. Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права. – М.: Статут, 2013. – С. 120.; Воронина М.Ф. Понятие источников (форм) права в теории государства и права и в юридических отраслевых науках // История государства и права. – 2007. – № 19. – С. 2-3.; Жукова-Василевская Д.В. Эволюция взглядов на сущность и назначение источников права // История государства и права. – 2007. – № 17. – С. 2-4.

наличной действительности, в том числе и правовой<sup>1</sup>.

В дальнейшем базируясь на системном методе исследования, средневековые юристы построили неизвестную грекам и римлянам иерархическую систему источников права. В целом же теоретический вопрос об источниках права возникает лишь в XIX веке в результате столкновения новых политических и правовых идей.

О роли и значении изучения категории источника права неоднократно говорилось представителями русской дореволюционной правовой мысли. Одновременно многие цивилисты того периода рассматривали проблематику источников права в рамках более общей проблемы о сущности права<sup>2</sup>. В частности, Н. Чижов, писал, что «разрешение вопроса об источнике права шло (и будет идти) в тесном соотношении с определением понятия права...»<sup>3</sup>. В связи с этим Б.А. Кистяковский и Н.М. Коркунов писали, что «научно обосновано не одно, а несколько понятий права»<sup>4</sup>. В целом, описывая эту тенденцию в дореволюционной науке права, Ф.К. Савиньи справедливо замечает, что в теоретическом определении термина «источники права» существует огромная путаница, поскольку ими называют разные причины возникновения права в целом, его институтов, а также отдельных норм. Ученый призывает отграничивать источники от исторических причин возникновения права, а также от условий возникновения правовых отношений<sup>5</sup>.

В последующие годы, как в советской, так и современной

---

<sup>1</sup> Родионова О.М. Развитие научных представлений об источниках права: на примере источников гражданского права // Правоведение. – 2005. – № 3. – С. 132.

<sup>2</sup> Васильев А.М., Васильева С.М. Правовой обычай и обновление права: общетеоретическое обоснование соотношения и взаимовлияния: монография. – Армавир, 2012. – 160 с.

<sup>3</sup> Чижов Н. Источник и формы права. – М., 2003. – С. 5.

<sup>4</sup> Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. – М., 2005. – С. 60-74.

<sup>5</sup> Savigny F. C. System des heutigen romischen Rechts. S. 12. Цит. по: Родионова О. М. Развитие научных представлений об источниках права: На примере источников гражданского права // Правоведение. – 2005. – № 3. – С. 139.

отечественной и зарубежной литературе по вопросу о понятии источника гражданского права было высказано множество различных точек зрения. Анализируя их, следует согласиться с М.Н. Марченко, который считает, что «источник права, как и само право, непозволительно определять лишь с одной какой-либо отдельно взятой стороны, поскольку это будет неполное, одностороннее его определение и несколько искаженное о нем представление»<sup>1</sup>.

Существуют различные подходы к определению сущности источников гражданского права, в частности: этимологический (Н.Н. Вопленко<sup>2</sup>), естественный (Д.А. Керимов<sup>3</sup>), социальный (А.П. Рожнов, Л.И. Спиридонов<sup>4</sup>), идеальный (В.А. Лигарова, М.Ю. Пашкевич<sup>5</sup>), материальный (А.И. Денисов, С.Ф. Кечекьян, Н.Н. Разумович<sup>6</sup>) подходы, и наконец, формально-юридический подход. Как нам кажется, источник гражданского права следует рассматривать, как традиционно это делается в юридической литературе, одновременно в разных аспектах. При этом наиболее часто источники гражданского права понимают в **формальном юридическом значении**.

В тоже время не менее остро стоит вопрос соотношения понятий «форма гражданского права» и «источник гражданского права». Следует отметить, что дискуссия о понятии «источника права» и его соотношении

---

<sup>1</sup> Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. – М., 2005. – С. 45.; Марченко М.Н. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация // Вестник МГУ. – Сер. 11 «Право». – 2000. – № 2. – С. 16-19.

<sup>2</sup> Вопленко Н.Н. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции: Монография – Волгоград, 2004. – 205 с.

<sup>3</sup> Керимов Д.А. Общая теория государства и права: предмет, структура, функции. – М., 1977. – 136 с.

<sup>4</sup> Рожнов А.П. Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2003. – 252 с.

<sup>5</sup> Лигарова В.А., Пашкевич М.Ю. Роль обыденного правосознания как идеального источника права в укреплении российской государственности // Актуальные проблемы современного государства и права. Сборник научных трудов преподавателей, аспирантов, студентов. – СПб., 2007. – 196 с.

<sup>6</sup> Кечекьян С.Ф. О понятии источника права // Ученые записки: Труды юридического факультета. Ученые записки МГУ. Вып. 116: Кн. 2. – 1946. – С.3-25.

с «формой права» не является новой. При разрешении данного вопроса существует несколько точек зрения. Одновременно каждый подход нашел свое убедительно теоретическое обоснование и аргументацию. Столь обширная теоретическая разработка параллельно обоих терминов свидетельствует о наличии собственного смысла у обоих понятий. «Разное наименование одних и тех же явлений, в связи с этим пишет Н.Л. Гранат, свидетельствует о многообразии проявлений их сущности»<sup>1</sup>.

А.И. Рябко и О.Н. Василенко при описании сложившейся тенденции обоснованно отмечают, что, несмотря на то, что указанные термины считаются «традиционно устоявшимися, а противоречия – преодоленными», тем не менее, «проблема форм и источников права продолжает оставаться актуальной, поскольку она имеет не только терминологическую, семантическую сторону, но и содержательную»<sup>2</sup>.

Между тем если рассматривать термины «источник» и «форма» (права) с семантической точки зрения, то следует разграничивать эти понятия и при изучении их в качестве чисто правовых явлений. Согласно Толковому словарю русского языка слово «источник» обозначает «то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь», а под «формой» следует понимать «способ существования содержания, неотделимый от него и служащий его выражением»<sup>3</sup>. Исходя из данного определения, можно сделать предварительный вывод, что изучаемые понятия не подлежат отождествлению и должны быть разграничены.

Отождествление источника и формы права было обусловлено использованием одноплоскостного подхода к изучению права в социалистический период развития нашей правовой науки. В частности, утверждалось, что выражением права выступает воля господствующего

---

<sup>1</sup> Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9. – С. 6.

<sup>2</sup> Рябко А.И. Актуальные проблемы онтологии форм права // Философия права. Научно-теоретический журнал. – 2000. – № 2. – С. 60.

<sup>3</sup> Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997. – С. 255-256, 855.



класса (государства), возведенная в закон. Поскольку при таком подходе единственным началом и проявлением права может быть текст закона, то не возникало и вопроса о различии между источником и формой права. Считалось, что закон в социалистическом обществе создается в полном согласии с закономерностями исторического развития, открытыми К. Марксом и В.И. Лениным, следовательно, он соответствует объективной истине и потому неоспорим и незыблем. Догмой теории права был тезис о том, что не может возникнуть никаких расхождений между правом и законом, между миром социальным, какой только и может быть источником права, и миром формальным, какой существует в виде правовых форм. В условиях социалистического государства закон признавался всегда исполняемым, действительным и справедливым. В связи с этим в отношении источников права применялась единая формула: «Источники права - юридический термин, служащий для обозначения различных форм выражения воли господствующего класса, при наличии которых эта воля становится правом»<sup>1</sup>.

Заметим, что в современной российской теории права общепринято отождествление источников и форм права при их изучении с формально-юридической точки зрения. Эти явления разграничиваются только при их изучении в метаюридической системе координат. Когда под источником права (в отличие от его формы) подразумеваются не правовые, а материальные, социальные и иные факторы, оказывающие постоянное влияние и предопределяющие процессы правообразования, правотворчества и законотворчества<sup>2</sup>. В связи с этим в тех случаях, когда идет речь о вторичных (формально-юридических) источниках, предлагается говорить о совпадении форм и источников права; если же упоминаются первичные источники (материальные, социальные и иные факторы правообразования),

---

<sup>1</sup> Юридический словарь / Гл. ред. П.И. Кудрявцев. – М., 1956. – Т. 1. – С. 411.

<sup>2</sup> Источники российского права: вопросы теории и практики: Учеб. пособие / Отв. ред. М.Н. Марченко. – М., 2005. – С. 8.

их отличают от форм права<sup>1</sup>.

Вместе с тем разграничение источника и формы права имеет относительный характер, поскольку они теснейшим образом связаны между собой и составляют структуру источников (форм) актуального права. Возможен переход одного способа бытия юридических норм в другой. Например, при подтверждении повторяющейся практикой правовой доктрины она приобретает значение источника права, и наоборот, при отсутствии практики правоприменения текст закона теряет свойства источника права и становится его формой (формальный закон). Поэтому отсутствует какое-либо логическое основание для того, чтобы при обозначении всех тех явлений, которые содержат в себе нормы права в качестве регуляторов общественных отношений, применять термин «источник» или «форма» права. По-видимому, разумно и целесообразно придерживаться терминологии, согласно которой одновременно применяются оба понятия.

Таким образом, представление об источниках права в формально-юридическом смысле наиболее распространено в современной юриспруденции. Внешняя форма выражения и закрепления гражданско-правовых норм становится ключевым моментом, который определяет их общеобязательность и место в системе других социальных норм. Исключительно формально-юридический подход наиболее предпочтителен и в отраслевых юридических исследованиях.

Большинство ученых источник гражданского права рассматривают как форму выражения гражданско-правовых норм, имеющую общеобязательный характер<sup>2</sup>; форму внешне объективированного выражения суверенного волеизъявления государства (нормативный юридический акт, судебный

---

<sup>1</sup> Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. – М., 2009. – С. 57.

<sup>2</sup> Гражданское право: Часть первая: Учебник для вузов / Под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. – М.: Эксмо, 2007. – С. 14.

прецедент, санкционированный обычаем)<sup>1</sup>; внешнюю форму выражения права, в частности совокупность нормативных актов, в которых содержатся нормы права<sup>2</sup>.

А.А. Диденко источником гражданского права называет результат нормотворческой деятельности государства (Российской Федерации) по официальному закреплению путем установления или санкционирования объективно сложившегося правила поведения, которые придают ему качество общеобязательной нормы гражданского права, регулирующей имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения<sup>3</sup>.

Е.А. Суханов и В.В. Долинская, определяя источник гражданского права, используют понятие «форма права»<sup>4</sup>. Однако дальнейшее рассмотрение авторами источников гражданского права показывает, что Е.А. Суханов указывает в качестве источников гражданского права только акты, содержащие нормы гражданского права, а В.В. Долинская понимает право несколько шире и включает в исследуемый предмет также источники возникновения субъективных гражданских прав.

Таким образом, в практических и правоприменительных целях наиболее распространенным является *формально-юридический подход к определению понятия «источник гражданского права», под которым следует понимать внешнюю форму выражения (объективирования) норм гражданского права.*

Таким образом, источник содержания и обязательности правовых норм, с одной стороны, и форма существования этих норм - с другой, представляют собой различные способы бытия юридических норм в рамках реальных

---

<sup>1</sup> Международное частное право: Учебник / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др.; Отв. Ред. Г.К. Дмитриева. – М., 2004. – С. 68.

<sup>2</sup> Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. – М., 2003. – С. 46.

<sup>3</sup> Диденко А.А. Современная система источников российского гражданского права // Электронный научный журнал КубГАУ. – 2007. – № 30(06) / [www.ej.kubagro.ru](http://www.ej.kubagro.ru)

<sup>4</sup> Гражданское право. Учебник: в 2-х т. / Отв. ред.: Е.А. Суханов. – М., 2011. – Т. 1. – С. 59.; Долинская В.В. Источники гражданского права. Учебное пособие. – М., 2005. – С. 5-6.

(актуальных) источников (форм) права. Если источник права обеспечивает закрепление норм, то форма – их понимание; источник есть социальное, форма – интеллектуально-психологическое бытие юридических норм.

Различение источника и формы права позволяет понять генезис, механизм формирования и структуру источников права. Данное различение значимо при оценке роли правосознания в праве. В настоящее время отсутствует единство взглядов на соотношение права и правосознания. Одни авторы рассматривают право как часть правосознания, другие считают правосознание частью права, по мнению третьих, право и правосознание есть самостоятельные, хотя и взаимодействующие феномены<sup>1</sup>. Разграничение источника и формы права позволяет с уверенностью заявить, что право и правосознание хотя и являются самостоятельными образованиями, но взаимодействуют, формируя источники актуального права. Подводя итог соотношению дефиниций «источник» и «форма» права, можно сделать вывод о том, что совпадение формы и источника гражданского права имеет место тогда, когда речь идет о *вторичных, формально-юридических источниках права*.

Поэтому следует признать верным методологический прием, когда указанные термины применительно к формально-юридическому значению, считают синонимами. Форма указывает на способ внешнего выражения юридического содержания гражданского права, а источник – на истоки правовых норм, предопределяющие их содержание. Относительно *первичных источников права*, к которым относятся идеальные, материальные, социальные и иные факторы, оказывающие устойчивое влияние и предопределяющие процессы правообразования, то отождествление их с формами права не может быть в принципе. Таким образом, в дальнейшем в работе рассмотрению подлежат исключительно формально-юридические источники гражданского права.

---

<sup>1</sup> Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. – СПб., 2004. – С. 364-365.

## 1.2. Системные и структурные связи источников гражданского права

Формально-юридические источники современного гражданского права РФ также следует рассматривать с системных позиций как взаимодействующие и взаимосвязанные между собой правовые явления. Системный подход к исследованию сложных динамических структур, к которым можно отнести и систему формальных источников гражданского права, как верно отмечает Д.А. Керимов, «позволяет обнаружить внутренний механизм не только действия отдельных его компонентов, но и их взаимодействия на различных уровнях»<sup>1</sup>.

Понятие «система», как известно, является философской категорией. В литературе подчеркивается, что главным признаком всякого философского понятия, характеризующего объективную диалектику окружающего нас мира, должно быть то, что такое понятие отражает отношения действительности<sup>2</sup>.

Вместе с тем, по справедливому замечанию А.Н. Аверьянова, данная категория может выступать и как конкретно-научное и общенаучное понятие, которое, в свою очередь, может стать философской категорией лишь тогда, когда оно наполнится таким содержанием, которое проявляется в любой области знания. Поэтому, по его мнению, если то или иное понятие используется и в конкретной науке, и в мировоззренческом смысле, то нет необходимости локализации его в какой-то определенной области<sup>3</sup>.

В литературе приводится огромное множество понятий системы, в основу которых положена та или иная совокупность признаков, различающиеся как по количеству, так и по качеству (по их сочетанию,

---

<sup>1</sup> Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – М., 2000. – С. 243.

<sup>2</sup> Свидерский В.И., Зобов Р.А. Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. – Л., 1970. – С. 49.

<sup>3</sup> Аверьянов А.Н. Системное познание мира: методологические проблемы. – М., 1985. – С. 28, 29.

набору, интерпретации). Однако практически все авторы (за небольшим исключением), с которыми мы солидарны, сходятся во мнении, базирующемся на идеях основателя общей теории систем Л. фон Берталанфи, что обязательными признаками системы являются наличие множественности элементов и наличие связей (отношений, взаимодействия) между ними. Как известно, Л. фон Берталанфи под системой понимает комплекс элементов, находящихся во взаимодействии<sup>1</sup>.

На основе изучения и анализа литературы по общей теории систем мы пришли к выводу, что система имеет два аспекта: внутренний и внешний. Первый аспект выражается в следующих признаках: наличие множества элементов (состава системы), связей (отношений) между ними (структуры), целостности (единства), второй аспект характеризуется признаком отграниченности системы. С нашей точки зрения, именно названная совокупность признаков позволяет сформулировать общее понятие системы. В дальнейшем под системой мы будем понимать целостное отграниченное множество находящихся во взаимодействии (взаимосвязи) элементов (их групп).

К принципам системного подхода, которые нашли свое применение в системе источников гражданского права можно отнести следующие:

– принцип целостности системы (когда системное образование возникает в результате сочетания разнообразных явлений, новых качеств, свойств, которыми они не обладают в разрозненном состоянии);

– принцип многообразия связей системы с внешней средой (выражается в способности системы взаимодействовать с другими внутренними и внешними элементами);

Рассматривая источники гражданского права с позиции системной методологии можно выделить общие характерные черты, свойственные этой системе.

---

<sup>1</sup> Свидерский В.И., Зобов Р.А. Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. – Л. : ЛГУ, 1970. – С. 49.

Во-первых, **наличие** определенных **структурных элементов**. Мы исходим из понимания структуры системы как совокупности связей компонентов системы. Важно видеть, что внутрисистемные связи отличаются значительным многообразием, на что неоднократно обращалось внимание в литературе. А.Н. Аверьянов верно подчеркивает, что в действительности элемент системы находится в бесчисленном множестве взаимодействий, одни из которых имеют существенное для него значение, другие – несущественное<sup>1</sup>. Считаем, что поскольку взаимосвязи внутри системы весьма многообразны, то их описание путем выделения тех или иных видов структур будет более достоверным и содержательным. Вместе с тем, мы не отказываемся от понимания структуры как нечто единого для данной системы, вобравшего в себя все типы взаимосвязей, и имеющего видовые градации (т.е. проявляющееся как дифференцированное единство). Применительно к системному анализу формальных источников гражданского права в качестве структурных элементов образуемой им системы наиболее часто выступают нормативные правовые акты: законы, подзаконные акты.

Во-вторых, наличие **системообразующих связей** между этими элементами. Согласно сложившемуся в философской науке представлению, исходными при описании систем различной природы являются категории «отношение» и «взаимодействие»<sup>2</sup>. Это связано с тем, что «любое изменение осуществляется через взаимодействие, взаимосвязь, взаимоотношение. И именно поэтому на основе данных понятий чаще всего формируются научные положения»<sup>3</sup>. Однако необходимо иметь в виду, что наибольшее значение имеют именно системообразующие связи. В качестве таковых,

---

<sup>1</sup> Аверьянов А.Н. Системное познание мира: методологические проблемы. – М., 1985. – С. 28.

<sup>2</sup> Садовский В.Н. Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. – М., 1974. – С. 19, 174, 233.

<sup>3</sup> Становление и сущность системного подхода / И.В. Блауберг, Э.Г. Юдин. – М., 1973. – С. 72.; Системный подход в научном познании / Б.М. Синельников, В.А. Горшков, В.П. Свечников. – М., 1999. – С. 30-33.

применительно к источникам гражданского права, выступают иерархические связи, на основании которых различные виды источников права складываются в единую систему. Подчеркивая важность данного признака, Л.С. Явич отмечал, что «фактическое соотношение между источниками права в стране имеет большое значение для господствующих представлений о том, что следует считать собственно правом»<sup>1</sup>.

В-третьих, иерархический характер. Под иерархией мы понимаем соподчиненность компонентов системы. Иерархический характер источников гражданского права, свойственный, прежде всего, системе нормативных правовых актов, выражается в зависимости, подчиненности, неравенстве образующих её структурных элементов<sup>2</sup>, каждый из которых занимает в ней определенное, обусловленное его юридической силой и социальной значимостью место. Как верно подметил С.Л. Зивс, «иерархическая структура есть выражение разности юридической силы отдельных видов источников права и связанной с этим предустановленной соподчиненности источников права в органически цельной системе»<sup>3</sup>. Таким образом, иерархия источников права представляет собой сложную правовую категорию, которая находит свое многоаспектное проявление в механизме правового регулирования и в силу этого по-разному трактуется в юридической литературе<sup>4</sup>.

Общее методологическое представление об «иерархии» как о принципе структурной организации сложных многоуровневых систем позволяет нам выделять следующие особенности системы источников гражданского права:

1) она представляет собой многоуровневое иерархичное структурное образование;

---

<sup>1</sup> Общая теория права / Л.С. Явич; Под ред.: А.И. Королева. – Л., 1976. – С. 115.

<sup>2</sup> Толстик В.А. Иерархия источников российского права: Дис. ... докт. юрид. наук. – Н. Новгород, 2002. – С. 23.

<sup>3</sup> Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 35.

<sup>4</sup> Зивс С.Л. Указ. соч. – С. 38.; Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М., 1968. – С. 68.



2) иерархию следует рассматривать как ее необходимое внутреннее свойство;

3) принцип иерархичности нельзя сводить исключительно к отношениям прямого подчинения одних источников права другим. Существуют разнообразные связи как прямого подчинения так и опосредованного, например, координационные связи, связи детализации и др. В многообразии и совокупности этих связей проявляется смысл принципа иерархичности применительно к источникам гражданского права.

4) иерархия источников права предопределяется иерархией соответствующих государственных органов. Однако данный принцип системности, распространяясь на все без исключения формы права, имеет свои особенности применительно к разным источникам права.

В-четвертых, следует отметить **объективный характер** системы формальных источников гражданского права. Объективный характер источников права основан на объективном характере самой системы права и ее непосредственной связью с иными правовыми формами.

Источники гражданского права оставляют отнюдь не произвольную систему гражданско-правовых норм. Наоборот они представляет собой внешнюю форму выражения внутреннего содержания гражданско-правовых норм, собранных в объективном систематизированном порядке. Особенно отчетливо это проявляется в процессе систематизации гражданского законодательства.

В-пятых, **многогранный характер** системы формальных источников гражданского права является характерным свойством этой системы. Так в качестве общей системы следует признать систему форм национального права. В ее рамках можно выделить более частные системы, возникающие и функционирующие в её пределах. Ими могут выступать, например, системы источников отдельных отраслей права, в которые в качестве структурных элементов входят соответствующие виды источников национального права. В свою очередь отраслевые (частные) системы

источников права могут подразделяться в зависимости от конкретных видов формирующих их источников права на «специализированные» частные системы (подсистемы). В качестве таковых в рамках отрасли гражданского права может выступать, например, система правовых обычаев, либо нормативных правовых актов, регламентирующих гражданские правоотношения.

При этом подсистема нормативных правовых актов как основных и наиболее многочисленных источников гражданского права может быть подвергнута дальнейшей классификации, например, на основании такого критерия, как их юридическая сила. В соответствии с данным критерием, рассматриваемая система выглядит следующим образом: Конституция РФ, федеральные конституционные законы РФ, федеральные законы РФ, нормативные указы Президента РФ, нормативные постановления Правительства РФ, «ведомственные» нормативные акты.

Наиболее конструктивным представляется следующее определение системы формальных источников гражданского права, разработанное А.А. Диденко, как объективно существующей иерархически организованной и взаимосвязанной совокупность правил поведения участников гражданского оборота<sup>1</sup>. Причем основная тенденция развития данной системы, видится в её непрерывном совершенствовании, развитии, усложнении, и как следствие в неизбежном расширении, как за счет традиционных юридических источников отечественного права, так и новых их видов<sup>2</sup>.

В юридической науке понятие «система источников права» соотносится с понятием «система законодательства» как целое и часть, ибо система законодательства включает в себя только нормативно-правовые акты, а система источников права объединяет все действующие формы права,

---

<sup>1</sup> Диденко А.А. Указ. соч. – С. 8-9.

<sup>2</sup> Долинская В.В. Влияние источников права на формирование законодательства // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. Сборник статей. – М., 2007. – С.133-137.

признаваемые государством. Данные термины во многом схожи. Так, из понятия «система законодательства», что подразумевает под собой совокупность нормативно-правовых актов, в которых объективируются содержательные и структурные характеристики права, можно вывести определение понятия «система источников гражданского права России». Система источников гражданского права России – это объединение по содержательному признаку гражданско-правовых актов в структурно-упорядоченное целостное единство, обладающее относительной самостоятельностью, устойчивостью и автономностью функционирования. Или, если говорить проще, - это совокупность принятых (одобренных, санкционированных) государством гражданско-правовых актов и иных источников права их согласованное взаимодействие.

Система источников гражданского права строится на принципах иерархичности и согласованности гражданско-правовых норм и служит, впрочем, как и система законодательства, в первую очередь для дальнейшего развития и систематизации нормативно-правовой базы.

При этом характеризую внутреннюю структуру данной системы, необходимо указать на то, что она логично распадается на две крупные *подсистемы: нормативных правовых актов и обычного права.* Одновременно, приступая к характеристике системы современного гражданского права, необходимо сразу оговориться о месте и роли тех источников гражданского права, которые по нашему мнению, в данную систему не должны быть включены.

Во-первых, в настоящей работе *не будут* рассмотрены общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры, как формальные источники гражданского права РФ. Следует подчеркнуть, что вопрос признания международного договора и обычая источниками внутреннего гражданского права в целом исходит из исследования более широкой проблематики соотношения и взаимодействия

различных правовых систем<sup>1</sup>. Следует согласиться с современной дуалистической концепцией раздельного существования норм международного и внутригосударственного права. Сказанное позволяет сделать вывод, что существуют формальные источники национального права и его отдельных отраслей и формальные источники международной правовой системы. Поэтому, используя формально-юридический подход, было бы неверно признавать источники международной правовой системы источниками отечественного гражданского права.

Во-вторых, в настоящей работе *не будут* рассмотрены вопросы судебной практики и судебного прецедента. В настоящее время указанные источники права не являются самостоятельными структурными элементами системы формальных источников гражданского права. Более того исследование судебной практики как источника современного гражданского права является частным вопросом исследования более широкой проблематики судейского правотворчества. Об этом неоднократно упоминается в научной литературе<sup>2</sup>. В тоже время судебная практика понимается достаточно неоднозначно и в настоящее время является источником правоприменения. Признавать же её в качестве нового формального источника гражданского права является преждевременным.

---

<sup>1</sup> Что само по себе требует отдельного научного исследования и не может быть рассмотрена должным образом в рамках данной работы.

<sup>2</sup> Бошно С.В. Влияние судебной практики на законотворчество // Государство и право. – 2004. – № 8. – С. 14-22; Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. – М., 2000. – С. 98-106.

## Глава 2. ВИДЫ ИСТОЧНИКОВ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

### 2.1. Понятие гражданского законодательства как источника права

Закон – **конституированный** источник (форма) права, в отличие от санкционированных источников (форм) права его содержание и обязательность установлены государством априори, до процесса актуализации права и не зависят от правоприменительного опыта и реальных качеств самого этого источника.

Применительно к закону источником содержания нормы является нормативный юридический текст, а формой – правосознание как понимание этого текста обществом. Если источник содержания нормы выражает категорию должного, то правосознание – сущего. Различия между двумя данными явлениями обнаруживаются уже при толковании текста нормативного акта. Если под толкованием закона понимать результаты деятельности, направленной на установление смысла, выраженные в совокупности суждений, раскрывающих содержание толкуемых норм<sup>1</sup>, то следует прийти к выводу, что эти результаты существенно отличаются от текста закона по содержанию. Во-первых, толкование в силу субъективного характера включает множество смысловых значений интерпретируемой нормы, а во-вторых, оно вбирает более детальные положения, приближающие содержание нормы к конкретной ситуации.

Как известно, термин законодательство в литературе используется как в широком (все нормативные правовые акты), так и в узком (как совокупность законов) значениях. Считаем, что на легальном уровне данное понятие должно применяться только в узком значении, в доктрине же каждый исследователь имеет право сам решать данный вопрос. Вместе с тем, позволим себе высказать ряд идей, базирующихся на понятиях системного

---

<sup>1</sup> Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учеб. – М., 2001. – С. 264.

подхода, которые, на наш взгляд, могут послужить основой для понимания системы гражданского законодательства как основного источника гражданского права.

Так в одних случаях состав гражданского (ст. 3 ГК РФ<sup>1</sup>), семейного (ст. 3 СК РФ<sup>2</sup>), земельного (ст. 2 ЗК РФ<sup>3</sup>) законодательства строго определяется, исходя из толкования понятия «законодательства» в узком смысле. Вместе с тем в отрасли жилищного права понятие законодательства дается в широком смысле. Исходя из анализа текста Конституции РФ<sup>4</sup>, также можно прийти к выводу, что понятие «законодательство» трактуется в широком смысле и включает всю совокупность нормативных правовых актов.

Сложившуюся ситуацию можно объяснить неоднозначной трактовкой термина «закон». Закон есть не просто отображение действительности, а воспроизведение её существенных характеристик, в нем находят отражение закономерности общественного развития<sup>5</sup>. Терминологическое совпадение здесь не случайно. Термин «закон» в философской науке характеризует объективно существующие закономерности, а в юридической - политико-правовое опосредствование и нормативно-обязательное отображение этих закономерностей<sup>6</sup>.

Более того в юридической литературе термин «закон» достаточно давно употребляется в двояком смысле. В одних случаях имеется в виду законы как акты высших органов государственной власти, обладающие

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

<sup>2</sup> Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, № 1, ст. 16.

<sup>3</sup> Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 N 136-ФЗ (ред. от 01.05.2016) // Собрание законодательства РФ", 29.10.2001, N 44, ст. 4147.

<sup>4</sup> Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

<sup>5</sup> Лукьянова Е.А. Закон как источник советского государственного права. – М., 1988. – С. 24.

<sup>6</sup> Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М., 1982. – С. 4.

наибольшей юридической силой, в других – нормативные правовые акты в целом. «Так называемое «широкое» понимание закона, «расширительное» толкование этого термина для обозначения общеобязательного правила, установленного или санкционированного государством, имеет место при систематизации и кодификации нормативных актов»<sup>1</sup>.

Основываясь на наиболее распространенной в правовой науке теории подразделения нормативных правовых актов по юридической силе на законы и подзаконные акты, считаем наиболее обоснованным и методологически верным для дальнейшего исследования системы нормативных актов в области гражданского права применять «узкий» подход к определению понятия законодательства. Вместе с тем состав гражданского законодательства предлагается понимать не только исходя из определения, данного ст. 3 ГК РФ, а именно: «гражданское законодательство состоит из настоящего Кодекса и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов», но и учитывая основные постулаты правовой теории, согласно которым в систему гражданского законодательства входят также Конституция РФ и федеральные конституционные законы РФ.

Предлагаем также использовать понятие «система гражданского законодательства» для характеристики системы федеральных законов, содержащих нормы гражданского права, а конструкцию «гражданско-правовая законодательная система» для обозначения всего нормативного массива в этой сфере. В рамках системного подхода и с учетом приведенных выше определений соотношение указанных категорий можно определить следующим образом.

По своему составу обе системы представляют собой совокупность нормативных правовых актов соответствующего уровня (уровней), содержащих нормы гражданского права.

Система гражданского законодательства по строению может быть

---

<sup>1</sup> Малеин Н.С. Закон и законность // Советское государство и право. – 1973. – № 5. – С. 25.

охарактеризована как наличие в ней основного кодификационного акта (Гражданского кодекса Российской Федерации), иных кодификационных актов и текущих федеральных законов, а также подсистем, строение же гражданско-правовой законодательной системы – это расположение уровней (федеральных законов, иных правовых актов и ведомственных нормативных правовых актов).

Кроме того, следует иметь в виду, что в системе права и законодательства имеется две структуры. Разделение права на отрасли и иные структурные элементы по предмету и методу регулирования представляет собой основную, главную юридическую структуру предметной дифференциации права и законодательства. Деление права и законодательства имеет и иную, как бы вторичную структуру, состоящую из образования комплексных массивов правовых норм различных отраслей права и законодательства. Вторичная дифференциация дополняет отраслевую и не должна ей противоречить.

Несмотря на то, что о гражданском законодательстве обычно говорят как об отраслевом законодательстве, это не исключает наличия в его составе комплексных нормативных правовых актов (законов). Комплексные законы, в свою очередь, в зависимости от их конкретного содержания одновременно могут входить как в комплексную структуру (комплексную отрасль законодательства), так в другое отраслевое законодательство в качестве его составной части. В то же время к гражданскому законодательству нельзя причислять законы, которые по своему основному содержанию относятся к другой отрасли законодательства, тем более, если такие законы являются кодификационными, например, Земельный кодекс Российской Федерации. По этой причине более точно говорить не просто о гражданско-правовом нормативном акте (законе) как элементе гражданско-правовой законодательной системы и гражданского законодательства соответственно, а о нормативном акте (законе), содержащем нормы гражданского права.

Таким образом, *система гражданского законодательства состоит из*



*Конституции РФ, федеральных конституционных и федеральных законов, которые в строго юридическом смысле представляют собой нормативные правовые акты, обладающие определенными, присущими только им признаками.* При этом частое использование юридического термина закон в широко смысле неизбежно снижает его значение как наиболее важного формального источника гражданского права, занимающего в иерархии нормативных правовых актов высшее место, тем самым происходит его растворение в многообразии нормативных правовых актов. Вместе с тем важно обратить внимание, что необходимость единообразного употребления и применения такого ключевого понятия теории права как «законодательство» существует во всех отраслях российского права, где данный термин до сих пор трактуется в его широком понимании. В тех же случаях, когда в тексте правовых документов встречается широкая трактовка термина законодательства, корректнее было бы использовать термин система нормативных правовых актов или правовых актов в зависимости от конкретной ситуации.

Основу системы гражданского законодательства составляют все четыре Гражданского кодекса РФ<sup>1</sup>. ГК РФ содержит развернутую регламентацию всех важнейших отношений и институтов гражданского права, характерных для рыночной экономики, и называет в своих статьях около 30 основных федеральных законов в области гражданского права, которые подлежат разработке и изданию. В настоящее время проводится активная реформа системы гражданского законодательства. Внесение в ГК РФ многочисленных

---

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ в ред. от 29.06.2015 с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2015 // Собрание законодательства РФ – 1996. - N 5. - Ст. 410; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 09.03.2016) // Собрание законодательства РФ, 03.12.2001, № 49, ст. 4552; Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 28.11.2015, с изм. от 30.12.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) // Российская газета, № 289, 22.12.2006.

принципиальных изменений, необходимость которых была обоснована в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации. В связи с этим после принятия данного проекта в первом чтении было установлено, что далее он будет рассматриваться по частям.

Система правовых норм и институтов, существующая в действующем гражданском законодательстве в целом отражает особенности регулирования предпринимательских отношений и применения к ним общих гражданско-правовых норм. В ГК РФ названы главные законы в области предпринимательской деятельности, подлежащие принятию. В настоящее время большинство из них уже принято. Сложившаяся система правового регулирования коммерческой деятельности отдельных субъектов гражданского права в целом исключает необходимость разрабатывать специализированный нормативный правовой акт – Хозяйственный (Торговый) кодекс.

Проводя анализ понятия и содержания системы гражданского законодательства РФ, с неизбежностью встает еще одна актуальная проблема – существование возможности принятия норм гражданского права на уровне субъектов РФ.

Гражданское законодательство согласно п. "о" ст. 71 Конституции РФ отнесено к ведению Российской Федерации. Данная норма продублирована в п. 1 ст. 3 действующего ГК РФ. Такое решение, как правило, каких-либо сомнений не вызывает и рассматривается как способствующее единству гражданско-правового регулирования в России. Одновременно Конституция РФ допускает некоторые исключения. Например, отдельные комплексные отрасли законодательства отнесены к предметам совместного ведения. Анализируя ст. 71 и 72 Конституции можно сделать вывод, что нормы гражданского права, специфически регулирующие имущественные отношения, входящие в предмет комплексных по характеру отраслей законодательства, могут приниматься (издаваться) как на федеральном, так и на региональном уровнях. При этом такие нормы должны соответствовать

федеральному законодательству, и прежде всего ГК РФ, которому должны соответствовать нормы гражданского права, содержащиеся в любых других российских законах и иных правовых актах (п. 2 ст. 4 ГК). Нормы гражданского права, не относящиеся к комплексным отраслям законодательства, перечисленным в ст. 72 Конституции, на уровне субъектов Федерации приняты быть не могут.

Не менее дискуссионным в связи с этим является вопрос о разграничении и взаимодействии гражданского законодательства с земельным, природоохранным и другим специальным законодательством, относящимся к предмету совместного ведения РФ и ее субъектов. Представляется, что грань тут следует проводить согласно следующим основным принципам построения отечественной правовой системы. РФ относится к континентальной правовой системе, которая подразделяется на две подсистемы: частную и публичную. Их основное различие заключается в методе и предмете правового регулирования. Таким образом, каждая из отраслей в пределах своей области правового воздействия имеет приоритет над другой в методах и принципах воздействия на объект правового регулирования. В целом нормы гражданского права могут содержаться в актах земельного законодательства, и наоборот. Такой прием юридической техники широко распространен в действующем законодательстве. Нормы актов гражданского законодательства применяются с учетом того, что они носят бланкетный характер, отсылают к нормам гражданского права, содержащимся в актах земельного законодательства. Нормы земельного и других публичных отраслей законодательства представляют собой изъятия, ограничения, приспособления и дополнения к общим правилам, регулирующим осуществление права собственности и других вещных прав на землю. В этом смысле следует понимать п. 3 ст. 3 ЗК РФ, согласно которому имущественные отношения по владению, пользованию, распоряжению земельными участками, а также по совершению сделок с ним регулируются гражданским законодательством, если иное не предусмотрено

земельным и другими указанными в статье отраслями законодательства.

В целом создаваемая в России система гражданского законодательства традиционна (ГК имеются в большинстве современных государств), учитывает исторический опыт России и является понятной и простой. В ст. 3 ГК РФ закреплен принцип иерархии гражданского законодательства, что должно обеспечивать единство и согласованность норм ГК РФ, издаваемых на его основе и в его развитие законов, указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ. Общеизвестными требованиями к законодательной системе в целом и отдельным крупным ее звеньям являются, во-первых, желательность уменьшения числа принимаемых законодательных актов посредством их укрупнения и, во-вторых, унификация правового режима при регулировании однородных отношений. Эти общие начала законотворчества, имеющие особое значение для обширного гражданского законодательства, создают экономию при проведении законопроектных работ и существенно повышают эффективность правоприменительной деятельности.

Обширность сферы гражданского права и стремление министерств и ведомств, а также отдельных представленных в органах государственной власти социальных групп иметь собственные и удобные для них законы приводят к тому, что число законодательных актов в области гражданского права в России заметно возрастает. Это ведет к усложнению и излишней дифференциации законодательства и одновременно усложняет изучение и применение правовых норм как гражданами и юридическими лицами, так и судебными органами.

Следует сразу обозначить существующую тенденцию, когда вследствие отсутствия четкого и единообразного легального определения дефиниции «законодательство», на практике законодателем данный термин употребляется неоднозначно и его состав варьируется в зависимости от отрасли российского права. Таким образом, гражданско-правовая законодательная система – это построенное по иерархическому принципу

целостное отграниченное от других законодательных систем множество находящихся во взаимодействии (взаимосвязи) отраслевых и комплексных нормативных правовых актов (их групп), содержащих нормы гражданского права. Гражданское законодательство в зависимости от исследовательской задачи, в свою очередь, может быть рассмотрено как самостоятельная система, а также как уровень (или подсистема) гражданско-правовой законодательной системы.

## 2.2. Структура гражданского законодательства

Структура законодательства в литературе традиционно описывается через категории горизонтальной (основными элементами которой являются институты и отрасли законодательства, а также «их различные модификации и переходные формы между ними») и вертикальной структур (построение нормативного материала в зависимости от иерархии правотворческих органов)<sup>1</sup>.

В науке гражданского права обоснована идея единства критерия соподчиненность нормативных правовых актов в гражданско-правовой законодательной системе. В качестве такового мы рассматриваем юридическую силу акта, на которую, в свою очередь, оказывает влияние ряд факторов (правотворческая компетенция издавшего акт органа, определенные формальные признаки акта (кодификационные и некодификационные акты) и др.).

Иерархия уровней гражданско-правовой законодательной системы (федеральные законы, иные правовые акты, ведомственные нормативные правовые акты) базируется исключительно на иерархии издавших их правотворческих органов, соподчиненность же внутри законов определяется как юридической силой ГК РФ, так и их принадлежностью к отраслевым или комплексным актам. Применительно к соподчиненности законов следует говорить о так называемой горизонтальной иерархии, о существовании которой мы высказывались неоднократно. Следовательно, основу структуры гражданско-правовой законодательной системы составляют иерархические связи (отношения).

На современном этапе развития отечественного государства и права основным элементом системы формальных источников гражданского права выступают нормативные правовые акты, которые в свою очередь образуют

---

<sup>1</sup> Система советского законодательства / под ред. И.С. Самощенко. – М., 1980. – С. 58.

более частные подсистемы.

Исследование системы гражданского законодательства в качестве основного формального источника отрасли современного гражданского права представляется целесообразным проводить, основываясь на таком классификационном критерии, как юридическая сила, который, в свою очередь, имеет две составляющие: первая – «внешняя», позволяющая отличить законы от других нормативно-правовых актов; и вторая – «внутренняя», позволяющая разграничить законы между собой.

### **1) Конституция Российской Федерации.**

В специальной научной и учебной литературе положение о том, что Конституция РФ – это юридическая база всего российского законодательства, имеющая первостепенное значение для его развития и совершенствования, давно приобрело характер незыблемого и непререкаемого постулата. В связи с чем дополнительное упоминание об этом в ст. 3 ГК РФ, раскрывающей понятие и состав гражданского законодательства, было бы излишним.

Обоснованно считается, что в отношении гражданского права Конституция РФ является особым источником права с наибольшей юридической силой, так как именно в ней закрепляются неприкосновенность частной собственности, свобода предпринимательской деятельности, ряд других основных начал гражданского оборота. Следует согласиться с мнением В.Ф. Яковлева, который полагает, что «среди источников гражданского права, естественно, первое место принадлежит Конституции Российской Федерации»<sup>1</sup>. Как справедливо отмечает Л.В. Бутько, Конституция РФ - это «универсальный источник российского права, поскольку в ее нормах заложены истоки каждой отрасли права»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Яковлев В.Ф. Россия: Экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). – М., 2000. – С. 208.

<sup>2</sup> Бутько Л.В. Универсальность российской Конституции как источника права // Труды Кубанского государственного аграрного университета. Серия ПРАВО, 1/2007. – Краснодар, 2007. – С. 15.

Конституция РФ является важнейшим источником отечественного гражданского права. В подтверждение данного тезиса следует обратить внимание на утверждение Г.А. Гаджиева, что «конституционные нормы, «возвышаясь» над нормами гражданского права, могут оказывать регулирующее воздействие на конкретные имущественные отношения»<sup>1</sup>. Из всех статей Конституции РФ в 65-ти закреплены нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения. Всю совокупность этих статей можно разбить на три блока:

1) статьи, закрепляющие права и свободы граждан в сфере гражданского права, (ст. 17-25, 27-30, 34-37, 40-46, 48, 52-56, 58, 60, 64);

2) статьи, определяющие основные принципы, содержание гражданского законодательства, порядок принятия и круг субъектов, которые могут принимать акты в сфере гражданского права, (ст. 3-19, 15, 67, 71-76, 84, 90, 104, 105, 107, 108, 115, 135, 136);

3) статьи, устанавливающие компетенцию органов государственной власти в сфере гражданского права (ст. 87, 88, 102, 113, 114, 125-127, 132).

## **2) Федеральные Конституционные Законы.**

ГК РФ прямо не называет ФКЗ среди источников гражданского права, вместе с тем они упоминаются в его отдельных статьях. Например, в п.3 ст.1 ГК РФ закреплено, что ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья, охраны природы культурных ценностей. В данном случае речь идет о ФКЗ «О чрезвычайном положении<sup>2</sup>» и ФКЗ «О военном положении<sup>3</sup>».

---

<sup>1</sup> Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного суда Российской Федерации). – М., 2004. – С. 22.

<sup>2</sup> Федеральный конституционный закон от 30.05.2001 N 3-ФКЗ (ред. от 12.03.2014) "О чрезвычайном положении" // Собрание законодательства РФ", 04.06.2001, N 23, ст. 2277.

<sup>3</sup> Федеральный конституционный закон от 30.01.2002 N 1-ФКЗ (ред. от 12.03.2014) "О военном положении" // Собрание законодательства РФ", 04.02.2002, N 5, ст. 375.



### **3) Федеральные Законы.**

Федеральный закон в РФ (далее ФЗ) как источник гражданского права представляет собой наиболее распространенный вид многочисленных нормативно-правовых актов. Следует оговориться, что в настоящей работе не подлежит детальной классификации система нормативных правовых актов в целом и ФЗ в частности. Нами преследуется цель, лишь проанализировать данный вид нормативного правового акта в качестве основного источника отрасли гражданского права. Вместе с тем рассматривать существующий огромный массив ФЗ представляется целесообразным сквозь призму наиболее часто используемых классификационных критериев. Так, одной из возможных классификаций является деление законов на различные группы в зависимости от предмета правового регулирования.

Как уже отмечалось выше, ведущее место в системе источников права России принадлежит кодифицированным нормативным актам. Отдельного рассмотрения заслуживает ГК РФ, как кодифицированный федеральный закон, содержащий в себе наибольшее количество гражданско-правовых норм. Соответственно стабильность гражданского законодательства во многом определяется стабильностью ГК РФ, которая может обеспечиваться через следующие составляющие:

- единство его структурных элементов;
- системность его структурных элементов;
- взаимосвязь норм ГК РФ и норм иных источников гражданского права;
- периодичность внесения изменений в ГК РФ.

Отраслевой кодификационный нормативный акт, являясь результатом кодификации, в концентрированном виде выражает своеобразие отрасли гражданского права. Гражданский кодекс обладает целым рядом преимуществ перед иными источниками гражданского права. Главная заслуга ГК РФ придание гражданскому законодательству комплексного

---

системного характера.

Кодификация выступает как средство совершенствования и упорядочения гражданского законодательства и проводится с той целью, чтобы: а) объединить и систематизировать апробированные в течение достаточно длительного времени действующие установления, б) уточнить (переработать) их содержание и в) изложить с соблюдением требований законодательной стилистики и законодательной техники. Тем самым обеспечивается максимально возможная полнота регулирования данным кодифицированным актом имущественных отношений.

Кодификационным актом является акт правотворчества, системно регулирующий определенную сферу отношений. Такой акт обладает определенными отличительными внешними признаками:

а) имеет особое наименование;

б) структурное деление (части, разделы, главы);

в) особый порядок вступления в силу. Момент вступления такого акта в силу определяется зачастую не в общем порядке, предусмотренном для актов данного органа, а путем установления конкретной даты. Исключительно для вступления в силу кодексов в России принимаются самостоятельные федеральные законы о введении в действие. Во всех других законах вступление в силу устанавливается в рамках самих законов отдельными статьями.

Составление кодекса, по мнению А.Ф. Шебанова, это большая и сложная работа. Она требует значительной степени развития законодательной техники и юридической науки. Кодекс, как по существу, так и по форме является новым законодательным актом. Поскольку он заменяет ранее действовавшие нормативные акты по этим вопросам<sup>1</sup>. В целом в научных трудах советских ученых достаточно детально описаны признаки отраслевого кодификационного акта. Большинство исследований

---

<sup>1</sup> Шебанов А.Ф. Нормативные акты Советского государства. – М., 1956. –С. 37.

проводились в основном в направлении определения правовой природы кодификационных актов, оснований их классификации и т.п.<sup>1</sup>. Несмотря на идеологизацию права советского периода разработки советских ученых имеют большую научную ценность. Поскольку они создают теоретическую основу для дальнейших изысканий в этой сфере. Современный доктринальный подход в принципе также продолжает эту традицию.

А.С. Соминский рассматривая отличительные черты кодификационного акта отмечал, что это следует делать путем вычленения общих признаков кодификации<sup>2</sup>. Поскольку сама по себе кодификация является формой упорядочения законодательства и способом его создания. По мнению ученого, к основным признакам кодификации можно отнести: во-первых, переработку действующего законодательства, создание нового акта, вносящего те или иные существенные изменения в регулирование общественных отношений, и, во-вторых, то, что в результате создается сводный акт, регулирующий ту или иную значительную область общественных отношений. Последнее свойство кодификации позволяет привести нормы, связанные с внутренним единством, в стройную систему, основанную на общих принципах.

В.В. Тищенко считал одним из обязательных требований для признания нормативного акта кодификационным то, что он должен являться итогом кодификационной работы, в особенности такой ее важнейшей стороны, как систематизация юридических норм. Автор выделяет также другие признаки, свидетельствующие о новизне и сводном характере. По его мнению, кодификационный акт должен вносить существенные изменения в содержание правового регулирования и систему нормативных актов; с

---

<sup>1</sup> Рахманина Т.Н. Кодификационный акт в системе нормативных актов Советского государства // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды ВНИИСЗ. – № 13. – М., 1978. – С. 16.

<sup>2</sup> Соминский А.С. Понятие и формы систематизации советского законодательства (Тезисы сообщения). Научная сессия, посвященная теоретическим вопросам систематизации советского законодательства (Тезисы докладов и сообщений). – М., 1961. – С. 12-13.

достаточной полнотой регулировать правовые отношения, охватываемые отраслью советского законодательства либо одним или несколькими ее институтами<sup>1</sup>.

ГК РФ по мнению профессора Е.А. Суханова, «это чрезвычайно редкий, едва ли не исключительный пример принятия современной Государственной Думой юридически квалифицированного и хоть сколько-нибудь серьезно продуманного и подготовленного закона»<sup>2</sup>. Отмечая особую стабильность ГК РФ, Д.А. Медведев особо подчеркнул, что на сегодняшний день - это один из самых последовательных и системных законов современной России, своеобразная «экономическая конституция» РФ<sup>3</sup>.

Таким образом, характерные черты ГК РФ как кодифицированного нормативного акта и основного источника гражданского права виде могут быть сведены к следующему:

1) это систематизированный свод правовых норм, единообразно регулирующих сферу общественных отношений, входящих в предмет гражданского права;

2) это особая внешняя форма закона, которая содержит правовые нормы, наиболее полно и комплексно регулирующие современные имущественные отношения;

3) характеризующаяся повышенной стабильностью;

4) занимает доминирующее положение среди источников права отрасли гражданского права;

5) кодифицированные нормы обладают определенным приоритетом при регулировании общественных отношений нормами актов смежных отраслей;

---

<sup>1</sup> Тишенко В.В. Некоторые теоретические проблемы кодификации советского законодательства // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 18. – М., 1969. – С. 203.

<sup>2</sup> Суханов Е.А. Современное законодательство в области гражданского права // Нотариус. – 2006. – № 2. – С. 25.

<sup>3</sup> Медведев Д.А. Гражданский кодекс России – его роль в развитии рыночной экономики и создании правового государства (доклад 25 апреля 2007 г.) // Вестник ВАС РФ. – 2007. – № 7 – С. 15.

б) ему присуща более сложная структура по сравнению с обычным федеральным законом.

Одновременно до сих пор на уровне закона не установлен порядок применения федерального закона или ГК РФ в случае противоречия или коллизии между ними. Наука неоднозначна в выработке подходов к их преодолению. Первый подход разрешает сложившееся противоречие следующим образом. При столкновении нескольких гражданско-правовых норм, содержащихся в федеральном законе или ином правовом акте с кодифицированными нормами ГК РФ правоприменителю следует применять нормы последнего<sup>1</sup>. Одновременно нормы противоречащие ГК РФ не подлежат применению. Однако есть и исключения из обозначенного выше правила. Они заключаются в *прямом указании в нормах ГК РФ* на приоритет применения норм других законов. Например это указание сделано в отношении норм главы 48 ГК РФ «Страхование». В частности отмечается, что к отношениям по страхованию иностранных инвестиций от некоммерческих рисков, морскому страхованию, медицинскому страхованию, страхованию банковских вкладов и страхованию пенсий общие нормы о страховании применяются постольку, поскольку законами об этих видах страхования не установлено иное.

Второй подход направлен на формирование обязанности законодателя принимать федеральные законы, которые не противоречат ГК РФ. Однако если такой закон все таки будет принят и его положения будет противоречить нормам ГК РФ подлежит применению более специальный и принятый позднее федеральный закон<sup>2</sup>. Например общими называются

---

<sup>1</sup> Данную позицию полностью разделяет М. Брагинский: См.: Брагинский М. Гражданский кодекс. Часть первая. Три года спустя. (Комментарий с учетом принятых изменений ГК и новых законодательных актов) // Хозяйство и право. – 1998. – № 1. – С. 13.

<sup>2</sup> В теории права также достаточно авторитетным признается мнение, согласно которому специальные нормы имеют приоритет действия перед общими нормами. См.: Мозолин В.П. Развитие гражданского законодательства на современном этапе (дискуссионные проблемы) // Журнал российского права. – 2005. – № 7. – С. 33-45 и др.

законы, которые распространяются на определенный род общественных отношений в целом. Напротив специальными признаются законы, которые действуют только в пределах конкретного вида общественных отношений (например банкротство). Общие законы также можно подразделить на две категории: первая – законы, которые могут быть только общими (в частности, к ним можно отнести ГК РФ и ФЗ, вносящие в него изменения и дополнения); вторая – законы, являющиеся общими по отношению к специальным законам. Специальные законы можно классифицировать на законы, являющиеся особенными по отношению к ГК РФ и на законы, являющиеся специальными по отношению к специальным законам первой категории.

#### **4) Иные акты, содержащие нормы гражданского права.**

Переходя к рассмотрению указанно группы формальных источников гражданского права сразу необходимо отметить их большой объем и высокую степень динамичности регулируемых ими общественных отношений. Именно в подзаконных правовых актах охватывается большая доля часть всех правовых предписаний, которые призваны развивать и конкретизировать нормы федеральных законов.

При этом указы Президента РФ и постановления Правительства РФ понимаются и обозначаются в ГК РФ как *«иные правовые акты»*. Правовая цель их выделения в отдельную категорию актов видится нам в следующем. Прежде всего законодатель преследует цель особо обозначить и нормативно обособить эту группу актов. Тем самым указать на их отличие от законов и иных «ведомственных актов». Это позволяет более детализировано проводить правовое регулирование указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений. И что не маловажно такое обособление позволяет относить их к особой группе актов в системе источников гражданского права.

Органы исполнительной власти РФ также могут издавать акты,

содержащие нормы гражданского права – ведомственных нормативные акты. Такие акты издаются в случаях и в пределах, предусмотренных ГК РФ, другими законами и иными правовыми актами.

**Указы Президента РФ.** По нашему мнению, указ Президента РФ как источник гражданского права – это нормативный правовой акт, издаваемый в пределах полномочий предоставленных главе государства Конституцией РФ не противоречащий ей, иным федеральным конституционным законам, федеральным законам, обладающий после них высшей юридической силой. Президент России издает нормативные гражданско-правовые акты с целью конкретизации и детализации действующего гражданского законодательства, в то же время они являются одним из оснований для издания Правительством РФ постановлений и распоряжений. О нормативности указов Президента РФ речь идет в ст. 125 Конституции России и ряде федеральных законов. В ст. 90 Конституции устанавливается общеобязательность указов и распоряжений Президента России, подлежащих исполнению на всей территории России. Указы Президента РФ имеет особый правовой статус среди иных подзаконных актов как источников гражданского права. Прежде всего, это относится к возможности их издания в случаях, прямо не предусмотренных гражданским законодательством. Поэтому полагаем, что ведущим направлением деятельности Президента РФ в сфере правового регулирования имущественных отношений является его реформаторская деятельность, направленная на выработку стратегии по приведению гражданского законодательства в соответствие с нормами Конституции России, а также конкретизация в нем конституционных прав и свобод человека и гражданина и закрепление механизмов их реализации в имущественных отношениях.

**Постановления Правительства РФ.** Правительство РФ реализует свои полномочия в области гражданско-правового регулирования путем издания соответствующих постановлений. В сфере гражданского права Постановления Правительства РФ являются подзаконными нормативными актами. Они издаются на основании ранее принятых федеральных законов,

либо нормативных указов Президента РФ. Правительство РФ осуществляет таким образом вторичное правовое регулирование имущественных отношений, что влияет на место издаваемых им актов в системе источников гражданского права. Среди достоинств данных источников права следует выделить их оперативный и упрощенный порядок принятия. В этой связи некоторые ученые даже предлагают ввести преимущественное правовое регулирование предпринимательских отношений посредством постановлений Правительства РФ<sup>1</sup>. Однако мы не поддерживаем изложенную точку зрения Е.М. Марченковой, поскольку она противоречит изложенным выше теоретическим и законодательным положениям. Одновременно не следует игнорировать весьма стремительное развитие частноправовых предпринимательских. Что с необходимостью обуславливает постоянное обновление законодательства в данной области и принятия новых правовых актов. В целом объективная необходимость модернизации существующего законодательства в области предпринимательских отношений решить текущие задачи современного регулирования отношений в указанной области гражданского права.

Необходимо подчеркнуть, что согласно Конституции РФ и ГК РФ данные источники гражданского права могут приниматься лишь *на основании и во исполнение законов и указов Президента РФ*. Таким образом, постановления Правительства РФ по своей правовой сущности не могут служить оперативным источником правового регулирования все усложняющихся коммерческих отношений. Наиболее перспективным в этом отношении является такой источник гражданского права как – указ Президента РФ. Последний дает потенциал для конструктивного восполнения «пробелов» в гражданском законодательстве. Постановления Правительства РФ призваны осуществлять более функции конкретизации

---

<sup>1</sup> Марченкова Е.М. О постановлениях Правительства России в сфере предпринимательской деятельности // Журнал российского права. – 2000. – № 10. – С. 67-72.



гражданского законодательства.

**Акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти РФ** – «ведомственные акты». В соответствии с п.7 ст.3 ГК РФ министерства и иные федеральные органы исполнительной власти<sup>1</sup> вправе издавать акты, содержащие нормы гражданского права, в случаях и в пределах, предусмотренных ГК РФ, другими ФЗ, указами Президента РФ, постановлениями Правительства РФ и положениями о соответствующих органах, определяющими пределы их деятельности. Для ведомственных актов РФ как источников гражданского права характерны следующие признаки:

- 1) тесная специальная компетенция;
- 2) область их правового регулирования более узкоспециальная;
- 3) большая конкретность их нормативных предписаний;
- 4) государственная регистрация;
- 5) разнохарактерность их формы и содержания.

Для эффективного применения указанных источников гражданского права, а также с учетом их подзаконного и несамостоятельного характера, весьма острым и недостаточно разрешенным на теоретическом уровне остается вопрос их соответствия актам большей юридической силы. Имеется в виду, прежде всего, их соответствие федеральным законам. Несмотря на нынешнюю тенденцию упрочения роли закона как основного источника отрасли гражданского права, удельный вес ведомственных актов в современном массиве нормативных правовых актов продолжает оставаться довольно высоким.

Таким образом, одним из источников современной системы формальных источников гражданского права являются подзаконные

---

<sup>1</sup> Указ Президента РФ от 12.05.2008 N 724 (ред. от 04.04.2016) "Вопросы системы и структуры федеральных органов исполнительной власти" // Собрание законодательства РФ", 19.05.2008, N 20, ст. 2290.

правовые акты. Подавляющее их число регулируют общественные отношения, входящие в предмет гражданского права. Они также составляют определенную частную систему с отдельными структурными элементами. В данной структуре каждый элемент системы это подзаконный правовой акт различного уровня юридической силы. В тоже время единым признаком для всей системы подзаконных правовых актов будет их иерархическая зависимость от закона.

Подзаконные правовые акты как формальные источники отрасли гражданского права занимают предпоследнее место в правовом регулировании частноправовых отношений. В этом проявляется их особые юридические свойства, выраженные в системной зависимости от законов – главных правовых регуляторов в системе современных источников гражданского права РФ.

### 2.3. Обычное право как источник гражданского права

В период развития рыночных отношений и предпринимательства как эффективной и законной деятельности обычаи делового оборота вступают в свои права источника регулирования гражданских правоотношений. В то же время научная проблема состоит в недостаточности знаний как у ученых, так и у практикующих юристов, прежде всего о составе и частоте использования обычаев делового оборота, применяемых предпринимателями при своей торговой или иной деятельности, а также о критериях применения торговых обычаев при регулировании отношений в гражданском обороте на основе требований, установленных к ним законом.

Обычаи восполняют несовершенства гражданского законодательства, обеспечивают определенный режим отношений предпринимателей, ускоряют ведение дел партнерами, а также позволяют экономить ресурсы (интеллектуальные, денежные, товарные и т.д.). В зависимости от преследуемых функций различают торговые обычаи: 1) установления и поддержания доверительных отношений между партнерами, 2) упрощения контактов партнеров, 3) защиты собственных интересов, 4) защиты интересов контрагентов, 5) привлечения и удержания потребителей. Индикаторами существования торговых обычаев в гражданском обороте России выступают предпринимательская практика, решения арбитражных судов РФ, опыт международного гражданского оборота. Основной целью существования обычаев делового оборота является регулирование гражданских отношений, которые не охватил закон и договор.

Подсистема обычного права как структурный элемент системы источников гражданского права РФ включает в себя совокупность правовых обычаев. Правовые обычаи существуют в современном гражданском праве, поскольку также регулируют отношения, входящие в предмет гражданского

права<sup>1</sup>.

В тоже время обычное право это сложное многоуровневое правовое образование. Поэтому невозможно дать однозначно и единственно верное определение понятию «правовой обычай» и «обычное право». Это дефиниции могут быть как общими, дающими более или менее цельное представление о нем, как части социальной и культурной составляющей общества. Могут быть и частными, делающими акцент на отдельных существенных сторонах его проявления в качестве источника гражданского права.

Обычаи включаются в группу социальных регуляторов на всех этапах развития Русского и Российского государства, но сфера их действия различна в зависимости от зрелости общества. Поскольку обычаи как социальное явление возникли раньше, чем государство, соответственно, не государство, а общество в целом было гарантом соблюдения обычаев. Значительная часть многих нормативных правовых актов как Древнерусского государства, так и более поздних эпох, по сути, представляла собой те же обычаи, зафиксированные правовыми средствами<sup>2</sup>.

Рассматривая обычное право как источник гражданского права, исследователи главным образом сосредотачивают свое внимание на торговых обычаях. Это объяснимо тем, что преимущественно торговые обычаи дореволюционной России являлись наиболее развитой и широко применяемой областью «обычного» в гражданском праве. Так, Г.Ф. Шершеневич отмечал: «В первое время своего существования торговое право жило и развивалось путем обычая.... область торгового права, где обычай сохранил еще весьма почетное значение, занимая место выше гражданского

---

<sup>1</sup> Мурзаева З.М. Правовой обычай как источник права // Восьмые Всероссийские Державинские чтения: сборник статей: в 7 кн.: Проблемы теории и истории государства и права. – 2013. – Кн. 1. – С. 189-192.

<sup>2</sup> Миннирес И.В. Обычай как источник русского права: историко-правовой анализ // История государства и права. – 2010. – № 15. – С. 7-10.

закона»<sup>1</sup>.

П.П. Цитович отмечал, что существуют три источника торгового права «и в таком порядке их применения: торговый закон, торговый обычай, гражданский закон. Торговый обычай отступает перед торговым законом, безусловным и диспозитивным; он действует лишь в дополнение торгового закона. Но перед торговым обычаем отступает гражданский диспозитивный закон; его отставляет торговый обычай»<sup>2</sup>. Схожей позиции придерживался и А.И. Каминка: «В настоящее время источником торгового права признается раньше всего законодательство, хотя исторически важнейшим является обычное право»<sup>3</sup>.

В советский период правовым обычаям отводилась весьма скромная роль, они были малочисленны, а примеры их применения единичны<sup>4</sup>. Более того, многие обычаи были объявлены пережитками феодально-буржуазного прошлого и велась целенаправленная работа по их вытеснению. Следование обычаям не поощрялось и советской идеологией. Как исключение, были санкционированы государством некоторые обычаи в области торгового мореплавания, пользования имуществом крестьянского двора, наследования имущества крестьянского хозяйства.

Постепенно закон вытеснил обычное право, став господствующей формой, однако немало современных явлений преимущественно в сфере частного (гражданского) права имеют «обычное происхождение»<sup>5</sup>. Сегодня в гражданском праве России допускается применение обычая как источника права. Это допустимо в сфере частного права, где у субъектов правоотношений имеется определенная свобода выбора вариантов правового

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Введение. Торговые деятели. – М., 2003. – Т. 1. – С. 87.

<sup>2</sup> Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. – М., 2001. – С. 75.

<sup>3</sup> Каминка А.И. Очерки торгового права. – М., 2002. – С. 76.

<sup>4</sup> Иоффе О.С. Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Советское гражданское право. – СПб., 2004. – Т. 2. – С. 53.

<sup>5</sup> Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М., 1998. – С. 20-24, 36-37.

поведения<sup>1</sup>. Закон как источник частного права, как правило, разрешает использовать абстрактные обычаи без их конкретизации.

Правовые обычаи как особая разновидность обычаев являются формой (источником) гражданского права, обладают рядом несомненным преимуществ. Сегодня в системе источников гражданского права они занимают особое место в механизме правового регулирования.

Однако следует учитывать, что на разных исторических этапах и в разных отраслях права их роль и значение различны. Так в романо-германской правовой семье правовой обычай может быть «в дополнение к закону». Это означает, что если обычай существует наряду с законом, не противоречит ему, дополняет и разъясняет его положения, он может использоваться благодаря прямой или подразумеваемой отсылке закона. Модель использования обычая «против закона» предполагает, что обычай существует наряду с законом. Будучи противостоящим ему такой обычай выражает самостоятельную правовую норму, отличающуюся от нормы этого закона. Модель «кроме закона» подразумевает, что если обычай устанавливает правовую норму, то только в условиях отсутствия законодательного регулирования<sup>2</sup>.

Как формальный источник отрасли гражданского права обычное право представляет собой совокупность обычно-правовых норм, сложившихся в результате постоянного единообразного и многократного использования известного правила поведения, возможность применения которого для регулирования гражданско-правовых отношений санкционирована государством в установленном законом порядке. Обычное право формируется в современный период своего развития как совокупность специфических диспозитивных гражданско-правовых норм.

---

<sup>1</sup> Фомушина Е.П. Обычаи делового оборота как источник права современной России // Вестник Владимирского юридического института. – 2010. – № 1 (14). – С. 160-163.

<sup>2</sup> Мартянова Т.С., Коваль Г.О. Обычай как источник французского частного права // Кодекс-info. – 1999. – № 8. – С. 15-16.

В условиях отсутствия единого мнения о признаках правовых обычаев ключевым все же считают *государственное санкционирование*, превращающее однообразное и устойчивое правило в норму права, которое обеспечивается отсылкой правила нормативно-правового акта к обычаю. При этом предмет санкции – не сам обычай, а возможность его использования. Государственное санкционирование в зависимости от объема может быть *единичным и рамочным*. Единичное означает, что законодатель санкционирует использование абстрактного обычая в рамках конкретного общественного отношения (см. п. 1 ст. 19, ст. 221 ГК РФ). Рамочное означает, что рамочная санкция может охватывать разный круг обычаев и ситуаций.

Некоторые авторы допускают также судебное санкционирование применения обычая<sup>1</sup>, а некоторые и вовсе ставят под сомнение как нормативное, так и судебное санкционирование. Следуя их логике нужно пояснить, что правило обычая в первом случае становится законодательной нормой, а во втором поглощается прецедентом. Поэтому ученые предлагают определить применимость правовых обычаев не через перечисление возможных случаев, а, наоборот – через закрепление случаев невозможных<sup>2</sup>.

Обычаи, применение которых не санкционировано государством, не являются источником права и не обладают юридической нормативностью, тем не менее, могут использоваться в процессе правового регулирования, в котором известны как *обыкновения*. Деловые обыкновения появляются с развитием рыночных отношений, когда производство благ приобретает массовый характер. Деловые обыкновения – это правила поведения, складывающиеся в практической деятельности людей, регулирующие повседневную их жизнь, с которыми связаны правовые последствия. Иначе деловое обыкновение можно определить как устоявшуюся практику,

---

<sup>1</sup> Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – С. 10.

<sup>2</sup> Поротиков А.И. Обычай в гражданском праве РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 8, 19-20, 22.

заведенный порядок дел в какой-либо сфере деятельности.

Многие авторы ставят знак равенства между правовыми обычаями и деловыми обыкновениями, другие же не проводят четкой разницы между ними, третьи полагают, что обыкновения - сиюминутный вариант регулирования конкретной ситуации. Однако эти две формы права серьезно отличаются друг от друга<sup>1</sup>.

Во-первых, деловые обыкновения не затрагивают основ жизни, каких-либо общественных закономерностей. Регулируя практическую деятельность, совместное какое-либо дело, они предназначены для целесообразного ее выполнения, для того чтобы результат был достигнут минимальными усилиями. От того, как ведется совместная деятельность, во многом зависит ее эффект, но сама деятельность остается незыблемым фактом. Вот почему правило ее проведения может быть одно, а если со временем становится видна его неэффективность, то оно может быть изменено на другое, более подходящее. Обществу не будет нанесено явного вреда. Однако если будет нарушаться, например, такой правовой обычай, как неуклонное исполнение договорных обязательств, то может рухнуть вся экономика страны.

Во-вторых, деловые обыкновения никак напрямую не связаны с нормами морали, чего не скажешь про обычаи как форму права. Например, следует индифферентно с точки зрения морали оценить следующее деловое обыкновение: банк подтверждает осуществление платежной операции путем проставления печати со штампом и подписи операциониста на платежном поручении, которое и отдается на руки клиенту.

В-третьих, они в высшей степени рациональны, тогда как правовые обычаи всегда имеют некую эмоциональную составляющую.

В-четвертых, обычай имеет массовый характер и в силу этого не

---

<sup>1</sup> Плоцкая О.А. К вопросу о дискуссионности в понимании категорий «обычай» и «правовой обычай» как источника права // Право и государство: теория и практика. – 2013. – № 3 (99). – С. 22-25.



требует специального признания, тогда как деловое обыкновение - это правило, которым согласились руководствоваться стороны в процессе делового оборота. В нашем примере если клиент не согласен с проставлением реквизитов банка на платежном поручении, то он может потребовать иной формы удостоверения факта оплаты им товара.

Применение обыкновений опирается на обычную сложившуюся в обороте практику взаимоотношений «средних и абстрактных контрагентов». Обыкновения используются только как способ установления отсутствующих в договоре сведений, как индикатор типичных взаимоотношений большинства контрагентов. Применимость обыкновения зависит от его восприятия участниками конкретного договора (а от этого и правоприменителем), а раз так, то обыкновение должно быть известно контрагентам. Только при условии прямого или косвенного его восприятия (договор отсылает к обыкновению, по существу делая его условием договора, либо подразумевает или, по крайней мере, не исключает возможность его использования) соответствующее правило приобретает индивидуальное правовое значение и обязательность.

Появившись в начальный период развития рыночных отношений, деловые обыкновения постоянно набирали оборот. Сегодня экономика без них немыслима. В будущем их позиции не могут не укрепиться, поскольку объем и значение делового оборота будут все возрастать. Отсюда следует, что деловые обыкновения – это хорошее подспорье в регулировании общественной жизни. Они опосредованно сокращают нагрузку на законодательство. Однако они не достигли еще уровня общеобязательного источника гражданского права.

Одновременно в гражданском законодательстве РФ категория «обыкновение» не дается и не упоминается, скрываясь в ст. 309 ГК РФ под собирательным понятием «иных обычно предъявляемых требований».

Напротив, п. 2 ст. 1-205 УСС<sup>1</sup> определяет торговое обыкновение как любую практику или порядок деловых отношений, соблюдение которых в тех или иных местах, профессии или сфере деятельности носит настолько постоянный характер, что оправдывает ожидание их соблюдения также и в связи с данной сделкой. А поскольку соглашение – это фактически совершенная сделка, наличие которой вытекает из заявлений сторон или иных обстоятельств, в т.ч. торговых обыкновений, торговое обыкновение – явление, неразрывно связанное с соглашением сторон.

Итак, противопоставление правовых обычаев и обыкновений не абсолютно, известно даже усиление этой пары третьим компонентом – неправовыми обычаями, которые в то же время противопоставляются обыкновениям.

Таким образом, правовой (санкционированный) обычай в отличие от обыкновения имеет обязательную юридическую силу и является источником гражданского права.

В зависимости от уровня применения обычно-правовой нормы и ее общеобязательности их можно подразделять на:

- 1) правовые обычаи;
- 2) правовые обыкновениями, то есть такие правила поведения, которые применяются в отдельных сферах;
- 3) заведенный порядок, то есть, такие обычные правила, сложившиеся между конкретными лицами в определенной сфере бизнеса).

Традиционно в научной юридической литературе правовые обычаи от деловых обыкновений принято отличать на основании критериев, предложенных видным советским цивилистом С.И. Вильнянским:

- 1) определение существования обычая входит в обязанность суда, а наличие принятого обыкновения – это вопрос факта и требует доказательств;
- 2) обыкновения должны быть известны сторонам или во всяком

---

<sup>1</sup> Единообразный торговый кодекс США (Uniform Commercial Code) // СПС Консультант плюс.

случае должно предполагаться намерение сторон им подчиниться, тогда как правовой обычай обязателен для сторон, независимо от того, знали ли они о его существовании и имели ли намерение подчиниться ему;

3) применение обычая может быть допущено только в том случае, если закон отсылает к нему, а деловое обыкновение применяется и без специальной отсылки к обыкновению со стороны закона<sup>1</sup>.

В современной практике арбитражные суды при применении обычаев делового оборота как источника гражданского права, как правило, встречают трудности при их надлежащей квалификации. При этом наиболее частой погрешностью является квалификация судами в качестве правового обычая *сложившейся между сторонами практику (заведенный порядок)*.

Так, арбитражный суд г. Москвы отметил, что во всех направленных банком в качестве брокера отчетов без каких-либо возражений за период исполнения сторонами обязательств комитента и комиссионера по договору комиссии при сложившейся у сторон фактически практике устных поручений, являющихся для них обычаем делового оборота<sup>2</sup>. Подобная ошибка была допущена и другим арбитражным судом, который указал на то, что «суд не учел обычай делового оборота, сложившийся в результате длительных хозяйственных связей сторон», который, по мнению суда, выразился в том, что «на протяжении нескольких лет задолженность по взаиморасчетам выводилась при составлении сторонами акта сверки»<sup>3</sup>.

Однако в последнее время суды в основном дают правильную квалификацию обычно-правовым нормам. Например, суд сделал обоснованный вывод о применении условий договора купли-продажи к отношениям сторон по передаче средств защиты растений, возникшим до заключения указанного договора. При толковании договора, отмечает суд,

---

<sup>1</sup> Вильнянский С.И. Обычаи и правила социалистического общежития // Ученые записки Харьковского юридического института. – Харьков, 1954. – Вып. 5. – С. 15.

<sup>2</sup> Постановление ФАС г. Москвы № КГ А40/3998-01 // СПС Консультант плюс.

<sup>3</sup> Постановление ФАС Уральского округа № Ф09-119/99 ГК // СПС Консультант плюс.

принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие договору переговоры и переписку, установившуюся во взаимоотношениях сторон практику, обычаи делового оборота, последующее поведение сторон. Из материалов дела следует, что действительная общая воля сторон при заключении спорного договора была направлена не на его реальное исполнение, а на закрепление уже сложившихся фактических отношений истца и ответчика по отгрузке продукции, что и было сделано путем составления одного документа, подписанного уполномоченными представителями сторон<sup>1</sup>.

**Особенности торгового обычая и обычая делового оборота.** Главная функция торгового обычая ограничена деловой (предпринимательской) сферой и сферой оборота (договорными отношениями). Поэтому торговые обычаи не могут применяться между субъектами права не предпринимателями в общегражданской сфере. Они также не могут применяться при регулировании общегражданских отношений по аналогии ввиду отсутствия в механизме гражданско-правового регулирования аналогии обычая. Узкоспециально-гражданский характер торговых обычаев препятствует их использованию для раскрытия общих начал и смысла гражданского законодательства, т.е. для целей аналогии права.

В частности некоторые признаки торгового обычая сформулированы при помощи оценочных категорий. Так термин «широкое применение», безусловно, относится к числу оценочных правовых понятий в гражданском праве. В этой связи он подлежит толкованию и конкретизации в связи с конкретными условиями. Напротив, такие признаки торгового обычая как применимость в какой-либо области предпринимательства, легальная непредусмотренность, отсутствие достаточной степени формализованности, подчинение обязательным правилам законодательства и условиям договора являются вполне определенными.

---

<sup>1</sup> Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 04.11.2013 № Ф08-3013/13 по делу № А-32-1886/2013-31/64 // СПС Консультант плюс.

Разумеется, при признании правила торговым обычаем наибольшую сложность представляют оценочные признаки. Так, выяснение за тем или иным правилом сложившегося характера и широкой применимости сопряжено с установлением совокупности разных обстоятельств. Это могут быть в частности: примерное время его возникновения, стабильность (устойчивость) существования, однообразность и возможная динамика содержания, степень известности в деловых кругах, распространенность (степень признания), частота применения (постоянство соблюдения, многократность, систематизм), исключительность (отсутствие альтернатив и конкуренции со стороны других обычных правил). Следует учитывать и внутренние связи между этими обстоятельствами. К примеру, стабильное однообразие применяемого правила «снижает» требование многократности, и наоборот, чем с большими изменениями оно повторяется, тем требуется больше случаев, чтобы убедиться в истинном смысле обычая и в его соответствии общественному сознанию<sup>1</sup>.

Торговые обычаи, применяемые в предпринимательстве, не находятся в жесткой зависимости от территориального признака и могут быть интернациональными и внутренними (национальными и местными). Различное территориальное проявление торговых обычаев не следует понимать механически и абсолютно.

Легальная непредусмотренность торгового обычая не означает, что законодательство вообще не должно содержать упоминаний об обычае (в конце концов, ссылка закона на обычай санкционирует его применение). Все дело в том, чтобы в тексте нормативно-правового акта не была сформулирована сущность обычая, в противном случае норма права попросту поменяет свой статус и вместо обычного правила станет правилом нормативно-правового акта. Такая трансформация не исключена в отношении наиболее прогрессивных и стабильных правовых обычаев. В

---

<sup>1</sup> Шершеневич Г.Ф. Указ. соч. – С. 38.

принципе не исключен и обратный процесс, когда отмененное правило нормативно-правового акта в силу его устоявшегося характера и популярности продолжает использоваться как обычай. При условии государственного санкционирования последний станет правовым (перейдет из одной категории источников права в другую), в остальных же случаях - может использоваться как обычное явление.

Применение обычая в каждом конкретном случае возможно в части, не охваченной нормативным или договорным регулированием, при этом оно не обусловлено наличием отсылки ни закона (в силу рамочного санкционирования применения всякого торгового обычая вообще), ни договора (так как речь идет об источнике права). Если соответствующий требованиям законодательства договор воспринимает существующий торговый обычай, правила последнего становятся обычными и обязательными для сторон условиями договора, которые в иерархии регуляторов общественных отношений занимают более высокое положение, чем обычай (см. п. 5 ст. 421 ГК РФ). Если соответствующий требованиям законодательства договор регулирует отношения сторон иначе, чем торговый обычай (посредством установления собственного правила или восприятия диспозитивной нормы закона), принимаются во внимание данные условия договора, обязательность которых для сторон блокирует действие противоречащего им торгового обычая п. 2 ст. 5 ГК РФ). Наконец, если соответствующий требованиям законодательства договор сам не регулирует отношения сторон и одновременно исключает действие существующего по данному поводу торгового обычая (теоретически можно допустить и такое), налицо заведомое создание сторонами пробела, попытаться устранить который можно только при помощи ст. 6 ГК РФ. Таким образом, всякий обычай – норма диспозитивная, поскольку может быть изменена (отменена) законодательством или договором. Формальный приоритет законодательства и договора над торговым обычаем закреплен в ряде правил закона.

Следует отметить, что для формирования правового обычая

существенное значение имеют создание правила поведения практикой его соблюдения и признание данного правила в качестве юридически обязательного. К такой практике не может принадлежать запись обычая государством или по его полномочию частными лицами, поскольку основным признаком обычая как источника (формы) права является его неписаный характер. Запись обычая может быть произведена только частным лицом в качестве одного из способов выражения правосознания общества наряду с другими (суждения о содержании нормы самих участников отношений, судей, знатоков права, советы хранителей обычаев, мнения сведущих людей). Если запись обычаев производится органами государства, то она становится источником не обычая, а закона, поскольку уже не отражает содержание существующих правил поведения, а устанавливает их в качестве юридически обязательных. Тем самым правовой обычай вытесняется другим источником права – нормативным правовым актом, законом.

Действительно, имеются существенные различия между истинными правовыми обычаями и обычаями морских портов с регулятивной и генетической точек зрения. В то время как тексты, закрепляющие своды обычаев морских портов Российской Федерации, разрабатываются администрацией порта и, безусловно, обязательны для всех лиц, которых они касаются, правовые обычаи в собственном смысле слова создаются самими участниками общественных отношений, которые «вольны самостоятельно определить, использовать или не использовать правовой обычай, насколько распространить применение обычая в рамках конкретного общественного отношения»<sup>1</sup>.

Вопреки мнению, что закон есть первостепенный способ признания обязательности правового обычая государством, ссылка на обычай в законе не приводит к созданию правового обычая. Однако указание на обычай в

---

<sup>1</sup> Тирских М.Г., Черняк Л.Ю. Обычай: социальный и правовой регулятор общественных отношений // Академический юрид. журн. – 2010. – № 1. – С. 8.

законе не выступает его признанием (санкционированием), а должно быть квалифицировано в качестве **легализации** обычая. В отличие от санкционирования – элемента правоприменительной деятельности – легализация происходит благодаря законодательствованию государства. Санкционирование обычая относится к сфере сущего, легализация – к сфере должного. Если посредством санкционирования **создается** обычай как источник содержания норм права, то посредством упоминания обычая в законе субъектам права **дозволяется использовать** в качестве источника (формы) права уже существующий обычай. Санкционирование придает свойства нормы конкретному обычаю и потому фиксируется в правосознании в виде определенной нормы, легализация же касается обычая как родового явления (обычай в гражданском праве) и не обуславливает появление в сознании конкретного правила поведения, а только выступает необходимым условием для этого. Поэтому после легализации обычая всегда требуется санкционирование конкретного обычного правила поведения посредством совокупности действий правоприменительных органов государства.

Применительно как к правовому обычаю, так и к иным санкционированным источникам (формам) права следует различать их легализацию и актуализацию. Легализация направлена на расширение рамок правовой системы государства при помощи закона, которым не устанавливается новый источник права, а признается в рамках национальной правовой системы обязательность норм и источников права, до того не входивших в данную правовую систему. Причем эти нормы и источники обозначаются как родовое явление, без изложения содержания самих норм. Актуализация иных санкционированных источников (форм) права создает на основе неправовой писаной или неписаной нормы источник их содержания и обязательности, а также форму выражения содержания новой нормы права. Актуализация имеет атрибутивное значение, с ее помощью на основе или даже помимо легализации санкционированных источников (форм) права



образуется конкретный санкционированный источник (форма) права и ему придается определенное содержание.

Определение обычаев делового оборота дается в ст. 5 ГК РФ, согласно которому можно выделить несколько признаков, характеризующих обычаи делового оборота.

Во-первых, это правила поведения, т.е. то, чему необходимо следовать в силу постоянного и закономерного воспроизведения в действительности несколькими поколениями. Это предписание, которое устанавливает определенный порядок или определенную последовательность каких-либо действий, в том числе и в гражданском обороте. Необходимым условием является и то, что это правило поведения должно иметь правовой характер, в частности гражданско-правовой.

Во-вторых, это сложившееся правило поведения, т.е. оно должно закрепиться в сознании не одного человека, а в сознании группы людей, которая применяет эти правила непосредственно. При этом должно закрепиться убеждение в правильности и допустимости этого правила к определенному кругу общественных отношений в гражданском обороте. Это правило поведения должно неоднократно проявиться в действительности и, следовательно, быть соблюдаемо в течение более или менее продолжительного периода. Но определить число проявлений каким-либо количеством нельзя, а можно только заметить, что чем больше случаев, в которых проявилось одно и то же правило поведения, тем легче судить о существовании обычая, а чем меньше - тем труднее. То же самое можно сказать и относительно времени соблюдения обычая. Следует отметить только, что должно быть достаточно для того, чтобы обычай (правило поведения) проник в сознание граждан как право. Еще одно важное замечание: правило поведения должно проявляться постоянно однообразно, т.к. в противном случае не может образоваться обычай. Но это не значит, что каждое отклонение от правила поведения препятствует ему сделаться обычаем. Напротив, если отклонение представляется в форме исключения, то

тем самым резко указывается на существование обычая.

В-третьих, это широко применяемое правило поведения. Это должны быть случаи не одноразового применения правила поведения (обычая) при регулировании общественных отношений в гражданском обороте, а использование этого обычая в практике большим количеством граждан (в данном случае необходимо применительно к обычаям делового оборота говорить о предпринимателях). Не обязательно обычаи должны применяться только в пределах России, возможно использование при регулировании гражданских отношений и обычаев, сложившихся в других странах, а также принятых мировым сообществом.

В-четвертых, это правила поведения, применяемые в какой-либо области предпринимательской деятельности. Предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законе порядке (ст. 2 ГК РФ). Предпринимательской деятельностью могут заниматься юридические лица, а также индивидуальные предприниматели без образования юридического лица. Обычаи делового оборота применяются в гражданском праве в следующих сферах предпринимательской деятельности: купля-продажа товаров, поставки товаров, банковская деятельность (операции по счету, различные формы расчетов), хранение вещей, комиссионной деятельности и др. Следовательно, понятие «область предпринимательства» следует толковать достаточно широко: это может быть и отрасль экономики, и ее отдельные подотрасли; возможны также и межотраслевые обычаи делового оборота.

В-пятых, это правило поведения не должно быть предусмотрено законодательством, т.е. ни законом, ни иными нормативно-правовыми актами (указами Президента, постановлениями Правительства, разного рода актами министерств и ведомств). Иначе потеряется сама сущность обычаев, в

том числе и обычаев делового оборота, т.к. они регулируют правоотношения только при условии отсутствия законодательного и договорного их установления, или, другими словами, действие обычаев делового оборота начинается там, где молчит закон, а также договор. Следовательно, можно заметить, что при совместном существовании этих регуляторов правоотношений в гражданском обороте положение их неравное – обычаи должны уступить место и закону, и договору. Отсюда следует, что не применяются обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору (ч. 2 ст. 5 ГК РФ).

В-шестых, эти правила поведения, однако, могут быть зафиксированы в каком-либо документе. Документ - это материальный объект, содержащий информацию в зафиксированном виде и специально предназначенный для ее передачи во времени и пространстве. В данном случае имеется в виду фиксирование их в каком-либо сборнике, как это было распространено в дореволюционной Российской империи. В настоящее время имеются унификации торговых обычаев, произведенные на международном уровне. Кроме того, национальные торгово-промышленные палаты занимаются изучением существующих обычаев и публикуют их для сведения заинтересованных лиц. Письменным подтверждением обычаев могут быть условия публикуемых примерных договоров. Однако обычаи делового оборота могут применяться независимо от того, зафиксирован ли он в каком-либо документе (опубликован в печати, изложен во вступившем в законную силу решении суда по конкретному делу, содержащему сходные обстоятельства и т.п.).

Обычное право как источник гражданского права состоит из норм обычаев делового оборота и иных правовых обычаев, применяемых как в области имущественных, так и личных неимущественных правоотношений. Применительно к обычному праву роль государственного санкционирования сводится к признанию фактической возможности его использования в

строго определенном порядке. Юридическая сила обычаев делового оборота не зависит от документального закрепления определенного правила поведения, поскольку основным признаком обычного права является неписанный характер.

Исследование современного обычного права как источника гражданского права обнаруживает его монументальный характер. Дальнейшее изучение этого хорошо забытого, но не нового источника гражданского права позволит в будущем создать еще более стабильную и отвечающую интересам всего общества систему правового регулирования имущественных отношений.

Как формальный источник гражданского права, обычное право определяется в современный период своего развития как *совокупность специфических диспозитивных гражданско-правовых норм*. При этом основным структурным элементом подсистемы обычного права выступает *правовой обычай*, представляющий собой обычно-правовую норму, то есть правило поведения, возможность применения которого для регулирования гражданского оборота санкционирована государством в установленном законом порядке. При этом правовые обычаи, действующие в современном гражданском праве, следует отличать от более ранних обычноправовых норм, которые явились первоосновой национальных правовых систем современности.

Источником содержания правовых норм применительно к правовому обычаю выступает повторяющаяся практика; для иных санкционированных источников (форм) права – чаще всего текст; для закона – текст и повторяющаяся практика; для судебного прецедента – текст, признанный в процессе реализации права как юридически обязательный. Форма же права – это текст (частная запись обычая, правовая доктрина, *obiter dictum*, неофициальное письменное толкование закона) или правосознание.

При этом в структуру обычного права не входят деловые обыкновения, к которым можно также отнести и разнообразные, часто упоминаемые

гражданским законодательством «обычно предъявляемые требования», а также «заведенный порядок», приобретающие юридическое значение благодаря субъективному волеизъявлению участников конкретного правоотношения и являющиеся источником правоприменения.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

На основании проведенного исследования были сделаны следующие выводы:

Как научная проблема изучение источников права возникает лишь в XIX веке. Теоретический анализ представлений об источниках (формах) гражданского права в русской дореволюционной, советской и современной правовой мысли позволяет выявить значительное число разнообразных концепций.

Научная концепция, предлагающая понятие «источник гражданского права» одновременно рассматривать в разных аспектах (формально-юридический, материальный, идеальный, этимологический, социальный) следует признать наиболее перспективной. Вместе с этим в практических и правоприменительных целях наиболее распространенным является *формально-юридический подход к определению понятия «источник гражданского права», под которым следует понимать внешнюю форму выражения (объективирования) норм гражданского права.*

Совпадение формы и источника гражданского права имеет место тогда, когда речь идет о *вторичных, формально-юридических источниках права.* Поэтому весьма распространен прием, когда в выражении «источники права» между этими словами в скобках добавляется уточнение – «формы».

Система формальных источников гражданского права представляет собой объективно существующую, иерархически организованную и взаимосвязанную совокупность правил поведения участников гражданского оборота. Эта система подразделяется на две более частные подсистемы: нормативных правовых актов и правовых обычаев.

Основываясь на выводах, сделанных в ходе исследования, эту систему можно структурировать следующим образом.

**1. Подсистема нормативных правовых актов.** Все гражданско-правовые нормативные акты можно подразделять на несколько видов в

зависимости от того, какое основание положено в основу классификации. По своей юридической силе они распределяются на три группы:

1) нормативные правовые акты, имеющие высшую юридическую силу – гражданское законодательство;

2) нормативные правовые акты, носящие подзаконный характер – указы Президента РФ и постановления Правительства РФ, нормативные правовые акты иных федеральных органов исполнительной власти.

## **2. Подсистема обычного права.**

Как формальный источник гражданского права, обычное право определяется в современный период своего развития как *совокупность специфических диспозитивных гражданско-правовых норм*. При этом основным структурным элементом подсистемы обычного права выступает *правовой обычай*.

*Правовой обычай как источник гражданского права* это правило поведения, возможность применения санкционирована государством в установленном законом порядке. При этом правовые обычаи, действующие в современном гражданском праве, следует отличать от более ранних обычноправовых норм, которые явились первоосновой национальных правовых систем современности. В структуру обычного права не входят деловые обыкновения, а также «заведенный порядок», приобретающие юридическое значение благодаря субъективному волеизъявлению участников конкретного правоотношения и являющиеся источником правоприменения.

Общее в этих двух категориях проявляется в том, что они, не являясь источником гражданского права, служат своеобразными источниками правоприменения и приобретают юридическую силу только благодаря волеизъявлению сторон гражданского договора. Различия проводятся по сфере их действия. Сфера действия правового обыкновения несколько шире и охватывает определенную сферу общественных отношений, в то время как заведенный порядок относится к практике взаимоотношений сторон

конкретного договора.

К настоящему моменту уже выявлено значительное число разнообразных концепций источников права, большинство из которых имеют четкую аргументацию. Вместе с тем в науке гражданского права сегодня начинают развиваться и новые подходы к определению сущности и отраслевой специфики источников права. Процесс формирования системы источников современного российского права, как и многих других институтов отечественного права, еще не завершен. Ему свойственны преемственность и обновление. В связи с этим основные усилия отечественной юридической науки должны быть направлены на становление новой концепции современных источников права России. Поскольку без определения концептуальных подходов к пониманию источников права, их отдельных видов, выявления тенденций, обнаруживающихся в процессе их эволюции, невозможно достижение целей правовой реформы, а значит, и формирование правового государства.

Состав, тенденции развития и свойства отдельных видов источников гражданского права находятся в непосредственной зависимости от их системных качеств и свойств, определяющих их особые функции как нормативного регулятора имущественных отношений. Он также определяется рядом факторов, важнейшими из которых являются: сложившиеся правовые традиции и принадлежность к определенной правовой семье, особые функциональные свойства отдельных видов источников права, характер регулируемых общественных отношений, предпочтительные методы правового регулирования и пр.

Российская система источников гражданского права в настоящее время развивается как целостная часть российской правовой системы и испытывает влияние изменяющихся социально-политических и правовых условий. Развитие общества характеризуется тенденциями к мировой интеграции, в том числе и в правовой сфере. Источники гражданского права выступают сущностными элементами правовой системы, который качественно



определяет ее облик. В соответствии с системными качествами в нее без особых затруднений могут быть включены новые источники права, наличие которых вызвано потребностями правового регулирования, и, напротив, находясь в сложной взаимосвязи с другими элементами правовой системы, она не воспринимает те источники права, свойства и функции которых пока не обусловлены насущными потребностями имущественного правового регулирования.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

### 1. Нормативные правовые акты:

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Собрание законодательства РФ, 04.08.2014, № 31, ст. 4398.

2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 31.01.2016) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ в ред. от 29.06.2015 с изм. и доп., вступ. в силу с 01.07.2015 // Собрание законодательства РФ – 1996. - N 5. - Ст. 410.

4. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 09.03.2016) // Собрание законодательства РФ, 03.12.2001, № 49, ст. 4552.

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (ред. от 28.11.2015, с изм. от 30.12.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2016) // Российская газета, № 289, 22.12.2006.

6. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (ред. от 30.12.2015) // Собрание законодательства РФ, 01.01.1996, № 1, ст. 16.

7. Земельный кодекс Российской Федерации от 25.10.2001 N 136-ФЗ (ред. от 01.05.2016) // Собрание законодательства РФ", 29.10.2001, N 44, ст. 4147.

8. Федеральный конституционный закон от 30.05.2001 N 3-ФКЗ (ред. от 12.03.2014) "О чрезвычайном положении" // Собрание законодательства РФ", 04.06.2001, N 23, ст. 2277.

9. Федеральный конституционный закон от 30.01.2002 N 1-ФКЗ (ред. от 12.03.2014) "О военном положении" // Собрание законодательства РФ", 04.02.2002, N 5, ст. 375.

10. Указ Президента РФ от 12.05.2008 N 724 (ред. от 04.04.2016) "Вопросы системы и структуры федеральных органов исполнительной власти" // Собрание законодательства РФ", 19.05.2008, N 20, ст. 2290.

## **2.Материалы судебной практики:**

11. Постановление Пленума Верховного Суда РФ N 6, Пленума ВАС РФ № 8 от 01.07.1996 (ред. от 24.03.2016) "О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации" // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 9. 1996. № 5. 1997.

12. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.06.2015 № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. № 8. 2015.

13. Постановление ФАС г. Москвы № КГ А40/3998-01 // СПС Консультант плюс.

14. Постановление ФАС Уральского округа № Ф09-119/99 ГК // СПС Консультант плюс.

15. Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 04.11.2013 № Ф08-3013/13 по делу № А-32-1886/2013-31/64 // СПС Консультант плюс.

## **3.Научная и учебная литература:**

16. Аверьянов А.Н. Системное познание мира: методологические проблемы. – М., 1985.

17. Бошно С.В. Влияние судебной практики на законотворчество // Государство и право. – 2004. – № 8.
18. Брагинский М. Гражданский кодекс. Часть первая. Три года спустя. (Комментарий с учетом принятых изменений ГК и новых законодательных актов) // Хозяйство и право. – 1998. – № 1.
19. Бутько Л.В. Универсальность российской Конституции как источника права // Труды Кубанского государственного аграрного университета. Серия ПРАВО, 1/2007. – Краснодар, 2007.
20. Васильев А.М., Васильева С.М. Правовой обычай и обновление права: общетеоретическое обоснование соотношения и взаимовлияния: монография. – Армавир, 2012.
21. Вопленко Н.Н. Правоприменительная практика: понятие, основные черты и функции: Монография – Волгоград, 2004.
22. Воронина М.Ф. Понятие источников (форм) права в теории государства и права и в юридических отраслевых науках // История государства и права. – 2007. – № 19.
23. Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного суда Российской Федерации). – М., 2004.
24. Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. – М., 2000.
25. Гражданское право. Учебник: в 2-х т. / Отв. ред.: Е.А. Суханов. – М., 2011. – Т. 1.
26. Гражданское право. Часть первая. Учебник для вузов / Под ред. В.П. Камышанского, Н.М. Коршунова, В.И. Иванова. – М.: Эксмо, 2011.
27. Гранат Н.Л. Источники права // Юрист. – 1998. – № 9.
28. Диденко А.А. Современная система источников российского гражданского права // Электронный научный журнал КубГАУ. – 2007. – № 30(06) / [www.ej.kubagro.ru](http://www.ej.kubagro.ru)

29. Долинская В.В. Влияние источников права на формирование законодательства // Правотворчество и технико-юридические проблемы формирования системы российского законодательства в условиях глобализации. Сборник статей. – М., 2007.
30. Долинская В.В. Источники гражданского права. Учебное пособие. – М., 2005.
31. Единообразный торговый кодекс США (Uniform Commercial Code) // СПС Консультант плюс.
32. Жукова-Василевская Д.В. Эволюция взглядов на сущность и назначение источников права // История государства и права. – 2007. – № 17.
33. Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981.
34. Иоффе О.С. Иоффе О.С. Избранные труды: В 4 т. Советское гражданское право. – СПб., 2004. – Т. 2.
35. Каминка А.И. Очерки торгового права. – М., 2002.
36. Керимов Д.А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. – М., 2000.
37. Керимов Д.А. Общая теория государства и права: предмет, структура, функции. – М., 1977.
38. Кистяковский Б.А. Социальные науки и право: Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. – М., 2005.
39. Лигарова В.А., Пашкевич М.Ю. Роль обыденного правосознания как идеального источника права в укреплении российской государственности // Актуальные проблемы современного государства и права. Сборник научных трудов преподавателей, аспирантов, студентов. – СПб., 2007.
40. Лукьянова Е.А. Закон как источник советского государственного права. – М., 1988.
41. Малеин Н.С. Закон и законность // Советское государство и право. – 1973. – № 5.
42. Малова О.В. Правовой обычай как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002.

43. Мартянова Т.С., Коваль Г.О. Обычай как источник французского частного права // Кодекс-info. – 1999. – № 8.
44. Марченко М.Н. Источники права: Учеб. пособие. – М., 2005.
45. Марченко М.Н. Источники романо-германского права: понятие, виды, классификация // Вестник МГУ. – Сер. 11 «Право». – 2000. – № 2.
46. Марченкова Е.М. О постановлениях Правительства России в сфере предпринимательской деятельности // Журнал российского права. – 2000. – № 10.
47. Медведев Д.А. Гражданский кодекс России – его роль в развитии рыночной экономики и создании правового государства (доклад 25 апреля 2007 г.) // Вестник ВАС РФ. – 2007. – № 7.
48. Международное частное право: Учебник / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекашев, Г.К. Дмитриева и др.; Отв. Ред. Г.К. Дмитриева. – М., 2004.
49. Минникес И.В. Обычай как источник русского права: историко-правовой анализ // История государства и права. – 2010. – № 15.
50. Мозолин В.П. Развитие гражданского законодательства на современном этапе (дискуссионные проблемы) // Журнал российского права. – 2005. – № 7.
51. Мурзаева З.М. Правовой обычай как источник права // Восьмые Всероссийские Державинские чтения: сборник статей: в 7 кн.: Проблемы теории и истории государства и права. – 2013. – Кн. 1.
52. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – М., 1997.
53. Плоцкая О.А. К вопросу о дискуссионности в понимании категорий «обычай» и «правовой обычай» как источника права // Право и государство: теория и практика. – 2013. – № 3 (99).
54. Поляков А.В. Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. – СПб., 2004.
55. Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: Учебник. – М., 2003.

56. Поротиков А.И. Обычай в гражданском праве РФ: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2003.
57. Рахманина Т.Н. Кодификационный акт в системе нормативных актов Советского государства // Проблемы совершенствования советского законодательства: Труды ВНИИСЗ. – № 13. – М., 1978.
58. Родионова О.М. Механизм гражданско-правового регулирования в контексте современного частного права. – М.: Статут, 2013.
59. Родионова О.М. Развитие научных представлений об источниках права: на примере источников гражданского права // Правоведение. – 2005. – № 3.
60. Рожнов А.П. Правоприменительная практика как нетрадиционный источник российского права: Дисс. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2003.
61. Рябко А.И. Актуальные проблемы онтологии форм права // Философия права. Научно-теоретический журнал. – 2000. – № 2.
62. Садовский В.Н. Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. – М., 1974.
63. Сарбаш С.В. Право удержания как способ обеспечения исполнения обязательств. – М., 1998.
64. Система советского законодательства / под ред. И.С. Самощенко. – М., 1980.
65. Системный подход в научном познании / Б.М. Синельников, В.А. Горшков, В.П. Свечников. – М., 1999.
66. Соминский А.С. Понятие и формы систематизации советского законодательства (Тезисы сообщения). Научная сессия, посвященная теоретическим вопросам систематизации советского законодательства (Тезисы докладов и сообщений). – М., 1961.
67. Становление и сущность системного подхода / И.В. Блауберг, Э.Г. Юдин. – М., 1973.

68. Суханов Е.А. Современное законотворчество в области гражданского права // Нотариус. – 2006. – № 2.
69. Тирских М.Г., Черняк Л.Ю. Обычай: социальный и правовой регулятор общественных отношений // Академический юрид. журн. – 2010. – № 1.
70. Тихомиров Ю.А. Теория закона. – М., 1982.
71. Тищенко В.В. Некоторые теоретические проблемы кодификации советского законодательства // Ученые записки ВНИИСЗ. Вып. 18. – М., 1969.
72. Фомушина Е.П. Обычаи делового оборота как источник права современной России // Вестник Владимирского юридического института. – 2010. – № 1 (14).
73. Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. – М., 2001.
74. Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учеб. – М., 2001.
75. Чижов Н. Источник и формы права. – М., 2003.
76. Шебанов А.Ф. Нормативные акты Советского государства. – М., 1956.
77. Шебанов А.Ф. Форма советского права. – М., 1968.
78. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. Введение. Торговые деятели. – М., 2003. – Т. 1.
79. Юридический словарь / Гл. ред. П.И. Кудрявцев. – М., 1956. – Т. 1.
80. Яковлев В.Ф. Россия: Экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). – М., 2000.