

УДК 347

**СПЕЦИАЛЬНЫЕ СПОСОБЫ  
ПРЕОДОЛЕНИЯ ПРОБЕЛОВ В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ**  
**Special Modes of Gaps Overcoming in Civil Law**

**Д. Н. Поляков** – преподаватель кафедры гражданского права Омской юридической академии

**D. N. Polyakov** – Teacher of the Civil Law Department of the Omsk Law Academy



**Аннотация.** В настоящей статье раскрываются правовые аспекты преодоления пробелов в гражданском праве в процессе правоприменительной практики. Анализируя существующие специальные способы преодоления пробелов, автор особое внимание уделяет вопросу судебной практики, которая фактически является составной частью российской правовой системы, играя в ней важную роль источника права.

*The author reveals legal aspects of gaps overcoming in civil law in law enforcement practice. Analyzing the existing special ways of gaps overcoming the author pays special attention to the problem of judicial practice which is actually a constituent part of the Russian legal system, playing an important part of a legal source.*

**Ключевые слова:** преодоление пробелов, гражданское право, гражданско-правовой договор, прецедентное право, судебная практика.

*Gaps overcoming, civil law, civil law treaty, case law, judicial practice.*

Проведенное ранее исследование предложенных законодателем способов преодоления пробелов в российской системе права показало, что в отраслях, допускающих большую степень диспозитивности в правовом регулировании, законодатель предусмотрел кроме общих и иные способы преодоления пробелов, такие как: 1) соглашение сторон – в гражданском, жилищном, земельном и семейном праве соглашение может использоваться только в части имущественных отношений, в трудовом праве соглашение сторон используется в виде коллективных и трудовых договоров; 2) обычай делового оборота – в гражданском и земельном пра-

ве (только в части имущественных отношений); 3) нормативно-правовые акты субъектов РФ и органов местного самоуправления – по отраслям права, относящимся к вопросам совместного ведения, таким как жилищное, семейное, трудовое. Кроме того, в трудовом праве преодолевать правовые пробелы возможно посредством локального нормотворчества.

В налоговом и таможенном праве законодатель сформулировал правило, согласно которому неясности законодательства устраняют ответственность, то есть толкуются в пользу негосударственного субъекта соответствующих правоотношений. Это средство можно также при-

знать разновидностью способов преодоления пробелов.

Рассмотрим подробнее специальные способы преодоления пробелов в гражданском праве. Ученые-цивилисты рассматривают договоры с трех точек зрения: как основание возникновения правоотношения, как само правоотношение, возникшее из этого основания, и как форму, которую принимает правоотношение. Указанное представление реализовано и в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ).

Договор, по сути, формирует «право для двоих», то есть устанавливает нормы, которыми обязаны руководствоваться стороны в своих отношениях. Основанием для возможного использования конструкции договора для преодоления пробелов в праве служат три предпосылки: общий дозволительный смысл гражданского законодательства, которое прямо допускает возникновение отношений, им не урегулированных, но не противоречащих его смыслу (ст. 8 ГК РФ); свобода договора используется в ГК РФ в качестве одного из основных принципов. Проявляется этот принцип в том числе в предоставлении права сторонам заключать договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами, а также в свободе сторон определять условия заключаемого ими договора; использование в ГК РФ, особенно в отношении договоров, большого числа оценочных, гибких понятий и, следовательно, необходимость их конкретизации в зависимости от ситуации.

Таким образом, участники оборота получают возможность самостоятельно устранять негативные последствия отставания закона от жизни путем создания неизвестных формализованному праву договоров.

При использовании контрагентами данного права нельзя забывать об общих требованиях к действительности сделки, таким как: а) законность содержания; б) способность физических и юридических лиц, совершающих ее, к участию в сделке; в) соответствие воли и волеизъявления; г) соблюдение формы сделки. Только при этом условии заключенный договор, прямо не предусмотренный гражданским законодательством, имеет право выступать в качестве основания для возникновения правоотношений, то есть быть юридическим фактом, порождающим тот правовой результат, к которому стремились субъекты сделки.

Обычай рассматривается в литературе как сложившиеся в силу неоднократного единобразного применения общепринятые правила поведения, не выраженные прямо ни в законе (нормативном акте), ни в договоре, но не противоречащие им. Обычаи могут применяться в сфере обязательственных и вещных правоотношений.

Достоинства и недостатки любого кодифицированного документа можно оценить только после того, как его нормы будут применяться в судебной практике. В юридической литературе нет единого мнения относительно определения понятия «судебная практика», это давний дискуссионный вопрос, его объем представлен по-разному. В узком смысле судебная практика рассматривается как результат деятельности судебных органов в виде устоявшейся линии по разрешению определенной категории дел. В более широком плане данное понятие связывают не только непосредственно с судебной деятельностью, но и с эффективностью норм гражданского, уголовного, гражданского-процессуального, уголовно-процессуального и иных отраслей законодательства.

В настоящий момент сложились две основные точки зрения на возможность судебного правотворчества в России. Сторонники первой утверждают, что необходимо признать полное право судей на правотворчество. Данная точка зрения базируется на принципах англо-американской правовой системы и связана с понятием precedента. Аргументами в пользу precedентной системы являются: ее гибкость, которая заключается в том, что при рассмотрении конкретного гражданского дела суд, столкнувшись с отсутствием precedента, закона, обычая, регулирующих рассматриваемый случай, сам становится «законодателем» и формулирует правовой принцип для данного дела, имеющий силу нормы права; судебные акты, по сути, представляют собой источник праворегулирования, несущий в себе правовое начало, направленное на защиту прав и свобод, достижение стабильности, позитивного динамизма и всех тех юридических ценностей, которые вырабатывает и воплощает в жизнь мировая цивилизация.

Вторая точка зрения представляет собой противоположность первой и признает в качестве источников права только законы. Достоинства данной точки зрения: ясное и четкое разделение компетенции между законодателем и правопри-

менителем и, следовательно, отсутствие между ними споров о компетенции в области правотворчества; обеспечение единобразия право-применительной практики, значительное снижение роли субъективного фактора при принятии решений.

Большое количество современных российских ученых склоняются к первой точке зрения – необходимости признания в качестве прецедента решений высших судов Российской Федерации. Данная точка зрения является преобладающей и среди правоприменителей. Проведенное исследование мнений судей показало, что за признание отдельного дела в качестве судебного прецедента высказываются 2,9 % судей, но за признание правоустанавливающего характера дела, решающего принципиальные вопросы, – уже 65,7 % судей.

Необходимо отметить, что в современной российской системе прецеденты уже фактически используются в качестве источников права: прежде всего, это решения Европейского Суда по правам человека и Конституционного Суда Российской Федерации. Однако большой проблемой российской законодательной системы является то, что решения Европейского Суда по правам человека не обеспечены необходимой правовой охраной и гарантиями их исполнения на законодательном уровне. Правовое положение решений Конституционного Суда Российской Федерации таково, что они составляют совместно с Конституцией Российской Федерации особый вид конституционных источников права. Главными их особенностями являются нормативно-доктринальная природа, концептуальный характер, юридическая обязательность, итогово-обобщающий характер.

Необходимость признания прецедентного характера решений высших судов связана, прежде всего, с тем, что при применении гражданского законодательства в России необходимо оперативно регулировать те вопросы, которые практика ставит очень остро, а законодатель не успевает отвечать на них. Таким образом, возможность появления прецедентов как официального источника права в нашей правовой системе обусловлена следующими факторами: объективное отставание законодательства от стремительных экономических преобразований; необходимость четкого соблюдения процедур законотворческого процесса, что значительно увеличивает время, необходимое для принятия

нормативно-правового акта, устраняющего пробел в праве; резко возросшая роль права в регулировании экономики; необходимость оперативного преодоления правовых пробелов.

При решении законодателем вопроса о возможности использования прецедентной системы в России очень важным является необходимость четкого определения этого понятия, так как оно неравнозначно в правовых системах разных стран, даже относящихся к одной семье. Например, любые решения российских судов различных инстанций, в том числе и высших, можно разделить на два вида: решения суда по общим вопросам – в этом случае признание их прецедентного характера не является необходимым, так как рассматриваемые отношения достаточно полно урегулированы правом; решения суда в условиях отсутствия норм, когда приходится восполнять пробел, – решения по таким делам могут быть прецедентом при условии придания имальной формы, например, постановлений высших судов, и должны регулировать конкретные отношения только до принятия законотворческим органом нормативного акта по данному вопросу.

Существует и еще одно мнение. Его сторонники говорят о том, что судебные акты являются не нормативно-правовыми установлениями, а особой разновидностью способов толкования права – судебным. Именно эта точка зрения реализована в настоящий момент в российской системе гражданского судопроизводства. В статье 9 Федерального конституционного закона от 28 апреля 1995 г. «Об арбитражных судах в Российской Федерации» [2] указано, что Высший Арбитражный Суд Российской Федерации может давать разъяснения по вопросам судебной практики, то есть осуществлять толкование закона. Его постановления по таким вопросам обязательны только для арбитражных судов в РФ.

Аналогичный порядок реализован и в Федеральном конституционном законе от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» [1]. Пункт 5 ст. 19 закрепляет полномочия Верховного Суда Российской Федерации по вопросу разъяснения судебной практики. Такие разъяснения даются Пленумом Верховного Суда Российской Федерации, в состав которого входят все судьи Суда. Его задачей является обеспечение единства судебной практики в Российской Федерации путем дачи разъяснений по вопросам, связанным с применением су-

дами законодательства. В отличие от нормативных актов разъяснения Пленума не носят обязательного характера, но они ориентируют суды всех уровней на одинаковый подход к применению правовых норм.

Подводя итоги роли судебной практики в современной правовой системе России и ее влиянию на реализацию права на судебную защиту, можно сделать следующие выводы: судебная практика уже является составной частью рос-

сийской правовой системы, играя в ней важную активную роль; судебная практика, закрепленная в постановлениях верховных судов по принципиальным вопросам, восполняющим пробелы в законодательстве, должна являться источником права и учитываться всеми правоприменительными органами и особенно судебными инстанциями при разрешении дел в целях обеспечения правовой защиты и единообразия право-применения.

***Библиографический список***

1. О судебной системе Российской Федерации : федер. конституц. закон от 31 дек. 1996 г. № 1-ФКЗ // Рос. газ. – 1997. – 6 янв.
2. Об арбитражных судах в Российской Федерации : федер. конституц. закон от 28 апр. 1995 г. № 1-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1995. – № 18. – Ст. 1589.
3. Фомина, Л. А. Аналогия закона и аналогия права в системе способов преодоления пробелов гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Л. А. Фомина. – М., 2009. – 27 с.