

ИСТОЧНИКИ ЧАСТНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО ОБОСНОВАНИЯ И ПРАКТИКА ИХ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ В РОССИИ

© 2013 г. Диана Валерьевна Ерофеева¹, Розалина Васильевна Шагиева²

Краткая аннотация: в статье представлен анализ источников частного права, осуществленный на основе современных общетеоретических представлений и с учетом действующего российского законодательства. Особое внимание обращено на проблему определения оптимального источника частного права и иерархии источников частного права по их юридической силе.

Annotation: the article represents the analysis of private law sources, made on the basis of contemporary theoretical view and current Russian legislation. The author pays the particular attention on the problem of determination of the most optimal source of private law and hierarchy of private sources of law by their legal force.

Ключевые слова: частное право, источник права, Конституция РФ, кодифицированный акт, подзаконные акты, юридическая коллизия.

Key words: private law, source of law, Constitution of the Russian Federation, codified act, the president order, legal collision.

Частное право и его источники как форма внешнего выражения составляющих его правовых предписаний обладают структурно функциональной общностью, выступая в единстве регулятором отношений в гражданском обществе. Как отмечают А.В. Малько и Д.В. Храмов, “частное право вследствие специфики своего содержания, принципов направленности правового регулирования обладает характерным сочетанием источников права”³.

Однако имеются лишь отдельные публикации, посвященные понятию и значению источников частного права в целом⁴, а также нетрадиционным источникам частного права⁵, “нетипичным” источникам гражданского права⁶. Кардинальное обновление российского законодательства не-

значительно повлияло на сложившуюся ситуацию. Используя имеющиеся общетеоретические положения относительно источников права, ученые-цивилисты обсуждают в основном вопрос: являются ли традиционные источники (формы выражения) права единственными источниками частного права России (закон, обычай, договор нормативного содержания) или к ним надо добавлять нетипичные для нашей правовой действительности судебный прецедент, юридическую доктрину и др.? Это имеет под собой определенную историческую подоплеку.

В России до 1917 г. в качестве источников права, в том числе частного, признавались (в основном) нормативный правовой акт, а также обычай (судебный и народный акты)⁷. Считалось, что обязательная сила толкования юристами судебного прецедента и т.д. не в них самих, а в велении государственной власти, возводящей их в формы права, чего в России (как и в странах континентальной Европы) тогда не наблюдалось. Следовательно, отнесение их к источникам частного права было крайне проблематично. По ст. 84 Основных законов Российской Империя управлялась на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке⁸.

После установления советской власти в правовой науке господствовала позиция, что основной

¹ Ведущий юрисконсульт ЗАО «Группа компаний “S7”», кандидат юридических наук (E-mail: d.erofeeva@s7.ru).

² Профессор кафедры теории и истории государства и права Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук (E-mail: shagsas@mail.ru).

³ Малько А.В., Храмов Д.В. Значение нетрадиционных источников частного права в урегулировании предпринимательства в современной России // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 1. С. 14–17.

⁴ См.: Комаров А.С. Гражданский кодекс России как источник частного права // Развитие основных идей Гражданского кодекса России в современном законодательстве и судебной практике. Сб. статей, посвященный 70-летию С.А. Хохлова / Под ред. С.С. Алексеева. М., 2011.

⁵ См.: Малько А.В., Храмов Д.В. Указ. соч. С. 14–17.

⁶ См.: Рыженков А.Я., Яковлева О.А. “Нетипичные” источники гражданского права // Бизнес в законе. 2012. № 1. С. 36, 37.

⁷ См.: Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 342–379.

⁸ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Учебн. пос. В 2-х т. Т. 2. Вып. 2, 3, 4. М., 1995. С. 88.

способ выражения содержания права есть нормативный правовой акт, хотя, как писал И.Б. Новицкий, “социалистический закон – основная форма выражения советского гражданского права”⁹. В советской цивилистике и юридической практике признавалось значение подзаконных актов, в которых содержались нормы гражданского права. По вопросу существования в советском гражданском праве такой формы его выражения, как обычное право, имелись две точки зрения. И.Б. Новицкий отмечал: «Не вызывает споров положение, что обычное право не является в советском социалистическом государстве самодевлеющей формой правообразования. Речь может идти о признании обычного права (действующего именно в качестве норм права) только в тех случаях, когда сам закон ссылается на него и, следовательно, санкционирует его применение. Такого рода ссылка закона придает обычаю силу закона, но не устраняет его особой природы как нормы, сложившейся “снизу”, в практике жизни; поэтому “обычное право” может рассматриваться как особая форма правообразования»¹⁰.

С.И. Вильнянский отрицает возможность применения обычного права и в этом случае¹¹. И теоретики права, и цивилисты были единодушны в том, что понятие судебного прецедента чуждо советскому праву.

Не вызывало сомнений и другое положение, а именно, что в советском праве недопустимо так называемое свободное судебское правотворчество в том значении, в каком оно предусмотрено (например, ст. 2 Швейцарского гражданского кодекса). Согласно этой статье судья, если он не находит в законе прямого ответа на возникший при рассмотрении спорного дела вопрос, должен поставить себя мысленно в положение законодателя и разрешить вопрос так, как он разрешил бы его, будучи законодателем. Здесь происходит полное смешение законодательной и судебной функций государственной власти.

Лишь некоторые ученые признавали руководящие разъяснения Верховного Суда СССР прецедентом толкования¹². Однако эта позиция не получила всеобщего одобрения, и вплоть до принятия Основ гражданского судопроизводства

Союза ССР и союзных республик 1961 г. и ГПК РСФСР 1964 г., которые вообще не предусматривали (ст. 1) возможности рассмотрения судами гражданских дел в соответствии с обычаем, применение обычного права почти не имело места¹³. Все это давало основание для господствовавшего в цивилистической литературе вывода о том, что в прежнем отечественном правопорядке, основанном на огосударствленной экономике с существенно обедненным имущественным оборотом, нормативные акты, принятые или санкционированные государством, считались единственным источником гражданского права. Поэтому данное понятие исчерпывалось категорией “нормативные правовые акты”¹⁴.

В настоящее время положение в сфере частного права изменилось лишь в незначительной степени, хотя (как уже отмечалось ранее) появились публикации относительно иных источников частного права – нетрадиционных, “нетипичных” и т.д., которые (по мысли их авторов) должны лучше учитывать отношения децентрализации в частной сфере. Однако в условиях происходящих перемен в сфере гражданского оборота наиболее востребованным для этих целей оказалось именно *законодательное* регулирование.

Дело в том, что ожидания, опиравшиеся на теоретические представления о том, что свободная экономика в короткий период сама поставит все на свои места, на которые рассчитывали определенные политические круги в начале процесса реформ, не оправдались. Стало совершенно очевидно, что отказ от использовавшихся в прошлом методов не может привести к автоматическому установлению порядка, построенного на началах свободного рынка, регулируемого на основе принципов частного права, не находивших своего места в правовой системе социалистического государства. Естественно, что с изменением общественно-экономических отношений, носившим достаточно радикальный характер, частное право не могло сразу стать привычным для юридической практики и в короткий срок войти в сознание участников экономических отношений.

Принятая программа “Становление и развитие частного права в России” предельно откровенно зафиксировала существовавшее на тот момент в российской правовой системе положение, с которого начинался процесс возрождения частного права в России: “Формирование и внедрение в

⁹ Новицкий И.Б. Источники гражданского права. М., 1959. С. 11.

¹⁰ Там же. С. 63.

¹¹ См.: Вильнянский С.И. Обычай и правила социалистического общежития // Ученые записки Харьков. юрид. ин-та. 1954. С. 10.

¹² См.: Судебная практика в советской правовой системе / Отв. ред. С.Н. Братусь. М., 1975.

¹³ См.: Абрамов С.Н. Гражданский процесс. М., 1948. С. 14.
¹⁴ Гражданское право. Учеб. / Отв. ред. Е.А. Суханов. В 4-х т. Т. 1. Общая часть. М., 2010. С. 79.

практику частнопровых идей и представлений обеспечиваются достаточно длительным процессом преобразования правового сознания. Решающими факторами такого преобразования являются изменения самих социально-экономических отношений, появление нового гражданского законодательства и основанной на нем практики¹⁵. Программа возрождения частного права предусматривала, что частное право в России, исходя из национальных правовых традиций, должно иметь в качестве основного источника Гражданский кодекс и принятые в соответствии с ним другие акты гражданского законодательства¹⁶.

Отсутствие в России практики товарно-денежных отношений в условиях рынка диктовало необходимость в процессе восстановления роли частного права в регулировании хозяйственного оборота восполнить недостаток эмпирического знания обращением к опыту законодательной регламентации таких отношений, накопленному в странах, где частное право непрерывно развивалось в условиях децентрализации управления экономикой. Поэтому доминирующее положение в системе источников частного права России с учетом сложившихся правовых традиций сохраняют кодифицированный законодательный акт, в частности, и нормативные правовые акты в целом.

Означает ли это, что никаких других видов источников (форм выражения) частного права не существует? Известно, что виды юридических источников той или иной отрасли права перечисляются в общей части головных (основных) нормативных правовых актов: в кодексах, иных законах, регулирующих совокупность соответствующих общественных отношений. Иногда нормы, определяющие виды источников, выделяются в отдельной главе закона. Таковые присутствуют в Гражданском кодексе РФ и Семейном кодексе РФ. В них имеются специальные статьи, определяющие перечень нормативных правовых актов, содержащих нормы, соответственно, гражданского или семейного права¹⁷.

Однако было бы ошибочным полагать, что приведенные статьи содержат исчерпывающий перечень источников той или иной отрасли част-

ного права; в них перечисляются лишь наиболее важные виды источников и очерчиваются общие ориентиры относительно того, в компетенции каких государственных или иных органов находится регулирование соответствующих отношений, соотношение их актов, а также условия и порядок их применения.

Безусловно, нормативный правовой акт – основной источник частного права. Тем не менее это не исключает возможности регулирования отношений в сфере гражданского оборота правовыми нормами, содержащимися в иных юридических источниках. Так, в этих же главах есть статьи о нормах частного права, закрепленных в международных договорах, и о том, что эти нормы будут регулировать отношения в сфере гражданского оборота, даже если они противоречат тем нормативным правовым предписаниям, которые имеются в законодательных актах. А статья о возможном применении обычая для регулирования предпринимательской деятельности допускает использование такой формы выражения гражданско-правовых норм. Наконец, статья, посвященная аналогии закона и аналогии права, дает возможность использовать правовые принципы как источник частного права.

Таким образом, в обозначенных в этих статьях случаях в качестве источников частного права явно выступают не нормативные правовые акты, а международный договор Российской Федерации, обычай и правовые принципы. Причем устанавливаемые ими правила поведения непосредственно регулируют отношения в сфере гражданского оборота. В связи с этим перспективным представляется разделение их на два вида: на нормативные правовые акты и на иные правовые источники¹⁸. При этом каждый из выделяемых видов может включать в себя не менее самостоятельные подвиды источников частного права. Например, нормативные правовые акты, имеющие различные названия, отличающиеся друг от друга также по юридической силе, по издающим их органам, могут быть подразделены на законы и подзаконные акты.

Общей характерной чертой иных источников частного права (ненормативных правовых актов) является то, что содержащиеся в них юридические правила поведения сформулированы не конкретным правотворческим органом государственной власти, а выработаны иным образом и лишь за-

¹⁵ Указ Президента РФ «О программе «Становление и развитие частного права в России»» от 7 июля 1994 г. // Росс. газ. 1994. 12 июля.

¹⁶ См.: Комаров А. С. Указ. соч.

¹⁷ Это ст. 3 «Гражданское законодательство и иные акты, содержащие нормы гражданского права» ГК РФ и ст. 3 «Семейное законодательство и иные акты, содержащие нормы семейного права» СК РФ.

¹⁸ В отношении источников процессуального права такая классификация уже осуществлена (см.: Удалов Д. Э. Источники процессуального права (Общетеоретический аспект). Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 72).

тем официально санкционированы государством, благодаря чему эти правила поведения возводятся во всеобщий ранг. Признавая целесообразность выделения данных видов источников частного права, предлагаем называть вторую группу достаточно многочисленных подвидов источников права (правовой обычай, юридическая наука и др.) санкционированными источниками, в отличие от нормативных правовых актов, которые являются результатом правотворческой деятельности различных государственных органов.

Данная классификация имеет под собой определенную объективную основу, на которую уже обращено внимание ученых-юристов, утверждающих, что в общей теории права понятие “источник права” традиционно характеризуется, во-первых, формой выражения правил поведения; во-вторых, юридическими средствами, которыми государство придает им юридическую обязательность¹⁹. Только в таком различии становится понятной логика законодателя, который общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации предписывает считать составной частью законодательства Российской Федерации, регулирующего уголовное судопроизводство (п. 3 ст. 1 УПК РФ). Думается, что в данном случае речь должна идти не о том, что законодатель не усматривает разницы между законодательством и нормами международного права как самостоятельными видами источников частного права. Этой формулировкой (возможно, не совсем удачной) осуществляется официальное санкционирование тех правовых правил, которые созданы на международном уровне.

Аналогично ставится вопрос относительно обычая. “Для признания обычая правовым необходимо его санкционирование сувереном. Это означает придание обычаю качества установления, обязательного для всего независимого политического общества. При этом такая обязательность гарантируется применением к отступникам от обычая мер принуждения со стороны суверенной власти”²⁰.

Вряд ли можно согласиться с теми авторами, которые полагают, что правовой обычай не нуждается в санкционировании²¹ (и, соответственно,

не должен включаться в группу санкционированных источников права). Так, И.Б. Ломакина отмечает, что “обычай приобретает правовой статус не вследствие их санкционирования органами власти, а в силу их онтологической сущности, т.е. присущих им свойств: общезначимости, нормативности, общеобязательности, общественной полезности, общественной защищенности и предостаточно-обязывающего характера”²². Но сторонники такой позиции рассуждают, по сути, об обычаях, которые не являются юридическими. Для того чтобы выступать формами выражения права, они должны быть санкционированы одним из следующих способов: 1) путем издания нормативного правового акта, содержащего отсылочную норму, упоминаящую обычай (абстрактное санкционирование, имеющее в виду могущие возникнуть ситуации); 2) ссылка на обычай в судебном решении (конкретное санкционирование, имеющее в виду данную ситуацию)²³.

Исходя из классификации источников (форм выражения) частного права на нормативные правовые акты и санкционированные источники частного права, можно осуществить общетеоретическую характеристику каждого из данных видов на примере России.

В то же время с учетом общетеоретической концепции множественности источников права и ее применимости к исследованию источников (форм выражения) частного права можно сформулировать определение этого понятия. Итак, *источник (форма выражения) частного права как внешняя форма его существования представляет собой исходящий от государства или признаваемый им официально-документальный способ выражения и закрепления правил поведения физических и юридических лиц как участников гражданского оборота, при помощи которого им придается юридически общеобязательное, государственно-обеспеченное значение.*

Однако на практике встают серьезные проблемы в сфере решения конфликтов между различными источниками (формами выражения) частного права. На сегодняшний день не только не разработаны критерии определения оптимальной формы источника частного права, в том числе гражданского, но и существуют пробелы в определении иерархии источников частного права по их юридической силе. В связи с этим на данный вопрос необходимо специально обращать внима-

¹⁹ См.: Ершов В.В., Ершова Е.А. Современные проблемы международного права // Росс. правосудие. 2006. № 2. С. 26.

²⁰ Дробышевский С.А., Данцева Т.Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 66.

²¹ См.: Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права. М., 2004. С. 50, 51; Рулан Н. Юридическая антропология. М., 2000. С. 9–12 и др.

²² Ломакина И.Б. Этическое обычное право: теоретико-правовой аспект. Дисс. ... доктора юрид. наук. СПб., 2005. С. 21.

²³ См.: Лукач Р. Методология права. М., 1981. С. 220.

ние при рассмотрении отдельных видов источников (форм выражения) частного права.

В частности, при первом приближении можно обратить внимание на определение места Конституции РФ в системе источников частного права, хотя в соответствии с действующим ГК РФ она не указана в качестве составной части гражданского законодательства²⁴. Конституция РФ не может быть исключена из числа источников частного права, потому что она имеет высшую юридическую силу и прямое действие при регулировании любых общественных отношений в нашем государстве.

Поэтому специалисты в области гражданского права, несмотря на имеющуюся в ст. 3 ГК РФ формулировку, выдвигают Конституцию РФ на одно из первых мест среди источников частного права. «Конституция устанавливает главные принципы гражданского права и содержит нормы, относящиеся к основным институтам гражданского права, например праву собственности (ст. 8, 35, 36), праву занятия предпринимательской и иной экономической деятельностью (ст. 34), праву интеллектуальной собственности (ст. 44)»²⁵.

Это – редкое упоминание о Конституции РФ как источнике частного права. Возможно, стимулировала бы исследование данного вопроса более корректная редакция ст. 3 ГК РФ, подтвердившая в соответствии с ч. 2 ст. 4 Конституции РФ ее верховенство в системе источников частного права.

В свете приближающегося 20-летия российского Основного Закона это свидетельствовало бы о признании исключительного места данного конституционного акта в системе источников как публичного, так и частного права.

Следующей разновидностью источников права с точки зрения юридической силы выступает конституционный закон. Конституция РФ прямо предусматривает принятие конституционных законов, как закрепляющих правовые основы взаимоотношений государства и общества и дополняющих и уточняющих собственно конституционные положения.

²⁴ Справедливости ради можно отметить, что Конституция РФ все-таки упоминается законодателем в гл. 1 «Гражданское законодательство», но только в ст. 7 «Гражданское законодательство и нормы международного права», где указано, что последние в соответствии с *Конституцией РФ* являются составной частью правовой системы Российской Федерации. Это свидетельствует о том, что косвенно Конституция РФ входит в состав гражданского законодательства.

²⁵ Гражданское право. Учеб. Часть первая / Отв. ред. В.П. Мозлин, А.И. Масляев. М., 2007. С. 47.

Но в силу того, что среди них нет вопросов из частной сферы жизни общества, эту разновидность законов из числа источников частного права следует исключить.

Даже чисто теоретически трудно прогнозировать появление конституционных законов, содержащих нормы частного права в будущем. Указанные нами ранее статьи Конституции РФ, в которых таковые имеются, относятся к гл. 1 и 2. Порядок внесения изменений в эти главы не предусматривает возможности сделать подобное путем принятия конституционного закона (гл. 9 Конституции РФ).

Поэтому целесообразно приступить к анализу обыкновенных федеральных законов, выступающих источниками частного права. Нельзя не отметить, что среди них кодифицированные акты занимают по-прежнему центральное место. Конечно, в уже упомянутых начальных статьях этих кодексов не исключается регулирование отношений в частной сфере другими федеральными законами. Тем не менее существующая традиция освещения источников частного права исходит из признания за кодифицированными актами особого места в российском законодательстве. Данная традиция в ходе обновления российского законодательства в конце XX в. получила определенную законодательную основу. Действующий ГК РФ сам подтверждает его доминирующее положение по отношению к иным законодательным актам. Речь идет о ст. 3, согласно которой нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать упомянутому Кодексу.

Эта статья не является для российского законодательства неожиданной. В принятых ранее и позднее кодексах и даже некоторых некодифицированных законах²⁶ содержатся аналогичные указания на их приоритет перед иными законодательными актами.

Действительно, в рамках континентальной правовой системы, сложившейся на базе римского частного права, утвердилась практика кодификации, посредством которой упорядочивались на основе единых принципов основные правовые отрасли, и прежде всего – частное право.

Наиболее значительной для упорядочения гражданского права признается роль французской кодификации. Гражданский кодекс Франции 1804 г. (*Code civil*) оказал большое влияние на развитие гражданского законодательства в целом

²⁶ См., например: ст. 2 Федерального закона «Об аудиторской деятельности» от 7 августа 2001 г. // Собрание законодательства РФ. 2001. № 33 (Ч. I). Ст. 3422.

ряде европейских и иных стран. В Германии кодификация вылилась в принятие в 1896 г. Германского гражданского уложения²⁷.

Однако уместно заметить, что во Франции в частноправовой сфере есть и такие кодексы, которые фактически представляют собой просто своды нормативных актов. Например, Страховой кодекс – это свод принятых в разное время законодательных и подзаконных актов, относящихся к страхованию и страховой деятельности. Тем не менее название “Кодекс” закреплено за этим сводом: *Code des assurance 1976 г.* (с изм., внесенными Законом от 4 января 1994 г. № 94-5).

Интересно, что ни во Франции, ни в Германии гражданские кодификации не инкорпорируют в себе все национальное гражданское законодательство. В числе крупных не инкорпорированных законов можно упомянуть французский Закон “О развитии и передаче предприятий” от 5 января 1988 г.²⁸

В отечественной литературе к настоящему времени сложилось устойчивое представление о такой форме выражения правовых норм, как кодифицированный акт. “Кодекс – это разновидность закона. Его отличает, во-первых, полнота регулирования отношений в какой-либо сфере, во-вторых, единообразие регулирования, в-третьих, закрепление основных юридических принципов, понятий и конструкций, в-четвертых, отражение крупных юридических теорий и концепций, в-пятых, лидирующее место среди иных законов и особое воздействие на все правовые акты и процесс правоприменения”²⁹.

В специальной литературе, посвященной теоретическим основам кодификации, обосновывается идея о том, что кодифицированные акты обладают особыми качествами, благодаря которым они наделены более высокой юридической силой по отношению к обычным федеральным законам. Так, Т.Н. Рахманина отмечает, что «понятие “кодекс” следует трактовать не просто как чрезвычайно удобную форму сложноструктурированного сводного акта, но и как пронизанную едиными понятиями, системными обобщениями и принципами уникальную правовую конструкцию. Создание кодекса, как правило, – результат и одновременно свидетельство (показатель) достижения определенного, достаточного уровня

организации и развития правовой системы»³⁰. Она считает, что такой подход дает основание признать необходимость наделения кодексов более высокой юридической силой по отношению к обычным федеральным законам. Отказ от этого принципа привел бы к превращению концептуально связанных кодифицированных норм в обычный конгломерат разрозненных, не обязательно согласованных друг с другом правоположений, что, несомненно, стало бы шагом назад по пути интегративного развития права как целостной системы, основанной на единых принципах правового регулирования³¹.

Однако с формально-юридической позиции нормы кодекса не обладают приоритетом в иерархии правовых норм. В Определении от 3 февраля 2000 г. Конституционный Суд РФ подчеркнул, что “ни один федеральный закон в силу статьи 76 Конституции Российской Федерации не обладает по отношению к другому федеральному закону большей юридической силой”³². И хотя он подтверждает эту позицию и при проверке конституционности ст. 7 УПК РФ (“Уголовно-процессуальный кодекс РФ, будучи обычным федеральным законом, не имеет преимущества перед другими федеральными законами с точки зрения определенной непосредственно Конституцией Российской Федерации иерархии нормативных актов”), тем не менее посчитал возможным оправдать позицию федерального законодателя, который, формулируя ст. 7 УПК РФ, “исходил из особой роли, которую выполняет в правовой системе Российской Федерации кодифицированный нормативный правовой акт”³³.

Здесь применительно к кодексам вырисовывается довольно-таки любопытная картина. С точки зрения западной теории кодификации кодекс принято рассматривать как общую норму или общий закон (*lex generalis*), действующий в той мере, в какой отсутствует регулирование на уровне норм специальных, помещаемых в специальные законы (*lex specialis*)³⁴. Но ведь еще в рамках римской

³⁰ Рахманина Т.Н. Кодификация законодательства. М., 2005. С. 56.

³¹ См.: там же.

³² Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. № 3.

³³ Там же. 2004. № 4.

³⁴ См., например: *Cabrillac R. Les codifications. Paris, 2002. P. 104, 250.* Согласно ст. 1 Гражданского кодекса Квебека “кодекс составляет совокупность норм, являющихся общим правом для любых регулируемых правом отношений, которые, как может прямо указываться либо косвенно подразумеваться, подпадают под букву, дух или предмет регулирования соответствующих положений кодекса. Он представляет собой основу для регулирующих названные отношения иных законов, которые, в свою очередь, могут дополнять кодекс или предусматривать исключения из него”.

²⁷ См. подробнее: *Савельев В.А.* Германское гражданское уложение. Учебн. пос. М., 1994.

²⁸ См.: *Гражданское право. Учеб. Общая часть.* М., 2007. С. 65 – 68.

²⁹ *Тихомиров Ю.А., Талатина Э.В.* О кодификации и кодексах // Журнал рос. права. 2003. № 3. С. 48.

правовой традиции данная коллизия (между общей и специальной нормами права) разрешалась в пользу *lex specialis*.

Соответственно, можно согласиться с выводом, к которому приходит Л.В. Головкин: «Современный российский законодатель, а вслед за ним и Конституционный Суд РФ перевернули “вверх дном” классический юридический постулат. Теперь кодексы, содержащие общие нормы, имеют приоритет перед специальным законодательством... Иначе как “революцией” в юридической технике такой подход не назовешь».

При такой ситуации наиболее приемлем подход, предусмотренный в ч. 8 ст. 5 Трудового кодекса РФ. «В случае противоречий между настоящим Кодексом и иными федеральными законами, содержащими нормы трудового права, применяется настоящий Кодекс. Если вновь принятый федеральный закон противоречит настоящему Кодексу, то этот федеральный закон применяется при условии внесения соответствующих изменений и дополнений в настоящий Кодекс». В данном случае мы не усматриваем противоречия позиции федерального законодателя с Конституцией РФ, ибо сначала приоритет должен в ходе правоприменения отдаваться норме (Кодексу), который принят по времени позже равных по юридической силе законов (темпоральная коллизия), а затем предлагается нормативным образом преодолеть возникшую юридическую коллизию.

Нельзя забывать и то обстоятельство, что федеральных законов в виде кодексов в России много, и каждый из них претендует на собственную исключительность. В результате на практике нормы той или иной отраслевой принадлежности, включенные в кодекс, нередко оказываются не соответствующими с базовыми кодексами соответствующих отраслей права. Практически все исследователи данной проблемы приводят многочисленные примеры таких коллизий между положениями различных кодексов³⁵. Благим пожеланием звучит предложение о необходимости установления соотношения между различными кодексами в регулировании смежных (однородных) вопросов³⁶, так как авторы не предлагают конкретных принципов установления этого соотношения.

³⁵ Например, о недоучете соотношения между ЗК РФ и НК РФ см.: *Петрова Г.В.* Налоговые отношения: теория и практика правового регулирования. М., 2003. С. 196, 197; о различиях между АПК РФ (ст. 249) и ГПК РФ (ст. 404) см.: *Марышева Н.И.* Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса в России // Журнал рос. права. 2004. № 6. С. 38, 39 и др.

³⁶ См.: *Тихомиров Ю.А., Талатина Э.В.* Указ. соч. С. 49.

На наш взгляд, пока эта проблема не будет окончательно разрешена теоретически, нет необходимости нарушать установленный Конституцией РФ иерархический порядок расположения нормативных правовых актов, какими бы благими пожеланиями ни руководствовались авторы предложений относительно приоритета кодифицированных актов среди других нормативных правовых актов. Несмотря на позицию федерального законодателя, выраженную в ряде кодексов, поддержанную Конституционным Судом РФ, она не рассматривается нами как безупречная.

Однако это не означает, что кодексы, принятые в последние годы, со всеми своими достоинствами и недостатками не должны рассматриваться как ведущий источник частного права. Выбор такой формы выражения для большинства частноправовых норм не может быть случайным. Именно кодифицированные акты призваны вместить в себя обусловленную целостностью предмета правового регулирования (системой отношений в сфере гражданского оборота) основную совокупность частноправовых предписаний. Внутреннее строение этого письменного документа позволяет законодателю системно расположить весь этот правовой массив, обеспечив удобство последовательного ознакомления с его содержанием. Применяемая юридическая техника (рубрикация, заголовки разделов, глав, параграфов и т.п., единство применяемой терминологии, унифицированность созданных юридических конструкций) приспособлена к наилучшему поиску, а затем – и применению соответствующих отдельных правовых предписаний. Решение вопроса о том, достаточно ли этих качеств для признания их как более высокой юридической силы по сравнению с обычными законами, еще предстоит обосновать и в теории юриспруденции³⁷ и на конституционном уровне³⁸. Пока же представляется целесообраз-

³⁷ В качестве методологической предпосылки могут выступать следующие теоретические положения: «Высокий уровень целостности неорганической системы в виде кодифицированного акта обуславливается не формальными, а содержательными характеристиками данного системного института и объясняется наличием глубоких внутренних связей и взаимозависимостей, возникающих между формирующими его элементами» (*Марченко М.Н.* Системный характер права: некоторые вопросы теории и методологии познания // Ценности и образы права // Труды ИГП РАН. 2007. № 4. С. 69).

³⁸ В.М. Баранов отмечает: «Как ни парадоксально, но до сих пор нет адекватного анализа конституционных основ кодификации – бытуют “дежурные” ссылки на преамбулу Конституции России и суверенитет государства» (Кодификация законодательства: теория, практика, техника. Материалы Межд. науч.-практ. конф. (Нижегород, 25–26 сентября 2008 года) / Под ред. В.М. Баранова, Д.Г. Краснова. Н. Новгород, 2009. С. 21).

ным решать этот вопрос (о коллизии предписаний кодифицированных актов и обычных законов) в каждом конкретном случае (при рассмотрении судами юридических дел), руководствуясь либо временем их принятия, либо специальным их содержанием, но не признанием их разной юридической силы.

В последнее время, однако, предпринимаются настойчивые попытки изменить эту иерархию нормативных правовых актов, выводя указы Президента РФ из числа подзаконных актов. В качестве официальной основы для данной позиции приводится Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 16 февраля 1995 г., где специально отмечается, что “указы Президента – это акты не главы исполнительной власти, а главы государства”³⁹. В другом Послании настоятельно проводилась мысль о “неочевидности” подзаконного характера указов Президента, о том, что Президент в силу своего положения как главы государства “должен выпускать указы по тем ключевым вопросам, которые не урегулированы действующим законодательством”⁴⁰. Иными словами, их абсолютно подзаконный характер предполагался не столь очевидным. Тут же подчеркивалось наличие “конституционно-правовой основы для такого рода президентских актов”, призванных восполнять пробелы в законах⁴¹. В цивилистической литературе данный подход также находит свое подтверждение: “Только указы Президента РФ, касающиеся гражданско-правовых отношений, могут приниматься по вопросам, прямо не урегулированным федеральными законами, но лишь при отсутствии специальных указаний законодательства на то, что данный вопрос может быть урегулирован исключительно законом и в соответствии с ним (п. 3 ст. 3 ГК РФ)”⁴². Далее утверждается, что в сфере, прямо не урегулированной нормами закона, правила указов у нас, по сути, имеют такое же значение, что и закон, разумеется, если они не содержат прямых противоречий ему⁴³. Возможно, такой подход связан с имевшим место порядком, который действовал в 1991 – 1992 гг., когда проекты указов Президента РФ вносились на утверждение в парламент и в случае их неотклонения в семидневный срок

вступали в силу⁴⁴, т.е. тем самым приобретали силу, равную закону.

Это – опасная тенденция, способная подорвать устои всей правовой системы⁴⁵, не говоря уже о неоправданном противопоставлении главы государства главе исполнительной власти. Нельзя не напомнить, что во всем цивилизованном мире президентские акты считаются подзаконными, а во многих странах они приобретают юридическую силу только после скрепления их подписью главы правительства или соответствующих министров (принцип контрассигнатуры). На наш взгляд, нет ни “конституционно-правовых”, ни других веских оснований для того, чтобы в России придать особую силу указам Президента. Правы те авторы, которые считают, что в настоящее время нормативные указы Президента РФ – это нормативные правовые акты, издаваемые в пределах полномочий, предоставленных ему Конституцией РФ, которые не должны противоречить Конституции РФ, федеральным конституционным законам, федеральным законам, обладающие после них высшей юридической силой и обязательные для исполнения на всей территории страны⁴⁶. В случае противоречия президентского указа закону применяется закон как акт высшей юридической силы (п. 5 ст. 3 ГК РФ).

Еще раз подчеркнем, что указы, как правило, издаются при отсутствии закона, регулирующие соответствующие отношения. Многие указы Президента РФ по вопросам экономического развития страны содержат нормы частного права. При этом те из них, которые были изданы до принятия ГК РФ или предусмотренных им законов и содержат противоречащие им правила, в настоящее время могут применяться лишь в части, соответствующей предписаниям Кодекса. Президентские указы, изданные по вопросам, которые согласно ГК РФ теперь могут регулироваться только законами, сохраняют свое действие до принятия соответствующих законов. Если же впоследствии содержание указа будет поглощено федеральным законом, то указ подлежит отмене Президентом РФ.

³⁹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию. М., 1995. С. 99, 100.

⁴⁰ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию. М., 1996. С. 86.

⁴¹ См.: *Окуньков Л.А.* Президент Российской Федерации. Конституция и политическая практика. М., 1996. С. 102.

⁴² Гражданское право. Учебн. / Отв. ред. Е.А. Суханов. В 4-х т. Т. 1. Общая часть. С. 97, 98.

⁴³ См.: там же. С. 105.

⁴⁴ См.: Сборник постановлений Пятого (внеочередного) Съезда народных депутатов РСФСР. 10 – 17 июля, 28 октября 1991 г. М., 1991. С. 44, 45.

⁴⁵ См.: *Фаткуллин Ф.Н., Фаткуллин Ф.Ф.* Основы учения о праве и государстве. Учебн. пос. / Под ред. Н.Х. Сафиуллина. Казань, 2002. С. 90.

⁴⁶ См.: *Ордина О.Н.* Нормативные указы Президента РФ как источники административного права // Право и государство: теория и практика. 2008. № 1 (49). С. 96; *Кобзева С.И.* Указы в системе источников права социального обеспечения // Там же. С. 44.

Следующую ступень в иерархической системе источников частного права занимают постановления Правительства РФ. Согласно ст. 115 Конституции РФ постановления и распоряжения Правительства РФ издаются на основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов и нормативных указов Президента РФ. При несоблюдении этого ограничения они не подлежат применению (п. 5 ст. 3 ГК РФ). Речь идет только о тех правительственных постановлениях, которые имеют частноправовое значение.

В сфере хозяйственной деятельности федеральное правительство принимает большое количество нормативных актов, главным образом **комплексного характера**, содержащих также нормы частного права, которые в них преобладают. Именно такие и включаются нами в систему источников частного права. В юридической литературе отмечается, что ряд постановлений были приняты по вопросам, которые, исходя из федеральных кодексов, могут регулироваться только законом. В этом случае они, как и президентские указы, сохраняют силу до принятия соответствующего закона и только в той части, которая не противоречит федеральным кодексам.

В частноправовой сфере также сохраняется действие некоторых постановлений правительства СССР и РСФСР, принятых по вопросам, пока не урегулированным российскими законами или иными правовыми актами. Упомянутые постановления также действуют до принятия

соответствующих российских актов и в части, не противоречащей российским законам и иным правовым актам⁴⁷. Подзаконные нормативные акты отдельных органов министерств, как правило, регулируют внутриведомственные отношения. Однако задачи и функции некоторых министерств носят надведомственный характер (контроль, координация и т.д.), в связи с чем им предоставлено в строго определенной сфере издавать нормативные акты, обязательные для граждан и организаций, не относящихся к данному ведомству. Среди них могут встречаться нормативные правовые акты, содержащие *частноправовые* нормы⁴⁸.

И хотя основными источниками (формами выражения) частного права в России и в большинстве современных правовых систем мира являются нормативные правовые акты, особое место в системе этих источников занимают международные договоры и другие санкционированные источники права, содержащие процессуально-правовые нормы. А всего десятилетие назад практически ни в одном учебнике по частным отраслям российского права нельзя было даже встретить упоминания об этом. Думается, что такой кардинальный поворот во взглядах заслуживает отдельного рассмотрения.

⁴⁷ См.: Гражданское право. Учебн. / Отв. ред. Е.А. Суханов. В 4-х т. Т. 1. Общая часть. С. 106.

⁴⁸ См.: БНА. 1996. № 2.