

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

А. А. Макарушкова*,

И. В. Соловьева**

Сравнительно-правовой анализ современных источников гражданского права России, Франции и Германии

Аннотация. В статье на основе сравнительно-правового анализа рассматриваются современные подходы к системе источников гражданского права России, Франции и Германии. Обращается внимание на сходство и различия (по форме, названию, структуре, содержанию, значимости) источников гражданского права названных стран, обусловленные объективными и субъективными факторами, а также особенностями их правовых систем.

Отмечается, что круг источников гражданского права во Франции и в Германии значительно шире, чем в России. Среди источников гражданского права данных правовых систем общий фундамент образуют гражданские кодексы и законы, содержащие нормы гражданского права. Прослеживаются современные тенденции к значительному расширению и усложнению системы источников российского гражданского права и ее сближения с законодательством Франции и Германии.

Делается вывод о необходимости систематизации и закрепления развернутой системы источников гражданского права в ст. 3 Гражданского кодекса Российской Федерации, адаптации отдельных правовых институтов французского и германского гражданского права с целью совершенствования российского законодательства и развития современных источников российского гражданского права и их системы в контексте сочетания опыта французского и германского права с отечественными правовыми традициями.

Ключевые слова: сравнительное правоведение, романо-германская правовая семья, гражданское право, гражданский оборот, источники права, правовые системы, закон, правовой обычай, судебный прецедент, правовая доктрина.

DOI: 10.17803/1994-1471.2019.109.12.149-161

© Макарушкова А. А., Соловьева И. В., 2019

* Макарушкова Алла Александровна, старший преподаватель кафедры уголовного права и судопроизводства Чебоксарского кооперативного института (филиала) Российского университета кооперации amakarushkova@mail.ru

428024, Россия, г. Чебоксары, пр. М. Горького, д. 24

** Соловьева Ирина Владимировна, магистр права, преподаватель кафедры гуманитарных дисциплин и иностранных языков Чебоксарского кооперативного института (филиала) Российского университета кооперации

solovira0501@rambler.ru

428024, Россия, г. Чебоксары, пр. М. Горького, д. 24

Учение об источниках права является одним из центральных разделов юридической науки и вызывает многолетние дискуссии среди ученых-правоведов¹. Вместе с тем переход России к цифровой экономике, усложнение гражданского оборота, обновление гражданско-правовой законодательной системы актуализировали проблему определения, систематизации и дальнейшего развития современных источников российского гражданского права. Немаловажную роль в этом играют новые тенденции в правопонимании, а также интеграционные процессы и взаимодействие национальной правовой системы с зарубежными.

Основу современной реформы российского гражданского права составляет Концепция развития гражданского законодательства 2009 г.², в которой одним из важнейших ориентиров развития российского гражданского права рассматривается иностранный правовой опыт, в частности правовая система континентальной Европы, или романо-германская правовая семья.

По мнению К. М. Арсланова, «бесспорной является связь современного российского права с континентальной правовой системой, состоящей, в свою очередь, из различных групп, которые не могут быть сегодня четко отграничены друг от друга»³. В то же время историческое развитие российского права в рамках цивилистического направления позволяет отнести его одновременно к двум правовым группам континен-

тальной правовой семьи: «западной» (Франция, Бельгия, Испания и др.) и «центральной европейской» (Германия, Австрия, Швейцария и др.). Подтверждением сказанному служит и наличие в российском гражданском законодательстве ряда юридических конструкций иностранного законодательства, в частности институт юридического лица, секвестра, договоры факторинга, агентирования, лизинга и др. При этом особую значимость в контексте концептуального реформирования приобретает вопрос о сравнительно-правовом анализе источников гражданского права России, Франции и Германии, поскольку он дает возможность определить масштабы и формы восприятия современного иностранного правового опыта, использования юридических конструкций французского и германского гражданского законодательства в российском гражданском законодательстве и направления дальнейшего развития как российского гражданского законодательства, так и современных источников российского гражданского права.

Как справедливо отмечает М. Н. Марченко, «национальные правовые системы в плане формирующих источников в силу исторических и национальных традиций, особенностей правовой культуры и иных факторов весьма значительно отличаются друг от друга»⁴. Вместе с тем указывает на «существование “относительно самостоятельной”»⁵ системы источников отдельных отраслей права, в том числе и гражданского, что

¹ *Марченко М. Н.* Источники права : учеб. пособие. М. : ТК Велби, Проспект, 2008. 760 с. ; *Ковтун Д. В.* Источники частного права : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2007. 206 с. ; *Диденко А. А.* Система источников гражданского права Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. 222 с. ; *Источники гражданского права России: история и современность : монография.* М. : Юрлитинформ, 2009. 179 с. ; *Храмов Д. В.* Нетрадиционные источники российского частного права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2010. 213 с. ; *Левушкин А. Н.* К вопросу об источниках гражданского права в государствах постсоветского пространства // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2014. № 4 (26). С. 136—141 ; *Павлова Н. Н.* Современная система источников российского гражданского права (на базе сравнительно-правового анализа законодательств государств постсоветского пространства) : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2015. 196 с.

² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 11. С. 11.

³ *Арсланов К. М.* О взаимосвязи российского гражданского права с германской правовой системой // Ученые записки Казанского университета. Серия : Гуманитарные науки. 2012. Т. 154. Кн. 4. С. 68—69.

⁴ *Марченко М. Н.* Источники права. С. 123.

⁵ *Марченко М. Н.* Источники права. С. 105.

и обуславливает необходимость ее всестороннего исследования»⁶. Однако, несмотря на имеющиеся отличия между ними, опыт правового регулирования отдельных отношений источниками гражданского права Франции и Германии может быть частично заимствован применительно к некоторым институтам гражданского законодательства РФ.

Следует отметить, что в России, во Франции и в Германии сложилась иерархическая система нормативных правовых актов — источников гражданского права, основанная на конституции соответствующей страны. Это исторически обусловлено отнесением этих стран к континентальной (романо-германской) правовой семье, где право основано на законе преимущественно в его кодифицированной форме.

Характеризуя континентально-европейскую систему права, Ю. А. Тихомиров отмечает: «Система отличается “нормативной упорядоченностью и структурированностью источников”...»⁷ Как известно, основным источником в континентально-европейской правовой системе выступает нормативный правовой акт (*enacted law*), который, будучи одной из форм права, занимает далеко не одинаковое место в различных правовых системах современности. При этом в каждой правовой системе существует большое разнообразие источников гражданского права. Однако понимание и значимость тех или иных источников гражданского права в континентальной правовой системе в силу их разнообразия до сих пор носит дискуссионный характер.

Среди источников гражданского права России, Франции и Германии высшей юридической силой и фундаментальным источником для всех отраслей правовой системы, в том числе и для гражданского права, выступает конституция. Если говорить о России, то следует заметить, что в ст. 3 Гражданского кодекса РФ⁸ Конституция РФ⁹ не обозначена как фундаментальный источник гражданского законодательства. Между тем она выступает основной не только для гражданского, но и для иного отраслевого законодательства и иных источников.

Более того, гражданско-правовые отношения регламентируются рядом статей Конституции РФ, в частности ст. 8, п. 2 ст. 9, в которых закрепляются и гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности, а также признаются и защищаются различные формы собственности. В то же время формулировка норм действующего ГК РФ явно недооценивает значение Конституции и, на наш взгляд, нуждается в усовершенствовании.

К примеру, в ст. 17 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. (фр. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), являющейся составной частью действующей Конституции Франции 1958 г.¹⁰, гарантируется право собственности, а в ст. 14 Конституции ФРГ 1949 г.¹¹ (нем. *Grundgesetz, GG*) гарантируется собственность и право наследования.

⁶ Цит. по: Павлова Н. Н. Современная система источников российского гражданского права (на базе сравнительно-правового анализа законодательств государств постсоветского пространства) : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2015. С. 26.

⁷ Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М. : Норма, 1996. С. 112.

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 05.05.2014, с изм. от 23.06.2014) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

⁹ 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) // СЗ РФ. 2014. № 15. Ст. 1691.

¹⁰ La Constitution du 4 octobre 1958 // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution> (дата обращения: 20.03.2019).

¹¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 23 Mai 1949. Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 13. Juli 2017 (BGBl. I S. 2347) geändert worden ist.

1. Доминирующее положение среди законов как источников гражданского права России, Франции и Германии занимают гражданские кодексы (в Германии — Германское гражданское уложение) как специальные нормативные правовые акты, комплексно регулирующие гражданско-правовые отношения.

2. В настоящее время в России действует ГК РФ, структурно состоящий из четырех частей, принимавшихся в разное время и охватывающих свыше 1 500 статей.

3. Во Франции одним из важных источников гражданского права выступает Французский гражданский кодекс 1804 г.¹², известный под названием Кодекс Наполеона (Code civil) (далее — ФГК). ФГК основан на заимствованной из римского права институционной системе и состоит из вводного титула и трех книг: книга I — «О лицах», книга II — «Об имуществе и различных видоизменениях собственности» и книга III — «О различных способах, которыми приобретает наследство», включающих 2 281 статью. Стоит отметить, что, несмотря на радикальное обновление норм ФГК, он продолжает действовать, хотя и существенно устарел. Иллюстрацией такого положения может служить высказывание одного из ученых-правоведов — А. И. Лубенского, который характеризует французскую кодификацию как «консолидацию законодательства, сопровождаемую его частичной ревизией»¹³.

В гражданско-правовой сфере Германии до сих пор применяется Германское гражданское

уложение 1896 г. с последующими изменениями и дополнениями (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) (далее — ГГУ)¹⁴, которое включает 2 385 статей (параграфов), объединенных в 5 книг: книга 1 — «Общая часть», книга 2 — обязательственное право, книга 3 — вещное право, книга 4 — семейное право, книга 5 — наследственное право. Вступив в силу 1 января 1900 г., фундаментальный нормативный правовой акт воплотил лучшие традиции римского и германского права, достойные внимания российского законодателя и цивилистической доктрины. В истории права ГГУ считается вторым (после французского ГК 1804 г.) классическим выражением частного права эпохи нового времени¹⁵. Примечательно, что его структура и институты были использованы впоследствии при составлении проекта Гражданского уложения Российской империи, а в дальнейшем и при разработке Гражданского кодекса РСФСР 1922 г. и гражданских кодексов других союзных республик СССР. На это обстоятельство обращают внимание В. Бергман и Е. А. Суханов, отмечая, что «правовые идеи, заложенные в основу Германского гражданского уложения, являются исторически более близкими для отечественного правопорядка»¹⁶.

4. Как показывает сравнительный анализ современного ГК РФ и ГГУ, при разработке ГК РФ российский законодатель активно использовал институты и правовые нормы ГГУ, а также учел национальные правовые традиции.

В то же время недостатком ГГУ является то, что в отличие от ГК РФ он характеризуется слож-

¹² Текст ФГК на французском и английском языках см.: URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=49E94E67D0DF99B51D81A8685040BCED.tpdila07v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136240&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080629 (дата обращения: 20.03.2019).

¹³ Лубенский А. И. Систематизация законодательства во Франции. Информация о законодательстве зарубежных стран. М. : ВНИИСЗ, 1970. Вып. 50. С. 6.

¹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) von 18.08.1896 // URL: <https://translate.google.ru/translate?hl=ru&sl=de&u=http://www.gesetze-im-internet.de/uhvorschg/&prev=search> (дата обращения: 20.03.2019).

¹⁵ Рассказов Л. П. Формирование нормативного элемента правовых систем Германии и Франции и влияние этого процесса на другие страны Европы // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. 2015. № 105 (01). С. 9. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/formirovanie-normativnogo-elementa-pravovyh-sistem-germanii-i-frantsii-i-vliyanie-etogo-protsessa-na-drugie-strany-evropy>.

¹⁶ Цит. по: Мацакян Г. С. Особенности правовой конструкции узурфрукта в российском, германском и французском гражданском праве // Юридическая наука. 2016. № 2. С. 58.

ностью и громоздкостью, обилием специальных юридических терминов, неопределенностью формулировок и злоупотреблением отсылками к другим, так называемым «каучуковым нормам», закрепляющим лишь общие правовые принципы и предназначенным для содержательного наполнения именно через судебную практику. В то же время нельзя не признать и их определенной практической ценности, поскольку такие нормы позволяли более успешно решать задачу модернизации права, приспособив его к существующим реалиям.

В отличие от России и Германии, кодификация во Франции имеет свои особенности. В частности, ФГК включает в себя не только законодательную часть, но и группы норм подзаконного уровня. Если в России, согласно п. 2 ст. 3 ГК РФ, под термином «законодательство» понимает лишь сам кодекс и принятые в соответствии с ним федеральные законы, то нормы гражданского права Франции могут содержаться в ордонансах Правительства Франции и декретах Президента Франции. Причем во всех рассматриваемых странах прослеживается тенденция к постоянному увеличению числа статей гражданского кодекса за счет включения новых блоков регулирования. Но в отличие от ГК РФ и ГГУ, ФГК не имеет приоритета по сравнению с некодифицированными законодательными актами.

Стоит отметить, что Россия и Германия, в отличие от Франции, являются федеративными государствами, поэтому к источникам гражданского права, помимо гражданских кодексов, относятся и иные законы, регулирующие гражданско-правовые отношения. Однако в Германии каждая из 16 земель имеет свои законодатель-

ные акты, принимаемые уполномоченными на то государственными органами на уровне субъектов, что значительно усложняет систему источников гражданского права Германии в связи с дополнительными требованиями и характеристиками к нормативному акту.

В России, в отличие от Германии, гражданское законодательство находится в ведении Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ), а следовательно, субъекты РФ не наделены правом принятия законодательных актов в сфере гражданского права. В силу этого конституционного положения к источникам гражданского права относятся только общегосударственные (федеральные) законы, в том числе кодифицированные: Земельный кодекс РФ¹⁷, Семейный кодекс РФ¹⁸, Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)»¹⁹, Федеральный закон от 13 июля 2015 г. № 218-ФЗ «О государственной регистрации недвижимости»²⁰ и т.д.

Во Франции широкое распространение получила практика правового регулирования отдельных отраслей (транспортного, природоохранительного, трудового и др.) в виде издания консолидированных законодательных актов, что отличает источники Франции от России. Среди таких консолидированных кодексов особо следует выделить: Кодекс интеллектуальной собственности²¹, Коммерческий кодекс²² и др. Большое значение для гражданского права имеют и некодифицированные акты, такие как: Закон № 2014-1545 от 20 декабря 2014 г., касающийся упрощения жизни компаний и несущий различные положения об упрощении и уточнении закона и административных процедур²³, Закон № 2010-658 от 15 июня 2010 г. «Об индивиду-

¹⁷ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

¹⁸ СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

¹⁹ СЗ РФ. 2013. № 51. Ст. 6673.

²⁰ СЗ РФ. 2015. № 29 (ч. I). Ст. 4344.

²¹ Code de la propriété intellectuelle, version consolidée au 8 novembre 2015 // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414> (дата обращения: 20.03.2019).

²² Code de commerce, version consolidée au 23 décembre 2015 // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379> (дата обращения: 20.03.2019).

²³ Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions sur la simplification et la clarification de la loi et des procédures administratives // URL: <https://>

альном предпринимателе с ограниченной ответственностью»²⁴ и т.д.

Основой нормативной базы правовой системы Германии, как и Франции, являются кодексы. Однако здесь отсутствуют консолидированные кодексы.

Присущий частному праву Франции и Германии дуализм неизбежно создает трудности для нормотворческой деятельности, т.к. не всегда возможно провести четкую грань между нормами гражданского и торгового права. В связи с этим в Германии, к примеру, дуалистические нормы помещаются законодателем в специальные неcodифицированные законы. К ним относятся, например, Закон от 23 марта 2013 г. «О защите наследственных прав и прав на участие в производстве по наследственным делам внебрачных детей и детей, усыновленных одним родителем»²⁵, Закон от 20 декабря 2001 г. «О приобретении и поглощении ценных бумаг»²⁶ и т. д.

Согласно п. 6 ст. 3 ГК РФ к источникам гражданского права относятся и подзаконные нормативные правовые акты: указы Президента РФ и постановления Правительства РФ, акты министерств и иных федеральных органов исполнительной власти. Например, Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»²⁷, постановление Правительства РФ от

14 октября 2010 г. № 829 «О вознаграждении за свободное воспроизведение фонограмм и аудиовизуальных произведений в личных целях»²⁸.

Аналогично России в Германии подзаконные акты (постановления Федерального правительства, федеральных министров и правительств земель) относятся к числу источников гражданского права. К примеру, постановление от 8 мая 1974 г. «О страховании ответственности автотранспортных средств для иностранных автотранспортных средств и прицепов»²⁹.

В отличие от России и Германии во Франции важная роль, наряду с законом, отводится так называемому делегированному законодательству, принимаемому в форме, сходной с российским подзаконным нормативным актом, — в форме регламентарного акта (*reglements*). Нормы гражданского права могут содержаться в разнообразных формах: указах (*ordonnances*) правительства, декретах (*décrets*) президента и премьер-министра, постановлениях, циркулярах и т.п. (например, Ордонанс от 1 декабря 1986 г. № 86-1243 «О свободе цен и конкуренции», ордонанс от 10 февраля 2016 г. № 2016-131 «О праве договоров, об общих положениях и доказывании обязательств»³⁰). Использование указов стало распространенной практикой правотворчества с 2000 г.³¹, что связано с увеличением удельного веса актов исполнительной

www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=20190121&cidTexte=JORFTEXT000029926655&fastPos=196&fastReqId=910644574&oldAction=rechExpTexteJorf (дата обращения: 20.03.2019).

²⁴ LOI n° 2010-658 du 15 juin 2010 sur l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?dateTexte=20190121&cidTexte=JORFTEXT000022355229&fastPos=441&fastReqId=910644574&oldAction=rechExpTexteJorf#> (дата обращения: 20.03.2019).

²⁵ Das Gesetz zum Schutz des Erbrechts und der Verfahrensbeteiligungsrechte nichtehelicher und einzeladoptierter Kinder im Nachlassverfahren vom 21.03.2013 // BGBl. I S. 554.

²⁶ Das Securities Acquisition and Acquisition Act vom 20.03.2001 // URL: http://www.gesetze-im-internet.de/wp_g/BJNR382210001.html (дата обращения: 20.03.2019).

²⁷ СЗ РФ. 2008. № 29 (ч. I). Ст. 3482.

²⁸ СЗ РФ. 2010. № 42. Ст. 5398.

²⁹ BGBl. I стр. 1062 // URL: <http://www.gesetze-im-internet.de/hpflgldv/BJNR010629974.html> (дата обращения: 20.03.2019).

³⁰ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations // URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=BB5B8A7EE5045A6159B998FD4BDF0E07.tpdila13v_1?cidTexte=JORFTEXT000032004939&dateTexte=20160212 (дата обращения: 20.03.2019).

³¹ Марку Ж. Закон и правотворчество во Франции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2015. № 4 (53). С 557.

власти. Причем в отличие от России и Германии регламентарные акты приравниваются по силе к закону и могут издаваться не только во исполнение, но и в дополнение к закону.

Особая роль в системе источников гражданского права правовых систем России, Франции и Германии принадлежит международным договорам. Следует заметить, что конституции различных стран содержат различные по смыслу нормы относительно международных договоров. Так, в России и Германии международные договоры в соответствии с Конституцией признаются составной частью правовой системы государства (ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ст. 25 Конституции Германии). Иная формулировка содержится в ст. 55 Конституции Франции: «Договоры или соглашения, должным образом ратифицированные и одобренные, имеют силу, превышающую силу внутренних законов, с момента опубликования, при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной»³².

Как видно из конституционных формулировок, «влияние международного права в праве России и Германии отражено более четко, чем во Франции, поскольку в Конституции Франции содержится указание на “договоры или соглашения...”, а не на нормы международного права»³³. Кроме того, как показывает правоприменительная практика, приоритет международного права, установленный Конституцией Франции, не гарантирует, что суд будет основывать свое решение на международных договорах.

Следует заметить, что, несмотря на противоречия с положениями конвенций, продолжает действовать и применяться национальное законодательство Франции. Это обстоятельство отличает Францию от России и Германии.

Являясь частью правовой системы, международные договоры не смешиваются с национальным гражданским законодательством, что вытекает из ст. 7 ГК РФ. При этом Россия является участницей как многосторонних договоров (конвенции) (например, Конвенция ООН «О договорах международной купли-продажи товаров» (Венская конвенция 1980 г.)³⁴, так и двусторонних (например, Договор между СССР и ФРГ от 13 июня 1989 г. о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений³⁵).

В правовой системе Франции самостоятельным источником гражданского права признаются и общие принципы права, получившие законодательное закрепление в Декларации прав человека и гражданина и в последующих конституционных актах. Им уделяется особое внимание в связи с их важной ролью в преодолении законодательных пробелов.

К числу источников гражданского права правовых систем России, Франции и Германии относятся правовые обычаи (обычное право) «как исторически общепринятые и “правильные” с моральной точки зрения правила поведения»³⁶.

В России в условиях усложнения имущественных отношений роль обычая все более возрастает. Официально в российском гражданском праве обычай был возведен в ранг источников с внесением изменений в ГК РФ в 2012 г. Правила об обычаях содержатся в ряде статей ГК РФ: 309, 311, 312, 314, 431, 438, 451, 452, 474, 478, 508, 516, 874, 891, 985 и др.

Следует подчеркнуть, что в России правовые обычаи должны соответствовать положениям законодательства или договора (п. 2 ст. 5 ГК РФ). При этом в иерархической системе источников гражданского права обычай рассматривается

³² Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права : учебник: в 2 т. Т. 1. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2016. URL: <http://ural-education.ru/wp-content/uploads/2016/10/Марченко-М.Н.-Проблемы-общей-теории-государства-и-права-в-2-т.-Т.-2..pdf> (дата обращения: 20.03.2019).

³³ Рассказов Л. П. Указ. соч. С. 14.

³⁴ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1994. № 1.

³⁵ Vertrag über die Forderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen vom 13.06.1989 // Bundesgesetzblatt. Teil II. 1990. S. 342.

³⁶ Лаптев В. А. Российские правовые обычаи в предпринимательстве // Право и экономика. 2016. № 2. С. 4—9. URL: <http://отрасли-права.рф/article/16297> (дата обращения: 20.03.2019).

лишь как дополнительный (восполнительный) источник в нижнем уровне иерархической структуры, т.е. это своего рода *consuetudo secundum legem*.

В настоящее время во Франции роль обычая (*coutume, usage*) как источника гражданского права не столь значима. Французские юристы «пытаются видеть в нем (обычае) несколько устаревший источник права, играющий незначительную роль с того времени, когда мы вместе с кодификацией признали бесспорное верховенство закона»³⁷. Тем не менее ФГК упоминает об обычаях, наделив их приоритетом перед договором (сделками). Так, в силу ст. 1135 ФГК соглашения (договоры) сторон обязывали соблюдать не только указанные в нем положения, но и положения законов, обычаев и справедливости. Любые неясности договоров толковались в соответствии с местными обычаями (ст. 1159 ФГК)³⁸.

Аналогичный подход к обычаям (*Gewohnheitsrecht*) сложился и в Германии, где они теоретически признаются источниками гражданского права. При этом по юридической силе они приравниваются к закону, но их роль как источника в современной правовой системе Германии не столь значительна, как в XIII—XIX вв. Тем не менее сегодня ГГУ предусматривает правовые обычаи в ряде параграфов, в частности в ст. 157, 242.

Во всех странах романо-германской правовой семьи наиболее распространены обычаи, которые выступают «в дополнение к закону» (*secundum legem*). Однако во Франции и Германии, в отличие от России, допускается существование и применение обычаев, противоречащих законодательству. Кроме того, в Германии правовые обычаи по своей силе приравниваются к закону, а во Франции они обладают приоритетом перед договорами (сделками). В России,

наоборот, обычаи в случае их противоречия законодательству или договору применяться не могут (п. 2 ст. 5 ГК РФ). В то же время неясность в толковании условия договора может, как и в ФГК, устраняться обычаями и последующим поведением сторон (ст. 431 ГК РФ). Сравнивая сферы применения обычаев в правовых системах анализируемых стран, подчеркнем, что в отличие от России и Германии, в правовой системе Франции обычай получил большее распространение в коммерческом (торговом) и трудовом праве.

В теории источников романо-германского права наиболее распространена классификация их на первичные и вторичные (производные) источники. Согласно сложившемуся обыкновению и юридической практике, в ряде стран романо-германской правовой семьи к первичным источникам относят все без исключения нормативные правовые акты (*enacted law*), правовые обычаи и иногда «общие принципы права»³⁹. К вторичным — судебные прецеденты и правовые доктрины, т.е. «научные труды известных ученых-юристов»⁴⁰.

Общеизвестно, что континентально-европейская правовая система негативно относится к прецедентному праву, в связи с чем в российской правовой науке судебный прецедент не признается подлинным источником российского права. На это указывают и положения ст. 3 ГК РФ, относящие к источникам гражданского права только нормативные правовые акты. Некоторые ученые-цивилисты также полагают, что судебная практика не содержит правовых норм, в связи с чем не может быть признана составной частью правовой системы РФ⁴¹. По мнению В. В. Момотова, «развитие правовой мысли с неизбежностью привело к отказу от таких формалистских взглядов». В связи с этим в современной правовой системе России судеб-

³⁷ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права.

³⁸ Лаптев В. А. Российские правовые обычаи в предпринимательстве // URL: <http://отрасли-права.рф/article/16297> (дата обращения: 20.03.2019).

³⁹ Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. М.: Проспект, 2011. 324 с. URL: <http://knigi.link/gosudarstva-prava-teoriya/osobennosti-sudebnogo-pretседента-sisteme-17865.html> (дата обращения: 20.03.2019).

⁴⁰ Марченко М. Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. № 1. С. 7.

ный прецедент хотя официально и не признается в качестве источника гражданского права, а в доктрине интерпретируется противоречиво, тем не менее фактически существует, приобретая все большее значение в правоприменительной и правотворческой практике. В частности, постановления высших судебных инстанций — Конституционного и Верховного судов — играют огромную роль в регулировании гражданских правоотношений при разрешении ряда вопросов, по сути связывая право с жизнью, выходя далеко за рамки официального толкования действующего законодательства РФ и достаточно часто восполняя пробелы в российском гражданском законодательстве.

В последние годы значение прецедентного права возрастает в странах романо-германского права, в частности в Германии, Франции, Швейцарии⁴².

Аналогично правовой системе России, во Франции и Германии судебный прецедент *de jure* не считается источником гражданского права, но *de facto* признаются его весьма важная практическая роль и влияние на развитие права и системы его источников.

В правовых системах Франции и Германии прецедент в системе источников гражданского права занимает двойственное и противоречивое положение. В частности, известные французские ученые в области сравнительного правоведения Р. Давид и К. Жоффре-Спинози, говоря о месте, отводимом среди источников права судебным решениям, указывают: «...Чтобы судить о важности судебных решений в выработке права, следует и здесь остерегаться готовых формул, которые, стремясь подчеркивать исключительность закона, отказываются призна-

вать источником права судебную практику. Эти формулы несколько смешны, когда их употребляют в такой стране, как Франция или ФРГ, где судебная практика в ряде сфер играет ведущую роль в развитии права...»⁴³. Тем не менее анализ реальной действительности позволяет отнести судебную практику к числу вторичных, вспомогательных источников права. Об этом свидетельствует и тот факт, что «несмотря на формальное непризнание в ряде стран судебной практики в качестве источника континентального права, число сборников судебной практики год от года увеличивается во Франции, Германии, Швейцарии, Италии и многих других странах»⁴⁴. Очевидно, это означает формальное (нормативное) закрепление судебной практики с целью последующего ознакомления юристов-практиков с новыми прецедентами и применения их при разрешении аналогичных дел, а также признание судебной практики источником права.

Однако до настоящего времени дискуссионными остаются вопросы о том, в какой мере и в какой форме осуществляется это признание прецедента в качестве источника права⁴⁵.

Так, в законодательстве Франции предусмотрена нормотворческая роль судебной практики Кассационного суда Франции (ст. 4 ФГК), а в Германии — решений Федерального конституционного суда. Однако в отличие от Франции, в правовой системе Германии прецеденту принадлежит особая роль. Это обусловлено требованием единства судебной практики на конституционном уровне (ст. 95 Конституции Германии) и тем, что решения Федерального конституционного суда по юридической силе приравниваются к закону, что позволяет рассматривать их как источники права.

⁴¹ См., например: *Шершеневич Г. Ф.* Общая теория права. М., 1910. С. 236 ; *Курбатов А. Я.* Прецедентное право в России: пренебрежение к законам и усугубление проблем правоприменения // Закон. 2011. № 4. С. 103—110.

⁴² *Свирин Ю. А.* Влияние правовой позиции суда на цивилистические правоотношения и единообразие судебной практики // Современное право. 2018. № 4. С. 63—67.

⁴³ *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М. : Междунар. отношения, 1999. 400 с. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/books/letter/285/%C4/21557#chapter> (дата обращения: 20.03.2019).

⁴⁴ *Марченко М. Н.* Источники права. С. 514.

⁴⁵ *Марченко М. Н.* Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права. С. 9.

К числу вторичных неформальных источников гражданского права, связанных с другими источниками права, относится и правовая доктрина.

Следует отметить, что в правовой системе России цивилистическая доктрина источником гражданского права не признается.

В правовых системах Франции и Германии, напротив, доктрине придается большое значение. Подобно судебному прецеденту, правовая доктрина во Франции и Германии формально не признается источником гражданского права, выступая в большей степени как вторичный элемент, оказывающий фактическое влияние на право. В то же время во Франции достаточно высоко ценятся академические мнения и доктрины, касающиеся сугубо прикладных, «практических аспектов права»⁴⁶.

Подводя итог проведенному сравнительно-правовому анализу современных источников гражданского права России, Франции и Германии, можно сделать следующие основные выводы и предложения:

1. В правовой системе России, Франции и Германии существует большое разнообразие современных источников гражданского права, которые имеют как свои общие черты, сходные традиции, закономерности и тенденции становления и развития, так и особенности.

При определенном сходстве источников в каждой из этих стран они различаются по форме, названию, структуре, содержанию, значимости, что обусловлено объективными и субъективными факторами, а также особенностями самих правовых систем.

Следует отметить, что круг источников гражданского права во Франции и в Германии значительно шире, чем в России. Среди источников гражданского права данных правовых систем общий фундамент образуют гражданские кодексы и законы, содержащие нормы гражданского права.

В то же время во Франции приоритет отдается регламентарным актам, формирующим массив делегированного законодательства; во Франции и в Германии важную роль играет такой неформальный источник гражданского права, как правовая доктрина.

2. В настоящее время наблюдается тенденция значительного расширения и усложнения системы источников гражданского права, использования новых источников гражданского права.

В связи с этим с целью более четкого и эффективного регулирования гражданского оборота представляется необходимым систематизировать и закрепить более развернутую систему источников гражданского права в ст. 3 ГК РФ, дополнив ее Конституцией РФ и международно-правовыми источниками, а также привести ее в строгую, научно обоснованную, иерархическую соподчиненность при соблюдении принципа верховенства закона.

3. В условиях глобализации, развития и усложнения гражданского оборота, взаимопроникновения и взаимовлияния правовых систем России, Франции и Германии существенно повысилась роль новых источников гражданского права. Учитывая данное обстоятельство, нам представляется, что активное применение в странах романо-германской правовой семьи таких нетипичных источников гражданского права, как судебный прецедент, правовой обычай и правовая доктрина, повлияет на дальнейшее развитие гражданского оборота и в нашей стране. Игнорирование же мировых тенденций в области новых источников гражданского права крайне негативно скажется на развитии российской правовой системы вследствие нивелирования целого спектра инноваций в области права.

4. Система современных источников российского гражданского права характеризуется ярко выраженной тенденцией ее сближения с законодательством Франции и Германии, в связи с чем развитие современных источников российского гражданского права и их системы должно идти, на наш взгляд, в контексте сочетания иностранного правового опыта, и прежде всего опыта французского и германского гражданского права, с отечественными правовыми традициями, что будет способствовать эффективному развитию российского гражданского законодательства, цивилистики и экономических связей между странами.

⁴⁶ *Dickson B. Introduction to French Law. Glasgow, 1994. P. 13.*

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Арсланов К. М. О взаимосвязи российского гражданского права с германской правовой системой // Ученые записки Казанского университета. Серия : Гуманитарные науки. — 2012. — Т. 154. — Кн. 4. — С. 67—73.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. — М. : Международные отношения, 1999. — 400 с.
3. Лаптев В. А. Российские правовые обычаи в предпринимательстве // Право и экономика. — 2016. — № 2. — С. 4—9.
4. Лубенский А. И. Систематизация законодательства во Франции // Информация о законодательстве зарубежных стран — М. : ВНИИСЗ, 1970. — Вып. 50. — 32 с.
5. Марку Ж. Закон и правотворчество во Франции // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2015. — № 4 (53). — С. 555—560.
6. Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие. — М. : ТК Велби, Проспект, 2008. — 760 с.
7. Марченко М. Н. Особенности судебного прецедента в системе романо-германского права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2016. — № 1 (56). — С. 5—13.
8. Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права : учебник : в 2 т. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2016. — Т. 1. — 640 с.
9. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. — М. : Проспект, 2011. — 324 с.
10. Мацакян Г. С. Особенности правовой конструкции узурфрукта в российском, германском и французском гражданском праве // Юридическая наука. — 2016. — № 2. — С. 58—65.
11. Павлова Н. Н. Современная система источников российского гражданского права (на базе сравнительно-правового анализа законодательств государств постсоветского пространства) : дис. ... канд. юрид. наук. — Самара, 2015. — 196 с.
12. Рассказов Л. П. Формирование нормативного элемента правовых системы Германии и Франции и влияние этого процесса на другие страны Европы // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. — 2015. — № 105 (01). — С. 1—17.
13. Свириг Ю. А. Влияние правовой позиции суда на цивилистические правоотношения и единообразие судебной практики // Современное право. — 2018. — № 4. — С. 63—67.
14. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. — М. : Норма, 1996. — 432 с.
15. Dickson B. Introduction to French Law. — Glasgow, 1994.

Материал поступил в редакцию 9 апреля 2019 г.

COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF MODERN CIVIL LAW SOURCES IN RUSSIA, FRANCE AND GERMANY

Alla A. Makarushkova, Senior Lecturer of the Department of Criminal Law and Judicial Procedure of Cheboksary Cooperative Institute (Branch) of the Russian University of Cooperation
amakarushkova@mail.ru
pr. M. Gorkogo, d. 24, Cheboksary, Russia, 428024

Irina V. Solovyeva, Master of Law, Lecturer of the Department of the Humanities and Foreign Languages of Cheboksary Cooperative Institute (Branch) of the Russian University of Cooperation
solovira0501@rambler.ru
pr. M. Gorkogo, d. 24, Cheboksary, Russia, 428024

Abstract. *Based on a comparative legal analysis, the paper discusses modern approaches to the system of sources of civil law in Russia, France and Germany. The authors draw attention to the similarities and differences (in form, name, structure, content, significance) of the sources of civil law of these countries, due to objective and subjective factors, as well as features of their legal systems.*

It is noted that the range of sources of civil law in France and Germany is much wider than in Russia. Among the sources of civil law of these legal systems, civil codes and laws containing civil law form a common ground for the system.

Current trends include significant expansion and complication of the Russian civil law system of sources and its convergence with the laws of France and Germany.

The authors conclude that there is a need to systematize and consolidate the detailed system of sources of civil law in Art. 3 of the Civil Code of the Russian Federation, the adjustment of certain legal institutions of French and German civil law in order to improve Russian legislation and develop modern sources of Russian civil law and their system in the context of combining the experience of French and German law with domestic legal traditions.

Keywords: *comparative law, Romano-Germanic legal system, civil law, civil circulation, sources of law, legal systems, law, legal custom, judicial precedent, legal doctrine.*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Arslanov K. M. O vzaimosvyazi rossijskogo grazhdanskogo prava s germanskoj pravovoj sistemoj // Uchenye zapiski Kazanskogo universiteta. Seriya : Gumanitarnye nauki. — 2012. — T. 154. — Kn. 4. — S. 67—73.
2. David R., Zhoffre-Spinozi K. Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti / per. s fr. V. A. Tumanova. — M. : Mezhdunarodnye otnosheniya, 1999. — 400 s.
3. Laptev V. A. Rossijskie pravovye obychai v predprinimatel'stve // Pravo i ekonomika. — 2016. — № 2. — S. 4—9.
4. Lubenskij A. I. Sistematizaciya zakonodatel'stva vo Francii // Informaciya o zakonodatel'stve zarubezhnyh stran — M. : VNIISZ, 1970. — Vyp. 50. — 32 s.
5. Marku Zh. Zakon i pravotvorchestvo vo Francii // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. — 2015. — № 4 (53). — S. 555—560.
6. Marchenko M. N. Istochniki prava : uchebnoe posobie. — M. : TK Velbi, Prospekt, 2008. — 760 s.
7. Marchenko M. N. Osobennosti sudebnogo precedenta v sisteme romano-germanskogo prava // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. — 2016. — № 1 (56). — S. 5—13.
8. Marchenko M. N. Problemy obshchej teorii gosudarstva i prava : uchebnik : v 2 t. — 2-e izd., pererab. i dop. — M. : Prospekt, 2016. — T. 1. — 640 s.

9. Marchenko M. N. Sudebnoe pravotvorchestvo i sudejskoe pravo. — M. : Prospekt, 2011. — 324 s.
10. Macakyan G. S. Osobennosti pravovoj konstrukcii uzufrukta v rossijskom, germanskom i francuzskom grazhdanskom prave // Yuridicheskaya nauka. — 2016. — № 2. — S. 58—65.
11. Pavlova N. N. Sovremennaya sistema istochnikov rossijskogo grazhdanskogo prava (na baze sravnitel'no-pravovogo analiza zakonodatel'stv gosudarstv postsovetskogo prostranstva) : dis. ... kand. jurid. nauk. — Samara, 2015. — 196 s.
12. Rasskazov L. P. Formirovanie normativnogo elementa pravovyh sisteme Germanii i Francii i vliyanie etogo processa na drugie strany Evropy // Politematicheskij setевой elektronnyj nauchnyj zhurnal Kubanskogo gosudarstvennogo agrarnogo universiteta. — 2015. — № 105 (01). — S. 1—17.
13. Svirin Yu. A. Vliyanie pravovoj pozicii suda na civilisticheskie pravootnosheniya i edinoobrazie sudebnoj praktiki // Sovremennoe pravo. — 2018. — № 4. — S. 63—67.
14. Tihomirov Yu. A. Kurs sravnitel'nogo pravovedeniya. — M. : Norma, 1996. — 432 s.
15. Dickson V. Introduction to French Law. — Glasgow, 1994.