

НЕТРАДИЦИОННЫЕ ИСТОЧНИКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

М. А. Иванова

Оренбургский государственный университет, г. Оренбург

В статье рассматриваются отдельные вопросы нетрадиционных источников гражданского процессуального права. Автор анализирует проблемы включения в систему источников права судебной практики. В статье исследуются позиции ученых относительно понятия «нетрадиционные источники права», анализируются подходы к определению понятия «судебная практика». Основное внимание автор уделяет исследованию наиболее широко распространенных аргументов, отрицающих судебную практику как источник современного российского права. Также автор обосновывает возражения против аргументов непризнания судебной практики как источника права, высказывает мнение относительно значения судебной практики в регулировании гражданских процессуальных отношений.

Ключевые слова: *нетрадиционные источники права, судебная практика.*

В современной юридической литературе в последнее десятилетие активно используется термин «нетрадиционные источники права». Но разные авторы по-разному его определяют. Так, Д. В. Храмов считает, что нетрадиционные источники права – это система нормативных предписаний, нетипичных для конкретной правовой системы, носящих субсидиарный характер применения [11, с. 11]. Нетрадиционные источники российского права, по мнению А. П. Рожнова, представляют собой систему нормативных предписаний, создаваемых, как правило, в процессе правоприменительной деятельности не уполномоченными на то государственными органами или хотя и уполномоченными на то органами, но при безусловном субсидиарном характере применения таких предписаний для урегулирования общественных отношений по сравнению с нормативно-правовыми актами, возникающими без прямого государственного вмешательства, но при последующем государственном одобрении [9, с. 29]. Как верно отмечает Н. Н. Вопленко, нетрадиционные источники права – это не просто все формы права, которые санкционируются государством, а те из них, которые молчаливо признаются им в качестве возможных дополнительных регуляторов в сфере права. Государство «терпит» их присутствие в силу понимания закономерного характера их возникновения и полезной роли в тех областях социального регулирования,

где жесткое государственное регулирование нецелесообразно. Поэтому нетрадиционные источники права России представлены правовыми обычаями, судебной практикой, правовой доктриной (научно-практические комментарии к кодексам), некоторыми видами нормативных договоров в сфере частного права [1].

В соответствии со ст. 71 Конституции РФ гражданское процессуальное законодательство относится к ведению Российской Федерации. Это означает, что гражданские процессуальные отношения регулируются только нормативными правовыми актами, принятыми органами государственной власти федерального уровня. При этом в соответствии с ч. 1 ст. 1 ГПК РФ порядок гражданского судопроизводства в федеральных судах общей юрисдикции определяется только Конституцией Российской Федерации, Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации», Гражданским процессуальным кодексом РФ и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами, порядок гражданского судопроизводства у мирового судьи – также Федеральным законом «О мировых судьях в Российской Федерации». Иными актами гражданские процессуальные отношения регулироваться не могут. Не включаются в состав нормативных правовых актов, регулирующих гражданские процессуальные отношения, указы Пре-

зидента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, нормативные акты иных федеральных органов государственной власти.

В качестве источника гражданского процессуального права в силу ч. 2 ст. 1 ГПК РФ могут выступать и правила международного договора в том случае, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законом.

В состав источников гражданского процессуального права однозначно не включаются правовая обычай, правовая доктрина. Спорным остается вопрос о применении судебной практики как источника гражданского процессуального права. В настоящее время научная категория и термин «судебная практика» довольно широко употребляется в отечественных и зарубежных общетеоретических и отраслевых дисциплинах, а также в конституционном и текущем законодательстве.

В Конституции РФ (ст. 126) говорится, например, о том, что Верховный Суд РФ, будучи высшим судебным органом по гражданским, уголовным, административным и иным делам, подсудным судам общей юрисдикции, осуществляет судебный надзор за их деятельностью и «дает разъяснения по вопросам судебной практики».

Наряду с законодательством термин «судебная практика» весьма активно используется, особенно в конце XX–начале XXI вв. в связи с проводимой в стране судебной реформой и возникшими при этом спорами, в юридической литературе.

Однако, несмотря на широкое распространение и активное использование термина «судебная практика» среди отечественных и зарубежных авторов, занимающихся исследованием явления, именуемого судебной практикой, нет общего представления ни о ее понятии, ни о содержании, ни о формах ее выражения и проявления.

Так, если, по мнению одних ученых, судебная практика – это фактически есть не что иное, как совокупность повторяемых судебных решений, исходящих от различных судебных органов и прежде всего от высших судебных инстанций, то, с точки зрения других, к понятию судебной практики нельзя относить любое решение народного суда, определение кассационной инстанции или даже

сумму решений по конкретной группе дел [10, с. 33].

Судебная практика зачастую определяется как единство судебной деятельности по осуществлению правосудия и опыта этой деятельности, объективированного в форме судебных решений, вступивших в законную силу. Здесь проводится прямая аналогия с юридической практикой и фактически полностью трансформируется ее определение, согласно которому юридическая практика – это деятельность по изданию (толкованию, реализации и т.п.) юридических предписаний, взятая в единстве с накопленным социально-правовым опытом.

В других случаях при определении понятия судебной практики авторы ограничиваются описанием ее особенностей и роли, которую выполняет судебная практика в жизни общества и государства. Роль судебной практики, как считают авторы, переоценить трудно, поскольку она изучает деятельность человека через призму государственных параметров, выраженных для данного рода или вида деятельности в норме права. Судебная практика служит индикатором соотношения общего и частного в социальных связях, что вызывает потребность в единообразии судебной практики на всей территории государства, а это в свою очередь порождает необходимость тесной взаимосвязи судебной (юридической) практики и юридической теории.

Наряду с названными подходами к определению понятия и идентификации судебной практики, в отечественной и зарубежной литературе о ней существуют и другие представления, которые можно объединить в следующие группы:

– судебная практика – это опыт применения законодательства судами первого и второго звена, выраженный в их решениях по конкретным делам, решениях мировых судей;

– решения высших судебных органов по конкретным делам, связанных с толкованием и применением права, когда в правоприменительной практике отсутствует однозначное понимание (толкование) правовых норм;

– практика применения законодательства, содержащаяся в особых актах центральных судебных органов, в которых данная практика обобщенно формулируется в виде предписаний нижестоящим судам [3, с. 53].

Говоря об особенностях судебной практики как источника права, необходимо выде-

лить такую черту, как самостоятельный характер данной формы судейского права по отношению к другим его формам [2, с. 6]. Приравнивание, а тем более отождествление судебной практики и судебного прецедента, которое имеет место в отечественной литературе, хотя и не является принципиально важным с точки зрения определения понятия и содержания источников судейского права, тем не менее заслуживает определенного внимания. Дело в том, что понятие прецедента в его традиционном восприятии как решения суда по конкретному делу, обязательное при решении аналогичных дел в последующем этим же судом либо судами, равными или нижестоящими по отношению к нему, не совсем вписывается в понятие и содержание судебной практики.

В российской юридической науке сложились две диаметрально противоположные точки зрения относительно возможности использования судебной практики в качестве источника права. В качестве аргументов непризнания судебной практики как источника права можно привести следующие. В соответствии с Конституцией РФ государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 10). Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства (ст. 118). Судебная власть не наделена правотворческими полномочиями и не может принимать нормативные правовые акты. Признание судебной практики в качестве источника права означало бы нарушение основ конституционного строя Российской Федерации, нарушение принципа разделения властей и вступало бы в противоречие с правотворческой деятельностью парламента Российской Федерации – Федерального Собрания. Однако данный аргумент некоторые авторы считают весьма спорным. Как верно отмечает М. Н. Марченко, судебная правотворческая активность осуществляется в строгом соответствии с законом и на основе закона и при этом не только не противоречит законодательной деятельности парламента, а, наоборот, ее дополняет и обогащает [6, с. 540].

Далее следует отметить, что одним из основополагающих признаков деления национальных правовых систем на правовые семьи являются источники права. Основным источ-

ником романо-германской правовой семьи, к которой относится и Россия, признается нормативный правовой акт. По мнению М. Н. Марченко, данный аргумент является сомнительным, так как далеко небесспорно мнение о принадлежности правовой системы России к романо-германской правовой семье [7, с. 388]. Наличие у них некоторых общих признаков и черт, их взаимное сближение вовсе не означает их некоего тождества или же «вхождения» правовой системы России в романо-германскую правовую семью. Кроме того, судебный прецедент, не будучи официально признанным в качестве источника права, реально выступает таковым. Это подтверждается повседневной практикой использования данного источника права судами большинства относящихся к романо-германской правовой семье стран. Кроме того, известный исследователь правовых систем Р. Давид полагает, что применительно к романо-германской правовой семье «судебная практика является в прямом смысле слова источником права» [8, с. 120].

В одной из публикаций, направленной против признания за судебной практикой качества источника права, отмечается, что «с позиций современного конституционного правопонимания явно расходятся представления о наделении российского суда не принадлежащими ему и не присущими его природе правотворческими полномочиями. Судебная практика не «источник права» (в смысле судебного правотворчества), а реальность действия, применения и защиты права. Можно сказать, что судебная практика, не будучи правотворчеством, является одним из важных источников для правотворчества. Но последнее относится к полномочиям других властей» [7, с. 112].

Надо заметить, что стремление отойти от традиционного взгляда на источники права свойственно и другим авторам. Так, Р. З. Лившиц пишет: «Признавая в судебной системе самостоятельную ветвь государственной власти, мы тем самым признаем допустимость принятия судами правовых норм. Судебное решение является правилом поведения, обладающим принудительной силой. В этом смысле судебное решение – та же правовая норма. Отличие привыкли видеть в том, что норма имеет всеобщее применение, а конкретное судебное решение персонифицировано, относится только к

определенной ситуации. По-видимому, в таком подходе больше традиционности, чем справедливости. Суть правовой нормы – в обязательности содержащегося в ней правила, но отнюдь не в том, скольких людей она касается. Можно придать властные функции и конкретному судебному решению, распространить его на широкий круг аналогичных ситуаций. Этот механизм судебного прецедента абсолютно корректен с позиций разделения властей, он имеет широкое применение в мировой практике и постоянно внедряется в российскую действительность» [4, с. 55].

Дискуссионным является вопрос о признании судебной практики в качестве источника гражданского процессуального права. Но большинство авторов сходятся во мнении, что в последние годы отчетливо прослеживается тенденция усиления активной роли высших судебных инстанций в нормативном регулировании процессуальных отношений [12, с. 118]. В настоящее время судебная практика – это неотъемлемый элемент правовой системы Российской Федерации, который участвует в правовом регулировании гражданских процессуальных отношений. В процессе деятельности Верховного Суда РФ и Конституционного Суда РФ складываются общие правовые положения, которые находят свое выражение в особых судебных актах – постановлениях. Значение данных судебных актов состоит в том, что они обеспечивают единство судебной практики на всей территории Российской Федерации; в процессе судебной деятельности выявляются пробелы в законодательстве; проверяется эффективность правовых норм и выявляется потребность совершенствования законодательства. Кроме того, Российская Федерация как член Совета Европы должна соотносить свою законодательную и правоприменительную деятельность с решениями Европейского Суда по правам человека.

В заключении отметим, что правовая система Российской Федерации официально пока не относит к источникам гражданского процессуального права судебную практику. Основным источником данной отрасли права являются только Конституция РФ, федеральные конституционные законы и федеральные

законы. Однако, констатируя сложившиеся реалии, следует фактически признать судебную практику в форме выражаемых высшими судебными инстанциями правовых позиций в качестве источника гражданского процессуального права.

Литература

1. Вопленко, Н. Н. Источники и формы права: учебное пособие / Н. Н. Вопленко. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. – 102 с.
2. Гаджиев, Г. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации / Г. А. Гаджиев // Северо-Кавказский юридический вестник. – 1997. – № 3. – С. 6–8.
3. Гражданский процесс: учебник / под ред. М. К. Треушникова. – М.: Издательский Дом «Городец», 2008. – 784 с.
4. Лившиц, Р. З. Судебная практика как источник права / Р. З. Лившиц // Журнал российского права. – 1997. – № 6. – С. 49–57.
5. Марченко, М. Н. Источники права: учебное пособие / М. Н. Марченко. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. – 760 с.
6. Марченко, М. Н. Теория государства и права: учебник / М. Н. Марченко. – М.: Проспект, 2013. – 656 с.
7. Нерсесянц, В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий / В. С. Нерсесянц // Судебная практика как источник права. – М., 2000. – С. 107–112.
8. Давид, Р. Основные правовые системы современности. Сравнительное право / Р. Давид. – М.: Прогресс, 1967. – 496 с.
9. Рожнов, А. П. Нетрадиционные источники права в правовой системе / А. П. Рожнов // Вестник ВолГУ. – 2001. – Серия 5. – Вып. 4. – С. 27–34.
10. Соловьев, В. Ю. Судебная практика в российской правовой системе: автореферат дис. ... канд. юрид. наук / В. Ю. Соловьев. – М., 2003. – 21 с.
11. Храмов, Д. В. Нетрадиционные источники российского частного права: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук / Д. В. Храмов. – Саратов, 2010. – 213 с.
12. Этина, Т. С. Судебное нормотворчество в правовом регулировании и правоприменении / Т. С. Этина // Вестник Омского университета. – 2010. – Серия «Право». – № 2. – С. 118–121.

Иванова Марина Александровна – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории государства и права и конституционного права, Оренбургский государственный университет, г. Оренбург. E-mail: zabor_a@mail.ru.

Статья поступила в редакцию 9 ноября 2015 г.

DOI: 10.14529/law160112

UNCONVENTIONAL SOURCES OF CIVIL PROCEDURE LAW

M. A. Ivanova

Orenburg State University, Orenburg, Russian Federation

The article considers some issues of unconventional sources of civil procedure law. The author analyzes problems of integration into the system of sources of law in the judicial practice. The author studies the point of view of scholars regarding the concept of “unconventional sources of law” and analyses approaches to the definition of “litigation”. Special attention is paid to the most common arguments which deny the judicial practice as a source of modern Russian law. Also, the author substantiates disagreement with the arguments of non-recognition of judicial practice as a source of law. In conclusion, the author expresses an opinion on the significance of judicial practice in regulation of civil procedural relations.

Keywords: *unconventional sources of law, judicial practice.*

References

1. Voplenko N. N. *Istochniki i formy prava* [Sources and forms of law]. Volgograd, 2004, 102 p.
2. Gadzhiev G. A. [The legal position of the constitutional Court of the Russian Federation]. *Severo-Kavkazskiy yuridicheskiy vestnik* [North Caucasian law Gazette], 1997, no. 3, pp. 6–8. (in Russ.)
3. Treushnikov M. K. *Grazhdanskiy protsess* [Civil process]. Moscow, 2008, 784 p.
4. Livshits R. 3. [Jurisprudence as a source of law]. *Zhurnal rossiyskogo prava* [Journal of Russian law], 1997, no 6, pp. 49–57. (in Russ.)
5. Marchenko M. N. *Istochniki prava* [Sources of law]. Moscow, 2005, 760 p.
6. Marchenko M. N. *Teoriya gosudarstva i prava* [Theory of state and law]. Moscow, 2013, 656 p.
7. Nersesyants V. S. [Russian courts have no legislative powers]. *Sudebnaya praktika kak istochnik prava* [Jurisprudence as a source of law]. Moscow, 2000, pp. 107–112. (in Russ.)
8. David R. *Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti. Sravnitel'noe pravo* [Major modern legal systems. Comparative law]. Moscow, 1967, 496 p.
9. Rozhnov A. P. [Unconventional sources of law in the legal system]. *Vestnik VolGU* [Bulletin of Volgograd University], 2001, no. 4, pp. 27–34. (in Russ.)
10. Solov'ev V. Yu. *Sudebnaya praktika v rossiyskoy pravovoy sisteme: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Judicial practice in the Russian legal system. Author's abstract Diss. Kand. (Law)]. Moscow, 2003, 21 p.
11. Khramov D. V. *Netraditsionnye istochniki rossiyskogo chastnogo prava: obshcheteoreticheskiy aspekt: dis. ... kand. yurid. Nauk* [Innovative sources of Russian private law: General-theoretical aspect. Author's abstract Diss. Kand. (Law)]. Saratov, 2010, 213 p.
12. Etina T. S. [Judicial creativity in legal regulation and enforcement]. *Vestnik Omskogo Universiteta. Seriya «Pravo»* [Bulletin of Omsk University. A Series Of "Right"]. 2010, no. 2, pp. 118–121. (in Russ.)

Ivanova Marina Aleksandrovna – Candidate of Science (Law), senior teacher of Department of Theory of State and Law and Constitutional Law, Orenburg state University, Orenburg, Russian Federation. E-mail: zabor_a@mail.ru.

Received 9 November 2015.

ОБРАЗЕЦ ЦИТИРОВАНИЯ

Иванова, М. А. Нетрадиционные источники гражданского процессуального права / М. А. Иванова // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». – 2016. – Т. 16, № 1. – С. 73–78. DOI: 10.14529/law160112.

FOR CITATION

Ivanova M. A. Unconventional sources of civil procedure law. *Bulletin of the South Ural State University. Ser. Law*, 2016, vol. 16, no. 1, pp. 73–78. (in Russ.) DOI: 10.14529/law160112.
