

**А.Н. ЧАШИН**

**ПОСТАТЕЙНЫЙ  
КОММЕНТАРИЙ  
К ГРАЖДАНСКОМУ  
ПРОЦЕССУАЛЬНОМУ  
КОДЕКСУ РФ**



МОСКВА  
2019

УДК 347.9  
ББК 67.410  
Ч-29

**Чашин, Александр Николаевич.**

Ч-29 Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу РФ / А.Н. Чашин — Москва : Эксмо, 2019. — 640 с. — (Актуальное законодательство).

**ISBN 978-5-04-089822-0**

Комментарий представляет собой последовательный научно-практический анализ статей Гражданского процессуального кодекса РФ на основе действующего законодательства с учетом правоприменительной практики: Постановлений Пленума Верховного Суда РФ, правовых позиций Конституционного Суда РФ и других правовых актов в области гражданского судопроизводства. Текст сопровождается таблицами, схемами и авторскими определениями.

Учтены последние поправки, внесенные в ГПК РФ, а также в федеральные законы и иные нормативные акты.

Дополнительный раздел — «Методика обжалования судебных актов».

Книга ориентирована на судей, адвокатов, прокуроров, юристов, студентов, преподавателей и всех, кто интересуется применением норм гражданского процессуального права.

**УДК 347.9  
ББК 67.410**

**ISBN 978-5-04-089822-0**

© Чашин А. Н., 2018  
© Оформление. ООО «Издательство  
«Эксмо», 2019

## Введение

Предлагаемая читателю книга представляет собой постатейный научно-практический комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ.

Каждая статья комментируемого кодекса сопровождается авторским комментарием, носящим, в зависимости от логики рассмотрения нормативных положений, практический (прикладной), научный, либо смешанный, научно-практический характер.

Комментируя положения действующего национального гражданско-процессуального законодательства, автор, опираясь на достижения современной юридической науки и собственный многолетний опыт правозащитной (адвокатской) практики, акцентирует внимание читателя на проблемных местах, недостатках использованной в законотворческом процессе юридической техники, дает рекомендации по эффективному применению и использованию соответствующих нормативных предписаний.

В необходимых местах автором даются рекомендации к расширительному, ограничительному либо буквальному толкованию тех или иных положений комментируемого кодекса, требующих профессиональной интерпретации в правоприменительном процессе. Комментарии вобрали в себя в достаточном и оправданном объеме положения судебной практики, сформированной отечественными судами, в первую очередь Постановлений Пленума Верховного Суда РФ, носящих настоятельно-рекомендательный, хотя и не строго обязательный характер. Кроме того, автором по возможности принимались во внимание положения иных отраслей права: гражданского, семейного, уголовного, административного, трудового и т.п.

Издание предназначено для судей, прокуроров, юрисконсультов, руководителей юридических служб и департаментов, сотрудников кадровых подразделений организаций и предприятий всех организационно-правовых форм и форм собственности, специализирующихся в сфере гражданско-процессуального права, а также для студентов, курсантов и слушателей высших и средних спе-

циальных учебных заведений юридического профиля всех уровней подготовки (бакалавриат, магистратура, специалитет), преподавателей, аспирантов, докторантов, а также может быть интересно для всех, кто интересуется особенностями отечественного трудового права.

Нормативный материал дается по состоянию на 3 августа 2018 г., а текст Гражданского процессуального кодекса прокомментирован в редакции, вступающей в действие с 4 августа 2018 г.

# ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

## Раздел I ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

### Глава 1 ОСНОВНЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ

#### Статья 1. Законодательство о гражданском судопроизводстве

1. Порядок гражданского судопроизводства в федеральных судах общей юрисдикции определяется Конституцией Российской Федерации, Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации», настоящим Кодексом и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами, порядок гражданского судопроизводства у мирового судьи — также Федеральным законом «О мировых судьях в Российской Федерации».

2. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены законом, применяются правила международного договора.

3. Гражданское судопроизводство ведется в соответствии с федеральными законами, действующими во время рассмотрения и разрешения гражданского дела, совершения отдельных процессуальных действий или исполнения судебных постановлений (судебных приказов, решений суда, определений суда, постановлений президиума суда надзорной инстанции), постановлений других органов.

*(в ред. Федерального закона от 28.07.2004 № 94-ФЗ)*

4. В случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи (далее также — суд) применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права).

---

**Комментарий к части 1.** Первая статья комментируемого кодекса посвящена законодательным источникам гражданско-процессуального права: это нормативные правовые и судебные акты, содержащие нормы этой отрасли права, а также результаты их обязательного толкования.

Основным источником гражданско-процессуального права является ГПК РФ, т. к. согласно ч. 1 его ст. 1, порядок гражданского судопроизводства на территории РФ устанавливается именно им, а все иные источники<sup>1</sup> подчинены комментируемому кодексу.

---

<sup>1</sup> За исключением Конституции РФ, ФКЗ «О судебной системе РФ» и — для системы мировой юстиции — ФЗ «О мировых судьях в РФ».

Таким образом, особенность гражданско-процессуального законодательства заключается в том, что ГПК РФ, являясь федеральным законом, имеет приоритет над любыми другими нормативными правовыми актами того же уровня, если только последние не вносят изменения в текст самого ГПК РФ.

В системе российского законодательства к сегодняшнему дню сложилось двойственное положение относительно юридической силы кодификационных нормативных правовых актов. С одной стороны, они не наделяются большей юридической силой, чем тот вид правового материала, который ими систематизирован. С другой стороны, на практике нормы кодификационных нормативных правовых актов применяются с серьезным приоритетом перед нормами некодификационных нормативных правовых актов аналогичной юридической силы. Такое положение привело к рождению в научной среде мнения относительно наличия у кодификационных нормативных правовых актов приоритета среди иных нормативных правовых актов той же юридической силы.

Так, Ю. А. Тихомиров пишет, что «в настоящее время отечественная юридическая наука рассматривает кодексы как разновидность базовых законов, выполняющих функции интеграции в той или иной отрасли законодательства»<sup>1</sup>.

Д. В. Чухвичев смелее в своих утверждениях: «По юридической силе кодексы являются обычными законами (а иногда и подзаконными актами) и не имеют приоритета над другими актами, равными по силе. Однако фактически они все же отличаются по своему значению от остальных актов, являются основополагающими, базовыми для остального законодательства, действующего в определенной системе законов и подзаконных актов»<sup>2</sup>.

По мнению Б. Н. Топорнина<sup>3</sup> и цитируемого ранее Ю. А. Тихомирова<sup>4</sup>, кодексы по отношению к другим законам занимают более высокую ступеньку в иерархии источников права. Т. Н. Рахманина недвусмысленно пишет по этому поводу: «В практике российского законодательства фактически действует (правда, не всегда последовательно) принцип приоритета кодекса над отраслевыми законами. При разных вариантах решения проблемы в разных кодексах — практика идет по пути надления кодексов более высокой, по сравнению с обычными федеральными законами, юридической силой»<sup>5</sup>.

Хотя статья 76 Конституции РФ<sup>6</sup> не выделяет в отдельную группу кодификационные нормативные правовые акты, но фактически такие акты имеют юридическую силу выше юридической силы некодифицированного законодательства того же уровня. Данное положение закрепляется законодателем в каждом кодификационном нормативном правовом акте отдельно.

<sup>1</sup> Тихомиров Ю. А. Коллизионное право. М., 2000. С. 268.

<sup>2</sup> Чухвичев Д. В. Некоторые теоретические проблемы процесса кодификации // Гражданин и право. 2007. № 11. // СПС «Гарант».

<sup>3</sup> Топорнин Б. Н. Система источников права: тенденции развития // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 23.

<sup>4</sup> Тихомиров Ю. А. «Закон о законах» — координатор законопроектной деятельности в государстве // Юстиция. 2005. № 1 // СПС «Гарант».

<sup>5</sup> Рахманина Т. Н. Актуальные вопросы кодификации российского законодательства // Журнал российского права. 2008. № 4. С. 31.

<sup>6</sup> «РГ» от 25 декабря 1993 г. № 237.

В теориях отраслевых юридических наук в настоящее время можно найти подтверждение приоритета кодификационного нормативного правового акта над иными федеральными законами.

Так, В. С. Якушев<sup>1</sup> и С. В. Поленина<sup>2</sup> доказывают приоритетность ГК РФ, а М. И. Брагинский приравнивает в определенной мере по юридической силе ГК РФ к конституционным федеральным законам<sup>3</sup>. Приоритет кодификационных нормативных правовых актов над иными констатируется в научной литературе<sup>4</sup>.

Противоположной точки зрения придерживается О. И. Крассов<sup>5</sup> и другие авторы<sup>6</sup>. В. В. Бриксов отмечает, что «...кодифицированные федеральные законы — это всего лишь форма кодификации законодательных положений на федеральном уровне. Федеральный законодатель не вправе дополнять установленные Конституцией РФ формы законодательного регулирования и соответственно наделять федеральные законы, в том числе кодифицированные, по отношению к другим федеральным законам большей юридической силой»<sup>7</sup>. С данными мнениями нельзя согласиться по приведенным выше причинам.

Кроме того, приоритет кодекса над иными федеральными законами, принимаемыми в общем порядке, закреплён и в конституционной судебной практике (см. Постановление Конституционного суда РФ в постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы»<sup>8</sup>).

Сам ГПК РФ является ординарным федеральным законом. К иным источникам гражданско-процессуального права того же уровня юридической силы относится:

<sup>1</sup> Якушев В. С. Гражданское законодательство и законодательство субъектов Федерации // Российский юридический журнал. 2001. № 1. С. 41.

<sup>2</sup> Поленина С. В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. 1999. № 9. С. 9.

<sup>3</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2001. С. 53.

<sup>4</sup> Беляева З. С. Источники колхозного права. Автореф. Дисс. д-ра юрид. наук. М., 1972. С. 17; Сильченко Н. В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР / Отв. ред. Халфина Р. О.; АН СССР. Ин-т государства и права. М.: 1987. С. 68—69; Скобелкин В. Н. Трудовые правоотношения. М., 2000. С. 305—306; Толстик В. А. Иерархия нормативно-правовых актов в Российской Федерации // Правовая политика и правовая жизнь. Саратов; М., 2001. № 2. С. 57—58.

<sup>5</sup> Актуальные проблемы земельного и экологического права (Материалы научно-практической конференции) // Государство и право. 1995. № 12. С. 136.

<sup>6</sup> Аленина И. В. Коллизии в трудовом праве. Дисс. канд. юрид. наук., Омск: Омский гос. ун-т, 2000. С. 169; Чуча С. Ю. Трудовой кодекс в системе источников российского трудового права // Трудовое право. 2004. № 1. С. 27.

<sup>7</sup> Бриксов В. В. О юридической силе кодифицированных федеральных законов // Журнал российского права. 2003. № 8. С. 91—92.

<sup>8</sup> СЗ РФ от 5 июля 2004 г. № 27. Ст. 2804.

- Федеральный закон от 17.12.1998 № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации», определяющий компетенцию мировых судей субъектов Федерации;
- Федеральный закон от 17.01.1992 № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации», устанавливающий статус прокурора в гражданском процессе;
- Закон РФ от 26.06.1992 № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации».

Часть первая комментируемой статьи содержит весьма важную оговорку об определении гражданско-процессуального производства конституционными нормами. Поэтому ГПК РФ является основным источником гражданского судопроизводства в том смысле, что именно в нем детально регламентирована юридическая процедура, закреплены статусы всех участников процесса. Вместе с тем ГПК РФ не может быть наделен (и не наделен) высшей юридической силой, которая присуща исключительно Основному Закону. Таким образом, ГПК РФ есть основной источник гражданско-процессуального права, а высший его источник — Конституция РФ.

Итак, высшим источником гражданско-процессуального права выступает Конституция РФ, которая содержит следующие положения, общие для любого юридического процесса:

- принцип равенства перед законом и судом (ст. 19);
- право на пользование родным языком в ходе судопроизводства (ст. 26);
- право на государственную защиту прав и свобод человека и гражданина (ст. 45);
- право на судебную защиту (ст. 46);
- право на обеспечение подсудности (ст. 47);
- основы судебной власти (ст. 118—123) и другие.

При рассмотрении Основного Закона как источника гражданско-процессуального права на первый план выходит вопрос о том, как именно действуют конституционные нормы в гражданском судопроизводстве.

Самый простой ответ на этот вопрос лежит на поверхности и многие на него ответят, не задумываясь, — Конституция РФ имеет прямое действие, значит, и ее нормы имеют прямое действие. Действительно, ч. 1 ст. 15 Конституции РФ закрепляет положение о ее прямом действии. Но простой ответ, подобный тому, который приведен нами в начале этого абзаца в качестве примера, лежит на поверхности правовой материи так же, как вершина айсберга лежит на поверхности океана. Если мы хотим научиться правильно применять нормы Основного Закона, то следует не только уяснить то, что он имеет прямое действие, но и выяснить, что под этим прямым действием следует понимать.

Около века назад Г. Ф. Шершеневич отмечал, что, «конечно, глубоко ошибается тот, кто думает, будто писаная конституция в состоянии точно определить образ действия власти. Но ошибочно и отрицать психическое действие ее на власть. Если последняя влияет на общественное мнение ссылкой на лист, то игнорирование этого листа оказывает влияние, подрывающее то общественное мнение, которого она ищет. В действительности, писаная конституция составляет один из элементов в реальном соотношении сил. Это тоже сила, и не из последних. Писаная конституция есть фиксирование общественного взгляда на взаимное отношение элементов государственной власти и насколько



последняя ограничена общественным мнением, конституция служит одним из факторов, определяющих ее поведение. Ошибка не в том, что писаную конституцию считают силой, а в том, что ее признают правом, и ожидают от нее тех гарантий, какие связаны с правом, тогда как она может дать только гарантии, какие заключаются в общественном мнении»<sup>1</sup>.

Поэтому понимания только о прямом действии Конституции недостаточно. Следует делать различие между непосредственным и опосредованным вариантами ее действия. О. Е. Кутафин писал об этом так: «...необходимо различать непосредственное и опосредованное действие Конституции, составляющие формы прямого действия конституционных норм. Непосредственным является такое действие конституционных норм, которое осуществляется только конституционными средствами, а также совместными с другими правовыми нормами, которые обычно определяют процедуру реализации конституционных норм. Опосредованным считается такое действие конституционных норм, которое осуществляется после предварительной их конкретизации в иных законодательных актах. Такая конструкция обеспечивается нормами административного, гражданского, трудового и других отраслей права Российской Федерации. Следует заметить, что прямое действие конституционных норм присуще всем способам правореализационного процесса. Однако во всех случаях оно осуществляется исключительно в рамках конституционных правоотношений.

В Конституции РФ говорится не только о прямом действии ее самой (ч. 1 ст. 15), но и о непосредственном действии закрепленных в ней прав и свобод человека и гражданина. Подобным образом, видимо, выражена основная идея естественно-правовой доктрины о правах человека, существующих независимо от их государственного признания, но в результате такого признания и конституционного закрепления обретающих качество прав гражданина. <...> Представляется, что формула «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими» (ст. 18) вполне укладывается в более общую формулу о прямом действии Конституции (ст. 15), так как всеобщность формы свободы людей относительна, поскольку ограничивается лишь субъектами отношений, регулируемых правом и опосредуемых правовой формой»<sup>2</sup>.

В итоге О. Е. Кутафин приходит к выводу, согласно которому все нормы Конституции являются непосредственно действующими<sup>3</sup>. «Законы и иные правовые акты, издаваемые на основе Конституции, развивают и дополняют эти и другие ее положения. В этом и состоит прямое действие упомянутой нормы (ч. 1 ст. 1 Конституции РФ. — А. Ч.)»<sup>4</sup>.

Однако в юридической литературе встречается и иная точка зрения. Так, по мнению Р. О. Халфиной, нормы права, устанавливающие основополагающие

<sup>1</sup> Шершеневич Г. Ф. Общая теория права В 2 томах. Т. 1. Вып. 1 (по изд. 1912 г.). М., 1995. С. 202.

<sup>2</sup> Кутафин О. Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 47—48.

<sup>3</sup> Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М., 2001. С. 135.

<sup>4</sup> Кутафин О. Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М., 2002. С. 47.

начала правовой системы, не могут быть реализованы посредством правоотношений, а исключительно через акты, их детализирующие<sup>1</sup>.

Академик О. Е. Кутафин с этой точкой зрения не соглашается и отмечает, что «ее признание означало бы, что некоторые конституционные нормы не действуют, пока не будет принят детализирующий их конкретный правовой акт, а это противоречит ч. 1 ст. 15 Конституции РФ, закрепляющей прямое действие ее норм»<sup>2</sup>.

Разница двух приведенных позиций заключается в том, что Р. О. Халфина предлагает понимать закон, детализирующий любое конституционное положение, как обязательный элемент реализации этого положения, а О. Е. Кутафин — только как гарантию эффективности такой реализации.

«Важной гарантией, — пишет О. Е. Кутафин, — реализации конституционно-правовых норм является их конкретизация. Смысл конкретизации заключается в том, чтобы способствовать реализации нормы посредством принятия норм более конкретного характера. Такого рода взаимосвязи норм могут иметь весьма сложный, многозвенный характер, что особенно характерно для норм конституционного права»<sup>3</sup>.

Подобное понимание ведет к следующему. Если принять первую точку зрения, то отсутствие некоторого закона препятствует реализации конституционной нормы. Если же принять вторую точку зрения, то отсутствие некоторого закона всего лишь усложняет реализацию конституционной нормы, но никоим образом не может препятствовать таковому.

Вторая точка зрения поддержана Верховным Судом РФ. Согласно п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>4</sup>, суд, разрешая дело, применяет непосредственно Конституцию, в частности:

а) когда закрепленные нормой Конституции положения, исходя из ее смысла, не требуют дополнительной регламентации и не содержат указания на возможность ее применения при условии принятия федерального закона, регулирующего права, свободы, обязанности человека и гражданина и другие положения;

б) когда суд придет к выводу, что федеральный закон, действовавший на территории РФ до вступления в силу Конституции РФ, противоречит ей;

в) когда суд придет к убеждению, что федеральный закон, принятый после вступления в силу Конституции РФ, находится в противоречии с соответствующими положениями Конституции;

г) когда закон либо иной нормативный правовой акт, принятый субъектом РФ по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ, противоречит Конституции РФ, а федеральный закон, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения, отсутствует.

В случаях, когда статья Конституции РФ является отсылочной, суды при рассмотрении дел должны применять закон, регулирующий возникшие пра-

<sup>1</sup> Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 56—57.

<sup>2</sup> Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М., 2001. С. 309—310.

<sup>3</sup> Кутафин О. Е. Предмет конституционного права. М., 2001. С. 132.

<sup>4</sup> Российская газета, № 247, 28.12.1995.

воотношения. Наличие решения Конституционного Суда РФ о признании неконституционной той или иной нормы закона не препятствует применению закона в остальной его части.

В соответствии с п. 3 того же Постановления в случае неопределенности в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ примененный или подлежащий применению по конкретному делу закон, суд, исходя из положений ч. 4 ст. 125 Конституции РФ, обращается в Конституционный Суд РФ с запросом о конституционности этого закона. Такой запрос в соответствии со ст. 101 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» может быть сделан судом первой, кассационной или надзорной инстанции в любой стадии рассмотрения дела.

**Комментарий к части 2.** Часть вторая комментируемой статьи в качестве источников гражданско-процессуального права называет международные договоры нормативного содержания.

По мнению М. В. Баглая, формулировка «общепризнанные принципы и нормы международного права» таит в себе много «неясностей, поскольку в мире не существует общепринятого определения этих принципов и норм»<sup>1</sup>.

Применительно к отечественной правовой системе определения этих понятий даны в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»<sup>2</sup>:

- под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо;
- под общепризнанной нормой международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного.

Международные договоры, которые имеют прямое и непосредственное действие в правовой системе РФ, применимы судами, в том числе военными, при разрешении уголовных дел, в частности:

- если международным договором РФ установлены иные правила судопроизводства, чем уголовно-процессуальным законом РФ;
- если международным договором РФ регулируются отношения, в том числе отношения с иностранными лицами, ставшие предметом судебного рассмотрения (например, при рассмотрении ходатайств обвиняемых в совершении преступления или осужденных судом иностранного государства).

**Комментарий к части 3.** По общему правилу гражданско-процессуальный закон обратной силы не имеет. В то же время, в отличие от материальных отраслей права, в гражданском процессе существует так называемое немедленное действие нормативного правового акта<sup>3</sup>. Это означает, что все правоотношения, вне зависимости от момента их возникновения, регулируются вступившим в

<sup>1</sup> Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации. М., 1999. С. 23.

<sup>2</sup> Российская газета, № 244, 02.12.2003.

<sup>3</sup> Бахрах Д. Н. Действие нормы права во времени: теория, законодательство, судебная практика. М., 2004. С. 167.

силу новым гражданско-процессуальным законом. При этом по новым правилам регулируются даже те гражданско-процессуальные отношения, которые возникли до вступления в силу законодательных новелл.

В материальном праве по-другому: новый закон применяется только к тем правоотношениям, которые возникли после его вступления в силу, а к ранее возникшим правоотношениям применяется прежний закон. Этот юридический феномен в теории именуется переживанием закона<sup>1</sup>: отмененные правовые нормы переживают момент своей отмены и окончательно отмирают одновременно с прекращением последнего из регулируемых ими правоотношений. В гражданском процессе общее правило не допускает возможности переживания отмененного закона.

Если какие-либо процессуальные действия были произведены в период действия отмененного гражданского процессуального закона, то они не утрачивают своей юридической силы после вступления в силу нового закона.

**Комментарий к части 4.** Иногда субъект правоприменения сталкивается с такой ситуацией, когда общественное отношение, в котором он участвует, не урегулировано правом. В этом случае говорят о пробеле в праве.

Пробел в праве — отсутствие, в том числе частичное, правовых норм, требуемых для обеспечения нормального функционирования общественных отношений.

В. В. Лазарев пишет: «В русском языке слово «пробел» имеет два значения. В прямом смысле пробел определяется как пустое, незаполненное место, пропуск (например, в печатном тексте), в переносном — как упущение, недостаток. При этом упущение характеризуется как неисполнение должного, недосмотр, ошибка по небрежности, а недостаток — как несовершенство, изъян, погрешность или неполное количество чего-либо. Таким образом, о пробеле можно говорить как в случаях, когда имеется намеренно незаполненное пространство, не подлежащее заполнению в силу специфики самого предмета, так и в случаях, когда пустое место является изъяном, упущением. Пробел в прямом смысле является необходимым качеством предмета, при утрате которого он перестает быть тем, чем он есть в действительности. Восполнение пробела из внутренних источников невозможно, а из внешних исключено, поскольку иначе создается качественно новое явление. Наоборот, принимая переносное значение слова, мы признаем тем самым необходимость устранения существующего недостатка. О пробелах в праве можно говорить преимущественно в переносном значении как об одном из несовершенств права, отсутствии в нем того, что должно быть необходимым его компонентом»<sup>2</sup>.

Пробелы в праве могут быть действительными либо мнимыми.

*Действительный* пробел имеет место тогда, когда общественное отношение по своей сути предполагает урегулированность правом, но такая регуляция отсутствует.

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 2. М., 1982. С. 246; Комаров С. А. Общая теория государства и права. М., 1998. С. 233.

<sup>2</sup> Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. академика РАН В. С. Нерсесянца. М., 2004. С. 430.

*Мнимый* пробел имеет место тогда, когда какое-либо общественное отношение не урегулировано и не должно быть по своей сути урегулировано правом. Например, если какой-либо псевдоученый заявит о пробеле в праве и необходимости урегулирования юридическими нормами обязанность человека дышать атмосферным воздухом, налицо будет мнимый пробел в праве, так как данный физиологический процесс не может быть урегулирован правом.

Пробел в праве может быть устранен двумя способами: восполнен либо преодолен. При восполнении пробела нормотворческий орган создает отсутствующую норму права. Преодоление пробела предполагает решение юридического дела на основании действующего права путем применения аналогии. Возможна аналогия права и аналогия закона. При применении аналогии закона юридическое дело решается путем применения закона, регулирующего наиболее близкие сходные, аналогичные общественные отношения. В том случае, когда такой закон отсутствует, правоприменитель использует аналогию права, то есть выводит нормативное предписание из общего смысла, целей и принципов действующего права.

У аналогии права, аналогии закона и прецедентного права единый источник. Это подметил, в частности, О. Э. Лейст, написав: «При системе прецедентов его [права — А. Ч.] источником было профессиональное правосознание...»<sup>1</sup> и в другом месте о том, что при «анalogии закона и аналогии права... дело решается на основе профессионального правосознания»<sup>2</sup>. Считаем возможным солидаризироваться с мнением проф. Лейста, согласно которому именно профессиональное правосознание является источником как аналогии права и закона, так и судебного прецедента.

Сближает суть прецедента с аналогией права и то, что в общем праве обязательным является не все судебное решение, а только его часть — *ratio decidendi* (сущность решения). «Это, — как разъясняет А. А. Максимов, — те правовые принципы, которые использует суд при решении дела»<sup>3</sup>. По мнению Д. Ллойда, «подразумевается, что каждый случай применения права к некоей совокупности фактов определяется правовым принципом, необходимым для принятия соответствующего решения, и именно этот принцип и образует обязательный элемент данного решения по делу»<sup>4</sup>. Но ведь и аналогия права есть не что иное, как применение правового принципа. Следовательно, у аналогии права и судебного прецедента тождественное содержание.

Следующим критерием, по которому следует оценить соотношение прецедента и аналогии права, является их результат. Как известно, результатом судебного прецедента является рождение новой правовой нормы. По мнению некоторых ученых, такой же результат влечет за собой применение российским судом права по аналогии. Так, Л. В. Смирнов предлагает «признать в качестве

<sup>1</sup> Лейст О. Э. Содержание и критика основных концепций права [текст] // Советское государство и право. 1991 г. № 12. С. 4.

<sup>2</sup> Лейст О. Э. Содержание и критика основных концепций права [текст] // Советское государство и право. 1991 г. № 12. С. 4.

<sup>3</sup> Максимов А. А. Прецедент как один из источников английского права [текст] // Государство и право. 1995 г. № 2. С. 97.

<sup>4</sup> Ллойд Д. Идея права [текст]. М.: Югона, 2002. С. 316.

источников права... решения судов, принятые на основе принципов права в случае пробела»<sup>1</sup>.

Понимание аналогии права как процесса порождения нормативного предписания не лежит на поверхности отечественной юридической науки, но корнями уходит в первую половину XX в. Так, Н. Г. Александров отмечал, что «аналогия права, в отличие от аналогии закона как раз и есть установление новой юридической нормы на основе общих принципов данной системы права»<sup>2</sup>.

Сравнить взятые нами понятия можно и по такому критерию, как его действие (по кругу лиц). Прецедент содержит в себе общеобязательную норму, подлежащую применению в аналогичных ситуациях. В правовых системах романо-германской правовой семьи признана концепция «res judicata, согласно которой судебное решение является обязательным только для сторон, участвующих в деле»<sup>3</sup>. Имеем ли мы здесь сходство или отличие — вопрос непростой.

В России решение суда первой инстанции обязательно только для сторон. Но и в Великобритании — тоже, а общеобязательным оно станет только при утверждении высшим судом. Наша судебная система в этом плане не отличается: суды (т.е. судьи, входящие в судебные составы) вполне осознанно изучают практику Верховного Суда РФ и Высшего арбитражного суда РФ (теперь объединенных) для поиска ориентиров в применении права. Таким образом, *de jure* решение российского суда высшего звена обязательно только для сторон по делу, но *de facto* — для всех субъектов правоотношения, т.к. последние могут прогнозировать исход своего дела только при понимании того обстоятельства, что суд вынесет решение, не отличающееся от решения вышестоящего суда по аналогичному делу.

Описанная ситуация вполне применима к аналогии права и здесь снова больше сходства, чем отличий с прецедентом. Более того, отечественное процессуальное законодательство предусматривает различное решение одинаковых ситуаций в качестве оснований для надзорного пересмотра судебных дел, что косвенно свидетельствует о проводимой политике унификации судебного правоприменения. Такая унификация, в свою очередь, предполагает, что утвержденное единожды судом высшего звена решение, в т.ч. содержащее аналогию права, должно быть эталоном для иных решений. Если какой-либо суд такой эталон не применит, то его решение не устоит при надзорном обжаловании.

С какой стороны не посмотри на судебный прецедент и аналогию права, находим их тождественность. Возможно, нечто в отечественной традиции, именуемое аналогией права, есть то же самое, что в семьях общего права бытует под названием судебного прецедента. В этом случае снимается (или как минимум значительно ослабевает) накал дискуссии о необходимости признания прецедента частью отечественной правовой системы, т.к. прецедент в ней был и ранее, только под маской аналогии права. В дальнейшем речь следует вести не

<sup>1</sup> *Пушкин А. В.* Обсуждение актуальных проблем развития общества и права в новом тысячелетии (материалы научно-практической конференции) [текст] // Государство и право. 2001 г. № 2. С. 103.

<sup>2</sup> *Александров Н. Г.* Юридическая норма и правоотношение / под ред. проф. И. Т. Голякова [текст]. М.: МЮИ, 1947 г. С. 10.

<sup>3</sup> *Богдановская И. Ю.* Судебный прецедент — источник права? [текст] // Государство и право. 2002 г. № 12. С. 9.

столько о наделении российских судов компетенциями на создание прецедентов, сколько о наименовании их: применять западный термин (судебный прецедент) или сохранять свой (аналогия права).

Некоторым своеобразием отличается точка зрения А. Б. Дороховой: «Суды уполномочены законом на то, чтобы через институт аналогии восполнить пробел и на этой основе решить конкретное дело... Результат оценки фактических обстоятельств дела... должен стать именно только частным применением нормы, пригодным сыграть роль общего правила для решения тождественных случаев, т.е. объективно иметь смысл прецедента»<sup>1</sup>.

Как видим, по мнению процитированного автора, аналогия права и прецедент соотносятся как содержание и форма одного и того же явления. С такой теоретической позиции прецедентом выступает само судебное решение, а институт аналогии понимается как методологический прием достижения результата. При этом правовой пробел преодолевается одновременно и путем использования аналогии, и посредством судебного прецедента, поскольку это разные ракурсы одного и того же явления: внутренний и внешний. По нашему мнению, акцентирование внимания на одном из ракурсов затронутого явления детерминируется национальной традицией, сложившейся в конкретных правовых системах и их семьях.

Так, представители общего права традиционно видят в этом явлении именно прецедент (т.е. форма, посредством которой преодолевается пробел в праве), тогда как для романо-германской юриспруденции привычным делом является выявление аналогии, являющейся методом (т.е. содержание, посредством которого преодолевается пробел в праве). Таким образом, традиция порождает различное наименование одного и того же явления, которое в семье общего права именуется судебным прецедентом, а в континентальных правовых системах — аналогией права.

Ярким примером применения аналогии закона в гражданском процессе является применение правила об альтернативной подсудности к искам об установлении материнства. Такие иски не названы законом как подпадающие под альтернативную подсудность, однако Пленум ВС РФ разъяснил, что к ним следует применять положения ч. 3 ст. 29 комментируемого кодекса, согласно которой иски об установлении отцовства могут быть заявлены по месту нахождения истца<sup>2</sup>.

## Статья 2. Задачи гражданского судопроизводства

**Задачами гражданского судопроизводства являются правильное и своевременное рассмотрение и разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, организаций, прав и**

---

<sup>1</sup> Морозова Л. А. Современное состояние российского законодательства и его систематизация (окончание). Материалы круглого стола [текст] // Государство и право. 1999 г. № 3. С. 30.

<sup>2</sup> См. п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 26.12.2017 № 56 «О применении судами законодательства при рассмотрении дел, связанных со взысканием алиментов» // Российская газета, № 297, 29.12.2017.