

6. Распоряжение Правительства Российской Федерации от 27 февраля 2014 г. N 272-р г. Москва // <https://rg.ru/2014/03/03/expert-site-dok.html>

7. Приказ Минобрнауки РФ от 15.02.2005 N 40 "О реализации положений Болонской декларации в системе высшего профессионального образования Российской Федерации" // <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=EXP;n=360195#0>

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ И ОСОБЕННОСТИ ЕЕ ПРАВОТВОРЧЕСТВА

*Ахметова Н.С., к.ю.н., профессор кафедры теории и истории государства и права
Тагиров Р.Т., магистрант юридического факультета, КарГУ им. академика Е.А.Букетова*

Разделение властей в Казахстане было впервые признано и провозглашено «Декларацией о государственном суверенитете» от 25 октября 1990г. Положения о разделении властей также содержатся в Конституционном законе «О государственной независимости Республики Казахстан» от 16 декабря 1991г., Конституции РК от 28 января 1993 г. Ныне действующая Конституция РК от 30 августа 1995г. закрепила разделение властей в следующем положении: «Государственная власть в республике едина, осуществляется на основе Конституции и законов в соответствии с принципом ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную ветви и взаимодействия между собой с использованием системы сдержек и противовесов» (п.4 ст.3 Конституции РК).

С момента провозглашения государственного суверенитета Казахстан пошел по пути построения действительно независимой, самостоятельной судебной власти, способной осуществлять защиту прав и свобод граждан, удерживать другие ветви власти в рамках действующего права. Сама же судебная власть, как и иные также ограничена действующим правом и основывает свою деятельность на нормах установленных иными ветвями власти и Конституцией РК. Так, согласно п.1 ст.77 Конституции РК судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону.

Общепризнанным является несводимость судебной власти лишь к функции отправления правосудия. Но эта функция, как основная и принадлежащая только судам, придает третьей власти качественно своеобразный отличительный облик, определяющий место судебной власти в системе разделения властей и ее роль во взаимоотношениях государства и общества. Разделение властей не препятствует признанию судебной практики источником права, но во многом определяет характер осуществляемого судом правотворчества. Так, к примеру, усмотрение законодателя является следствием прямо установленной правотворческой компетенции. Судебное же правотворчество, наоборот, само является во многом производным от необходимости и допустимости судебского усмотрения. Принцип разделения властей, на наш взгляд, как раз таки является одной из основ судебного правотворчества. С его помощью можно выявлять наиболее характерные, существенные признаки судебного правотворчества, очерчивать предмет и пределы данной деятельности органов судебной власти.

Наибольшее значение из всей правоприменительной практики имеет именно судебная, в настоящее время, любое решение, действие или бездействие должностного лица может быть обжалована в суд. Могут быть обжалованы даже нормативно-правовые акты, ущемляющие права и законные интересы граждан и организаций. Именно в суде при разрешении конкретных дел и споров происходит наиболее серьезная проверка законодательства с точки зрения его дефектности, отражения потребностей общественного развития, справедливости, разумности, соответствия фундаментальным правам и свободам человека и гражданина.

Суд - важный элемент механизма правообразования, его апробации и соизмерения с первоисточником права - с реальной жизнью, реальными отношениями. Суд - творец живого права, конкретизирующий его применительно к индивидуальным жизненным ситуациям, достигающий точного конкретно-индивидуального смысла правовых норм, находящий индивидуальную меру свободы, справедливости, соизмеряющий пропорции, гармонию общих предписаний нормативных правовых актов и иных источников права (например, обычного права) прав, свобод и обязанностей участников правоотношений [1;185].

Суд - институт призванный утверждать истинные, глубокие начала права, не зависящие от чьей-либо субъективной воли. Подобный статус суда в обществе и государстве должен иметь фундаментальные основы и обязывает соответствовать высоким требованиям, как со стороны

государства, так и общества.

Действительно, суд - это не представительный орган и тем более не законодатель. Из всех судебная власть - слабейшая: она не опирается на волеизъявление избирателей, как законодательная власть, и не располагает силовыми структурами для принуждения, как исполнительная. Но сила судебной власти в уважении цивилизованного общества к праву и к суду как его профессиональному толкователю и справедливому применителю. Здесь необходимо обратить внимание на то, что полномочия законодателя вытекают из права. Именно право предоставляет ему возможность в определенных случаях осуществлять насилие, из право же вытекает и полномочие органов исполнительной власти принимать в ряде случаев нормотворческие решения. Судебная власть также опирается на право, по словам А. Барака, у нее нет никого, кроме того, что ей дает право. Это принцип господства права. Отсюда прямо следует, судебное правотворчество должно опираться на право и осуществляется в его пределах [2,].

Разделение властей не означает разделение государственных органов на правотворческие и не участвующие в правотворческой деятельности. Законодательные, исполнительные и судебные государственные органы участвуют в различных формах правотворчества при этом контролируя, сдерживая и дополняя друг друга. Воздействие на общество различных властей неоднородно, оно имеет свои сущностные, объективные свойства, что придает ветви власти характерные лишь ей черты. Но при этом «совершенно разделить их невозможно, поскольку речь идет о едином институте, единой государственной власти. В государстве не может быть несколько различных по своей сущности государственных властей» [3; 139]. К тому же у них один и тот же общий объект воздействия - общество, и метод воздействия - правовой. Если иметь в виду, что каждая из ветвей власти реализуется в одних и тех же организационно-правовых формах (через нормотворчество, через толкование, на основе позитивного правоприменения и в правоохранительной деятельности), то лишь в этом случае можно понять, каким же образом действует механизм взаимодействия, конкуренции и «взаимного сдерживания» властей, а именно: посредством корреспондирующих организационно-правовых форм их реализации [4]. Правотворчество, как организационно - правовая форма осуществления функций той или иной ветви власти, хотя зачастую реализуется параллельно, но лишь в пределах и в контексте стратегического целевого назначения соответствующей ветви власти. Это придает организационно-правовым формам осуществления государственных функций, корреспондирующим различным властям, специфическую окраску, а каждой ветви власти в совокупности ее организационно-правовых форм - эффект обособленности.

К числу основных разновидностей судебного правотворчества могут быть отнесены:

- нормативные правовые акты судебных органов;
- судебные прецеденты, опубликование судебных решений;
- судебное толкование нормативных правовых актов;
- судебно-конституционный контроль (включая конституционное судопроизводство в Конституционном суде и обращение судов в Конституционный совет)
- законодательские инициативы, участие в подготовке законопроектов;
- суд присяжных;
- третейский суд;
- выбор права сторонами в международном коммерческом суде, применение ими права разных стран;
- применение наиболее приоритетных, по сравнению с законами, положений международного права и др [1; 183].

Специфичность судебного правотворчества отличного от нормотворческой деятельности органов законодательной и исполнительной ветвей власти состоит в следующем:

Во-первых, следует отметить, что у органов судебной власти нет определенной, четко очерченной сферы нормативно-правового регулирования. Это связано с тем, что судебная власть распространяется не на определенный строго ограниченный круг общественных отношений, а на любые отношения правового характера (за некоторым исключением, например, за исключением дел и споров отнесенных к компетенции Конституционного Совета РК и др.) в том числе и неурегулированные нормами действующего права.

Во-вторых, судебное правотворчество имеет тесную связь с судебским усмотрением, которое означает возможность судьи выбирать между двумя или более законными альтернативами. Такая связь, по мнению Е.В. Семьянова, заключается в следующем: «Судебное правотворчество инициируется через судебское усмотрение, результатом которого является новое толкование

существующих правовых норм, которое в последствии может приобрести всеобщий характер. В основе судебного правотворчества лежит объективный характер судебного усмотрения, обусловленный рядом причин, в том числе имеющимися проблемами в законе и в праве. Кроме того, предпосылкой судебного усмотрения, его «нормативно-правовой основой», является гипотеза правовой нормы, в зависимости от степени определенности содержания которой и находится масштаб свободы суда при установлении фактических обстоятельств и смысла правовой нормы» [5; 6-7].

В-третьих, судебное правотворчество не носит политического характера. Подобная аполитичность имеет два аспекта. Первый заключается в том, что судебная власть независима от политических партий и движений. Их программы нереализованные в законодательстве не имеют (не должны иметь) для суда никакого значения. Как уже отмечалось, суд стоит на страже интересов права как самостоятельной ценности, и не должен быть подвержен сиюминутным конъюнктурным изменениям в политической среде. Только когда программные лозунги партии, победившей на выборах, получили свое закрепление в законодательстве, только в таком виде и значении они могут служить основанием для разрешения судебных дел и споров. Суд должен учитывать политические соображения, которые могут быть выведены из логики, общественного доверия или закона и, соблюдая разделение властей, остерегаться применять соображения экономической и социальной политики, которые обычно являются прерогативой парламента [6;125].

Второй аспект аполитичности судебного правотворчества связан с тем, что суд всегда имеет дело с уже существующими в действительности отношениями, определенными фактами и обстоятельствами. В отличие от парламентского нормотворчества, которое обращено в будущее, суд всегда связан с делами прошлого. Судебное правотворчество может только адекватно отражать социальные реальности. В то время как законодатель не только их отражает, но и упорядочивает, направляет и регулирует их развитие, стимулирует, способствует формированию новых отношений. Подобные и иные специфические характеристики парламентского и судебного правотворчества выявляют различные стороны и уровни их государственно-правового воздействия на общественные отношения.

В-четвертых, проявление судебного правотворчества связано не с собственной инициативой суда, а с независимыми от него обращениями заинтересованных лиц, ждущих законного и обоснованного разрешения того или иного дела. Таким образом, суд лишен возможности самостоятельно выбирать предмет правового регулирования. В связи с этой особенностью судебного правотворчества В.И. Анишина отмечает, что «приобретающее прецедентный характер предписание имеет своим поводом не собственную инициативу судьи, как принимает нормативные акты законодатель, а возникает из конкретно существующих правоотношений. То есть его природа имеет своим источником потребность праворегулирования, исходящую из конкретных, жизненно определенных обстоятельств, а не теоретически обоснованной необходимости правового регулирования каких-либо правоотношений. В этой связи, такое регулирование имеет одно несомненное преимущество перед законодательным: оно своевременно и не позволяет социальному конфликту оставаться неразрешенным, ожидая принятия законодателем соответствующих норм; оно гибко, поскольку позволяет учитывать реальные обстоятельства каждого конкретного дела, тогда как предписания законодателя могут не быть в конкретных случаях справедливым и приемлемым способом разрешения конфликта» [7].

В-пятых, судебное правотворчество носит субсидиарный и компенсаторный характер. У судебной власти нет собственной четко очерченной сферы нормативно-правового регулирования. Исполнительная же власть издает нормативные акты, когда на необходимость этого прямо указывается в законе, либо в соответствии с общей нормой определяющей сферу компетенции органа в целом. Судебное правотворчество заранее не планируется. Легитимацию оно получает не в связи с тем, что оно предусмотрено чьей-то субъективной волей, а тем, что вызывается к жизни объективной реальностью. Судебное правотворчество, как правило, имеет место там, где есть пробелы, коллизии либо иные дефекты уже имеющегося нормативно-правового материала, подлежащего применению. Если непротиворечивое законодательство адекватно отражает потребности в правовом разрешении того или иного спорного случая, то здесь и не может быть места правотворчеству суда. Оно имеет место только там, где необходим выход за пределы нормативности действующего позитивного права. По мнению О.Н. Василенко, распространительное толкование, аналогии (в особенности аналогия права), судейское усмотрение, прямое применение общих положений и принципов конституции являются способами

и формами выхода судов из границ позитивного права и формулирования так называемого «живого права» [8, 25].

Судебное правотворчество не является строго подчиненным, ни равноправным правотворчеству иных ветвей государственной власти. Субсидиарность здесь не предполагает дополнения законов или подзаконных актов. Судебная практика как источник права может лишь компенсировать дефекты нормативных актов законодательной и исполнительной власти, а дополняет она действующее право в целом, составляя при этом относительно самостоятельный его сегмент. Такая компенсаторная роль судебного правотворчества все же не означает, что его можно полностью исключить, улучшив качество издаваемых законов и подзаконных нормативных актов. Этим можно значительно уменьшить необходимость и соответственно распространенность, объем судейского нормотворчества, но полностью избежать его не удастся. Это связано со множеством причин. Выделим основные: 1) динамичность, изменчивость общественных отношений; 2) язык закона; 3) многофункциональность самой правоприменительной, а в особенности судебной, практики. Любой нормативный правовой акт при всем совершенстве законодательной техники его исполнения в какой то степени морально устаревает уже в момент его опубликования. Это явление совершенно объективно. Общественные отношения всегда развиваются более динамично, чем объективирующие их содержания правовые отношения [9, 151].

В-шестых, еще одним критерием разграничения судебного и парламентского правотворчества служит широта и глубина охвата правового регулирования. Эти и другие критерии помогут в разрешении задачи размежевания, определения срезом и ролей суда и парламента в насыщении адекватным правовым регулированием всех нуждающихся в этом сфер жизнедеятельности социума.

Общепризнано и объективно обусловлено, что нормы в романо-германской правовой системе имеют более общий характер по сравнению с нормами в странах англосаксонского права. Для английского суда нормы статута представляются скорее некими общими принципами нежели правилами пригодными к непосредственному применению при разрешении конкретных дел и споров. Р. Давид подчеркивал, что закон, согласно традиционной английской концепции, не считался нормальной формой выражения права. Судьи, конечно, применяли закон всегда, но нормы, которые он содержит, принимались окончательно, инкорпорировались полностью в национальную правовую систему лишь после того, как они были неоднократно применены и истолкованы судами в той мере, а также в той степени, которую установят суды [10, 134.].

Современное законодательство характеризуется существованием так называемых норм-рамок (общие положения), которые только в общих чертах предусматривают регулирование того или иного вопроса. Поэтому возникает необходимость судейского создания конкретизирующих норм, являющихся проявлением, как судейского усмотрения, так и судебного правотворчества в целом. Все это позволило ученым говорить о своеобразной «делегации» со стороны законодателя нормативной власти суду [11, 19].

В юридической литературе встречаются иные группы отличительных признаков судебного правотворчества. Так, например, М.Н. Марченко выделяет группу из восьми таких признаков: 1) судебное правотворчество всегда есть побочный продукт акта правосудия; 2) оно «не самостоятельно» в том смысле, что «привязано к основной функции судебной власти - осуществлению правосудия»; 3) оно осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны; 4) правотворчество суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнением пробелов в праве; 5) судебные правоположения вырабатываются судьями только на основе имеющихся норм и правовых принципов, а не своей субъективной воли; 6) эти «правоположения» не должны противоречить существующим, в первую очередь конституционным, законам; 7) сами по себе они не могут изменить или отменить закон; 8) существуют границы и пределы судебного правотворчества, предусмотренные законом, которые представляют собой стержень доктрины и практики прецедентного права, охватывающий сущность взаимоотношений и компетенцию судебной и законодательной власти, гарантии от узурпации прав последней [12, 541].

Судебное правотворчество, в отличие от правотворчества органов законодательной и исполнительной ветвей власти, не носит целенаправленного характера. Оно происходит не в связи с желанием Верховного Суда урегулировать те или иные отношения по иному, чем это сделали органы иных ветвей власти, а связано с дефектами действующего законодательства, динамичностью и многообразием общественных отношений. Верховный Суд не осуществляет

правотворческую деятельность как таковую. Нормы права им устанавливаются не целенаправленно, а в рамках праворазъяснительной деятельности направленной на обеспечение единообразия и должной направленности в судебной практике.

Таким образом, судебное правотворчество не противоречит принципу разделения властей. В основе судебного правотворчества лежат законное усмотрение суда, невозможность полной адекватности законодательства потребностям разрешения конкретных жизненных случаев, внутренняя несогласованность системы действующего позитивного права. Судебное правотворчество является важным условием эффективного динамичного функционирования социума, создания саморазвивающейся и саморегулируемой системы гражданского общества. В этом значении суд является проводником права в жизнь как самонастраивающейся системы. При движении правовой информации от общества к государству судебная практика может предвосхищать новые законодательные установления, так как суды первые выявляют и разрабатывают новые или неурегулированные юридические вопросы, которые законодательная власть впоследствии может закрепить в виде положений закона. Судебное правотворчество может рассматриваться в качестве конкурирующего только там и настолько, где и насколько правотворчество иных ветвей власти отходит от положений конституции и закона. В остальных случаях оно будет носить не конкурирующий, а лишь субсидиарный, компенсаторный характер.

Список литературы:

1. Ударцев С.Ф. Суд и правотворчество // Материалы международной научно-практической конференции «Законотворческий процесс в РК: состояние и проблемы», 27-28 марта 1997.- С. 151-194
2. Лозовская С.В. О судебном правотворчестве // <http://lawinstitut.ru/>
3. Чиркин В.Е. Конституционное право зарубежных стран: Учебник. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юристъ, 2001. - 600 с.
4. Овсепян Ж.И. Судебный конституционный контроль в механизме «разделения властей»: теоретический аспект исследования // <http://www.law.edu.ru/>
5. Семьянов Е.В. Судебное правотворчество: вопросы общей теории права. Автореф. дис. ... к.ю.н. – М., 2005. - 22 с.
6. Бойцова В.В., Бойцова Л.В. Рецензия на книгу А. Барака. Судейское усмотрение. Пер. с англ. / науч. ред. В.А. Кикоть, Б.А. Страшун. - М.: НОРМА, 1999. - 364 с. // Государство и право. – 2000. - № 5. - С. 122-126.
7. Анишина В.И. Правовая природа актов судебного правотворчества // <http://www.juristlib.ru/>
8. Василенко О.Н. Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. - Волгоград, 2000. - 28 с.
9. Маами К.А. Конституционная законность и судебная власть в Республике Казахстан: основные тенденции и приоритеты. - М.: Наука, 2004. - 310 с.
10. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. - М.: Междунар. отношения, 1998. - 400 с.
11. Богмацера Э.В. Правообразовательный процесс и роль в нём судебной практики. Автореф. дис. к.ю.н. – М., 2007. - 24 с.
12. Марченко М.Н. Теория государства и права: Учебник - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: ТК Велби, изд-во Проспект, 2007. - 648 с.