

Н.С.Ахметова, Д.А.Бейсембеков

Карагандинский государственный университет им. Е.А.Букетова

МЕСТО И РОЛЬ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ

Мақалада соттық құқық шығармашылықты жүзеге асыру, оның биліктің бөліну қағидатымен үйлесу мәселелері қарастырылған. Мақала авторлары соттық құқық шығармашылықтың алты айрықша белгісін ажыратып, тепе-теңдік пен тежеу жүйесіндегі орнын анықтаған. ҚР Жоғары Сотының соттық тәжірибе сұрақтары бойынша жалтылама түсіндірмелері де осы контексте зерттелген.

The article covers a variety of questions to put into practice the judicial right creation, its concordance with principle of separation the powers. Authors divided six distinguishing features of judicial right creation, defined its place in system of suppressions and counterbalances. The general explanations of High Court of RK, about questions of judicial practice, are considered in this context.

С момента возникновения государства лучшие представители человечества пытались найти наиболее оптимальное сочетание между необходимостью социального регулирования, властными претензиями государственного аппарата и возможностью свободного развития общества. Теологи, философы, ученые искали ответ на один из самых сложных вопросов социального бытия: как примирить природу государственной власти с потребностью свободы личности. Свообразным ответом на этот вопрос стало создание нескольких научных концепций, впоследствии объединенных в единую доктрину под общим названием «Теория разделения властей». Данная теория постепенно эволюционировала и трансформировалась в своеобразный императив современной государственности.

Разделение властей в Казахстане было впервые признано и провозглашено «Декларацией о государственном суверенитете» от 25 октября 1990 г. Положения о разделении властей также содержатся в Конституционном законе «О государственной независимости Республики Казахстан» от 16 декабря 1991 г., Конституции РК от 28 января 1993 г. Ныне действующая Конституция РК от 30 августа 1995 г. 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) [1].

В период существования СССР принцип разделения властей рассматривался, как правило, в критическом плане и отвергался как буржуазный. Его альтернативой, а точнее антиподом, явилось провозглашение всевластия советов как «истинно демократического» института советского государства, призванного выражать и защищать интересы трудящихся. Но и советы не располагали реальной властью. В действительности, она была сосредоточена в руках коммунистической партии.

О независимости судебной системы в целом и судей в отдельности и речи быть не могло, так как не существовало отдельных, самостоятельных ветвей государственной власти. Подавляющее большинство судей были членами компартии. Срок их полномочий был ограничен. Сама процедура избрания, а фактически назначения судей была нацелена на ограничение их самостоятельности и независимости. Конституционная декларация тех лет о том, что «судьи независимы и подчиняются только закону», в неофициальном варианте звучала так: «Судьи независимы и подчиняются только райкому» [2; 348–349].

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, так же как и иные, 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. Однако подзаконность деятельности суда и разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную ветви вовсе не означают полного отсутствия у судов какой бы то ни было возможности правотворчества.

Иная позиция по этому вопросу, если она логически непротиворечивая, должна утверждать, что источником права при разделении властей могут быть исключительно акты законодательной власти.

И не только судебные, но и акты исполнительной власти не могут быть источником права. Между тем самое строгое разделение властей на законодательную и исполнительную не исключает правоустановительную деятельность исполнительной власти на основании и во исполнение закона. Нет оснований оспаривать правотворческие полномочия исполнительной власти как таковые, и дискуссия может идти лишь о природе этих полномочий и о месте актов исполнительной власти в системе источников права.

Но в таком случае выглядит нелогичной позиция В.С.Нерсесянца, не оспаривающего по соображениям разделения властей правотворчество исполнительной власти, но отрицающего по этим же соображениям судебное правотворчество [3; 34–41]. Более того, эта позиция просто опровергается фактом, что в странах общего права в условиях разделения властей судебный прецедент является источником права и ранее считался основным источником права.

По существу, в этом вопросе ничего не меняет мнение, что в странах европейского континентального права судебный прецедент будто бы не признается источником права. Даже если бы в континентальном праве господствующая доктрина не признавала прецедент источником права, и даже если бы он действительно не являлся таковым, сущность разделения властей не может меняться в зависимости от «юридической географии», и если в странах общего права разделение властей не препятствует правоустановительной деятельности высших судов, то и в странах континентального права разделение властей не может препятствовать нормотворчеству судебной власти.

В.С.Нерсесянец, оперируя к принципу разделения властей, высказывается против признания судебной практики источником права. Он утверждает, что суд занимается исключительно правоприменением, а не правотворчеством. По его мнению, при дефектности законодательства, сложности, нетипичности разрешаемого случая суд и тут лишь осуществляет правоприменительное юридическое (антилегистское) толкование закона с позиций самого права [3; 34–41].

Учитывая современное стремление юристов всех стран опереться на закон, творческая роль судебной практики всегда или почти всегда скрывается за видимостью толкования закона [4; 97]. Ничего в этом вопросе не меняет указание В.С.Нерсесянца на общие принципы права. Ведь законодательная и исполнительная ветви власти, так же как и судебная, учитывают и должны учитывать в своей деятельности общие объективные начала права. И из этого не следует, что парламент занимается лишь толкованием конституции с позиций самого права и что органы исполнительной власти только толкуют законы, используя те же общие принципы права. К тому же сами понятия справедливости, формального равенства и свободы, вкладываемые В.С.Нерсесянцем в содержание права, в конкретной правоприменительной деятельности изначально предполагают определенную творческую роль суда. Ведь они проходят через правосознание конкретного судьи, являющегося представителем и носителем определенной правовой культуры. Это не значит, что эти принципы права могут меняться в зависимости от правосознания и правовой культуры судьи. Просто объективные начала права не могут быть воплощены в жизнь непосредственно. Они всегда реализуются через конкретных субъектов в конкретных социально-экономических, культурных, политических и иных условиях жизни конкретного общества и государства. Если бы эти общие объективные начала права всегда и везде должны были иметь строго определенное конкретное воплощение, то и законодательство стран в целом должно было быть одинаковым. Но, как видим, такого нет нигде. А значит, не изменяясь в своей сущности, принципы права, могут иметь свое определенное преломление в отношении действующего права той или иной страны. Подобное преломление объективных начал права должно быть обусловлено столь же объективными условиями жизни определенного общества и государства. Это преломление выражается не только в законодательстве, но и в правосудии. Именно правосудие «запускает» механизм защиты правовых ценностей — подлинное право становится эффективным регулятором общественных отношений. По точному замечанию С.С.Алексеева, в конечном счете, именно независимое и сильное правосудие способно сделать право суверенным и социальным образованием, независимо от усмотрения и произвола государственной власти, в том числе от усмотрения, а порой и произвола, выраженного в законодательных и иных нормативно-правовых документах [5].

Наибольшее значение из всей правоприменительной практики имеет именно судебная, так как, в отличие от советского периода, сейчас любое решение, действие или бездействие должностного лица могут быть обжалованы в суде. 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 [6].

Суд — это не представительный орган и тем более не законодатель. Из всех ветвей власти судебная — слабейшая: она не опирается на волеизъявление избирателей, как законодательная власть, и не располагает силовыми структурами для принуждения, как власть исполнительная. Но сила судебной власти в уважении цивилизованного общества к праву и к суду как его профессиональному толкователю и справедливому применителю [7; 644]. Здесь необходимо обратить внимание на то, что полномочия законодателя вытекают из права. Именно право предоставляет ему возможность в определенных случаях осуществлять насилие, из права 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 ничего, кроме того, что ей дает право. Это принцип господства права. Отсюда прямо следует: судебное правотворчество должно опираться на право и осуществляется в его пределах [8].

Судебная власть, опираясь на весь массив уже существующих норм права, разрешает на их основе актуальные дела и споры, осуществляя при этом абстрактный и конкретный нормоконтроль. Задача суда усложняется еще и тем, что законодательство не дает и не может дать готовые ответы на все вопросы, возникающие в ходе разрешения социально-правовых конфликтов в бесконечно разнообразной общественной практике. На этом основано право каждого суда на казуальное толкование применяемых норм права и вытекающее из него судебское усмотрение. Так, например, Ю.В. Грачева к причинам, порождающим судебское усмотрение в уголовном праве, относит следующие:

- динамизм условий существования современного общества, затрудняющий создание долговременно действующих в неизменном виде правовых норм;
- бесконечное разнообразие жизненных явлений и индивидуальная неповторимость некоторых из них, не всегда позволяющие законодателю урегулировать их путем принятия абсолютно-определенных (абсолютно-формализованных) уголовно-правовых норм;
- дефекты законодательной техники (законодатель при создании нормы не имел намерения предоставить правоприменителю возможность действовать по своему усмотрению, однако норма по каким-либо причинам получилась недостаточно точной, ясной, сложной для практического применения, что вынуждает правоприменителя вносить в свою деятельность элемент усмотрения);
- нецелесообразность в ряде случаев формулировать в законе абсолютно-определенные нормы [9; 9]. В качестве примера для последнего случая Ю.В. Грачева привела установление в уголовных кодексах относительно-определенных санкций.

Таким образом, в основе судебного усмотрения лежат два противоречия: первое — различного рода коллизии внутри самой системы действующего позитивного права, второе — противоречие между позитивным правом и социальной реальностью. Действующее позитивное право в принципе не способно быть полностью адекватным динамично развивающейся, беспредельно разнообразной общественной практике. Но такое противоречие служит мощным толчком для развития права. И первым, кто должен воспринять, оценить и ответить на него, является именно суд — как независимый публичный институт государственной власти, призванный защищать права и свободы граждан, разрешать различного рода социально-правовые конфликты в обществе правовыми средствами.

Усмотрение суда имеет свои определенные пределы. О.А. Папкина выделяет следующие критерии ограничения судебного усмотрения: 1) предписания закона; 2) правила толкования норм права; 3) конкретные обстоятельства дела; 4) начала целесообразности; 5) категория справедливости [10; 8]. Предписания закона выступают первым, но далеко не единственным критерием ограничения судебного усмотрения. Суд не может быть абсолютно связан законом, ибо независимость, самостоятельность судебной власти позволяют ей толковать закон с позиций правовых, в частности конституционных принципов, на которых строится правосудие [11; 18]. Подобное понимание роли правосудия и суда в жизни советского общества и государства были недопустимы. В советской юридической науке и практике сложилось и стало господствующим понимание законности как строгое и неуклонное исполнение законов и подзаконных нормативных актов всеми субъектами советского права — государ-

ственными органами, общественными организациями, должностными лицами и гражданами [12; 506].

Современное понимание законности в корне отличается от трактовок советского периода. Ядром общей законности служит конституционная законность. Так, в п.2 ст.12 Конституции РК указывается, что права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов. Эта норма ориентирует всех правоприменителей на такое толкование и соответственно применение нормативных актов, которое будет отвечать не ведомственным интересам, а конституционным правам и свободам конкретных людей. Особую роль и соответствующие полномочия в этом вопросе имеет суд. Так, согласно ст.78 Конституции РК, если суд усмотрит, что закон или иной нормативный правовой акт, подлежащий применению, ущемляет закрепленные Конституцией права и свободы человека и гражданина, он обязан приостановить производство по делу и обратиться в Конституционный Совет с представлением о признании этого акта неконституционным. В случае нарушения нормативным актом общей законности суд имеет еще большие полномочия. Так, в соответствии с п.4 ст.6 Гражданского процессуального кодекса РК (далее ГПК РК) суд, установив при разрешении дела несоответствие акта государственного органа закону или издание его с превышением полномочий, применяет правовые акты, имеющие большую юридическую силу [13]. Кроме того, по заявлению гражданина или юридического лица, тот или иной нормативный правовой акт, нарушающий их права и законные интересы, может быть признан судом недействующим полностью или в отдельной его части в порядке, установленном главой 28 ГПК РК.

Таким образом, утверждение в Республике конституционной и общей законности во многом зависит от деятельности суда по толкованию и применению норм действующего права. Именно суд наполняет абстрактное понимание законности конкретным содержанием на основе разрешения различных дел и споров. Изменение роли суда в этом значении, в сравнении с советским периодом, имеет два аспекта. Во-первых, у суда качественно и количественно возросли полномочия в сфере укрепления единой законности (к примеру, появился абстрактный и конкретный нормоконтроль). Во-вторых, суд теперь уже призван защищать не определенный класс, интересы партии, а интересы права как самостоятельной ценности, которая включает в себя справедливость, свободу, формальное равенство, приоритет прав человека и т.д.

Выражать и утверждать, что есть право в казахстанском обществе и государстве, может не только законодатель, но и суд. Только при этом каждый это делает в рамках собственных задач, не беря на себя выполнение чужой компетенции.

Если считать, что правовое регулирование произвольно осуществляется верховной властью, тогда единственным источником права нужно признавать утверждаемые этой властью законы, а суды должны беспрекословно подчиняться любым изменениям законодательной политики. Но если согласиться с тем, что правовое регулирование не есть властный произвол, и правовое законодательство подчинено фундаментальным правовым принципам, то нет никаких оснований утверждать, что надлежащим образом выражать эти принципы может только законодатель [11; 18].

Разделение властей не означает разделения 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 [7]. 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» [14; 139]. К тому же у них один и тот же общий объект воздействия — общество, а 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 [15]. 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 вла-

стям, специфическую окраску, а каждой ветви власти в совокупности ее организационно-правовых форм — эффект обособленности.

В чем же состоит специфичность судебного правотворчества, отличного от нормотворческой деятельности органов законодательной и исполнительной ветвей власти?

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 не урегулированные 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 впоследствии может приобрести всеобщий характер. В основе судебного правотворчества лежит объективный характер судебного усмотрения, обусловленный рядом причин, в том числе имеющимися пробелами 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» [16; 6–7].

Усмотрение законодателя является следствием прямо установленной правотворческой компетенции. Судебное же правотворчество, наоборот, само является во многом производным от необходимости и допустимости судебского усмотрения.

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, не реализованные 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 [17; 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 не зависящими 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» [18].

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, как правило, 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), судебское усмотрение, прямое применение общих положений и принципов конституции являются способами и формами выхода судов из границ позитивного права и формулирования так называемого «живого права» [19; 25].

Судебное правотворчество не является ни 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 судебного 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.

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 срезов и ролей суда и парламента в насыщении адекватным правовым регулированием всех нуждающихся в этом сфер жизнедеятельности социума.

Общепризнанно 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 [20; 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 судебного создания конкретизирующих норм, являющихся проявлением как судебного усмотрения, так и судебного правотворчества в целом. Все это позволило ученым говорить о своеобразной «делегации» со стороны законодателя нормативной власти суду [21; 19].

Судебное правотворчество являет собой определенный уровень конкретизации права, его приближения к нуждам правового регулирования конкретных жизненных случаев. В целом общий и абстрактный характер законодательных норм, особенно использование так называемых «оценочных понятий», изначально предполагают определенную их конкретизацию в ходе правоприменительной деятельности. Законодатель, в свою очередь, создает правила не на пустом месте. Законы представляют собой в значительной мере конкретизацию положений конституции. Исполнительная власть издает подзаконные нормативные акты на основе и во исполнение законодательных актов, тем самым развивая и конкретизируя их. Конечным (окончательным) актом в этой цепи конкретизации является акт суда. Это связано с тем, что судебное решение в праве изменить или отменить только суд и то лишь по обращению заинтересованных лиц, а не по собственной инициативе.

В отличие от суда законодатель осуществляет только индукцию, отыскивает общеупотребительные правила, «право вообще, на все случаи жизни». Однако законодатель не обладает неограниченной способностью предвидения и не в состоянии определить того, что беспредельно. Известно, что индукция сама по себе не дает достоверного знания, а следовательно, одно лишь законотворчество не способно решить задачу адекватного правового регулирования [5].

А.И.Бойцов, рассматривая преимущества судебного прецедента, отмечает, что «во многих отношениях судьи являются творцами права лучшими, нежели законодатель. В то время как законодатель решает тысячи случаев сразу, оптом, без специального обсуждения каждого из них в отдельности, с помощью только общих идей и соображений, судья шаг за шагом заимствует свой материал из жизни и творит для жизни. Умудренные живым опытом действующего права судьи, во-первых, являются достаточно компетентными специалистами, произвол которых к тому же в гораздо большей степени, нежели это касается власти законодательной, ограничен законом, а также функционированием кассационной и надзорной инстанций, а во-вторых, принимают свои решения, обсуждая каждый вопрос в перекрестном освещении состязательного процесса» [22]. Г.В.Демченко также указывал, что «нельзя требовать от общего закона того, что он дать не в состоянии: нельзя требовать, чтобы он охватил всю правовую жизнь общества в ее мельчайших подробностях, чтобы он успел следить за живым разнообразием и вечной изменчивостью движущейся деятельности. Дать общее руководство, ввести в необходимые пределы деятельность суда, указать ему пути и средства действия — вот что под силу законодателю» [23; 53].

Каждая ветвь власти способна и должна определять, что есть право на ее уровне в рамках собственных задач, иногда компенсируя нехватку, иные дефекты права иного уровня. Но такая компенсация должна проходить строго в рамках задач собственной компетенции компенсирующей ветви власти, а не по каким бы то ни было иным соображениям. С другой стороны, если та или иная ветвь власти будет правомочна самостоятельно, по собственному волеизъявлению определять, что есть право по отношению к реализации собственных задач и компетенции других ветвей власти, то здесь как раз и кроется угроза принципу разделения властей.

Право формируется не только всеми тремя ветвями власти, но и обществом. Даже государство в целом не является монополистом в правообразовании. Право — важный компонент общества как самоорганизуемой и саморегулируемой системы [6]. Выразить что есть право может и общество, но легализуют такое право, придают ему свойства формальной определенности, нормативности, формулируют в окончательном виде только государственные институты (исключением здесь является референдум). Одним из таких институтов является судебная власть.

Формируя норму права, законодатель должен отражать в ней наиболее значимые социальные связи, существующие в обществе. Источником же правовой нормы не может быть только воля законодателя. Правотворческие органы строят свою деятельность на объективно складывающихся общественных отношениях [24; 3].

Суд выступает своеобразным буфером, местом концентрации и переработки правовой информации, движущейся как от государства к обществу, так и от общества к государству. При движении правовой информации от государства к обществу суд адаптирует ее к нуждам разрешения различных социально-правовых конфликтов, конкретизирует эту информацию в субъективных правах и обязанностях участников судебного процесса. По мнению Э.В.Богмацера, процесс формирования права не завершается опубликованием и вступлением правовых актов в юридическую силу. Окончательное формирование правовой нормы, по его мнению, происходит после ее социализации, адаптации их общественным сознанием и реализации в поведении участников социального общения [24; 11].

При обратном движении правовой информации, от общества к государству, судебная практика может превосходить 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.

Отказ от социалистической идеологии выдвигает задачу создания правового механизма, отвечающего объективным закономерностям функционирования социума, обеспечивающего создание саморазвивающейся и саморегулируемой системы гражданского общества. Соответственно и право должно отвечать данным требованиям: «чутко» откликаться на потребности общественной жизни, отторгать дефектные, субъективистские нормы, адекватно обновляться. Образно охарактеризовал эти свойства права Ф.У.Мейтленд, заметивший, что институты права напоминают живые существа. Некоторые из них мертворожденные, другие бесплодны от рождения, а остальные доживают до того, чтобы увидеть высокое положение своих детей и детей своих детей. Среди них происходит острая

борьба за жизнь, и выживают только самые приспособленные [25; 30]. Представляется, что обеспечить данные качества может именно сочетание в рамках одной правовой системы различных форм права, в том числе и нормативно-правовых документов и актов судебных органов.

Согласно п.1 ст.1 действующей Конституции Республика Казахстан утверждает себя демократическим, светским, правовым и социальным государством, высшими ценностями которого являются человек, его жизнь, права и свободы. Развитые формы государственности (правовое государство) максимально обеспечивают правовую свободу. Следовательно, структурообразующим и функциональным принципом государственного механизма может быть только правовой принцип — принцип максимального обеспечения правовой свободы. И если таковым признается принцип разделения властей, то смысл этого принципа — не просто рациональная организация аппарата государственной власти, а такая, которая позволит надлежащим образом, максимально обеспечить и защищать публичной политической властью свободу индивидов и их объединений.

При разделении властей, что соответствует развитой правовой ситуации, никто — ни законодатель, ни суд, ни администрация — не обладает монополией определять, в чем заключается право применительно к тем или иным отношениям, но каждая ветвь власти должна обеспечивать правовую свободу в пределах ее задач и в рамках компетенции соответствующих органов: в частности, суд не может создавать законы, но он может признавать законы правонарушающими и должен давать законам такое толкование, которое наиболее соответствует принципам правовой свободы [11; 18]. Суд не должен подменять законодателя, отрывая свое «правоговорение» от задач правосудия, но и законодатель не может заставить независимую судебную власть встать на ту или иную антиправовую позицию, противоречащую положениям конституции. Судебная власть имеет реальный статус власти с момента, когда получает право контроля за правовым содержанием всех нормативных правовых актов, издаваемых не только органами исполнительной, но и законодательной власти, т.е. когда появляется реальная возможность на деле проявить, систему сдержек и противовесов [26; 200].

Судебное правотворчество, по мнению С.В.Лозовской, является элементом системы сдержек и противовесов [27; 9]. Такая роль именно судебного правотворчества объясняется назначением самой судебной власти, осуществлением ей абстрактного и конкретного нормоконтроля в ходе отправления правосудия. Ю.А.Дмитриев и Г.Г.Черемных даже отмечают, что судебная власть в целом «является частью так называемой системы сдержек и противовесов, средством разрешения споров между органами государственной власти» [28; 49].

По нашему мнению, судебное правотворчество относится именно к сдержкам, призванным удерживать деятельность других ветвей власти в рамках конституции и закона. Противовесы носят более политический характер, нежели сдержки, и являются способами противодействия одной ветви власти другой для отстаивания своих полномочий, интересов. Их использование в основном ограничивается сферой взаимодействия исполнительной и законодательной ветвей власти (к примеру, Парламент РК вправе отклонить программу Правительства РК). У судебной же ветви власти, в отличие от других, нет (не должно быть) политических интересов, она призвана защищать только интересы права.

Рассматривая децентрализацию правоустановительной деятельности, Г.Б.Евстигнеева видит в судебной власти формирование определенного конкурирующего центра правотворчества [11; 7]. 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.

Таким образом, правотворчество суда не является всегда проявлением системы сдержек, хотя аспект сдерживания в большей мере свойствен именно судебному правотворчеству, нежели правотворчеству иных ветвей власти, что связано с осуществлением правосудия как основной и исключительной функции независимой судебной власти.

Степень устойчивости правопорядка любого государства во многом зависит от соблюдения принципа единообразия судебной практики. Требование о необходимости единообразия при рассмотрении дел судами нашло отражение в Конституции РК, согласно которой на Верховный Суд (ст.81) возложены функции осуществления судебного надзора за деятельностью нижестоящих судов и дачи разъяснений по вопросам судебной практики. Разъяснения Верховного Суда РК, даваемые в нормативных постановлениях, представляют собой способ унификации судебной практики. Цель их принятия — чтобы сходные дела решались сходным образом всеми судами Республики. Благодаря систематическому изданию нормативные постановления решают наиболее актуальные неясные,

спорные вопросы определенных категорий дел. Деятельность Верховного Суда в этом направлении носит не спонтанный, а постоянный, систематический характер. Это позволяет избежать ожидания формирования единой судебной практики путем длительного становления однообразного судебного разрешения сходных дел.

Несмотря на всю значимость разъяснений Верховного Суда для правовой системы, все же некоторые авторы предлагают запретить Верховному Суду давать разъяснения по вопросам судебной практики. Так, А.И.Бойцов приходит к этому выводу исходя из следующей цепочки суждений: «Толкование, являющееся элементом правоприменительного процесса, существенным образом отличается от толкования, включенного в систему нормотворческой деятельности. Под этим углом зрения Верховный Суд мог быть лишен полномочий по даче разъяснений нормативного характера с сохранением за ним функций по обобщению практики нижестоящих судов, выявлению типичных ошибок и выработки рекомендаций по их устранению. Другой, более радикальный путь — лишение Верховного Суда полномочий по даче каких бы то ни было разъяснений общего характера. Непредвиденные изменения, требующие новых решений и подходов, перекрывались бы при этом оперативностью законодательного реагирования, способного обеспечить своевременную выработку оптимальных ответов на запросы меняющейся жизни и тем самым динамизм правовой системы. При необходимости законодательный орган мог бы принимать и акты толкования нормативного (аутентического) характера» [22].

Толкование является не только необходимой частью, элементом и предпосылкой правотворческой и правоприменительной деятельности, но и может выступать как относительно самостоятельное правовое явление. В таком виде оно предстает в актах официального нормативного толкования, которыми, по сути, и являются нормативные постановления Верховного Суда РК. Верховный Суд — это не только правоприменительный орган, судебная инстанция, но и орган, осуществляющий организационно-методическое руководство судебной деятельностью, обеспечивающий единообразие и необходимую направленность в судебной практике. Пленарное заседание Верховного Суда РК дает разъяснения не как судебная инстанция, а как особый судебный орган. У этих разъяснений есть самостоятельная, специфическая область приложения, отличная от направлений законодательной и исполнительной деятельности. Ее можно определить как правоприменительную неопределенность решения вопросов, возникающих при осуществлении правосудия. Такие разъяснения служат также нормативно-правовым позиционированием как самого Верховного Суда РК, так в его лице и всей судебной системы в целом. Эти позиции по тем или иным вопросам права являются одним из проявлений независимости, самостоятельности судебной власти, недопустимости навязывания законодателем суду своих антиправовых позиций, противоречащих положениям Конституции РК и ратифицированных международных договоров Республики. Деятельность суда, правоохранительных и иных органов уже невозможно себе представить без разъяснений высшего судебного органа. Эти разъяснения органично вошли в «плоть и кровь» правовой жизни нашей страны.

Р.З.Лившиц, признавая за разъяснениями Верховного Суда роль источника права, все же отмечает, что они «наиболее директивные и наименее судебные акты во всей судебной практике. В разъяснениях нет типичной для суда формы приговора или решения, в них отсутствуют конкретные обстоятельства того или иного дела. Разъяснения внешне выглядят как типичный акт органа законодательства или управления, в них можно при желании обнаружить, как в правовой норме, гипотезу, диспозицию и санкцию. То обстоятельство, что за разъяснениями Верховного Суда признавалась нормативная роль, было скорее административным вторжением в судебную практику, чем признанием самостоятельной роли судебной практики в регулировании общественных отношений» [3; 5].

Действительно, эти разъяснения Верховного Суда несколько не согласуются с природой судебной власти, но все же называть их «административным вторжением в судебную практику» это, по меньшей мере, большое преувеличение. Ведь эти разъяснения даются не министерством юстиции как административным органом, а судом.

Появление и закрепление судебного правотворчества в Российской Федерации именно в виде разъяснений Пленума Верховного Суда РФ, по мнению О.В.Попова, обусловлено тем, что правовая система Российской Федерации «традиционно тяготеет не к судебному прецеденту, а к нормативному правовому акту. Поэтому, — продолжает автор, — создаваемые судами нормы в своем большинстве выражаются в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, которые по своей природе имеют большое сходство с нормативно-правовыми актами» [29; 16]. То же самое можно сказать и в отношении правовой системы Казахстана и нормативных постановлений Верховного Суда РК.

Верховный Суд принимает нормативные постановления не в связи с разрешением конкретного дела, отправлением правосудия, а на основе анализа и обобщения правоприменительной практики

нижестоящих судов. Дача абстрактных, общих разъяснений высшими судами не согласуется, по мнению Г.Б.Евстигнеевой, с природой судебной власти. Она не высказывается за отмену этого права Верховного Суда, а предъявляет к подобным разъяснениям определенные требования, исходя из природы самой судебной власти. Так, Г.Б.Евстигнеева полагает, что «с точки зрения разделения властей правотворчество судебной власти допустимо только в рамках осуществления ее специфической функции — функции разрешения споров о нарушенном праве. Судебная власть в лице высших судов может принимать правоустановительные решения, не подменяя при этом законодателя и оставаясь в пределах судебных юрисдикционных задач. Следовательно, — продолжает автор, — разделению властей противоречит не судебное правотворчество как таковое, а только нормотворческая деятельность высших судов, осуществляемая посредством абстрактного нормативного толкования конституции или закона, противоречат «квазинормативные» акты судебной власти, издаваемые в порядке абстрактного нормативного толкования. Природа судебной власти предполагает лишь конкретное нормативное толкование конституции или закона в связи с разрешением конкретного спора. Иначе говоря, с точки зрения разделения властей допустимо лишь конкретное (инцидентное) нормативное толкование конституции или закона, в результате которого создается прецедент толкования. Пусть даже издается «квазинормативный» акт, как это принято в некоторых постсоветских странах, — например, разъяснение верховного суда, но это должно быть разъяснение, не предшествующее судебной практике, а обобщающее правовые позиции, уже выраженные посредством конкретного нормативного толкования» [11; 20].

Таким образом, Верховный Суд вправе давать разъяснения только по вопросам уже имеющейся, а не предполагаемой правоприменительной судебной практики. Скажем, если Парламент РК принял новый закон, который, по мнению Верховного Суда, может вызвать существенные затруднения в практике его применения судами, то Верховный Суд не вправе давать какие бы то ни было разъяснения этого закона до обобщения им соответствующей судебной практики. И эти разъяснения должны будут касаться только тех вопросов применения судами закона, которые уже возникли, например, если одна и та же норма нового закона по-разному толкуется и применяется судами при разрешении сходных дел.

При таком подходе происходит как бы сближение, устраняется определенное несоответствие между разъяснениями Верховного Суда и природой судебной власти. Это сближение в данном случае отмечается сразу по нескольким параметрам. Во-первых, происходит приближение к правоприменительной сущности судебной власти, когда разъяснения даются исключительно по вопросам, возникшим в правоприменительной практике. Во-вторых, разъяснения даются по вопросам не любой правоприменительной практики (скажем, прокурорской, практики органов МВД и т.д.), а только по вопросам, возникшим именно в судебной практике при отправлении правосудия как основной и исключительной функции судебной ветви власти. В-третьих, при таком подходе нормативные постановления Верховного Суда будут направлены исключительно на разъяснение дел прошлого, а не на регулирование возможных будущих спорных отношений. В-четвертых, уменьшается роль собственной инициативы Верховного Суда в издании нормативных постановлений, не присущая природе судебной власти. Разъяснения даются лишь как адекватная реакция на уже имеющиеся вопросы в судебной практике. Верховный Суд дает разъяснения подобно тому, как судья при разрешении нетипичного сложного дела при дефектности применяемого законодательства вынужден вносить значительную долю творчества при толковании и применении такого законодательства для разрешения конкретного дела, возникшего не по инициативе судьи, а по обращению заинтересованного лица. В-пятых, разъяснения Верховным Судом вырабатываются не на основе своей субъективной воли, а на основе имеющихся норм и принципов права и с учетом позиций нижестоящих судов. Верховный Суд издает нормативные постановления не на основе лишь собственного волеизъявления, не самоуправленчески, а путем обязательного учета уже имеющихся позиций нижестоящих судов. Таким образом, нормативные постановления являются результатом деятельности всей судебной системы в целом, направленным на урегулирование правовых вопросов, не получивших прямого ответа в законе или вовсе им не затрагивавшихся. Конечно, разъяснения по содержанию не являются механическим отражением положений, выработанных судебной практикой. Напротив, разъяснения, как правило, предписывают решения правовых проблем, вызывающих разночтения в практике, в целях приведения в единообразие. Приводя разноречивых позиций нижестоящих судов к общему знаменателю, Верховный Суд тем самым вырабатывает собственную позицию по тому или иному правовому вопросу. У Верховного Суда, обобщающего судебную практику в масштабах всей страны, кругозор гораздо шире, чем у суда, имеющего дело с конкретным, пусть даже типичным случаем. При таком анализе и обобщении порой

выявляются новые смысловые аспекты применяемых норм права, которые могут ускользнуть от отдельного судьи, разрешающего конкретное дело.

В отличие от правотворчества органов законодательной и исполнительной ветвей власти правотворчество Верховного Суда 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.

Не являясь в целом производным источником права (производным может быть не сам акт в целом, как непроизводна одна ветвь власти от другой, а положения, в этом акте содержащиеся), нормативные постановления Верховного Суда все же имеют субсидиарный характер. Степень новизны, востребованности нормативных постановлений Верховного Суда как источника права обратно пропорциональна, во-первых, адекватности законодательства потребностям общества в правовом регулировании, во-вторых, внутренней согласованности, непротиворечивости системы действующего позитивного права, и прямо пропорциональна степени отражения данных явлений в судебной практике. Конечно, не все изъяны нормативно-правового регулирования отражаются в судебной практике, так как предметом судебного разбирательства становятся, как правило, наиболее значимые для лиц отношения, но все же количественно их гораздо больше. Здесь немаловажным является активность обращения в суд граждан, осознание ими своих прав, степень их доверия судебной системе.

Таким образом, приведем основные моменты изложенного выше:

1. 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.

2. Характерные черты судебного правотворчества: во-первых, отсутствие четко очерченной сферы правового регулирования; во-вторых, судебное правотворчество во многом является производным от необходимости и допустимости судебского усмотрения; в-третьих, суд в своей деятельности должен остерегаться применять соображения экономической и социальной политики; в-четвертых, судебное правотворчество всегда связано с уже существующими фактами прошлого, а не с формированием будущих новых отношений; в-пятых, судом нормы права создаются не по собственной инициативе, не целенаправленно; в-шестых, правотворчество судебной власти в целом носит субсидиарный, компенсаторный характер; в-седьмых, правотворчество суда имеет меньшую широту охвата, чем парламентское, но по глубине, конкретизированности оно выигрывает.

3. 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.

2. Судебное правотворчество в системе сдержек и противовесов относится именно к сдержкам, призванным удерживать деятельность иных ветвей власти в рамках конституции и закона. Противовесы же носят более политический характер, нежели сдержки, и в основном ограничиваются сферой взаимоотношений законодательной и исполнительной ветвей власти. 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.

3. Положения нормативных постановлений Верховного Суда как источника права можно поделить на три вида: 1) производные (только конкретизирующие уже существующие нормы права), 2) конкурирующие (уточняющие положения разъясняемого акта на основе нормативно-правового документа, обладающего большей юридической силой), 3) восполняющие пробелы в позитивном праве (предшествующие закону, отражающие потребности общества в правовом регулировании). Первый вид положений во многом является отражением подзаконности судебной деятельности, второй — отражением самостоятельности, независимости судебной власти, а также выступает проявле-

нием системы сдержек через судебное правотворчество. Третий вид — проявление роли суда как особого проводника права в жизнь как самонастраивающейся системы. Необходимо отметить, что указанные компоненты не обособлены. Они воздействуют друг на друга в той или иной степени.

Список литературы

1. Конституция Республики Казахстан 1995 г. Внесены изменения и дополнения 7 октября 1998 г. и 21 мая 2007 г. // Казахстанская правда. — 1995. — 8 сент.
2. *Нерсисян В.С.* Общая теория права и государства. Учебник для юридических вузов и факультетов. — М.: Изд-во НОРМА, 2001. — 552 с.
3. Судебная практика как источник права / Отв. ред.: Б.Н.Топорнин. — М.: Изд-во ИГиП РАН, 1997. — 48 с.
4. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А.Туманова. — М.: Междунар. отношения, 1998. — 400 с.
5. *Карпов Д.В.* Социально-правовая природа судебной власти // <http://www.unn.ru/rus/books/vestnik3/stat17.htm>
6. *Ударцев С.Ф.* Суд и правотворчество // Информационная система «Параграф»
7. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: В 4 т. Т. 1–2. Часть общая: Учебник / Отв. ред. проф. Б.А.Страшун — 3-е изд., обновл. и дораб. — М.: Изд-во БЕК, 2000. — 784 с.
8. *Лозовская С.В.* О судебном правотворчестве // <http://lawinstitut.ru/ru/science/vestnik/20041/lozovskaya.html>
9. *Грачева Ю.В.* Судейское усмотрение в уголовном праве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2002. — 30 с.
10. *Папкова О.А.* Судейское усмотрение в гражданском процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 1997. — 22 с.
11. *Евстигнеева Г.Б.* Судебные решения как источник права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 24 с.
12. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Т. 2. Теория права / Под ред. проф. М.Н.Марченко. — М.: Изд-во «Зерцало», 2000. — 656 с.
13. Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан (в действующей редакции). — 1999. — № 18.
14. *Циркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран: Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001. — 600 с.
15. *Овсепян Ж.И.* Судебный конституционный контроль в механизме «разделения властей»: теоретический аспект исследования // <http://www.law.edu.ru/article/article.asp?articleID=141106>
16. *Семьянов Е.В.* Судебное правотворчество: вопросы общей теории права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005. — 22 с.
17. *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. 125.
18. *Анишина В.И.* Правовая природа актов судебного правотворчества // http://www.juristlib.ru/book_3106.html
19. *Василенко О.Н.* Проблемы онтологии и эволюции правосудия и форм права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2000. — 28 с.
20. *Абдрасулов Е.Б.* Судебное толкование норм законодательства в англо-саксонской правовой системе // Вестник КазГУ. — 2001. — № 4. — С. 134.
21. *Богмацера Э.В.* Правообразовательный процесс и роль в нём судебной практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 24 с.
22. *Бойцов А.И.* Судебная практика как источник уголовного права // <http://law.edu.ru/article/article.asp?articleID=180387>
23. *Калдыбаев А.* Оценочные нормы и судейское усмотрение // Фемида. — 2003. — № 6. — С. 53.
24. *Богмацера Э.В.* Правообразовательный процесс и роль в нём судебной практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 24 с.
25. *Фетищев Д.В.* Теоретико-методологические проблемы развития судебной власти в системе государства: историко-правовой аспект: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 2008. — 41 с.
26. *Мами К.А.* Конституционная законность и судебная власть в Республике Казахстан: основные тенденции и приоритеты. — М.: Наука, 2004. — 310 с.
27. *Лозовская С.В.* Правовой прецедент: вопросы теории и практики: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — 26 с.
28. *Дмитриев Ю.А., Черемных Г.Г.* Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право. — 1997. — № 8. — С. 49.
29. *Попов О.В.* Теоретико-правовые вопросы судебного правотворчества в Российской Федерации: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Казань, 2004. — 18 с.