

*Белиспаев А.М.*

## ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИНСТИТУТА СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ

*A.M. Belispaev*

### LEGAL ISSUES OF THE INSTITUTES OF JUDICIAL DISCRETION

УДК: 323.25(26)

*В статье «Правовые проблемы института судебско-го усмотрения» актуализируются вопросы усиления гарантий политико-правовой независимости и самостоятельности судебной власти в Республике Казахстан. Автором формулируется вывод о том, что судебная правовая оценка должна иметь место среди иных источников права, что повысит роль судьи, авторитет Верховного Суда и значение конституционного правосудия в Республике Казахстан.*

*In the article "Legal issues of the institutes of judicial discretion" the issues of enhancement of political-legal guarantees of independence and authoritarian judicial power in the Republic of Kazakhstan. The author formulates conclusion that legal assessment should take place among other source of law, which will allow for higher role of judges, the image of the High Court and the meaning of constitutional justice in the Republic of Kazakhstan.*

Институт судебного усмотрения – это ключевое начало судебного правообразования, осуществляемого в порядке судебного нормоконтроля судами общей юрисдикции. Фундаментальной основой понимания судебной власти, как участника «политического рынка», является проблема рациональности и социальной соразмерности, поэтому судьи, как участники социального и политического процесса несут ответственность за восполнение правовых пробелов, разрешение коллизий, решение других правовых издержек и недочетов в случае, когда они выявились в процессе правоприменения и, несомненно указали на недоработки в правотворческой деятельности законодательной и исполнительной властей. В таком статусе судебная власть является конечным звеном в цепи законности и правопорядка в государстве, ответственной за рациональное, соразмерное и справедливое использование социальных ресурсов: «Источником судебного решения выступает идея справедливости разрешения правового конфликта... Суд изобретает правовой ответ, он обнаруживает норму права за рамками закона» [1, с.179].

Проблема судебного усмотрения приобретает особую актуальность в современных условиях вживления демократических основ в механизмы реализации судебной власти. Известные истории Казахстана институты судебного усмотрения (суды биев) должны быть возрождены с учетом потребностей современной эпохи в становлении гражданского общества, основанного на свободе и приоритете прав, свобод и интересов человека и гражданина в системе государственных и общественных институтов (п.1 ст.1 Конституции РК).

Мировая история и современное правопонимание также доказывают важность института судебного усмотрения в реализации судебной власти. Он возник не вследствие кризиса доктрины разделения властей и закрепился в большинстве конституций зарубежных стран. В этой ситуации в обязанность судов вменяется сложнейшая социальная задача не только правильно и независимо применить действующее право, но воссоздать ту или иную правовую ситуацию. В этом смысле суд является хранителем действующего права; он призван обеспечивать его устойчивость и постоянство; но затем, применяя право, он продолжает быть отчасти и создателем нового права [2, с.17-18].

С этой точки зрения, главная проблема состоит в обозначении должных пределов усмотрения, о новом повороте общественного сознания. Сознание судьи должно быть проникнуто духом жертвенной готовности служить интересам права. Цель при этом состоит в том, чтобы при рассмотрении и разрешении трудных дел достичь изменения права при сохранении его стабильности.

В этом отношении во многих странах, таких, в частности, как Австрия, Греция, Италия, США, ФРГ, Турция, Швеция, Япония, свое легитимное положение занял институт ответственности судей при восполнении законодательных пробелов или отказе от применения неправомерных законов. Данный фактор подтверждает, что в государстве, которое стремится стать правовым, роль и назначение суда существенно изменяются. Одно дело, законодательно провозгласить какое-<sup>141</sup> демократическое положение, и совсем другое - в действительности осознать, объяснить и оправдать эту новую роль правовой нормы. Духовное возрождение общества связано с опровержением бытующих с исторических времен традиций обезличивания норм права. В силу нашего рационального правосознания нам до сих пор трудно представить эту уникальную природу личности не только как психологический факт, но вместе с тем и как нравственное призвание [3, с.373-377], способное пронизывать каждую правовую норму.

Возможно поэтому в судебной практике возникают вопросы, связанные с пределами деятельности, которая относится к толкованию права. Крен в сторону образования нового института вносит полемика в отношении противостояния: человек – система писанного права, где господство права становится несовместимым с усмотрением, как произвольным не всегда профессиональным и субъективным суждением.

Однако эволюционистская модель, отождествляющая внесудебные способы с «частной юстицией» и традиционно помещающая их на заднем плане по отношению к публичной юстиции в условиях возрастающей мощи государства, не только не может объяснить причину множественности нормативных способов разрешения социальных конфликтов, но и не в состоянии прокомментировать ситуацию, в которой другие инстанции берут на себя ее функции в урегулировании конфликтов, используя при этом альтернативные модели. И наоборот, с позиции судебного плюрализма, государство, со своей стороны, в рамках своей судебной системы пользуется плюралистическими методами, которые вовсе не противоречат его стремлению сохранить монополию в правосудии. В современном обществе эта категория является техническим средством управления социальным разделением этого общества.

Судейское усмотрение в рамках судебного плюрализма значит как идея о творческом, деятельном правосознании судьи, не ограниченного пределами применения права по аналогии. Институт судебское усмотрения видится как существенный прорыв к совершенству правосудия, в то время как закон предстает как единственная или, по крайней мере, преобладающая форма права, удерживающаяся в политическом строе переходного общества. Но нельзя забывать о том, что «..всякое право есть только приказ государственной власти, обращенный к самой бюрократии для направления ее деятельности или, в сущности, - уполномочие ее на бесправие» [2, с.17-18].

Зарубежных правоведов институт судебское усмотрения интересует, в основном, с точки зрения влияния правовых норм на процесс разрешения основной задачи гражданского судопроизводства. Так, некоторые представители зарубежной юридической мысли указывают на взаимосвязь норм права и усмотрения, на силу, с которой норма права влияет на усмотренческое поведение судьи и, следовательно, с которой усмотрение влияет на процесс разрешения дела по существу [4, с.31].

Другие авторы рассматривают усмотрение как проявление проблемы соотношения судебной и законодательной властей. В рамках данного направления акцентируется характеристика усмотрения как субъективного правосудия, а применение нормы права - формального, объективного явления [5].

Российские правоведы уделяют проблеме судебское усмотрение особое внимание. О.А. Папкова утверждает, что «..в связи с этим судебское усмотрение представляет собой не свободу поведения правоприменителя, а его деятельность, определенную нормами закона. Однако не всякая правоприменительная деятельность судьи является судебским усмотрением. Существуют и другие отличительные признаки данного понятия». Формулируя выводы автор пишет, что «Принципиально верная, приведенная характеристика судебское усмотрения

является все же настолько обобщенной, что сам термин «усмотрение» приобретает условный и ограниченный характер. Такая трактовка судебское усмотрения не позволяет определить возможные варианты решения судьи при обнаружении пробелов в законодательстве, в случае неопределенности содержания нормы права или коллизии нормативных актов. Несомненно, данная трактовка нуждается в известных уточнениях» [6].

Хотя в судебной системе Казахстана некоторые судьи, в том числе Верховного Суда, критически подходят к вопросам судебское усмотрения, основываясь том факте, что оно не предусмотрено в законодательстве. Е.Б. Абдрасулов, считает, что «здесь не учитывается то обстоятельство, что законодатель при всем желании никогда не сможет ни выявить, ни урегулировать все многообразие возникающих проблем. В жизни существует неизбежный конфликт между желанием направить общественные отношения в определенное русло через ясные, определенные, согласованные и разумные нормы права и невозможностью это сделать. С одной стороны, мы хотим ясности и простоты изложения норм закона. С другой стороны, оказывается, что когда мы устанавливаем нормы закона, необходимая простота нормы приходит в столкновение со сложностью человеческого опыта. Это говорит о том, что жизнь всегда оказывается сложнее тех форм права, которые мы устанавливаем. Разрешение этого противоречия в основном осуществляется через судебское усмотрение, толкование закона, которые часто граничат с правообразованием. Именно через эти институты, наряду с непосредственным правотворчеством, в значительной мере складывается наша правовая система» [7, с.10-11].

Е.Б. Абдрасулов, анализируя судебную практику, делает вывод о том, что текст закона представляет лишь один из многочисленных факторов, указывающих на идею законодателя, и даже «недвусмысленный текст» закона недостаточен для непосредственных выводов, в особенности если эти выводы делаются высшими судебными инстанциями. В противном случае также возможно нарушение законности, но прикрываемое ссылкой на «букву» закона. В итоге может получиться формально правильное решение, а по сути – издевательство [7, с.10-11].

Обобщая выше приведенный материал, следует обобщить, что в отсутствие института прецедентного права (в его классическом виде), института судебское усмотрения, как важнейшего элемента правообразования, в характеристике таких правовых источников, как нормативные постановления Верховного Суда будут преобладать свойства интерпретации и конкретизации. Это бы и касалось решений Конституционного Суда, при его наличии. Однако, если исходить из правового, еще не реализованного потенциала Верховного Суда Республики Казахстан, стоит задуматься о том, созвучно ли

демократическим реформам нынешнего поколения отдача пальмы конституционного контроля квазисудебному органу, не обладающему статусом носителя государственной власти? Любое решение или постановление суда, вынесенное в рамках судебного нормоконтроля, выше в правовой иерархии, чем любые действия и решения специализированных надведомственных (в данном случае, квазисудебного) органов, так как они исходят от органа государственной власти и представляют собой целостную структуру, действующую в системе разделения властей, сдержек и противовесов. Даже в отсутствие высшего органа конституционного правосудия и судебного конституционного контроля – Конституционного суда, акты Верховного Суда (по сравнению с актами Конституционного Совета) обладают большей социальной авторитетностью, правовой автономностью, они обеспечены и гарантированы «именем» судебной власти.

Данный принцип выдержан в США, где функцию конституционного судебного контроля выполняют обычные суды в соответствии с обычной процедурой (так называемый децентрализованный контроль). Судебные решения, как правило, касаются только сторон, участвующих в деле (за исключением случаев, когда суды в дальнейшем следуют однажды принятому решению) и в принципе носят провозгласительный характер и имеет обратную силу. Данная модель воспринята Данией, Ирландией, Норвегией, Швецией, Израилем, Индией, Ираном, Малайзией, Пакистаном, Японией, Аргентиной, Канадой, Мексикой, США, Новой Зеландией и т.д. [8, с.59].

В данном смысле, концептуально, мы склоняемся к идее воссоздания института судебного конституционного контроля в Республике Казахстан. В отсутствие специализированного высшего органа судебной власти – Конституционного Суда (в наилучшем варианте имеется в виду его воссоздание), данную функцию, должен осуществлять Верховный Суд Республики Казахстан, обладающий для этого самодостаточным функциональным и политико – правовым потенциалом. Данная мера, безусловно, направлена на подтверждение судебной власти в Республике Казахстан, а не совокупности судебных органов, слитых в единое понятие судебной системы; наличия у судебной власти реальных по политико-правовой значимости контрольных полномочий, образующих в системе разделения властей, поистине независимую и самостоятельную ветвь власти. Наличие и приоритетное положение в Республике Казахстан, различного рода «квази» органов, поставленных «над» системой разделения властей и соотносимости их в режиме сдержек и противовесов, в конечном счете, ведет к разрушению фундаментальных принципов единства государственной власти, народовласти и правового порядка делегирования власти.

В тех странах, где Верховный суд выполняет роль конституционного, он имеет право не только нейтрализовать применение противоречащего Конституции закона, но и признав неконституционным, официально отменить его действие. Согласно [Конституции](#), суд и судьи обязаны руководствоваться ее положениями как нормами прямого действия, подчиняются прежде всего Конституции и вправе не применять любой закон или иной нормативный правовой акт пока не убедятся в его соответствии закрепленным в основном законе правам и свободам человека и гражданина. В связи с этим суд обречен на неизбежное повседневное толкование и применение Конституции [9, с.181-193].

Стоит согласиться с мнением С.Ф. Ударцева о том, что: «Поэтому вряд ли оправданы на базе действующей Конституции попытки лишить Верховный суд давать судебное, в том числе и нормативное толкование Конституции. Другое дело, что все толкования Конституции - доктринальные в научных трудах, судебные в судебных актах, аутентические в законодательных актах, официальные толкования Конституционного Совета и т.д. - имеют определенную юридическую иерархию, различное значение» [9, с.181-193].

Таким образом, усиление гарантий политико-правовой независимости и самостоятельности судебной власти в Республике Казахстан мы связываем с возрождением института конституционного судебного контроля, который в отсутствие Конституционного Суда может реализовывать Верховный Суд Республики Казахстан. Сложные, кризисные моменты политико-правового строительства новых экономических отношений уже пройдены, а судебский корпус окреп как в профессиональном, так и морально-нравственном отношении и в состоянии «справиться» с конфликтными ситуациями, требующими их правовой оценки на соответствие Основного закона страны. Этому способствует и достигнутая в течении последних лет стабильность законодательства, высокий уровень правовой догматики, а также курс государственной правовой политики, направленный на совершенствование демократических институтов власти в Республике Казахстан.

#### Литература:

1. Цыганаш В.Н. Модели понимания судебной власти как объекта охраны судебными приставами. - Ростов н/Д.: Изд-во ЮФУ, 2007.
2. Сухова Н.В. Осознание роли суда в условиях формирования правового государства// «Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа», N 3, сентябрь-октябрь 2003 г.
3. Кистяковский Б.А. Философия и социология права /Сост., примеч., указ. В.В. Сапова. СПб, 1999.
4. Dworkin R.M. Taking Rights Seriously. Cambridge, 1977.
5. Davis K.C. Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry. Baton Rouge. Louisiana State University Press, 1969;

- Handler J.F. The Conditions of Discretion: Autonomy, Community, Bureacrasy. N. Y., 1986.
6. Папкина О.А. Судейское усмотрение в гражданском процессуальном праве//СИ «Параграф».
  7. Абдасулов Е.Б. Толкование закона и норм Конституции: теория, опыт, процедура. Алматы, 2002.
  8. Самостоятельность и независимость судебной власти Российской Федерации/Под ред. В.В. Ершова. М., Юрист. 2006.
  9. Ударцев С.Ф. Суд и правотворчество. Суд и правотворчество/Материалы международной научно-практической конференции 27-28 марта 1997 г.//«Законотворческий процесс в Республике Казахстан: состояние и проблемы». Алматы, 1997.

**Рецензент: д.ю.н., профессор Мукамбаева Г.А.**

---