

Г Л А В А 4 0

СЪДЕБНАТА ВЛАСТ: НАЙ-МАЛКО ОПАСНАТА ОТ ТРИТЕ КЛОНА НА ДЪРЖАВНАТА ВЛАСТ?

ДАНИЕЛ СМИЛОВ
София

I.	Увод: съдебната власт в сравнителна перспектива	859
II.	Нормативни устои на съдебната власт	862
1.	Разделение на властите и съдебна власт	864
2.	Върховенство на закона и съдебна власт	866
3.	Съдебна власт, суверенитет и държавност	869
4.	Съдебната власт като безпристрастен арбитър	869
III.	Заключения: съдебната власт — най-безобидната от трите клона на държавната власт?	871

I. Увод: съдебната власт в сравнителна перспектива

Съдебната власт е основен елемент¹ на всички съвременни конституционни режими. Въпреки това не съществува единствен, най-добър модел за институционализиране на ролята на магистратурата в сравнение с тази на останалите клонове на властта. Повечето съвременни модели предвиждат сложни системи, почиващи на принципа „сдържане и противовес“ или взаимозависимост². Въпреки ясната необходимост от конституционни правомощия и гаранции за независимост, с цел постигане на адекватно разделение на властите или на „парирание на амбиции чрез пораждаване на амбиции“³, може да бъде посочен само примерен набор от подобни правомощия и гаранции⁴.

- (1) Съдиите и прокурорите са подчинени единствено на закона.
- (2) Назначенията на съдиите и обществените обвинители са доживотни или са за период и при условия, които не представляват заплаха за независимостта на съдебната власт. Промените на задължителната пенсионна възраст в съдебната власт нямат ретроактивно действие.
- (3) Подборът на съдии и прокурори следва да се осъществява на конкурсен принцип. Подборът и назначението на всеки съдия или прокурор трябва да почива на

¹ Текстът е отпечатан за пръв път в: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law Edited by Michel Rosenfeld and András Sajó

Print Publication Date: May 2012 Subject: Law, Comparative Law
<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199578610.001.0001/oxfordhb-9780199578610-e-42>

² András Sajó, *Limiting Government* (1999), 94.

³ Джеймс Мадисън, *Федералистът*, 51 (1961), стр. 322.

⁴ Виж например Всеобщата харта на съдиите от Тайпе (1999 г.). В обобщението на принципите следвам Джакомо Оберто, заместник генерален секретар на Международната асоциация на съдиите [http:// giacomoober.to.com/prague/1.htm](http://giacomoober.to.com/prague/1.htm).

обективни и прозрачни критерии и преценка на професионалните качества и подготовка на кандидата.

- (4) Изпълнителната и законодателната власт не следва да разполагат с възможности за влияние върху процеса на подбор на съдии и обществени обвинители;
- (5) Необходимо е създаването на висш съвет на съдебната власт. На този съвет следва да бъдат възложени функциите на кадрови орган, отговарящ за назначенията, разпределението, командироването, израстването в кариерата и налагането на дисциплинарни наказания на съдиите и прокурорите. Неговият състав следва да включва съдии и прокурори или, като минимум, мнозинство от съдии и прокурори.
- (6) Съдиите и прокурорите не могат да бъдат командировани, отстранявани от длъжност или уволнявани, освен съгласно разпоредбите на закона и по решение, взето в рамките на законосъобразно проведено дисциплинарно производство.
- (7) Дисциплинарните производства следва да се провеждат от независими органи, съставени от мнозинство магистрати. Когато са насочени срещу съдии и обществени обвинители, дисциплинарни производства могат да бъдат откривани единствено, когато това е предвидено във влязъл в сила преди началната дата на производство закон съгласно предварително установени процедурни правила.
- (8) Всеки съдия и прокурор има право на въстпително и продължаващо професионално обучение в рамките на ефективна система. Посещението на тези две форми на обучение за определен период следва да бъде задължително или поне да представлява ключово условие за кариерното израстване на всеки магистрат. Обучението на магистрати следва да се осъществява от независима институция.
- (9) На съдиите и прокурорите следва да бъдат предоставени добри условия на труд.
- (10) Трудовото възнаграждение на съдиите и прокурорите трябва да бъде определено по закон (не с акт на изпълнителната власт) и обвързано с трудовите възнаграждения на народните представители и министрите. То не трябва да бъде намалявано поради каквито и да било съображения.
- (11) Съдиите и обществените обвинители трябва да имат пълна свобода на сдружаване както на национално така и на международно ниво. Дейността в рамките на такива сдружения трябва официално да се признава за непосредствено свързан с дейността на магистрата труд.

Тези принципи или набор от други, сходни принципи изграждат нормативния „скелет“ на съдебната власт особено в съвременните либерални демокрации и навярно всички основаващи се на конституционализма режими. При все това, конкретните тълкувания и институционалното приложение на тези принципи са нееднозначни и будят спорове⁵. Едно от съществените неразбирателства, които възникват при тълкуването на статута на съдебната власт, е свързано с четвъртия и петия от изброените принципи⁶. Що се отнася до съотношението между правомощията на всяка от трите власти, различните конституционни системи създават нормативни предпоставки за прилагане на принципа на „сдържане и противовес“ в различна степен. В някои правни системи — в привидно противоречие с изброените по-горе принципи — министърът на правосъдието или функционалният му еквивалент, разполага с правомощия за съдебни назначения във

⁵ Може би най-добрият сравнителен анализ на правомощията на съдиите и организационния аспект от интерес за съдебната власт е този на Carlo Guarnieri и Patrizia Pederzoli, *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy* (C.A. Thomas ed. 2002).

⁶ За по-подробно изложение на различните тълкувания на принципите в Източна Европа виж Даниел Смилов, „Разширение на ЕС и конституционния принцип на независимост на съдебната власт“ в редакция на Wojciech Sadurski Adam Czumota, и Martin Krygier. *Разпространение на демокрацията и върховенството на закона? Последствия на разширяването на ЕС за върховенството на закона, демокрацията и конституционализма в посткомунистическия правен ред* (2006).

основа на консултации или номинации от заемащи ръководни длъжности магистрати, като в някои случаи тези правомощия могат да бъдат разширени и да включват повишаването и понижаването в длъжност на магистрати и налагането на дисциплинарни наказания.

Правомощията на изпълнителната и законодателната власт да назначава членове на ръководния орган на съдебната власт могат да бъдат разглеждани като необходима гаранция за определена степен на *отчетност* на съдебната власт пред политическите клонове на властта и — в крайна сметка — гражданите в качеството им на избиратели. Принципът на независимост следва да бъде в неизменен баланс с принципа на отчетност на съдебната власт.

Различните правни системи в установените демокрации постигат баланс между тези конкуриращите се ценности на „отчетност и независимост“ чрез различни средства. Някои системи например допускат висока степен на непредставителност на съдебната система и магистратите като социална група. Други системи полагат усилия за повишаване на представителността чрез общонароден избор на магистрати. В допълнение, различия съществуват и в разбирането на понятието отчетност на съдебната власт. Някои системи разчитат на политическа отчетност, като в тях на политически органи (например министърът на правосъдието) са предоставени по-големи правомощия в определянето на кадровата политика на съдебната власт. Други системи разчитат в по-висока степен на спазване на професионалната етика от страна на магистратурата в качеството ѝ на саморегулиращо се съсловие: в рамките на тези системи, отчетността се разглежда в колегиален план, т.е. като „отчетност пред равни“, основана на установени професионални стандарти, а не като задължение пред останалите власти.

Друга дилема, която се наблюдава в правните системи на установените демокрации, е свързана с естеството на вътрешната отчетност в рамките на самата съдебна система. Континенталните правни системи (особено тези в романските държави) разчитат на силни механизми за вътрешна отчетност, т.е. магистратите на ръководни длъжности разполагат с инструменти за контрол и влияние върху кариерното израстване или понижаване на по-младите си колеги. За разлика от тази система, в държавите с обичайно право магистратите разполагат с по-голяма независимост в рамките на съдебната власт.

Друга, пораждаща спорове при тълкуването на принципите на независимост на съдебната власт разлика, е свързана с ролята на обществените обвинители в рамките на конституционалния модел. В някои системи прокуратурата е част от изпълнителната власт, т.е. носи отговорност и се отчита пред избираеми политически органи. В други системи тя е част от съдебната власт и разполага с различна степен на автономност по отношение както на останалите власти, така и на останалите органи на съдебната власт.

На последно място, един противоречив проблем, който следва да отбележим, е изготвянето и приемането на бюджета на съдебната власт. Тук отново различните системи предпоставят различни степени на „независимост“ на съдебната власт. В рамките на някои от тях правителствата и парламентите имат по-голяма тежест в определянето на бюджета на съдебната власт, докато при други проектобюджетът се изготвя в тясно сътрудничество с независимия ръководен орган на съдебната власт. Формулирането на десетия принцип по-горе далеч не изчерпва сложността на финансирането на съдебната власт. Тъй като финансовата независимост е един от ключовите компоненти на независимостта на съдебната власт, общата и неясна формулировка на принципа илюстрира аксиомата, че конвергенция въз основа на

установени нормативни принципи е възможна единствено чрез обобщения от висок порядък.

Различното институционално прилагане на принципите на независимост на съдебната власт може да бъде тълкувано по два начина. Според първото тълкуване от конституционна гледна точка съществува широк набор от легитимни и конкуриращи се решения на проблема, свързан с конкретния статут на съдебната власт. Демократичните конституционни режими решават този въпрос по различни начини, в зависимост от своите традиции, характера на политическия процес и т.н. Не съществува единствено, най-добро решение — всяко решение има своите предимства и недостатъци. По отношение на този, нека го наречем „*плуралистичен възглед*“, съществува минимален набор от абстрактни изисквания, в значителна степен подобен на изложения по-горе списък от условия, но навярно още по-кратък, на които трябва да отговарят всички образцови конституционни режими: след като тези изисквания бъдат удовлетворени, обаче, приемливи са разнообразни институционални модели, отразяващи различните принципи и ценности, върху чиито устои са изградени. Един от недостатъците на този възглед е ниската му полезност като инструмент за оценка на конкретни конституционни модели, тъй като оставя открити огромен брой възможности, без да е в състояние да предложи смислена съпоставка между тях. Освен това плуралистичният възглед е тежко зависим от местния контекст и препраща търсенето на отговори на изключително интересни въпроси към идиосинкразии на различните правни системи.

Вторият възглед относно различията в институционалните модели на организация на съдебната власт може да бъде наречен *интерпретативен*⁷. Той си служи с аргумента, че в основни линии всички съдебни системи се основават на еднакъв (или много сходен) набор от нормативни принципи и ценности, като в някои страни превес взема определен набор от нормативни съображения, което логично води до възприемането на различни институционални решения. Всички модели обаче се опитват в максимална степен да отговорят на *общите* нормативни ценности, макар и посредством различна приоритизация. Съобразявайки всички относими обществени, политически и икономически различия между отделните държави, би трябвало да бъдем в състояние да обясним по какъв начин следването на сходни нормативни принципи води до различни институционални решения.

За разлика от плуралиста, застъпникът на интерпретативния възглед продължава да поддържа тезата за съществуване на обща *нормативна* теория на статута на съдебната система в рамките на конституционните режими. Трудността в поддържането на тази позиция произтича от обстоятелството, че за да обясни всички институционални различия без да жертва нормативното единство и логическа последователност въпросната теория трябва да бъде изключително подробна и сложна.

В текста на изложението по-долу ще използвам подчертано скромна и ограничена интерпретативна стратегия. Ще предположа, че практиката на различните съдилища се основава на сравнително малко на брой общи ценности, които в различен контекст пораждаат изумително богато институционално разнообразие от модели. Всички модели без изключение в крайна сметка се стремят да дадат отговор на сходни, ако не изцяло идентични, нормативни въпроси, които будят безпокойство. Едно от предимствата на стратегията е, че позволява воденето на едновременна дискусия относно юриспруденцията на отчетливо различни органи на съдебната власт — и действително

⁷ Терминът и методологията са заети от труда на Роналд Дуркин, *Law's Empire* (1986).

тези различия са необходимо условие за онагледяване на универсалната приложимост на нормативните принципи. Интерпретативната стратегия разглежда всички модели като равни, което намалява степента на провинциалност. Разбира се, освен ако не положи херкулесови усилия, застъпникът на интерпретативния възглед неминуемо ще формулира само наглед универсална, но в действителност провинциална/парохиална теория. Независимо от това, авторът таи надежда, че този малък недостатък ще бъде пренебрегнат, поради добрите и амбициозни от теоретична гледна точка намерения, формулирани в началото на изложението.

II. Нормативни устои на съдебната власт

В рамките на съвременните конституционни режими съдилищата и съдебната власт черпят своята легитимност и нормативни правомощия от поне четири отделни източника. Тезата ми е, че тези четири източника формират универсално приложими (за конституционните режими) ценностни каталози, като целта, която се стреми да постигне всеки от тези, твърде различни един от друг институционални модели е оптимизация, независимо от различните начини за балансиране на основните ценности. Обществата са плод на специфични — понякога уникални — исторически дадености и опит, които обясняват поставянето на по-силен акцент върху определени ценности. Въпреки това би било крайно необичайно и рядко изключение да открием основан на ценностите на конституционализма модел, който систематично отрича валидността на някои от следните четири основополагащи за съдебната система ценности: *разделение на властите, върховенство на закона, правораздаване като признак на суверенитет и необходимост от независими арбитри в споровете между две страни*. Тези четири основания за легитимност предполагат различни доктринални принципи и различни институционални модели и системи за отчетност. Някои от четирите основания могат да бъдат оптимизирани паралелно, но съществуването на модел, който оптимизира и четирите едновременно, е практически невъзможно, тъй като различните модели измерват успеха и провала чрез различни (често несъвместими) критерии. В таблица 40.1 и в изложението по-долу авторът разглежда четирите основания за легитимност на съдилищата и съдебните системи поотделно, като ги илюстрира с примери от редица юрисдикции.

1. Разделение на властите и съдебна власт

Разделението на властите е ключово важна гаранция за свобода: тя недопуска концентрацията на власт в ръцете на един властимащ субект и гарантира плурализъм на най-високото ниво на държавно управление. Независимостта на съдебната власт е само един от аспектите на разделението на властите — тя е гаранция за това, че поне един от клоновете на държавната власт се отличава от останалите (по същество политически) клонове. На практика, всички съвременни конституционни модели разглеждат съдебната власт като отделен клон на властта. Ключ към тази форма на институционализация са прерогативите ѝ да осъществява ефективен контрол над останалите клонове на политическата власт чрез форми на съдебен контрол — конституционен или административен. Не по-малко важна е възможността за независимо разрешаване на конкретни казуси — съдиите, съдилищата и магистратите като цяло трябва да бъдат в състояние да вземат решения без външно влияние от страна на останалите клонове на държавната власт⁸.

⁸ Относно независимостта на съдебната власт, виж Глава 39

Разделението се усложнява от близостта на решаването на съдебни спорове до суверенитета и суверена. В решението си по противоречивото дело *Рефа Партизи (Партия на благоденствието) срещу Турция*⁹ Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) посочва, че правният плурализъм — система, при която различни религиозни общности се регулират и разрешават възникнали спорове съгласно различни от общовалидните правила — е в противоречие с изискванията на Европейската конвенция за правата на човека (ЕКПЧ). Притеснението на съдиите е, че възприемането на плуралистична система би лишило държавата от възможността и прерогативите ѝ да бъде арбитър от последна инстанция на правни спорове, включително да защитава човешките права. ЕСПЧ на практика застъпва тезата, че суверенитетът и правораздаването са тясно свързани и че ексклузивността на юрисдикцията, като белег на суверенност, би трябвало да бъде характеристика и на съдебната система.

Тоталитарните „конституционни“ идеологии категорично отхвърлят идеята за независимост на съдебната власт по отношение на останалите власти. Комунистическите доктрини, например, признават функционалното *разделение на труда* в рамките на държавата, но отричат идеята за *разделение на властите*. И действително комунистическият конституционализъм — понятие, което навярно представлява оксиморон — се основава на схващането за концентрация на властта и първенство на комунистическата партия в обществения живот¹⁰

⁹ Дело *Рефах Партизи (Партия на благоденствието) и други срещу Турция*, искови молби 41340/98, 41342/98, 41343/98 и 41344/98, решение от 13 февруари 2003 г.

¹⁰ Съгласно член 126 на Сталинистката конституция от 1936 г. „комунистическата партия е предводител на работническата класа в нейната борба за укрепване и развитие на социалистическата система и водещо ядро на всички организации на работещите хора, както обществени така и държавни“. За анализ виж J. Arch Getty, 'State and Society Under Stalin: Constitutions and Elections in the 1930s (1991) 50(1) *Slavic Review* 19. 22.

Таблица 40.1 Основания за легитимност на съдебната власт

Нормативно основание	Доктринален принцип	Основен инструмент	Показател за успех	Система за отчетност
Разделение на властите	Независимост на съдебната система	Процедури за неполитизирани първоначални назначения и гаранции за несменяемост; независим бюджет; контрол на дейността на останалите клонове на властта (съдебен контрол); независимост при вземането на решения; строги устройствени правила	Решителна съдебна власт с активистки уклон ¹¹ , упражняваща ефективен контрол над решения на политическите клонове на властта, включително чрез обявяването им за незаконосъобразни	Система, гарантираща съдържане и противовес — ограничена зависимост от останалите клонове на властта като гаранция срещу възникването на неразрешими противоречия
Върховенство на закона	Съдебната система е подчинена единствено на закона	Строги професионални изисквания за назначение, презумпция срещу упражняването на съдебна дискреция, установяването на правила по усмотрение на съда; консултативни становища; мотивиране на решенията	Неполитизирана, високопрофесионална и строго спазваща правилата съдебна власт	В случай на нарушение на етични или професионални стандарти, търсене на отговорност единствено съгласно вътрешни процедури за отчетност
Правораздаването като белег на суверенитет	Съдилищата следва да притежават юрисдикция за окончателно разрешаване на правни спорове	Постановяване на окончателни съдебни решения (презумпция срещу правния плурализъм); назначение от върховните органи на държавната власт — парламент, президент, монарх и т.н.)	Съдебна власт, която неотклонно защитава държавността, правомощията на основните органи на властта и законоустановения правен ред	Съдийство отговорно пред върховната власт (суверена) в страната: парламент, монарх, президент и т.н.
Безпристрастни арбитри в спор между две страни (тристранен модел)	Безпристрастност	Доктринални ограничения и забрани за програмни и всеобхватни политики. Изисквания за разрешаване на казуси един по един, ограничения върху съдийската аргументация	Съдебна власт, която се ползва с доверие както от страна на обществото, така и на основните институции	Съдебна власт, която е отворена и откликва на нуждите на обществото и основните институции

¹¹ Въпросът за съдебния активизъм заслужава отделно, по-подробно разглеждане. За разбирането на концепцията на автора виж Даниел Смилов, „Естество на легитимността на контрола за конституционна съобразност: източноевропейски перспективи“ (2004) 2 *International Journal of Constitutional Law* 177

В такъв случай, не бива да буди учудване фактът, че загърбвайки тоталитарните режими, обществата се разделят с миналото, предоставяйки на съдебната система значителни правомощия за контрол на останалите клонове на политическата власт.

Другият ключов елемент на независимостта— освен правомощията за контрол на останалите политически по своя характер клонове на властта—е независимостта при вземането на решения в съдебната власт. Палитрата от институционални различия в това отношение навярно е по-бедна, независимо от редица сложни казуси, например правомощията на военните съдилища. В решението си по делото *Морис срещу Великобритания*¹² ЕСПЧ тълкува изискването за независимост и безпристрастност на военните съдилища, отбелязвайки, че приложимите процедурни правила във Великобритания „не съдържат достатъчни гаранции, изключващи риска от външен натиск върху двамата офицери на активна служба със сравнително нисък чин, които участват в решаването на спора, в резултат на който жалбоподателят е разжалван“. Съответните лица нямат необходимата правна подготовка и остават подчинени на армейския устав и своите началници. Според ЕСПЧ проблематична е и възможността за отмяна на постановената присъда от орган, който не притежава правомощия да упражнява съдебен контрол, което подкопава задължителния характер на решенията на съда. Останалите клонове на властта не би трябвало да разполагат с правомощия да влияят (в случая, да отменят) решения на органи на съдебната власт¹³.

След като съдебната система бъде категорично установена като отделен клон на държавната власт, на преден план излиза въпросът за институционалните гаранции за независимост. За съжаление, практиката в това отношение не се поддава на лесна систематизация — съществени различия съществуват както при назначенията, подбора и кариерното израстване, така и в бюджетен план. Въпреки това един от ключовите фактори, които обясняват тези различия, изглежда е опитът от миналото на злоупотреба от политическите по същество клонове на властта (в рамките на авторитарни или тоталитарни режими) и професионалната репутация на магистратите. Италианският конституционен модел, например, прави опит да превърне съдебната система в почти самодостатъчен орган, предоставяйки ѝ правомощия за вземане на решения по всички въпроси, свързани с назначенията и статута на магистратите, включително бюджетното управление¹⁴. Тези правомощия се упражняват от Висш съвет на магистратурата — четиричленен орган, чиито членове се избират в равно съотношение съответно от съдебната власт и народните представители в националния парламент. Подобни системи съществуват във Франция и, като цяло, в страните от Средиземноморието, като моделът е възприет и от някои държави в Източна Европа, сред които България и Румъния. В България например приблизително половината от членовете на Висшия съдебен съвет се избират от съдебната система¹⁵. Би могло да се твърди, макар и небезусловно, че средиземноморският модел предоставя най-висока степен на институционална защита от външно влияние върху кадровите и бюджетните въпроси, което отразява изключително големите страхове от възможна намеса от страна на политически органи и отсъствието на традиция на отговорно поведение от страна на съдебната власт.

Дори подобни и крайни по естеството си мерки, обаче, не винаги съумяват да предпазят съдебната власт от политическа намеса. В България, например, през 90-те години на миналия век политическите парламентарни мнозинства неколккратно успяват да

¹² Искова молба 38784/97 от 26 февруари 2002 г.

¹³ За анализ виж Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, Andras Said и Susanne Baer, *Comparative Constitutionalism* (2003), 313-15.

¹⁴ Пак там, стр. 325-326.

¹⁵ Конституция на Република България (ДВ 56/13 юли 1991 г.), чл. 129 и 130.

разпуснат Висшия съдебен съвет преди изтичане на пълния му мандат по Конституция. Това обикновено се постига чрез изменение на Закона за съдебната власт, чрез което се внасят структурни промени в организацията на съдилищата, прокуратурата и следствието. Конституционният съд отменя голяма част от тези законодателни изменения (всички, с едно изключение), но поради забраната за ретроактивно действие на актовете на КС, парламентът междувременно е успял да разпусне стария съвет и назначи нов по реда на вече действащия изменен закон¹⁶.

Опасността от политическа намеса в дейността и функционирането на съдебната власт в страните с опит в подобни злоупотреби оправдава високите нива на институционална изолация на системата от останалите клонове на властта. Тази капсулованост обаче създава сериозни проблеми, водещи до ниски нива на отчетност. Именно поради тази причина и с цел предпазване на съдебната система от прекомерна политизация, разделението на властите изисква спазване на принципа „взаимно възпирание и противовес“ и хоризонтална отчетност на всяка от трите власти по отношение на останалите. Федералната съдебна система на САЩ е сполучлив пример за балансиране на предоставените на трите клона на властта правомощия, въпреки че проблеми могат да съществуват и в рамките този модел. Като примери могат да бъдат посочени възможността за политизация на Върховния съд на САЩ¹⁷ и политизацията сред независимите прокурори, наблюдавана по време на процедурата за отстраняване от длъжност на президента Бил Клинтън¹⁸.

Като цяло прокуратурата е изключително чувствителна тема. В редица страни, отново поради страховете от неправомерна намеса на представители на политическата система в дейността на съдебната власт, нивото на институционална изолация на прокуратурата е идентично на това на съдебната система като цяло. Като примери в това отношение могат да бъдат посочени Италия и България. В Италия, независимостта на прокурорите и разследващите магистрати водят до впечатляващи успехи в борбата срещу мафията и нейните връзки с политическото тяло на властта. Един от отрицателните странични ефекти на този модел е постоянната намеса на съдебната власт в политическия процес и прякото влияние на тази намеса върху преструктурирането на партийната система и политическата надпревара. Появата на популистки настроени политици, които трупат популярност, водейки безконечни съдебни дела, генерира пасиви за модела, които не трябва да бъдат пренебрегвани¹⁹. Като цяло успехът на модела зависи от намирането на точен баланс между независимостта и отчетността — ако това условие не бъде изпълнено, съдебната система би могла бързо да се отдалечи от проблемите на обществото или да стане жертва на прекомерна политизация, насочвайки усилията си към постигане на партийно-политически цели.

2. Върховенство на закона и съдебна власт

¹⁶ За анализ на съдебната практика виж главата на Даниел Смилов. "Хибридна конституционна практика: арбитражи при липсата на правила" в Александър Кьосев и Петя Кабакчиева (ред. Кол.). „Правила и роли“. *Флуидни институции и хибридни идентичности в процесите на трансформация в Източна Европа (1989-2005)* (2009).

¹⁷ Ronald Dworkin. "The Bork Nomination," *NY Review of Books* (1987).

¹⁸ Процедурата по отстраняване на президента от длъжност политизира и теоретичния, конституционен дебат. Като пример за разгорещена размяна на реплики, виж например Richard Posner, "Dworkin, Polemics, and the Clinton Impeachment Controversy" (1999) 94 *Northwestern University Law Review* 1023.

¹⁹ За анализ на връзката на съвременния популизъм и върховенството на закона, виж Даниел Смилов. *Популизъм, съдилища и върховенство на закона: Преглед на политиките* (2007), издание на Фондация за право, правосъдие и общество в сътрудничество с Центъра за обществени и правни изследвания, Университет Оксфорд, налично на <http://www.fljts.org/uploads/documents/Smilov_Policy_Brick23iKj23.pdf>.

Насочването на вниманието единствено към разделението на властите като нормативно основание за модела на организация на съдебната власт не дава отговор на важния въпрос: „Защо говорим за независимост именно на *съдебната власт*, а не например на полицията, пощенските служби или лекарската професия? Защо по Конституцията статутът на съдиите е привилегирован и защитен, за разлика от този на представителите на другите власти, професии и занятия?

От нормативна гледна точка отговорът е, че гаранциите за *подчинено на закона и правилата поведение* в обществото са не по-маловажни от установяването на принципа на разделение на властите. Основната функция на съдиите — в качеството им на експерти в областта на правилата и спазването на закона — повишава значимостта на професионалната им дейност при съпоставка с тази на други професионални групи. Утвърждаването на подчиненото на правилата поведение и схващането, че всички спорове трябва да бъдат разрешавани съгласно закона, са крайъгълните камъни на идеала за върховенство на закона. По този начин, то предоставя допълнителна нормативна тежест и легитимност на съдебната власт и обяснява защо подобен статут е даден именно на съдиите²⁰.

Основният принцип, който произтича от върховенството на закона като основание за описания по-горе специален статут, е, че съдебната власт следва да бъде подчинена единствено на закона. Разбира се в доктринален аспект правните системи се различават по степента на строго придържане към този принцип. В Германия например съдиите са подчинени както на закона, така и на справедливостта, въпреки че в своята практика ключовите германски съдилища²¹ се позовават на понятието „справедливост“ изключително рядко. Принципно, професията на съдия или юрист изисква специфично образование и обучение, стаж, практика и т.н. Юридическите професии, и в частност съдийството, са строго регламентирани. Подборът на съдии обикновено се извършва по строго професионални критерии. Навсякъде на съдиите се гледа като на експерти/професионалисти по действащите процедури и правила или — ако заемем известното описание на съдийската професия на Джон Харт Ели — на експерти по процеса (широко разбран)²². Предполага се, че назначенията, повишенията и пониженията в длъжност на съдиите са отражение на техните процесуални експертни познания и професионален опит.

Изискванията за професионализъм и специализирани експертни познания са сред ключовите въпроси, разглеждани от върховните съдилища по дела, изискващи тълкуване на статута на съдебната власт. Така например в Цейлон, в решението си по делото *Юнайтид енджиниъринг уъркърс срещу Консултативния съвет към губернатора на провинция Деванаягам*²³, съдът разглежда въпроса дали съдиите, като част от съдебната власт, не би следвало да бъдат назначавани от специализиран орган на съдебната власт (Съдебна комисия), а не от Комисията по обществени въпроси²⁴. Предмет на делото е спор относно правното действие на актовете на съдилищата по трудовоправни спорове, чиито членове се назначават от Комисията по обществени въпроси, и изначалната компетентност на тези съдилища да се произнасят с окончателни решения. Съгласно постановеното решение председателите на съдилища по трудовоправни спорове не са служители на съдебната система и могат да бъдат назначавани от Комисията по

²⁰ Относно върховенството на закона, виж Глава 10.

²¹ Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2nd edn. 1997). 124-8.

²² John Hart Ely. *Democracy and Distrust* (1980). “

²³ [1967] 1 All F.R 367.

²⁴ Виж Dorsen et al (n 12), 309-13.

обществени въпроси. Независимо от тази теза обаче съдът не подлага на съмнение принципа, че „магистратите“ следва да се назначават въз основа на експертни познания при следване на високоспециализирани процедури за професионален подбор.

В Ямайка, по делото *Хиндс срещу Кралския консултативен съвет*²⁵ съдиите тълкуват специалната функция и професионална роля на съдебната власт в обществото. Като цяло въпросът, на който те търсят отговор, е кои са същностите характеристики на съда²⁶. В началото на своите разсъждения те отбелязват, че по същество въпросът не опира до това един орган се нарича „съд“, а до това „каква по същество юрисдикция упражняват съдилищата ... и дали начинът на назначаване на съдиите и гаранциите за заеманата от тях длъжност са в съответствие с приложимите разпоредби на конституцията...“.

В заключение, съдът се произнася, че това което парламентът не може да направи без да наруши принципа на разделение на властите, е да прехвърли упражняването на дискреционни правомощия на съдебната власт за определяне на строгостта на наказанията, налагани на отделни представители на определена категория закононарушители, на орган на изпълнителната власт, чиито членове не са избрани в съответствие с правилата за назначаване на съдии. Прилагането на правилата — особено по отношение на правата на гражданите и налагането на наказания — е от изключителната компетентност на съдилищата.

Друго следствие на върховенството на закона като основание за легитимност на съдебната власт са често срещаните презумпции срещу нормотворчеството и дискреционните правомощия на съдебната власт. Тези две презумпции почиват върху схващането, че съдилищата и съдиите трябва да *следват* правилата и да ги *прилагат* при разрешаването на конкретни спорове, което изключва тяхното *създаване*.

Съединените щати са известен пример за строго прилагане на забраната за предоставяне на консултативни становища на останалите клонове на властта от страна на съдилищата, което се мотивира с разбирането, че съдилищата не следва да се намесват в нормотворческата сфера. Този въпрос възниква още в първите години след приемането на Конституцията на САЩ и продължава да бъде източник на интересна съдебна практика. Така например по делото *Мисрета срещу Съединените щати* Върховният съд на САЩ признава, че в полето на конституционализма „съществува една сенчеста сфера, в която полетата на дейност на трите клона на властта се сливат...и обстоятелството, че съдебното нормотворчество...попада в очертаванията именно на тази сфера, вече отдавна не е предмет на спор...“²⁷

Тук Върховният съд търси отговор на въпроса дали комисия, съставена от съдии, може да създаде задължителни за всички съдилища правила с цел уеднаквяване на практиката по определяне на размера на наказанията. Въпросната комисия е част от съдебната власт, но не е съд, и отчита дейността си единствено пред Конгреса. В крайна сметка, Върховният съд потвърждава легитимността на подобен род „нормотворчество“, макар и встрани от ясно очертаните правомощия на съдебната власт. В особеното си мнение по делото съдия Скалия навежда доводи, съгласно които „законотворчеството е изключителен прерогатив на Конгреса, освен съвместно със законното упражняване на правомощията на изпълнителната или съдебната власт...“ и отправя мрачно

²⁵ [1977] AC 195

²⁶ Виж Dorsen et al (n 12), 315-18

²⁷ За преглед на френската конституционна система и ролята на Държавния съвет, виж John Bell, *French Constitutional Law* (1992).

предупреждение относено появата на „знайни и незнайни, изолирани от политическия процес “експертни“ органи, на които Конгресът ще делегира части от своите законотворчески правомощия“.

Сенчестото нормотворчество от страна на съдилищата обаче е често срещано явление. В континенталните системи консултативните и нормотворчески правомощия на съдилищата са здраво закрепени на конституционно равнище. Франция е известна с традициите си в областта на административното право, съгласно които Държавният съвет изпълнява функции както на върховен административен съд, така и на консултативен орган към правителството²⁸. В много страни конституционните съдилища имат правомощия за *абстрактно* тълкуване на текста на основния закон, т.е. тълкуване, което не е свързано с конкретни казуси или спорове. Това правомощие има допълващ нормотворчески ефект. Освен това върховните съдилища също често разполагат с правомощия да се произнасят с тълкувателни решения с цел хармонизиране на практиката по правоприлагане от по-нискостоящите съдилища.

Допълнителна илюстрация на горното е и въпросът за дискреционните правомощия на съда²⁹. Тук откриваме съществени разлики между системите на континенталното и прецедентното право. В страните с прецедентна правна система правомощията на съдиите да допълват закона чрез своите актове са сравнително широко приети, независимо от известната теоретична кампания на Роналд Дуоркин срещу явлението съдебна дискреция³⁰. В континенталните системи обаче доктрината често изключва съдебната дискреция за сметка на възгледа, че съдиите следва единствено да прилагат закона. Отново обаче това често е равнозначно на господстваща презумпция срещу съдебната дискреция. В крайна сметка, разрешаването на спорове и дела въз основа на високо абстрактни и неопределени по своята същност правила е универсално правомощие на всички съдилища. Съдилищата не могат да откажат разглеждането на дело, поради липсата на ясно и точно формулирани правила — те са задължени да се произнесат с решение по спора. Това естествено води до упражняването на дискреция при решаването на спорове и „допълващо“ нормотворчество.

Така върховенството на закона, като основание за легитимността на съдилищата и съдебната власт, води до нещо като парадокс. От една страна, то гради образа на съдебната система като професионална гилдия, притежаваща експертни познания относно действащите правила и тяхното прилагане по конкретни казуси. Според следващите тази логика твърдения в това си качество професионалната група следва да бъде подчинена единствено на вътрешни, професионални правила за отчетност. Съдиите би следвало да се назначават, повишават, понижават и отстраняват от длъжност единствено въз основа на професионални критерии и съгласно вътрешни за съдебната система процедури. Независимо от това, явлението сенчесто нормотворчество съществува и обуславя необходимост от някои форми на външна отчетност. По делото *Мистрета*, например, съдебната комисия е докладвала за дейността си пред Конгреса. С други думи, дори върховенството на закона, в качеството си на основание, позволява определена, макар и ограничена степен на външна отчетност на съдиите. Когато става дума за допълващата действащите законови норми функция и

²⁸ Относно понятието дискреция, виж Denis Galligan. *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* (1986) и David Robertson. *Discretion in the House of Lords* (1998).

²⁹ Ronald Dworkin. 'Judicial Discretion' (1963) 50 *Journal of Philosophy* 624.

³⁰ Конституция на Република България (ДВ 56/13 юли 1991 г.). Член 132а.

дискреционната власт на съдиите, обаче, сравнителният анализ показва, че подобни форми на външна отчетност в повечето случаи отсъстват.

Близостта на съдебната власт до суверена определя специалните правила за отчитане на резултатите от съдийския труд. Необходимо е да съществуват някои остатъчни форми на отчетност на съдебната система пред най-висшите органи на власт, явяващи се изразители на държавния суверенитет. Тези форми на отчетност нямат отношение към решенията по конкретни дела, но могат да надхвърлят правомощията за назначения на най-висшите органи на политическа власт. Това означава, че висшите магистрати могат да бъдат призовани да се явят пред парламента, за да информират институцията относно системни проблеми във функционирането на съдебната система, както е случаят в България. Биха могли да бъдат предвидени дори непреки форми на отчетност на индивидуални съдии пред суверенни органи на държавната власт като парламента. Допълвайки този пример, в България беше създаден инспекторат — орган с функции за индивидуално атестиране на работата на съдиите, чийто ръководител се назначава от парламента за определен мандат с гласовете на две-трети от народните представители. След като бъде назначен, главният инспектор не може да бъде отстранен от длъжност³¹. Предполага се, че резултатите от проверките на работата на отделните съдии са ключов фактор за израстване в кариерата, както и за решенията по дисциплинарни производства, които се взимат от Висшия съдебен съвет. Подобни чудати иновации са следствие на натиска на взаимно конкуриращи се съображения, които законодателната власт не може да пренебрегне, а именно необходимостта от зачитане на независимостта на съдебната власт, от една страна, и неизменно стоящия на дневен ред въпрос за отчетността, като елемент на суверенните правомощия на институцията, от друга страна.

3. Съдебна власт, суверенитет и държавност

В исторически план разрешаването на спорове чрез правораздаване се счита за белег на суверенитет³². Тази функционална близост до суверена е друго нормативно основание за легитимност на съдебната власт, което поражда набор от по-специфични нормативни принципи и конкретни конституционни доктрини, дефиниращи статута на магистратите. По думите на един британски върховен съдия:

„Съдебната власт е тази, която по необходимост, произтичаща от суверенните правомощия на държавата, и е призвана да разрешава противоречия, възникнали между нейните субекти или между субектите ѝ и нея самата... Тези правомощия се упражняват от момента, в който към съда, притежаващ надлежни правомощия да се произнесе с обвързващо за страните по конкретен спор решение, бъде отправено искане за действие³³.

Въз основа на това разбиране съдилищата обикновено претендират за изключителни и неподлежащи на оспорване правомощия за разрешаване на правни спорове. Много често именно тяхна е преценката на казусите, които се плъзгат по границата между правните и политически спорове. Както показва историята на доктрината на „политическия въпрос“ в

³¹ Относно суверенитета, виж Глава 17.

³² *Huddart Parker & Co Proprietary v Moorehead (1909) 8 CLR 330, 357.*

³³ В решението си по известното дело *Рейкър срещу Кар* 364 US 186 (1962) Върховният съд на САЩ отваря вратата към съдебната намеса в случаи на нарушения на електоралното законодателство и по-специално въпросите, свързани със злоупотреби при назначенията на изборни длъжности, които дотогава са считани за „политически трънливи“: Samuel Issacharoff, Pamela Karlan, и Richard Pildes. *The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process* (2002), 147-62. ⁴ Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis* (1981).

САЩ, съдилищата могат да разширят полето на споровете под своя юрисдикция, които в миналото са били считани за „политически“³⁴.

4. Съдебната система като безпристрастен арбитър

В допълнение към представения в тази глава модел, последното нормативно основание, легитимиращо статута на съдебната власт, разглежда съдилищата и съдиите като арбитри, чиято легитимност — според известната теория на Мартин Шапиро³⁵ — се определя от една „тристранна“ по своето естество връзка. В рамките на тристранния модел две страни взимат решение да се обърнат към трети, неутрален арбитър, който да разреши техния спор.

Тристранният модел не описва съвсем точно ролята на съдебната власт. Като начало, той недооценява близостта на съдилищата до суверена. Съдилищата обикновено претендират за изключителна и обвързваща компетентност при решаването на спорове, докато арбитърът се избира свободно от спорещите страни. В допълнение, в рамките на обичайното правораздаване, в сравнение с *абстрактния* контрол за конституционна съобразност например, откриваме повече от елементите на тристранния модел. Независимо от това обаче дори моделът на конституционен контрол би могъл да се разглежда като процес, при който неуспялото да прокара своята законодателна теза парламентарно малцинство или дори президентът, от една страна, и парламентарното мнозинство, от друга страна, в качеството им на страни по конкретен спор, се обръщат към независим съд в ролята му на безпристрастен арбитър³⁶.

При все това, идеята на Шапиро за съдилищата като безпристрастен арбитър в тристранна конфигурация успява да опише един от фундаменталните белези на системата. Съдилищата генерират доверие, когато се превърнат в незаменим инструмент за разрешаване на индивидуални спорове между страни от широките слоеве от обществото. От това основание за легитимност произтичат многобройни нормативни принципи и институционални модели. На първо място, всички съвременни системи полагат усилия да ограничат влиянието на партийно-политическия елемент върху съдебната система, за да повишат привлекателността ѝ като неутрален арбитър — въпрос, който вече беше обсъден. Съдилищата обикновено не извличат преки ползи от успеха или провала на определен партийно-политически дневен ред на правителството по отношение, например, на назначаването или повишаването на съдии. Освен това те едва ли биха били в състояние да съставят свой собствен цялостен и логически последователен дневен ред, поради редица добре известни институционални и доктринални ограничения. Като начало, съдилищата *реагират* на получени иски молби и жалби и като цяло са ограничени в произнасяне единствено по техния предмет. В своята юриспруденция съдилищата, поради редица инструменти, не са в състояние да заявяват подкрепа за последователни и комплексни идеологии и програми — без оглед на начина на третиране на „текста“ на конституцията, съдиите разполагат единствено с ограничен набор от доктринални аргументи, които са недостатъчна основа за съставянето на всеобхватен и вътрешно непротиворечив дневен ред. Поради формализираните в изключително висока степен правила за юридическа обосновка, те не могат да използват и големи обобщения и далечни аналогии. На съдилищата не е

³⁴ За анализ виж Woicicch Sadurski (ed), *Constitutional Justice. East and West: Democratic legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* U003), 167-71.

³⁵ Dorsen et al (n 11), 315-6.

³⁶ Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch* (1962).

позволено и прокламирането на документи от „програмен“ тип, въпреки че съдиите понякога се поддават на изкушението да дадат израз на своите по-общии политически виждания, което обаче е несравнимо със системното, логически последователно и всеобхватно естество на класическите политически програми. В обобщение, способността на съдилищата да демонстрират подкрепа за всеобхватни програми и доктрини изглежда умишлено увредена — белег, който радикално ги отличава от всички останали политически органи и легислатури.

Не на последно място, доктрините за достъп до съдилищата също са ключово важен за доверие в съдебната власт. Ако достъпът до съд е силно затруднен, а съдебните производства прекалено скъпи, съдилищата ще загубят досег с широки слоеве от обществото, превръщайки се в луксозен инструмент, който могат да използват единствено представителите на най-високите обществени класи. Прекалено лесният достъп до съдилищата обаче вероятно ще генерира огромни по обем забавени дела и други форми на неефективност и също ще доведе до спад на доверието в съдебната система. Проблеми с ефективността, породени от неуправляемо висок брой жалби, могат да уязвят дори изключително авторитетни съдебни институции като Съда по човешките права в Страсбург. Това означава, че добрата организация на съдебната власт следва да почива на правилен баланс между конкуриращите се ценности на достъпното правосъдие и управляемото натоварване. Тъй като съдебните производства по дефиниция са скъпи и времеемки, необходимо е и изграждането на механизми за извънсъдебно разрешаване на конкретни групи спорове.

На последно място, важна е личността на съдията. Съдиите безспорно следва да се избират въз основа на своите експертни познания, но самостоятелното прилагане на този критерий води до изключително непредставителен характер на съдебната система и може да подкопае доверието в нея. В Индия, например, се полагат усилия за включването в съдебната система на представители на всички социални слоеве³⁷. Подобни политики се наблюдават и в Южна Африка след падането на режима на апартейд. Принципната цел на тези усилия е да повишат чувствителността и отчетността на съдебната власт пред обществото, като в крайна сметка повишат доверието в нея, което е ключова предпоставка за функционирането ѝ като безпристрастен арбитър.

III. Заключение: съдебната власт — най-мало опасната от трите клона на държавната власт?

Съдебната власт е най-мако опасната от трите клона на държавната власт³⁸, защото, както е добре известно, тя няма контрол нито над хазната, нито над мечата на държавата като политическо формирание. От тази гледна точка метафората за „юрискрацията“ е силно преувеличена. Независимо от важността ѝ при вземането на решения, в съвременните политически режими съдебната власт не е равнопоставена на останалите клонове на политическата власт. Независимо от това, тя е *власт* в рамките на конституционния режим и много често играе ключова роля в определянето на важни държавни политики и решаването на ключови противоречия. В хода на този процес съдебната власт понякога може да струва прескъпо на държавната хазна³⁹, а в други

³⁷ *Ran Hirschl*. *Towards juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (2004).

³⁸ Andras Sajó, 'How the Rule of Law Killed the Welfare Reform' {1996} 5 *East European Constitutional Review* 31

³⁹ *Dred Scott v Sandford* 60 US 393 (1857).

неизбежно да прибегне до меча, като Върховният съд на САЩ в печално известното си решение по делото *Дред Скот*.

В тази глава развих тезата, че съдебната власт е нормативно очертана от четири основания, от които черпи легитимност. Това са принципът на разделение на властите, върховенството на закона, суверенитета и безпристрастността в решаването на спорове в качеството на арбитър. Всяко от четирите основания предполага различни, специфични принципи на организация на съдебната власт и различни форми на отчетност. Четирите нормативни основания могат да имат различна тежест в различните общества, в зависимост от обективните обстоятелства и тяхното възприятие от обществото. В крайна сметка, различните общества в определени периоди от своето развитие *задължително* приоритизират някои от тези основания. Това поражда широко разнообразие от институционални модели на съдебната власт, чиято жизнестойчивост се корени в ограничен брой основополагащи нормативни предпоставки.

Таблица 40.2 представя някои от най-често срещаните форми на приоритизация на четирите нормативни основания при съпоставка на обществено-политическия контекст:

Таблица 40.2 Легитимност на съдебната власт в политически контекст					
	Разделение на властите	на	Върховенство на закона	на Суверенитет	Независими арбитри
Преход от авторитарни/тоталитарни режими	Висок приоритет		Висок приоритет ⁴⁰	Нисък приоритет	Среден приоритет
Преход от режим на апартейд или расизъм	Нисък приоритет		Висок приоритет	Нисък приоритет	Висок приоритет
Агресивна мажоритарна демокрация	Висок приоритет		Среден приоритет	Нисък приоритет	Нисък приоритет
Повсеместна корупция	Среден приоритет		Висок приоритет	Нисък приоритет	Висок приоритет
Социално неравенство и широко разпространена бедност	Нисък приоритет		Нисък приоритет	Нисък приоритет	Висок приоритет
Изграждане на нация	Нисък приоритет		Нисък приоритет	Висок приоритет	Нисък приоритет

Таблицата показва, че когато едно общество излиза от тоталитарно или авторитарно управление то поставя изискванията на върховенството на закона като приоритет. Понякога това води до създаване на твърде независима съдебна власт, която се затваря в себе си и става безотчетна и безконтролна.

За общества, които напускат расистки режим или апартейд – който е дискриминирал определени групи от населението систематично – пръв приоритет е доверието на всички в съдебната власт и повишаването на нейната инклузивност. Това може да изисква квотно представителство в съдийската професия, без да се нарушава и професионализма на нейните членове.

Когато пък дадено общество се бори с голяма бедност, съдилищата трябва да гарантират, че защитават интересите на всички, включително тези, които са най-ниско в йерархията. Съставът на съдилищата трябва да отразява голямото разслоение и съдийството не бива да се превръща в привилегия за богатия елит. Юриспруденцията пък би трябвало да е чувствителна към социално-икономически права.

⁴⁰ Относно сложните дилеми, породени от върховенството на закона в контекста на преход, виж Венелин Ганев, "Върховенството на закона като институционален залог: Конституции. Съдилища и преобразяваща обществена динамика в Източна Европа" (2009) 1 *Hague journal of the Rule of Law* 263.

Когато дадено общество се характеризира с агресивен мажоритаризъм и репресия на малцинствата, съдийството би трябвало да може да отстоява правата на малцинството и индивида. Това може да стане чрез активистка юриспруденция в защитата на независимостта на съда и разделението на властите по-общо.

Много интересен е случаят на общество, в което се шири корупцията. За да се справи с нея съдийството и магистратурата трябва да са независими, но също и отчетни и прозрачни, за да не станат самите те остров на корупция и произвол (както става на доста места).

Обществата почти винаги имат повече от един приоритет – например, да се борят с корупцията, докато излизат от авторитарен режим. Затова компромиси с един или друг приоритет са необходими и неизбежни. Също така, обществата не са статични – те прехождат в различни състояния и сменят своите приоритети.

Съдийството и магистратурата са сложен инструмент на упражняване на власт. За да функционира добре, той трябва да е добре настроен. Настройката му се прави не само от тесни специалисти в областта на правото, но и от хора, които разбират по-общите политически и социални проблеми. Без подобна настройка инструментът може да стане опасен и да не произвежда очакваните резултати.

превод: Боряна Дешева