

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ КАЗЕННОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
«РОСТОВСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ
МИНИСТЕРСТВА ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»
(ФГКОУ ВО РЮИ МВД России)

В. Н. Цыганаш

**СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ КАК ЭЛЕМЕНТ
СИСТЕМЫ ПРАВОПОРЯДКА**

Монография

Ростов-на-Дону
2016

УДК 342.56
ББК 67.400
Ц 941

Рецензенты

начальник главного следственного управления на транспорте
МВД России по СКФО, к.ю.н. **А. Н. Жинко**;
заместитель начальника отдела № 1 управления экономической
безопасности и противодействия коррупции
ГУ МВД России по РО, к.ю.н. **В. В. Каденко**

Цыганаш В. Н.

Ц 941 **Судебная власть как элемент системы правопорядка:** монография. – Ростов н/Д: ФГКОУ ВО РЮИ МВД России, 2016. – 224 с.

ISBN 978-5-89288-306-1

Монография посвящена изучению одного из видов государственной власти – судебной власти, и с этой точки зрения представляет собой исследование, направленное на создание теоретико-понятийной базы для предметно-практических исследований в области правовой и организационно-правовой оптимизации процессов, связанных с существованием судебной власти.

Особенностью исследования является анализ властной феноменологии судебной деятельности, определение причин и закономерностей возникновения и существования судебной власти как понятия, технологии, института и исследования закономерностей объективации судебной власти в различных типах властной организации государственно-организованного общества.

Монография предназначена для научных сотрудников и сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации, преподавателей, слушателей и курсантов образовательных организаций системы МВД России.

Печатается по решению редакционно-издательского совета
ФГКОУ ВО РЮИ МВД России.

ISBN 978-5-89288-306-1

УДК 342.56
ББК 67.400

© ФГКОУ ВО РЮИ МВД России, 2016

ВВЕДЕНИЕ

В современной юридической науке исследованиям судебной власти придается фундаментальное значение. Судебная власть – это термин, который занимает уникальное место в анализе государства, власти и права. Он настолько укоренился в современной теории государственной власти, теории государства и теории права, что избежать его использования при исследовании этих явлений невозможно. Количество научных работ, посвященных вопросам судебной власти, растет. Их значение в формировании системного и цельного знания о судебной власти в теоретической юриспруденции сложно переоценить.

Вместе с тем анализ исследований в данной области показывает, что одной из неисследованных областей остается знание о правовой природе возникновения и о закономерностях существования судебной власти в условиях государственно-организованного общества, что неизбежно ведет к размыванию понятия, его бессмысленности. Такое положение принципиально противоречит требованию фундаментальности, предъявляемому к теоретическому знанию. Смысл этого требования сводится, в конечном счете, к тому, чтобы иметь такие характеристики теоретического знания, обращение к которым позволяет гарантированно решить все задачи, связанные с уточнением познавательного содержания и обоснованием систематизируемого знания.

Знание о юридической природе судебной власти, каким оно существует сейчас, не позволяет превратить бытие произвольного термина, пусть даже в умозрительном и обыденном понимании правильно употребляемого и, в целом, обоснованно существующего, в бытие целостного и доказательно понятого суждения. С этой точки зрения создание понятия судебной власти есть одна из фундаментальных задач общетеоретического юридического анализа.

Юридическая теория государства и права не только источник понятийного и терминологического аппарата, но и методологическая база отраслевых юридических наук, межотраслевых и междисциплинарных исследований.

Отметим, что в юридической теории, равно как и в большинстве гуманитарных наук, вопрос о фундаментальности и научной цен-

ности понятия связан с проблемой метода. Единство общенаучных методов и использование специальной юридической терминологии для определения и исследования такого объекта, как судебная власть – это сущностно различные вещи. В первом случае мы наблюдаем логику содержательных связей с теоретическими и правовыми понятиями, во втором – нет. Попытка определения феноменологии судебной власти вне методологии теории государства и права лишь при помощи юридической терминологии – это попытка субъективно-идеалистического и непосредственного восприятия ее идеальной сущности при помощи интуиции. Такая попытка зачастую превращается в учение о заблуждении чувственного опыта.

Только правильно выбранный метод обеспечивает целостность и достаточность системно-структурных характеристик тех связей, которые определяют сущность и понятие объекта.

Общее понимание судебной власти в отсутствие единства методологии исследования порождает существование ее разнообразных теоретических конструкций. Правовая наука в постсоветской России не столько институализировала, сколько окончательно размывала понятие «судебной власти» в связи с многообразием юридических подходов.

Таким образом, разрешение проблемы метода приращеня юридического знания – это необходимый и исключительно важный этап разрешения общей проблемы формирования научно обоснованного теоретико-правового понятия «судебная власть».

В силу особенностей сочетания использованных в работе методологических приемов познания судебной власти – субъектоцентризма в совокупности с другими классическими способами приращеня теоретико-правового знания, в монографии судебная власть рассматривается как теоретическое понятие, концептуально, вне какой бы то ни было предметно-практической, историко-политической, фактологической конкретики содержания ее проявлений, ставится задача определить закономерности и связи термина судебной власти через понятийный ряд, разработанный в теории государства и права.

Особенностью судебной власти как объекта юридического исследования является различие дискурсных закономерностей в проекции права и в проекции власти. Эта особенность ведет к тому,

что точность понятия «судебная власть» не может быть абсолютной. Идеальный характер понятия «судебная власть» заведомо предполагает различие в восприятии. Это происходит как в связи с необходимостью упрощения понятийно-категориального ряда теории государства и права, так и понятийного аппарата теорий власти. Кроме того, развитие новых концепций права и государства, понятий «власть», «государство», «право», «интерес в праве», «государственная воля» обуславливает вопрос об их сущностных характеристиках, об устранении неопределенности и множественности смыслов.

Вместе с тем формализация понятия требует определенной, достаточной для концептуализации точности. В этой связи возникает императивное требование о строгом выражении понятийного аппарата (категориального аппарата, категориального ряда). Кроме того, суждение о судебной власти, то есть представление о правильности или неправильности предлагаемой мысленной конструкции, может быть относительно точным благодаря исследованию развития понятия судебной власти.

Именно в развитии понятия можно найти ответы на вопросы о том, что есть судебная власть: потенциал, его осуществление, или и то и другое? Атрибут, отношение или действие? Власть сделать что-то или власть над кем-то? Что является непосредственным объектом воздействия судебной власти: интересы, предпочтения, поведение, сознание, выбор деятельности, их комбинация? Существует ли судебная власть постоянно или она дискретна? Возникает ли судебная власть вне правового конфликта, сопротивления, оппозиции? Является ли асимметрия правового положения сторон неотъемлемым условием существования судебной власти? Кто является субъектом власти: стороны, социальные структуры и системы или и те и другие? В чем состоит специфика судебной власти?

Вследствие этого теоретическая модель исследования судебной власти должна иметь внутреннюю логику, позволяющую проследить теоретико-правовое развитие этого понятия. Формула этого развития объективно определена онтологией государства и онтологией права: «понятие – технология – институт».

Развитие понятия «судебная власть» позволяет суждению о ней обрести содержание относительно государственно-правовых прояв-

лений судебной власти и получить характеристики истинного, ложного или спорного суждения, вместе с тем обретая так же и фундаментальность, позволяющую решить задачи, связанные с уточнением и систематизацией содержания судебной власти.

Таким образом, концептуальный анализ идеального понятия может быть завершен лишь тогда, когда относительно понятия могут быть построены суждения, а значит необходимо проследить развитие понятия не только в юридико-технологических, но и в институционально-правовых проявлениях.

ГЛАВА 1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

Понятийный концепт судебной власти не может быть научно обоснован, а формируемое понятие не может быть полноценно, если им не предшествует этап анализа содержания теоретико-правового знания о судебной власти.

Теоретико-методологическая часть данного исследования, таким образом, не просто признак научной добросовестности, дань традиции отечественной школе юридического анализа. Это показатель качества того знания, которое образуется вновь, его глубины. Исследование особенностей примененной методологии играет большое значение. Логико-понятийный анализ предшествующего знания отражает не только авторскую установку на доверие к предшествующим работам, но и признание их научной ценности. Вместе с тем он предполагает исследование и содержательной, и методологической составляющей таким образом, чтобы указать на те пробелы, которые неизбежны во время научного поиска, в период выдвижения гипотез и формирования теорий.

С методологической точки зрения задачи данной главы сводятся к определению доминирующего метода исследования судебной власти в теории государства и права; определению особенностей развития методологии, ее достоинств и недостатков; разграничению характеристик «понятие» – «значение» – «термин» в методологии исследования судебной власти, и определению методологического значения этого разграничения.

§ 1. Вопросы судебной власти в теоретическом наследии отечественной юридической науки

История и судьба термина «судебная власть» в российской теории государства и права – это история и судьба термина, содержательное значение которого столь глубоко, что затрагивает вопросы содержания государственной власти, применяемых правовых методов и оснований ее действия, исследования фактических механизмов гарантирования прав.

Так, например, теоретическое раскрытие содержания судебной власти позволяет определить действительные, а не декларируемые характеристики правопонимания. Это, в свою очередь, обеспечивает возможность теоретико-правового, политического, социологического анализа реальных, а не декларируемых способов макросоциального регулирования, раскрыть фактические, а не декларируемые механизмы защиты права. Анализ судебной власти как вида государственной власти позволяет определить применяемые технологии легитимации власти.

Очевидная глубина теоретико-правового содержания термина обусловила его научную судьбу и, в этой связи, особенности его изучения в отечественной теории государства и права.

В досоветский период система судебных органов выполняла функции рассмотрения правовых конфликтов в условиях самодержавной власти. Понимание судебных органов как самостоятельного института государственной власти, определяющего посредством применения права допустимые рамки независимых по отношению к общепринятым нормам властных действий государства и, тем более, государя, как Помазанника божьего, противоречило доминирующему представлению о сакральном характере его власти.

Принципиально положение не менялось и в советский период, хотя сакральное понимание верховной власти меняется на рациональное.

В период военного коммунизма судьи выносят решения вне формальной процедуры, в соответствии с революционной совестью и правосознанием, в интересах власти рабочих и крестьян. Но уже в 1921 году задача немедленного строительства коммунизма отходит на второй план, в 1928 году начинается осуществление интегрального обобществления экономики. Создан и реализуется первый пятилетний план. Происходит возврат к законности в управлении, в Конституции СССР от 5 декабря 1936 года появляется термин «государство», происходят процессы укрепления государства и его власти.

Система государственной власти становится институциональной и основывается на том, что органы, осуществляющие политическую власть, находятся над государственными органами и являются партийными. Институты государственной власти, в том числе и судебные органы, признаются воздействующими на общество при

помощи государственной власти, но только в соответствии с той направленностью, которую определяли партийные органы.

Этому имелось свое теоретико-правовое объяснение, которое сводилось в общем случае к тому, что в социалистическом обществе отсутствовало главное противоречие – противоречие между эксплуататорами и эксплуатируемыми, вследствие чего государство выражает интересы всех, а не господствующего класса, право в силу этой причины справедливо, поскольку защищает справедливый социальный строй, а задача судебных органов – обеспечить соблюдение режима законности, который является безусловным императивом.

В этой связи советский период так же мало способствовал исследованию судебной власти как самостоятельного института государственной власти, определяющего посредством применения права допустимые рамки независимых по отношению к общепринятым нормам властных действий, как и досоветский.

В советском конституционном и государственном законодательстве отсутствовало признание судебной власти в качестве самостоятельной ветви государственной власти. В статье 152 Конституции РСФСР 1977 года провозглашались только положения о независимости судей и подчинения их закону. Конституция СССР рассматривала суд и арбитраж как систему государственных органов, специализированных по способу и объему реализации государственной власти. Соответственно, в теории государства и права проблема судебной власти не существовала как самостоятельная проблема государственной власти. Само правосудие понималось как формы (виды) государственной деятельности¹. Используя в широком смысле понятие «функция государственного управления», употребляемое для обозначения содержания и формы проявления организующей деятельности государственного аппарата, теоретико-правовая наука идентифицировала его в той или иной форме с понятием «функции государства», а последнее с основными направлениями деятельности государства, осуществляемой посредством государственного аппарата².

¹ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 10; *Грошевой Ю. М.* Правовые свойства приговора – акта социалистического правосудия. Харьков, 1978. С. 8; *Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А.* Проблемы судебного права. М., 1983. С. 13.

² Юридический справочник для населения. М., 1973. С. 484–485.

Характерными для советской теоретико-правовой науки объектами исследования судебно-правовых отношений, соответственно, были: задачи, принципы организации и деятельности, структура и компетенция судов (судоустройство); порядок рассмотрения и разрешения уголовных, гражданских и административных дел (судопроизводство); государственный характер судебно-правового воздействия.

Отечественная юридическая наука советского периода в целом сформировала определенную методологию исследования судебных органов в рамках исследования правоохранительных органов.

В условиях командно-административной системы суды в СССР рассматривались в одном ряду с органами прокуратуры, внутренних дел, органами государственной безопасности, то есть с органами правоохранительными, основная задача которых – борьба с правонарушениями и преступлениями. С этой точки зрения суд осуществлял такой вид государственной деятельности, как правосудие. Само правосудие понималось как формы (виды) государственной деятельности³. Используя в широком смысле понятие «функция государственного управления», употребляемое для обозначения содержания и формы проявления организующей деятельности государственного аппарата, правовая наука идентифицировала его в той или иной форме с понятием «функции государства», а последнее с основными направлениями деятельности государства, осуществляемой посредством государственного аппарата⁴. Поскольку суд входил в систему советского государственного аппарата, он осуществлял соответствующие функции, представляющие собой направления государственной деятельности.

Характерными для советской науки объектами исследования судебно-правовых отношений были обозначены:

1. Задачи, принципы организации и деятельности, структура и компетенция судов – т. е. судоустройство. Судоустройство исследуется в рамках Конституции СССР как Основного закона, закреп-

³ *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 10; *Грошевой Ю. М.* Правовые свойства приговора – акта социалистического правосудия. Харьков, 1978. С. 8.

⁴ Юридический справочник для населения. М., 1973. С. 484–485.

ляющего место судов в государственной системе, рассматриваются их полномочия, вопросы функциональной независимости и обособленности от других ветвей власти, а также правовые гарантии действенности и эффективности судебной власти. Исследование вопросов судостройства раскрывает такие характеристики судебной власти, как независимость, несменяемость и неприкосновенность судей, состязательность, пределы процессуальной активности.

2. Порядок рассмотрения и разрешения уголовных и гражданских дел, т. е. судопроизводство. Термин судопроизводство носит условный характер, поскольку отражает не только деятельность суда, но и органов прокуратуры, а также органов предварительного расследования.

3. Государственный характер судебной власти. Признание государственного характера судебной власти обеспечивает представление о ней как о конечном продукте деятельности соответствующих судебных органов.

4. В области конституционного определения задач судебных органов указывалось обеспечение суверенного права осуществлять правосудие и уголовное преследование на своей территории в соответствии с собственным материальным и процессуальным правом; неуклонное соблюдение принципа социалистической законности.

Можно указать на то, что результатом функционального осмысления судебной деятельности в советский период явилась детальная разработка вопросов технического обслуживания функций государственной власти.

Признавалось, что непосредственно реализация судебной власти, или осуществление правосудия, происходит в установленном законом процессуальном порядке. Он в целом универсален и базируется на таких общепризнанных принципах, как равенство граждан перед законом и судом, уважение личности, открытое судебное разбирательство, национальный язык судопроизводства, состязательность и равноправие сторон. Однако в зависимости от характера рассматриваемых правоотношений, то есть от того, нормы какой отрасли материального права нарушены, судопроизводство приобретает некоторые особенности. Так, для уголовного процесса характерно начало публичности, обязывающее соответствующие государственные органы при обнаружении признаков преступления

действовать инициативно и активно. В гражданском процессе, напротив, стороны, исходя из принципа диспозитивности, сами распоряжаются своими материальными и процессуальными правами. Вместе с тем вся система процессуальных норм способствует выполнению задач судопроизводства. Особое место в ней занимают основные положения – принципы процессуального права. Основы и кодексы содержат так же много специальных норм, конкретизирующих основные положения и предусматривающих специфические процессуальные формы выполнения задач судопроизводства. В их числе можно назвать нормы, регулирующие привлечение общественности к осуществлению правосудия (народные и присяжные заседатели), условия и порядок выполнения судами частных определений.

На институциональном уровне независимость судебной деятельности рассматривалась в рамках институционально-функционального подхода как одна из системообразующих подсистем административно-деловой управленческой среды, формирующей направление общественного развития и включающей все формы и органы судебно-правового государственного управления обществом. Идея самостоятельности и независимости судебной деятельности уточняла содержание отношений, возникающих между органами судебной власти и органами законодательной и исполнительной власти, а также между самими судами в рамках судебной иерархии.

Советская методология исследования судебной деятельности основана на том, что, будучи специальным объектом исследования, судебная деятельность опосредует в первую очередь юридико-правовые отношения в обществе, следовательно, ее исследование надлежит проводить с применением методологии и инструментария юридической науки. Логика «функции государства – государственная власть – судебная власть – суд – правосудие – судья» в рамках этого подхода отражает сложившуюся структуру и систему обеспечения правосудия, властную природу судебных предписаний, сформировавшиеся социальные статусы, роли и культурные стереотипы. С этой точки зрения она безупречна в характере их описания.

Вместе с тем советский период теоретического исследования судебной деятельности поставил перед современными исследователями ряд вопросов, необходимость решения которых закономерно

определяет круг исследуемых современной российской теоретической наукой вопросов.

1. Проблема теоретического разграничения компетенции органа судебной власти и собственно судебной власти.

2. Проблема диалектики судебной власти. Правосудие, как процесс вполне удовлетворяет дискурсу «функции государства – государственная власть – судебная власть – суд – правосудие – судья». Но правосудие как политико-правовая и социальная категория – нет, поскольку сегодня признается, что правосудие по самой своей сути может признаваться таковым лишь при условии, что оно отвечает международным принципам гуманизма, требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах.

3. Проблема независимости судебной власти, как проблема субъекта, определяющего судебную политику.

4. Проблема приоритетов судебной защиты. Необходимость теоретического обоснования установленных приоритетов. Она порождает множественность подходов к определению соотношения понятий закона и законности.

5. Проблема объема судебно-правового регулирования как проблема соответствия судебной власти динамически меняющимся потребностям общества.

6. Проблема вида судебно-властного отношения, от директивного до интеракционистского и, в этой связи определения юридических условий применяемых видов судебно-властного отношения.

Итак, в советском теоретическом правоведении (теории государства и права, а вслед за этой наукой и в других отраслевых юридических науках, в том числе в науке об организации судебной власти), судебная власть как предмет теоретического исследования был представлен в значительной степени формально. Признавая властную сущность процесса осуществления правосудия, советская теория государства и права исследовала, главным образом, вопросы следования и исполнения (реализации) предписаний юридических норм. С этой точки зрения в советской теоретической науке были разработаны вопросы судоустройства, судопроизводства, определен статус суда в системе государственной власти.

Однако, и это нужно особенно отметить, теоретико-правовая наука советского периода отличалась логичностью, глубиной и фун-

даментальностью в исследованиях. Это было обусловлено, прежде всего, ролью правовой доктрины, которая помогала правоприменителю в логическом толковании советских законов с тем, чтобы увидеть в законе его подлинный смысл с учетом всей системы действующего права и основных принципов государственной политики социалистического государства.

Вследствие этого, не смотря на то, что в научном плане теория советского государства и права, являясь теоретико-методологической базой для отраслевых юридических дисциплин, не рассматривала судебную власть как самостоятельный и значимый в советском обществе институт властно-правового взаимодействия государства и общества, государства и личности, как теоретико-правовое явление, имеющее самостоятельное научное и практическое значение, тем не менее, в силу объективности научного знания, в советский период развития теории государства и права как науки были глубоко разработаны важнейшие теоретические основы, необходимые для исследования судебной власти, а именно:

- теория права, позволявшая через критику буржуазных концепций права понять смысл и предназначение права в государстве, политическая система которого основана на разделении властей. Впоследствии это позволило создать теоретическую модель юридического типа правопонимания;

- теория государства, позволявшая так же, через критику, понять роль и назначение правового государства и гражданского общества, определить роль и место судебных органов в системе разделения властей. Впоследствии именно это понимание обусловило появление термина «судебная власть»;

- теория правоотношения, раскрывающая процесс урегулирования общественных отношений, перевода общественных отношений в правоотношения. В рамках этой теории было определено, что абстрактность нормы обуславливает два возможных варианта правоприменения: когда норма полностью совпадает с фактическими отношениями и когда норма полностью или частично не совпадает;

- теория правоприменения, в рамках которой были исследованы стадии правоприменения, разработаны понятия «абсолютно-определенной схемы правоприменения» и «абсолютно-неопределенной схемы правоприменения». Установлена связь последней со спо-

ром о факте или о праве и доказано, что абсолютно-неопределенная схема правоприменения позволяет разрешить правовую ситуацию несовпадения нормы и отношения, регулируемого ею;

– глубоко исследован вопрос судебного усмотрения в романо-германской правовой семье. В рамках этого возникло понимание, что ситуация коллизии нормы с регулируемым отношением устраняется тремя возможными способами: приданием закону нового смысла, особенностями оценки и учета обстоятельств, модификацией правила применения нормы, то есть применением не специальной, а более общей нормы;

– теория субъективных прав, оснований и способов их возникновения, изменения и прекращения. Именно в рамках этой теории возникло понимание того, что судебная норма, содержащаяся в акте судебного органа, является основанием для установления, изменения и прекращения субъективных прав и обязанностей;

– разработаны вопросы судебной оценки доказательств. В рамках этого направления были определены механизмы, позволявшие соотносить норму и фактическое отношение, а также разработаны критерии законности, обоснованности и объективности этого соотношения;

– исследовано соотношение понятий законности и справедливости в советском праве. Впоследствии основы этих исследований заложили фундамент исследования юридического типа правопонимания, методологический и инструментальный фундамент социологии права.

Вместе с тем, и это так же нужно отметить, в советский период развития теории государства и права, не возникло обобщенного понимания того, что посредством применения права и разрешения правовых коллизий образуется самостоятельный вид государственной власти – судебная власть.

Как следствие этого, в советской теоретико-правовой науке доминировало представление о том, что вопросы определения архитектуры власти, ее институциональных характеристик не относятся к областям исследования теории государства и права. Это представление фактически предопределило отсутствие исследований по данной тематике. Теория советского государства и права была призвана определять возможности права как инструмента государст-

венной власти, а не указывать его предназначение. Определение целевого предназначения тех или иных институтов, власть которых обусловлена возможностями правового нормирования, было выведено за скобки теории государства и права и отнесено к вопросам политической практики государственного строительства.

Сегодня, в связи с развитием теоретической юриспруденции и политологии, отсутствие такого понимания представляется закономерным. Современное развитие смежных с теорией государства и права наук, прежде всего, кратологии, социологии, социологии права, убедительно показало, что вне исследования множественных закономерных связей между типом восприятия общества как объекта макросоциального управления и типом правопонимания; между статусом государственного органа во властной системе государства и архитектурой системы государственной власти; между властью и правом как формулой власти, изучение властных характеристик государственных органов возможно лишь с точки зрения его функциональных характеристик.

§ 2. Судебная власть в современных российских исследованиях

В российском публичном праве постсоветского периода, термин «судебная власть» возникает в начале 90-х г. г. XX века. Он заявлен в Декларации съезда народных депутатов РСФСР «О государственном суверенитете РСФСР» 12 июня 1990 года. Впоследствии, 21 апреля 1992 г., он вводится Верховным Советом РСФСР в качестве поправки в Конституцию РСФСР и с этого времени существует в правовой жизни Российской Федерации и становится объектом систематического теоретико-правового внимания.

Возникнув в нормативном акте конституционного характера – Декларации о государственном суверенитете – термин «судебная власть», тем самым, впервые обозначил на уровне конституционно-правовой организации институтов государственной власти отношения, возникающие в процессе судебной деятельности, как отношения, имеющие самостоятельное властно-политическое, правовое, организационно-правовое, конституционное значение.

Не смотря на то, что в Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. термин «судебная власть» был воспроизведен, сама Конституция Российской Федерации исчерпывающе определила только отдельные элементы правового объема свойств судебной власти и указала на отдельные принципы реализации судебной власти: осуществление правосудия только судом (ст. 118); законность правосудия (ч. 2 ст. 15); доступность судебной защиты (ст. 46); осуществление правосудия на началах равенства всех перед судом и законом (ст. 19); участие граждан в осуществлении правосудия (п. 5 ст. 32); независимость судей и подчинение их только закону (ст. 120); гласность в деятельности судов (ст. 123); обеспечение обвиняемому права на защиту (ст. 48); состязательность равноправие сторон в судебном процессе (ст. 123); презумпцию невиновности (ст. 49); незыблемость и неприкосновенность судей (ст. 121, 122). Конституция Российской Федерации так же провозгласила, что важнейшая задача судебной власти – обеспечение защиты прав и свобод человека и гражданина (ст. 18 и 46). Содержательно же понятие судебной власти определено не было.

Такое положение, а именно – отсутствие теоретико-правовой схемы понятия судебной власти в отечественной практике и науке не смогло не отразиться в практике формирования судебной системы, определения ее полномочий и, более широко, в практике существования и применения термина «судебная власть».

Факт существования термина «судебная власть» в отрыве от понятийной концепции, определяемой теорией государства и права, ее методологией и инструментарием, поставил перед исследователями задачу определения теоретико-правового объема и теоретико-правового содержания этого явления, определения его места в теории государства и права, характеристик, свойств, существенных связей. Более широко – поставил задачу идентификации судебной власти средствами теории государства и права как универсального государственно-правового явления, задачу создания теоретико-понятийного концепта судебной власти, который должен быть теоретической, методологической инструментальной и терминологической платформой для отраслевых и прикладных правовых исследований.

Начиная с 90-х годов XX века и по настоящее время, количество монографических и научных работ российских авторов, в рабо-

тах которых делается попытка дать определение термина «судебная власть», постоянно увеличивается.

Общий анализ работ С. С. Алексеева, Н. В. Витрука, С. В. Вицина, К. В. Гуценко, Ю. А. Дмитриева, В. В. Доронкова, Н. А. Колоколова, В. И. Кононенко, О. Е. Кутафина, В. М. Лебедева, П. И. Люблинского, В. С. Нерсесянца, И. Л. Петрухина, В. А. Ржевского, В. М. Савицкого, М. С. Строговича, Б. Н. Топорина, А. С. Шейфера, В. А. Яблокова и других исследователей позволяет отметить последовательное накопление знаний о судебной власти как о теоретико-правовом феномене и развитие знания в моделях «от простого – к сложному», «от идеальной модели – к модели, учитывающей объективную реальность», «от изучения отдельных аспектов – к комплексному исследованию».

Мы не можем не отметить то огромное методологическое значение, которое имели и имеют указанные работы. Проведенные исследования в основной своей массе отражают в большей или меньшей степени отдельные аспекты существования судебной власти как правового явления. Они указывают исследователю на признаки, позволяющие определить видовые отличия судебной власти. К ним относятся такие признаки, как признак применения «правового закона»⁵, «соотношение законности и справедливости»⁶ et cetera.

Вместе с тем анализ имеющихся работ в области исследования судебной власти обнаруживает процесс приоритетных исследований тех явлений судебной власти, которые возникают как закономерный результат ее проявлений во взаимодействии с процессами общественной регуляции. И мы можем отметить, что такое положение закономерно с точки зрения юридической науки. Заметными составляющими метода правовой науки можно считать интерпретацию юридической нормы, выделение в ней таких признаков, как абстрактность, общеобязательность, способности утверждать основы социального порядка в обществе. Определенную роль играет опущение необходимости перенести научное внимание с собствен-

⁵ Изварина А. Ф. Судебная власть в РФ: содержание, организация, формы. Ростов н/Д, 2005. С. 26.

⁶ См.: Шейфер С. А. Взаимоотношения судебной и обвинительной властей // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 8. С. 30.

но юридических сюжетов на проблему влияния права и отправления правосудия, в особенности для выяснения того, что реально дает гражданам действующее право, что дает гражданам система правосудия или чего они лишаются в результате их бездействия или патологии.

Жестко очерченная рационально-сциентическая методология юридических наук направлена в первую очередь на исследование нормативной формы социального бытия. Поэтому исследования судебной власти в разрезе процессов социального регулирования помогает установить, в какой степени юридические нормы реализуются в жизни, нет ли разрыва между должным и сущим.

Это вовсе не означает, конечно, что авторами не определяется понятие судебной власти. Наоборот, каждая авторская работа либо начинается с определения понятия судебной власти, либо оканчивается им. Однако эти исследования не рассматривают судебную власть в ее чистом, концептуальном виде.

Здесь мы считаем необходимым сделать методологическое отступление, чтобы пояснить нашу позицию относительно состояния исследований в области судебной власти в российской теоретической юриспруденции.

С точки зрения логики и структуры исследований характерны выборы предмета и объекта исследований. Судебная власть в большинстве случаев рассматривается в качестве объекта исследования. Это с очевидностью проистекает из анализа тех предметов исследования, которые возникли в российской теоретической юриспруденции, начиная с 90-х годов XX века, в связи с исследованием судебной власти.

Выбор судебной власти в качестве объекта исследования подразумевает его понятийную теоретико-правовую определенность. Но в данном случае особенность кроется в том, что понимание судебной власти существует лишь в общей форме. Как объект научного исследования, т. е. более широкое понятие, относительно теоретико-правового содержания которого исследуется непосредственный предмет, судебная власть должна иметь теоретически оформленное содержание, которое позволяет строить суждения о предмете исследований. Но даже если содержание объекта не оформлено целостной теорией, необходимо иметь представление о характери-

ках родового признака объекта, о структуре и закономерностях возникновения и существования его внутренних связей, о взаимосвязях родового признака, определяющих его теоретико-правовых категорий и видовых признаков. Это – минимально необходимые и достаточные требования к объекту исследования. Их отсутствие приводит к двум последствиям. Во-первых, к поиску родового объекта и определению его внутренних закономерностей за счет постоянного расширения круга исследуемых явлений. Это закономерно, поскольку, так или иначе, любые фактические проявления – это проявления родового признака и проявления внутренних закономерностей. Если нет теоретико-правового содержания, то его в той или иной степени можно определить через явления и вывести на этой основе суждения относительно предмета исследования. Это, в свою очередь, путь к созданию сложных интегративных определений, определений, включающих в себя все возможные явления, а значит – а priori содержащих описание родового признака объекта исследования и закономерностей его действительного существования. Этот путь мог бы стать магистральным, если бы не одно обстоятельство методологического характера. Чем шире круг явлений, через которые определяется объект исследований, тем более размыто его теоретико-правовое содержание. Это с неизбежностью обуславливает наступление второго последствия: усложнения методологии исследования и, как следствие, необходимость привлечения методологического инструментария смежных наук.

Усложнение метода исследования в теории государства и права, как правило, есть следствие двух причин: увеличения круга исследуемых явлений, каждое из которых имеет свое теоретико-правовое основание и теоретико-правовые особенности, и необходимости одновременного определения родового признака объекта исследования и объяснения закономерностей его существования. Таким образом, возникает сложная и многоцелевая методологическая задача, которая не решается ни в рамках общенаучных методов, ни в рамках специально-правовых методов, а потому каждый раз требует изобретения специального метода. Каким образом он возникает? Он возникает, как слияние методов юридических наук и тех наук, которые наиболее близки к непосредственному предмету исследования.

Именно такое положение относительно выбора предмета и объекта исследований, а также относительно методологии исследования мы наблюдаем в исследованиях современной российской теоретической юриспруденции, посвященных изучению судебной власти.

Так, исследуются вопросы соответствия судебной системы состоянию общественных отношений; теоретико-правовые формы судоустройства и судопроизводства; определяются роль, значение и место судебной власти среди других ветвей власти, политико-правовой статус и характеристики судебных органов – носителей судебной власти в рамках новой демократической политической доктрины; исследуется опыт становления и развития современной судебной системы.

В качестве научных проблем рассматриваются: понятие и признаки судебной власти, ее устройство и основные этапы формирования, регламентация судебных процедур и внутренней деятельности, история зарубежной юстиции, отечественной юстиции в различные периоды, соответствие деятельности судей и судов конституционным принципам, сформулированным в ст. 118 Конституции РФ «Отправление правосудия только судом».

Исследователи ставят ряд важных вопросов: о пределах судебной власти, об объеме регулирования судебной власти. В рамках вопроса о пределах возможностей судебной власти, а точнее в поиске гарантий того, что судебная власть не вернется к положению власти-функции, а будет полноценной участницей процесса выработки властных решений, возникает вопрос о самостоятельности и независимости судебной власти и о соотношении этих понятий. В этой же связи возникает задача конституционно-правового объяснения принципа самостоятельности и независимости судебной власти и его закрепления в правовых и организационных формах. Возникает вопрос о признаках судебной власти. В исследованиях остро встает вопрос о том, относить ли суд к правоохранительным органам или не относить.

Исследуются вопросы предназначения судебной власти. Исследователями предложены такие формулировки предназначения судебной власти, как «охрана общества от любого произвола граждан и от неправильных действий самого государства, его органов,

должностных лиц»⁷, «функция социального контроля при наличии конфликта между отдельными членами общества, между ними и государством, конфликта, предполагающего в любой сфере жизни и деятельности человека, урегулированной правом»⁸; «потенциал социального воздействия правовыми методами, разрешения возникающих конфликтов в обществе на основе действующих общеобязательных правил и правовых принципов, задавая при этом стандарт правового подхода, основанного на конституционных нормах, положениях законов, общепризнанных нормах и принципах международного права... она разрешает те проблемы и споры, которые наиболее остро стоят в обществе. Она не может от них абстрагироваться, сославшись на то, что законодатель не решил эту проблему, суд должен разрешить проблему по существу»⁹; «установление истины, восстановление справедливости, разрешение споров и наказание виновных в форме, установленной законом»¹⁰; «разрешение возникающих в правовой жизни социальных конфликтов с использованием установленной законом процедур»¹¹; «разрешение социальных конфликтов, [суд – авт.] следит за соответствием нормативных и правоприменительных актов Конституции РФ и законам, а также устанавливает юридически значимые факты»¹²; «разрешения на основе закона социальных конфликтов между государством и гражданами, самими гражданами, юридическими лицами; контроля за конституционностью закона; защиты прав граждан в их взаимоотношениях с органами исполнительной власти и должностными лицами; контро-

⁷ Рустамов Х.У., Безнасюк А.С. Судебная власть. М., 2002. С. 17.

⁸ Абросимова Е. Б. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. М., 2002. С. 11.

⁹ Анишина В.И. Конституционные принципы судебной власти Российской Федерации: формирование, содержание, перспективы развития. М., 2006. С. 12.

¹⁰ Дмитриев Ю. А., Черемных Г. Г. Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право. 1997. № 8. С. 48.

¹¹ Шейфер А. С., Яблоков В. А. Понятие судебной власти и ее функции // Проблемы судебно-правовой реформы в России: история и современность: сборник трудов. Самара, 1999. С. 192.

¹² Петрухин И. Л. Судебная власть. М., 2003. С. 7.

ля за соблюдением прав граждан при расследовании уголовных преступлений и при проведении оперативно-разыскной деятельности; установлении наиболее значимых фактов и состояний»¹³.

Исследуется вопрос о функциях судебной власти. Отмечается, что в условиях разделения властей суд стал обладать еще двумя полномочиями «полномочиями судебного административного контроля или разрешения административных дел, то есть дел о незаконности деятельности органов исполнительной власти и полномочиями судебного конституционного контроля или разрешения конституционных дел, то есть дел о неконституционности, во-первых, законодателя, а во вторых – исполнителя»¹⁴. Судебная власть в некоторых исследованиях определяется как консенсуальный институт устранения конфликтов между другими ветвями государственной власти¹⁵.

Исследуется роль суда в государственном механизме. «Суд выступает проводником права и действует как механизм достижения баланса между публичным и частным интересом, как гарант применения норм и правил, соответствующих конституции, правовым принципам, нормам международного права»¹⁶. Е. Б. Абросимова указывает, что роль суда – «осуществление социального контроля в механизме разделения властей»¹⁷.

В теории государства и права возникают попытки не только структурно-функционального анализа судебной власти в контексте института разделения властей, но и властно-политического анализа, основанного на определении места и роли судов в соответствии с основополагающим принципом разделения властей как формой организации власти в правовом государстве. Властно-политический анализ связывает наличие развитых политической и правовой сис-

¹³ *Петрухин И. Л.* Указ. соч. С. 81.

¹⁴ *Абросимова Е. Б.* Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. М., 2002. С. 13.

¹⁵ См.: *Немыкина О. Е.* Трансформация институтов судебной власти в постсоветской России. Ростов н/Д, 2006.

¹⁶ *Анишина В. И.* Конституционные принципы судебной власти Российской Федерации: формирование, содержание, перспективы развития. М., 2006. С. 12.

¹⁷ *Абросимова Е. Б.* Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. М., 2002. С. 12.

тем, с конституционным принципом разделения властей, самостоятельностью и независимостью судей как носителей судебной власти и с осуществлением функции правосудия как самостоятельной функции государства.

Исследователями выделяются важнейшие элементы содержания судебной власти как целостной социальной и правовой категории. Определено, что судебная власть является результатом осуществления принципа «разделения властей», который при всей условности своего наименования обеспечивает распределение сфер руководства делами общества в механизме народовластия; во-вторых, по своим функциональным признакам судебная власть является государственной властью со всеми присущими ей атрибутами; в-третьих, по своему предметному назначению судебная власть составляет конкретную форму деятельности государства, организационно оформленную как система правосудия.

Изучается вопрос о роли судебной власти в разрешении правового конфликта. Так, например, В. П. Нажимов и А. М. Яковлев указывали на то, что роль суда недопустимо сводить к разрешению конфликта. При таком, арбитражном подходе, указывали авторы, упускается из виду, что возникший конфликт не только влечет наступление ответственности, но и должен быть надлежащим образом разрешен. Поскольку конфликт может быть уголовно-правового характера, то разрешить его вправе только суд путем осуществления правосудия¹⁸.

На сомнительность трактовки роли суда как арбитра между спорящими сторонами указывали в 1983 году Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников, отмечая, что такая роль суда непосредственно связана с идеей обвинения как уголовного иска, которая, по мнению В. М. Савицкого, подчеркивает единство уголовного и гражданского процессов с позиций их движущего начала¹⁹.

¹⁸ *Нажимов В. П.* Правовое и процессуально-правовое положение судей при рассмотрении уголовных дел в народном суде: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1958. С. 5; *Яковлев А. М.* Принцип социальной справедливости и основания уголовной ответственности // Советское государство и право. 1982. № 3. С. 93.

¹⁹ *Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А.* Проблемы судебного права. М., 1983. С. 17.

В 70–80-е годы XX столетия в юридической науке был поставлен вопрос о недопустимости отождествления суда и арбитража, поскольку ни в уголовном, ни в гражданском процессе роль суда не сводится к разрешению спора между сторонами, ибо на суде лежит обязанность обеспечить правильное, справедливое и законное разрешение рассматриваемого дела, т. е. осуществить правосудие. Это вопрос был разрешен на конституционном уровне в Конституции СССР 1977 года, где суд и советский арбитраж были обозначены, как два отдельных судебных органа.

Суд советской теорией определялся как орган государства, защищающий правопорядок путем разрешения возникающих в обществе конфликтов. «Потребность в осуществлении правосудия объясняется наличием в обществе конфликтов, стремлением государства защитить от посягательств установленный им правопорядок», – утверждал в 1983 г. И. Л. Петрухин²⁰. Г. И. Бушуев, определяя роль и место судьи в уголовном процессе в 1984 году, указывал, что судьи разрешают острый жизненный конфликт и принимают решение²¹.

Однако спустя двадцать пять лет, в 1998 году М. В. Баглай в работе «Конституционное право Российской Федерации» высказал прямо противоположную позицию: «Суд ставит себя в положение посредника между государством и личностью, между различными физическими и юридическими лицами. Нетрудно представить себе, с каким огромным объемом правовых конфликтов приходится при этом сталкиваться, особенно в таком динамично развивающемся обществе, каким ныне является российское общество. Но посредническая роль может быть эффективной только в том случае, если опирается на уважение и доверие с двух сторон, если реальны независимость, профессионализм, неподкупность судебного аппарата»²².

Столь противоречивая теоретическая позиция относительно роли суда в правовом конфликте показывает правильность замечания Н. А. Колоколова, который указывал на то, что «... права те авторы, которые, прежде чем дать определение понятию «судебная

²⁰ *Петрухин И. Л.* Правосудие в системе государственных функций // Правоведение. 1983. № 3. С. 37.

²¹ *Бушуев Г. И.* Судья в уголовном процессе. М., 1984. С. 3.

²² *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации: учебник. М., 1998. С. 615.

власть» анализируют ее основные признаки. Это позволяет им приблизиться к его уяснению посредством изучения общей теории государственной власти, трактующей ее саму как систему особых государственных отношений»²³.

В этой связи важной частью комплекса теоретико-правового знания о судебной власти является исследование функций судебной власти в увязке с функциями государства и государственной власти. Научное сообщество не без оснований полагает, что изучение и углубленная теоретическая разработка правовой жизни государства позволит вывести не только основные черты права но и детализировать порядок его применения. Общество, являясь сложной системой, обладает двумя важнейшими качествами: оно динамично и оно находится в постоянном саморазвитии. Отследить и, тем более, предвидеть изменения общественной жизни инструментарием правовой науки практически невозможно. Таким образом, теоретические посыпки, развитые в рамках только правовой науки являются адекватными, когда описывают уже имеющуюся социальную данность и всегда недостаточны, когда общество сделало шаг дальше на своем пути.

Исходным положением для осмысления судебной власти является положение о государстве как о властно-политической организации общества. Соответственно, судебная власть рассматривается как форма легальной защиты прав и свобод, способ обеспечения законности и правопорядка.

Так, З. С. Лусегенова дает определение судебной власти как системы деятельности суда по осуществлению принадлежащих ему публично-правовых полномочий в установленных государством правовых формах и процедурах²⁴.

А. Ф. Изварина раскрывает понятие судебной власти как «функции государства, выражающейся в возможности и способности на кого-либо, что-либо распорядиться кем-либо, чем-либо, на основа-

²³ Колоколов Н. А. Судебная власть: о сущем феномена в логосе. М., 2005. С. 95.

²⁴ Лусегенова З. С. Теоретико-правовые основы судебной власти в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2000. С. 4.

нии и в пределах правового закона. Эта функция осуществляется и проявляется носителями судебной власти в предусмотренной законом процессуальной форме»²⁵.

Т. А. Савельева рассматривает судебную власть как самостоятельную систему, обладающую суверенитетом и средствами взаимодействия с другими ветвями власти²⁶.

Ю. А. Дмитриев и Г. Г. Черемных определяют судебную власть, как самостоятельное публично-правовое образование²⁷.

К. Ф. Гуценко и М. А. Ковалев отмечали, что «будет ошибкой сведение судебной власти к суду как государственному органу... властью является то, что данный орган может и в состоянии сделать. По существу, это полномочия, функция, но не ее исполнитель»²⁸.

В. М. Савицкий прямо связывал существование судебной власти с правовым государством. «Судебная власть – это правовой и политический феномен, который адекватно отражает стремление к формированию правового государства, основанного на доктрине разделения властей»²⁹.

Х. У. Рустамов и А. С. Безнасюк указывают, что принцип разделения властей «не только распределяет функции государственной власти между тремя ветвями власти, но и устанавливает их самостоятельность и взаимную уравновешиваемость. В этой системе суды связаны с законодательной и исполнительной властью обязанностью применять законы и другие нормативные правовые акты, а также в отношении назначения судей на их должности; но судебная власть обладает возможностью фактической отмены законов, указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ, если

²⁵ Изварина А. Ф. Судебная власть в Российской Федерации: содержание, организация, формы. Ростов н/Д, 2005. С. 26.

²⁶ Савельева Т. А. Судебная власть в гражданском процессе. Саратов, 1997. С. 12.

²⁷ 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.

²⁸ Гуценко К. Ф., Ковалев М. А. Правоохранительные органы. М., 1995. С. 33.

²⁹ Савицкий В. М. Организация судебной власти в Российской Федерации. М., 1996. С. 7.

они будут ею признаны неконституционными. Судебная власть полностью самостоятельна в вынесении судебных решений и приговоров, но их исполнение относится к обязанностям исполнительной власти»³⁰.

Е. Б. Абросимова связывает обособление суда от исполнительных функций (и обособление судебной власти), приобретение такого фундаментального качества судебной власти, как независимость с признанием в качестве фундаментальной основы конституционного строя принципа разделения властей. «Собственно с этого момента – указывает автор – можно говорить о судебной власти, а не о суде»³¹.

Исследователи процессуальных характеристик судебной власти идут по тому же пути. Так, В. П. Божьев указывает на ее полномочия как признак, характеризующий судебную власть. «Судебная власть есть предоставленные специальным органам государства – судам – полномочия по разрешению отнесенных к их компетенции вопросов, возникающих при применении права и реализация этих полномочий путем конституционного, гражданского, уголовного, административного, арбитражного судопроизводства с соблюдением процессуальных норм, создающих гарантию законности и справедливости принимаемых судами решений»³².

С. А. Шейфер определяет судебную власть как исключительное полномочие суда разрешать в сфере права социальные конфликты с использованием для этого соответствующей процессуальной процедуры при наделении конфликтующих сторон равными правами³³.

В. А. Яблоков, анализируя вопросы реализации судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России отмечал, что «судебная власть есть принадлежащее судам, составляющим

³⁰ Рустамов Х. У., Безнасюк А. С. Судебная власть. М., 2002. С. 16.

³¹ Абросимова Е. Б. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. М., 2002. С. 12.

³² Правоохранительные органы РФ / под ред. В. П. Божьева. М., 1996. С. 33.

³³ См.: Шейфер С. А. Взаимоотношения судебной и обвинительной властей // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. № 8. С. 30; Он же. Понятие и взаимоотношения судебной, прокурорской и следственной властей // Уголовная ответственность: основания и порядок реализации: межвузовский сборник научных статей. Самара, 1991. С. 60.

единую судебную систему государства, исключительное полномочие по разрешению с использованием установленной законом процедуры возникающих в правовой сфере жизни общества конфликтов, направленное на упорядочение общественных отношений и основанное на применении к правонарушителям мер государственного принуждения либо возможности его применения»³⁴.

Исследование функций судебной власти определяет возникновение комплекса взглядов, представлений и идей относительно теоретико-правовой специфики судебной власти как вида государственной власти.

Так, например В. В. Лазарев, давая определение судебной власти, указывает, что ее специфичность в том, что она рассматривает спор о праве путем гласного, состязательного, и, как правило, коллегиального разрешения³⁵. И. Л. Петрухин указывает на то, что судебная власть имеет полномочия по разрешению отнесенных к ее компетенции вопросов, возникающих при применении права и реализации этих полномочий путем конституционного, гражданского, уголовного, административного и арбитражного судопроизводства с соблюдением процессуальных норм, создающих гарантию законности и справедливости принимаемых судами решений³⁶. Ю. А. Дмитриев и Г. Г. Черемных указывают на такое отличие, как возможность «установления истины, восстановления справедливости, разрешения споров, наказания виновных лиц в форме, установленной законом»³⁷.

С. А. Шейфер и В. А. Яблоков указывают на ее исключительное полномочие по разрешению возникающих в правовой жизни конфликтов с использованием установленной законом процедуры, реа-

³⁴ Яблоков В. А. Реализация судебной власти на досудебных стадиях уголовного процесса России: дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2001. С. 26.

³⁵ Общая теория государства и права / под ред. В. В. Лазарева. М., 1994. С. 284.

³⁶ Правоохранительные органы Российской Федерации / под ред. В. П. Божьева. М., 1996. С. 33.

³⁷ Дмитриев Ю. А., Черемных Г. Г. Судебная власть в механизме разделения властей и защите прав и свобод человека // Государство и право. 1997. № 8. С. 48.

лизуемое в формах конституционного, гражданского, уголовного, административного и арбитражного судопроизводства³⁸. Определение З. С. Лусегеновой, которая дает определение судебной власти как системы деятельности суда по осуществлению принадлежащих ему публично-правовых полномочий в установленных государством правовых формах и процедурах³⁹ по сути дела говорит о компетенции суда и ее реализации.

Подобная же логика определения родового объекта и видовых отличий судебной власти находит отражение в логике самого процесса исследования, например: «Понятие судебной власти – принципы судебной власти – функции судебной власти» (Х. У. Рустамов, А. С. Безнасюк). «Понятие и сущность судебной власти – пределы осуществления и формы судебной власти – объем регулирования судебной власти – организационная форма судебной власти – принципы судебной власти: независимость, свободный доступ к судебной власти, транспарентность судебной власти» (Е. Б. Абросимова). «Сущность и назначение судебной власти – понятие и содержание принципа самостоятельности – принципы организации и деятельности судебной власти» (В. И. Анипина). «Развитие и становление судебной власти – статус судей – принципы деятельности судебной власти – взаимодействие судебной власти – акты судебной власти – судебная система» (А. Ф. Изварина) и так далее.

Подвергая обоснованной критике этот подход, Н. А. Колоколов указывал о том, что, во-первых, такой подход не раскрывает: а) природу судебной власти, кроющуюся в соответствующей организации сознания общества; 2) ее сущности, обусловленной народной составляющей публичной функции; 3) содержания, которое значительно шире судопроизводства. Во-вторых, ничего принципиально нового в таком подходе нет. Судебная власть представляется не более чем «система специализированных государственных органов, которым

³⁸ Шейфер А. С., Яблоков В. А. Понятие судебной власти и ее функции // Проблемы судебно-правовой реформы в России: история и современность: сборник трудов. Самара, 1999. С. 192.

³⁹ Лусегенова З. С. Теоретико-правовые основы судебной власти в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2000. С. 4.

имманентно принадлежат определенные полномочия и которые в силу этого выполняют определенные функции»⁴⁰.

В последних работах судебная власть рассматривается на институциональном уровне. Так, Л. А. Воскобитова предложила выделить два типа организации судебной власти: иерархический и паритетный. Иерархический тип имеет место там, где судебная власть «вписана» в систему государственной власти и органов ее осуществляющих на принципе подчинения. Паритетный тип организации судебной власти характеризуется тем, что отношения суда с другими ветвями власти или их органами строятся только по горизонтали, обеспечивая возможность их взаимодействия, а также контроль и сдерживание судебной властью других ветвей власти. Суд взаимодействует со всеми органами государственной власти на основе принципа равнозначности, но организационного и функционального разделения сферы действия каждой из властей⁴¹.

Идея паритетности взаимодействия основана на понимании уникальности ресурсов судебной власти. Горизонтальное, паритетное взаимодействие суда с другими органами власти позволяет выносить решение «не только путем подведения частного случая под закон, но и в результате оценки целесообразности, взвешивания интересов. Он [суд – авт.] может находить элементы своего решения в сложившихся общественных отношениях, мотивах законодателя, существующих научных концепциях, правовых идеях. Еще свободнее положение суда, когда он сталкивается с пробелами в законе, а также в случаях, когда он должен применить право, не нашедшее отражения в законодательстве... Суд самостоятельно определяет, что при разрешении конфликта является правом, его решение опирается на право, хотя и не имеет в своем основании конкретную норму закона. Источником судебного решения выступает идея справедливости разрешения правового конфликта... Суд изобретает правовой ответ, он обнаруживает норму права за рамками закона»⁴². Основная зада-

⁴⁰ Колоколов Н. А. Судебная власть: о сущем феномена в логосе. М., 2005. С. 98.

⁴¹ Воскобитова Л. А. Механизм реализации судебной власти посредством уголовного судопроизводства: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 21.

⁴² Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1998. С. 351.

ча суда заключается в том, чтобы, в отличие от исполнительной власти, по природе своей, заключающей в себе главным образом правоприменительные полномочия основанные на «позитивном правоприменении» (что обусловлено ее организаторской функцией), констатировать, что есть в данном случае правовое, т. е. объявляет, что есть правовой закон и применяет свою власть, когда судебная проверка показывает конкретное нарушение права, отмечает А. В. Цихоцкий.

С паритетным типом судебной власти тесно связано современное понимание права и правосудия. Правосудие, указывал С. С. Алексеев «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 социально сильным образованием, независимым от усмотрения и произвола государственной власти, в том числе от усмотрения, а порой и произвола, выраженного в законодательных и иных нормативно-правовых документах»⁴³.

В отличие от должностных лиц исполнительной власти судья соизмеряет требования закона с принципами права, такими как справедливость, формальное равенство, свобода, разумность, добросовестность и т. п. В тех же случаях, когда интуитивно понимаемые и рационально обоснованные справедливые притязания субъектов права не нашли выражения в законе, судья с учетом всех принципов права, опираясь на независимое внутреннее убеждение, должен сформулировать сам соответствующие правовые предписания. И хотя в некоторых сферах закон является единственным источником права (ограничение прав человека, публично-правовая ответственность, компетенция публичных органов власти и другие), аналогия права – весомый сектор правотворческого поля суда, включающий широкий круг частно-правовых и иных общественных отношений.

Не смотря на то, что идея уникальности ресурсов судебной власти это, с авторской точки зрения, шаг вперед в исследовании судебной власти, представляется что такая постановка вопроса должна быть глубоко проработана на теоретико-правовом уровне в

⁴³ Алексеев С. С. Философия права. М., 1997. С. 144.

плана теоретико-правового описания механизма возникновения уникальных ресурсов судебной власти.

Наконец, интегрируя все возможные определения, Н. А. Колоколов дает самое широкое из известных на настоящий момент определений: «Судебная власть – метафизическая и историческая реальность, уникальные и в то же время закономерно возникающие общественные отношения, социальная природа которых заключается в потенциальной способности человечества, базируясь в своей деятельности на такой социальной ценности, как право, посредством только одному ему ведомых средств, речи, символов и знаков мобилизовать свои ресурсы для разрешения определенных категорий социальных конфликтов, а равно наличие у общества права не только принимать решения в процессе их разрешения, но и добиваться путем неукоснительного следования нормам права обязательного их исполнения.

Таким образом, судебная власть – это присущее социальной природе человека средство и необходимое условие функционирования высокоразвитой социальной общности, а равно средство всеобщей связи (коммуникации), возникающее между высокоорганизованными людьми в процессе разрешения определенных категорий социальных конфликтов, «символический посредник», обеспечивающий выполнение взаимных для граждан и государства обязательств на основе норм права. Судебная власть – институализация ожидания обществом того, что возникшим социальным конфликтам, их разрешению в соответствии с законами и на их основе будет уделено достойное внимание. Судебная власть – это принятая определенной человеческой общностью процессуально-правовая парадигма поведения субъектов права при разрешении социальных конфликтов. Судебная власть характеризуется многоаспектностью, сложностью и системностью»⁴⁴.

Безусловно, создание определения судебной власти за счет расширения и обобщения явлений, включаемых в определение судебной власти, усложнения методологии и привлечения понятийного аппарата и инструментария других наук позволяет сформировать

⁴⁴ Колоколов Н. А. Судебная власть, как общеправовой феномен: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2007.

общее понимание судебной власти. И это большое достоинство интегративных, многоплановых и многосмысловых определений. Вместе с тем – и это недостаток подобных сложных определений – содержание понятия судебной власти в нем оказывается не вполне определенным.

Какие могут быть сделаны выводы? Формирующееся поле предметного знания о судебной власти – это поле знания о закономерностях отдельных проявлений судебной власти в социальной, правовой и политической жизни. Анализ современного состояния научного знания о феномене судебной власти показал, что термин объективно существует как в теории, так и в практике, но суждения о его понятийно-содержательном значении связаны с недостаточной точностью выбора соотношений «предмет – объект» в научном поиске, сложностями определения метода научного исследования. В качестве общей тенденции современных исследований судебной власти можно отметить увеличение объема знаний, и связанное с этим усложнение методологии, использование междисциплинарных подходов, использование методологической базы наук, изучающих власть и отношения власти.

Другая общая тенденция – сложность в определении родового объекта судебной власти и сложность определения ее видовых признаков.

Логика поиска родового объекта судебной власти и ее видовых отличий, в общем виде, сводится к поиску отличий правовых проявлений судебной власти от правовых проявлений, присущих иным видам государственной власти, вне рассмотрения вопроса о теоретико-правовой сущности и основании таких проявлений. Предполагается, что имеется некоторый объект – ветвь государственной власти, обладающая уникальными, присущими только ей характеристиками: способом и процедурой осуществления, специальной формой и характеристикой властного предписания и т. д. Другие объекты этого уровня – другие ветви государственной власти – этими характеристиками не обладают. Значит, совокупность этих характеристик и есть видовые отличия объекта. По сути, особенности того или иного явления судебной власти определяются как ее видовые отличия.

Наконец, в качестве общей тенденции можно выделить особенности лексико-семантических схем понятийных конструкций судебной власти. Они выражаются:

– во-первых, в неравнообъемности определений (определяемое либо не выражается через определяющие его понятия, либо в качестве определяющих понятий взяты термины, точное содержание которых не определено). Вследствие этого возникает невозможность взаимной замены определяемого и определяющих понятий;

– во-вторых, в интегративности определений. Определения строятся на основе других определений;

– в-третьих, в отсутствии указания на систему связей между определяющими теоретико-правовыми понятиями и определяемым понятием судебной власти.

Таким образом, мы можем утверждать, что хотя попытки рассмотреть предмет в отсутствие теоретико-правового концепта объекта могут быть объяснены необходимостью и неизбежностью первого этапа накопления знаний, это, тем не менее, не исключает необходимость приоритетного исследования понятия как понятийного и методологического фундамента для прикладных исследований.

§ 3. Особенности теоретической разработки понятия «судебная власть»

Имеющийся в российской юридической науке концепт судебной власти – это концепт явлений судебной власти.

Каковы его содержательные, логико-понятийные и методологические характеристики?

С содержательной стороны концепт явлений судебной власти дает общее понимание того, что: 1) судебная власть – вид государственной власти, реализуемый специальным органом и в специальной форме; 2) последствиями применения этого вида государственной власти является изменение соотношения субъективных прав и обязанностей у указанных судом (судьей) лиц; возникновение обязанностей у указанных законом или судом (судьей) органов исполнительной власти и лиц принудительно обеспечить данное требование суда; 3) юридической формой властного воздействия является

судебный акт, содержащий индивидуально-определенную норму, установленное судом (судьей) и обязательное для субъекта (субъектов) правило должного поведения; 4) смысл и назначение индивидуально-определенной нормы, содержащейся в судебном акте – наиболее справедливое по отношению к данному субъекту применение права; 5) возможность вынести судебный акт связана с компетенцией судебных органов.

Этот концепт бесспорен, поскольку отражает проявления судебной власти в процессе ее реализации. Вместе с тем в имеющемся концепте явлений судебной власти содержится теоретическая неопределенность относительно ряда теоретически-значимых моментов: что лежит в основе отношений власти судьи, чем, кроме специального субъекта и специальной формы судебная власть отличается от других видов государственной власти, каков механизм акта судебной власти и чем он отличается от механизма актов исполнительной или законодательной власти; не раскрывается вопрос о существовании судебной власти вне ее непосредственно наблюдаемой реализации и ряд других.

С логико-понятийной стороны концепт явлений отражает существенные связи, обуславливающие возникновение и существование какого-либо явления, в то время как концепт понятий отражает лишь существенные связи предмета безотносительно к конкретным способам его существования.

Рассматривая этот вопрос с точки зрения теории логики познания, мы указали, что это ведет к возникновению сложных, интегративных, многосмысловых определений – с одной стороны, и к усложнению методологии – с другой. Однако на практике существует еще один фактор: чем выше социальная и политическая важность исследуемого феномена, чем большее количество отношений этот феномен затрагивает, тем больше количество его проявлений. Судебная власть – важнейший феномен социальной и правовой жизни, это одна из трех видов государственной власти, а это значит, что она потенциально действует во времени, пространстве, по кругу лиц так же, как и любая государственная власть и потенциально может регулировать весь спектр общественных отношений. Таким образом, концепт явлений судебной власти оказывается весьма сложным и громоздким инструментом для определения понятия судеб-

ной власти благодаря тому, что явления судебной власти постоянно обретают новые формы в связи с развитием и усложнением общественной жизни.

С методологической стороны можно определенно утверждать, что концепт явлений судебной власти, каким мы его наблюдаем в современных российских исследованиях, характеризует в значительно большей степени объем понятия, чем его свойства. Он в значительной степени характеризует класс объектов (наличие государственной власти, необходимость специального судебного органа, наличие отношения, уполномочие, влияние на соотношение прав и обязанностей и т. д.), чем их признаки. Однако главная методологическая особенность концепта явлений в том, что в нем элементы концепта (форма явлений, их целевое предназначение, компетенция, система) одновременно выступают признаками судебной власти как объекта. Такое положение возникло потому, что с точки зрения концепта явлений судебная власть рассматривается с позиций ее взаимодействия с разнообразными сферами общественной жизни, то есть с точки зрения фактов ее проявлений, а не понятия. Возможно ли такое положение? Да, возможно, поскольку каждое явление, используемое в концепте, имеет в теории государства и права свою расшифровку признаков. Вместе с тем использование в концепте элементов в качестве признаков требует постоянного расширения круга учитываемых явлений, поскольку класс этих объектов динамичен, изменчив и развивается вне понятия судебной власти. В результате этого концепт стремится к бесконечному расширению и, тем самым, утрачивает свое значение.

В силу этого концепт явлений судебной власти не приближает исследователей к разрешению главной научной задачи – пониманию и теоретико-правовому описанию понятия «судебная власть».

Анализ существующих подходов к исследованию судебной власти позволяет выделить две группы проблем: проблему сложности (интегативности) определений и проблему соответствия предмету и методу теории государства и права.

Первая проблема – проблема сложности (интегативности) определений, в общем случае состоит в том, что в условиях, когда понятия и явления не разделены, определения судебной власти, в том числе сложные, интегативные определения, не смотря

на их многоплановость, имеют тот же методологический дефект, что и любые другие определения, основанные не на понятии, а на явлении. Они не указывают на сущностные признаки объекта и не раскрывают его родовой объект.

Включение явлений судебной власти в объект исследования неизбежно обозначает требование о необходимости постоянно приводить теорию судебной власти в соответствие с развивающимися системами и группами правовых явлений. Но эти явления изменчивы, поскольку, во-первых, отражают внешние обстоятельства и включают в себя все возможные случайные отношения, во-вторых, связаны с правовой жизнью общества и его институтов, их количество и виды зависят от динамики социального и правового развития общества. Таким образом, теория постоянно будет отставать от реальности.

С точки зрения методологии объект окажется значительно шире оптимального, для которого достаточно внутреннего содержания и существенных связей, от которых зависят его познавательные свойства. Это, в свою очередь, приведет к необходимости вновь каждое отдельное явление объяснять через известные понятия, затем, путем абстракции, их обобщать и, наконец, сводить в нечто единое.

Разграничение же понятия и явления: а) ограничивает объект исследования содержательными аспектами и существенными связями; б) позволяет исследовать отдельные явления, используя единое универсальное понятие, что обеспечивает единство методологии; в) обеспечивает единство инструментария и понятийного аппарата, так как исследования опираются на теорию понятия.

Возможно ли нивелировать методологическую разницу между явлением и понятием за счет расширения и усложнения определения?

Представляется, что нельзя. Как правило, интегративное определение необходимо тогда, когда родовой объект и/или видовые признаки содержатся в нескольких разрозненных определениях. Совместимость определений и возможность их интеграции связана с тем, что они имеют общий родовой объект и разные видовые отличия одного и того же родового объекта. Однако в нашем случае сложные, многосмысловые определения судебной власти возникают не по этой причине, а вследствие того, что имеется потребность мак-

симально расширить в определении родового объект до такого объема, когда все возможные видовые признаки, какие бы они не были обнаружены в будущем, априори в него входили. Таким образом, второй вид интегративных определений предполагается тогда, когда видовые признаки еще не определены или определены неявно, остенсивно.

Такие определения, как, например, «судебной властью является то, что данный орган может и в состоянии сделать. По существу, это полномочия, функция, но не ее исполнитель»⁴⁵. «возможность и способность кого-либо распорядиться кем-либо, чем-либо»⁴⁶, «сила, способность восстановить нарушенную законность и справедливость»⁴⁷ «судебная власть – это присущее социальной природе человека средство и необходимое условие функционирования высокоразвитой социальной общности, а равно средство всеобщей связи (коммуникации), возникающее между высокоорганизованными людьми в процессе разрешения определенных категорий социальных конфликтов, «символический посредник», обеспечивающий выполнение взаимных для граждан и государства обязательств на основе норм права.

Судебная власть – институализация ожидания обществом того, что возникшим социальным конфликтам, их разрешению в соответствии с законами и на их основе будет уделено достойное внимание. Судебная власть – это принятая определенной человеческой общностью процессуально-правовая парадигма поведения субъектов права при разрешении социальных конфликтов. Судебная власть характеризуется многоаспектностью, сложностью и системностью»⁴⁸, не основаны на разделении понятия и явления судебной власти, дают неявно выраженное понятие судебной власти, но в то же время созданы на основе обобщения явлений судебной власти, а значит, являются интегративными определениями второго вида.

⁴⁵ Гуценко К. Ф., Ковалев М. А. Правоохранительные органы. М., 1995. С. 33.

⁴⁶ Изварина А. Ф. Судебная власть в РФ: содержание, организация, формы. Ростов н/Д, 2005. С. 26.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ Колоколов Н. А. Судебная власть как общеправовой феномен: автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2007.

Интегративность, предполагает необходимость исследовать все большее количество проявлений судебной власти. Признаком этого является не просто указание на явление судебной власти в какой-либо сфере общественной жизни, но такое указание на явление, которому придаётся характер специального отношения, присущего судебной власти. Например, явлением судебной власти является «охрана общества от любого произвола граждан и от неправильных действий самого государства, его органов, должностных лиц»⁴⁹. Если говорить о том, что охранительный характер отношений является проявлением судебной власти, то это будет верно. Но если говорить что это специальный, присущий судебной власти характер отношений судебной власти, то это будет неверно. Охранительный характер судебно-властных отношений есть не исключительная, присущая только судебной власти форма властного отношения. Она является следствием некоторых ее сущностных свойств.

Другой пример: «Функция социального контроля при наличии конфликта между отдельными членами общества, между ними и государством, конфликта, предполагающего в любой сфере жизни и деятельности человека, урегулированной правом»⁵⁰. В данном определении судебной власти приписывается функция социального контроля при наличии конфликта. Представляется, что это так же проявление судебной власти. Судебная власть возникает там, где есть правовой конфликт. Но функция социального контроля – не есть исключительная функция судебной власти. Это лишь ее проявление. А сама же функция контроля возникает в процессе деятельности многочисленных несудебных и квазисудебных органов.

Вторая проблема – проблема соответствия предмету и методу теории государства и права.

В самом общем виде усложнение методологии оправдано в трех случаях: в случае, если сущность многообразна; в случае, если дефиницию, которая объемлет родовые основания, нельзя дать в рамках известных методов; в случае, если невозможно выделить понятие иным образом, чем через обобщение явлений.

⁴⁹ Рустамов Х. У., Безнасюк А. С. Судебная власть. М., 2002. С. 17.

⁵⁰ Абросимова Е. Б. Судебная власть в Российской Федерации: система и принципы. М., 2002. С. 11.

Хотя исследователи «встраивают» судебную власть в теорию государства и права, хотя содержание их определений, в целом, соответствует эвристическому диапазону теории государства и права, ее логике и специфике, имеют место следующие явления. Во-первых, предлагаемые концепции имеют разные методологические основания (в диапазоне от философии до кратологии и политических наук). Во-вторых, для объяснений момента власти используется не унифицированный с теорией государства и права понятийный аппарат. В-третьих, предлагаемые определения судебной власти стремятся к постоянному расширению за счет включения в него всех возможных ее проявлений.

Теория государства и права не отвергает использование методологии других наук, но лишь в той степени, в какой не происходит подмена понятия явлением. Явление судебной власти может относиться к области политики, например реализации правовой политики государства, но само явление продолжает оставаться в рамках теории государства и права (судебная власть). Это связано с тем, что сущность – внутреннее содержание всегда значительно менее разнообразна, чем ее проявления. Проявления включают в себя все возможные акты манифестации сущности в объективной реальности. Таким образом, усложнение методологии должно быть обусловлено стремлением к сведению всевозможных проявлений судебной власти к ее основе – акту власти и определению правовых условий их существования. Однако мы наблюдаем прямо противоположный процесс: усложнение методологии связывается с необходимостью исследовать все большее количество проявлений судебной власти.

Понятие судебной власти, если его рассматривать в рамках теории государства и права, должна методологически опираться и интегрировать в себе понятия, определенные данной теорией. В противном случае необходимо признать, что или понятие не относится к теории государства и права, или теория не верна.

Однако проведенный нами анализ показал следующее. В приведенных выше примерах остенсивных определений были использованы: социологические методы (вопросы целеполагания, мотивации, регуляции, координации); политологические методы (определение политико-правового статуса); исторические методы (опыт становления и развития современной судебной системы, основные эта-

пы ее формирования); сравнительно-исторические методы (история зарубежной юстиции, отечественной юстиции в различные периоды); конституционно-правовые методы (соответствие деятельности судей и судов конституционным принципам); административно-правовые методы (устройство судебных органов, регламентация судебных процедур и внутренней деятельности); теоретико-правовые методы (понятие и признаки судебной власти).

Отметим, что из семи выделенных нами методов только один метод – теоретико-правовой – имеет отношение к определению сущности понятия «судебная власть». Остальные методы являются вспомогательными. Их назначение – получить выводы, которые будут использованы в качестве доказательственной базы той сущности, которая открывается благодаря основному методу – методу теоретико-правового анализа.

Итак, в результате того, что исследователи: а) не разграничивают в исследованиях понятие и явление судебной власти, б) рассматривают судебную власть при помощи разнопланового методологического инструментария задача создания теоретико-правового понятия «судебная власть» не может нами быть признана решенной. Можно говорить лишь о том, что многообразие юридических подходов позволило накопить достаточный материал для концептуализации данного понятия и объяснения его средствами и методами теории государства и права.

Таким образом, для определения сущностных признаков судебной власти необходимо методологически упорядочив концепт явлений, тем самым создать иной концепт, концепт понятия судебной власти.

Насколько необходимо выполнение данного требования?

Главный вопрос с точки зрения фундаментальности научной ценности – это вопрос о концепте, схеме, сущности исследуемого объекта. С точки зрения теории познания, ценность фундаментального исследования тем выше, чем в большей степени исследования будут основываться имманентных, неотъемлемых свойствах и признаках судебной власти, а прикладные исследования, связанные с многочисленными и разнообразными проявлениями судебной власти будут основываться на едином методологическом фундаменте,

понятийном аппарате и инструментарии исследования. И наоборот, фундаментальная ценность исследований в данной области будет тем ниже, а прикладная выше, чем в большей степени исследование связано с изучением явления, а не понятия.

Для теории государства и права как фундаментальной теории вопрос о концепте судебной власти является главным, потому что схема, концепт, сущность судебной власти – продукт деятельности воображения, имеющий отношение к методу, посредством которого создается понятие.

Ценность понятия судебной власти в отличие от ценности описания ее явления состоит в том, что понятие, во-первых, позволяет объяснить значение, смысл термина или его содержание. Во-вторых, понятие позволяет объяснять явление через определенные в нем (понятии) значения и смыслы. С другой стороны, логика теоретико-правового исследования предполагает, что вопросы, которые возникают при исследовании прикладных проявлений судебной власти (о пределах судебной власти, об объеме регулирования судебной власти о самостоятельности и независимости судебной власти и о соотношении этих понятий, о предназначении судебной власти) должны быть разрешены только при условии определения сущности и признаков судебной власти. В противном случае они основываются на предположениях, а значит, выводы данных исследований носят предположительный характер. На практике это означает фактическое отделение практической деятельности от теоретических исследований, поскольку теоретические исследования предполагают строгое соблюдение исходных предпосылок, а они, в отсутствие определения сущности и признаков судебной власти носят предположительный характер.

Сущностная связь судебной власти с наблюдаемыми правовыми и социальными явлениями проявляется закономерно, поскольку явления есть производные от сущности. Но сама сущность судебной власти является чисто теоретической и лежит глубже, чем ее видимые проявления.

Иными словами, понимание судебной власти возможно в той мере, в какой возможна рефлексия содержания теоретико-правовых понятий, определяющих существование судебной власти и их референтов (денотатов).

В этой связи мы считаем необходимым, во-первых, определить теоретико-понятийные условия концептуализации понятия «судебная

власть», во-вторых, лексико-понятийные условия концептуализации понятия «судебная власть». В-третьих, определить метод, при помощи которого создается данное определение, особенности этого метода и его теоретико-правовое применение.

Возникновение судебной власти в ее современном теоретико-правовом осмыслении есть отражение социально-правового существования таких явлений, как общество, государство и право. Протекание социальных процессов, включая институциализацию самой власти в праве определяет онтологию государства, дает представления о должном и справедливом в культуре данной социальности. Объективность социальных процессов обуславливает тот факт, что любое государственно-организованное общество состоит из системы органов, определяющих направление общественного развития, системы органов реализующих государственную власть. Они формируют систему отношений между обществом и государством.

Понятия судебной власти мы находим в процессе изучения памятников историко-правовой мысли, в отечественных и зарубежных историко-правовых исследованиях. В «Истории» Геродота описан розыскной суд и состязательный процесс у скифов.

Выделение судебной власти как самостоятельного подвида публичной власти путем делегирования полномочий специализированным органам и специально уполномоченным лицам мы наблюдаем в греческом и римском обществах, в европейской и английской системе королевской власти.

Одними из первых обществ, отношения в которых можно реконструировать по историко-правовым источникам на территории России, являются скифы и сарматы – ираноязычные племена, объединившиеся в протогосударства, по разным оценкам в VIII–XX веках до н. э. О. И. Чистяков, выдающийся исследователь истории государства и права СССР отмечал, тот факт, что даже по делам, затрагивавшим личный статус скифского царя, царь либо не принимал участия в деятельности суда, полагаясь на объективность судей, либо принимал участие опосредовано – в форме ведения процесса без вынесения решения⁵¹.

⁵¹ История государства и права СССР / под ред. О. И. Чистякова, И. Д. Мартысевича. М., 1985. Ч. 1. С. 20.

С изменением и развитием формы государства, перехода от монархии к республике, усложнением и развитием общественных связей, формированием социальных институтов и властных систем, развитием теории права, правовой философии усложняется и совершенствуется система делегирования власти судам и судьям. В теоретико-правовой мысли и в практике законотворческой деятельности происходит смещение источника верховной власти. Носителем власти признается народ. Возникает концепция разделения властей. Как следствие этого, понятие «судебная власть» приобретает новые формы и смыслы, сохраняя первопричину – делегирование лишь в небольшой степени.

Так, С. С. Алексеев указывает на связь права и организованной силы государства, благодаря чему право способно обеспечить безусловное утверждение воли государства. В этой связи он отмечает, что «необходимо указать на то особое место, которое занимают среди субъектов применения права органы правосудия – суды. По самой направленности своей деятельности, ее организации и формам они призваны судить (и способны судить) «о праве», то есть о самой правомерности поведения участников общественных отношений, с введением в действие всех вытекающих отсюда государственно-правовых последствий»⁵². Как отмечал Вл. Соловьев, «требование личной свободы, чтобы оно могло осуществиться, уже предполагает стеснение этой свободы в той мере, в какой она в данном состоянии человечества несовместима с существованием общества или общим благом. Эти два интереса, противоположные для отвлеченной мысли, но одинаково обязательные нравственно, в действительности сходятся между собой. Из их встречи рождается право»⁵³.

Мыслители эпохи возрождения и настоящего времени – Н. Макиавелли, Б. Спиноза, Дж. Локк, Ш. Монтескье и другие связывали идеи построения такого государства с рассредоточением власти у различных движущих сил государства. Однако большинство мыслителей склонялось к разделению власти на три составляющие: законодательную, исполнительную и судебную.

⁵² Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. М., 1981. Т. 1. С. 325.

⁵³ Соловьев В. С. Сочинения: в 2-х т. М., 1990. Т. 1. С. 458.

Серьезное внимание проблеме разделения властей среди русских видных политических деятелей XIX в. уделяли Н. М. Коркунов, В. С. Соловьев, М. М. Сперанский, Б. Н. Чичерин и другие⁵⁴. Так, М. М. Сперанский считал необходимостью введения конституционной монархии в России при сочетании наличия трех властей⁵⁵.

Таким образом, сегодня мы понимаем возникновение понятия «судебная власть» в связи с необходимостью «справедливого» управления государством, отказа от понятия «право есть то, что есть право сильного». Необходимость соблюдения справедливости требует повышения специализации органов в области регулирования общественных отношений. Это влечет разделение компетенций, делегирование полномочий органам и должностным лицам, вследствие этого технологическое обособление процедур. Возникают группы социальных явлений, имеющих властную природу, связанные с принуждением, насилием, изменением соотношений прав и обязанностей как следствие деятельности судебных органов.

Исторически сложившаяся обособленность судебной деятельности и ее неразрывная связь с государством и правом означает, что конструкт судебной власти невозможно описать вне теоретико-правовой расшифровки этих государственно-правовых понятий как общей теоретико-правовой среды. Конструкт судебной власти может существовать только при условии, что мы подразумеваем некоторый класс правовых и социальных явлений, выполняющих те же властные функции, что и государство и право.

Если обратиться к лексико-понятийным условиям концептуализации понятия «судебная власть», то необходимо отметить, что в самом общем виде определение, которым описывается понятие судебной власти должно соответствовать требованиям равнообъемности определяемого и определяющего понятия. Оно должно содержательно обозначать отличительные свойства денотата судебной власти и определять концепт этого денотата.

Понятие – это сущность явления. Сущность – это «начало», «идея», внутреннее содержание. Сущность – это то, что согласно

⁵⁴ См., например: *Соловьев В. С.* Собрание сочинений. 2-е изд. СПб., 1911–1914.

⁵⁵ *Сперанский М. М.* Введение к уложению государственных законов. СПб., 1809.

Фоме Аквинскому выражается в дефиниции, которая объемлет родовые основания⁵⁶. Сущность – это мыслительная категория, выражающая переход от многообразия изменчивых форм предмета к его внутреннему содержанию. Сущность характеризует устойчивые необходимые признаки вещи.

Понятие есть форма мышления (мысль), содержание которой составляет совокупность общих и существенных признаков предмета⁵⁷. Понятие – форма отражения мира на рациональной, логической основе. Понятие – идеальная сущность, имеющая две логические характеристики – экстенциональную (объем) и интенциональную (содержание). Объем понятия это класс объектов, выделяемых и обобщаемых в данном понятии. Содержание понятия – это признак, при помощи которого производится выделение и обобщение объектов. Объем и содержание понятий находятся в тесной взаимозависимости. Одно из важнейших проявлений этой связи фиксируется в законе обратного отношения между содержаниями и объемами: если одно понятие шире другого по объему, то первое беднее второго по содержанию, если же первое понятие уже второго по объему, то оно богаче его по содержанию⁵⁸. Это означает необходимость соотнести категории судебной власти, описанные в концепте явлений судебной власти к опыту ее действительного существования, то есть перевести его из области описания явлений в область построения понятий.

Ценность любого определения, выражающего понятие, с точки зрения теории познания будет состоять в том, что оно предполагает объяснение значения или смысла термина и/или содержания выражаемого данным термином понятия. Ценность понятия – это его возможность отражать сущность предмета, вещи или объекта. Определение должно определять значение определяемого через известные значения, которые принято обозначать как определяющие.

Определение понятия судебной власти представляет собой логическую операцию, в процессе которой раскрывается содержание

⁵⁶ Новая философская энциклопедия: в 5 т. М., 2001. Т. 3. С. 682.

⁵⁷ *Дмитревская И. В.* Формальная логика. Ч. 1. Понятие. Суждение. Умозаключение: курс лекций. Иваново, 1995. С. 43.

⁵⁸ Новая философская энциклопедия: в 5 т. М., 2001. Т. 3. С. 285.

понятия. К любому определению, которое впоследствии используется в качестве методологической и семантической платформы предъявляется две группы требований: семантические и ценностные.

С точки зрения семантики определения к нему предъявляется общее требование равнообъемности определяемого и определяющих понятий, предусматривающее возможность взаимной замены определяемого и определяющих понятий⁵⁹. В зависимости от фактического соответствия которому определения подразделяются на остенсивные, эксплицитные, генетические, индуктивные, рекурсивные и так далее.

Остенсивным называется определение, несущее информацию лишь об объеме определяемого понятия (в нашем случае таковым было бы определение судебной власти, выводимое, например, только из конституционного описания элементов правового объема свойств и особенностей судебной власти). Остенсивное определение не выражает понятие, поскольку оно определяет лишь объем, а не содержание определяемого, а потому, с точки зрения логики познания, является относительно-ценным определением. Это, в свою очередь, не позволяет вводить термин «судебная власть» в качестве сокращения в какой-либо смысловой контекст, поскольку смысловой контекст окажется выраженным через неявное понятие, то есть через остенсивное определение.

Например, остенсивным является определение такого рода: «Судебная власть – это вид государственной власти, выражающейся в процессе осуществления правосудия». Это определение правильное. Посредством судебной власти действительно реализуется правосудие. Это определение отражает положения статьи 118 Конституции Российской Федерации и на этой статье основывается. Но оно является остенсивным, поскольку дает информацию только о способе и социально-правовом проявлении судебной власти, не раскрывая правовой связи между правосудием и судебной властью. Другим примером может являться определение такого рода: «Су-

⁵⁹ См.: *Тарский А.* Введение в логику и методологию дедуктивных наук / пер. с англ., М., 1948; *Горский Д. П.* О видах определений и их значении в науке, в сборнике: проблемы логики научного познания. М., 1964; *Карри Х. Б.* Основания математической логики: пер. с англ. М., 1969. Гл. 1–3.

дебная власть – это вид государственной власти, реализуемой судом». Подобное определение так же остенсивно, поскольку указывает только на субъект власти – суд, но не раскрывает его правового содержания.

Вместе с тем остенсивные определения играют чрезвычайно важную роль в процессе познания, поскольку с их помощью происходит первоначальное накопление понятий.

Эксплицитные определения, иначе называемые явными, позволяют не только вводить определяемое понятие в качестве «сокращения» для совокупности определяющих понятий в любой контекст, но и, наоборот, в случае надобности, удалять из произвольного контекста определяемое понятие, раскрывая его посредством определяющих понятий. Примером эксплицитных определений являются определения, выводимые посредством указания общих родовых признаков и отличных видовых.

Эксплицитные определения, в которых определяемое понятие вводится описанием способа его образования или достижения, принято называть генетическими.

Генетические определения реализуются в виде индуктивных и рекурсивных определений. Индуктивное определение какого-либо предиката состоит из прямых пунктов, указывающих значения определяемого предиката для объектов из области его определения, и косвенного пункта, согласно которому никакие объекты, не подпадающие под действие прямых пунктов данного определения, не удовлетворяют ему. Рекурсивные определения имеют форму системы равенств или эквивалентностей часть которых – уже определенные понятия с известными значениями, а часть – описывает способы получения новых значений.

В отличие от понятия, явление охватывает всевозможные случайные связи, и возникает как проявление понятия в какой-либо сфере общественной жизни. Поэтому явление всегда значительно шире понятия и включает в себя все многообразие изменчивых форм объекта исследования. В отличие от понятия судебной власти, ее явления объективны, эмпиричны и наблюдаемы. Явления – четко верифицируемы. Их возникновение обусловлено фактом взаимодействия субъектов судебной власти с субъектами права, а потому непосредственно наблюдаемы и не требуют концептуализации.

Таким образом, разрешение задачи концептуализации понятия «судебная власть» с лексико-понятийной точки зрения означает создание такого определения, которое бы соответствовало требованиям равнообъемного эксплицитного индуктивного или рекурсивного определения.

Относительно метода создания понятия судебной власти можно сделать следующее замечание: метод формирования понятия зависит от объекта исследования.

Существующее и понимаемое как система отношений (а судебная власть в своей основе есть ни что иное, как система взаимодействий в рамках человеческого общения) понятие судебной власти предполагает его рассмотрение в строгой категориальной последовательности, тем более строгой, чем более идеальное (абстрактное) понятие судебной власти предполагается определить. В этой связи вопрос метода принципиален, потому что судебная власть как идеальная представляемая только мысленно сущность, которую требуется выразить в понятии, находится «между бытием и понятием и составляет их середину»⁶⁰. И. Кант считает схему понятия продуктом деятельности не рассудка и не чувственности, а продуктивной силы воображения, вследствие чего она имеет отношение не к понятию и не к образу, а к методу, посредством которого создаются различные понятия и образы⁶¹.

Таким образом, вопрос концептуального анализа понятия судебной власти – это вопрос выбора метода.

Поскольку мы рассматриваем судебную власть концептуально, постольку считаем необходимым определить понятие идеальной сущности как фундаментальное методологическое понятие, лежащее в основании концептуализации понятия «судебная власть».

Понятие идеальной сущности – есть понятие диалектической философии. Оно отражено в работах теоретиков логики, составивших основу теории познания. В наиболее общепотребительной лексической форме в современной науке это понятие отражено в системе познания Г. В. Ф. Гегеля, основанного на важнейших выводах теорий познания, предложенных Х. Вольфом, Б. Спинозой, Лейбницем, И. Кантом, Ф. Рихте и другими.

⁶⁰ Гегель Г. В. Ф. Наука логики. М., 1970. С. 8.

⁶¹ Кант И. Сочинения: в 6 т. М., 1964. Т. 3. С. 223.

Логико-методологический каркас анализа идеальных понятий, предложенный Г. В. Ф. Гегелем, ставший методологической основой теории государства и права, для определения тех понятий, которые относятся к области идеального, а не вещного, в своем исходном понимании опирается на понятия «чистое бытие», которое есть вообще то же, что и «ничто», и через возникновение и перерождение осуществляется «снятие становления» и переход в категориальную сферу «наличного бытия», которая делится наличное бытие как таковое, «нечто» и «иное», конечность и качественную бесконечность. Наличное же бытие, в свою очередь, порождает категории качества, количества и меры, необходимые для понимания сущности идеального явления в противопоставлении видимости (бытия, лишённого сущности). Такой всеобще-логический подход позволяет определить в теории государства и права категориальные ступени сферы исследуемой идеальной сущности: видимость, определенные сущности или рефлексивное определение, и основание. Это позволяет определить понятие через сущность как рефлексию в самой себе, посредством которой явление через тождество и различие связывается с каким-либо основанием.

Если бы мы рассматривали судебную власть через ее проявления, то есть через ее объективное бытие, то материализм, вещь-ственность, был бы основой логического анализа сущности судебной власти. Однако мы рассматриваем судебную власть вне ее проявлений, осмысливаем ее в ее чистоте теоретико-правовых закономерностей, в попытке разобраться в ее внутренних связях, а значит мы должны опираться на метод исследования нематериальных сущностей – метод диалектической философии.

Отметим так же, что этот подход нашел широкое применение в теории государства и права. В теории государства и права используется, как правило, два метода построения понятий в зависимости от того, насколько определяемое ею понятие находится в рамках объективной материалистической бытийности. Это материалистический и диалектический метод.

Как правило, все теоретико-правовые понятия, которые, так или иначе затрагивают объекты, лежащие в категориальной сфере наличного бытия, такие как норма, лицо, формы государства, государственный механизм, юридический процесс и другие рассматрива-

ются в рамках материалистического метода и формальной логики. Формальную логику теории государства и права интересует форма суждения. Но это применимо только к вещным объектам, поскольку понятие есть «то, что живет в самих вещах, то, благодаря чему они суть то, что они суть, и понять предмет означает, следовательно, осознать его понятие»⁶².

Диалектический метод рассмотрения теоретико-правовых понятий применяется в теории государства и права тогда, когда ее интересует не только утверждение о том, что некоторое теоретико-правовое понятие обозначает некоторую теоретико-правовую сущность, но когда необходимо проверить на истинность эту сущность, а ее оказывается невозможно определить исходя из существующего в объективной действительности государственного или правового явления.

Наличие двух основных методов познания и создания понятий в теории государства и права, закономерность их использования объясняет, почему мы, применительно к выбранному нами методу построения «судебная власть», не можем рассмотреть понятие судебной власти с материалистической точки зрения.

Феноменология власти в анализе понятия судебной власти предполагает единство властных и теоретико-правовых категорий. Такое положение предполагает необходимость выделения таких признаков определяющих понятий, которые в их диалектической взаимосвязи образуют как властную, так и правовую феноменологию. И в этом диалектическом единстве смыслополаганий образуют категориальный аппарат понятия «судебная власть».

Конечно, такой подход до некоторой степени снижает точность исследования. Но, с другой стороны, как показывает, опыт исследования, методология которых была основана на определении круга понятий, выводимых из фактических, реально существующих явлений судебной власти, страдают двумя неизбежными и системными недостатками.

Во-первых, они связывают определение объема определяющих понятий с объемом явлений судебной власти. И мы доказательно

⁶² Энциклопедия философских наук: в 5 т. М., 1984. Т. 1. С. 351–352.

продемонстрировали, что подобная методология, в своем крайнем выражении утрачивает смысл, поскольку ведет к формированию такого понятия судебной власти, которое априори включает в себя все возможные проявления действительного существования судебной власти, актов ее правовой и социальной манифестации, безотносительно к тому, является ли данная манифестация закономерным актом, отражающим родовый объект и видовые характеристики или нет.

Во-вторых, несколько видоизменяют объект исследования. Понятие, как мы говорили – это сущность явления, его «начало», «идея», внутреннее содержание. Поскольку предметом исследования является именно судебная власть, а не все совокупные существования проявлений судебных воздействий любого рода и вида, то представляется, что постановка задачи исследования судебной власти не адекватна постановке задачи исследования явлений судебной власти. Равным образом постановка задачи определения понятия судебной власти не эквивалентна постановке задачи исследования судебной власти, понимаемой как любая форма воздействия.

Иными словами, если определяемый объект возникает как абстрактная, мысленно-теоретическая конструкция, зависящая содержательно от определяющих его понятий, если сложные, имеющие множество смысловых уровней определяющие понятия не позволяют создать эксплицитное по форме и содержательно обозначающее отличительные свойства денотата (объекта, референта) определение, то единственным методом, позволяющим в значительной степени повысить содержательную емкость определяемого понятия является метод концептуального анализа, поскольку он строится на пересечении не всех, а лишь сущностно значимых характеристик определяющих определяемое понятиях.

Формой реализации данного метода является концептуализация. Концепт (от лат. *conceptus* – понятие) – это содержание понятия, его смысловая наполненность в отвлечении от конкретно-языковой формы его выражения. Концепт находится между языковыми высказываниями и соответствующими им денотатами (значениями). В научном знании определенным образом упорядоченный и иерархизированный минимум концепта образует концептуальную схему, а нахождение требуемых концептов и установление их связи между собой образует суть концептуализации. При помощи концепту-

ального анализа устанавливаются определенные связи и зависимости, определяются логические взаимоотношения между элементами определяющих понятий по отношению к определяемому понятию.

Создание эмпирической схемы, в которую включаются все формы систематизации фактов, представляет собой сложный процесс. Здесь осуществляется формирование эмпирической модели исследуемых характеристик как системы фактов, которая в дальнейшем должна быть совмещена с исходной концептуальной схемой как предметом исследования. Эмпирическая модель в этом плане способствует развитию исходной концептуальной модели предмета исследования на основе накопленного фактологического материала. Концептуальная схема, базирующаяся на зафиксированном знании, представляет собой экстраполяцию этого знания на еще не исследованные объекты и потому является гипотетической моделью.

Значение концептуального анализа понятия судебной власти состоит в том, чтобы прояснить значение утверждений об эмпирических связях судебной власти, чем установить истинность или ложность этих утверждений. Непосредственного, внеконцептуального перехода от эмпирических данных к фундаментальным понятиям не может быть, потому что фундаментальные понятия есть результат деятельности человеческого разума, а не результат наблюдений.

По сути дела, концептуальный анализ решает задачу повышения ценности определения понятия судебной власти, позволяя объяснить ее значение и смысл. Применение концептуального анализа разрешает две группы проблем. Во-первых, как значение соотносится с термином и, во-вторых, как значение соотносится с объектом.

Определяя при помощи концептуального анализа понятие судебной власти, мы так же должны объяснить, почему мы включаем или не включаем в него те или иные признаки и каким образом соотносим его содержание с содержанием других понятий. В этом реализуется его понятийная функция.

Концептуальный анализ выполняет так же методологическую функцию по отношению к эмпирическим юридическим исследованиям и обогащает понятийный аппарат юридических наук, опираясь на фактологический материал этих исследований.

Любой концепт, в том числе и концепт понятия судебной власти не может быть основан на несуществующих в объективной правовой и социальной жизни обстоятельствах. В противном случае теория, полученная в результате концептуального анализа, превращается в свое предшествование – гипотезу, ждущую своего часа для того, чтобы быть доказанной и стать теорией, описывающей те или иные отношения. Синтез эмпирического опыта и понятия возможен лишь тогда, когда имеет место схема, концепт, позволяющий объяснить понятие через действительный опыт. В силу этого мы неизбежно должны опираться на те факты, обстоятельства и отношения, которые существуют. Поэтому, говоря о практической значимости концептуального исследования, мы, по сути дела, говорим о теоретической возможности определения понятия применительно к некоторым существующим и существенным явлениям правовой жизни, которые кладутся в основу концептуального анализа. При этом мы имеем в виду, что ценность концептуального исследования будет тем выше, чем в больших количествах правовых сред данная теоретическая посылка о понятии судебной власти будет находить подтверждение.

Какие могут быть сделаны выводы? Проблема создания понятия «судебная власть» связана с необходимостью определения теоретико-понятийных, логико-семантических и методологических условий концептуализации понятия.

Теоретико-понятийные условия концептуализации служат для определения смысловой связи между понятием «судебная власть» и определяющими его теоретико-правовыми понятиями, которые возникли объективно в результате обособления судебных функций как особого вида государственно-правовой деятельности. Этими понятиями в самом общем виде являются понятия государства и права, а также их производные понятия.

Логико-семантические условия определяют граничные условия решения задачи создания понятия «судебная власть». К ним относятся условия равнообъемности определяемых и определяющих понятий, требования эксплицитности определений понятия.

Необходимость определения методологических условий связана с необходимостью, во-первых, использования метода теории госу-

дарства и права как основного, во-вторых, определения предельных условий упрощения определяющих понятий с тем, чтобы их содержательное значение было сохранено.

Вследствие того, что судебная власть в указанных условиях концептуализации предстает идеальным, существующим лишь в воображении понятием, относительно которого формируется суждение о явлениях судебной власти, фундаментальным условием ее концептуализации является условие определения категориального аппарата, используемого в качестве понятий, определяющих понятие «судебная власть».

ГЛАВА 2. КАТЕГОРИАЛЬНЫЙ АППАРАТ ПОНЯТИЯ «СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ»

Проведенный нами анализ теоретико-правовой проблематики судебной власти показал, что практика исследования судебной власти тесно связана с необходимостью исследования теоретико-правовых аспектов существования государства, власти и права. Ключевым условием их исследования является условие соблюдения единого метода, позволяющего рассматривать государственно-правовые феномены во властной проекции. Тогда понятие «судебная власть», если оно рассматривается как теоретико-правовая категория, формализуется в определении, которое основано на методическом приеме использования определяющих понятий, сущность и содержание которых отражено теорией государства и права.

Вместе с тем диалектика существования государственно-властных явлений, суть которой во взаимообусловленности государственно-правовой и властной проекций этих явлений, обеспечивает теоретико-правовое содержание категориального аппарата (понятийного ряда) понятия «судебная власть».

Таким образом, задача этой главы – определение того, каково теоретико-правовое содержание понятий категориального аппарата судебной власти относительно используемого метода и определение того, что является их теоретико-правовой сущностью в диалектической связи власти и права.

Вместе с тем необходимо отметить, что разрешение этой принципиально важной задачи исследования обусловлено фактом существования понятий категориального ряда в различных науках. В этой связи понятия категориального ряда сгруппированы в два параграфа. Понятия «право», «государственная воля», «интерес в праве», будучи теоретико-правовыми понятиями, сгруппированы в первом параграфе. Понятие «власть», поскольку оно является предметом исследования отдельной науки – кратологии, во втором.

§ 1. Право, интерес, государственная воля как определяющие понятия

Судебная власть, рассматриваемая как идеальная теоретико-правовая сущность, с точки зрения логики должна рассматриваться

по законам мышления не формального, а диалектического, поскольку существует в юридической теории как рефлексия ее объективных явлений.

Концептуализация и понятийно-категориальная разработка понятия «судебная власть» не зависит от того, какое именно наличное определение права, государства, власти применяется. Понятийно-категориальная разработка связывает сущности, а не понятия.

Рассмотрим право как определяющее понятие судебной власти. «Почвой права, – отмечал Г. В. Ф. Гегель, – является вообще духовное, и его ближайшим местом и исходной точкой – воля, которая свободна; так что свобода составляет ее субстанцию и определение и система права есть царство осуществленной свободы, мир духа, порожденный им самим как некая вторая природа»⁶³. Право, в своей основе, не может быть ни хорошим, ни плохим, оно может быть лишь должным настолько насколько должны вообще дух или мышление. Поэтому право всегда отражает характерные для данной социальности особенности понимания идеального (в смысле – должного, справедливого) взаимодействия. Это означает, что содержание права зависит от того, что есть должное для той или иной социальности, для той или иной культуры.

Роль и значение права в общественной жизни заключается в том, что любое сколько-нибудь сложное системное социальное образование нуждается в универсальной методологической платформе, позволяющей культуросообразно, единообразно, логично (что включает требование соподчиненности) разрешать вопросы управления. Чем более сложная организация, тем более универсальной и сложной должна быть методологическая и коммуникативная платформа. И если на уровне общности можно представить используемый в качестве единой методологической (в области управления) и коммуникативной платформы искусственно созданный внутренний регламент, отличный от правовых норм и даже неправовой по содержанию, то на уровне всего общества такой методологической и коммуникативной платформой является только право. Во-первых, оно исторично, а потому естественно для данного общества. Во-вторых, оно, с материальной стороны, отражает культуру, обычаи,

⁶³ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1974. С. 38.

традиции и т. д. данного общества, а с формальной стороны оно нормативно, иерархично, соподчинено. Таким образом, право исполняет, с одной стороны, коммуникативные функции в области управления, позволяет единообразно создавать управленческое воздействие, реализовывать его и контролировать процесс и последствия, а с другой – содержит критерии должного, возникающие как продукт взаимодействия волей.

Целью права является введение элементов социального порядка как необходимого условия для сплочения группы людей, а в более широком смысле – для сплочения общества в целом.

Представителями юридических школ, развивающих юридический тип правопонимания, являлись в древности софисты, римские юристы, в средние века – Ф. Аквинский, в Новое время – Г. Гроций, Д. Локк, Ш. Монтескье, Т. Джефферсон, А. Н. Радищев, в Новейшее время – Б. Кистяковский, Г. дель Веккио, Ж. Маритен, И. Меснер, Э. Вольф и другие.

В рамках юридического типа правопонимания выделяют естественно-правовой подход, исходящий из признания естественного права, противопоставляемого позитивному праву и либертарно-юридический, который под правом в его различении с законом понимает не естественное право, а бытие и конкретизацию принципов формального равенства права. Правовая форма трактуется не как пустая форма, годная для любого произвольного содержания, а как специфическая форма, обладающая особыми характеристиками и свойствами, отличающими право от неправа.

Оба типа правопонимания признают общеобязательность закона (позитивного права). Но в этой общеобязательности есть два различных, но взаимосвязанных момента: официально-властный и правовой. Первый момент состоит в том, что закон как установление официальной власти обеспечивается государственной санкцией на случай нарушения. Второй момент – закон наделяется общеобязательностью, потому что он выступает именно как право, а просто как общеобязательное, но не правовое установление. Основное различие между двумя этими моментами состоит в том, что объективные свойства права не зависят ни от воли законодателя, ни от воли суверена, ни от воли государства как раз потому, что право – продукт взаимодействия свободных волей, отражающих рефлексии бытия, как такового, а потому в своей рефлексии – объективных.

Отметим, что и легизм, и этатизм, и аналитические и нормативистские концепции неопозитивизма, равно как и концепции, отражающие юридический тип правопонимания, – сущностные характеристики права. А именно: суть права – это определяющая воля.

Общепризнанно, что от иных волей она отличается двумя признаками: во-первых – тем, что она является определяющей и действующей во времени, и во вторых – наличием специальных, присущих только ей атрибутов: а) внешне она облечена в нормативную форму, то есть представляет собой систему норм и правил, которые необходимо выполнять и соблюдать; б) проявляется как инструмент управления обществом, и, как следствие, носит утилитарный характер, то есть не является окончательно-догматической конструкцией, а наоборот – изменяется в соответствии с изменениями социальных ценностей и идей; в) несет в себе элемент материального принуждения, поскольку стремится быть реализованной. Принуждение основывается на силе государства в силу двух основных причин: в силу того, что право – политическая воля, направленная на достижение общей для всех цели, и в силу того, что государство обладает эксклюзивной, отсутствующей у других общественных институтов и объединений силой.

Выступая в качестве всеобщей коммуникативной и нормативной платформы, право отражает универсальность природы человека и общества. Суть права, цели, предмет должного (справедливого) в праве, роль и значение права остаются неизменными.

Поэтому, когда мы говорим о том, что различие в каких бы то ни было наличных определениях права не является принципиальным для концептуализации понятия судебная власть, мы говорим о том, что каждое предлагаемое определение в той или иной форме отражает следующие позиции:

– право – это определяющая воля, направленная на конкретную цель, но конструируется не всеми, а лишь специальным носителем (или специальными носителями), чей социальный статус наделяют его (их) вполне достаточным основанием для признания ее определяющей остальными и чья компетенция позволяет использовать силу государственного принуждения. Такими лицами являются соответственно правители и общественные власти;

– право является следствием необходимости самоорганизации общества и одновременно объективно удовлетворяет эту необходимость в определенном социальном порядке. Для этого правовое регулирование должно быть адекватным социальным ожиданиям;

– содержание права и его применение на практике отражает в более или менее систематической форме общий консенсус интересов, властвующий в рамках этого общества и отражает действующее соотношение воли в обществе;

– авторитетность права, содержание правовой нормы не оказывается чем-то случайным, чисто механическим. Право не есть выражение человеческого произвола вообще, эмпирической человеческой потребности, а есть выражение подчинения своей воли некоторому высшему началу, носящему характер абсолютно авторитетного, поскольку это – общая воля, обязательная для каждого человека.

Сохранение единства цели права, роли и значения права, предмета должного (справедливого) в праве вне зависимости от правопонимания является методической основой определения существенных характеристик права, необходимых для концептуализации понятия «судебная власть».

Именно поэтому мы указали, что любое позитивное определение права может быть использовано в качестве категориального аппарата определения понятия «судебная власть», но лишь в том случае, если мы из каждого определения, каким бы оно ни было: система норм, установленных или санкционированных государством или общеобязательная система норм, соответствующих принципу формального равенства, будем выводить существенные признаки права.

Возникает закономерный вопрос о том, что же объединяет различные определения права, данные в различных теоретических системах понимания права и даже, более того, данные с различных мировоззренческих позиций по отношению к роли и месту права?

Их объединяет то, что лежит в основании права – субъективный интерес. «Общая функция права в реализации интересов личности и общества заключается в обеспечении организованности и целенаправленного развития тех общественных отношений, в сис-

теме которых эти интересы формируются и через которые реализуются»⁶⁴.

В российской теории государства и права интерес в праве получил название «законного интереса».

Так, Н. В. Витрук указывает, что «законный интерес, как и юридическое право, есть возможность личности по пользованию социальными благами, которое выражается в правомочиях носителя законного интереса действовать определенным образом, требовать определенного поведения от обязанных лиц, органов и учреждений, обращаться за защитой к компетентным государственным и общественным организациям»⁶⁵. Такая точка зрения объединяет понятия законного интереса с субъективным правом.

А. В. Малько, исследуя законный интерес, приходит к выводу о том, что «законный интерес – это отраженное в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определенной степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлении субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным»⁶⁶.

А. А. Ерошенко определяет законный интерес как юридически предусматриваемое стремление субъекта в достижении тех благ, обладание которыми дозволено государством и обеспечено путем предоставления лицу правовых возможностей определенного вида⁶⁷.

С нашей точки зрения, именно наличие «законного интереса» или интереса в праве является той категорией, которая позволяет рассматривать право как категориальный аппарат понятия «судебная власть».

⁶⁴ Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности. Екатеринбург, 1990. С. 64.

⁶⁵ Витрук Н. В. Система прав личности // Права личности в социалистическом обществе. М., 1981. С. 111.

⁶⁶ Малько А. В. Проблемы законных интересов // Проблемы теории государства и права / под ред. Н. М. Марченко. М., 2002. С. 375.

⁶⁷ Ерошенко А. А. Судебная защита охраняемого законом интереса // Советская юстиция. 1977. № 13. С. 19.

Почему исследования в области законного интереса в некоторых случаях приводят к связи между законным интересом и судебной деятельностью?

Диалектическое понимание права означает его существование не только как системы ограничений и дозволений вообще, но и как системы ограничений и дозволений в каждом конкретном случае его применения.

Право как «чистое бытие» есть действительно в некотором смысле «ничто». Право, вне своего применения, есть не более чем одна из форм духовного осмысления действительности, отличающаяся от других, возможно, лишь системностью. И она является формой духовного осмысления постольку, поскольку представляет собой одну из форм реализации свободной воли.

Указывая, что мышление и воля соотносятся друг с другом как теоретическое и практическое мышление, Г. В. Ф. Гегель, тем самым, поставил проблему понимания права как теоретической конструкции и практического инструмента социального регулирования. И действительно, в современной трактовке права, например в трактовке Л. С. Явича, мы находим замечания о том, что «Право ничто, если его положения не находят своей реализации в деятельности людей и их организаций, в общественных отношениях. Нельзя понять право, если отвлечься от механизма его реализации в жизни общества»⁶⁸. Аналогична позиция В. В. Лазарева: «Право, – отмечал В. В. Лазарев, – выступает в виде высшей социальной ценности лишь тогда, когда его принципы и нормы воплощаются в жизни, реализуются в действиях субъектов социального общения»⁶⁹.

Право вообще, как и право в процессе его реализации – это две стороны диалектического существования права, которые всегда существуют в силу того, что право позитивно вообще благодаря его форме признанности, по содержанию отражающего национальный характер ступеней исторического развития и «вследствие необходимости, чтобы система законодательного права содержала применение общего понятия к особенному, данному извне состоянию

⁶⁸ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1971. С. 201.

⁶⁹ Общая теория права / под ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 355.

предметов и случаев – применение, которое является уже не спекулятивным мышлением, а рассудочным подведением частного под общее, в следствии требующихся для принятия решений в действительности последних определений»⁷⁰.

Объективация правом социальной реальности, возникающая как в случае правового нормирования, так и в случае правоприменения, в том числе индивидуального правоприменения, – есть объективация должного таким, каким оно видится через систему интересов. Предположение об обратном означало бы одно из двух: либо что в праве нет интереса, но тогда непонятно, каким образом образуются и иерархиизируются защищаемые ценности, либо, что право не отражает социальную реальность ни в случае нормирования, ни в случае правоприменения. Но подобное понимание разрушает идею об универсальности права, как регулятора и аксиому о том, что право и правовая реальность это отражение объективной реальности.

Из этой идеи проистекает идея об индивидуализированном статусе, присущем любой внутренней организации, который позволяет ей занимать свое место и роль, как в правовой системе, так и в социальной, что позволяет как самой внутренней организации, так и системе в целом, существовать в равновесии. Кроме того, из этой идеи вытекает идея о включении любой внутренней организации в общий порядок правового регулирования, следовательно, идея всеобщей, а priori существующей юридической ситуации. Вместе с этим возникает понимание того, каким образом совпадают дискурсы права и власти: они совпадают в позициях иерархичности статусов.

Право, как и власть, лишь отражает определенные закономерности социального бытия, генезис права следует за социальным генезисом, а законодатель закладывает в норму общее, а не единичное. Лишь в редких случаях правовые нормы и властные требования опережают социальные процессы, впоследствии меняясь и подстраиваясь под объективно сложившиеся системы отношений.

С. С. Алексеев в этой связи отмечал, что «Каждая норма, направленная на обеспечение индивидуального регулирования, ... не дает исчерпывающего, абсолютно определенного решения того или иного вопроса, оставляя в регулировании как бы некоторые «пусто-

⁷⁰ Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1974. С. 12.

ты», и одновременно позволяет определенным лицам самим решать (конкретизированно урегулировать) данный вопрос. Однако соотношение указанных двух моментов в конкретных нормах зависит от особенностей индивидуального регулирования»⁷¹.

Право является отражением интересов всех участников политического процесса относительно исхода урегулирования какой-либо спорной ситуации. Ж.-Л. Бержель в этой связи отмечает следующее: «Современное право законодательно закрепляет возможность влияния практики профессиональных организаций и органов администрации на процесс формирования права. ... Практики или пользователи, функционеры, представители профессиональных кругов, обладая соответствующим опытом и зная недостатки и темные места действующей правовой системы, могут инициировать выгодные для себя реформы. ... В условиях, когда законодательство распространилось на все сферы общественной жизни, регламентирование становится настолько детальным, что все его нюансы могут быть сформулированы и понятны только специалистами, а законодатель уже не может обойтись без содействия практиков. Последние уже не соглашаются быть просто «помощниками» «юристов-теоретиков», но претендуют на то, чтобы занять их место»⁷². Аналогичную проблему мы наблюдаем так же в теории конституционного права, как проблему определения пределов делегирования законотворческих полномочий.

Таким образом, право является основанием государственной власти не только поскольку а) отражает государственный интерес относительно спора или конфликта; б) в нем выражена государственная воля, но и поскольку является инструментом выражения воли всех участников политического процесса. С этой точки зрения, как отмечают П. П. Баранов и А. И. Овчинников, «проблема идеологии в последние годы является чрезвычайно актуальной для юридической науки. С одной стороны ее нет, с другой она должна быть, иначе не понятно, каким образом выстраивается система ценностных предпочтений, ими обосновывается нормативная деятельность государства. Ведь норма – это какая-то защищаемая ценность и, сле-

⁷¹ *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2-х т. М., 1981. Т. 2. С. 72.

⁷² *Бержель Ж.-Л.* Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 140.

довательно, система норм или система законодательства ... это система ценностей, их объективации. Значит, государственная идеология присутствует неизбежно в системе правовых норм, издаваемых государством»⁷³.

Выбор из множественности единственного должного – это и есть вопрос государственной воли, разрешенный посредством определения нормы. В этой связи генезис права следует за политико-социальным генезисом. В этом следовании находит отражение взаимная обусловленность социально-властных и государственно-правовых понятий.

Назначение государства и права в данной интерпретации состоит в том, что они выступают средством упорядочения общественных отношений, призваны обеспечить нормальные условия жизнедеятельности людей, служить для них способом (формой) совместного удовлетворения интересов, согласования и выражения коллективной воли»⁷⁴.

Правовая реальность по-прежнему полностью отражает объективную реальность. Однако она отражает ее не абстрактно, а с учетом позиций тех политических сил, которые определяют понятие «должного» в данной социальности.

Государственная воля отражает институциональные характеристики интересов в обществе (интересы самого государства, политических партий, социально-экономических и иных организаций) функциональные характеристики общества (методы деятельности, особенности политического режима), идеологические характеристики (идеология политического сознания), выполняя посредством права регулятивные функции. С этой точки зрения государственная воля – это необходимый элемент жизнедеятельности социальной системы, это преобразующая способность государства вмешаться в цепь событий с тем, чтобы как-то их привести к состоянию порядка, который понимается как должное.

Итак, если право представляет собой некоторый критерий должного, в котором нашел выражение государственный интерес и госу-

⁷³ Баранов П. П., Овчинников А. И. Актуальные проблемы теории правосознания и правового мышления. Ростов н/Д, 2006. С. 118.

⁷⁴ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Мамузова, А. В. Малько. М., 2006. С. 236.

дарственная воля, как «генеральный», отражающий совокупность интересов субъектов политического процесса, интерес, как «генеральная» отражающая совокупность волей субъектов политического процесса воля, то процесс правового нормирования, имеющий место, как в случае правотворчества, так и в случае правоприменения, является процессом формирования государственной власти.

Какие могут быть сделаны выводы?

Во-первых, применительно к концептуальному анализу судебной власти нет необходимости исследовать право с точки зрения его правопонимания той или иной теорией. Его сущность отражена в его роли, цели, предмете. Роль и значение права в общественной жизни заключается в том, что любое сколько-нибудь сложное системное социальное образование нуждается в универсальной методологической платформе, позволяющей культуросообразно, единообразно, логично (что включает требование соподчиненности) разрешать вопросы управления. Целью права является введение элементов социального порядка, как необходимого условия для сплочения группы людей, а в более широком смысле – для сплочения общества в целом. Предмет должного (справедливого) в праве – это ни что иное, как благо и зло совместного существования в рамках единого социального пространства. Единство цели права, роли и значения права, предмета должного (справедливого) в праве определяет его сущность вне зависимости от правопонимания и является достаточным для концептуализации понятия «судебная власть».

Вместе с тем в условиях государственно-организованного общества понимание права невозможно вне понимания роли и значения интереса, как категории, определяющей направление правового нормирования общественной жизни. Субъектами интереса выступают как лица, так и общественные институты, и государство в целом, как главный политический институт общества. В такой системе любой интерес, который объективируется через институт общества или государства становится политическим интересом, его источник – лицо или институт, или государство становится участником политического процесса.

Право в строгом соответствии со своей ролью, целью и предметом становится инструментом объективации интереса, что определяет его как формулу власти, а участников политического процес-

са как его субъектов. Вместе с тем это означает, что каждый участник политического процесса имеет свою собственную систему интересов относительно того или иного предмета правового регулирования, и эта система находится в такой иерархии, в какой участники политического процесса имеют возможность объективировать свой интерес в праве.

С этой точки зрения государство как главный участник политического процесса, поскольку его воля является либо определяющей, либо представляет собой обобщение воли иных участников политического процесса, является лицом, имеющим относительно предмета правового регулирования, во-первых, преимущественный интерес, во-вторых, наиболее всеобщий с точки зрения его существования во времени, пространстве, по кругу лиц, а также по объему. Вторым в иерархии стоят общественные институты, поскольку они выражают интересы какой-либо части общества. В нижней части иерархии находятся лица, поскольку они выражают частный интерес.

§ 2. Власть как теоретическая конструкция

Вопрос о том, что же именно определяет власть как социальный феномен остается спорным как в политической науке, так и в теории государства и права. Он остается предметом научной дискуссии в трудах политологов и социологов – М. Вебера, Б. Рассела, Ч. Мерриам, Х. Лассуэлла, Т. Парсонса, Х. Арндт, Р. Даля, Р. Арона, М. Фуко, Э. Гидденса, Б. Бэрри, С. Льюкса, Р. Берштедта, Д. Картрайт и других исследователей политической власти.

Теория государства и права не имеет объектом исследования понятие «власть», она исследует формы правовой объективации власти. Поэтому мы видим исследования теоретико-правовой объективации власти в трудах теоретиков государства и права: С. А. Авакьяна, С. С. Алексеева, М. В. Баглая, Н. В. Витрука, Г. А. Гаджиева, Н. М. Коркунова, В. О. Лучина, В. Н. Лысенкова, В. С. Нерсисянца, Л. А. Окунькова, О. Г. Румянцева, В. С. Соловьева, Ю. А. Тихомирова, Г. Г. Чеботарева, В. А. Четвернина, В. Е. Чиркина, Б. Н. Чичерина, Б. С. Эбзеева и других.

Однако так же, как и в случае с судебной властью, исследования явлений власти в теории государства и права, связанные с су-

ществованием государства, права, интереса в праве, требуют исходного понятия «власть», а, следовательно, обращения, прежде всего, к трудам исследователей этого понятия – трудам теоретиков политологии и кратологии.

«Природа власти, – указывал Т. Бентон, – ...включает структуру, состав и состояния субъекта, о котором идет речь. При утверждении о наличии власти ее суть остается открытой, хотя смысл ссылки на нее состоит в том, чтобы привлечь внимание к действию самого субъекта при осуществлении его власти и к преимуществам ссылки на его внутреннее состояние и структуру, в отличие от внешних условий, при объяснении осуществления его власти»⁷⁵.

В работе «Власть и ее влияние, как политического феномена» Р. Моккен и Ф. Стокман проводили идею корреляции природы власти со свойствами объекта власти – актора. Их позиция сводится во многом к тому, что власть «связана с определенным положением, которое они (акторы) занимают в системе властного отношения»⁷⁶. Их несомненной заслугой является использование понятия «властная позиция».

Дж. Дебнэм выделяет четыре определяющих свойства (элемента) власти, которые образуют ядро понятия: актор, действие, интенция и результат, и пятнадцать элементов власти (действие, актор, воздействие, асимметрия, возможность, повиновение, конфликт, решение, интенция, интерес, результат, рациональное восприятие, релевантность, санкции, ценность). Д. Ронг выделяет намерение во власти, эффективность власти, латентность власти (актуально-потенциальная проблема), асимметрию властных отношений, результат власти. Дж.-Э. Лэйн и Х. Стенлунд выделяют в качестве неотъемлемых свойств пятнадцать свойств власти: каузация, интенция, конфликт, санкция, влияние, предотвращение, наказание, насущность, значимость, зависимость, убеждение, сила, разубеждение, асимметрия⁷⁷.

⁷⁵ *Benton T.* «Objective» Interests and the Sociology of Power // *Power: Critical Concepts* / ed. by John Scott. Vol. 2. London: Routledge, 1994. P. 297.

⁷⁶ *Mokken R. J., Stokman F. N.* Power and Influence as Political Phenomena // *Power and Political Theory: Some European Perspectives* / ed. by Brian Barry. London: Wiley, 1976. P. 42.

⁷⁷ Там же. С. 84–85.

«Абсолютным, общим ядром или примитивной идеей, лежащей в основании всех рассуждений о власти, – пишет С. Льюкс, – является идея о том, что А каким-то образом воздействует на Б»⁷⁸.

Исследователь власти В. Г. Ледяев в этой связи указывает: «Констатация принципиальных различий в концептуальном опыте традиций и персоналий – общее место современных дискуссий о власти. ... Несмотря на широкий спектр предпочтений, большинство исследователей согласны в том, что в основе понятия власти лежит идея производства каузальных следствий: власть представляет собой способность оказать определенное воздействие на объект.

Другие свойства и элементы власти: воздействие, асимметрия, возможность, повинование, конфликт, решение, интерес, рациональное восприятие, реляционность, санкции, ценность следует рассматривать либо в качестве понятий, относимых к конфликту или санкциям, в качестве свойств, конституирующие один и тот же общий элемент – результат. Так, например ценность, интерес, воздействие, асимметрия охватываются понятием результата»⁷⁹.

Аналогичную позицию высказывал К. С. Гаджиев, указав, что согласие, подчинение, господство, конфликт, борьба представляют собой именно социальные определения, поскольку все они могут, и подчас весьма удачно, описывать межличностные отношения. Поэтому, продолжал К. С. Гаджиев, «...Для разрешения конфликтов можно использовать различные [в том числе и не правовые – *авт.*] пути и средства»⁸⁰.

Одна из первых попыток определения власти в рамках каузальной традиции ее осмысления принадлежит Т. Гоббсу. Власть по Т. Гоббсу – отражение человеческих отношений. Он рассматривает структуру власти в терминах потенциальной и/или актуализированной причинно-следственной связи. В актуализированной связи ограничение властного отношения от любого другого общественного отношения Т. Гоббс осуществлял по признакам одновременно наличия причинно-следственной связи и асимметричной конфликт-

⁷⁸ Ледяев В. Г. Власть: концептуальный анализ. М., 2001. С. 6.

⁷⁹ Ледяев В. Г. Там же.

⁸⁰ Гаджиев К. С. Политическая философия: формирование и сущность // Вопросы философии. 1995. № 7. С. 19.

ности в отношении. Обозначив власть как разновидность каузальных отношений, Т. Гоббс объясняет ее как специфическое постоянное причинное отношение между двумя переменными, в котором одна переменная производит изменение в другой переменной и выражает потенциал субъекта власти достигнуть гарантированного подчинения объекта и контролировать объект. В концепции Т. Гоббса причинная связь, лежащая в основании власти, отражает господство одних людей над другими. «Власть человека, – пишет Т. Гоббс, – есть его наличные средства достигнуть в будущем некоего блага»⁸¹.

Применительно к концептуальному анализу судебной власти нам важно отметить, что каузация как таковая – достаточно широкое по своему содержанию понятие.

В. Г. Ледяев по этому поводу указывал: «Некоторые авторы, по сути, отождествляют «власть» с каузальным отношением между двумя или более переменными. Например, Х. Саймон: «Утверждение «А имеет власть над Б» можно заменить утверждением «поведение А является причиной поведения Б». Другие [Д. Гибсон – *авт.*] рассматривают власть как потенциальную причину или как возможность быть причиной чего-либо. Э. Макфарланд ограничивает власть интенциональной причинной связью, а Дж. Нэйджел определяет ее как актуальное или потенциальное каузальное отношение между предпочтениями актора в отношении результата власти и самим результатом»⁸². Что касается самого понимания каузальной связи, то здесь, указывает далее автор, разногласия также весьма существенны. Различия в понимании причинной связи лежат в основе различий в понимании власти.

Причинно-следственное отношение – это категория, имеющая широкое распространение в теории государства и права. По сути, каузация является элементарной единицей, описывающей любой акт властного взаимодействия.

Не смотря на отдельные разногласия в теории, концепт каузальной концепции вполне четко верифицируем для прикладного исследования судебной власти как отдельного вида государственной

⁸¹ Гоббс Т. Левиафан // Избранные произведения: в 2-х т. М., 1991. Т. 2. С. 63.

⁸² Ледяев В. Г. Там же. С. 100.

власти. «Каузальное отношение – это такое отношение, в котором одно явление производит другое явление (следствие) в определенных условиях, оно характеризует перенос движения от причины к следствию и выражает связь источника изменения с определенным результатом. Поэтому причина в каузальном отношении всегда предшествует следствию. Причинная связь как производство определенных изменений подразумевает асимметрию в отношениях причины и следствия; если А является причиной Б, то в таком случае изменение в А производит изменение в Б, но совсем не обязательно изменение в Б производит изменение в А.

Вместе с тем представление о каузации как об элементарной единице власти обуславливает ряд обязательных характеристик: обязательность причины, следствия и причинно-следственной связи; обязательность асимметрии в положении сторон. В противном случае разрушается условие причинности как необходимое условие каузации.

Власть не существует только и непосредственно в акте каузации. Реализация причинно-следственного отношения, характерного для власти как таковой, может возникать так же, как потенциал, как способность контролировать действия. С этой точки зрения власть и выражает правила воздействия, или средства воздействия. Она понимается как существующая постоянно в виде возможности осуществиться «власть над» кем-либо. С этой точки зрения понятие «власть для» представляет собой не акт власти, а ее процесс, не дискретное понятие, а диспозиционное. Однако как только потенциал способности контролировать действия начинает реализовываться в процессе осуществления власти, возникает понятие субъекта и объекта конкретного властного воздействия.

Мы согласны так же с позицией В. Г. Ледяева «...“воздействие” и “достижение” не являются противоположностями: если А имеет интенцию внести определенные изменения в поведении Б и способен реализовать ее путем воздействия на поведение Б, то эти изменения можно считать результатом осуществления власти А. ... Поэтому утверждение, что способность достичь что-то является обязательным элементом власти, не означает, что способность воздействовать не имеет к власти никакого отношения. Более того, способность субъекта достигнуть что-то в отношениях с объектом без

оказания соответствующего воздействия на объект не может считаться властью, иначе нам придется отнести к “власти” случаи, где А лишь адаптирует свои предпочтения или просто предвидит вероятный ход событий. Здесь А является не активным субъектом, ответственным за результат, а лишь своеобразным “пользователем” сложившейся ситуации: он (его деятельность или не-деятельность) не вносят никаких изменений в ситуацию, а лишь приспосабливаются к ней. Желаемый для него результат производится не им, а кем-то (чем-то) другим – другими людьми или совокупностью случайного стечения обстоятельств, естественными причинами, структурными факторами и т. д. В этом случае он просто не может считаться результатом его власти. Если желаемый для А результат возник без действия А или наличия А (правление предвиденных реакций), то каузальное отношение между А и данным результатом отсутствует»⁸³.

В теории власти проблема «достижения, как власти» и «достижения как влияния» нашла свое разрешение в создании концепции «власть для» и «власть над». Теоретическая разница между позициями «власть для» и «власть над» заключена в том, что «власть для», власть сделать что-либо является основой власти над кем-то. «Главное различие между ними состоит в том, что “власть над” обязательно указывает на Б-актора (акторов), над которым(и) власть осуществляется (или может осуществляться), тогда как “власть для” может быть использована и для характеристики ситуаций, Б где [какой-либо конкретный “Б” – *авт.*] вообще отсутствует»⁸⁴.

«Власть для» – это государственная власть в целом. В рамках философско-этического направления государственная власть решает основную общественную задачу согласования всеобщего блага с благом отдельных людей посредством управления человеческим общежитием. В рамках социального направления интерпретации государственной власти она может быть раскрыта как рациональная человеческая деятельность, действие, ориентированное на определенные ожидания. Действие, направленное на господство посредством легитимного насилия, предполагает, что для того, «что-

⁸³ Ледяев В. Г. Власть: концептуальный анализ. М., 2001. С. 160.

⁸⁴ Там же.

бы оно существовало, люди, находящиеся под господством, должны подчиняться авторитету...»⁸⁵.

Таким образом, государственная власть выступает как форма власти над обществом в целом, а судебная власть, как вид государственной власти, всегда выступает как власть над кем-либо конкретным. В этом смысле судебная власть всегда конкретна, индивидуальна и единична.

Общим условием существования власти, является необходимость исключительно самостоятельного выбора относительно формирования направленности воли. «А» не имеет власти над «Б», если «А» может заставить «Б» делать только то, что «Б» уже делает и без его вмешательства или будет делать независимо от «А». В этом случае «А» не способен оказать воздействие на «Б» и потому каузальное отношение отсутствует. Власть подразумевает выбор, а выбор подразумевает способность действовать иначе. Власть имеет место только в тех ситуациях, где результаты деятельности изначально не predetermined.

П. Моррис в этой связи замечает: «Наиболее распространенным в социальных науках является понимание власти как какого-то воздействия на других. Ошибка лежит глубже: в отличие от «влияния», «власть» совсем не связана с воздействием, она связана с достижением, а это нечто другое»⁸⁶. Моррис высказывает подтверждаемое судебной практикой мнение о том, что власть вообще может осуществляться и без оказания воздействия на объект: «...обладать властью могут те, кто имеет возможность достигать что-то, даже если они не способны ни на это воздействовать»⁸⁷. (Например, ситуация утверждения мирового соглашения).

Власть – любая власть, не может существовать сама по себе, она в каждом ее понимании оказывается связанной с обществом, поскольку, ее общие компоненты: 1) агенты; 2) ценности; 3) способы (инструментально-институционные); 4) ресурсы существуют в связи с существованием общества и взаимодействие между ними дает

⁸⁵ Гоббс Т. Сочинения: в 2-х т. М., 1989. Т. 1. С. 382.

⁸⁶ Morriss P. Power: A Philosophical Analysis. Manchester: Manchester University Press, 1987. P. 29.

⁸⁷ Там же. P. 30.

всю палитру отношений, выражаемых понятиями «господство», «подчинение», «воля», «сила», «контроль», «распределение», «руководство», «лидерство», «управление», «давление», «властвование», «влияние», «авторитет», «насилие».

Если мы рассмотрим связи власти с обществом, вопрос о ее роли и значении более подробно, то увидим, что власть конструируется в обществе по трем направлениям. Это:

– господство и подчинение, воспроизводящее и поддерживающее легитимный порядок в обществе;

– контроль и влияние. По сути дела, это направление затрагивает способы распределения ресурсов общества;

– управление и давление. Взаимодействие интересов и воли управляемых и управляющих в процессе властвования, то есть практического осуществления властных полномочий, захватывает не столько отношения людей с ресурсами, сколько собственно отношения между людьми, складывающиеся посредством институциональных форм и инструментальных способов силового давления.

Конституирование власти предполагает, что всем и каждому задано то или иное место и роль во властных отношениях. Т. Парсонс, например, рассматривает общество как глобальную систему, совокупность социальных действий всех людей, элементы которой обладают специфическими функциями и статусами. С его точки зрения общественная система состоит из четырех подсистем, каждая из которых выполняет определенную функцию: 1) экономика – адаптацию к внешней среде; 2) политика – целедостижение; 3) право – интеграцию и 4) культура – функцию «латентного» поддержания стереотипов и образцов. Согласно Т. Парсонсу, власть представляет собой особенное интегративное свойство социальной системы, связанное с поддержанием ее целостности, координацией общих коллективных целей с интересами отдельных элементов, а также обеспечивающее функциональную взаимозависимость подсистем общества на основе консенсуса граждан и легитимации лидерства⁸⁸.

В самом общем виде, безотносительно к субъектам и конкретным формам властного действия, предпосылки власти свя-

⁸⁸ Современный политический словарь / под ред. В. И. Даниленко. М., 2002. С. 636.

заны с потребностями в регулировании. Регулятивная форма играет ведущую роль в образовании властного начала, поскольку позволяет одновременно оказывать влияние, осуществлять руководство, или выполнять руководящие функции, выступать в форме господствующего начала, управлять социальными процессами. Такое положение, по мнению В. В. Меньшикова, обеспечивает эффективность власти. «...Методы, которые она использует в регулятивном процессе, являются наиболее обязательными и действительными»⁸⁹.

Очевиден подход, в котором понятие власти связано с понятием силы, доминирования, влияния. «Власть, – указывал И. Ильин, – есть прежде всего сила. Это выражается в том, что она есть способность к воздействию и влиянию. Бессильная власть есть в логическом отношении бессмыслица, а в государственном отношении пагубный призрак, фантом или симуляция; такая власть никому не нужна, ибо она лишена подлинной, жизненной реальности; она опасна и гибельна, потому что ведет весь государственный союз к разложению. Для того чтобы государство могло быть и действовать, ему необходима эта подлинная энергия, сосредоточенная и организованная в живое единство. Сущность жизни состоит в действии, и притом в целесообразном действии; способность же к такому действию есть живая сила. Поэтому сказать «сильная власть» все равно, что сказать «подлинная, живая власть» или «власть, соответствующая своей природе и своему назначению»⁹⁰.

М. Вебер в своем определении власти как способности и возможности оказывать определяющее влияние на людей, социальные группы, слои и классы и осуществляться вопреки сопротивлению, не связывал понятие власти с понятием силы. В его концепции проводится четкое разграничение между основаниями властных отношений и сферой реализации власти. Мы не можем не согласиться так же с высказыванием Л. Г. Швеца о том, что ключом к пониманию значения и смысла власти является способность ее субъекта контролировать поведение других людей, навязывать свою волю,

⁸⁹ Меньшиков В. В. Власть и властные отношения: теоретико-методологический анализ. Краснодар, 2005. С. 88.

⁹⁰ Ильин И. А. Общее учение о праве. М., 1994. С. 293.

распоряжаться и управлять действиями насильственными и ненасильственными средствами и методами⁹¹.

Рассматривая категорию «силы права», близкую к категории власти, поскольку последняя есть структурированное и институционализированное отражение силы права, А. В. Паршин, А. В. Шпак и В. Ю. Шпак отмечают, что силовой характер власти заключается в ее способности к влиянию и воздействию⁹². Ссылаясь на известного русского философа В. С. Соловьева, они указывают «смысл государства, а, следовательно, и государственной власти, состоит в том, что оно в своих пределах подчиняет насилие праву, произвол законности, и принуждение допускается лишь как средство крайней необходимости, заранее определенное, закономерное и оправданное»⁹³.

Рассматривая гетерогенность источников права, Ж.-Л. Бержель на практических примерах показал следующее: когда норма проистекает не из обычая, а из произвольных актов государственной власти (произвольность актов автором понимается не как произвол вообще, то есть не как немотивированное требование, а как акт воли, субъективно оценивающей текущую ситуацию и свободно выбирающую вариант нормативного требования), норма является результатом «такого способа формирования права, который можно назвать предписательным. Проистекая из официальных источников, закона или судебной практики, право в таком случае вменяется гражданам в одностороннем порядке, путем авторитарных и централизованных мероприятий»⁹⁴. Такое положение, по мнению автора, возникает в связи с тем, что закон дает недвусмысленную формулировку и дает, таким образом, гарантии своего выполнения.

А. Л. Стризое в монографии «Политика и общество: социально-философские аспекты взаимодействия» указывал, что подход, выделяющий внешнюю, формальную сторону: властное веление, облачаемое в официальный акт, закон, судебное решение был исторически и логически первым вариантом осмысления сущности вла-

⁹¹ Швец Л. Г. Власть: доминирование, влияние: концепции и политическая практика в России. Ростов н/Д, 2007. С. 21.

⁹² Паршин А. В., Шпак А. В., Шпак В. Ю. Сила права. Ростов н/Д, 2004. С. 77.

⁹³ Там же.

⁹⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 107.

сти. В основе директивного взгляда на политику лежит определенное, механистическое по своей сути представление о человеке и обществе⁹⁵.

Обращение к директивному пониманию власти характерно в первую очередь для традиционных обществ, поскольку исходит из ожиданий вмешательства субъектов власти, независимо от способа обоснования правомерности и представлений о границах такого вмешательства. А. Л. Стризое отмечал, что особенность директивной традиции, если говорить о сознании властвующих, состоит в полагании неизбежности властного воздействия на человека и общество, в убежденности принципиальной возможности и полезности социального конструирования и даже манипулирования⁹⁶.

Связывание власти с доминированием и влиянием является лишь одним из возможных пониманий власти и отражает лишь аспект ее реального существования, который хотя и считается классическим, связанным с дедуктивным, логико-философским и морально-аксиологическим подходами, тем не менее, отражает уровень научного мышления XIX века.

Между тем исследования власти в середине XIX – начале XX века позволили, в связи с использованием историко-сравнительного и нормативно-институционального методов, определить ее институциональные характеристики. В 50–70-е годы XX века был разработан бихевиоралистский подход к пониманию власти. В последней четверти XX века мировая наука приступила к исследованию постбихевиоралистских подходов в исследовании власти.

А. А. Дегтярев отмечает, что, начиная с периода становления и развития марксизма уже можно говорить о начале современной эпохи в трактовке природы политической власти. Многочисленные концепции власти в современной специальной литературе классифицируются по ряду оснований. Прежде всего, концептуальные подходы к интерпретации власти можно было бы разделить в логико-гносеологическом аспекте на два больших класса: 1) атрибутивных концепций, трактующих власть как атрибут, субстанциальное свой-

⁹⁵ См.: *Стризое А. Л.* Политика и общество: социально-философские аспекты взаимодействия. Волгоград, 1999.

⁹⁶ См.: Там же.

ство субъекта, а то и просто как самодостаточный «предмет» или «вещь»; 2) реляционных доктрин, дающих объяснение власти как социального отношения или общения как на элементарном, так и на сложном коммуникативном уровне. Атрибутивно-субстанциальные концепции власти, в свою очередь, условно подразделяются на: 1) потенциально-волевые; 2) инструментально-силовые и, с известной оговоркой, 3) структурно-функциональные подходы⁹⁷.

М. В. Ильин и Б. И. Коваль на основе существующих концепций предложили сгруппировать все объяснения власти в три большие традиции: директивную или техническую, функциональную или эпистемную, коммуникативную или практическую⁹⁸, по признаку методов воздействия на общество.

В работе И. И. Кравченко «Введение в исследование политики (философские аспекты)» выделены концепции власти по методологическому признаку: 1) «как отношения, включающие согласие, подчинение, господство, конфликт и борьбу»; 2) как «отождествление с другими политическими явлениями, такими как господство, власть...»; 3) как «объяснение через функции (функциональное истолкование)»; 4) наконец, как «объяснение через ее цели (телеологическое)»⁹⁹.

Классическое волевое определение М. Вебером категории «власть» дает ее понимание как волевого отношения, как некоторого потенциала субъекта, обладающего особыми субстанциальными качествами носителя. Во многих волевых определениях и подходах к власти, – указывает А. А. Дегтярев, – ставится вопрос о средствах ее реализации и способах ее «распредмечивания», иницилируя тем самым ее инструментально-силовое понимание, связанное уже с англо-американской традицией. В «Левиафане» Т. Гоббса власть, которой обладает суверен, представляет собой не столько некий абстрактный потенциал, сколько реальное средство принуждения, форму силового воздействия. Для Т. Гоббса власть – это скорее

⁹⁷ Дегтярев А. А. Основы политической теории. М., 1998. С. 41.

⁹⁸ Ильин М. В., Коваль Б. И. Что есть политика и что наука о политике // Политические исследования. 1991. № 4. С. 115.

⁹⁹ Кравченко И. И. Введение в исследование политики. М., 1998. С. 43–44.

«власть сделать», чем «власть над людьми», она направлена к объектам желаний, к результатам деятельности¹⁰⁰.

В современной политической теории, основы которой так же преподавались теоретиками права, например Ю. А. Тихомировым, разработаны системный и структурно-функциональный способы интерпретаций власти. В работах Т. Парсонса, Д. Истона, Г. Алмонда, М. Крöße и других власть представляет собой особенное интегративное свойство социальной системы, связанное с поддержанием ее целостности, координацией общих коллективных целей с интересами отдельных элементов, а также обеспечивающее функциональную взаимозависимость подсистем общества на основе консенсуса граждан и легитимизации лидерства.

В теории государства и права используются реляционные подходы к трактовке власти как социальных отношений. Во-первых, это бихевиоралистский подход, редуцирующий все многообразие властного общения к совокупности властных отношений между двумя индивидами-акторами и их волями. Г. Лассуэлл и А. Каплан включают в конструкцию власти такие компоненты и признаки, как: 1) контроль над ресурсами, 2) участие в принятии решений и 3) обладание волей и влиянием. Они определяют власть как отношение двух акторов следующим образом: «А имеет власть над В в отношении ценностей К, если А участвует в принятии решений, влияющих на политику В, связанную с ценностями». Таким образом, власть становится отношением двух волей и влияний, при котором одна сторона навязывает другой свое решение. Используя, по сути, реляционный подход И. Б. Михайловская утверждает – и с точки зрения реляционного понимания власти с ней нельзя не согласиться – что «судебная система становится судебной властью тогда, когда она наделяется определенными возможностями воздействия на другие ветви власти, «включается» в систему сдержек и противовесов, препятствующей узурпации всей государственной власти какой либо из ее ветвей»¹⁰¹.

Интеракционистские концепции определяют властное отношение как стабилизатор в совокупной системе общественных отноше-

¹⁰⁰ Дегтярев А. А. Основы политической теории. М., 1998. С. 41.

¹⁰¹ Михайловская И. Б. Общая теория судебной власти. Судебная власть в системе разделения властей. М., 2003. С. 19.

ний, регулируя конфликты, упорядочивая постоянно возникающие противоречия по поводу распределения и перераспределения материальных и прочих ресурсов (К. Шмитт, Р. Дарендорф, Л. Козер и др.) и обеспечивая тем самым социальное равновесие.

Коммуникативные подходы, представителями которых можно назвать Х. Арендт, Ю. Хабермаса, а также постструктуралистские подходы, отраженные в работах М. Фуко, П. Бурдьё, рассматривают власть как многократно опосредованный и иерархизированный механизм общения между людьми, разворачивающийся в социальном поле и пространстве коммуникаций. Х. Арендт отмечает в связи с этим, что власть – это многостороннее, тотальное общение, а не собственность или свойство отдельного политического субъекта, связанное с необходимостью организации согласованных общественных действий людей, основанных на преобладании публичного интереса над частным.

В отличие от подобного осуществления идеального принципа властного консенсуса, Ю. Хабермас считает, что власть как раз является тем самым механизмом опосредования возникающих противоречий между публичной и частной сферами жизни, обеспечивая, как и деньги, воспроизводство естественных каналов коммуникаций и взаимодействий между политическими субъектами. В работе Н. А. Колоколова «Судебная власть: о сущем феномена в логосе» судебная власть рассматривается именно в рамках коммуникативного подхода. «Суть всякой власти, – указывает Н. А. Колоколов, – в том числе судебной, в ее коммуникативных возможностях, которые реализуются исключительно в процессе судебно-властных отношений, последние в анализируемом нами случае неизбежно приобретают еще и характер правоотношения между соответствующими субъектами»¹⁰².

В новейших постструктуралистских концепциях власти М. Фуко и концепции «поля власти» П. Бурдьё власть видится как отношения и общение. М. Фуко отмечает, что власть представляет собой не просто отношение субъектов, а своего рода модальность общения, то есть «отношение отношений», персонифицированное и неовеществленное, поскольку его субъекты находятся каждый момент

¹⁰² Колоколов Н. А. О сущем феномена в логосе. М., 2005. С. 50.

в постоянно изменяющихся энергетических линиях напряжений и соотношениях взаимных сил. В чем-то дополняя эту мысль, П. Бурдье обосновывает собственное понятие «символической власти», которое сводится им к совокупности «капиталов» (экономических, культурных и т. д.), распределяющихся между агентами в соответствии с их позициями в «политическом поле», то есть в социальном пространстве, образуемом иерархией властных отношений¹⁰³.

Власть выступает как сложнейший механизм тотального социального общения, регулирующий отношения между управляющими и управляемыми, первые из которых получают потенциально «символическую власть» над вторыми, хотя последние также обладают «символическим капиталом», оказывая влияние и давление «снизу» на властвующих. Применительно к судебной власти постструктуралистские концепции дают общее понимание того, почему «автономность судебной власти может быть лишь относительной, поскольку она не существует изолированно от других ветвей власти»¹⁰⁴.

Г. Лассуэлл определяет власть, с одной стороны, как участие в решениях, а с другой – как контроль над ресурсами, имеющими для участников властного отношения ценность¹⁰⁵. Таким образом, по Г. Лассуэллу, власть является видом или частным случаем осуществления влияния, при котором могут быть использованы публичные санкции.

В рамках системной модели макросоциальной структуры, разработанной в 1950–1970 годах и опубликованной в серии работ «Политическая система» (1953), «Модель для политического исследования» (1960), «Системный анализ политической жизни» (1965), Д. Истон привлекает четыре базовые категории: «политическая система», «среда» «реакция системы на воздействие среды» «обратная связь», или воздействие системы на среду.

В соответствии с этой моделью Д. Истон выделял четыре фазы функционирования власти. Во-первых, это «вход», воздействие внеш-

¹⁰³ Цит по: *Дегтярев А. А.* Основы политической теории. М., 1998. С. 42–43.

¹⁰⁴ *Михайловская И. Б.* Общая теория судебной власти. Судебная власть в системе разделения властей. М., 2003. С. 17.

¹⁰⁵ См.: *Lasswell H.* Power and Personality. Now York, 1948. P. 228–231.

ней среды (социальной и внесоциальной, природной) на власть в форме требований и поддержки. Во-вторых, «преобразование» социальных требований в подготовку альтернативных решений, являющихся определенным реагированием власти. В-третьих, это «выход», принятие решений и их реализация в форме практических акций. И, наконец, в-четвертых, результаты деятельности власти влияют на внешнюю среду через обратную связь. С этой точки зрения судебная система должна представлять собой открытую социальную организацию, открытую систему, структура которой должна иметь своего рода «приемник», получающий постоянные импульсы от окружающей среды¹⁰⁶.

С точки зрения теории Д. Истона, целью власти является выживание и сохранение устойчивости системы посредством адаптации и приспособления к социальной среде. В основе этого механизма лежит принцип «гомеостатического равновесия», согласно которому власть для поддержания внутренней стабильности должна постоянно реагировать на нарушение ее баланса с внешней средой.

В отличие от Д. Истона, стремившегося соединить макросистемную методологию с бихевиористским способом изучения поведения, Г. Алмонд пытался соединить макро- и микроподходы и соответствующие теоретические концепты власти. Г. Алмонд, как и Д. Истон, исходит из предположения о существовании некоторой макроструктуры, имеющей взаимодействие с внутренней и внешней средой.

В своей модели Г. Алмонд выделяет три аналитических уровня власти, связывая группы функций макросистемы с деятельностью отдельных институтов, включенных в системную организацию в качестве ее элементов. «Уровень процесса» связан со «входом» в понимании Д. Истона, то есть с воздействием среды на власть. Это проявляется в осуществлении институтами тех или иных функций, причем в динамическом, процессуальном разрезе: 1) артикуляции интересов (групповые объединения); 2) агрегирования интересов; 3) выработки цели развития общества (политического курса); 4) целедостижения (осуществления политики); 5) арбитража¹⁰⁷.

¹⁰⁶ См.: *Easton D. A Framework for Political Analysis*. Englywood Cliff, 1960.

¹⁰⁷ См.: *Comparative Politics Today: A World View* / ed. by G. Almond, G. Powell. Glenview, 1988.

На «уровне системы» происходит адаптация общества к власти, от которой зависят перспективы ее стабильного воспроизводства или наоборот радикального изменения. Адаптация происходит посредством социализации индивидов к стандартам и ценностям системы, и рекрутирования сторонников или противников системы, активных и пассивных граждан. В-третьих, это функция политической коммуникации, которая обеспечивается благодаря информационной, пропагандистской и манипулятивной работе средств массовой информации и других организаций. Г. Алмонд указывает, что в основе ослабления власти находится дисфункциональный характер ее институтов, не обеспечивающих адекватную социализацию, рекрутирование и эффективную пропаганду.

На «уровне управления» решаются уже последние в данном цикле задачи, связанные с управлением коллективными ресурсами общества: 1) их освоением, структурным регулированием и их распределением. Через обратную связь цикл замыкается, как и в модели Д. Истона, поскольку результаты деятельности «блока управления», регулирования общественных ресурсов должны каким-то образом изменить социальную среду, что в итоге усилит или ослабит устойчивость власти.

Эти и другие (Х. Арндт, Ю. Хабермас, М. Фуко, П. Бурдьё, Г. Лассуэлл, А. Каплан, К. Шмитт, Р. Дарендорф, Л. Козер и др.) результаты исследований власти легли в основу словарных определений регулятивной формы власти.

К. Шмитт в этой связи указывал, что политика, как область, в которой формируются решения и которая в этой связи определяет такие важные направления, как власть, цель, проект общества, иерархию, оперирование с неравенством, распределение общественных функций, правовую систему, коллективную идентификацию, насилие, легитимацию насилия, защиту от насилия и коллективную безопасность, ценностную систему порождает и учреждает право.

Для концептуального анализа судебной власти принципиальным является, однако, вовсе не факт влияния, а то, что проистекает из этого факта. С точки зрения концептуального анализа факт влияния является ничем иным как описанием всевозможных явлений власти, включающих как, собственно, акт власти, так и всевозможные манифестации ее влияний, выраженных в разнообразных ее проявлениях.

С точки зрения теории правоприменения, как части общей теории государства и права, наличие двух разновидностей причинно-следственных отношений в рамках одного и того же процесса правоприменения никаким образом не противоречит идее правового регулирования как идее возникновения правоотношения между «А» и «Б».

Какие можно сделать выводы?

Власть – один из сложнейших феноменов социальной жизни. Ее бытие может быть рассмотрено на трех уровнях: микро-, макро-, мегауровне.

На микро уровне власть есть причинно-следственное отношение, характеризующееся: наличием причины, следствия, связи между ними и асимметрии в положении сторон. Однако такое понимание абстрактно и требует своей детализации на макроуровне.

На макроуровне власть – это один из способов социальной регуляции, характеризующийся тем, что каждому субъекту задано то или иное место в системе отношений. Как способ социальной регуляции, власть характеризуется своей направленностью: управлением и давлением; контролем и влиянием; господством и подчинением.

Отметим, что на макроуровне понимания власти необходимо различать власть и влияние. Применительно к методологии концептуального анализа они отражают различные понятия и их недопустимо использовать в качестве синонимов. Власть теоретически можно определять через «влияние» или наоборот, «влияние» – через «власть». Например, это близкие понятия в социальном анализе власти. Но в концептуальном анализе судебной власти судебная власть и судебное влияние – разные вещи по правовой природе. «Их разграничение, как и разграничение между всеми остальными «властными» терминами, необходимо проводить в любом исследовании, тем более в концептуальном анализе власти»¹⁰⁸.

На мегауровне власть выполняет роль общественного института. Ее понятийные характеристики, в общем случае, зависят от того, какая конкретно теория применяется. Однако совокупный анализ существующих теорий показывает многомерность характеристик понятия «власть» и их обусловленность объектом каузации.

¹⁰⁸ Ледяев В. Г. Власть: концептуальный анализ. М., 2001. С. 66.

В этой связи можно утверждать о том, что поскольку объектом каузации в ситуации судебной власти является соотношение субъективных прав и обязанностей, судебная власть – правовая по своей природе. Право, специфика которого определяет, в конечном счете, специфику властного статуса судебного органа и включенность судебной власти в процессы государственной власти, выполняет те же функции обеспечения господства и подчинения, контроля и влияния, управления и давления, поскольку так или иначе является формулой власти. Именно неразрывная связь власти, как содержания и права, как одной из ее форм говорит о том, что право – средство воздействия на все общество в целом, а значит, что и судебная власть всегда будет воздействовать в форме влияния на все общество в целом.

Однако для судебной власти, как специфически-правовой формы каузации характерна обязательность наличия «Б»-актора, то есть непосредственного субъекта правоотношения: лица или их совокупности. Поскольку судебная власть имеет цель, отличную от цели приведения всей совокупности системы общественных отношений к идеальной правовой модели. Требование о приведении к нормированию всей системы общественных отношений – это требование к государственной власти как таковой, то есть, прежде всего к законодателю. В этом состоит фундаментальное отличие судебной власти от судебного влияния.

Содержательно вопрос о наличии в судебной деятельности признаков власти связан с вопросом о возможности ею выбора относительно правовой позиции, избранной законодателем для правового нормирования общественной жизни.

ГЛАВА 3. СОДЕРЖАНИЕ И ПОРЯДОК СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

С содержательной точки зрения анализ, проведенный в предыдущей главе, есть не что иное как анализ государственно-правовых и властных условий концептуализации права, как формулы власти. Отсутствие этих общих условий переводит отношения из отношений власти в отношении не-власти, то есть в отношении процесса (как такового).

С этой точки зрения мы определили общие условия концептуализации судебной власти, поскольку судебно-правовые отношения имеют в государственно-организованном обществе властно-правовую природу.

С методологической точки зрения понятийные особенности государственно-правовой и властной проекции понятийного ряда нивелируются при системном рассмотрении судебной власти в трехуровневой схеме бытийности «понятие – технология – институт», раскрываемой в рамках единой диалектической формы их существования.

Таким образом, необходимость концептуализации понятия «судебная власть» на трех уровнях оказывается следствием понятийных особенностей понятийного ряда судебной власти и следствием методологического требования о единстве формы анализа определяемого и определяемых понятий.

Вместе с тем методология концептуального анализа понятия «судебная власть» требует не только анализа общих признаков, обуславливающих властную природу права, но и специальных – обуславливающих специфику и правовую форму судебной власти как вида государственной власти.

Вследствие этого задачей данной главы является определение специальных, присущих исключительно судебной власти характеристик, определяющих ее властно-правовой специалитет в условиях государственно-организованного общества.

§ 1. Содержание судебной власти

Право отражает представления об универсальной правовой связи природы человека и общества. Существование такой универсальной правовой связи указывает на то, что правовая реальность – это

объективная реальность¹⁰⁹. С этой точки зрения возникновение властных отношений в государственно-организованном обществе связано с существованием права, правом регулируется, и право определяет форму этих отношений. Власть, будучи объективирована в праве, распространяется на те общественные отношения, которые описаны в праве как объективно-фактическая правовая реальность.

Диалектика существования права как нормы, меры должного поведения, идеальной модели и как технологии власти отражена в факте единства и непрерывности правовой связи в случае правового нормирования (формы регулирования закономерно складывающихся и повторяемых общественных отношений, относительно которых субъекты политического процесса имеют тот или иной интерес) и в случае правового применения, то есть превращения правоотношения в отношение власти, возникающее как следствие легитимности авторитета объекта власти.

Иное понимание диалектической связи между правом как системой норм, определяющих должное (идеальное) состояние общественных отношений, и правом как основанием принуждения и давления, контроля, господства и влияния, означает столь качественное изменение его природы, что право утрачивает свое понятийно-содержательное значение как таковое.

Таким образом, природа права позволяет не только указывать на допустимые модели желаемого поведения, но и регулировать их относительно того понятия справедливого должного, которое присутствует данной социальности.

Диалектическая связь между существованием права в качестве модели должного и существованием права в качестве формулы власти (более широко – самостоятельного правового института государственно-организованного общества) указывает на властно-правовое основание деятельности тех органов государства, которые уполномочены нормативно выражать должное.

¹⁰⁹ См.: *Овчинников А. И.* Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов н/Д, 2002; *Баранов П. П., Овчинников А. И.* Актуальные проблемы теории правосознания и правового мышления. Ростов н/Д, 2006.

При этом, в случае государственно-организованного общества субъекты политического процесса и органы, представляющие политическую систему государства, идентичны.

Властно-правовое основание деятельности тех органов, которые формируют норму, означает, исходя из общего смысла, не только необходимость придания праву структуры, иерархичности и соподчиненности, но и формализацию самой процедуры создания нормативных правил, соблюдение которой обеспечивает легитимацию права.

В свою очередь, требование о формализации создания нормы как общеобязательного правила, означает, что тот, кто определяет право, тот воплощает государственную власть. Государственная власть обусловлена тем, что право выражает государственную волю общества, обусловленную экономическими и духовными, а также национальными, религиозными, демографическими, природными и другими условиями его жизни¹¹⁰. Обратной стороной этого является право на принуждение и легальность принуждения в случае нарушения правил.

Вместе с тем создание права есть сам по себе процесс власти, суть которого заключена в выборе между интересами политической системы, определения их иерархии и легитимации. Это так, поскольку создание права есть всегда момент оценки соотношения интересов политической системы государства, и в этом – учета его правовой идеологии. Таким образом, законодатель всегда имеет смыслом своей деятельности определение государственной воли как определение структуры и иерархии интересов политической системы государства. А результат деятельности законодателя – это формирование правил общественной жизни, общеобязательных и подкрепленных авторитетом государства как политической организации общества.

Следствием того, что создание права есть сам по себе процесс власти, а также того, что эта деятельность специфична, связана с выбором между интересами элементов политической системы государства, определением иерархии этих интересов, является ис-

¹¹⁰ *Байтин М. И.* Сущность права // Теория государства и права / под ред. *Н. И. Матузова, А. В. Малько.* М., 2006. С. 143.

торическое обособление этого вида деятельности. В современном обществе это обособление реализовано в виде властной и организационной обособленности специальной системы государственных органов – системы органов законодательной власти.

Это позволяет ответить на вопрос о том, что такое законодательная власть. Законодатель в момент определения иерархии интересов и их формализации в норме выступает полномочным и суверенным в своей деятельности представителем государства. Он, действуя как представитель специализированного государственного органа, уполномочен на это. Законодательная деятельность составляет его обязанность. Поэтому идеология права, заложенная законодателем в норме, выражает, в конечном счете, государственную волю.

Государственная воля – это всегда продолжение политики, как процесса, создаваемого деятельностью элементов политической системы государства по приобретению и удержанию власти. В случае же, когда эта власть выражается в праве, такая специфическая форма политики (лоббирование) есть процесс отражения и закрепления в норме такого комплекса идей о должном, о системе и иерархии ценностей, о предпочтениях, какое представляется важным (выгодным) тому или иному элементу политической системы.

Будучи абстрактным и не правовым понятием, государственная воля объективируется в правовой системе в той степени, в какой может быть нормативно алгоритмизирован процесс упорядочения, и она всегда отражает соотношение и систему интересов. Следовательно, созданная законодателем система норм, в целом, есть отражение взглядов на общество как на социальную макроструктуру, объект макросоциальной регуляции.

Источники государственной воли – экономические, политические, социальные, культурные и иные интересы, социальные и экономические условия человеческого общежития. Объективная динамика этих интересов и условия их реализации напрямую связаны с государственной волей, поэтому она первична по отношению к правовой системе, а право вторично по отношению к государственной воле. Государственная воля не имеет единственным источником право, хотя и опирается на него как на конструкцию, нормативно стабилизирующую и закрепляющую общественные процессы.

Итак, в случае, когда право конструируется как регулятор общих случаев, повторяющихся моделей социального поведения, источником государственной власти является законодатель, поскольку он объективирует в праве государственную волю по отношению к случаю нормирования закономерностей социальной жизни.

Ж.-Л. Бержель, например, отмечает: «В ситуации, когда в праве возобладал принцип разделения властей... законодатель оставался единственным выразителем государственного суверенитета, а закон – выражением общей воли»¹¹¹.

Законодатель связан с теми идеями, которые определяют структуры социального взаимодействия посредством государственной воли, которая эти идеи объединяет и структурирует через призму государственного интереса, выраженного в идеологии. Конечным итогом такого структурирования является закон, отражающий понимание законодателем права с учетом государственной воли.

Это не исключает так же ситуацию, когда законодатель вводит единичное правило, поскольку понятия «воля» и «право» в их фундаментальном смысле соотносятся как единичный акт употребления возможностей управления, акт воздействия одной, от случая к случаю определяющей воли и как акт управления, приобретающий более или менее фиксированный во времени характер, то есть обретающий форму правил. Принципиальна не единичность или всеобщность правила, а направленность всего процесса на нормирование общественной жизни.

Деятельность законодателя, связанная с воплощением государственной воли, в широком смысле, это установление общих для всех субъектов общественных отношений правил поведения и корректировка их в зависимости от конкретно-исторических, конкретно-политических, конкретно-экономических условий общественного развития. С этой точки зрения государственная власть законодателя отражает его возможность выбрать, что и каким образом (в каком соотношении интересов и каких субъектов политического процесса) подлежит нормированию правом, в каком приоритете. По сути дела, возможность выбрать вариант нормативного закрепления государственной воли и объективировать этот вариант обусловлен истори-

¹¹¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 424.

ческими, религиозными, демографическими, природными и другими условиями его жизни, в исходящих от государства и охраняемых им общеобязательных установлениях.

С теоретико-правовой точки зрения данный тезис означает, что законодатель окажется выразителем государственной воли тогда, когда правоотношение не может появиться без властного веления государственного органа, а также тогда, когда общественное отношение в силу его значимости должно пройти контроль со стороны государственных органов.

Однако деятельность законодателя не произвольна, она ограничена требованием легитимности в том объеме, в котором государственная власть не свободна от соблюдения определенных фундаментальных принципов социального бытия. Теоретико-юридическая основа связи между правом и государственной властью обусловлена требованием легитимности власти и права. В. Е. Чиркин показал, и мы полностью с ним согласны, что «...государство не может быть оторвано от общества, оно регулирует общественные отношения»¹¹². Ж. Боден в этой связи указывал, что государственная власть легитимна тогда, когда она не свободна от соблюдения «законов Бога, природы и универсальных человеческих законов»¹¹³, на которых основаны общепризнанные нравственные нормы, институт семьи, неприкосновенность частной собственности, обязанности государства перед подданными, которых оно, например, не может облагать налогами без их согласия. Нарушение этих законов ведет к потере властью своей легитимности.

Диалектический принцип бытия права, суть которого в том, что право, не только нормирует повторяемые отношения, но и выступает критерием должного в разрешении единичного спора, порождает диалектику понимания принципа демократической легитимности – переноса на все общество механизма принятия решения.

В самом общем случае, выражение свободной воли проистекает от индивидуального проявления свободного суждения. Но при-

¹¹² Чиркин В. Е. Общечеловеческие ценности и современное государство // Государство и право. 2002. № 2. С. 11.

¹¹³ Эльфонд И. Я. Учение о государстве Жана Бодена // Культура Возрождения XVI века. М., 1997.

менительно к законодательной деятельности и к правоприменительной деятельности выражение свободной воли различно.

В законодательной практике свободная воля выражается путем голосования. Цель голосования – выяснить, какова эта общая воля, выраженная законом. До голосования никто не знает, каким будет большинство. Иными словами, голоса, поданные большинством, порождают общую волю, которая сама по себе является не чем иным, как истиной. Только эта истина – общая воля делает индивида свободным. Демократия становится абсолютной системой, ибо то, что было решено одним голосованием, вполне может быть опровергнуто чуть позже другим, с противоположным вердиктом.

«Закон – указывал Ж.-Л. Бержель – может переживать эпохи и события и не изменяться, хотя его интерпретация при этом может претерпевать значительную эволюцию. Закон может быть без труда обнаружен и доведен до каждого. Но по этой же причине он может быть в любой момент отменен, потому что то или иное изменение может оказаться естественным и логичным или потому, что законодателя понуждает к решительным действиям напряжение в обществе, грозящее вылиться в разрушительные последствия»¹¹⁴.

Совершенно иначе формируется понятие легитимности в правоприменительной деятельности. Если бы законодатель мог полностью объективировать государственную волю в праве, точнее, если бы закон, как результат законодательной деятельности, мог полностью объективировать государственную и индивидуальную волю таким образом, чтобы норма, созданная законодателем, давала бы исчерпывающее, абсолютно-определенное решение любого индивидуального случая, то понятие индивидуального регулирования отсутствовало бы как правовая практика. Но законодатель закладывает в норму лишь закономерность, а не единичность.

Закладывая в норму закономерность, законодатель, тем самым, создает граничное условие легитимной деятельности исполняющих закон органов государственной власти: требование о полном совпадении модели (нормы) с описанием регулируемого общественного отношения.

Почему возникает это граничное условие? Потому что между правоприменителем и государственной волей возникает посредник –

¹¹⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 107.

законодатель. Он определяет содержание государственной воли в норме закона. Правоприменитель не может корректировать государственную волю, если она выражена в законе, тем более не может ее создавать. Он лишь соотносит правовую модель с фактически сложившимися общественными отношениями, выявляет юридически значимые признаки и применяет право путем создания специальной, индивидуально-определенной нормы, регулирующей спорное общественное отношение, но при этом не рассматривает вопросы права. Для любого правоприменителя в норме заключена государственная воля. Он ее не определяет, а лишь реализует те способы, которые законодатель обозначил как выражающие государственную волю. «Правоприменение, – указывает Ф. А. Григорьев, – как процесс и акты применения норм права ... это юридическое средство (способ), при помощи которого государственный аппарат организует реализацию права»¹¹⁵.

Во всех случаях правоприменение – это решение конкретного дела, жизненного случая, определенной правовой ситуации. Это приложение закона, общих правовых норм к конкретным лицам и обстоятельствам. Правоприменение – организующая деятельность, направляющая развитие отношений между людьми и их объединениями в русло закона¹¹⁶. Во всех случаях применение права будет являться властной организующей деятельностью компетентных органов и лиц, имеющей своей целью обеспечить адресатам правовых норм реализацию принадлежащих им прав и обязанностей, а также гарантировать контроль за данным процессом.

Как полагают Ф. А. Григорьев и А. Д. Черкасов, «применение права – одна из форм государственной деятельности, направленной на реализацию правовых предписаний в жизнь»¹¹⁷.

И. Бенгам определил правоприменение как часть юридического процесса (если рассматривать юридический процесс как законотворческий и правоприменительный), направленного на реали-

¹¹⁵ Григорьев Ф. А. Акты применения норм советского права как разновидность юридических актов социалистического государства // Вопросы теории государства и права. Саратов. 1971. Вып. 2. С. 150.

¹¹⁶ Лазарев В. В. Теория государства и права. М., 1996. С. 208–209.

¹¹⁷ Теория государства и права: курс лекций. М., 2001. С. 454.

зацию государственной воли (воли законодателя) посредством реализации права в установленной законом форме в каждом конкретном случае¹¹⁸.

Н. М. Марченко, рассматривая проблемы понятия и содержания процесса применения норм права, указывает на то, что в российской юридической литературе сложилось множество различающихся между собой определений понятия применения права. Применение права понимается, как «особая форма» реализации права, как «властная деятельность» органов государства, которые издадут акты индивидуального значения на основе норм права¹¹⁹.

Относя применение права к государственной, властной деятельности компетентных органов, С. С. Алексеев говорит о необходимости специальных организационных действий по обеспечению реализации юридических норм.

В. В. Лазарев полагает: «Правоприменение – это решение конкретного дела, жизненного случая, определенной правовой ситуации. Это приложение закона, общих правовых норм к конкретным лицам и обстоятельствам. Правоприменение – организующая деятельность, направляющая развитие отношений между людьми и их объединениями в русло закона»¹²⁰. Применение права, с точки зрения В. В. Лазарева, – это властная организующая деятельность компетентных органов и лиц, имеющая своей целью обеспечить адресатам правовых норм реализацию принадлежащих им прав и обязанностей, а также гарантировать контроль за данным процессом.

С точки зрения И. А. Галаган и А. В. Василенко, правоприменительный процесс с юридической стороны направлен на реализацию норм материального права и опосредован нормами процедурно-процессуального права, в связи с чем, можно говорить о правоприменении, как о едином комплексе¹²¹.

¹¹⁸ *Бентам И.* О судебных доказательствах: трактат / пер. с фр. Горокович. Киев, 1876.

¹¹⁹ См.: *Марченко М. Н.* Проблемы общей теории государства и права. М., 2007. С. 592.

¹²⁰ *Лазарев В. В.* теория государства и права. М., 1996. С. 208–209.

¹²¹ *Галаган И. А., Василенко А. В.* К проблемам теории правоприменительных отношений // Государство и право. 1998. № 3. С. 18.

Правоприменение – это процесс, в результате которого подлежащая применению норма выделяется из других норм, а значит правоприменение, в отличие от правотворчества, исходит не из закономерностей, а из единоличности. «Знание правоприменителя закладывает в основу не закономерность, а единоличность. Каждый акт применения правовой нормы своеобразен, норма выступает как общеобязательная правовая установка, применить или нет которую решает уполномоченное лицо в каждом конкретном случае»¹²².

Распространение правоприменения именно на казусы отмечает Л. Н. Спиридонов¹²³. Ю. А. Тихомиров отмечает, что в процессе правоприменения юридические нормы выступают в качестве общей программы, а сведения о фактических обстоятельствах – в качестве информации, которая лежит в основе этого решения¹²⁴.

Н. М. Марченко отмечает, что правоприменительная деятельность всегда связана с принятием решения по конкретному делу и его оформлением. На завершающей стадии правоприменительного процесса всегда вырабатываются и оформляются юридические последствия применения нормы права к конкретному случаю или лицу¹²⁵.

С. С. Алексеев и другие представители отечественной школы теории государства и права отмечают, что «правоприменительные действия группируются по стадиям процесса применения права и, следовательно, состоят из трех основных групп:

- а) действия по установлению фактических обстоятельств дела;
- б) действия, выражающие выбор и анализ юридических норм;
- в) действия, из которых складывается решение юридического дела.

Существо фактов, образующих обстоятельства дела, в значительной степени зависит от основания применения юридических норм. «В области правоохранительной деятельности (при устранении препятствий в реализации права, при установлении юридической

¹²² Проблемы теории государства и права. М., 1987. С. 367.

¹²³ Спиридонов Л. Н. Теория государства и права. М., 1996. С. 227.

¹²⁴ Тихомиров Ю. А. Управленческое решение. М., 1972. С. 5.

¹²⁵ Марченко М. Н. Проблемы общей теории государства и права. М., 2007. С. 593.

ответственности) это – главным образом определенные юридические факты»¹²⁶.

Применяя право, орган исполнительной власти выполняет действия по установлению ее текста, решению вопроса об ее обязательной силе и пониманию ее смысла. И. В. Михайловский указывает, что «...первую операцию принято называть критикой юридических норм, а вторую – толкованием. Критика юридических норм делится на критику высшую и низшую. Высшей критикой называется решение вопроса о подлинности юридической нормы и о ее обязательной силе, низшей – проверка ее текста.

Решить вопрос о подлинности юридической нормы – значит установить, что данная норма исходит от соответствующего внешнего авторитета. Решить вопрос об обязательной силе нормы – значит установить: 1) что данный внешний авторитет имеет право издать критикуемую норму, 2) что она издана в надлежащем порядке и 3) что она не противоречит юридическим нормам высшего порядка. Из сказанного очевидно, что разрешение вопроса об обязательной силе нормы есть деятельность, носящая чисто юридический характер, в то время как первая стадия высшей критики, т. е. установление подлинности нормы, таким характером не отличается: установление подлинности юридической нормы и установление подлинности (т. е. принадлежности определенному автору) литературного или научного произведения относятся к одному и тому же порядку явлений...

Когда окончена высшая критика, применитель юридической нормы приступает к низшей критике: он проверяет подлинность текста нормы. Здесь мы имеем чисто механическую работу: простое сличение текстов. Дело в том, что население обыкновенно знакомится с содержанием юридических норм не по первоисточникам, а по копиям с них. В копиях же могут быть ошибки, искажающие текст нормы. Толкование обставлено целым рядом правил, гарантирующих достижение истины в вопросе о раскрытии смысла закона, гарантирующих от произвола толкователей»¹²⁷.

¹²⁶ *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1981. Т. 2. С. 332.

¹²⁷ *Михайловский И. В.* Применение юридических норм // Теория государства и права: хрестоматия. М., 1998. С. 636.

С. С. Алексеев указывал, что «“Критика” нормы (акта) – это специальный термин, заимствованный из исторической науки и филологии. Несмотря на определенные возражения, сделанные в литературе, следует думать, что такая специальная терминология (если придать ей надлежащий смысл) может быть использована. Да она и правильна по существу, ибо при проверке нормы (нормативного акта) главное – это ее критическая оценка, обеспечивающая правильное применение права. Помимо выигрыша, происходящего от всякой специальной терминологии, указанный термин полезен потому, что он нацеливает работников практики на тщательное и внимательное рассмотрение каждой юридической нормы (нормативного акта). Он как бы говорит: прежде чем применить норму, следует ее «покритиковать», тщательно, всесторонне, с разумной придирчивостью проверить возможность ее применения к данному случаю, и это явится одним из условий, обеспечивающих высокое качество работы правоприменительных органов... Высшая критика охватывает: а) проверку подлинности нормы; б) проверку правомерности акта, содержащего норму; в) проверку юридического действия нормы с точки зрения времени, пространства, распространения на тех или иных лиц. Низшая критика касается лишь текста акта, словесно-документального изложения его содержания. В результате проверки правильности текста, по существу, решается один вопрос – устраняются погрешности, допущенные при напечатании (перепечатывании) текста нормативного акта, т. е. погрешности полиграфического или машинописного порядка. Это – опечатки, искажения слов или фраз, пропуски в тексте. Завершающее правоприменительное действие при выборе и анализе нормы – ее уяснение (толкование)»¹²⁸.

Таким образом, можно определенно говорить о том, что правоприменение при всей объективности несет субъективно-ситуативную направленность.

Эта направленность связана с тем, что в самом общем виде правоприменение представляет собой не что иное, как «подведение конкретных бытовых отношений под абстрактные нормы права»¹²⁹.

Таким образом, для тех органов, которые исполняют закон, требование легитимности – это требование точного соблюдения зако-

¹²⁸ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 2. С. 339.

¹²⁹ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 711.

на. Содержание государственной воли, которую выразил законодатель, в конечном счете для правоприменителя является методической основой принятия правового решения, коль скоро государственная воля, выраженная в законе, обобщает общественный интерес и объективирует этот интерес в нормах права. Для правоприменителя действительное существование права связано с его реализацией и этот процесс состоит из следующих стадий: 1) выявление юридически значимых признаков общественного отношения; 2) определение соответствующей этим признакам нормы; 3) применение.

И. Я. Дюрягин правомерно указал, что применение права, во-первых, дополняет властность юридических норм властностью органа, который обеспечивает реализацию норм права, доведение ее до конца, активно гарантирует, продолжает и завершает в индивидуально-правовом, поднормативном порядке регулирование соответствующих отношений, а во-вторых, оно всегда конкретизировано по отношению к данному случаю¹³⁰.

Если схема правоприменения абсолютно-определена, то она, как правило, не требует четвертой стадии – стадии рассмотрения спора о самом праве.

Но законодатель осуществляет только индукцию, отыскивая общеупотребительные правила, «право вообще, на все случаи жизни». «Законодатель не обладает неограниченной способностью предвидения и не в состоянии определить того, что беспредельно»¹³¹.

П. В. Алексеев, А. В. Панин указывают, что индукция сама по себе не дает достоверного знания¹³², следовательно, одно лишь законотворчество не способно решить задачу адекватного правового регулирования. Ж.-Л. Бержель отмечает, что формальные правила, вводимые от лица публичных властей, всегда, в соответствии с их функцией, недостаточны, поскольку публичные власти не имеют возможности заранее предусмотреть все нужные правила¹³³. Более того, субъективная природа государственного законотворчества, несовпадение закона и права требуют наличия механизма публич-

¹³⁰ См.: Дюрягин И. Я. Право и управление. М., 1981.

¹³¹ Годвин В. О собственности. М., 1958. С. 223.

¹³² Алексеев П. В., Панин А. В. Философия. М., 1996. С. 299.

¹³³ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 145.

ного контроля со стороны общества за справедливостью содержания и правовым характером законодательства.

Поэтому появляется необходимость прибегнуть к неформальным правилам – не к сиюминутным распоряжениям публичных властей, но к правилам, опирающимся «авторитет опыта», или на «авторитет рассудка»¹³⁴.

Представляется, что центральным институтом здесь должна быть судебная власть. Суд при соответствующих обстоятельствах и в надлежащей процедуре должен «поправить» законодателя, признав его акты неконституционными, либо отказав им в судебном применении (*contra legem*), поскольку правоохранительная деятельность, как таковая, защищает норму права от каких бы то ни было нарушений.

Если норма права совпадает с нормой закона, то правоохранительная деятельность не связана со спором о праве. Она возникает а) в связи со спором о мере субъективных прав и юридических обязанностей; б) в связи с необходимостью определить момент или факт возникновения или прекращения прав или обязанностей¹³⁵. Выразителем государственной воли по-прежнему является законодатель. Созданная им норма ни в юридическом, ни в социальном смысле не противоречит праву.

Однако как только возникают споры о юридически значимых признаках (споры о факте), споры о соответствии нормы рассматриваемому общественному отношению (споры о праве), схема правоприменения начинает требовать их разрешения. Из абсолютно определенной схемы правоприменения она становится абсолютно неопределенной, в которой возникает стадия рассмотрения спора о праве или о факте.

Неопределенность, возникающая как следствие спора, обуславливает возникновение двух основных последствий: возникает множественность в вариантах применения необходимой нормы (выбор нормы, которая будет применена, зависит от результата спора о факте или о праве). В этой связи Ю. Ю. Ветютнев отмечал следующее:

¹³⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 145.

¹³⁵ Общая теория права / под ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород, 1993. С. 363.

«Любое судебное дело заранее предполагает несколько вариантов решения, иначе не было бы смысла его рассматривать в суде»¹³⁶. Второе последствие – необходимость обосновать выбранную в результате спора норму в случае, когда она не является наиболее специальной из всех возможных к применению, но в то же время наиболее точно соответствует выводам, полученным из спора о праве или о факте.

Однако очевидно, что всегда имеются противоречия между пониманием права, каким оно сформулировано для общего случая, каким оно отражает закономерность и пониманием права, каким оно должно быть в индивидуальном случае. Основание возникновения таких противоречий – бесконечно разнообразная человеческая деятельность. Создавая норму, законодатель указывает ее гипотезу – условия применения. Однако все разнообразие человеческой деятельности не может быть формализовано в гипотезе. В противном случае норма должна стать настолько абстрактно-всеобщей, что утрачивается ее смысл. Значит, возможны ситуации, когда деятельность не описывается гипотезой.

«Всякое социальное явление, – указывал А. И. Овчинников, – как бы оно ни было однородно и аналогично с другими, всегда определяется индивидуальными моментами, специфически отличающими его от других явлений, даже наиболее ему родственных»¹³⁷. Эта специфичность имеет правовое выражение в виде юридических событий и фактов, возникновение которых или трактовка которых искажает или модифицирует смысл нормы. Абстрактность нормы, которая является ее несомненным достоинством в случае правового нормирования – оборачивается ее недостатком в случае необходимости ее правоприменения.

В этой связи возникает вопрос не только о том, каким образом применять норму в условиях неопределенной схемы ее правоприменения, но и вопрос о необходимости заново определить право, право для данного случая. Абстрактность нормы, с одной стороны – позво-

¹³⁶ Ветютнев Ю. Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 65.

¹³⁷ Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов н/Д, 2002. С. 34.

ляет регулировать объем общественных отношений, но с другой – всегда оставляет объем для интерпретации в области реализации права, выбора позиции и правовой оценки соотношения интересов в праве. Это требует не только соотнесения нормы с конкретным отношением, но и юридического осмысления ситуации, к которой необходимо соотнести норму.

В этой связи Р. Давид указывал: «Закон сам обнаруживает свои пределы, когда вооружает юристов критерием справедливости... или подчиняет применение закона добрым нравам и публичного порядка. Никакая законодательная система не может обойтись без этих коррективов или оговорок; их отсутствие может привести к справедливому расхождению между правом и справедливостью. Юристы романо-германской правовой семьи не склонны соглашаться с таким решением того или иного правового вопроса, которое в социальном плане кажется им несправедливым. Характерным для гибкости юридических концепций в романо-германской правовой семье является то, что справедливость там во все времена включалась в право и, в связи с этим, никогда не возникало необходимости исправлять специальными нормами справедливости систему юридических правил»¹³⁸.

Применительно к романо-германской системе права, указывает Р. Давид, издание закона или регламента – дело властей. Однако практическое значение закона зависит от его применения. В странах романо-германской правовой семьи предлагались самые разнообразные методы толкования. Но нигде и никогда практика не придерживалась только одного из существующих методов толкования. «Повсюду судья, стремясь к тому, чтобы избежать упреков в произволе, отдаст предпочтение толкованию, которое наряду с буквой закона учитывает и намерение законодателя»¹³⁹.

Хотя Р. Давид объясняет необходимость подобной корректировки закона в случае его применения к конкретно-правовому спору необходимостью подчинения права велению справедливости в том виде, как последняя понимается в определенную эпоху и определенный момент, мы считаем, что это, с нашей точки зрения, вполне

¹³⁸ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 108.

¹³⁹ Там же. С. 85.

справедливое объяснение, может быть дополнено также и нашим объяснением, которое отражает в большей степени деятельностный аспект формализации бытия.

Мы приходим к пониманию того, что справедливость в праве требует не столько корректировки закона, сколько требует новой объективации права, но такой объективации, которая бы удовлетворяла бы трем условиям: во-первых, она бы отражала общие принципы, на которых строится формализация системы интересов в «праве общего случая», во-вторых, эта объективация во времени, пространстве и по кругу лиц должна быть локальна, в-третьих, ее локальность должна обеспечивать ее приоритет перед нормой «права общего случая» перед всеми исполняющими органами.

Основоположник теории разделения властей Ш. Л. Монтескье полагал, что судебная власть не должна быть доверена государственному органу, а лишь выборным от народа лицам, привлекаемым к правосудию на определенное время. «В каждом государстве есть три рода власти: власть законодательная, власть исполнительная, власть, ведающая вопросами гражданского права.... Судебная власть в известном смысле как бы не совсем власть... судьи ... не что иное, как уста, произносящие слова закона»¹⁴⁰.

Очевидно, что, разрабатывая свою теорию разделения властей, основоположник не знал и не мог знать о том, что в связи с развитием общественной жизни объем субъективных прав будет расширен, закон обнаружит свои пределы, вооружив юристов критерием справедливости и подчинит применение закона добрым нравам и публичному порядку. Что никакая законодательная система не сможет обойтись без оговорок частного случая; что их отсутствие может привести к расхождению между правом и справедливостью. Что фраза Ш. Л. Монтескье об устах, произносящих слова закона, буквально может толковаться как абсолютно-определенное правоприменение. Ш. Л. Монтескье не мог так же знать, что В. М. Гессен спустя 200 лет скажет о том, что «не только в сфере гражданского оборота, но и в области публичного права возможен спор о праве – спор между властью и гражданином. И, так же как и всякий вообще

¹⁴⁰ Монтескье Ш. Л. Избранные произведения. М., 1955. С. 290–295.

спор о праве – спор о публичном праве подлежит рассмотрению судом»¹⁴¹.

Поскольку социальный процесс отражает не только повторяющуюся, но и разнообразную деятельность человека, постольку всегда, в каждом частном случае существуют вариации ценностной конструкции, вариации целей и средств, различные понятия о природе и принципах права, о правовой действительности, о правах и обязанностях государства и правах и обязанностях государства, о законности, социальной справедливости и так далее.

С. С. Алексеев в этой связи отмечал, что «Каждая норма, направленная на обеспечение индивидуального регулирования, ... не дает исчерпывающего, абсолютно определенного решения того или иного вопроса, оставляя в регулировании как бы некоторые «пустоты», и одновременно позволяет определенным лицам самим решать (конкретизировано урегулировать) данный вопрос. Однако соотношение указанных двух моментов в конкретных нормах зависит от особенностей индивидуального регулирования»¹⁴².

Это требует не только соотнесения нормы с конкретным отношением, но и юридического осмысления ситуации к которой необходимо соотнести норму.

Именно необходимость и неизбежность нового юридического осмысления со стороны суда (судьи) – есть основание того, что судья не столько корректирует закон (он корректирует его лишь с точки зрения системы применения законодательства), сколько формирует новое право, но формирует его лишь применительно к данному частному случаю.

Если право не совпадает с нормой закона, налицо необходимость в органе, который бы взял на себя функцию выразителя государственной воли в данном конкретном случае, поскольку ее (государственной воли) правовая объективация в том виде, в каком она выражена законодателем, фактически дефектна для рассматриваемого спора (действительная государственная воля не выражается в норме в данном конкретном случае).

¹⁴¹ Гессен В. М. О судебной власти // Судебная реформа. М., 1915. С. 4.

¹⁴² Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 2. С. 72.

Кто становится выразителем государственной воли в ситуации, когда позиция законодателя, выражающего государственную волю в общем случае противоречит самой государственной воле, какой она понимается в частном случае, как субъектом, так и объектом права? Ведь спор о праве – это спор о содержании государственной воли как таковой, поскольку, во-первых, право в значительной степени отражает государственную волю; во-вторых, индивидуальные государственно-властные веления воплощают властную государственную волю. Выразителем государственной власти является тот, кто ее определяет в праве, в случае индивидуального применения. И это не орган исполнительной власти, условием деятельности которого является полное совпадение фактического отношения и его модельного описания в норме.

Выразителем государственной воли в ситуации, когда позиция законодателя, выражающего государственную волю в общем случае противоречит самой государственной воле, какой она понимается в частном случае, как субъектом, так и объектом права является суд.

Неопределенность, возникающая в процессе спора о праве или о факте, устраняется посредством судебного усмотрения, которое: а) обосновывая выбор нормы, делает схему правоприменения определенной относительно спорного общественного отношения; б) обосновывая выбор нормы, модифицирует общее правило применения нормы в случае, если она не является наиболее специальной из всех изначально возможных к применению, но в то же время становится наиболее специальной для регулируемого отношения, поскольку наиболее точно соответствует выводам, полученным из спора о праве или о факте.

Легитимность власти суда связывается не столько с тем, насколько в применяемом им законе прослеживается требование «законов Бога, природы и универсальных человеческих законов» – это требование обращено к законодателю. Единство феноменологии социальной власти обуславливает необходимость понимания единого должного как у законодателя, так и у суда. И не столько с тем, насколько точно решение суда следует логике законодателя – это требование к органам исполнительной власти и квазисудебным органам. В отличие от законодателя легитимность власти суда связа-

на с тем, насколько точно его решение в определении «права частного случая», необходимого в правоприменении для устранения спора о праве или о факте соответствует, во-первых, пониманию должного в данной социальности, во-вторых, соответствует общей программе, выраженной в юридических нормах законодательства и, в третьих, с тем, насколько учтены в формировании судебной нормы сведения о фактических обстоятельствах, которые выступают в качестве информации, которая необходима для поиска права.

Существо судебного акта – создание индивидуально-определенной нормы права, а значит обстоятельства дела не могут в судебной области быть сведены только к установлению юридических фактов и применению к ним нормы. Так же, как и в любом индивидуальном регулировании, они должны оцениваться по совокупности параметров.

Вопрос о том, относительно чего должна образовываться данная совокупность, остается в теории права открытым. Так, В. В. Глуценко предлагает руководствоваться правовым предположением, но не отождествляемым с гипотезой нормы, а состоящим в интуитивном предположении о необходимости применения права в конкретной наблюдаемой ситуации. Здесь же автор оговаривает условия действия этого интуитивного «включателя» для правоприменителя – существование правовой гипотезы для начала правоприменительного процесса¹⁴³.

С. С. Алексеев акцентирует внимание на социально-политическом, управленческом аспекте применения права, ссылаясь на мнения Ф. М. Орзих: «...правовое воздействие при применении права обеспечивает передачу социально-юридической программы, содержащейся в праве и рассчитанной на творческое восприятие и переработку в сознании»¹⁴⁴.

С нашей точки зрения, последняя формулировка более точна, поскольку позволяет проецировать право сквозь призму правовой

¹⁴³ Глуценко В. В. Теория государства и права: системно-управленческий подход. М., 2000. С. 343.

¹⁴⁴ Орзих М. Ф. Юридические гарантии, средства и методы применения правовых норм // Юридические гарантии правильного применения советских правовых норм и укрепление социалистической законности. Киев, 1970. С. 17.

культуры общества на конкретное общественное отношение. Действительно, как иначе можно объяснить, например, требование об учете личности правонарушителя при вынесении приговора?

Об этом же, в частности, говорит А. Тамаш: «На объективной стороне применения права находится обязательный принцип трактовки нормы как однозначного средства с учетом оцениваемой ситуации, такого единичного, которое включает в себя как момент, так и то, что в данное время есть социально общее, а на субъективной стороне – оценка обществом спорного типа отношений в определенный момент, состояние правосознания в данный период и т. д. Сюда относится изменение смысла основных понятий, изменение защищаемого порядка «ценность – интерес», его девальвация и, наряду с прежними, появление новых порядков «ценность-интерес», подчас противоположных существующим в норме»¹⁴⁵.

И далее: «Применение права включает и адаптацию к условиям развития общества: изменение одной из объективных сторон применения права (фактических общественных отношений), развитие культуры общества, изменение его субъективной стороны (форм сознания, правосознания) означают модификацию и применения права.

Было бы ошибкой воспринимать данное как силу, посягающую на неприкосновенность права. Наоборот, именно это и означает непрерывность, соответствие общественным отношениям и одновременно общественную периодичность и единство применения права. Применение права в соответствии с общественными отношениями на различных своих этапах различно: оно формируется в согласии со всеми общественными отношениями, гармонирует с ними. Его единство – это соответствие данным общественным отношениям, оно проявляется в непрерывном развитии.

Это соответствие не прямая эквивалентность, а нечто в применении права, перенесенное в область права; опосредование, как объем, выражается в правовом качестве. Таким образом, соответствие применения права общественным отношениям означает генеральную линию, директиву, поэтому оно – не взятое исключительно в повседневном смысле простое отражение актуальной политиче-

¹⁴⁵ Тамаш А. Диалектика правосознания правоприменения. М., 1980. С. 62.

ской концепции дня или его общественной практики. Непосредственная эквивалентность или полная идентификация исключены уже из-за существования позитивного права; поэтому предел отклонения от права конечен, а рамки обязательно предписываются правовыми нормами как общие качества»¹⁴⁶.

Право, создаваемое судом, в конечном счете, является социальным регулятором, поэтому должно обеспечивать единство понимания социального порядка, которое задается законодателем и содержательно основывается на единой идее справедливости. «*Jus aequitatem semper spectare debet*» – судья должен всегда иметь в виду справедливость [лат. – *авт.*]. Справедливость – не юридическая, а социальная категория. Но она задает граничное условие легитимности права. Справедливость это «понятие о должном, соответствующее определенному пониманию сущности человека и его неотъемлемых прав»¹⁴⁷.

Как отмечает Т. А. Алексеева, «проблемы справедливости встают на повестку дня, когда возникает необходимость в общественной оценке деятельности соответствующих институтов для того, чтобы сбалансировать легитимные конкурирующие интересы и притязания членов общества»¹⁴⁸.

Еще Аристотелю удалось сформулировать основополагающее для современного понимания справедливости противоречие между идеей равенства и идеей заслуг и достоинства, предполагающей признание социального неравенства и пропорциональность воздаяния. Самым важным для справедливости Аристотель считает воздаяние, которое должно исходить из принципа пропорциональности. Это обосновано тем, что, с его точки зрения, общество держится тем, что каждому воздается пропорционально его деятельности¹⁴⁹.

В философии Нового времени была отчетливо выявлена определенная взаимосвязь идеи справедливости с идеей свободы. «Где

¹⁴⁶ Тамаш А. Диалектика правосознания правоприменения. М., 1980. С. 64.

¹⁴⁷ Философская энциклопедия. М., 1970. Т. 5. С. 119.

¹⁴⁸ Алексеева Т. А. Справедливость. Морально-политическая философия Дж. Роулса. М., 1992. С. 10.

¹⁴⁹ Мальцев Г. В. Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 43.

нет справедливости, нет и свободы, а где нет свободы, нет и справедливости»¹⁵⁰. По мнению Г. В. Ф. Гегеля, конституция, в которой «разумная воля доходит до сознания и понимания самой себя... есть... существующая справедливость как действительность свободы и развития ее разумных определений»¹⁵¹.

В новейшее время идея справедливости превращается в регулятивную идею, необходимую для моральной оценки тех или иных законов и учреждений.

По мнению Э. Ю. Соловьева, такое понимание справедливости связано с противопоставлением права и закона (или иначе нормативно-теоретическим определением закона), которое позволяет ввести этическую оценку в законодательство. Такое его определение он связывает с тем, что право понимается не как совокупность принудительных норм, регулирующих поведение каждого члена общества, но как мораль, регламентирующая правителя. Соответствующее такому праву законодательство делает общество автономным от государства и дает ему возможность контролировать последнее¹⁵².

Справедливость в юридической практике приобретает самостоятельное значение, потому что генезис права объективен. Права могут иметь экономический или любой иной базис, но они возникают объективно, независимо от воли законодателя. Их содержание и объем зависят от уровня развития общества. В целом, объем субъективных прав является одинаковым для обществ, имеющих схожие цивилизационные характеристики или находящихся в одной общественно-экономической формации. Хотя права возникают независимо от воли законодателя, но им санкционируются и, обретая вид нормы, подлежат государственной защите. Однако в том случае, когда они не обретают нормативное закрепление, это вовсе не означает, что субъекты, фактически имеющие данное право, не будут его защищать. Они будут их использовать и, соответственно – за-

¹⁵⁰ *Борохов. Э. Энциклопедия афоризмов (Мысль в слове). М., 1998. С. 537.*

¹⁵¹ *Философская энциклопедия. М., 1970. Т. 5. С. 120.*

¹⁵² *Соловьев Э. Ю. Выступление на круглом столе «Право. Свобода. Демократия» // Вопросы философии. 1990. № 6. С. 3.*

щищать, однако этот процесс приобретет латентный характер. Этот процесс уводит данное право из-под государственного регулирования, что обуславливает различные, в том числе и негативные социальные последствия.

Требование справедливости – одна из важнейших сторон легитимности судебной власти. Справедливость является одним из ведущих начал при решении юридических дел, когда суду предоставлена «свобода усмотрения», когда суд осуществляет функцию по индивидуальному регулированию.

При этом справедливость, необходимым условием которой являются законность и обоснованность, оказывается тесно связанной с принципом целесообразности, понимаемым как «соответствием деятельности органов и лиц в рамках закона конкретным условиям места и времени, выбор оптимального пути осуществления нормы в конкретной жизненной ситуации»¹⁵³. Справедливым в рамках закона может быть признано единственно возможное в конкретном случае, наиболее оптимальное, разумное, гуманное решение. Оно может быть найдено на базе правильного установления обстоятельств дела, их верной правовой и социальной оценки и истолкования конкретной правовой нормы в системе других норм данной отрасли права, а при необходимости и всего права в целом.

Качество легитимности утрачивает даже обоснованное и законное судебное решение, если оно вступает в противоречие с требованиями справедливости. Нелегитимность судебного решения возможна в следующих четырех случаях:

- 1) если норма, которая применяется судом, является несправедливой;
- 2) если судом была избрана «не та» норма права;
- 3) если суд не установил в необходимой степени обстоятельства дела;
- 4) если юридическая норма, хотя и была избрана верно, истолкована неправильно¹⁵⁴.

¹⁵³ Общая теория права / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1996. С. 273.

¹⁵⁴ Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992. С. 85–86.

Е. В. Васьковский указывал, что в случае, если норма является двусмысленной, то есть неясной, нужно понимать ее в смысле наиболее соответствующим духу действующего законодательства.

Е. В. Васьковский предлагал из двух одинаково возможных смыслов нормы отдавать предпочтение тому, при котором норма представляется более справедливой¹⁵⁵.

Индивидуально-правовая норма, регулирующая спорное отношение, становится юридически дефектной тогда, когда она перестает соответствовать «духу закона»¹⁵⁶, не обеспечивает адаптацию права к данным условиям, а наоборот – требует адаптации фактически имеющихся отношений к праву. Очевидно, что в этом случае неизбежно падение авторитета подобной нормы. Она не учитывает все фактические отношения, но при этом содержит властный приказ. Она юридически дефектна, поскольку не соответствует действительности, которую призвана урегулировать.

Очевидно также, что существование юридически дефектной индивидуально-правовой нормы, регулирующей общественное отношение, никаким образом не может быть ожидаемым и приветствуемым обществом. А значит, обществом вырабатываются принципы существования судебной власти с учетом того, что именно судебная власть позволяет модифицировать применяемую норму, приспособлять право к общественным отношениям, модифицировать условия его применения. Именно на судебную власть возлагается требование приспособить право к обществу в процессе его применения, соблюсти «дух закона». В конечном итоге именно на судебную власть возлагается ответственность по модификации применяемой нормы и именно ей дается эксклюзивное право модифицировать условия применения нормы таким образом, чтобы регулировать спорное общественное отношение справедливым и в наибольшем согласии с принципами права.

Н. А. Колоколов в заключительной части рассуждений относительно судебной власти указывал, что массовый генезис судебно-

¹⁵⁵ Боннер А. Т. Указ. соч. С. 87.

¹⁵⁶ См.: Гессен В. М. О судебной власти // Судебная реформа. М., 1915. С. 4.

властных отношений в процессе управляющего воздействия государства на общество обусловлен целым набором причин, к числу которых относятся, во-первых, неспособность власти законодательной и власти исполнительной самостоятельно, без третьей государственной властной структуры разрешить постоянно возникающие между ними противоречия (ситуация судебного контроля); во-вторых, неспособность властей законодательной и исполнительной разрешить весь комплекс задач по управлению обществом присущими им средствами и методами.

Тот безусловный факт, что регулируя спорное правоотношение, суд определяет право, подлежащее применению (и в этом, но только в этом, его сходство с законодателем), означает, что в случае индивидуального правоприменения именно суд выражает власть государства не только признать данное понимание нормы правом, но и потребовать его исполнения как должного.

Государственная власть в процессе судебного правоприменения возникает у судебных органов в силу того, что, они – единственный вид государственных органов, у которых возникает обязанность трактовать государственную волю в том случае, когда нормативная трактовка, предложенная законодателем для общего случая и выраженная в норме закона, вступает в противоречие с нормативной трактовкой государственной воли в процессе индивидуального регулирования.

С точки зрения субъектности власти это означает что в момент определения того, что есть право, государственная власть, в ее правовом аспекте, переходит от законодателя к судебному органу и целиком сосредотачивается в руках суда (судьи). Суд, применительно к данному правовому спору, становится единственным источником государственной власти.

В самом общем случае акт судебной власти выполняет две функции: обеспечивает диалектическое единство права и устраняет препятствие в реализации права.

Как одна из форм правоприменения судебное правоприменение основано на установлении фактических обстоятельств. «Однако, – отмечает С. С. Алексеев, – обстоятельства дела не могут быть сведены только к юридическим фактам. В особенности это касается правоприменительной деятельности, направленной на индивиду-

альное поднормативное регулирование общественных отношений в сфере управления, планирования. Здесь в фактическую основу правоприменительной деятельности входит более широкий круг фактических обстоятельств, включая такие объективные явления, как, например, социально-политическая обстановка, объективные закономерности общественного развития»¹⁵⁷.

Поэтому как форма государственной власти судебная власть создает формулу власти, выраженную в «праве частного случая».

«Индивидуальные государственно-властные веления, – указывал С. С. Алексеев, – в какой-то степени схожи с нормативными юридическими предписаниями. И те и другие воплощают властную государственную волю, являются юридически обязательными, авторитарными. И те и другие образуют содержательные части правовой системы, проводят реальную юридическую энергию, идущую от государства (все это дает основание для выработки единой обобщающей теоретической конструкции «правовое предписание», охватывающей общие черты и нормативных, и индивидуальных велений).

Вместе с тем индивидуальное предписание представляет собой специфическое правовое явление. Оно качественно отлично от нормативных правовых предписаний. Отличие состоит в том, что предписание, выражающее решение юридического дела, имеет индивидуальный характер. При самой общей характеристике его роль заключается в выполнении функции юридического факта, так как именно с ним юридические нормы связывают определенные юридические последствия. И хотя такая характеристика неполна, недостаточна (она не отражает обеспечительной и индивидуально-регулятивной функции применения права), ее все же следует признать ключевой...

Таким образом, индивидуальные государственно-властные веления – это особые, причем вполне самостоятельные, части правовой системы. Существовая и функционируя на основе и в пределах юридических норм, индивидуальные государственно-властные веления как бы присоединяются к ним, продолжают их дело. Через индивидуальные веления компетентные государственные (а в ряде случаев и общественные) органы обеспечивают индивидуализиро-

¹⁵⁷ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 333.

ванное действие, учет конкретной обстановки, устранение препятствий в процессе реализации нормативных предписаний. Они, следовательно, представляют собой канал, через который усиливается, подкрепляется властность юридических норм, конкретизировано подтверждаются права и обязанности, а в ряде случаев в индивидуальном порядке частично регламентируется их содержание»¹⁵⁸.

Если мы рассмотрим требование о провозглашении любого итогового судебного акта, которым изменяется соотношение прав и обязанностей с формулировкой «Именем Российской Федерации» или, например, «Соединенные штаты против Смита», то увидим, что они в смысловом отношении окажутся идентичными и выражают следующую мысль: в данном конкретном правоприменении вся государственная власть сосредоточена в судебном органе как органе, имеющем обязанность определить право в спорном отношении. Иными словами, именно в судебном органе сосредоточена возможность формально определить систему интересов относительно данного случая и, определив ее, представить как обязательное должное, то есть как право.

Именно возможность определить в частном случае индивидуального правоприменения, что является правом, а также почему-то, что законодатель в законе определил как право в данном случае – не применимо и каково соотношение государственной воли в общем и частном случае – составляет основу государственной власти судьи и основу концепта всей судебной власти.

Только в процессе индивидуального правоприменения в суде происходит процесс юридического определения властной государственной воли, которая одновременно выступает в трех качествах: а) является методической основой, указывающей через систему норм на интерес государства относительно объекта регулирования; б) является источником власти судьи; в) является моральным авторитетом, оправдывающим правовое принуждение.

Чем отличается подобное понимание судебной власти от имеющихся?

Во-первых, объяснением того, каким образом сохраняется всеобщее универсальное назначение права как объективного общест-

¹⁵⁸ *Алексеев С. С.* Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 346.

венного регулятора при наличии спора о самом праве. Аксиома о том, что правовая реальность – это объективная реальность, которая является всеобщим основанием существования и применения права, не исчезает при споре о самом праве, которое неизбежно возникает в случае, когда понимание, сформулированное законодателем для общего, случая противоречит пониманию права в случае индивидуального правоприменения. (В этой связи Ю. Ю. Ветютнев отмечал следующее: «Любое судебное дело заранее предполагает несколько вариантов решения, иначе не было бы смысла его рассматривать в суде»¹⁵⁹. Сохранение аксиоматических положений, лежащих в основе правового регулирования, оказывается возможным в силу того, что право, как понятие должного остается неизменно применяемым инструментом регулирования, поскольку меняется субъект определения права. Им становится не законодатель, который определяет право для общего случая, а судья, который определяет право для частного случая.

Во-вторых, объясняется, почему судебная власть является видом государственной власти. Власть в ее государственной форме оформляется правом. Власть реализуется на основании закона, который есть отражение права. Сам закон отражает государственную волю урегулировать каким-либо образом отношения, возникающие в процессе общественной жизни. Государственная воля, в свою очередь, отражает стремление к порядку. Процесс упорядочения общественной жизни зависит от того, каким образом воспринимается общество как объект регулирования.

Соответственно, субъект, который определяет, что есть право, устанавливает такой порядок, который отражает государственную волю, а значит подкреплён аппаратом государственного принуждения и государственным авторитетом. Закон как выражение стремления к определенному государством и санкционированному им порядку – есть правило общего случая, но его реализация – есть правило применения его к частному случаю. Когда условия применения закона идентичны регулируемым им отношениям происходит его исполнение. Однако, когда условия применения закона отличаются

¹⁵⁹ Ветютнев Ю. Ю. Синергетика в праве // Государство и право. 2002. № 4. С. 65.

от регулируемых отношений, возникает вопрос о том, что же есть правовое и каким образом оно соотносится с законом. Разрешение этого вопроса – необходимое условие существования правовой системы, но одновременно – условие, определяющие принадлежность суда к органам государственной власти и определяющее необходимость их самостоятельности и независимости.

В-третьих, объясняется возникновение специальной природы судебной власти, обусловленной ролью арбитра в разрешении правовых споров.

В судебном правоприменении возникает ситуация власти, качественно отличающаяся от ситуации власти в законотворческом процессе и в процессе оперативно-исполнительного регулирования. Качественное отличие нами может быть расшифровано в двух общих отличиях и двух специальных.

Первое общее отличие связано с тем, что источником возникновения судебной власти является не уполномочие, как, например, в административно-властном отношении, а обязанность толкования государственной воли. Полагаем, что в силу этого возникает требование о безусловном исполнении решения судов, требование охраны судьбы от неправомерного вмешательства в его деятельность, требование независимости судов, тайна совещательной комнаты.

Второе общее отличие связано с тем, что государственно-властные полномочия возникают у суда (судьи) в полном объеме не просто в силу обязанности определить право, а определить право, во-первых, в его соотношении с законом, во-вторых, только в процессе индивидуального правоприменения и, в-третьих, только в случае, когда понимание права таким, каким оно сформулировано для общего случая, входит в противоречия с пониманием права таким, каким оно должно быть в частном случае индивидуального правоприменения. Иными словами, в случае спора о факте или о праве.

Первым специальным отличием мы можем признать отличие государственной власти законодателя, смысл которой в определении права для общего случая и закреплении его в норме закона от государственной власти судьи, смысл которой в определении права для частного случая. Несмотря на то, что оба основания государственной власти связаны с поиском и определением права, эти два случая различны как различные категории «общего» и «особенно-

го». Вместе с тем они диалектически связаны и обеспечивают единство методов социально-правовой регуляции.

Вторым специальным отличием мы можем признать отличие государственной власти органов исполнительной власти от власти судьи. Качественное различие между этими двумя видами единой государственной власти заключается в том, что граничным условием государственной власти исполнителя является полное совпадение юридического описания и фактических признаков деяния. Такая граничность связана с тем, что исполнитель никогда не определяет должное в праве, руководствуется законом как формальным описанием права. В случае же полного или частичного несовпадения юридических и фактических признаков исполнитель утрачивает власть до разрешения вопросов о данном несовпадении. В практической плоскости это означает неизбежность судебного рассмотрения дела и исполнения судебного акта органами исполнительной власти как акта, определяющего трактовку права и, в данном частном случае, индивидуального правоприменения, замещающего закон.

Отдельные полномочия, возникающие вследствие необходимости применить государственную власть, прослеживаются так же и в деятельности органов исполнительной власти с квазисудебными функциями. Они хотя и рассматривают спор о праве или о факте, своими решениями и действиями не затрагивают вопрос о праве применительно к индивидуальному регулированию, то есть не являются определителями государственной воли в праве, следовательно они в момент вынесения своего решения не являются толкователями государственной воли, а значит не обладают всей полнотой государственной власти.

В-четвертых, указанное выше понимание судебной власти объясняет, почему конечным объектом воздействия всегда является лицо и никогда не является общество в целом.

Управленческо-правовая деятельность в органах исполнительной власти направлена не на определение права (оно уже определено законодателем), а на приведение общества в целом к нормативному образцу.

Судебная власть – напротив: а) определяет, что является правом; б) определив, что является правом – изменяет, в том числе и принудительно, с применением всего аппарата легального принуж-

дения государства, соотношение прав и свобод у лица. Судебная власть, это, по сути, власть определить государственную волю в праве для частного случая, то есть для такого случая, где имеется конкретное лицо, а не общество в целом.

Известно, что в теории правоприменения существует аксиома: между общей и специальной нормой всегда применяется специальная норма, поскольку она наиболее точно отражает объективные условия урегулирования данного правового спора. Логика индивидуального регулирования основана на применении к конкретному общественному отношению наиболее специальной, то есть наиболее близкой по гипотезе и диспозиции к регулируемому отношению нормы.

Норма, возникающая в результате индивидуального регулирования, имеет по отношению к норме закона более низкий уровень, поскольку ее существование во времени и по кругу лиц значительно более ограничено. Но, вместе с тем, она является специальной нормой по отношению к закону и подлежит первоочередному применению. В этой связи и возникает правило (аксиома): «*lex specialis derogat legi generali* – специальный закон отменяет действие общего закона применительно к фактам, предусмотренным специальным законом»¹⁶⁰.

§ 2. Технология (механизм) судебной власти

Дадим определение понятию технология. Технология – это совокупность приемов и способов, а также процесс получения какой-либо желаемого результата, метод преобразования данного в необходимое¹⁶¹.

Отметим, что технология как таковая может быть рассмотрена лишь тогда, когда известен конечный продукт, результат технологических процессов. Технология, взятая безотносительно к преобразованию чего-либо бессмысленна.

В современной теоретико-правовой литературе высказывается мнение о том, что предназначение суда – разрешение конфликт-

¹⁶⁰ См.: Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 72, 132, 140; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 172.

¹⁶¹ Новая философская энциклопедия: в 5 т. М., 1985. Т. 4. С. 65.

ных ситуаций на основе норм права. Подобное мнение требует своего уточнения, если судебную власть понимать как вид государственной власти, основная задача которой – дать трактовку права, определить должное в ситуации, когда должное в праве, каким оно представляется законодателю, каким оно сформулировано с учетом обобщающей государственной воли, приходит в противоречие самому себе в связи с возникновением в действиях и решениях лиц каких либо обстоятельств, юридически значимых фактов и событий.

Юридический конфликт – это разновидность социального конфликта, поскольку правовое отражение объективной действительности есть одна из форм отражения социальной действительности и не может быть правового вне социального. Право лишь отражает объективную реальность.

А. В. Дмитриев определяет социальный конфликт как вид противостояния, при котором стороны стремятся захватить территорию, либо ресурсы, угрожают оппозиционным индивидам или группам, их собственности или культуре таким образом, что борьба принимает форму атаки или обороны¹⁶². В основе конфликта – противоречие в осознании своих интересов по отношению к интересам других групп или лиц. Соответственно, юридический конфликт – конфликт между социальными субъектами, возникающий вследствие различия их правовых интересов и складывающийся вокруг их правового статуса¹⁶³.

В. Н. Кудрявцев и В. П. Казимирчук определяют юридический конфликт как противоборство субъектов права в связи с применением, нарушением или толкованием правовых норм. Юридическим является «...любой конфликт, в котором спор так или иначе связан с правовыми отношениями сторон (их юридически значимыми действиями или состояниями) и, следовательно, субъекты, либо мотивация их поведения, либо объект конфликта обладают правовыми признаками, а конфликт влечет юридические последствия»¹⁶⁴.

¹⁶² Дмитриев А. В. Конфликтология. М., 2000. С. 54.

¹⁶³ Степанов О. В., Самыгин П. С. Социология права. Ростов н/Д, 2006. С. 230.

¹⁶⁴ Кудрявцев В. Н., Казимирчук В. П. Современная социология права. М., 1995. С. 16.

Юридический конфликт предполагает, что субъект права неверно интерпретирует свой интерес, возникает либо нарушение нормы, либо применение нормы, либо толкование нормы, в связи с чем возникают в большей или меньшей степени деликтные правоотношения, что, в свою очередь, ведет к нарушению прав и охраняемых законом интересам других лиц.

Однако при рассмотрении роли судебных органов в разрешении юридического конфликта, а, следовательно, при определении объектов применения судебной власти, необходимо помнить о двух моментах. О роли законодателя в формировании нормативной базы и о граничном условии правоприменения органами исполнительной власти и квазисудебными органами.

Применительно к существующей объективно системе интересов лиц роль права – формирование обобщенного интереса, основанного на категорическом императиве И. Канта: поступай так, чтобы максима твоей воли стала основой всеобщего законодательства. В практике законотворческой деятельности это нашло отражение в аксиоме о том, что права одного лица оканчиваются там, где начинаются права другого лица. В этой связи роль права – определение юридических границ дозволенного и определение основания и момента нарушения дозволенного.

Но нарушение нормы, возникновение деликтного правоотношения, если оно не подразумевает необходимость формирования права «частного случая», если оно не связано со спором о самом праве или со спором о факте или фактах, то есть о том, какая норма должна быть применена в связи с тем, что различное сочетание юридических фактов и событий предполагает применение различных норм – есть сфера деятельности правоохранительных органов исполнительной власти. В крайнем случае – квазисудебных.

Если схема правоприменения абсолютно определена, то она, как правило, не требует судебного процесса и реализуется в оперативно-исполнительной форме, либо в правоохранительной форме. При этом правоприменитель не посягает на границы, установленные законом. Он не уполномочен оценивать соответствие права и закона. Граничное условие деятельности правоохранительных органов – полное совпадение фактического отношения и его описания в норме, и это условие возникает в связи с тем, что государственная воля,

интерес общества и государства относительно нарушения нормы уже высказан законодателем – специально на это уполномоченным субъектом государственной власти. Поэтому правоохранительные органы лишь реализуют государственную волю, ликвидируют нарушение от имени государства и в этом их деятельность обретает свою легитимность.

Таким образом, из сферы компетенции судов, а, следовательно, из сферы компетенции судебной власти исключаются все случаи, когда применение, нарушение или толкование правовых норм не связано со спором о праве или о факте. В этой связи более точным будет мнение о том, что предназначение суда – разрешение конфликтных ситуаций на основе: а) оценки судом примененных или нарушенных норм права; б) толкования нормы на основе оценки соответствия нормы закона пониманию права, с учетом фактически имеющих юридические события или фактов, существующих в данном отношении.

Действительно, если мы рассмотрим всю совокупность поводов и оснований обращения в суд, то мы увидим, что споры, связанные с применением права, могут быть сгруппированы в две большие категории: споры относительно определения объема санкций в применяемом праве и споры относительно правильности примененного права. Споры относительно нарушенного права могут быть сгруппированы в группы споров относительно способа восстановления нарушенного права и споры относительно последствий нарушения права. Споры относительно толкования права формируются относительно надлежащего толкования с учетом конкретных юридических фактов и событий.

Роль суда в разрешении правового конфликта, по сути, сводится к созданию индивидуально-определенной судебной нормы. Именно эта норма содержит государственную волю относительно данного случая нарушения права.

Рассматривая место судебной нормы в иерархии норм, мы должны указать, что судебная индивидуально-определенная норма имеет по отношению к норме закона более низкий уровень, поскольку ее существование во времени и по кругу лиц значительно более ограничено.

В этой связи Р. Давид, рассматривая значение права, вырабатываемого судебной практикой в романо-германской системе права, указывал: «Между нормами, выработанными судебной практикой, и нормами, выработанными законодателем, существует два важных различия. Первое связано с ролью тех и других в правовой системе. Судебная практика действует в рамках, установленных для права законодателем, тогда как деятельность самого законодателя состоит именно в установлении этих рамок...

Правовая норма – и это второе из различий – созданная судебной практикой, не имеет того авторитета, которым обладают законодательные нормы. Ее в любой момент ... можно отбросить или изменить в связи с рассмотрением нового дела. Судебная практика не связана нормами, которые сама создала; она даже не может общим образом сослаться на них для обоснования принимаемого решения. Если в новом деле судьи применяют норму, которую они уже применяли ранее, то это делается не потому, что в судебной практике она приобрела обязательный характер; она его не имеет. Поворот в судебной практике всегда возможен и судьи не обязаны его обосновывать. Этот поворот не посягает на рамки права, не угрожает принципам права. Норма, созданная судебной практикой, существует и применяется лишь в той мере, в какой судьи считают ее хорошей»¹⁶⁵.

Вместе с тем судебная норма является специальной нормой по отношению к закону и подлежит, поскольку описывает фактические обстоятельства конкретного дела, первоочередному применению, поскольку «в юридической науке и практике сложилось правило: *lex specialis derogat legi generali* – специальный закон отменяет действие общего закона применительно к фактам, предусмотренным специальным законом»¹⁶⁶.

Отметим, что статус судебной нормы по отношению к норме закона содержит тот же самый элемент легитимации, как и сама

¹⁶⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 98.

¹⁶⁶ См.: Черданцев А. Ф. Толкование советского права. М., 1979. С. 72; Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 172.

норма закона. Норму закона можно отменить или изменить повторным голосованием по этому же вопросу, в связи с тем, что изменились условия общественного развития или направленность государственного интереса – и при этом эта новая норма остается истинной, должной, поскольку большинство свободно поданных голосов законодателей порождают общую волю, которая сама по себе является истинной.

Судебная норма так же не обязательна к повторному применению. Ее можно применять или не применять в ином, но схожем деле в связи с тем, что изменилась правовая оценка тех или иных юридических оснований и доказательств дела. При этом новая судебная норма, примененная в ином, но схожем деле, так же остается в определенном смысле истинной.

В этой связи исходным пунктом анализа технологии судебной власти является не процесс разрешения правового конфликта, а юридическая технология осуществления правосудия, то есть совокупность юридических методов и способов создания индивидуально-определенной судебной нормы, нормы самого низшего уровня относительно действия по кругу лиц и по времени (поскольку ее назначение – устранить спор о праве или о факте и этим обеспечить процесс применения права), вместе с тем наиболее специальной относительно данного конкретного случая, на основе: а) оценки судом примененных или нарушенных норм права; б) толкования нормы на основе оценки соответствия нормы закону пониманию права, с учетом фактически имеющихся юридических событий или фактов, существующих в данном отношении.

В отличие от должностных лиц исполнительной власти судья соизмеряет требования закона с принципами права, такими как справедливость, формальное равенство, свобода, разумность, добросовестность. В тех случаях, когда интуитивно понимаемые и рационально обоснованные притязания субъектов права не нашли выражения в законе, судья с учетом всех принципов права, опираясь на независимое внутреннее убеждение, должен сформулировать сам соответствующие правовые предписания. И хотя в некоторых сферах закон является единственным источником права (ограничение прав человека, публично-правовая ответственность, компетенция публичных органов власти и другие), аналогия права – весомый сек-

тор правотворческого поля суда, включающий широкий круг частноправовых и иных общественных отношений.

В отечественной теории государства и права считается общепризнанным, что правосудие это судебный способ урегулирования правовых споров. Б. Н. Чичерин утверждал, что правосудие – это воздаяние каждому должного на основании закона¹⁶⁷. Теоретико-правовая наука идентифицирует правосудие в той или иной форме с понятием «функции государства», а последнее – с основными направлениями деятельности государства, осуществляемой посредством государственного аппарата¹⁶⁸.

Характер этой деятельности определялся государственно-правовой и социальной ролью, которую выполнял суд. В Советском государстве суд осуществлял социалистическое правосудие, то есть одну из важных отраслей государственной деятельности, направленной на реализацию функций социалистического государства¹⁶⁹. В. М. Семенов определял социалистическое правосудие как деятельность советского суда по рассмотрению гражданских и уголовных дел¹⁷⁰, считая, что функция суда есть лишь одно из направлений его деятельности, но не вся осуществляемая им государственная деятельность, и отправление правосудия от имени государства представляет собой не направление, а вид и содержание деятельности.

«Потребность в осуществлении правосудия объясняется наличием в обществе конфликтов, стремлением государства защитить от посягательств установленный им правопорядок», – утверждал в 1983 г. И. Л. Петрухин¹⁷¹. Г. И. Бушуев, определяя роль и место судьи в уголовном процессе в 1984 г. указывал, что судьи разрешают острый жизненный конфликт и принимают решение¹⁷². Отсюда следовало, что суд – это орган государства, защищающий правопорядок путем разрешения возникающих в обществе конфликтов.

¹⁶⁷ Чичерин Б. Н. Курс государственной науки. Ч. 1. Общее государственное право. М., 1894. С. 319.

¹⁶⁸ Юридический справочник для населения. М., 1973. С. 484–485.

¹⁶⁹ Строгович М. С. Указ. соч. Т. 1. С. 10.

¹⁷⁰ Семенов В. М. Суд и правосудие в СССР. М., 1976. С. 20–21.

¹⁷¹ Петрухин И. Л. Правосудие в системе государственных функций // Правоведение. 1983. № 3. С. 37.

¹⁷² Бушуев Г. И. Судья в уголовном процессе. М., 1984. С. 3.

Современное понимание правосудия изменилось. Позиция Конституционного суда Российской Федерации по этому вопросу заключается в том, что «...правосудие по самой своей сути может признаваться таковым лишь при условии, что оно отвечает международным принципам гуманизма, требованиям справедливости и обеспечивает эффективное восстановление в правах»¹⁷³.

С. С. Алексеев указывает: «Необходимо указать на то особое место, которое занимают среди субъектов применения права органы правосудия – суды. По самой направленности своей деятельности, ее организации и формам они призваны судить (и способны судить) “о праве”, то есть о самой правомерности поведения участников общественных отношений, с введением в действие всех вытекающих отсюда государственно-правовых последствий»¹⁷⁴. В современном понимании судебная власть раскрывается через внутреннее единство ценностно-смыслового и социально-правового аспектов правосудия.

Правосудие, указывал С. С. Алексеев, «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 социально сильным образованием, независимым от усмотрения и произвола государственной власти, в том числе от усмотрения, а порой и произвола, выраженного в законодательных и иных нормативно-правовых документах»¹⁷⁵.

Ж.-Л. Бертель, опираясь на французскую практику, указывает: «Бывают даже случаи, когда практика решает выносить приговор закону. Это может показаться парадоксальным, особенно, если вспомнить о том, что закон носит обязательный характер и что, если речь идет о законе-императиве, его исполнение предписывается заинтересованным лицам, которые должны волей-неволей сообразо-

¹⁷³ Постановление Конституционного Суда РФ от 2.02.1996 г. по делу о проверке конституционности п. 5 ч. 2 ст. 371, ч. 3 ст. 374 и п. 4 ч. 2 ст. 384 УПК РСФСР // ВКС РФ. 1996. № 2. С. 2.

¹⁷⁴ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. М., 1981. Т. I. С. 325.

¹⁷⁵ Алексеев С. С. Философия права. М., 1997. С. 144.

вывать с ним свои поступки. Однако после ввода закона в силу следует “борьба сил на социальном уровне”. Среда юристов может оказать противодействие уже принятым правилам. Если мы хотим, чтобы закон стал живым, необходимо сделать так, чтобы он был принят в среде юристов»¹⁷⁶.

Однако вне зависимости от конкретного содержания понятия правосудия теория государства и права признает, что непосредственно реализация судебной власти, или осуществление правосудия, происходит в установленном законом процессуальном порядке. Он в целом универсален и базируется на таких общепризнанных принципах, как равенство граждан перед законом и судом, уважении личности, открытое судебное разбирательство, национальный язык судопроизводства, состязательность и равноправие сторон.

Однако в зависимости от характера рассматриваемых правоотношений, то есть от того, нормы какой отрасли материального права нарушены, судопроизводство приобретает некоторые особенности. Так, для уголовного процесса характерно начало публичности, обязывающее соответствующие государственные органы при обнаружении признаков преступления действовать инициативно и активно. В гражданском процессе, напротив, стороны, исходя из принципа диспозитивности, сами распоряжаются своими материальными и процессуальными правами. Эти особенности, отраженные в законодательстве, позволяют с известной долей условности классифицировать судопроизводство на конституционное, гражданское, административное и уголовное.

Вся система процессуальных норм способствует выполнению задач судопроизводства. Особое место в ней занимают основные положения – принципы процессуального права. Основы и кодексы содержат так же много специальных норм, конкретизирующих основные положения и предусматривающих специфические процессуальные формы выполнения задач судопроизводства. В их числе можно назвать нормы, регулирующие привлечение общественности к осуществлению правосудия (народные и присяжные заседатели), условия и порядок выполнения судами частных определений.

Поэтому представление о правосудии как о технологии судебной власти, а не о процессе разрешения правового спора, в доста-

¹⁷⁶ Бергсель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 140.

точной степени непривычно для отечественной теории государства и права и нуждается в пояснении.

Объяснение правосудия как процесса рассмотрения правового спора никаким образом не противоречит объяснению правосудия как технологии актуализации судебной власти и возникновения судебно-властного требования. Эти объяснения соотносятся друг с другом как дискурс в проекции традиционных взглядов на применение права и как дискурс в проекции возникновения властных отношений.

Процесс правосудия может быть осмыслен настолько многогранно, насколько множественными могут быть его задачи. Одной из них всегда будет задача вынесения судебного акта, который есть акт судебной власти. Поэтому взгляд на правосудие как на технологию, исходя из общего определения понятия «технология», возможен.

С другой стороны, процесс правосудия обусловлен, и, более того, невозможен в принципе, вне наличия системы статусов его участников, которые есть не что иное, как система отношений между лицом, государством и их интересами.

Поскольку в каузальной концепции необходимым элементом власти является асимметрия сторон, постольку власть на макроуровне характеризуется тем, что каждому субъекту определено то или иное место в системе отношений. Для власти, рассматриваемой как социальный феномен, место субъекта задается его социальным статусом и социальной ролью. Для власти, опосредованной правом социальный статус и социальная роль оказываются объективированными в праве и образуют систему правовых связей правоотношения.

Поскольку право – это формализованный интерес, постольку отношение между судьей как носителем судебной власти и лицом (лицами), как субъектом (субъектами) судебной власти, всегда имеет властно-правовой характер: сторона всегда имеет статус как относительно предмета правоотношения в связи с взаимодействием его интереса с интересом общества и государства, опосредованного государственной волей и выраженном в праве.

Судья, так же как и сторона, лицо, субъект судебной власти имеет статус, относительно предмета отношения, но его статус

обусловлен взаимодействием его интереса с интересом общества. И оказывается, что интерес судьи и интерес стороны – разноравлены, поскольку субъективные права судьи никаким образом не изменяются в зависимости от определения правовой судьбы предмета или объекта спорного правоотношения. В результате асимметрия властного отношения проявляется в том, что судья всегда имеет еще один статус – статус относительно самого лица и его отношений к предмету (объекту) спора, а лицо таким статусом не обладает. В этом заключается суть схемы отношений власти.

Это приводит нас к выводу о том, что отношения, возникающие в процессе правосудия между носителем судебной власти и ее субъектом в случае актуализации судебной власти, могут выглядеть только следующим образом:

- общественное отношение, подлежащее урегулированию, есть отношение между двумя и более лицами по поводу вещи или права, являющихся предметом (объектом) данного отношения;

- отношения между лицами имеют правовой характер и складываются из отношений между субъектами судебной власти и предметом (объектом) отношения;

- отношение между каждым субъектом и предметом носит правовой характер и выражается в правах и обязанностях каждого субъекта на предмет (объект). Объем прав и их соотношение с обязанностями относительно предмета (объекта) образуют правовой статус лиц относительно предмета;

- отношение между субъектом и обществом так же носят правовой характер выражается в правах и обязанностях субъекта относительно общества в связи с наличием у него статуса относительно предмета (объекта) и правах и обязанностях общества относительно лица. Соотношение прав и соотношение обязанностей общества и лица образуют правовой статус лица применительно к его отношению к предмету (объекту). Одновременно отношения между лицом и государством носят правовой характер, выражаются в правах и обязанностях лица относительно государства, и правах и обязанностях государства относительно лица, в результате чего образуется правовой статус лица как состоящего в правовой связи с государством;

– власть судьи над лицом основана на полномочии судьи обязывать от имени государства. Уполномочие, в свою очередь, основано на правовой связи между судьей и государством.

Таким образом, правовой характер системы связей и отношений между судьей, лицом, предметом (объектом) отношения, обществом и государством образуют условия изменения прав и обязанностей, образуют правовой статус судьи, асимметрию отношений между судьей и лицом.

Судебная власть – это причинно-следственное отношение, возникающее вследствие перевода общественного отношения в правовое отношение, в котором следствие (соотношение прав и обязанностей у объекта судебной власти) зависит от оценки субъектом власти (судьей) нормы на предмет соответствия ее правовым принципам.

Ее результат – это, во-первых, определение правовых характеристик спорного правоотношения, возникающего между сторонами, то есть устранение спора о праве или о факте, который препятствует сторонам или государственным органам в реализации права, во-вторых, выдача участникам спорного правоотношения приказа, требования, обязывания, направленного на изменение соотношения их субъективных прав и обязанностей и подкрепленного в зависимости от вида процесса либо требованием к управомоченному органу принудительно это изменение произвести в случае, если лицо отказывается сделать это самостоятельно, либо безусловным требованием исполнить выданное судом предписание.

Результат правосудия, а, следовательно, содержание судебной власти – это властное, от имени государства, воздействие на общественные отношения, содержащие спор о праве или о факте, которое изменяет соотношение субъективных прав и обязанностей, имеющих в связи с неопределенностью права или факта. Это государственно-правовое властное воздействие представляет собой ни что иное как асимметричное причинно-следственное отношение, где асимметрия образуется за счет разницы в правовом статусе субъекта и объекта судебной власти, вследствие чего воздействие носителя судебной власти изменяет соотношение прав и обязанностей у субъекта судебной власти, но обратного воздействия не происходит.

Формальная причина правового государственно-властного властного воздействия – это созданная судом формула власти, выраженная в судебном акте, содержащая приказ, обязывание, выносимое от имени государства в отношении конкретного лица и содержащее требование действия или бездействия.

Технологический метод, используемый для преобразования соотношения прав и обязанностей у субъекта власти, – перевод общественных отношений в правовые отношения, которые подразумевают наличие у участников отношения правового статуса, включающего комплекс прав, обязанностей, запретов, дозволений, ограничений, обязываний и ответственности.

Из проанализированных условий существования судебной власти вытекает, что технология судебной власти, во-первых, должна обеспечивать единство государственной власти, то есть единое понимание государственного интереса относительно каждого случая нарушения нормы как нормативного должного. В этой связи мы не можем не согласиться с замечанием Р. Давида о том, что «...толкование нормы, а следовательно и судебное усмотрение в целом направлено на аутентичное толкование закона, оно «направлено на то, чтобы увидеть в тексте закона его подлинный смысл с учетом всей системы действующего права и основных принципов государственной политики»¹⁷⁷.

Такое положение обеспечивается единством правового статуса судей, то есть единством их интереса относительно государственной воли. Об этом же говорит Ж.-Л. Бержель: «Право не может состоять только в подборе разрозненных правил. В отсутствие возможности связать различные элементы в цельную систему внутри права неизбежно должны возникать такие сильные противоречия, что оно стало бы непонятным и невозможно было бы провести соответствующую правовую реформу. Кроме того, никогда не возможно все предусмотреть и все регламентировать; в отсутствие общих принципов и понятий могут возникать такие обширные зоны юридической пустоты, что право просто не справилось бы со своей задачей организации общественного порядка. Поэтому пра-

¹⁷⁷ Давид Р., Жофре-Синози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 166.

во должно обязательно представлять собой систему, организованную вокруг определенного набора принципов, фундаментальных понятий»¹⁷⁸.

Во-вторых, акт судебной власти должен обеспечивать единое понимание права, как меры свободы и справедливости, то есть соизмерять то, как эта справедливость выражена в законе, как эта справедливость выражена в праве и то, какова эта справедливость должна быть в данном конкретном случае. Еще Г. Кельзен говорил о том, что интерпретация юридического правила не связана с позитивным правилом и не является проблемой теории права, а наоборот, является проблемой правовой политики¹⁷⁹. Поэтому справедливость определяется в праве, с учетом системы законов, которые выступают своеобразной методологической платформой, необходимой для определения меры запрета, дозволения и предписания. С этой точки зрения, применение власти оказывается ограничено правом, но, одновременно, им же организовано. Такое положение в материально-правовом плане обеспечивается неразрывной связью между судебной нормой и законодательством, которое является ее основой, а в организационном плане – несвязанностью интересов законодателя и судьбы с частноправовыми интересами сторон.

В-третьих, судебная власть должна формировать властное воздействие, то есть воздействие, в результате должно возникать асимметричное причинно-следственное отношение, при котором у субъекта воздействия изменяется соотношение прав и обязанностей в зависимости от объяснения значения и условий действия применяемой нормы носителем судебной власти. Такое положение обеспечивается пониманием права как одного из оснований возникновения властных отношений в государственно-организованном обществе. Вместе с тем судья, формирующий акт судебной власти, каждый раз должен решать герменевтическую задачу, чтобы под видом создания судебного акта не исказить суть и направленность властного воздействия.

¹⁷⁸ Бергжель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 338.

¹⁷⁹ Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сборник переводов / отв. ред. В. Н. Кудрявцев и др. М., 1988. Вып. 2. С. 164.

Для понимания значения правосудия в деле формирования судебного-властного воздействия необходимо так же отметить, что правосудие есть одна из стадий юридического процесса и не реализуется вне его.

Понятие юридического процесса выступает более общим, по отношению к «судебному правоприменению», поскольку включает в себя все формы упорядочения юридической деятельности и всю совокупность последовательно совершаемых действий и выносимых актов. Но суть юридического процесса противоположна сути процесса формирования закона. Если необходимость формирования в законе юридической нормы оправдана необходимостью ее внешнего значения, то формирование юридического акта противоположно: оно направлено на адекватное понимание и закрепление только тех действий, которые совершены лицом.

С. С. Алексеев определял юридический процесс как урегулированный процессуальными нормами порядок деятельности компетентных государственных органов, состоящий в подготовке, принятии и документальном закреплении юридических решений общего или индивидуального характера¹⁸⁰.

И. М. Зайцев и А. С. Мордовец определяли юридический процесс как нормативно установленную форму упорядочения юридической деятельности¹⁸¹.

В. М. Горшенев определял юридический процесс как комплексную систему правовых порядков (форм) деятельности уполномоченных органов государства, должностных лиц, а также заинтересованных в разрешении юридических вопросов иных субъектов права¹⁸².

Судебное правоприменение (судебный процесс) является разновидностью юридического процесса и одновременно общей категорией по отношению к понятию «судебное усмотрение».

Вопросы судебного правоприменения затронуты в работах С. С. Алексеева, В. К. Бабаева, А. Т. Боннер, И. Я. Дюрягина,

¹⁸⁰ Алексеев С. С. Теория государства и права. М., 2001. С. 158.

¹⁸¹ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. М., 2006. С. 441.

¹⁸² Горшенев В. М. Теория юридического процесса. Харьков, 1985. С. 8.

В. В. Ершова, В.В. Лазарева, В. М. Лебедева, П. Е. Недбайло, Ю. С. Решетова и других¹⁸³.

Для исследования судебной власти в рамках концептуального анализа понятие «юридический процесс» важно, поскольку оно объясняет возникновение каузальных отношений как родового понятия судебной власти.

Во-первых, каузация возникает в связи с предметным и функциональным разделением компетенции между органами власти, то есть с уполномочием. Например, ст. 118 Конституции РФ определяет, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом, посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства.

Во-вторых, в связи необходимостью последовательного соблюдения стадий: а) изучения обстоятельств; б) выбора нормы права, предусматривающей данные обстоятельства и в) постановления акта применения в процессе рассмотрения спора о праве или о факте¹⁸⁴.

В-третьих, в связи с необходимостью совершения операций с материальными и процессуальными нормами права, а также в связи с необходимостью соблюдения правил оперирования нормами.

В-четвертых, в связи с необходимостью соблюдения правовой формы как единственной формы, определяющей наступление юридических, а не иных последствий.

В-пятых, в связи с необходимостью использования различных методов и средств юридической техники для сохранения правовой формы.

¹⁸³ См.: Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. М., 1981–1982; Теория права. 2-е изд. М., 1995; Бабаев В. К. Теория государства и права. М., 2003; Боннер А. Т. Законность и справедливость в правоприменительной деятельности. М., 1992; Недбайло П. Е. Применение советских правовых норм. М., 1960; Дюрягин И. Я. Применение норм советского права. Теоретические вопросы. Свердловск, 1975; Ершов В. В. Судебное правоприменение. М., 1993; Лазарев В. В. Применение норм права. Казань, 1972; Эффективность правоприменительных актов. Казань, 1975; Лебедев В. М. Судебная власть в современной России. София, 2004; Решетов Ю. С. Реализация норм советского права. Системный анализ. Казань, 1989.

¹⁸⁴ Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 330.

Таким образом, правосудие оказывается формально-процедурной основой формирования властного отношения.

Системно-структурная характеристика правовых отношений такова, что каждому праву коррелирует соответствующая ему обязанность. Праву создать индивидуально-определенную норму коррелирует обязанность ее создать, то есть публичная обязанность субъекта судебной власти.

Почему так происходит? Суд – основной субъект оценки нормы. Он – единственный участник познания, осуществляющий контроль нормы на предмет ее соответствия праву. Поэтому суд остается свободным в своих выводах, его убеждения служат тем основанием, с которым связано не только рассмотрение всех обстоятельств дела, оценка каждого доказательства, но и оценка самой нормы.

Суд выносит решение «...не только путем подведения частного случая под закон, но и в результате оценки целесообразности, взвешивания интересов. Он может находить элементы своего решения в сложившихся общественных отношениях, мотивах законодателя, существующих научных концепциях, правовых идеях... (...) ...Еще свободнее положение суда, когда он сталкивается с пробелами в законе, а также в случаях, когда он должен применить право, не нашедшее отражения в законодательстве... Суд самостоятельно определяет, что при разрешении конфликта является правом, его решение опирается на право, хотя и не имеет в своем основании конкретную норму закона. Источником судебного решения выступает идея справедливости разрешения правового конфликта... Суд избрывает правовой ответ, он обнаруживает норму права за рамками закона»¹⁸⁵. Думается, данный вывод с теми или иными оговорками верен как для англосаксонской, так и для континентальной правовой системы.

Вместе с тем такое право суда (судьи) сопряжено с обязанностью объективно выразить обоснование судебного убеждения по рассмотренному и разрешенному делу.

Действия, относящиеся к выбору и анализу юридических норм, состоят из следующих групп: выбор юридической нормы, подлежа-

¹⁸⁵ Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1998. С. 351.

пей применению; проверка подлинности и юридического действия нормы; проверка правильности текста акта, в котором выражена норма; уяснение содержания нормативного предписания.

Именно в этой части возникает теоретико-правовое понятие «судебное уяснение норм».

«...Завершающее правоприменительное действие при выборе и анализе нормы – ее уяснение (толкование). Уяснение нормы так же, как оценка доказательств, вплотную примыкает к самому решению юридического дела. Здесь уже начинает формироваться та государственно-властная воля, которая составляет содержание правоприменительного акта. В правоприменительном акте, кроме того, внешне выражается то понимание нормативного акта правоприменительным органом, которое нередко имеет характер специального разъяснения.

Важно подчеркнуть, что в процессе выбора и анализа юридической нормы осуществляется не толкование вообще, а особое, правоприменительное толкование, органически вплетающееся во властноорганизующую деятельность компетентного органа, обеспечивающую реализацию юридических норм»¹⁸⁶.

Критика нормы в случае, когда необходимо создать индивидуально-ориентированную судебную норму, реализуется в судебном усмотрении. Рассматривая вопросы формирования внутреннего убеждения, С. Амосов писал: «Осуществлять правосудие только за счет безупречного знания законодательства нельзя. Закон всегда имеет и букву, но и дух. Только умение судьи находить решение в споре на слиянии этих начал станет основой справедливого решения»¹⁸⁷.

Судебное усмотрение с точки зрения концептуального анализа является инструментом судебной власти.

«Фиксированный характер закона, – отмечал Ж.-Л. Бержелль, – выступает фактором, замедляющим его адаптацию к социальной эволюции. Эта черта закона может вызвать отрыв права от реальных фактов. Сразу после утверждения закона он начинает стареть и

¹⁸⁶ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2-х т. М., 1981. Т. 2. С. 338–339.

¹⁸⁷ См.: Амосов С. Формирование внутреннего убеждения // Правосудие в Восточной Сибири. 2003. № 4 (12); 2004. № 1 (13).

постепенно утрачивает силу. Судебная практика пытается поддержать его актуальность, демонстрируя иногда удивительную изворотливость и прибегая к разнообразным ухищрениям»¹⁸⁸.

В самом общем случае, указывал Д. Б. Абушенко, судебное усмотрение опирается на две основные посылки. Во-первых, каковы те приемы, способы, при помощи которых возможно в правовой норме устанавливать определенную свободу (право выбора) для правоприменителя. Во-вторых, как данная свобода законодателем ограничивается¹⁸⁹.

Эта же позиция рассмотрена Б. Ароном, который образно оценил эту ситуацию так: «Судья, осуществляющий усмотрение, действует, как часть судебной власти. Его судебское усмотрение должно соответствовать фундаментальным концепциям отношений между судебной властью и другими властями государства. (...) ...судейское правотворчество должно быть гармонизировано с этим всеобщим правотворчеством»¹⁹⁰.

Рассматривая проблему правовых понятий, В. П. Малахов указывал, что все правовые понятия можно рассматривать как конкретизацию и рационализацию идеи права. При таком положении свобода неизбежно оказывается способностью преодолевать право соображениями пользы, общественной целесообразности, усилиями воли и т. д.¹⁹¹

Р. Ф. Рафиков указывает на то, что «...в ходе судебного правоприменения суд, и только суд, осуществляет властную (и общеобязательную) юридическую квалификацию соответствующего факта (действия, поведения, отношения, ситуации и т. д.)»¹⁹².

Раскрывая волевой момент в судебном усмотрении, К. И. Комиссаров указывает, что: «Судебное усмотрение предполагает во-

¹⁸⁸ Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 107.

¹⁸⁹ Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002. С. 44.

¹⁹⁰ Аарон Б. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 255.

¹⁹¹ Малахов В. П. Философия права. Екатеринбург, 2002. С. 170.

¹⁹² Рафиков Р. Ф. Указ. соч. С. 13.

левой момент, действует как форма управления правовыми отношениями»¹⁹³.

Д. М. Чечот, раскрывая волевой момент в усмотрении, предположил, что «соответствующий орган или должностное лицо действует по своей воле, не связанной при принятии конкретного решения какой-либо нормой»¹⁹⁴. Поясняя эту мысль, автор отмечал следующее: «Закон, с одной стороны, уполномочивает орган или должностное лицо на определенное действие, но, с другой стороны, не связывает совершение или несвершение действия с заранее предусмотренными условиями, предоставляя, таким образом, самому органу или должностному лицу решить вопрос о совершении необходимого действия и его содержании»¹⁹⁵.

Л. Н. Берг в диссертационном исследовании «Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект)» классифицировала понятие судебного усмотрения:

1. По источникам возникновения (судебное усмотрение при применении относительно-определенных норм; судебное усмотрение при применении аналогии закона и права; судебное усмотрение при применении оценочных понятий).

2. По стадиям применения права (судебное усмотрение на первой стадии правоприменительного процесса при установлении фактических обстоятельств юридического дела; судебное усмотрение на второй стадии правоприменительного процесса при выборе и анализе правовой нормы (юридическая квалификация); судебное усмотрение на третьей стадии правоприменительного процесса при принятии решения по юридическому делу).

3. В зависимости от материально-процессуальной природы правоприменительных отношений. (Судебное усмотрение, возникающее при применении норм материального права; судебное усмотрение, возникающее при реализации норм процессуального права)¹⁹⁶.

¹⁹³ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 25.

¹⁹⁴ Чечот Д. М. Административная юстиция (теоретические проблемы). Л., 1973. С. 68.

¹⁹⁵ Там же.

¹⁹⁶ Берг Л. Н. Судебное усмотрение и его пределы (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 9–10.

Н. Б. Зейдер, одним из первых обратившийся к данной теме, рассматривал судебное усмотрение применительно к советскому гражданскому праву. Он выделял три основания возникновения судебного усмотрения.

Во-первых, в связи с необходимостью установить то право, которое подлежит судебной защите. «При разрешении спора суд, имея перед собой требования истца и возражения ответчика, доказательства, представленные сторонами, и доказательства, собранные им, судом, по собственной инициативе устанавливает в результате всей своей сложной деятельности по выяснению фактических обстоятельств и оценке собранных доказательств то право, которое подлежит защите»¹⁹⁷.

Во-вторых, в связи с необходимостью определить содержание права в зависимости от обстоятельств дела, в случае отсутствия точного указания о том, каково содержание этого права в законе. «Суд определяет содержание защищаемого права исходя не только из конкретных определений закона, административного акта или сделки, а также из ряда других критериев»¹⁹⁸.

В-третьих, в случае необходимости самостоятельно, без требования об этом содержательно определить известное право. Например, в случае необходимости «установления подлежащего защите права при рассмотрении судом дела о признании недействительной той юридической сделки, которая первоначально должна была определить отношения между сторонами, участвующими в деле»¹⁹⁹.

А. К. Кац выделяет четыре условия, при которых возникает необходимость судебного усмотрения: «а) права и обязанности остались частично не урегулированными сторонами, и в процессе их осуществления возник спор; б) в объективном праве нет ни императивных, ни диспозитивных норм, определяющих объем субъективных прав и обязанностей участников правоотношения; в) норма права предоставляет суду право самому определить содержание и объ-

¹⁹⁷ Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1966. С. 93.

¹⁹⁸ Там же. С. 95.

¹⁹⁹ Там же.

ем не урегулированных сторонами прав и обязанностей; г) правовая норма в альтернативной форме предоставляет суду право выбора одного из возможных решений спора»²⁰⁰.

С точки зрения общетеоретических подходов к норме права был сделан В. В. Ярковым. «В определенной гипотезе точно очерчены факты, вызывающие правовые последствия... При четком закреплении в норме права круга обстоятельств... недопустимо какое-либо расширительное толкование определенной гипотезы... В неопределенной гипотезе процессуальной нормы обстоятельства, которые могут быть признаны юридическими, указываются в самом общем виде, предельно широко»²⁰¹.

Рассматривая философско-правовые основы судебного усмотрения, Д. Б. Абушенко указывал, что «...усмотрение – производное от более широкой проблемы – проблемы свободы в деятельности суда»²⁰².

Эта свобода выражается, прежде всего, в свободе оценки представленных объяснений и доказательств, применительно к спорному праву или факту. Д. Б. Абушенко, указывает, что, «само по себе использование управомочивающих конструкций не является каким-то другим способом законодательного установления возможности выбора и, на наш взгляд, должно быть также отнесено к упомянутым выше случаям простого указания»²⁰³.

С. С. Алексеев говорит о том, что индивидуальное регулирование в самом общем виде во всех случаях предполагает, во-первых, сам факт известного простора для самостоятельного решения субъектами того или иного вопроса в соответствии с особенностями данной ситуации, а во-вторых, наличие полномочий у лиц на такое решение. Каждая норма, направленная на обеспечение индивидуаль-

²⁰⁰ Кац А. К. Советский закон и судебное усмотрение // Практика применения гражданского процессуального права. Свердловск, 1984. С. 74.

²⁰¹ Ярков В. В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Екатеринбург, 1992. С. 56–57.

²⁰² Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002. С. 22.

²⁰³ Там же. С. 45.

ного регулирования, выражает оба эти момента: она не дает исчерпывающего, абсолютно определенного решения того или иного вопроса, оставляя в регулировании как бы некоторые «пустоты», и одновременно позволяет определенным лицам самим решать (конкретизировано урегулировать) данный вопрос. Однако соотношение указанных двух моментов в конкретных нормах зависит от особенностей индивидуального регулирования²⁰⁴.

Абсолютно-определенные нормы присутствуют в индивидуальном регулировании, но они не дают возможности к усмотрению. Такие возможности предоставляют лишь относительно определенные нормы: ситуационные – нормы, предусматривающие возможность прямого конкретизированного регулирования актом правоприменительного органа в зависимости от особенностей конкретной ситуации. Альтернативные – нормы, предусматривающие возможность применения правоприменительным органом одного из нескольких точно обозначенных в норме вариантов, в том числе вариантов санкций. Факультативные – нормы, предусматривающие наряду с главным вариантом, который применяется, как правило, и факультативный вариант. Детализирующие – нормативные предписания, которые дают конкретизированное решение той или иной детали регулирования. Вариантные – нормативные предписания, рассчитанные на регулирование в соответствии с генеральной нормой в специфических ситуациях, в особых условиях, при своеобразных вариантах конкретных обстоятельств.

Оценивая санкцию, по отношению к гипотезе и диспозиции с одной стороны, и принципам права – с другой стороны, судья использует относительно-определенные нормы: ситуационные, альтернативные, факультативные, детализирующие, вариативные, с тем, чтобы: а) при помощи оценки фактов иметь возможность модификации условий применения закона с тем, чтобы он не противоречил праву; б) при помощи интерпретации терминов придать им смысл, который наибольшей степени соответствует требованиям справедливости; в) нейтрализовать специальные неправовые нормы, путем ссылки на общую норму.

Таким образом, технология создания судебной нормы основана на применении к конкретному общественному отношению наибо-

²⁰⁴ *Алексеев С. С.* Общая теория права: в 2-х т. М., 1981. Т. 2. С. 72.

лее специальной, то есть наиболее близкой по гипотезе и диспозиции к регулируемому отношению нормы, используя возможности судебного усмотрения, которые являются формой существования выбора и условием существования судебной власти.

Судебное усмотрение реализуется в процессе: а) выбора юридической нормы, подлежащей применению; б) проверки подлинности и юридического действия нормы; в) проверки правильности текста акта, в котором выражена норма; г) в процессе уяснения содержания нормативного предписания.

В этой связи возникает вопрос о роли доказательств и их влиянии на судебное усмотрение. Очевидно, и это подтверждают исследования теории доказательств, существует связь между судебным усмотрением и системой доказательств. В частности, аксиоматично утверждение о том, что система доказательств позволяет определить юридическую или фактическую истину по делу. В этой связи утверждается, что определив юридическую или фактическую истину, суд (судья) выносит не только в правовом плане справедливый судебный акт, но и в социальном.

С этим утверждением нельзя не согласиться, если его рассматривать как техническое (процедурное) условие вынесения судебной нормы.

Однако, если рассматривать проблему доказательств с точки зрения их значения в процессе формирования властных отношений, то их роль оказывается значительно шире.

Судебное усмотрение – это есть не что иное, как фактический акт реализации свободы воли, на основании которого возникает: а) ситуация власти как таковой; б) какое-либо конкретное содержание права при ситуации индивидуального правоприменения, связанного с устранением неопределенности спора о содержании права, то есть ситуация асимметричного причинно-следственного отношения. Таким образом, судебное усмотрение есть ключевой элемент, позволяющий судить о судебных отношениях, как о судебно-властных отношениях.

Однако любая власть легитимна лишь тогда, когда в результате ее деятельности наступает ситуация порядка, который воспринимается в данном обществе как ситуация должного.

«Проблема порядка, – указывал Т. Парсонс, – и тем самым природы интеграции стабильных систем социального взаимодействия... сосредоточивается на интеграции мотиваций деятелей и нормативных стандартов культуры, которые ... межличностным образом интегрируют систему действия между личностями. Эти стандарты... являются формами стандартной ценностной ориентации и как таковые составляют особенно важную часть культурной традиции социальной системы»²⁰⁵. «Имеются два главных средства, при помощи которых поддерживается социальное равновесие, и в результате отказа от одного из обоих возникает нарушение равновесия. Первое средство – это социализация, второе – социальный контроль, под которым понимаются все способы поддержания порядка среди людей. Что касается самого «порядка», под ним подразумевается такое типичное действие, которое ожидается и одобряется в социальной системе»²⁰⁶.

М. Вебер указывал: «Порядок, обладающий престижем, в силу которого его требования воспринимаются людьми обязательным условием их деятельности»²⁰⁷. Правовой порядок, обладающий престижем, повышает вероятность ориентации людей на правовые нормы, поскольку они ситуативно воспринимаются «справедливыми». Вслед за М. Вебером Т. Парсонс утверждал, что правовой порядок становится устойчивым, если нормативная система интегрирует интересы и ценностные приверженности большинства членов общества. Чем выше уровень легитимности порядка, тем меньше требуется ресурсов властного принуждения и наоборот²⁰⁸.

В концепциях отражены самые разные аспекты существования этого феномена, выработан особый язык его описания. «Политическая формула» у Г. Моска; «принцип суверенитета» у Д. Локка; «правящий миф» у Ж. Сореля; «узаконения» у М. Вебера; «коллективные представления» у Э. Дюркгейма; «господствующие идеи» у К. Маркса; «общая воля» у Ж. Руссо; «символы власти» у Г. Лассуэла.

²⁰⁵ Цит. по: *Миллс Ч.* Высокая теория // Американская социологическая мысль: тексты. М., 1994. С. 147–148.

²⁰⁶ Там же. С. 153.

²⁰⁷ *Вебер М.* Основные социологические понятия // Избранные произведения. М., 1990. С. 637.

²⁰⁸ *Парсонс Т.* Система современных обществ. М., 1997. С. 32.

Однако проблема порядка – это всегда следствие рациональности власти, и это так, поскольку сам порядок есть форма реализации общественных интересов и потребностей. Если же власть не рациональна, если акт ее воли не основан на учете общественных интересов и потребностей, то ее воля обращается в свою противоположность – произвол, а проблема порядка – в проблему анархии. Такое положение всегда и во всех случаях ведет к утрате легитимности власти.

С другой стороны, доказательства не возникают вдруг и не откуда, они всегда отражают деятельность и, в этом смысле, есть следы существующего порядка. Поскольку в государственно-организованном обществе ситуация порядка есть ситуация соблюдения права, постольку доказательства обретают правовое измерение, то есть свойства относимости, допустимости, доказательности.

Таким образом, доказательства есть форма процессуального выражения интересов субъектов судебной власти, ожидающих вынесения судебного акта, как акта государственной власти, упорядочивающего конфликтные отношения. С этой точки зрения легитимность судебно-правовой нормы находится в прямой зависимости от учета доказательств.

Судья, применительно к частному случаю, используя относительно-определенные, ситуационные, альтернативные, факультативные, детализирующие, вариативные нормы, реализуя возможности, которые возникают в связи с обязанностью устранить спор о праве или о факте, который препятствует правоприменению, и в связи с коррелирующим с ним правом судебного усмотрения модифицирует общее правило о применении к конкретному общественному отношению наиболее специальной, то есть наиболее близкой по гипотезе и диспозиции к регулируемому отношению нормы, создавая в результате процесса правосудия, имеющего изначально абсолютно-неопределенный характер в связи с множественностью потенциальных вариантов определения правового должного в данном конкретном случае, индивидуально-определенную норму, в которой выражена государственно-властная воля, составляющая содержание судебного правоприменительного акта.

Какие юридические возможности для этого используются?

«Повсюду судья, стремясь к тому, чтобы избежать упреков в произволе, отдает предпочтение толкованию, которое наряду с буквой закона учитывает и намерение законодателя»²⁰⁹.

Р. Давид указывает на три способа, позволяющих судье обойти текст закона, если того требует справедливость. (Учитывая, что труд Р. Давида увидел свет в начале 60-х годов XX века, мы не сильно изменим смысл и идею Р. Давида, указав, что эти три способа также используются, если норма закона противоречит международно-признанным принципам права.) Во-первых, при помощи оценки фактов, суть которой в том, что оценивая термины и выражения, не обладающие высокой юридической точностью (Р. Давид приводит в качестве примера такие термины, как «вина», «интересы семьи», «возмещение ущерба», «невозможность исполнения»), судья при более или менее строгой оценке фактических обстоятельств может существенно модифицировать условия применения закона. Во-вторых, путем интерпретации терминов и придания им такого смысла, который, по мнению суда, сегодня в наибольшей степени соответствует требованиям справедливости²¹⁰.

«Если императивная норма ясна и точна, не вызывает сомнений, – указывал Председатель Кассационного суда Франции, – судья обязан склониться перед ней и подчиниться ей... Но если в тексте закона обнаруживаются неясности, то появляются сомнения в смысле и пределах действия нормы, а при сопоставлении ее с другой нормой она будет в какой-то мере противоречить ей, предстанет в более узком или широком значении. Я полагаю, что в этих случаях судья уполномочен на самое широкое толкование. Он не должен с упорством выяснять, чем руководствовались авторы кодекса столет назад при составлении той или иной статьи. Лучше спросить себя, какой была бы эта статья, с учетом изменений... приспособить наиболее свободным и гуманным образом к ...требованиям справедливости, разума и современной жизни»²¹¹. Об этом же гово-

²⁰⁹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 85.

²¹⁰ Там же. С. 86.

²¹¹ Речь председателя Кассационного суда Франции в связи с празднованием столетия Кодекса Наполеона. Цит. по: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 87.

рит и Ж.-Л. Бержель: «Нельзя, проявляя излишнюю строгость, переусердствовать при определении степени «ясности» текста. Есть тексты, внешне не вызывающие никаких вопросов, но применение этих текстов ведет к возникновению совершенно абсурдных ситуаций. Есть так же правила, понятные, если их рассматривать отдельно, но противоречащие другим элементам юридической системы»²¹².

К нескольким другим выводам пришел К. И. Комиссаров. В его трактовке судебное усмотрение заключается в том, чтобы «в случаях отсутствия прямого, абсолютно определенного указания найти такое из ряда предполагаемых законом решений, которое наиболее точно соответствует идее законодателя»²¹³. Однако если в его определении мы заменим окончание, и укажем вместо идеи законодателя идею справедливости, мы получим точно ту же идею, которую за 70 лет до этого высказывал Председатель Кассационного суда Франции.

Третий способ – нейтрализация специальных норм путем ссылок на общие нормы. К. И. Комиссаров связывает такой способ нейтрализации с применением факультативного права. «Факультативная... норма существует не иначе, как наряду с другой, основной нормой права... Она может применяться в порядке замены основной нормы лишь в тех случаях, когда правоотношение приобретает определенную специфику, которая не исключает действия основной нормы и в то же время открывает возможность применения факультативной нормы. Выбор одной из этих двух норм суд и производит по своему усмотрению, исходя из того, какой вариант он найдет в данном конкретном случае уместным»²¹⁴.

Вместе с тем Р. Давид определенно указывает, что творческая роль судебной практики почти всегда скрывается за видимостью толкования закона. И лишь в исключительных случаях, когда «законодательство открыто признает, что закон не может предусмотреть все»²¹⁵, судьи признают наличие власти по созданию правовых норм.

²¹² Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000. С. 422.

²¹³ Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. Свердловск, 1971. С. 24.

²¹⁴ Там же. С. 30.

²¹⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 97.

Мы склонны согласиться с данным мнением, поскольку в отечественной судебной практике находим все три, указанных Р. Давидом способа, которые, в конечном счете и составляют технологию судебной власти.

Итак, юридическая технология судебной власти основана: а) на переводе общественного отношения в правоотношение; б) на применении к конкретному общественному отношению наиболее специальной, то есть наиболее близкой по гипотезе и диспозиции к регулируемому отношению нормы.

Технологический процесс формирования акта судебной власти – в возможности модифицировать право в специальных случаях, а именно в случаях, если наиболее специальная норма, созданная законодателем либо в диспозиции, либо в своей санкции оказывается не правовой (санкция нарушает принципы, вытекающие из природы вещей и абстрактной сущности человека – гуманность, справедливость, соразмерность и т. д.) либо специальная норма отсутствует вообще.

Судебная власть свободна в отступлении от общих принципов правового регулирования в пользу соблюдения общеправовых принципов. Она всегда имеет выбор: между сохранением понимания права, каким оно сформировано законодателем и, в этом случае, судебная норма подтверждает норму закона, разрешая, тем самым неопределенность в понимании права и устраняя препятствие к реализации права. Или, в случае неправомерной нормы или неправомерного закона, судебная власть не подтверждает правомерность нормы закона, созданной законодателем, и создает собственную норму, в которой указывает, какова должна быть государственная воля в данном, конкретном случае. Принципы права указывают судебной власти на допустимые пределы изменения соотношения прав и обязанностей, так как, во-первых, право основывается на природе вещей и абстрактной сущности человека, во-вторых, в принципах, поскольку они объективны, в наиболее общем виде выражено представление о том, какой должна быть государственная воля как обобщенная воля всего общества.

Какие могут быть сделаны выводы?

Технология судебной власти в ее материально-правовом и процессуальном выражении строится на особенностях системы за-

конодательства, которые изначально формируются законодателем, а именно, на иерархичности и соподчиненности норм. Возникая первоначально как отражение иерархичности и соподчиненности интересов субъектов политического процесса в государственно-организованном обществе, объективируясь в законе как формальном акте, отражающем государственную волю, иерархичность и соподчиненность норм образуют правила правоприменения, суть которого заключается в том, что акт власти, основанной на праве, будет настолько легитимен, насколько применяемая норма учитывает: а) фактические обстоятельства; б) соответствуют понятию должного, справедливого, с учетом имеющихся юридических фактов и событий.

Вследствие этого возникает правило о том, что правоприменение основывается на урегулировании спорного отношения при помощи наиболее специальной правовой нормы. Соответственно технология судебной власти основана на создании наиболее специальной нормы, регулирующей лишь спорное отношение и подлежащей повторному (прецедентному) применению при наличии императивного требования об абсолютном совпадении как существа правового спора, так и фактических условий его существования. Вместе с тем, в случае, когда нормы, регулирующие отношения нет, то есть законодатель не высказал государственную волю относительно данного случая, суд создает свою норму.

Такая норма, во-первых, при любом положении является наиболее специальной, поскольку других норм нет, во-вторых, обретает свою легитимацию в связи со специальным статусом судебного органа относительно его возможностей объявить и в этом объявлении формализовать государственную волю, то есть создать правило человеческого общежития.

Фундаментальное единство статусных позиций законодателя и судьи относительно возможности формализации государственной воли в праве обеспечивает право судебного усмотрения и, как следствие, возможность оценки деятельности законодателя с точки зрения наполнения фактическим содержанием используемой им терминологии, оценки высказанной законодателем государственной воли относительно фактических отношений, существующих в момент непосредственного рассмотрения спора. Это является основанием для легитимной модификации правовых смыслов при переводе требова-

ний права в требования власти и одновременно пределом модификации правовых смыслов в правоприменении, что, в конечном счете, образует теоретико-правовые понятия «правовая власть», «правовое государство».

§ 3. Судебная система и судебная власть

Концептуализация понятия «судебная власть» требует ее рассмотрения на уровне института. Методологические причины нами указаны в первом параграфе данной главы. Вместе с тем, рассмотрение институциональной стадии бытийности понятия «судебная власть» не может быть осуществлено вне рассмотрения вопроса о системе, которая обуславливает институциональное измерение понятия. Проблема, в связи с которой необходимо рассматривать вопрос о системе, заключается в аксиоме теории систем: характеристики архитектур и структур обуславливают институциональные характеристики процессов²¹⁶.

Эта очевидная на практике аксиома, тем не менее, не нашла достаточного отражения в исследованиях, посвященных роли и значению судебной системы. Такое положение мы можем объяснить тем, что исследователей, в первую очередь, интересует система зависимостей между состоянием системы и явлениями судебной власти. Несмотря на то, что подобная корреляция очевидно существует, мы считаем, что исследования роли и значения судебной системы применительно к анализу понятия нужно начинать не с определения зависимостей, а с определения понятий «система» и «структура».

Будучи определяющими понятиями судебной системы, они позволяют определить не только ее системно-структурные характеристики, но и целевое предназначение, возникающее как отражение процессов, обусловленных системно-структурными характеристиками.

Теория системного анализа предполагает, что системы начинаются там, где некое множество элементов оказывается так или иначе упорядоченным, образуя определенную целостность,

²¹⁶ Рогожин А. С. Общая теория систем. М., 1999. С. 42.

свойства которой не сводятся к свойствам составляющих его элементов²¹⁷.

Представители школы системного анализа, например А. Раппопорт, указывают, что каждая система имеет три основных параметра: структуру, функцию и историю²¹⁸, аналогичный взгляд, но уже применительно к социальным системам изложен в работах Д. М. Угриновича²¹⁹. В. С. Тютюхин в своей работе теоретически обосновывает данную формулу: «познание того или иного объекта как системы должно включать в себя ... следующие основные моменты: а) определение структур или организации системы, б) знание структур позволяет определить внутренние интегральные свойства системы... в) определение функции системы г) ... определение генезиса системы...»²²⁰. По мнению А. И. Умова, каждая система имеет две составляющие – элементный состав и структуру как систему связей между этими элементами²²¹.

Профессор М. С. Каган предлагает, отвлекаясь от различий сходных по своей сути определений системы, предложенных в работах И. В. Блауберга, В. Н. Садовского, Э. Г. Юдина, В. Н. Сагатовского, А. И. Умова, А. Д. Урсула и других специалистов в области теории систем, принять простую и четкую дефиницию: система есть упорядоченное определенным образом множество элементов, взаимосвязанных между собой и образующих некоторое целостное единство²²².

Аналогичное определение понятию «система» дано в Большой советской энциклопедии В. Н. Садовским: «Система – множество

²¹⁷ Каган М. С. Системный подход и гуманитарное знание. СПб., 1991. С. 19.

²¹⁸ Раппопорт А. Различные подходы к общей теории систем // Системные исследования. Ежегодник, 1969 / ред. коллегия: И. В. Блауберг, О. Я. Гельман, В. П. Зинченко и др. М., 1969. С. 64–65.

²¹⁹ Угринович Д. М. Марксизм, структурализм, функционализм // Вестник Московского университета. 1970. № 3.

²²⁰ Тютюхин В. С. Отражение, система, кибернетика. Теория отражения в свете кибернетики и системного подхода. М., 1972. С. 11.

²²¹ Умов А. И. Системный подход и общая теория систем. М., 1978.

²²² Садовский В. Н. Общая теория систем и или метатеория // Вопросы философии. 1972. № 4. С. 173.

элементов, находящихся в отношениях и связях друг с другом, которое образует определенную целостность, единство»²²³.

Из общенаучного определения понятия «система» с очевидностью следует, что каждая система имеет две составляющие: элементный состав и структуру как систему связей между этими элементами²²⁴.

Структура вообще – это совокупность устойчивых связей объекта, то, вне чего система распадается и исчезает как бытийная целостность. Вне структуры система как онтологическая реальность есть ничто.

Поскольку система как цельность, как определенное упорядочение вне структуры не существует, постольку, методология системного исследования связана с соотношением понятий «система» и «структура». Конкретные трактовки смыслового соотношения этих понятий, – отмечает М. С. Каган, – остаются полярными. «На одном конце полюса мы встречаемся с их конкретным отождествлением, обусловленным пониманием структуры как единства строения и состава некоторого множества элементов, а на другом конце – с их противопоставлением, выражающимся в признании «структуры» – онтологической, а «системы» – гносеологической категорией»²²⁵.

Таким образом, возможность определения характеристик любой системы связана с тем, насколько возможно определить то, что есть ее структура. И наоборот. Вне понимания структуры исследование системы становится невозможным. Рассматривая судебную систему, мы должны задаться вопросом о том, что является ее структурой, что лежит в основании системы связей, объединяющей элементный состав судебной системы – суд, судью, органы судейского самоуправления.

Структурой, которая лежит в основании системы связей, объединяющих в единое целое элементный состав судебной системы,

²²³ Большая советская энциклопедия. Т. 23. С. 1377.

²²⁴ См.: *Свидерский В. И.* О диалектике элементов и структуры в объективном мире и познании М., 1962; *Мельников Г. П.* Системология и языковые аспекты кибернетики М., 1973.

²²⁵ *Каган М. С.* Системный подход и гуманитарное знание. СПб., 1991. С. 30.

является государственная власть. Подтверждением этому тезису является одно, но самое наглядное доказательство. Исчезновение государственной власти делает ненужной всю систему государственных органов, так же, как исчезновение судебной власти делает бесполезной систему судебных органов и обесценивает статус судьи.

Понимание государственной власти как структуры судебной системы определяет саму судебную систему как элемент механизма государства, поскольку вся система государственных органов имеет своей структурой государственную власть.

Действительно, если мы рассмотрим понятие «механизм государства», то, обобщая известные в теоретико-правовой науке определения, мы увидим, что содержание понятия «механизм государства» имеет своей ближайшей аналогией понятие «система».

В 1961 году Г. Кельзен, рассматривая государство как «чисто правовой феномен, как юридическое лицо», отмечал, что оно есть не что иное, как корпорация. В правовой терминологии корпорация рассматривается как множество юридических лиц, аффилированных друг другу, вследствие чего их правосубъектность соответствует правосубъектности одного юридического лица. Однако в организационно-правовой форме корпорация представляет из себя систему, структурой которой является стремление к получению прибыли, в связи, с чем она выступает в качестве единого целого²²⁶.

Хотя работа Г. Кельзена отражает, прежде всего, европейскую и американскую теоретическую доктрину государства, которая служит задаче социологического объяснения сущности государства как особой системы взаимоотношений, призванной отражать взаимодействия человека с окружающей его около государственной средой²²⁷, тем не менее понятие «state mechanism» рассматривается как конгломерат органов и их взаимодействия по выполнению функций государства.

Такой же подход мы наблюдаем в отечественной теории государства и права. Еще в 1919 году Н. Н. Алексеев писал о том, что

²²⁶ Большой юридический словарь. 3-е изд. / под ред. проф. А. Я. Сухарева. М., 2007 С. 417.

²²⁷ Исаев М. А. Механизм государственной власти в странах Скандинавии. М., 2004 С. 37.

«взгляд на государство как на отношение и теория государства как некоторой самостоятельной целостности были двумя величайшими теориями, различно решавшими проблему реальности государства. ...Государство есть род общения. ...Общение может быть только там, где имеется некоторая разобщенность элементов, некоторая раздельность стихий, вступающих друг с другом в отношения и связи. Идея общения предполагает установление содружества поверх первоначальной раздельности, соединение раздельного и разобщенного, смягчение перерывов и зияний»²²⁸.

В современной российской теории государства и права идея, высказанная Н. Н. Алексеевым о государстве, как о системе элементов получила свое творческое развитие. Так, В. М. Карельский и В. Д. Перевалов, рассматривая понятие «механизм государства» указывали, что это – целостная иерархическая система государственных органов и учреждений, осуществляющих государственную власть, непосредственно выполняющих управленческие функции, решающих конкретные задачи государственного управления.

В. К. Бабаев, уточняя понятие механизма государства в теории государства и права, отметил, что механизм государства – это не просто совокупность государственных органов, а структурно оформленная система государственного воздействия на общественные процессы²²⁹.

В рамках исследования судебной власти масштабную и системную теоретико-правовую библиографию этого понятия провел Н. А. Колоколов. Он проводит системный анализ этого понятия, и из этого анализа выделяет системные признаки, характеризующие механизм государства. К ним относятся:

а) системная целостность, которая обеспечивается единством принципов организации и деятельности государственных органов и учреждений, а также единством целей и задач их деятельности;

б) все государственные органы связаны между собой общими началами координации и субординации;

²²⁸ Алексеев Н. Н. Очерки по общей теории государства. Основные предпосылки и гипотезы государственной науки. М., 1919 // URL: www.Allpravo.ru. 2004.

²²⁹ Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. М., 2002. С. 107.

в) для обеспечения государственных властных велений он имеет орудия непосредственного управления (убеждение и принуждение), соответствующие техническому уровню эпохи, которыми, в частности, являются средства массовой информации, армия, полиция, тюрьмы и так далее и без которых не может обойтись ни одно государство;

г) при его помощи осуществляется государственная власть во всех ее видах, выполняются функции государства;

д) его структурными органами являются государственные органы и учреждения, в которых трудятся государственные служащие²³⁰.

При этом Н. А. Колоколов, и в этом мы с ним полностью солидаризируемся, отмечает, что различные трактовки понятия «механизм государства» не изменяют содержание системных признаков данного понятия.

В качестве иллюстрации Н. А. Колоколов приводит ряд определений понятия «механизм государства». Его анализ и иллюстрации к этому анализу показали, что отдельные авторы, например, А. И. Королев, Л. С. Явич включают в понятие армию, полицию. Другие авторы, например, В. К. Бабаев, противопоставляют понятия «механизм государственной власти» и «аппарат государственной власти». Третьи, например, М. И. Байтин, включают в механизм государства юридические нормы. Четвертые, например, А. Ф. Черданцев, отождествляют механизм государства с самим государством. Пятые, например, В. О. Тененбаум, понимают механизм государства как конгломерат органов. Шестые, например А. Б. Венгеров, отождествляют механизм государства и государственный аппарат. Однако подобная неопределенность является еще одним доказательством того, что структурой государственного механизма является государственная власть.

По сути дела, когда мы рассматриваем механизм государства, речь идет о средствах, при помощи которых государство достигает своих целей. И таких средств у государства два: государственный аппарат и власть.

²³⁰ Колоколов Н. А. Судебная власть: о сущем феномена в логосе. М., С. 121.

Однако аппарат – это понятие организационно-техническое, а не сущностное. «Сложные и сверхсложные организации, – отмечает Л. С. Мамут, – не существуют без своих органов, ... которые формируются и действуют внутри самих организаций; они так или иначе представляют их и выполняют для них определенные функции. ... Совокупность последних и составляет аппарат государства»²³¹.

Современные исследования теории государства и права во все большей степени подтверждают тезис о вторичности аппарата государства по отношению к власти, поскольку рассматривают его как «институт постоянного осуществления функций власти и управления»²³², как «организационную структуру государственного управления»²³³. Так, Г. В. Атаманчук указывает, что «субъектом государственного управления является государство в целом, то есть объединенный им народ, а в государстве создан единый, внутренне согласованный государственный аппарат, в котором каждый государственный орган связан с другими государственными органами»²³⁴.

Аппарат – это совокупность органов и учреждений, обслуживающих власть как сущностную по отношению к нему категорию. Власть выступает по отношению к аппарату государственной власти сущностной категорией, а аппарат – организационно-технической, поскольку, по правильному замечанию Е. А. Лукьяновой, «жизнедеятельность государства состоит из повседневной реализации власти, а государственность [как форма, так и ее признак – аппарат государства – *авт.*] является связующим звеном между намерением власти и результатом ее действий. Сложившиеся, – отмечает автор, – в каждой стране традиции государственности не могут не отражаться на системе, структуре, на порядке формирования и функционирования государственных институтов, на их взаимодействии между собой и гражданами»²³⁵.

²³¹ Мамут Л. С. О государстве и государственности // Государство и право. 2003. № 5. С. 17.

²³² См.: Атаманчук Г. В. Теория государственного управления. М., 2004.

²³³ Там же. С. 193.

²³⁴ Там же. С. 196.

²³⁵ Лукьянова Е. А. Государственность и конституционное законодательство России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2003. С. 24–25, 29.

Таким образом, в конечном итоге, какие бы признаки не выделялись, и как бы не рассматривалось понятие «механизм государства», что бы ни добавлялось и не убавлялось в каждом отдельно взятом определении, разнообразие которых может быть отнесено за счет различной методологии и принадлежности авторов к той или иной научной школе, механизм государства предстает перед нами как определенная система, а поскольку это система, то она должна иметь свою структуру и такой структурой всегда оказывается государственная власть.

Основная функция любой структуры в организуемой ею системе заключается в том, чтобы обеспечить системе внутреннюю устойчивость, высокую степень сопряженности всех ее компонентов, способность противостоять среде в качестве самостоятельного, так или иначе ей противостоящего образования.

В этой связи возникает две группы вопросов. Во-первых, что и в связи с чем является противостоящей средой? Во-вторых, относительно чего формируется устойчивость и сопряженность системы государственных органов и судебной системы в частности? В качестве примечания заметим, что подобная формулировка не случайна, она соответствует послышке о том, что механизм государства как система органов и судебная система как система государственных органов имеют одну и ту же структуру – государственную власть.

Рассматривая во втором параграфе второй главы понятие «власть» как определяющее понятие судебной власти мы указывали на два важных обстоятельства. Во-первых, на то, что безотносительно к субъектам и конкретным формам властного действия, предпосылки власти связаны с потребностями в регулировании. Во-вторых на то, что регулятивная форма, играет ведущую роль в образовании властного начала, поскольку позволяет одновременно оказывать влияние, осуществлять руководство или выполнять руководящие функции, выступать в форме господствующего начала, то есть управлять социальными процессами.

Государственная власть, рассматриваемая как действие или как способность к действию, актуализируется в результате осознания одного из двух возможных вариантов понимания ситуации. Во-первых, понимания ситуации как открытого конфликта намерений. Во-

вторых, в результате требования к подавлению скрытого (но осознаваемого обеими сторонами) конфликта путем недопущения его в сферу принятия решений.

В обоих случаях, – указывал А. И. Овчинников, – человек воспринимается как продукт социального мира, а его юридическое состояние – как следствие природы вещей. «В этой ситуации юридическое бытие представляется в качестве объекта познания, противостоящего субъекту мышления – правоприменителю [то есть лицу, реализующему выраженную в нормативной форме формулу государственной власти – *авт.*]. Носитель государственной власти оказывается субъектом, способным превратить в объект все правовые явления. Какой принцип является важнейшим для объективности превращения? Принцип рефлексивного контроля сознания над собой, поскольку это исключает всякую субъективность»²³⁶.

Такое положение формируется объективно в силу того, что реализуя государственную волю, выраженную в праве, сам правоприменитель не имеет в разрешаемой им ситуации никакого интереса, кроме интереса реализации государственной воли, в зависимости от качества реализации которой формируется система поощрений и наказаний самого правоприменителя.

Какие бы нами не были использованы теории власти: директивные, коммуникативные, структурно-функциональные, интеракционистские, бихевиористские, мы в каждой из них наблюдаем неизбежность двух оппозиций: «властвующие – подвластные» и «властвующие – стремящиеся к власти», которые возникают в силу того, что регулятивная форма властных отношений реализуется в системе господства и подчинения, контроля и влияния, управления и давления. Это неизбежно приводит к появлению противостоящей среды.

С точки зрения коммуникативных теорий власти это две стороны в диалоге, в которой одна сторона противостоит другой. С точки зрения директивной традиции понимания власти, характеризующей, в первую очередь отношения «властвующие – подвластные» возникновение противостоящей среды это закономерный итог принудительного, независимого от воли и желания лица вмешательства

²³⁶ Овчинников А. И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. Ростов н/Д, 2002. С. 7.

и, в конечном итоге, нарушения принципа энтропии, понимаемого как необходимость наличия неопределенности в каком-либо субъективном опыте, требуемом для свободного осознания себя и, как следствие, обеспечения автономности и свободы воли.

С точки зрения ресурсной теории власти «противостоящая среда» – это одновременно и среда субъектов, которые являются носителями других уникальных ресурсов, обеспечивающих им власть, и среда субъектов, которые имеют не-властные ресурсы, но которые стремятся к расширению своей ресурсной базы за счет обмена ресурсами с тем, чтобы получить властные ресурсы.

В зависимости от того, как сформировано в данном государственно-организованном обществе отношение «власть-собственность», то есть: порождает ли власть собственность или наоборот, вид и содержание этих ресурсов различны. Но едино стремление среды к поглощению любого ресурса, обеспечивающего власть, вследствие чего структура должна оформляться в систему и тем более закрытую, чем выше и значимей уровень ее ресурсов для формирования отношений власти.

В связи с чем возникает подобная оппозиция? В основе судебной власти лежит господство. Процесс осуществления судебной власти принимает структурные (процессуальные) формы. Это предполагает расчленение на господствующие (судья) и подчиненные (стороны) группы. Но, в отличие от правоохранительных органов, судья не осуществляет насилие непосредственно. Французский социолог Пьер Бурдьё, исследуя социологию культуры, ввел такие ключевые понятия, как поле, *habitus*, «символическое насилие», «незнание»²³⁷. Судья осуществляет «символическое насилие», указывая в решении свою систему значений, иерархию правовых, а при рассмотрении оценочных категорий дел и субъективно-социальных ценностей. С помощью «символического насилия» производится трансформация правовых отношений в отношение «господство-подчинение».

В основе деятельности судьи по организации судебного процесса и управления им отчетливо выделяются три принципа:

1) навязывание воли другим, претворенное в «символическом насилии»;

²³⁷ Руткевич А. М. Пьер Бурдьё // Современная Западная социология: словарь. М., 1990. С. 45–46.

- 2) воспроизводство оппозиции господство-подчинение;
- 3) способ власти, используемый судьей базируется на «незнании» сторонами процессов судебного усмотрения.

В этой связи возникают две основные составляющие: когнитивные ориентации и аффективные ориентации (предпочтения). К когнитивным ориентациям относятся знания о правовой сфере и осведомленность о происходящих в суде событиях. Аффективные ориентации конструируются на основе чувств и эмоций. Люди, как правило, оценивают происходящее в суде с субъективной точки зрения по шкале типа «хорошо – плохо (для меня лично)», а на основе этих оценок формируется отношение к правовому событию.

Само название (англ. affective происходит от глагола to affect трогать, волновать, затрагивать, задевать интересы) говорит о том, что эта часть культуры, касаясь приватной сферы, отражает наиболее значимые, «болевые» точки соприкосновения в процессе реализации судебной власти. В ситуации асимметричного положения сторон и судьи она определяется более или менее напряженным несоответствием индивидуальных целеполаганий.

Поскольку в основе методологии деятельности судьи по разрешению правового спора всегда лежит понимание и осмысление судом правовой действительности как отражение объективных закономерностей в правовой жизни лиц, участвующих в деле, постольку судья как личность превращен в строго контролирующего себя объекта отношений, одновременно являясь субъектом, способным превратить в объект правовые явления, которые предложены ему на разрешение.

В этой связи, деятельность судьи институциональна, поскольку это – типизация действий, а индивида – не институциональна. Мотивационная составляющая деятельности судьи – интерпретация правовой реальности, а индивида – институционализация собственного опыта (защита права, как мотив происходит через сознание). В основе смысла у судьи – правовое содержание, у индивида – социальное. Вследствие этого возникает несовпадение целевой и аксиологической характеристик позиции судьи с системой оценочной деятельности субъектов,

Таким образом, среда, противостоящая государственному механизму, во-первых, всегда и во всяком теоретическом осмыслении

понятия «власть» возникает как совокупность и каждая отдельная воля подвластных, управляемых, лиц, субъективные права и обязанности которых подлежат изменению в связи с властным воздействием. Во-вторых, как совокупность и каждая отдельная воля подвластных, направленная на приобретение государственной власти.

В связи с наличием противостояния как имманентного свойства любой системы власти, органы, образующие механизм государства, неизбежно приобретает те или иные организационные характеристики.

Термин «организация» нами рассматривается как объект (правовая форма), упорядоченность и деятельность. В теории организации рассматривается как объект и функция управления, но, прежде всего как социальная реальность²³⁸. Организация – это группа людей, деятельность которых сознательно координируется для достижения общей цели или целей. При этом организация рассматривается как социальная система.

Проблемами типов и особенностей построения организаций, действующих в социальной среде, занимается социология. Ее представителями А. А. Богдановым, Д. М. Гвишиани, В. В. Глуценко, П. Дракером, Э. М. Коротковым, Б. З. Мильнером, Ю. А. Плотинским, И. Пригожиным, С. В. Рогожиным, Т. В. Рогожиной, Э. А. Смирновым, П. А. Сорокиным, Л. Якоккой разработаны теории социальной организации, обобщено выглядящей указанным ниже образом²³⁹.

²³⁸ См., например: *Мильнер Б. З.* Теория организации: учебник. 2-е изд. М., 2002; *Мескон М. Х., Альберт М., Хедоури Ф.* Основы менеджмента. М., 1992.

²³⁹ См.: *Богданов А. А.* Всеобщая организационная наука. Тектология. М., 1989. Т. 1–2; *Гвишиани Д. М.* Организация и управление. М., 1998; *Глуценко В. В.* Менеджмент: системные основы. 2-е изд. М., 1998; *Коротков Э. М.* Исследование систем управления. М., 2000; *Коротков Э. М.* Системный и ситуационный анализ управленческих функций: М., 1981; *Мескон М. Х., Альберт М., Хедоури Ф.* Основы менеджмента М., 1992; *Мильнер Б. З.* Теория организации. 2-е изд. М., 2002; *Рогожин С. В., Рогожина Т. В.* Теория организации. М., 2002; *Смирнов Э. А.* Основы теории организации. М., 2000; *Сорокин П. А.* Система социологии. М., 1993. Т. 1, 2.

Модель «закрытой» организации представляет собой самую известную в истории форму организационного устройства. С точки зрения теории организаций «закрытая» организация представляет собой жесткую иерархическую структуру с совершенно определенными отношениями власти и подчинения. Руководитель принимает решения и доводит до тех, кому они предназначены. Руководитель контролирует выполнение распоряжений и применяет санкции по своему усмотрению. Организационная структура «закрытой» организации четко прорисована, и ни у руководителей, ни у подчиненных не возникает вопроса о том, кому и почему происходит подчинение. Эта ясность позиции компенсирует отсутствие возможности реально принимать участие в выработке решений возможностью строго ограничить пределы своей ответственности.

Коммуникативные процессы и передача информации при такой организационной модели происходят, в основном, по вертикали: от руководителя вниз. Обладание информацией в такого рода структурах – это признак обладания властью.

Безусловным достоинством «закрытой» организационной модели является определенность организационных структур, четкость в распределении функциональных и должностных позиций, ролей и ответственности. Кроме того, при законченном воплощении такой модели резко повышается производительность труда. Эта модель оптимальна для однотипной продукции или услуги, а также для четко обозначенного сегмента выполняемых работ и оказываемых услуг. Но «закрытая» организация консервативна: это структура, наиболее подходящая для работы в стабильной внешней среде, когда заданные условия практически не меняются.

Говоря о слабых сторонах данной модели, в первую очередь стоит отметить ее небольшую способность к изменениям. Подобного типа организация требует в ситуации изменений полной перестройки своей структуры и всех систем организационных отношений. Понятно, что это очень большой недостаток для социального института, поскольку готовность к изменениям и мобильность – два основных свойства, обеспечивающих эффективность организации и одновременно достоинство для государственного органа, которым является суд с точки зрения административного управления.

Прямой противоположностью «закрытой» модели является «случайная» модель. В отличие от организации «закрытого» типа, «случайная» организация является динамичным образованием, способным быстро перестраиваться. Эта модель кажется настолько неструктурированной, что может вызывать сомнения, есть ли здесь организация вообще. И, тем не менее, существуют ее устойчивые исторические формы, например, многие организации в науке, где разные научные исследования, формально объединенные общей темой, ведутся разными сотрудниками, в свою очередь объединенными в один отдел или одну лабораторию. Организации «случайного» типа устроены так, что они обеспечивают максимальное автономное существование своим членам и дают возможность проявления личного творчества в процессе самостоятельной работы. Закрепленной организационной структуры здесь может и не быть вовсе, а принятие решений не носит какого-либо определенного характера.

Основные характеристики «открытой» организации – совместность и партнерство. Эта совместность выражается, прежде всего, в выработке решений, которые обсуждаются всеми сотрудниками и принимаются на основе консенсуса. Все участники полноценно и равноправно обсуждают возможные варианты и принимают взвешенное решение благодаря одинаковому праву на получение всей необходимой для этого информации, полностью открытой для всех. Готовность проявлять инициативу и брать на себя ответственность напрямую связаны с тем, что сотрудники чувствуют свою причастность к происходящему в организации и могут в полной мере реализовать собственный потенциал. Построенная по принципу «открытой» модели организация достаточно демократична и способна к изменениям. В этом отношении она ближе к «случайной» модели.

Главным стержнем, вокруг которого выстраивается «синхронная» организация, выступает фигура лидера. Лидером такой структуры становится обычно человек харизматического склада, своей силой и энергией привлекающий к себе других людей и способный вдохновить их на достижение поставленной им цели. Основным механизмом управления здесь становится мотивация и увязывание их персональных интересов с интересами дела. Вся организационная структура выстраивается в соответствии с поставленной целью.

Целые подразделения и отдельные люди получают свое место в общем движении и осознают свою роль в достижении общего результата. По определенности и ясности позиций «синхронная» модель близка к модели «закрытой», но, в отличие от нее, акцент здесь делается не на страхе наказания («Если не выполните поручение, будет то-то и то-то...»), а на позитивной мотивации совместного достижения желаемого результата.

Поскольку для государственной власти характерны три принципа:

1) Навязывание воли другим, претворенное либо в насилие, либо в «символическое насилие». Согласно П. Бурдьё «символическое насилие» – это тип социальных отношений, который включает в себя совокупность схем интеграции и интериоризации различных долговременных групповых и индивидуальных установок, ориентаций, функционирующих в форме восприятия, постановок целей, решения задач, осуществления действий и т. п.²⁴⁰.

2) Воспроизводство оппозиции господство – подчинение. В. Ржевский и Н. Чепурнова отмечали, что «гарантии прав и свобод граждан в целом имеют государственный характер независимо от их конкретного содержания. Они реально обеспечиваются путем создания фактических и правовых условий их действительного существования»²⁴¹.

3) Способ легитимации власти базируется на усмотрении, оценке, которая есть ни что иное, как «незнание» определенности, поскольку представляет собой многовариантность решений, то для организационной системы механизма государства характерны качественные характеристики, присущие модели закрытой организации.

Подобная модель позволяет выполнять механизму государства две основные функции. Во-первых, обеспечивать сохранение неравенства статусов властвующих и властных, а, значит, обеспечивать асимметрию в причинно-следственном отношении, которое и есть концептуальное отношение власти. Во-вторых, обеспечивать

²⁴⁰ Руткевич А. М. Пьер Бурдьё // Современная Западная социология: словарь. М., 1990. С. 45–46.

²⁴¹ Ржевский В. А., Чепурнова Н. М. Судебная власть в Российской Федерации: конституционные основы организации и деятельности. М., 1998. С. 23.

закрытость информационных потоков, что, в свою очередь, во-первых, поддерживает иерархию внутри системы органов механизма государства (тот, кто владеет информацией, всегда будет занимать более высокую иерархическую ступень по отношению к тому, кто информацией не владеет, поскольку «в закрытой» организации информация идет сверху вниз, но не наоборот); во-вторых, защищает саму систему от тех, кто стремится к власти, поскольку подобное стремление основано на обмене ресурсами, а информация является единственным и важнейшим ресурсом государственной власти, так как базируясь именно на информации и манипуляциях с ней, многовариантность государственно-властных решений обретает свою определенность.

Поскольку, как мы указывали ранее, структура механизма государства и судебной системы едина – государственная власть, постольку организационные характеристики модели судебной системы такие же, как и организационные характеристики всей системы государственных органов. Это является объяснением того, почему все судебные системы во всем мире представляют собой вертикально-интегрированные системы и никогда не приобретают формы моделей «случайной» или «синхронной» организации.

Как же соотносится судебная система и судебная власть?

Исходя из проведенного анализа, мы можем утверждать, что судебная система является лишь организационной средой существования судебной власти. Как организационная среда, характеристики которой идентичны характеристикам форм организационных моделей системы органов государственной власти, судебная система имеет ту же задачу обеспечить сохранение механизма власти в условиях существования оппозиционной среды. То есть, сохранить а priori «статус кво», во-первых, в неравенстве статусов, образующих симметрию в причинно-следственном отношении, во-вторых, в эксклюзивном распоряжении информацией только органами и лицами, являющимися элементами системы судебной власти.

Это – общая задача судебной системы. Она общая настолько, что является необходимым условием ее существования. Не разрешение или не правильное разрешение этой задачи, по сути, является тем же самым, что и исчезновение структуры системы органов механизма государства – государственной власти.

Вместе с тем существует специфика судебной системы, обусловленная спецификой судебной власти, как вида государственной власти. Если судебная власть понимается как требование определения государственной воли в случае конкретного спора о праве или о факте, если судебная власть – это требование о праве, то судебная система, во-первых, должна обеспечить независимость суждения о том, что есть право в данном конкретном случае и с учетом тех или иных юридически значимых событий и фактов, имеющих место в существующем общественном отношении; во-вторых, обеспечить единство смыслополагания правового должного в данной государственности.

Первое требование основано на том, что порядок возникновения интереса в случае правового регулирования законодателем и в случае правового регулирования судьей различен. Законодатель исходит из общих закономерностей общественного развития – с одной стороны, и из фактического распределения центров политической власти в политической структуре государства – с другой.

Обретая в голосовании легитимность, законодатель создает правовую истину исходя из тех соображений, что его понимание должного в праве объективно настолько, насколько объективны процессы общественного развития и формирования центров политической власти.

Голосую коллективно за тот или иной закон, законодатель учитывает интерес, с одной стороны – общества, и этот интерес он учитывает, как объективную данность, как имманентное свойство социальной системы общества в целом, с другой стороны – интерес тех, чьи ресурсы, во-первых, поддерживают ситуацию власти, во-вторых, влияют на социальную систему в большей или меньшей степени.

Выше мы указывали на то обстоятельство, что легитимность законодателя заключена не только в том, что акт голосования порождает своего рода истину, но и в том, что изменения условий ведет к тому, что новое голосование, отличное от предыдущего, так же является истинным, поскольку основано на новых условиях. Теперь мы дали этому объяснение: потребность в тех или иных ресурсах в разный момент времени у власти различна, поскольку зависит от состояния социальной системы. Но и обладание ресурсами так же не является константным, оно зависит, в самом общем случае от

того, как то или иное лицо удовлетворяет потребности общества в данный момент времени. А поскольку общество – динамичная саморазвивающаяся система, то и потребность общества в том или ином удовлетворении меняется, а значит меняется сам ресурс у того или иного лица.

Судья же исходит из других соображений. Его не интересуют конкретное соотношение политических сил и не интересуют их интересы, если они еще не выражены в норме закона или не закреплены в правовых принципах или правовой доктрине. Будучи связан с государственной волей, отраженной в системе законодательства, имея норму закона как исходный материал, превращаемый посредством технологии создания судебной нормы в индивидуально ориентированный акт государственной власти, судья исходит из необходимости учета не политических интересов, а интересов, с одной стороны, возникающих в связи с существованием конкретных юридических фактов и событий в данном общественном отношении, с другой – возникающих в связи с высказанной законодателем государственной волей.

Рассматривая выше легитимность судебного правоприменения, мы указывали, что так же, как и легитимность законодателя, она во многом связана с тем, что в связи с изменением конкретно-юридических фактов и событий, вынесенные по схожим, но различающимся в деталях делах решения, судебные акты будут истинными и легитимными.

Таким образом, направленность интересов органов законодательной, а, следовательно, исполнительной власти (эта последовательность обусловлена тем, что граничным условием правоприменения органами исполнительной власти является полное совпадение фактических отношений с их описанием в норме, все остальное есть спор о праве или о факте, требующий своего разрешения путем определения должного, то есть «права для частного случая», а, значит, судебного правоприменения) отличается от направленности интересов органов судебной власти.

Что будет происходить, если судебная система не будет защищать свободу судьи создавать «право для частного случая»?

Поскольку правоприменитель будет всегда стремиться к соблюдению правила совпадения фактических отношений с их описа-

нием в норме (иное немислимо в силу двух обстоятельств: во-первых, в силу того, что механизм формирования государственной воли не предполагает учет интересов, возникающих в связи с существованием конкретно-правовых интересов, зависящих от конкретных юридических фактов и событий в конкретном общественном отношении; во-вторых, в силу того, что иное означает, что правоприменитель органов исполнительной власти фактически становится правоприменителем, реализующим судебную власть, то есть он начинает учитывать другую систему интересов), постольку толкование и оценка нормы, а значит, технология вынесения индивидуально-определенного акта государственной власти будет осуществляться лишь с учетом текста акта, словесно-документального изложения его содержания. Это приведет к тому, что правоприменителем будут учитываться только те обстоятельства, которые удовлетворяют гипотезе нормы. Остальные факты неизбежно должны быть отброшены, как не соответствующие норме.

В этом случае неизбежно падение авторитета подобной нормы. Она не учитывает все фактические отношения, но при этом содержит властный приказ. Она юридически дефектна, поскольку не соответствует действительности, которую призвана урегулировать.

Индивидуально-правовая норма, регулирующая спорное отношение, перестает быть юридически дефектной тогда, когда она соответствует «духу закона»²⁴², обеспечивает адаптацию права к данным условиям, а не наоборот – адаптацию отношений к праву.

Иными словами, подобная система защиты субъективных прав будет непригодна ни в правовом ни в социальном смыслах. Очевидно, что существование юридически-дефектной индивидуально-правовой нормы, регулирующей общественное отношение, никаким образом не может быть ожидаемым и приветствуемым обществом. Именно об этом говорил в 1915 году В.М. Гессен, когда писал: «Мощь государства – в независимости суда»²⁴³.

Откуда берется требование о единстве смыслополагания? Его основой является единство понимания должного в праве как меры справедливости, адекватной состоянию данной социальности. Выше

²⁴² См.: Гессен В. М. О судебной власти // Судебная реформа. М., 1915. С. 4.

²⁴³ Там же. С. 15.

мы рассматривали вопрос о том, что право следует генезису общественного развития, и это следование находит выражение в существовании дилемм «хорошо – плохо», «правильно – не правильно» и других. Право как феномен бытия духа в своих предельных выражениях неизбежно опирается на не-правовые понятия, понятия, существование которых обусловлено социальными потребностями. Эти потребности и есть, в самом общем смысле, объект смыслополагания. Он един как для законодателя, так и правоприменителя. Поэтому технология судебного правоприменения не может обойтись без смыслополагания. Через смыслополагание технология судебного правоприменения оказывается связанной с судебной системой, поскольку смыслополагание – это критерий.

«В правовом государстве, – отмечает Р. З. Лившиц, – право не изолируется от политики, от деятельности государства. Вместе с тем переход к такому государству означает, что право, продолжая выполнять свою служебную роль, уже не ограничивается ее рамками. Какая политика проводится? Какими средствами осуществляется управление? Если политика демократическая, гуманистическая, если управление осуществляется в интересах народа и самим народом, тогда и только тогда право в силу своей демократическо-справедливой основы является средством управления и проведения политики в жизнь. А если политика и управление не отвечают этим условиям, они не могут опираться на право. На законы – могут, а на право – нет. В правовом государстве политика и управление служат средствами проведения в жизнь права как воплощения справедливости. В этом смысл ограничения государства правом»²⁴⁴.

Роль судебной системы – сформировать критерии смыслополагания государственной воли, которые используются судьей для оценки того или иного правового явления. Почему именно критерии, а не сами смыслополагания? Во-первых, государственная воля уже выражена в норме закона, то есть ей уже придан смысл. Во-вторых, создание судебной нормы, провозглашение государственной воли относительно данного конкретного случая – это индивидуальный акт судьи как должностного лица государства и его нельзя выносить

²⁴⁴ Гессен В. М. О судебной власти // Судебная реформа. М., 1915. С. 70.

всей системой. Ее выносит лишь один ее элемент – судья. Значит, смысл существования судебной системы заключается в установлении соотношений должного, каким оно выражено в норме закона и каким оно должно быть в акте судебной власти – судебной норме. Установление этих соотношений и есть критерии смыслополагания, применяемые каждым конкретным судьей.

Непосредственный процесс вынесения судебного решения, который в общем случае состоит из ознакомления с проблемой, ее исследования и разрешения, включает в себя элементы мышления. Мы не будем приводить здесь полный анализ деятельности судьи, предусмотренный нормами текущего процессуального законодательства. Отметим лишь, что рассматривая каждое дело, судья проводит сложный, многофакторный, проводимый по множеству параметров как юридического, так и социального характера анализ, после чего как результат возникает правовая и социальная оценка ситуации, предложенной ему на разрешение. Эта оценка основана на сложной социально-юридической интерпретации результатов смыслополагания государственной воли.

Рассматривая вопрос о роли судебной системы и рассуждая о характере ее организационной модели, мы пришли к выводу о том, что всегда и в любом случае это модель «закрытой» организации. Однако это – общее понимание, и, как любое общее понимание в своем конкретном воплощении приобретает те или другие особенности.

Поскольку правоприменение, так или иначе, связано с социальными отношениями, постольку мы можем утверждать, о том, что какие-либо особенности организационной модели связаны с тем, что общество вырабатывает внутри себя определенные правила, принципы осуществления правосудия. Возникнув, они существуют как данность, соответствующая данному обществу, имманентная его ожиданиям. В этом смысле принципы объективны. А их наличие свидетельствует о том, что та или иная особенность организационной модели судебной системы, имманентна данному обществу, ожидаема им и социально поощряется.

Хочется отметить, что все без исключения исследования в области судебной власти проводят компаративный анализ судебных систем, как правило, различия в судебных системах связывают с

уровнем развития демократии в том или ином обществе. Такой подход представляется нам поверхностным, не до конца раскрывающим теоретико-правовую сущность судебной власти.

Одним из важнейших показателей обладания властью является возможность претворять свой интерес в общественную политику. С этой точки зрения закон является ресурсом, который приобретают одни центры политической власти и теряют другие. Закон это объективированная и нормативно выраженная воля. Однако и судебно-правовая норма это объективированная и нормативно выраженная воля. Их различие – в действии во времени, пространстве, по кругу лиц, а также в системе учитываемых интересов, которая рассмотрена нами выше. В этой связи особенности характеристик различных судебных систем, конечно, отражают уровень развития демократии. Но не с точки зрения процесса формирования и передачи государственной власти от одной элиты к другой, а с точки зрения системы объективации интересов в государственной воле, которая одна и является основанием для санкционирования ее бытия в нормативной форме.

По сути дела, речь идет о фактическом характере существования системы разделения властей, о исторически сложившейся системе распределения полномочий между элементами политической структуры государства в отражении интересов. Л. С. Мамут утверждал, и мы полностью с ним согласны, что «архитектоника государства задается объективно исконной природой публичной власти»²⁴⁵.

Когда мы рассматривали значение структуры, мы отметили, что одной из ее главных задач является задача противостояния внешней среде, которая состоит как из управляемых, так и из тех, кто стремится к власти.

Возможность создать в норме формулу власти – это политический ресурс, поскольку он позволяет использовать для защиты интересов государственную власть. Н.А. Колоколов, ссылаясь на А. Терка, утверждает, что экономические решения принимаются и приводятся в действие посредством принятия законов. Контроль над процессом принятия законов означает контроль над решением пра-

²⁴⁵ Мамут Л. С. О государстве и государственности // Государство и право. 2007. № 5. С. 15.

вительства, поскольку закон определяет правомочность «правильного» и неправомочность «не правильного» взгляда на мир²⁴⁶.

Поскольку судебная власть есть вид государственной власти, формирующий «право частного случая», постольку контроль над ней означает защиту в каждом случае применения закона. Но вместе с тем государственная власть отражает не частную, а обобщенную волю, как в случае формирования закона, так и в случае его судебного применения. Поэтому судебная система, выполняя функцию защиты государственной воли от доминирующего влияния не-государственного интереса, отражает исторически сложившуюся, а потому и легитимную, проверенную на практике систему формирования государственного интереса, а, следовательно, архитектуру среды, формирующей публичную власть.

Таким образом, особенности тех или иных судебных систем отражают системные особенности архитектуры среды, формирующей публичную власть.

Именно с этой точки зрения становится понятным различие между судебными системами, основанными на англосаксонской модели, франко-германской модели (в том числе и российской), американско-канадской модели, мусульманской модели, индуистской модели и другими.

Какие могут быть сделаны выводы?

Судебная система имеет единую структуру с иными органами государственной власти, а именно – государственную власть. Это закономерное отражение двух моментов: особенностей статуса судебных органов относительно статусов негосударственных органов при оперировании с государственной волей (законодатель ее формализует, исполнитель ее реализует, судья ее уточняет применительно к конкретному случаю и этим уточнением направляет реализацию исполнителя); и второго момента – фундаментального единства правовой связи органов государственной власти с самой государственной властью.

Такое фундаментальное единство образует общность функций любой системы государственных органов. В самом общем виде это функции сохранения власти и создание условий для ее реализации. То

²⁴⁶ Колоколов Н. А. Судебная власть: о сущем феномена в логосе. М., 2007. С. 207.

есть, сохранение необходимых для ситуации власти как таковой условий: асимметрии и выбора. Эти условия при директивном понимании власти образуются при помощи силового инструментария, позволяющего принудительно менять соотношение прав и обязанностей у субъекта власти. Однако, обеспечивая асимметрию при помощи только силовых методов, выбор, как второе обязательное условие существования власти, превращается в произвол. Поэтому только директивное понимание власти не возможно. Она всегда в этом случае утрачивает легитимность, поскольку власть становится иррациональной. Власть приобретает те или иные формы рациональности, даже в ее самых сакральных формах в связи с манипулированием с информацией. Таким образом, власть государственных органов, являющаяся их общей структурой, образуется в сочетании возможностей принуждения и возможностей манипулирования с информацией.

Для судебной власти это означает, что информация в виде судебной нормы образуется всегда внутри судебного органа, судебное усмотрение есть акт сознания носителя судебной власти. Однако требования рациональности обуславливает требования учета тех или иных позиций как сторон правового конфликта, так и позиций законодателя. Директивность судебной власти обеспечивается императивным требованием к органам исполнительной власти о безусловном исполнении судебной нормы.

Вместе с тем специалитет судебной власти, возникающий в связи с ее целевым предназначением – обязанностью трактовать в праве государственную волю в тех случаях, когда она приходит в противоречие самой себе в связи с наличием тех или иных юридически значимых фактов и событий, обуславливает специальные функции судебной системы. Во-первых, функцию смыслополагания, связывающую содержание судебной нормы с общей позицией, высказанной законодателем или иным органом, обладающим большей легитимностью с точки зрения соответствию праву в существующей правовой доктрине. Во-вторых, функцию обеспечения специального учета интересов, отличного от учета интересов законодателя, с тем, чтобы судебная норма, как специфическая судебная формула государственной власти соответствовала требованиям легитимности.

Таким образом, судебная система обеспечивает существование как своей структуры, так и особенности видовых характеристик судебной власти.

ГЛАВА 4. СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В ГОСУДАРСТВЕННО-ОРГАНИЗОВАННОМ ОБЩЕСТВЕ

Институциональная стадия исследования понятия «судебная власть» связана с вопросом о ее властном статусе. Судебная власть объективируется в государственно-организованном обществе не только в связи с сущностными, технологическими и организационными характеристиками судебной власти, но и институциональными характеристиками: моноцентричностью, всеобщностью, верховенством, легальностью, публичным характером, возможностью участия в политическом процессе.

В этой связи аксиоматично утверждение о том, что судебная власть есть вид государственной власти. Разрешение этого вопроса мы находим в практике конституционного закрепления судебной власти как государственной власти, в мировой практике существования особых форм правовой связи между государством и судьей, которая выражается в особом должностном статусе судьи как лица, уполномоченного на совершение правосудия. Причем настолько особым, что этот статус позволяет судье, и только судье, рассматривать вопросы определения права, в случае если правовая модель регулирования общественных отношений, сформулированная законодателем либо противоречит правовым принципам, либо, с учетом фактических обстоятельств требует подтверждения (то есть противоречит пониманию права лицом, права и обязанности которого подлежат регулированию), либо, в особых случаях, формировать правовую позицию по отношению к тем общественным отношениям, которые имеют место быть, но еще не по каким-либо причинам не урегулированы законодателем.

Так, например, в Конституции Российской Федерации судебная власть отнесена к виду государственной власти. В конституции США, в главе III, судебная власть осуществляется верховным судом США. Английская система, историческая практика формирования которой связывается исследователями правовых систем с норманнской оккупацией 1066 года, что в результате привело к формированию мелкопоместных феодалов, централизации власти короля и формированию

судебной системы с очень узкой компетенцией судов, формированию Королевских судов, с последующим расширением их юрисдикции с одной стороны, и непосредственной включенностью светской властной элиты в осуществление судебной власти (как компенсации узкой формальной юрисдикции судов) – с другой²⁴⁷. В результате в современной Великобритании верховная судебная власть как вид государственной власти отнесена к компетенции Палаты лордов.

Согласно статье 92 Основного закона Германии правосудие осуществляется только судами и осуществляется через Федеральный конституционный суд, федеральные суды и суды земель. Согласно Конституции Италии судьи подчиняются только закону. Конституция Испании провозглашает, что правосудие отправляется именем народа, а судьи подчиняются только закону.

Проблема концептуального определения судебной власти как института государственной власти связана не с вопросом о том, является ли судебная власть видом государственной власти, а с вопросом о том, является ли она в этой связи политической властью, и если да, то каковы ее характеристики как политической власти.

§ 1. Основание и механизмы объективации судебной власти в государственно-организованном обществе

Судебная власть является важной частью государственного режима как элемента формы государства. Государственный режим – это совокупность методов и способов осуществления государственной власти. Объективируясь в форме правления и форме государственного устройства, то есть определяя структуру и порядок деятельности органов государственной власти, их компетенцию, государственный режим «выступает как реальное проявление организационно оформленной власти, как процесс ее функционирования»²⁴⁸. А. С. Киреева указывает на связь государственного режима с во-

²⁴⁷ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 108.

²⁴⁸ Марченко Н. М. Проблемы общей теории государства и права. М., 2007. Т. 1. С. 246.

просами легитимации власти. Государственный режим – это совокупность форм, методов, средств и способов властвования, «через которые государственная власть легитимирует свое существование и функционирование»²⁴⁹. Исходя из этих определений, можно утверждать, что государственный режим есть теоретико-правовая форма описания структуры системы государственных органов, которая охватывает такие вопросы, как легитимация, методы и способы осуществления власти, а также указывает на существование зависимостей между способами осуществления власти и способами реализации интереса элементов политической системы государства.

Н. М. Марченко указывает, что о характере режима могут свидетельствовать разнообразные факторы, наиболее важные из которых: порядок и способы формирования органов государственной власти, степень и гарантированность прав и свобод, роль права в жизни общества и разрешении государственных дел, место и роль правоохранительных органов и армии, способы разрешения социальных и правовых конфликтов²⁵⁰.

В этой связи судебная власть является частью государственного режима в силу того, что она, во-первых, является формой реализации государственной власти, во-вторых, в каждом акте реализации государственной власти отражает интересы политической системы государства, в-третьих, обеспечивает соблюдение единства правовой формы государственной власти в случае правоприменения. «С общественной точки зрения суть дела в том, что весь процесс судопроизводства, – указывает А. Тамаш, – это момент движения общества, его часть, и на процесс судопроизводства общественные отношения во все времена в любом случае накладывают свой отпечаток. Но не потому, что правовая норма и сама выражает общественные отношения, а вследствие того, что между типизирующей всеобщностью юридического правила и единичностью дела

²⁴⁹ *Киреева А. С.* Политический режим как элемент формы государства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1997. С. 17. Цит. по: *Марченко Н. М.* Проблемы общей теории государства и права: в 2 т. М., 2007. Т. 1. С. 247.

²⁵⁰ *Марченко Н. М.* Указ. соч. С. 254.

о правовом споре всегда налицо существующие на данный момент фактические общественные отношения, обстоятельства»²⁵¹.

Однако понятие государственного режима как теоретико-правовое понятие характеризует, по сути, методы и способы реализации интереса элементов политической системы государства, а, значит, является производным от политической системы. Этот тезис находит подтверждение в том, что современная российская теория государства и права классифицирует государственные режимы на демократические, недемократические и антидемократические, фундаментальная разница между которыми заключается в роли и месте государственного (понимаемого в данном случае как обобщенного, отражающего совокупные стремления общества) интереса, в общей системе интересов.

Судебная власть как вид государственной власти организационно оформлена судебной системой, роль и функции которой, с одной стороны, идентичны роли и функциям системы органов государства, поскольку они обеспечивают общие условия существования государственной власти, а с другой – отличны, поскольку обеспечивают специальные условия существования судебной власти – то есть обеспечивают специальный механизм учета интересов, необходимый для правоприменения в условиях спора о праве или о факте.

Рассматривая этот вопрос, мы пришли к выводу о том, что законодатель исходит из общих закономерностей общественного развития – с одной стороны, и из фактического распределения центров политической власти в политической структуре государства – с другой, а судья, будучи связан с государственной волей, отраженной в системе законодательства, исходит из необходимости учета интересов, с одной стороны, возникающих в связи с существованием конкретных юридических фактов и событий в данном общественном отношении, с другой – возникающих в связи с высказанной законодателем государственной волей.

Отличие судебной власти в содержании, основаниях возникновения и способах учета интересов от иных форм государственной

²⁵¹ *Тамаш А.* Диалектика правосознания правоприменения. М., 1980. С. 64.

власти неизбежно приводит к отличиям в направленности власти, в целях системы судебных органов, что в государственно-организованном обществе превращает судебную власть во власть политическую, а систему судебных органов в элемент политической системы государства.

Поскольку с методологической точки зрения теория государства и права допускает применение методологии и понятийного аппарата других наук в связи с единством объекта исследования, постольку мы считаем необходимым пояснить методологическую целесообразность введения в терминологию, используемую в настоящей работе, понятий политики и политического института применительно к судебной власти как объекту теоретического исследования.

В самом общем смысле понятие «политика» и феномены государственной власти соотносятся как практики и дискурсы формирования, развития, проектирования и исследования системы интересов, с одной стороны, и практики и дискурсы опосредования, объективации и реализации – с другой.

Такое понимание вытекает из общего конструкта понятия «политика», имеющегося в современной политологии. Политика – это практика отношений и институтов власти. Тот факт, что политика образует специфическую самостоятельную область общественной жизни, не совпадающую по своим нормам и регулятивам, по своим ценностям ни с моралью, ни с религией, ни с экономикой, позволяет проводить разграничения между управлением и политикой, как разграничение между правилами, предписаниями и решениями, составляющими их основу.

Так, например, М. Вебер понимает политику как «все виды деятельности по самостоятельному руководству»²⁵². Для К. Мангейма политика – это процесс рационализации принятия решений при определенных режимах власти²⁵³. Для Ч. Мерриам и Б. Рассела политика – то, что лежит в основании дальнейшей определенности власти²⁵⁴.

²⁵² Вебер М. Политика как призвание // Избранные сочинения. М., 1990. С. 644.

²⁵³ Новая философская энциклопедия. М., 2001. Т. 3. С. 272.

²⁵⁴ См.: Мерриам Ч. Э. Политическая власть: ее структура и сфера действия. М., 1934; Рассел Б. Власть. М., 1946.

Г. Алмонд понимает политическую культуру демократии как распределение образцов ориентации относительно политических объектов среди граждан нации²⁵⁵. М. Дюверже рассматривает ее как механизм власти и подчинения²⁵⁶.

В целом, в современной социологии и политической теории термин «политика» употребляется в нескольких значениях. Во-первых, как программа, метод действия или сами действия, осуществляемые человеком или группой лиц для осмысления и решения проблемы, стоящей перед обществом; во-вторых, как сфера общественной жизни, где конкурируют или противоборствуют различные политические направления, личности или группы, имеющие свои собственные интересы и мировоззрения; в-третьих, как институты власти и институциональное измерение общественного строя, которое установлено с помощью конституции, кодификации в праве порядка и традиций, способ организации власти в обществе.

Политика отождествляется с деятельностью государственного управления, с принятием решений, с социальным руководством, выдвижением и достижением государственных целей, формирующихся на основе анализа интересов тех институциональных и неинституциональных политических образований, которые составляют политическую систему данного государства. Таким образом, политика включает в себя участие в делах государства, определение форм, задач, содержания его деятельности²⁵⁷.

В теории государства и права политика представляет собой деятельность институтов государства, которые с этой точки зрения становятся политическими институтами, поскольку объективируют государственную власть. Политика и право оказываются связанными между собой, поскольку право есть формула власти, борьбу за которую ведут политические институты. Так, М. Вебер полагал, что участие в политике «означает стремление в участии во власти или к оказанию влияния на распределение власти ... , кто занимается по-

²⁵⁵ Новая философская энциклопедия: в 5 т. Т. 3. С. 642.

²⁵⁶ Там же.

²⁵⁷ См.: Денкэн Ж. М. Политическая наука. М., 1993; Бурдые П. Социология политики. М., 1993; Панарин А. С. Философия политики. М., 1996; Крижанич Ю. Политика. М., 1997.

литикой, тот стремится к власти: либо как к средству, подчиненному другим целям (идеальным или эгоистическим), либо к власти ради нее самой, чтобы наслаждаться чувством престижа, которое она даст»²⁵⁸. Аналогичной точки зрения придерживался Р. Даль, выдвигая идею о том, что любые политические формулы лишь маскируют волю к власти.

Хотя все приведенные понятия в той или иной степени согласуются с общим пониманием государственной власти как важнейшей политической власти в государственно-организованном обществе и пониманием государства как важнейшего политического института общества, наиболее точное отражение такое понимание находит в плюралистическом направлении политологии, которое предлагает определение политики, как согласования интересов. С этой точки зрения политика – это деятельность, имеющая дело со множеством систем ценностей, с помощью которой различные по природе, характеру и направленности ценности и интересы находят свое выражение.

Политика – это процесс взаимоприспособления власти и общества, процесс торга и переговоров, процесс поиска и нахождения, согласия и компромиссов. То есть, политика – это механизм выбора политических целей из множества альтернатив на основе анализа и манипуляций информацией.

Отметим, что подобное понимание политики соответствует ресурсной и коммуникативной теориям власти, а также определяет, хотя бы в самых общих чертах, основания формирования характеристик модели системы органов государственной власти, рассмотренных нами ранее.

Как видно из представленных дискурсов политики, ее осуществление обусловлено существованием политических институтов, которые связывают характеристики политической деятельности с природой политики как таковой.

Политический институт – обозначение в языке двух классов явлений: 1) учреждений с организационной структурой, централизованным управлением и исполнительским аппаратом 2) формы и

²⁵⁸ Вебер М. Политика как призвание // Избранные сочинения. М., 1990. С. 646.

сущности политических функций, отношений, типов управления²⁵⁹. А. В. Лубский определяет политический институт как устойчивый комплекс формальных и неформальных правил, норм, принципов, установок, регулирующих различные области политической деятельности и организующих их в систему ролей и статусов, образующих политическую систему. Политический институт следует отличать от политических организаций²⁶⁰.

В отечественной науке распространена точка зрения, что институт – это «модель системы отношений и общения людей..., опирающаяся на совместные ценности, рациональные нормы», а также «организационная форма объединения людей в особую ассоциацию»²⁶¹. Политический институт – это одновременно организация и правила, установления, по которым эта организация функционирует.

Институты рассматриваются как ключевой элемент политической системы, выполняющий определенные функции. Например, Г. Алмонд и Дж. Пауэлл определяют систему как «совокупность институтов (таких, как парламенты, бюрократии и суды), которые формулируют и воплощают в жизнь коллективные цели общества или существующих в нем групп»²⁶². Э. Хейвуд полагает, что институт – это «свод установлений и правил, обеспечивающих правильное и предсказуемое поведение»²⁶³. С. Хантингтон приходит к выводу о том, что политический институт – продукт политического процесса в сложных, многосоставных в групповом плане социумах, где имеется выраженный конфликт интересов и целей. Политические институты призваны обеспечивать разрешение этих разногласий²⁶⁴. По мнению С. Хантингтона, любое общественное состояние, чтобы стать стабильным, должно быть институционализировано. При этом политические институты нацелены на обеспечение, в том числе организационного порядка, поскольку организация (будь то политиче-

²⁵⁹ Политология. Энциклопедический словарь. М., 1993 С. 122.

²⁶⁰ Краткий энциклопедический словарь. Ростов н/Д, 1997 С. 166.

²⁶¹ Категории политической науки: учебник. М., 2002. С. 267.

²⁶² Алмонд Г., Пауэлл Дж., Стром К., Далтон Р. Сравнительная политология сегодня: мировой обзор. М., 2002. С. 38.

²⁶³ Хейвуд Э. Политология. М., 2005. С. 19.

²⁶⁴ Хантингтон С. Политический порядок в меняющихся обществах. М., 2004. С. 31.

ская, социальная или любая иная) всегда действует либо согласно, либо вопреки общепринятым установлениям.

Р. Даль, рассматривая становление политического института, предложил модель его развития, согласно которой сначала возникают временные политические соглашения (консенсус); затем они закрепляются в виде долговременно-прочных, привычных процедур и практик; наконец, возникают организации, «рассчитанные на длительный период, передаваемые из поколения в поколение, как бы по наследству». Последнее и есть в полном смысле слова политический институт²⁶⁵.

Каковы основания политической объективации судебной власти?

Во-первых, власть и право, взятые в их единстве, образуют условие существования государственной власти в государственно организованном обществе. Субъектом власти, в этом случае, является лицо, полномочия которого позволяют легально осуществлять процедуру определения запрещенного и дозволенного в праве как в формуле власти.

Во-вторых, диалектика права предполагает его существование как в случае нормирования (регуляции) повторяющихся явлений, так и в случае индивидуального правоприменения.

В-третьих, субъектом власти в случае индивидуального правоприменения при споре о праве или о факте становится судья.

В-четвертых, определяя право в случае индивидуального правоприменения, судья становится носителем государственной власти в той мере, в какой в данном обществе власть выражена в праве.

В-пятых, судебная власть оказывается политической настолько, насколько право отражает консенсус интересов политических агентов данного общества.

В-шестых, обязанность трактовки государственной воли в ситуации индивидуального правоприменения обуславливает существование судебной власти в не зависимости от типа политической структуры, поскольку последняя определяет, как правило, свой интерес применительно к повторяющимся случаям, и только в случае, когда индивидуальное правоприменение затрагивает какие-либо важные интересы какого-либо политического агента, он стремится к

²⁶⁵ Даль Р. О демократии. М., 2000. С. 83.

влиянию на судебную власть и если это влияние осуществляется, если источником воли оказывается не суд а политический агент, то только в этом случае судебная власть как вид государственной власти, отражающей обобщенный интерес, трансформируется в судебную функцию как функцию трансляции чужой воли.

Авторское представление о судебной власти как о государственной власти, возникающей в силу уникальной функциональной обязанности – обязанности определить право для частного случая, власть определить от имени государства правовое должное предполагает, что судебная власть включена в число агентов политической системы, продуцирующих власть, формирующих идеологию, систему ценностей и, в конечном счете – интерес, выраженный в праве.

В свете изложенного, возвращаясь к вопросу о природе судебной власти, мы не можем согласиться с любой позицией, указывающей на то, что судебная власть не является элементом политической системы, а суд, судья, судебная система не являются политическими агентами, акторами, или участниками политического процесса хотя бы потому, что они самостоятельно интерпретируют ценности в случае спора о праве или о факте, то есть играют роль социального регулятора и вне этой роли не могут быть исследованы. Вне зависимости от структуры политической власти судебная власть, с учетом ее особенностей – обязанностей определить государственную волю в локальной социальной ситуации, только при наличии спора о факте или о праве – всегда является элементом политической структуры.

Следствием этого являются: во-первых, включенность судебных органов в общую систему социально-политической и политико-правовой регуляции; во-вторых, невозможность рассмотрения судебной власти в отрыве от целевых характеристик социальной и государственной власти; в-третьих, наличие априори специального политического статуса органов судебной власти вне зависимости от того, каков политический режим и какова расстановка центров политического влияния. Судебная власть обладает политической составляющей вне зависимости от этих факторов, а в силу того, что в собственной деятельности формирует понятие права, которое, как мы показали выше, является формой власти.

Однако возможность сформировать право в случае индивидуального правоприменения является уникальным политическим ресурсом судебной власти, позволяющим оказывать влияние на других агентов политической системы. Это говорит о том, что всегда, в любом случае, в любой конфигурации политической системы, при любой расстановке центров политической власти судебные органы как носители судебной власти будут иметь специальный политический статус.

Какова схема политической объективации судебной власти? Если судебную власть понимать как вид политической власти, а судебную систему, соответственно, понимать как политический институт, то схема политической объективации связана с институциональной формой существования судебной власти в государственно-организованном обществе.

Выше мы определили две важнейшие характеристики политического статуса судебной власти. Во-первых, характер легитимности, которая выражается не только в том, что судебная норма, будучи формальным актом актуализации государственной власти, требует своего безусловного исполнения, но и в том, что судебная норма обнаруживает качества преюдициальности только лишь в случае абсолютного совпадения фактов и обстоятельств двух конфликтных правовых ситуаций. Во всех других случаях преюдициальность судебной нормы условна и, в самом общем случае, зависит от судебного усмотрения, в котором сосредотачивается понятие свободы как обязательного условия существования власти как таковой.

Во-вторых, политический статус судебной власти определяется единством понимания должного как не-правового, социального понятия, с другими политическими акторами и институтами, уполномоченными обществом выражать в праве государственную волю и государственный интерес. Совпадение понятия должного является граничным критерием единства государственной власти и ее эффективности.

С сущностной точки зрения эти характеристики разноректорны. Требования единства государственной воли предполагают единство оценки юридически значимых фактов и событий. Вместе с тем различный масштаб правового нормирования законодателем, подразумевающий общество в целом или его часть (в любом слу-

чае нормирование законодателем подразумевает масштабность и протяженность) и масштаб правового нормирования судьей, предполагающий ограниченность по кругу лиц и во времени – предполагает разобщенность оценок, поскольку разница в масштабе обуславливает разницу в объекте, применяемом методе правового регулирования.

Вместе с тем разновекторность этих политических характеристик обеспечивает действительное бытие системы судебных органов как самостоятельного политического института, а судебной власти (в любом случае безотносительно к государственному и политическому режиму, форме правления, форме государственного устройства) – как власти политической.

Этот парадокс – политический. Его основание – диалектическое единство власти, конфликта и политики как феноменов социального бытия.

Таким образом, схема политической объективации судебной власти зависит от характеристик механизмов, используемых органами политической власти государства для разрешения противоречий, обуславливающих политическую плоскость бытия судебной власти и для обеспечения деятельности институтов судебной власти как институтов макросоциального регулирования.

Таких механизмов мы видим три. Первый механизм основан на существовании организационных и кадровых зависимостей судебных органов по отношению к органам, объективирующим государственную волю и государственный интерес в случае правового нормирования общества в целом. Это могут быть органы исполнительной власти, законодательной, а также органы и должностные лица, не относящиеся ни к исполнительной, ни к законодательной власти, но обладающие реальной политической силой, мощью, способной оказывать влияние на формирование и деятельность высших органов государственной власти.

Конкретная реализация этого механизма зависит от формы правления, политического режима и обуславливается, в конечном счете, расстановкой политических сил в политической системе государства. Однако, и мы наблюдаем это во всемирном масштабе, имеет место зависимость кадровых назначений от того, насколько та или иная персоналия разделяет систему взглядов на должное с теми,

кто олицетворяет политическую силу. То есть, механизм основан на совпадении интересов, что является одним из двух критериев существования судебной власти и судебной системы как элементов политической системы государства.

Так, для судебной системы ФРГ, которая согласно закону о судостроительстве от 27 января 1877 года состоит из Федерального Верховного суда, 25 высших судов Земель, 116 судов Земель, 706 участковых судов, а также из подсистемы административных судов, состоящей из Федерального Административного суда, 16 высших административных судов Земель и 36 административных судов (Федеральный Конституционный суд и конституционные суды Земель не входят в судебную систему)²⁶⁶, характерно что судьи федеральных судебных органов назначаются на должность федеральными органами государственной власти, судьи региональных судебных органов назначаются на должность региональными органами судебной власти. Судьи Верховного суда США назначаются Президентом по предложению сената. Федеральные судьи федеральных районных судов, число которых составляет 94 и федеральные судьи промежуточных апелляционных судов, обладающих федеральной апелляционной юрисдикцией, число которых составляет 12, назначаются Президентом США пожизненно.

Н. А. Колоколов отмечает, и анализ законодательства о судостроительстве Франции, Германии, Италии, Испании, Российской Федерации подтверждает этот вывод, что для стран, входящих в Романо-германскую правовую семью характерно наличие административного и финансового контроля со стороны органов исполнительной власти, которые осуществляют контроль за кадровой политикой судов, проводят аттестацию судей, принимают меры к повышению их квалификации, занимаются материально-техническим снабжением судов²⁶⁷.

Для стран, относящихся к англо-американской семье общего права, характерно наличие лишь одной судебной пирамиды, во главе

²⁶⁶ Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 219.

²⁶⁷ Колоколов Н. А. Судебная власть: о сущем феномена в логосе. М., 2005. С. 227.

которой стоит лишь один верховный суд и независимость от органов исполнительной власти в структурном, материальном и кадровом отношении²⁶⁸. Такое положение мы объясняем тем, что судебная система англо-американской семьи общего права исторически развивалась в Великобритании, для которой было характерно соединение функций судебной власти и функций исполнительной власти в одном лице – в лице суверена, что само по себе не требовало создания систем контроля. Схема судебной системы Великобритании, будучи перенятой США в тот момент истории, когда государственность в США только формировалась, исторически обусловило формирование сфер компетенции органов государственной власти в соответствии с предложенной схемой судебной системы.

Несколько иначе выглядит вопрос об организационной системе. В самом общем виде организационная система обеспечивает формирование критериев оценки той или иной спорной ситуации путем определения компетенции каждого звена системы.

Как мы показали ранее, любая система органов государственной власти обеспечивает два условия существования власти как таковой, воспроизводит ее путем сохранения асимметрии в статусах и путем закрытия и автономного манипулирования информацией. Судебная система, кроме того, обеспечивает, во-первых, необходимый для создания судебного-правовой нормы порядок учета и объективации интересов, во-вторых, единство смыслополагания относительно существующей и выраженной в системе законодательства государственной воли в ситуации спора о праве или факте.

С этой точки зрения практическая организация системы судебных органов, системы внутреннего контроля судебных актов и судебного-правовых норм, апелляционные, кассационные, надзорные инстанции, органы судейского самоуправления, в конечном счете, направлены на решение именно этих задач, что означает закономерность их организационно-подчиненного положения по отношению к органам, объективирующим государственную волю для общих случаев и решающих задачу макросоциальной регуляции.

Второй механизм – это процесс, порядок рассмотрения дел. Как правило, процессуальное право понимается как часть норм право-

²⁶⁸ Колоколов Н. А. Указ. соч. С. 227.

вой системы, регулирующей отношения по соблюдению процессуальной формы, требуемой для реализации и защиты материального права²⁶⁹.

Процессуальное право неразрывно связано с материальным правом, так как закрепляет процессуальные формы, необходимые для его осуществления и защиты. Процессуальное право, применяемое для рассмотрения дел в судах, определяет порядок осуществления правосудия, которое так же направлено на охрану прав и законных интересов лиц и государства, однако отличается специфическим предметом и методом правового регулирования, а также системой источников, представляющих собой внешние формы выражения процессуально-правовых норм. Здесь под процессом мы понимаем всю совокупность процессуально-правовых действий и процессуально-правовых отношений, возникающих на всех стадиях рассмотрения дела: в первой инстанции, апелляционной, кассационной, надзорной, при пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам.

Однако, если отвлечься от традиционного взгляда на процесс, как на процедуру, позволяющую наиболее объективно рассмотреть спор о праве или о факте и проанализировать понятие судебного процесса с точки зрения его места и роли в общей системе государственно-правовой регуляции, то мы неизбежно придем к выводу о том, что в самом общем случае любой процесс, применяемый в судопроизводстве, призван решать две задачи.

Во-первых, он определяет, что есть истина, насколько совпадает юридическая и фактическая истина, то есть он определяет необходимое и достаточное условие понимания должного в ситуации правовой неопределенности. Почему это условие необходимое? Необходимость определяется таким соотношением юридического и фактического, которое позволяет судебной норме восприниматься как социально справедливой. Почему это условие достаточное? Достаточность – совпадение в соотношении истин должного, такого, каким оно видится органам, объективирующим государственную волю для общих случаев и решающих задачу макросоци-

²⁶⁹ Новицкая В. В., Новицкий В. А. Процессуальное право. Ставрополь, 2006. С. 26.

альной регуляции, и должного, каким оно видится судье, суду, с учетом их масштаба правового регулирования.

Во-вторых, процесс, рассматриваемый как последовательная деятельность всей совокупности судебных органов, образующих единую судебную систему, позволяет выполнять судебной системе те функции определения критериев смыслополагания, которые были нами рассмотрены выше и были признаны имманентными функциями, обеспечивающими самостоятельность судебной власти, понимаемой в данном контексте, как возможность реализации схемы учета интересов системы органов политической власти, отличной от реализации этой схемы органами законодательной и исполнительной власти.

Таким образом, процесс проведения судебной процедуры обеспечивает такой порядок принятия решений, который, с одной стороны – обеспечивает единство смыслополагания, а с другой – уникальность решения.

Рассматривая значение судебной практики как источника права в романо-германской правовой семье, Р. Давид указывал что «современное стремление юристов всех стран опереться на закон, творческая роль судебной практики всегда или почти всегда скрывается за видимостью толкования закона. И лишь в исключительных случаях юристы отказываются от этой привычки, а судьи открыто признают наличие у них власти по созданию правовых норм. Они упорно придерживаются позиции постоянного подчинения закону даже тогда, когда законодательство открыто признает, что закон не может предусмотреть все»²⁷⁰.

Теперь мы можем это объяснить необходимостью не только учитывать позицию законодателя по тому или иному вопросу, но и пониманием каждым судьей того факта, что, во-первых, его решение должно соответствовать тем критериям смыслополагания, которые будут формироваться вышестоящими органами судебной власти, входящими в данную судебную систему, во-вторых, пониманием того, что судебные процедуры, обеспечивающие пересмотр судебных решений нижестоящих судов, входящие в понятие судебно-

²⁷⁰ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999 С. 97.

го процесса, образуют механизм, обеспечивающий баланс между единством смыслополагания и уникальностью решения. Следовательно, каждый судья нижестоящих судов неизбежно ограничен теми критериями и той судебной практикой, которые вырабатываются выше стоящими судами.

Именно поэтому, проводя сравнительный анализ судебных систем, как романо-германских, так и англо-саксонских, Р. Давид отмечает, что «судебную организацию, как правило, венчает Верховный суд. И если в теории его задачей является обеспечение точного применения закона, то на деле он зачастую обеспечивает единство судебной практики. Существование Верховного суда может практически оказаться скорее угрозой верховенству закона, чем его гарантией... Верховный суд, наделенный большим авторитетом и призванный рассматривать вопросы под более широким углом зрения [в нашей интерпретации – формировать критерии смыслополагания – авт.], неизбежно подвергается искушению стать властью, дополняющей законодателя»²⁷¹.

Аналогично обстоит дело в англо-саксонской правовой системе Н. А. Колоколов указывает, что в связи с принятием 1891 году закона «Об окружных судах» (закон Эвартса) который ввел окружные апелляционные суды и дал Верховному суду США право отказываться от рассмотрения апелляций Верховный суд США превратился «...из суда для исправления текущих ошибок в суд, предназначенный для разработки правовой политики управления другими федеральными судами и судами штатов в сфере применения федерального законодательства»²⁷².

Если рассматривать формы судебной практики в романо-германской, англо-саксонской системах, то мы видим, что, несмотря на их различия (обзоры судебных практик, аналоги постановлений пленумов Верховного суда Российской Федерации для романо-германской системы и прецедентные решения – аналоги постановлений Президиумов пленумов Верховного Суда Российской Федерации) их общая логика остается единой – обеспечение специфики учета

²⁷¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 103.

²⁷² Колоколов Н. А. Указ. соч. С. 212.

интересов – с одной стороны и единство с общей логикой законодателя, единство в определении государственной воли и интересов – с другой.

Однако мы полагаем, что эти функции не являются исчерпывающими. Если судебный процесс рассматривать с точки зрения процесса формирования акта государственной власти, и с точки зрения легитимации государственной воли, выраженной в судебной норме, то становится очевидным, что его значение, точно такое же, как значение соблюдения законотворческой процедуры законодателем. Два совершенно различных процесса: правосудия и законотворчества объединяет одно – утрата легитимности актов государственной власти при нарушении процедуры их принятия.

Традиционно основными причинами отмены и изменения судебных решений остаются либо нарушение норм процесса, в том числе неправильное определение обстоятельств, имеющих значение для дела; недоказанность установленных обстоятельств, обстоятельством дела; несоответствие выводов, изложенных в судебном акте, обстоятельством дела; нарушение права на защиту, или иные нарушения последовательности судебных действий. Каждое из этих нарушений влечет за собой дефектность судебно-правовой нормы не только в юридическом смысле, но и в социальном, поскольку подрывает авторитет государственной власти, как в сакральном ее восприятии, так и рациональном.

Объективность существования первого и второго механизма объясняется их взаимной обусловленностью. Первый механизм основан на том, что нормативные критерии органам судебной власти задаются извне, оставляя свободу толкования лишь того, что относится к компетенции судебной власти. Процесс как правовая форма всегда объективирован в законе, а значит, он всегда является результатом согласования воли и интересов элементов политической системы государства относительно вопроса о том, как должно осуществляться правоприменение и соблюдение единства правовой формы государственной власти. А это значит, что фактическим центром, относительно мнения которого реализуется процесс правоприменения в условиях спора о факте или о праве являются органы, объективирующие государственную волю для общих случаев и решающих задачу макросоциальной регуляции.

Таким образом, механизм процесса судебной процедуры оказывается, по сути, государственно-правовым механизмом, позволяющим диалектически объединить разновекторность, обуславливающую политическое существование судебной власти и судебной системы.

Третий механизм, позволяющий объяснить объективность существования судебной власти как власти политической – это механизм различия в деятельности органов и должностных лиц системы органов власти. В самом общем виде он сводится к тому, что любая власть для поддержания самой себя должна выполнять две функции: функцию реализации и функцию поддержания ситуации власти. «Такое разделение, – подчеркивал А. Васильев, – имеет очень важное значение для понимания государственной власти, поскольку оно дает возможность все органы государства разделить на властные и властвующие и на этой основе определить их реальную роль в жизни общества, характер и способы взаимодействия, что, безусловно, оказывает большое влияние на эффективность деятельности государственной власти в целом»²⁷³.

Деятельность тех органов государственной власти, которые могут быть отнесены к властным органам, основана на том, что они самостоятельно определяют внутренние стимулы, интересы, эмоции, заставляющие участников власти действовать. В этой связи, будучи участниками политического процесса, они самостоятельны в политическом смысле.

«Властвующий, – отмечал И. Ильин, – должен не только хотеть и решать, но и других систематически приводить к согласному хотению и решению. Властвовать – значит, как бы налагать свою волю на волю других; однако с тем, чтобы это наложение добровольно принималось теми, кто подчиняется. Властвование есть тонкий, художественно слагающийся процесс общения более могучей воли с более слабой волей. Этот процесс создает незримую и неведомую атмосферу тяготения периферии к центру, многих разрозненных волей к единой, организованной, ведущей воле. Создание такой атмосферы есть дело особого искусства, требующего не только ин-

²⁷³ Васильев А. Власть и властвование // Политология. 2002. № 6 (20).

тенсивности волевого бытия, но и душевно-духовной прозорливости, подлинного восприятия бессознательной жизни других и умения ее воспитывать. Властвующий должен сделать из своей воли, во-первых, силу, предметно одержимую государственною целью, и, во-вторых, действительный и единый волевой фокус народной жизни»²⁷⁴.

Становясь не исполнителем, а элементом государственно-публичной власти, судебная власть обретает самые общие компоненты структуры общения в рамках государственно-публичной власти 1) агентов; 2) ценности; 3) способы (инструментально-институционные) и 4) ресурсы.

Именно взаимодействие между ними позволяет судебной власти реализовывать всю палитру отношений: «господство», «подчинение», «воля», «сила», «контроль», «распределение», «руководство», «лидерство», «управление», «давление», «властвование», «влияние», «авторитет», «насилие».

Ангитезой властвующим являются властные. Властные связаны с властью организационно. Они выполняют функцию социальных институтов, которые, исходя из сознательно поставленных властвующими целей, должны активно воздействовать на общественные отношения. Властные – функционально обеспечивают необходимые и достаточные условия для существования прямой власти, тем самым составляют «косвенную власть» со специфическим функциональным инструментарием. Они необходимы, поскольку прямая власть (*potestas directa*) всегда – даже в самых тиранических режимах – имеет ряд юридических, силовых, этических, экономических или иных ограничений. Возможность властных – обладать косвенной властью, быть функцией социальных организаций. Это потенциально позволяет осуществлять властные функции, но для них выход к политической власти, затруднен или закрыт. Субъектом их власти становится общество и его институты, но никогда – властвующие.

Таким образом, политический статус судебной власти детерминируется не только сущностными и институциональными характеристиками: моноцентричностью, всеобщностью, верховенством над другими видами власти, легальностью, публичным характером, возможностью участия в политическом процессе, но и признанием того, что судебная власть может быть:

²⁷⁴ *Ильин И. А.* *Общее учение о праве.* М., 1994. С. 294.

а) властью, самостоятельной в политическом смысле, а институты судебной власти – властвующими, самостоятельно, автономно и в пределах своей компетенции участвующими в разрешении вопросов, связанных с политикой и идеологией, которые являются следствием ее влияния. В этом случае судебная власть не подстраивается и не следует за предложенным политическим проектом, а своим существованием формирует его;

б) властью, действия и решения которой определяются извне. Идея самостоятельности и независимости функционирования судебной власти, в отрыве от политической самостоятельности и независимости, позволяет разрешать противоречия между двумя разновекторными направлениями путем уточнения содержания судебновластных отношений, возникающих между органами судебной власти и органами законодательной и исполнительной власти, а также между элементами политической системы государства в рамках заданной фактическими центрами политической силы иерархии. При этом конституционная модель самостоятельности судебной власти и фактическая самостоятельность судов совпадает лишь до той степени, до которой совпадают интересы в определении правового должного судами и политическими силами, представляющими реальную политическую власть. Как только эти интересы расходятся, фактическая политическая самостоятельность судебных органов утрачивается в связи с, во-первых, их подчиненным положением, во-вторых, в связи с фактическим доминированием несудебной воли элементов политической системы государства.

В этом случае судебная власть, оставаясь политической властью, как властью, отражающей в своих актах государственную волю и государственный интерес, утрачивает качество самостоятельности, и ее политический статус задается внешними по отношению к ней политическими органами. Так, например, суд в условиях советского политического режима безоговорочно рассматривался как один из инструментов диктатуры пролетариата, позже – общенародного государства, но всегда – как проводник монопольной политики Коммунистической партии.

Соответственно, отечественная наука рассматривала судебную власть не с точки зрения политико-правового статуса ее органов, а только с позиций определения правового статуса государст-

венных судебных органов и должностных лиц, позволяющего реализовать цели и задачи, сформированные внешними по отношению к ним политическими органами. Таковую логику можно назвать функциональной, поскольку судебная власть рассматривается в рамках заданного института, в который включаются система судов, распределение компетенции между ними, правовой статус судей, сущность правосудия.

При понимании судебной власти как властной политическая независимость судебной власти рассматривается в рамках институционально-функционального подхода, как одна из системообразующих подсистем административно-властной управленческой среды, формирующей направление общественного развития и включающей все формы и органы судебно-правового государственного управления обществом.

Проект власти, при котором возникает некоторый политический центр, понижающий судебную власть до уровня властных акторов, то есть до уровня исполнителей функций власти, не может претендовать на статус политического проекта, поскольку лишает судебную власть самого важного – возможности участия в политическом процессе и разработке его идеологии.

Аналогичным образом выделял два типа власти Г. В. Мальцев в работе «Право и политика в контексте теории власти»: «При этом первая [властвующая – *авт.*] рассматривается как первичная и базовая. Она определяется внутренними стимулами, интересами, эмоциями, заставляющими участников власти действовать. Второй тип власти [властные – *авт.*] представляет собой функцию социальных организаций, которые, исходя из сознательно поставленных целей, рационально сконструированных программ, должны активно воздействовать на общественные отношения»²⁷⁵.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что отличие судебной власти в содержании, основаниях возникновения и способах учета интересов от иных форм государственной власти неизбежно приводит к отличиям в направленности власти, и в целях системы судебных органов, что в государственно-организованном обществе

²⁷⁵ Мальцев Г. В. Право и политика в контексте теории власти // Право и политика современной России. М., 1996. С. 20.

превращает судебную власть – во власть политическую, а систему судебных органов в элемент политической системы государства.

Основания политической объективации судебной власти связаны с тем, что:

- власть и право, взятые в их единстве, образуют условие существования государственной власти в государственно организованном обществе. Субъектом власти, в этом случае, является лицо, полномочия которого позволяют легально осуществлять процедуру определения запрещенного и дозволенного в праве как в формуле власти;

- диалектика права предполагает его существование как в случае нормирования (регуляции) повторяющихся явлений, так и в случае индивидуального правоприменения. Определяя право в случае индивидуального правоприменения, судья становится носителем государственной власти в той мере, в какой в данном обществе власть выражена в праве. Таким образом, судебная власть оказывается политической настолько, насколько право отражает консенсус интересов политических агентов данного общества;

- субъектом власти в случае индивидуального правоприменения при споре о праве или о факте становится судья;

- обязанность трактовки государственной воли в ситуации индивидуального правоприменения обуславливает существование судебной власти в не зависимости от типа политической структуры, поскольку последняя определяет, как правило, свой интерес применительно к повторяющимся случаям, и только в случае, когда индивидуальное правоприменение затрагивает какие-либо важные интересы какого-либо политического агента он стремится к влиянию на судебную власть, и если это влияние осуществляется, если источником воли оказывается не суд а политический агент, то только в этом случае судебная власть как вид государственной власти, отражающей обобщенный интерес, трансформируется в судебную функцию как функцию трансляции чужой воли.

Содержание политической объективации зависит от характеристик механизмов, используемых органами политической власти государства, для разрешения противоречий, обуславливающих политическую плоскость бытия судебной власти и для обеспечения деятельности институтов судебной власти как институтов макросоциального регулирования.

Этих механизмов три. Первый механизм основан на существовании организационных и кадровых зависимостей судебных органов по отношению к органам, объективирующим государственную волю и государственный интерес в случае правового нормирования общества в целом. Второй механизм – это процесс, порядок рассмотрения дел. Как правило, процессуальное право понимается как часть норм правовой системы, регулирующей отношения по соблюдению процессуальной формы, требуемой для реализации и защиты материального права²⁷⁶.

Процессуальное право неразрывно связано с материальным правом, так как закрепляет процессуальные формы, необходимые для его осуществления и защиты. Процессуальное право, применяемое для рассмотрения дел в судах, определяет порядок осуществления правосудия, которое так же направленно на охрану прав и законных интересов лиц и государства, однако отличается специфическим предметом и методом правового регулирования, а также системой источников, представляющих собой внешние формы выражения процессуально-правовых норм. Третий механизм, позволяющий объяснить объективность существования судебной власти, как власти политической – это механизм различия в деятельности органов и должностных лиц системы органов власти. В самом общем виде он сводится к тому, что любая власть для поддержания самой себя должна выполнять две функции: функцию реализации и функцию поддержания ситуации власти.

§ 2. Особенности судебной власти в разных системах общественного регулирования

Принципиальным моментом исследования судебной власти, подробно рассмотренным и обоснованным в предыдущем параграфе, является утверждение о том, что судебная власть существует как элемент политической системы вне зависимости от ее типологических характеристик. Судебная власть, во всяком случае, является властью политической постольку, поскольку право есть объ-

²⁷⁶ *Новицкая В. В., Новицкий В. А.* Процессуальное право. Ставрополь, 2006. С. 26.

ективированная формула власти, а суть судебной власти – объективация права для частного случая правоприменения. Такой подход рассматривает право как формализацию интересов групп политического давления и их институциональных образований, а власть, в том числе судебную, как реализацию интересов этих групп. В этой связи включенность судебной власти в число участников политического процесса означает, что судебную власть нельзя рассматривать в отрыве от общих процессов социальной регуляции.

Современная теория государства и права не дает единого ответа на вопрос о том, что лежит в основании процессов социальной регуляции. Различные теоретические конструкции, описывающие генезис общественного развития, связывают основания социальной регуляции с различными факторами.

Теологическая доктрина (А. Августин, Ф. Аквинский) связывает основание социальной регуляции с духовным постижением божественной истины.

Патриархальная и патримониальная (Аристотель, Фильмер, А. Галлер) связывают основание социальной регуляции с развитием семейно-имущественных отношений, связанных с землей и трудом как доминирующих факторов производства.

Договорная теория и теория насилия (Б. Спиноза, Т. Гоббс, Д. Локк, Ж. Ж. Руссо, П. Гольбах, Е. Дюринг, Л. Гумплович, К. Кауцкий) связывают основание социальной регуляции с понятием «помощь». В этом смысле с ними пересекается социальная культурология общественного развития Н. Лумана, который связывает понятие помощи со структурами взаимных ожиданий, которыми она определяется и регулируется. Он исходит из того, что только ожидаемое действие может быть элементом социального взаимодействия, быть в нем понятным и вызывать соответствующую реакцию.

Психологическая теория (Ф. Ницше, Д. Тард, Л. И. Петрожицкий) связывает основание социальной регуляции с развитием психических состояний, способности к политической рефлексии и воли к власти.

Доктрина марксизма связывает основание социальной регуляции с развитием производительных сил и производственных отношений и указывает на зависимость развития надстроечных институтов от развития экономического базиса.

Цивилизационная теория (О. Шпенглер, А. Тойнби) определяет генезис общественного развития не только в зависимости от экономического базиса, но и от уровня культурного развития и доминирующего типа культуры (сакральная – рациональная).

Однако, несмотря на различное объяснение оснований социальной регуляции, все эти теории объединяет одно: основания социальной регуляции определяются степенью и характером институционализации общества, то есть числом возникающих в нем институтов, легкостью их образования, безотносительно к тому, относительно чего формируется тот или иной институт: относительно ли церкви или относительно экономического базиса. Характер институционализации общества свидетельствует об уровне развития и типе общества, его политической системе и ассоциативной жизни.

С этой точки зрения становится очевидным, что современное демократическое государство существенно отличается от архаических и авторитарных, особенно тоталитарных государств, политическая и общественная структура которых сводится к минимуму формализованных и официальных институтов²⁷⁷.

Теоретики права отмечают связь между уровнем развития социальных институтов и функциями государственного механизма. Это объясняется, прежде всего, тем, что институт всегда и во всех случаях выражает какой-либо интерес и влияет, тем самым на государственную волю, в следствии чего последняя утрачивает свой абсолютный характер. Воля как акт индивидуального и свободного духа превращается в акт коллективного компромисса свободного настолько, насколько свободна дух и воля каждого члена коллектива (каждого института).

Такая теоретическая конструкция отражена не только в теории государства и права, но и в современной социологии и политологии. И если мы находим ее подтверждение в не – юридических науках, в фундаментальных трудах известнейших социологов и политологов, то мы имеем основание считать ее элементом, который может быть положен в основание доказывания зависимости содержания судебной власти и системой макросоциальной регуляции.

²⁷⁷ Политология. Энциклопедический словарь. М., 1993 С. 122.

В современной гуманитаристике, в связи с различным уровнем развития общественных институтов, различают два макроструктурных понимания общества как обобщенного субъекта властного регулирования: холистский и номиналистский.

В холистском и номиналистском восприятии общества различна структура властвующих и властных. Это различие возникает потому, что политический статус субъекта власти детерминируется не столько сущностными характеристиками власти, но возможностью участия в политическом процессе, признанием того, что его власть является властью, самостоятельной в политическом смысле, а институты власти – властвующими, самостоятельно, автономно и в пределах своей компетенции участвующими в разрешении вопросов, связанных с политикой и идеологией, которые являются следствием их влияния. Властвующий не подстраивается и не следует за предложенным проектом власти, а своим существованием формирует его.

Для холистского понимания характерно предположение об обществе как об особой целостности и ее примат по отношению к любым составляющим ее частям. В этой логике общество представляет собой органическую целостность, сложно организованную систему, а власть – ее функциональный элемент. Холизм как способ восприятия общества предполагает приоритет общего над частным, преобладания патерналистских отношений, в которых интерес государства преобладает над интересами личности, а права государства преобладают над правами лиц.

В холистском понимании государственная воля возникает как отражение единого центра политической власти, который существует в единстве, поскольку общественные институты либо отсутствуют, либо не развиты, либо существуют, но не носят политического характера. Механизм власти сводится к тотальному вмешательству. Осмысление общества как единого целого, приоритет общего над частным обуславливает преимущественно директивный характер власти.

С точки зрения содержания судебной власти, с учетом того, что судебная власть всегда отражает интерес государства, это означает, что интерес государства доминирует над частным правовым конфликтом. Принципиально важным является не сам процесс доминирования, со стороны государства он неизбежен в процессе

любого государственного регулирования, а то, что этот интерес имеет определенную и очень точно отчерченную в правовых принципах, структуре права направленность. Эта направленность, и это принципиально важно, не по отношению к данному конфликту, а по отношению к направлению движения всего общества в целом. Это означает, что любой частный конфликт, получая свою объективацию в праве, которое формируется судом в процессе индивидуального правоприменения, неизбежно оказывается связанным не только с понятием права, вытекающего из естественной природы человека, но и связанным с оценкой частного конфликта относительно общего направления движения всего общества, задаваемой ему.

Для номинализма как взгляда на общество характерно представление о том, что никакого единства общества, сакральных, онтологических ценностей самих по себе не существует. Мир рационален. Есть мир материальных вещей, и человеческий рассудок конструирует на основании наблюдений за ними некое представление о мире, как о рациональном объединении разъединенных изначально вещей. Для более эффективной манипуляции с вещами рассудок прибегает к методу абстрагирования, наделяя вещи «именами» – произвольными рассудочными эквивалентами.

В номиналистской парадигме на смену монополии единой верховной и суверенной государственной власти приходят идеи плюрализма, процесса взаимного давления различных социальных групп, делящих власть и влияние. Со становлением в большинстве развитых стран системы демократических институтов меняется и сама идея видения власти. От неделимого властного суверенитета государства к участию во власти всех основных групп и слоев граждан.

В таком обществе складывается не моно, а полицентрическая структура властвования. Равновесие общества покоится на признании автономии личности, гарантировании ему необходимых для свободной конкуренции прав и свобод, товарно-денежном обмене, и, как следствие – признании за властью функций управления только в делегированном ей объеме.

В номиналистском понимании государственная воля формируется как компромисс. Сторонами компромисса являются институты общества, представляющие собой элементы политической структуры государства.

Поэтому в номиналистском понимании власть: а) формальна; б) рациональна. Она определяется как совокупность действий, призванных формировать в обществе идеал порядка через каждое ее проявление, чем гарантировать свободу как основную черту «открытого общества» и содействовать в реализации принципа справедливости.

Важной особенностью номиналистской методологии является признание того факта, что объект властного воздействия, с одной стороны, обладает специфической природой и качественной определенностью и может менять свои правовые позиции и предпочтения, с другой – требует внешнего воздействия, вмешательства, управления. В этой методологии отрицается самостоятельное бытие общества и социальных систем, которые рассматриваются лишь как совокупность индивидуальных действий.

Справедливость понимается как эффективная и рациональная деятельность по восстановлению прав. Она в значительно меньшей степени учитывает вопросы управления обществом, поскольку их как таковых нет. Власть не сакральна. Нет единого центра управления обществом. Каждое действие и есть управление. Из каждого конкретного акта складывается процесс общественного развития в целом. Такая своеобразная анархия порождает некоторый устойчивый порядок, основанный на свойствах человеческой природы. Судебная власть в таком обществе – очень сложный институт рассмотрения индивидуальных правовых споров.

Таким образом, отвечая на вопрос с чем связаны особенности регулятивного воздействия, мы можем дать следующий ответ: особенности регулятивного воздействия связаны с уровнем развития политической системы государства, уровнем институционализации общества, способностями институтов влиять на содержание государственной воли и самостоятельно определять интерес, подлежащий государственному регулированию. Регулятивные характеристики зависят в самом общем виде от уровня развития институтов экономической, политической, духовной и социальной сфер общественной жизни.

Каким образом меняется понимание права в зависимости от уровня институционального развития общества?

Ответ на этот вопрос находится в истории правовых учений. Генезис понимания права коррелирует с генезисом общественного

развития и, в целом, определяется переходом от легистского к юридическому типу понимания права.

Р. С. Байниязов отмечал, что «право – это тот социальный феномен, который «закрыт» если на него смотреть только юридическим взглядом»²⁷⁸.

Если мы рассмотрим периоды нормативистского, кантианского, неокантианского понимания права, то мы увидим, что абсолютизация позитивистского направления, главной идеей которого является идея о том, что право есть абсолютное принуждение, а закон дается «свыше» и он абсолютен (мы не рассматриваем отдельные положения правовых теорий позитивистского направления) совпадает с периодом формирования институтов гражданского общества.

Однако уже в начале XX века возникает перенос акцента с вопроса «что есть право», на вопрос «как право действует»? Отметим, что вся социологическая юриспруденция в целом возникла тогда и только тогда, когда правовые институты эпохи традиционного, классического капитализма перестали соответствовать экономическим и политическим потребностям нарождающейся структуры гражданского общества постиндустриальной эпохи, эпохи, которая в современной политологии определяется как эпоха постмодерна.

Так, например, обобщая вопросы эволюции политических структур и институтов традиционного общества, В. Г. Дугин указывает на то, что человечество вступает в принципиально новую эпоху – в эпоху постмодерна. Постиндустриальное общество, постмодерн существенно влияют на трансформацию структуры и содержания традиционных политических институтов, на механику и логику развертывания и технологию функционирования политических процессов во всей их многомерности. «С одной стороны, – указывает автор, – мы имеем дело с такой модернизацией политики, которая представляет собой продолжение общих тенденций модерна. Открытие ряда государств, бывших до последнего времени замкнутыми, вовлечение в процесс глобализации и ускоренного техно-экономического и социального развития многих стран и народов, сохранивших основные параметры традиционного общества, делает снова акту-

²⁷⁸ Байниязов Р. С. Философия правосознания: постановка проблемы // Правоведение. 2001. № 5. С. 13–14.

альным вычленение содержательных основ того, что рассматривается как процесс модернизации политики. Вместе с тем на первый план выходят и альтернативные тенденции. Все более ясно сторонники сохранения консервативного, традиционного уклада осознают общие параметры политического проекта, противоположного модернизации»²⁷⁹.

Модернизационный процесс подтверждает потребность в переосмыслении парадигмального подхода к пониманию власти, ресистематизации знания о ее сущностных характеристиках, как политического института и правоприменительной технологии с учетом новых данных.

«В эпоху перехода к постмодерну, – указывает А. А. Дегтярев, – политика вступает в принципиально новую фазу: политика из формы принудительного общения и властного регулирования общественных дел превращается в способ эмансипации от власти, ухода от насилия политического модерна и обеспечения свободы выбора личности»²⁸⁰.

Модернизационный процесс отражен в социологической концепции права, в которой общечеловеческие ценности являются идеальным вечным началом, юридическими постулатами цивилизованного общества.

Р. Паунд, Р. Иеринг, Г. Еллинек, Э. Дюркгейм, Л. Дюги, Е. Эрлих, Э. Росс, Ю. Хабермас, Н. Луман, Л. Леви-Брюль, Ж. Гурви, Н. Смелзер, Р. Мертон формируют социологический подход к праву, в основе которого стремление не только выйти за рамки нормативистско-позитивистской трактовки права но и определение его юридических и политических инвариант в качестве имманентных и смыслообразующих структур, отражающих систему социальных интересов институтов гражданского общества.

Так, для Р. Паунда характерно понимание права не как формальной системы норм, а как инструмента упорядочивания обще-

²⁷⁹ Дугин А. Г. Трансформация политических институтов и структур в процессе модернизации традиционных обществ: дис. ... д-ра полит. наук. Ростов н/Д, 2004. С. 3.

²⁸⁰ См.: Дегтярев А. А. Основы политической теории. М., 1998. С. 67.

ственных отношений посредством наиболее гибкого и рационального использования законов и судебных решений. Для Р. Паунда общественные отношения не что иное, как переплетение массы сталкивающихся интересов, а цель права примирить, урегулировать, уравновесить сталкивающиеся и несовпадающие интересы. Отсюда инструментальный подход к праву, противопоставление «право в книгах» и «право в действии»²⁸¹.

Для Р. Иеринга право представляет собой не абстрактную логическую конструкцию, а живую составляющую общественных отношений. Г. Еллинек исходил из убеждения в том, что государственная власть обретает правовой характер тогда, когда народ убежден в правомерности государственной власти и при этом к фактическим отношениям господства присоединяется психологическое признание нормативных отношений.

Согласно Л. Дюги право имеет социальную природу и составляет социальный факт наряду с другими институтами общества. Согласно Е. Эрлиху право фактически уже действует в обществе, возникшая спонтанно и опережая право, исходящее от государства.

Что характерно для этих теорий? Во-первых, попытка преодоления упрощения проблемы права, связанная со стремлением обнаружить первоначало права в не-юридических явлениях; во-вторых, связанная с прямым отождествлением права с актами государственной власти. С.С. Алексеев отмечает, в этой связи, что «при последовательном научном подходе исходная задача при рассмотрении позитивного права заключается в том, чтобы «увидеть» и держать в поле зрения все грани права»²⁸².

О том, каким видится право в структуре правового регулирования обществ с развитой системой политических институтов, великолепно показал М. Ю. Мизулин:

– право – это не все что названо и написано в конституции или законе;

²⁸¹ *Иваненко О. Ф.* Правовая идеология американской буржуазии. Казань, 1966. С. 32–50.

²⁸² *Алексеев С. С.* Право: опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 275.

- право обеспечивает бытие беспорядка в порядке;
- образуется из общественной жизни, поскольку последняя в силу своего совершенного несовершенства не может существовать без права как такового;
- истинное право придает общественным системам устойчивость и стабильность, дисбаланс власти и права приводит к произволу... в виде инквизиционного процесса;
- юридическая защита составляет отличительное свойство права, своим существованием обуславливающее и вызывающее другие характеристические свойства его;
- государство не столько возводит право в нормативность, сколько само нуждается в праве как таковом;
- право надсоциально, является дополнительным условием жизнедеятельности. К праву обращаются тогда, когда исчерпан ресурс социальности²⁸³.

Таким образом, признание собственной антологии права, различение ее с юридической деонтологией, разведение сущего и должного означает понимание сути и содержания права как явления, выражающего требования определенного типа и уровня институционального развития общества.

В. С. Нерсесянц, рассматривая сущность, понятие и ценность права и государства, отмечал, что «для юриспруденции как науки о праве и государстве исходное и определяющее значение имеет лежащий в ее основе тот или иной тип понимания (и понятия) права. Именно тип правопонимания определяет парадигму, принцип и образец (смысловую модель) юридического познания права и государства, собственно научно-правовое содержание, предмет и метод, соответствующей концепции юриспруденции.

В силу сущностного, понятийно-правового единства права и государства рассматриваемые здесь и далее типы правопонимания – это одновременно и типы понимания и трактовки государства. Поэтому все, что в общей теории права и государства и в целом в юриспруденции, включая отраслевые дисциплины, говорится о пра-

²⁸³ Мизулин М. Ю. Философия политики: власть и право. Ярославль, 1997. С. 143.

ве, по своей сути относится и к государству, и все, что говорится о государстве, относится и к праву. Так что везде, где мы для краткости говорим о правопонимании и т. д., подразумевается и соответствующее понимание государства, его толкование и т. д.»²⁸⁴.

Согласно легистскому подходу, под правом имеется в виду продукт государства (его власти, воли, усмотрения, произвола): право – приказ (принудительное установление, правило, норма, акт) официальной (государственной) власти, и только это есть право. Здесь право сводится к принудительно-властным установлениям, к формальным источникам так называемого позитивного права (законам, указам, постановлениям, обычному праву, судебному прецеденту и т. д.), т. е. к закону (в собирательном смысле) – к тому, что официально наделено в данное время и в данном месте законной (властно-принудительной) силой.

Такое легистское отождествление права и закона (позитивного права) является принципом и смыслом так называемого «юридического позитивизма» (и неопозитивизма), который по существу является не юридическим, а именно легистским позитивизмом. Легистское (позитивистское) правопонимание присуще разного рода этатистским, авторитарным, деспотическим, диктаторским, тоталитарным подходам к праву.

Для легизма и в целом «юридического позитивизма», – указывал В. С. Нерсесянц, – весьма характерны пренебрежение правами человека и гражданина, апология власти и гипертрофия ее нормотворческих возможностей. В этом смысле легизм представляет собой нормативное выражение авторитаризма. Пафос и устремления легизма – подчинение всех властно-приказным правилам и установлениям.

Здесь повсюду господствует взгляд на человека как на подчиненный объект власти, а не свободное существо. «...Своим приказом государственная власть порождает право – таково кредо данного типа правопонимания. С этой точки зрения все, что приказывает власть, есть право. Отличие права от произвола тем самым в

²⁸⁴ Нерсесянц В. С. Общая теория государства и права. М., 1999. С. 28.

принципе лишается объективного и содержательного смысла и имеет для приверженцев такого подхода лишь субъективный и формальный характер: явный произвол, санкционируемый определенным субъектом (органом государства) в определенной форме (в форме того или иного акта – закона, указа, рескрипта, постановления, циркуляра и т. д.), признается правом»²⁸⁵.

Для юридического типа правопонимания, напротив, характерна та или иная версия (вариант) различения права и закона (позитивного права). При этом под правом (в той или иной форме) имеется в виду нечто объективное, не зависящее от воли, усмотрения или произвола законоустанавливающей (государственной) власти, т. е. определенное, отличное от других, социальное явление (особый социальный регулятор и т. д.) со своей объективной природой и спецификой, своей сущностью, отличительным принципом и т. д.

В рамках самого юридического (антилегистского) типа правопонимания имеются два разных подхода: 1) естественно-правовой подход, исходящий из признания естественного права, которое противопоставляется праву позитивному (сам термин «позитивное право» возник в средневековой юриспруденции); 2) развиваемый нами (с позиций общей теории правопонимания) либертарно-юридический подход, который исходит из различения права и закона (позитивного права) и под правом (в его различении и соотношении с законом) имеет в виду не естественное право, а бытие и нормативное выражение (конкретизацию) принципа формального равенства (как сущности и отличительного принципа права).

При этом принцип формального равенства трактуется и раскрывается в рамках либертарно-юридического подхода как единство трех основных компонентов правовой формы (права как формы отношений): 1) абстрактно-формальной всеобщности нормы и меры равенства (равной для всех нормы и меры); 2) свободы и 3) справедливости. Как составные моменты принципа формального равенства (а поэтому и компоненты правовой формы отношений) все элементы данного триединства (равная мера, свобо-

²⁸⁵ *Нерсесянц В. С.* Указ. соч С. 34.

да и справедливость) в рамках развиваемого нами формально-юридического правопонимания носят чисто и последовательно формальный характер.

Ведь право как форму отношений не следует смешивать с фактическим содержанием этих отношений. Важно также отметить, что названные элементы не только дополняют, но и предполагают, подразумевают друг друга, ибо являются лишь различными проявлениями (разными аспектами и формами проявления) единого правового начала – принципа формального равенства (а вместе с тем – и правовой формы отношений).

Каким образом модель правопонимания влияет на содержание судебной власти? Рассматривая вопрос о сущности права как об определяющем понятии судебной власти, мы отмечали, что возможность его использования в концептуальном анализе судебной власти связана с тем, что в зависимости от уровня развития общества, характеристик архитектоники политической системы государства меняется лишь правопонимание, но не сущность права, его цель и задачи. Однако практическое использование права как основания для властно-регулятивного воздействия зависит от типа правопонимания, поскольку в каждом акте судебной власти, которым по существу оканчивается рассмотрение спора, судебный орган, по сути, указывает на государственную волю, понимаемую как совокупную волю политических агентов (как общества, так и отдельных лиц и центров политического влияния).

В этой связи ключевым вопросом является вопрос о правовой доктрине, поскольку она содержит, во-первых, юридические принципы правопонимания, характерные для данной политической системы государства, во-вторых, указывает на способы рационального решения проблемы определения правового и не-правового, то есть, правовая доктрина является методическим основанием и для принятия правового решения. «Доктрина создает словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель. Важна роль доктрины в установлении тех методов, с помощью которых открывают право и толкуют законы. Добавим к этому влияние, которое доктрина может оказывать на самого законодателя; последний часто лишь вы-

ражает те тенденции, которые установились в доктрине, и воспринимает подготовленные ею предложения»²⁸⁶.

Ключевое различие между доктринами, характерными для обществ холистского типа, обществ, в которых общество воспринимается как единый объект управления, а правопонимание основано на легизме и доктринами, характерными для номинализма, юридического типа правопонимания, заключается в том, что в первом случае право служит интересам успешного развития всего общества в целом, а во втором – частным интересом. В этой связи меняется структура учитываемых интересов.

Таким образом, ответ на поставленный вопрос заключается в том, какое количество политических агентов подразумевает юридический и легистский тип правопонимания, если под политическими агентами понимать субъекты, которые способны в праве как формуле власти определять цели и проекты развития общества, вопросы легитимации власти, вопросы насилия, коллективной самоидентификации, то есть те вопросы, которые составляют действительную политику в обществе.

Рассмотрев связь между уровнем развития и институализации общества, порядком объективации государственного интереса, политической архитектурой, характерной для различных типов понимания общества как объекта макросоциальной регуляции, типом правопонимания мы установили, что с сущностной точки зрения легистский и юридический тип правопонимания отражают две модели объективации интереса. Для легистского типа, который, как мы установили, соответствует холистскому типу восприятия общества как объекта макросоциальной регуляции характерно наличие доминирующего интереса. Этот интерес возникает объективно и имеет один источник, поскольку общество есть управляемый объект.

Если судебную власть рассматривать как власть, уполномоченную на определение должного «в праве частного случая», то очевидно, что это должное опирается на интерес таким, каким он

²⁸⁶ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 106.

определен источником власти. Иными словами, защищаемые права рассматриваются не с точки зрения их равенства, а с точки зрения того, как они выглядят по отношению к доминирующему интересу.

Конкретные формы могут быть различны: это может быть определение права с точки зрения полезности того или иного члена общества. Это может быть определение объема права с точки зрения безопасности субъекта, определяющего доминирующую волю. Это может быть определение объема прав в зависимости от идеологии и так далее.

Ключевым элементом в такой конструкции является отсутствие понимания права, как равной меры, единого масштаба.

Это, конечно, не исключает возможности приблизительно одинаковых судебных норм при сходных условиях правового конфликта. Но эта одинаковость будет прекращена в тот момент, когда субъект правового конфликта окажется каким-либо образом связанным с доминирующим интересом. Судебная власть не утратит в этом случае своей политической сущности, но она будет другой и будет иметь другой вектор направленности, чем в ситуации юридического правоупонимания и номиналистского восприятия общества.

Ее политический статус – это статус властвующего. Она выполняет функцию политического института, который, исходя из сознательно поставленных вне его целей, должен активно воздействовать на общественные отношения. Судебная власть необходима, поскольку прямая политическая власть (*potestas directa*) всегда – даже в самых тиранических режимах – имеет ряд юридических или иных ограничений. Субъектом судебной власти становится общество и его институты, но никогда представители реальной политической власти. Отсюда следует, что в функции судебной власти не будет входить нормоконтроль, понимаемый как контроль формул политической власти, выраженных в праве и объективирующий доминирующий политический интерес, который является, по сути, уже государственным интересом.

Иллюстрацией этого тезиса является знаменитое дело московских валютчиков, в отношении которых был вынесен приговор, назначивший высшую меру наказания по законодательству, вступившему в силу после того, как лица уже были осуждены к различным

срокам лишения свободы по уголовному законодательству, действовавшему в момент совершения ими преступления по тем же самым основаниям.

Юридический тип правопонимания предполагает не только восприятие права как равной меры, масштаба, но и позволяет охарактеризовать, во-первых, понимание общества как объекта макросоциальной регуляции в номиналистской парадигме, во-вторых, охарактеризовать архитектуру политической системы государства как полицентричную, а число политических агентов как множественные. В этой связи доминирующая государственная воля зависит не от единого центра власти, а от множественных центров, и единственным справедливым ее применением является принцип равенства возможностей каждого центра политической власти по отношению к другому. Нарушение этого принципа есть дисбаланс власти и права.

В этой связи судебная власть просто не имеет других возможностей обеспечения доминирующего полицентричного интереса, кроме обеспечения единой меры и масштаба при определении того, что есть правовое должное. На практике это означает, что единая правосубъектность есть прямое следствие полицентричности политической архитектуры.

Однако необходимость равной меры при судебно-правовом регулировании обозначает не что иное как конфликт интересов судебной власти с каждым из элементов политической системы государства. Поскольку этот конфликт своей оборотной стороной сохраняет баланс между властью и правом он, во-первых, имманентен всей системе власти и определяется в теории государства и права как «система сдержек и противовесов», во-вторых, он перманентен, то есть является движущей силой саморазвития политических институтов.

Тем самым судебная власть оказывается включенной в число тех политических агентов, которые способны в праве как формуле власти определять цели и проекты развития общества, вопросы легитимации власти, вопросы насилия, коллективной самоидентификации, то есть те вопросы, которые составляют действительную политику в обществе.

Ее отличие в том, что она, во-первых, участвует в определении указанных выше вопросов напрямую – в случае «определение права частного случая», косвенно – путем влияния на политические институты и общество в целом; во-вторых, она всегда и во всех случаях учитывает, каким образом произведена объективация государственной воли и государственного интереса законодателем как формальным выразителем совокупности воли элементов политической системы государства.

Таким образом, судебная власть оказывается содержательно зависимой от трех факторов: правопонимания, определяемого правовой доктриной, которая есть ни что иное, как методологическое основание принятия правового решения; степени, характера и уровня развития институтов, выражающих общественный интерес; архитектоники политической системы государства.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В настоящей работе нами сделана попытка концептуального анализа судебной власти в трех стадиях ее существования: как понятия, как правовой технологии и как института государственно-организованного общества.

Содержание работы и ее название понятийно и методологически обусловлено: во-первых, включенностью объекта исследования в предметное поле теории государства и права, позволяющем развить теорию государства и права взаимосвязанным с ней понятием; во-вторых, единством метода теории государства и права в построении теоретико-правовых моделей, описывающих социально-правовые явления; в-третьих, единством исходных теоретико-правовых принципов и допущений, использованных при создании понятия судебной власти как теоретико-правовой модели существенных связей, определяющих социально-правовой базис судебной власти; в-четвертых, результатом конкретизации понятия «судебная власть», дополняющим знание о взаимных связях системы понятий теории государства и права; в-пятых, единством идеализированного объекта теории государства и права – государственной властью, в различных стадиях ее теоретико-правовой бытийности.

С понятийной стороны теоретико-правовое содержание понятия «судебная власть» возникло:

во-первых, как результат теоретико-правового конструирования, как переход от обобщения опытных данных о технологиях и институциональной форме бытия таких социально-правовых явлений, как право, власть, интерес в праве, государственная воля, выбранных нами в качестве определяющих судебную власть понятий на основе анализа исходного эмпирического базиса и исходной теоретической основы, а также в связи с логикой теории государства и права;

во-вторых, через анализ промежуточных форм теоретизации судебной власти и анализ многоуровневых, конкретизированных и внутренне дифференцированных ее определений, отражающих различные и самостоятельные теоретико-правовые проявления судебной власти как социально-правового явления.

С методологической стороны теоретико-правовое содержание понятия «судебная власть» возникло:

во-первых, как элемент предметного поля теории государства и права, поскольку теоретико-понятийный анализ судебной власти дополняет знание об одной из форм государственной власти;

во-вторых, как развитие теоретической модели идеализированного объекта теории государства и права – государственной власти с помощью теоретико-правовых допущений и идеализаций, позволивших концептуализировать судебную власть;

в-третьих, в связи с составлением исходной схемы понятия «судебная власть», позволяющем в процессе своего развертывания дополнить теоретико-правовое знание о процессах властного воздействия, протекающих в правовых формах.

Судебная власть – это общественное отношение, асимметричное по структуре и причинно-следственное по качеству, в котором различие в правовом статусе его участников (наделение субъекта власти правом воздействовать, а объекта – обязанностью подчиниться) обусловлено интересом общества в поддержании правового и социального порядка.

Реализуя этот интерес, государство как политическая организация общества наделяет носителя судебной власти (судью) исключительным правом и обязанностью определять действительную государственную волю в случае, когда государственная воля, какой ее выразил в норме законодатель, приходит в процессе индивидуального правоприменения в противоречие самой себе из-за наличия таких юридически значимых фактов и обстоятельств, которые не могли быть предусмотрены законодателем и вызывают у субъектов реализации права спор.

Возможность и обязанность самостоятельно, от имени государства определить действительную государственную волю, выразить ее в специальной относительно спора и обязательной для участников отношения и органов исполнительной власти норме, определяет государственный характер судебной власти, ее специалитет и место в системе государственной власти. Вместе с тем эта возможность образует уникальный властный ресурс судьи, его место в системе органов государственной власти.

В процессе работы нами было выявлено, что, с одной стороны, в российской теории государства и права существует достаточная база первичных теоретических конструкций: описаний, типологий и объяснительных теоретических схем судебной власти. С другой стороны, в советский период развития теории государства и права, как науки, и в постсоветский период ее развития были глубоко разработаны важнейшие теоретические основы, необходимые для исследования судебной власти, а именно: теория права, теория государства, теория правоотношения, теория правоприменения, вопросы судебного усмотрения, теория субъективных прав, вопросы судебной оценки доказательств соотношение понятий законности и справедливости и другие.

Вместе с тем анализ имеющихся работ в области исследования судебной власти обнаруживает процесс приоритетных исследований явлений судебной власти в отсутствие теоретико-правового понятия судебной власти. Значительная часть исследований не рассматривают судебную власть в ее чистом, концептуальном виде. Анализ судебной власти сосредотачивается, в основном, на анализе ее проявлений во взаимодействии с каким-либо правовыми, политическими или социальными процессами.

Теоретико-методологический анализ подходов, применяющихся в исследовании судебной власти показал, что, не смотря на то, что отдельные авторы исследуют непосредственно теоретико-правовое содержание понятия «судебная власть», в целом, в российской теории государства и права создан концепт явлений судебной власти в отсутствие, собственно, теоретико-правового понятия «судебная власть».

С содержательной стороны имеющийся концепт судебной власти дает общее понимание того, что: 1) судебная власть – вид государственной власти, реализуемый специальным органом и в специальной форме; 2) последствиями применения этого вида государственной власти является изменение соотношения субъективных прав и обязанностей у указанных судом (судьей) лиц; возникновение обязанностей у указанных законом или судом (судьей) органов исполнительной власти и лиц принудительно обеспечить данное требование суда; 3) юридической формой властного воздействия является судебный акт, содержащий индивидуально-определенную нор-

му, установленное судом (судьей) и обязательное для субъекта (субъектов) правило должного поведения; 4) смысл и назначение индивидуально-определенной нормы, содержащейся в судебном акте – наиболее справедливое по отношению к данному субъекту применение права; 5) возможность вынести судебный акт связана с компетенцией судебных органов.

В имеющемся концепте явлений судебной власти содержится теоретическая неопределенность относительно ряда теоретически-значимых моментов: что лежит в основе отношений власти судьи, чем, кроме специального субъекта и специальной формы, судебная власть отличается от других видов государственной власти, каков механизм акта судебной власти и чем от отличается от механизма актов исполнительной или законодательной власти, не раскрывается вопрос о существовании судебной власти вне ее непосредственно наблюдаемой реализации и ряд других.

С логико-понятийной стороны концепт явлений отражает существенные связи, обуславливающие возникновение и существование явлений судебной власти вне их теоретико-правового содержания.

В этой связи нами применен метод концептуализации понятия «судебная власть». С методологической точки зрения применение концептуального анализа разрешает две группы проблем. Во-первых, как значение соотносится с термином и, во-вторых, как значение соотносится с объектом. Логика концептуального анализа основана: а) на определении круга теоретико-правовых понятий, которые могут стать определяющими понятиями судебной власти; б) схематизации определяющих понятий таким образом, чтобы определяющие теоретико-правовые понятия содержали лишь существенные теоретико-правовые связи. Применение концептуального анализа позволяет снизить множественность смыслообразования определяющих теоретико-правовых понятий и упростить их содержание до такой степени, когда из множества системных характеристик остались только те, которые непосредственно определяли их сущность как определяющих понятий судебной власти.

В связи с применением метода концептуального анализа судебная власть рассматривается (как теоретико-правовое понятие) – с диалектико-идеалистической точки зрения, то есть концептуально, вне какой бы то ни было предметно-практической, историко-полити-

ческой, фактологической конкретики содержания. А методом ее познания становится метод диалектики, который позволяет связывать бытие судебной власти в качестве теоретико-правового понятия с рефлексией, то есть с моментом, когда мышление выявляет свое тождество с бытием, то есть с развитием мышления. Диалектический метод познания определяет, что теоретико-правовая истинность понятия «судебная власть» возникает только в связи с суждением, когда понятие соотносится с явлениями (манifestациями, проявлениями) которые, как следует из опыта – вещественны и осязаемы постольку, поскольку наполнены правовым содержанием и реализуются в дозволениях, запретах и предписаниях, которые влекут либо совершение действий, либо воздержание от них.

Это, в свою очередь, обусловило, во-первых, необходимость применения единого диалектического метода, который определяет понятие как всецело имманентную своим дальнейшим определениям наличную и сохраняющуюся на всех последующих этапах развития фактическую основу, которая приобретает характер суждения через категории качества, количества, меры. Во-вторых, использование этого же метода при: а) определении круга определяющих понятий и б) при их анализе. Такое требование возникло в связи с тем, что только единство в логике и методе познания обеспечивает единство в понимании сущности.

Поскольку диалектический материализм историчен, а история в своем развитии диалектична, постольку определение круга теоретико-правовых понятий, определяющих теоретико-правовое содержание судебной власти, методологически опиралось на анализ исторического обособления судебных функций в самостоятельный вид деятельности в связи с существованием таких социально-правовых явлений, как государство, право, интерес, государственная воля, власть. В связи с тем, что эти социально-правовые и государственно-правовые явления описаны в теории государства и права, они обретают понятийное теоретико-правовое содержание, а значит, использование этих теоретико-правовых понятий удовлетворяет логико-семантическим условиям построения эксплицитного равнообъемного теоретико-правового определения судебной власти как конечного условия теоретико-правового определения понятия «судебная власть».

Анализ определяющих понятий позволил определить их существенно значимые закономерности их теоретико-правового существования.

Во-первых, неизменность генезиса права: предмета должного (справедливого) в праве; роли и значения права; цели права. Право, во-первых, связано с понятием должного как понятием, связанным с понятием справедливости; во-вторых, право определяется как одна из форм реализации интереса в государственно-организованном обществе; в-третьих, право определяется как легитимная формула власти.

Во-вторых, диалектику права, которая позволяет ему существовать и как теоретико-правовому понятию, обуславливающему нормирование жизни общества, так и понятию, являющемуся основанием к правоприменению, и как понятию, легитимирующему властное воздействие. В государственно-организованном обществе право, опосредуя законный интерес, выступает, как норма, как формула власти и как институт.

Необходимость сочетания, во-первых, разновекторных интересов: а) к энтропии и б) к развитию, во-вторых, разноуровневых а) частных, б) институциональных, в) государственных, определяют закономерность существования государственной воли, которая выступает как уже оформленная в политическом процессе и готовая к практическому регулированию общественной жизни система интересов, которая легитимно отражает путем определения нормативных правил общественного бытия и определения оснований правоприменения совокупность интересов лиц, политических систем, самого государства и которая реализуется путем законодательной, оперативно-исполнительной деятельности и правосудия.

В этой связи законотворческая, оперативно-исполнительная деятельности и правосудие являются исключительно прерогативой государственной власти. Однако в этой связи государство в каждом случае нарушения права, как бы оно формально ни было выражено, нарушение права или нарушение закона, безразлично, имеет собственную систему интересов по отношению к нарушению.

Власть и право легитимно связаны через теоретико-правовое понятие правоприменения, которое определяется как вид государственно-властной деятельности. Власть как социально-правовое

явление существует так же как и право на трех уровнях: на микроуровне власть – это асимметричное причинно-следственное отношение (каузация), на макроуровне власть – это технология принуждения и давления, господства и подчинения, контроля и влияния, возникающая в связи с тем, что каждому субъекту властного отношения задано то или иное место в связи с их социальным статусом и социальной ролью. Наконец, на мегауровне власть выполняет роль института, конкретные функции которого определяются системой теории власти. Принципиальный момент власти – возможность выбора.

В случае, когда право конструируется как регулятор общих случаев, повторяющихся моделей социального поведения, источником государственной власти является законодатель, поскольку он объективирует в праве государственную волю по отношению к случаю нормирования закономерностей социальной жизни. Закладывая в норму закономерность, законодатель, тем самым, создает граничное условие легитимной деятельности исполняющих закон органов государственной власти: требование о полном совпадении модели (нормы) с описанием регулируемого общественного отношения. Для органов исполнительной власти, требование легитимности – это требование точного соблюдения закона. Однако как только возникают споры о юридически значимых признаках (споры о факте), споры о соответствии нормы рассматриваемому общественному отношению (споры о праве), схема правоприменения начинает требовать их разрешения. Из абсолютно-определенной схемы правоприменения она становится абсолютно-неопределенной, в которой возникает стадия рассмотрения спора о праве или о факте.

Выразителем государственной воли в ситуации, когда позиция законодателя, выражающего государственную волю в общем случае противоречит самой государственной воле, какой она понимается в частном случае, как субъектом, так и объектом права, является суд. Государственная власть в процессе судебного правоприменения возникает у судебных органов в силу того, что, они – единственный вид государственных органов, у которых возникает обязанность трактовать государственную волю в том случае, когда нормативная трактовка, предложенная законодателем для общего случая и выраженная в норме закона, вступает в противоречие с нор-

мативной трактовкой государственной воли в процессе индивидуального регулирования.

Неопределенность, возникающая в процессе спора о праве или о факте, устраняется посредством судебного усмотрения, которое: а) обосновывая выбор нормы, делает схему правоприменения определенной относительно спорного общественного отношения; б) обосновывая выбор нормы, модифицирует общее правило применения нормы в случае, если она не является наиболее специальной из всех изначально возможных к применению, но в то же время становится наиболее специальной для регулируемого отношения, поскольку наиболее точно соответствует выводам, полученным из спора о праве или о факте. Судебное усмотрение есть ключевой элемент, позволяющий судить о судебных отношениях как о судебно-властных отношениях.

Роль суда в разрешении правового конфликта, по сути, сводится к созданию индивидуально-определенной судебной нормы. Именно эта норма содержит государственную волю относительно данного случая нарушения права. Судебная норма является специальной нормой по отношению к закону и подлежит, поскольку описывает фактические обстоятельства конкретного дела, первоочередному применению.

В отличие от законодателя легитимность власти суда связана с тем, насколько точно его решение в определении «права частного случая», необходимого в правоприменении для устранения спора о праве или о факте, соответствует, во-первых, пониманию должного в данной социальности, во-вторых, общей программе, выраженной в юридических нормах законодательства и, в-третьих, с тем, насколько учтены в формировании судебной нормы сведения о фактических обстоятельствах, которые выступают в качестве информации, которая необходима для поиска права. Легитимность судебно-правовой нормы находится в прямой зависимости от учета доказательств и соблюдения правовых принципов.

Технология создания судебной нормы основана на применении к конкретному общественному отношению наиболее специальной, то есть наиболее близкой по гипотезе и диспозиции к регулируемому отношению нормы, используя возможности судебного усмотрения, которые являются формой существования выбора и условием существования судебной власти.

Судебная система есть элемент механизма государства, обеспечивающий судебную власть. Структурой, которая лежит в основании судебной системы, является государственная власть в целом. Как организационная среда, характеристики которой идентичны характеристикам форм организационных моделей системы органов государственной власти, судебная система имеет ту же задачу обеспечить сохранение механизма власти. Вместе с тем судебная система, во-первых, должна обеспечить независимость суждения о том, что есть право в данном конкретном случае и с учетом тех или иных юридически значимых событий и фактов, имеющих в существующем общественном отношении; во-вторых, обеспечить единство смыслополагания правового должного в данной государственности.

Судебная власть является важной частью государственного режима как элемента формы государства в силу того, что она, во-первых, является формой реализации государственной власти, во-вторых, в каждом акте реализации государственной власти отражает интересы политической системы государства, в-третьих, обеспечивает соблюдение единства правовой формы государственной власти в случае правоприменения.

Поскольку государство в каждом случае нарушения права имеет собственную систему интересов по отношению к нарушению, то отличие судебной власти в содержании, основаниях возникновения и способах учета интересов при создании судебно-правовой нормы содержания от оснований, форм учета интересов иными органами государственной власти неизбежно приводит к отличиям в содержании формул власти, что в государственно-организованном обществе превращает судебную власть во власть политическую, а систему судебных органов в элемент политической системы государства.

Схема политической объективации судебной власти зависит от характеристик механизмов, используемых органами политической власти: а) видов и пределов организационных и кадровых зависимостей судебных органов; б) содержания процессуального права; в) принадлежности судебных органов к властвующим или властным элементам, то есть в объеме реальной политической власти.

Наконец, в работе определены характеристики зависимости содержания судебной власти от типа правопонимания, характера

уровня развития общественных институтов и механизмов, объективирующих интерес в праве, типа правовой доктрины.

В холистской парадигме макросоциальной регуляции доминирует легистский тип правопонимания, защищаемые права рассматриваются не с точки зрения их равенства, а с точки зрения того, как они выглядят по отношению к доминирующему интересу.

В номиналистском парадигме макросоциальной регуляции, где доминирует юридический тип правопонимания, судебная власть просто не имеет других возможностей обеспечения доминирующего полицентричного интереса, кроме обеспечения единой меры и масштаба при определении того, что есть правовое должное.

Таким образом, теоретико-правовой концептуальный анализ судебной власти позволил, объяснить ее государственно-властные характеристики, объяснить закономерности ее существования в государственно-организованном обществе и закономерности обособления данного вида государственной деятельности. Рассмотреть ее специалитет по отношению к иным видам государственной власти, определить родовой объект и видовые характеристики, объяснить закономерности ее политической объективации в различных парадигмах макросоциальной регуляции, в различных типах правопонимания, объяснить властную феноменологию социально-правового явления судебной власти в теоретико-правовых понятиях и в этой связи сформировать теоретико-правовой концепт понятия судебной власти, объясняющий ее онтологию на уровне понятия, технологии, института в связи с теоретико-правовыми понятиями и методологией теории государства и права.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
ГЛАВА 1. Теоретические и методологические вопросы определения судебной власти	7
§ 1. Вопросы судебной власти в теоретическом наследии отечественной юридической науки	7
§ 2. Судебная власть в современных российских исследованиях	16
§ 3. Особенности теоретической разработки понятия «судебная власть»	35
ГЛАВА 2. Категориальный аппарат понятия «судебная власть»	57
§ 1. Право, интерес, государственная воля как определяющие понятия	57
§ 2. Власть как теоретическая конструкция	68
ГЛАВА 3. Содержание и порядок судебной власти	87
§ 1. Содержание судебной власти	87
§ 2. Технология (механизм) судебной власти	118
§ 3. Судебная система и судебная власть	148
ГЛАВА 4. Судебная власть в государственно- организованном обществе	172
§ 1. Основание и механизмы объективации судебной власти в государственно-организованном обществе	173
§ 2. Особенности судебной власти в разных системах общественного регулирования	195
Заключение	212

ЦЫГАНАШ Вадим Николаевич,
кандидат педагогических наук,
доктор философских наук, доцент

**СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ КАК ЭЛЕМЕНТ
СИСТЕМЫ ПРАВОПОРЯДКА**

Монография

Печатается в авторской редакции

Корректор *Л. А. Михайлова*
Технический редактор *Л. А. Михайлова*
Компьютерная верстка – *Е. Е. Пелехатая*

Сдано в набор 10.10.2016. Подписано к печати 26.10.2016.
Формат 60x84/16. Объем 14 п.л. Набор компьютерный.
Гарнитура Times New Roman. Печать ризография.

Бумага офсетная.

Тираж 75 экз. Заказ № .

Редакционно-издательское отделение НИиРИО
ФГКОУ ВО РЮИ МВД России.

Отпечатано в ГПиОП НИиРИО
ФГКОУ ВО РЮИ МВД России.

344015, г. Ростов-на-Дону, ул. Еременко, 83.

ISBN 978-5-89288-306-1



9 785892 883061