

СУДЬИ, ПОЛИТИЧЕСКАЯ ВЛАСТЬ И ОБЩИЙ ИНТЕРЕС*

Ж. ГРАНДЖАН**



ЖофFRE Гранджан, доктор политических и социальных наук, преподаватель факультета права, политической науки и криминологии Университета Льежа (Бельгия)

В статье анализируются новое положение судей в системе разделения властей и та важная роль, которую они стали играть в осуществлении политической власти. Причины этих изменений автор обнаруживает в повышении уровня легитимности судей при сохранении их конституционно-правового статуса. По его мнению, легитимность, как социальная приемлемость действий политического актора, основывается одновременно на представлениях людей об обязанности подчиняться и на их добровольном участии в решении общих проблем. К условиям легитимности власти автор относит ее способность создавать правовые нормы, провозглашать моральные ценности и стабилизировать политическую систему. Рассматривая ключевые судебные решения, вынесенные за последние двадцать лет судами Франции, Бельгии и Канады, а также Судом Европейского Союза, автор приходит к выводу о наличии всех трех условий для признания легитимности современных судей как политических представителей народа. Они оказываются ближе других политических акторов

к частным лицам, поскольку не оперируют абстрактными категориями, а отвечают на конкретные обращения граждан. При этом автор предупреждает об опасности предпочтения индивидуальных интересов общему интересу в судебном процессе, которое может привести к разрыву социальных связей в демократическом обществе. В заключение он делает вывод о необходимости формирования осторожного отношения к роли судьи как политического представителя.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: судья, политическая власть, представитель, легитимность, конституция, норма, демократия, субъективные права, общество.

* В основу статьи положено выступление автора на открытой лекции в Университете Льежа (Бельгия) 10 ноября 2016 г. (Grandjean J. Les juges, le pouvoir politique et l'intérêt général). Публикуется впервые. Пер. с франц. В. А. Токарева (basiletok@gmail.com).

** Geoffrey Grandjean — doctor of political and social sciences, lecturer at the Faculty of Law, Political Science and Criminology of the University of Liège (Belgium).

E-mail: geoffrey.grandjean@ulg.ac.be

© Grandjean G., 2017

© Токарев В. А., перевод на русский язык, 2017

GRANDJEAN G. JUDGES, POLITICAL POWER AND GENERAL INTEREST

The article is devoted to the new status of judges in the system of separation of powers and the important role they play in the implementation of political power. The author finds the reasons for these changes in raising the level of legitimacy of judges while maintaining their constitutional and legal status. In the author's opinion, legitimacy and social acceptability of actions of a political actor is based simultaneously on the person's ideas about their duty to obey and their voluntary participation in solving common problems. As conditions of the power legitimacy, the author notes its ability to create legal norms, to proclaim moral values and to stabilize the political system. Having examined specific judicial decisions of the courts of France, Belgium and Canada, as well as the Court of Justice of the European Union over the past twenty years, the author comes to the conclusion about the availability of all three conditions of legitimacy of modern judges as political representatives of the people. They are closer to private persons than other political actors because they do not operate with abstract categories, but rather respond to specific complaints of citizens. At the same time, the author warns that there is a risk of preference of individual interests to the general interest in the judicial procedure which can lead to the rupture of social relations in a democratic society. Finally, he concludes that the careful attitude to the role of the judge as a political representative is very important.

KEYWORDS: judge, political power, representative, legitimacy, Constitution, rule, democracy, rights, society.

Судьи являются такими же важными политическими акторами, как и политические представители, не выходя за рамки роли, отведенной им конституцией. В настоящее время социальным акторам значительно проще обращаться с претензиями и требованиями к судьям для защиты своих прав и свобод.

Так, 2 мая 2007 г. два советника Кассационного суда Французской Республики постановили, что публикация карикатуры, на которой изображен обнаженный Христос с презервативом, не образует состава такого преступления, как оскорбление чувств верующих. Если этот рисунок смог оскорбить чувства некоторых католиков, то его содержание, как утверждают судьи, представляет собой отголосок дискуссии между кардиналами о необходимости защиты от СПИДа¹.

Государственные советники Франции обязали 31 мая 2016 г. парижские госпитали принять все возможные меры для обеспечения транспортировки сперматозоидов скончавшегося господина Б. в Испанию. Там его вдова сможет воспользоваться вспомогательными репродуктивными технологиями. Однако французское законодательство не разрешает такой транспортировки².

¹ Cour de cassation de la République française. Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne (AGRIF) contre Arrêt de la Cour d'appel de Paris (11^e Chambre). Arrêt n°06-84.710. 2 mai 2007.

² Conseil d'État français. D. C. A. contre Assistance publique — Hôpitaux de Paris et Agence de la biomédecine. Décision 396848. 31 mai 2016.

Это не первый случай, когда судьи проявляют решимость, подобные примеры можно множить. Выполняя свои функции, судьи в прямом смысле слова *осмеливаются* выносить приговор, касающийся ограничений свобод, образующих основу политической системы, и моральных ценностей, которые должны бы находиться в самом сердце общества, или даже устойчивости механизмов политического режима.

Вопреки утверждению Монтескье, в системе разделения властей судьи не кажутся больше теми «неодушевленными существами, которые не могут ограничить ни силы, ни строгости закона»³. Впрочем, это общеизвестный факт. Важнее объяснить то, каким образом произошло перераспределение полномочий между тремя ветвями власти в пользу судей.

Чтобы ответить на этот вопрос, следует прежде всего рассмотреть три постепенно накапливаемые черты, свойственные носителям политической власти, в том числе судьям, выполняющим определенные функции.

Во-первых, обладая монополией на принуждение, они могут применять меры наказания в случае необходимости.

Во-вторых, они одни обладают легитимной властью такого уровня, что побуждают членов общества одновременно подчиняться им и добровольно их поддерживать⁴.

Из этих двух отличительных черт вытекает третья черта — только судьи наделены властью принимать общеобязательные решения, применяемые ко всем членам общества⁵.

Осуществление политической власти во многих представительных демократиях исторически рассматривается через призму сбалансированного разделения трех властей, взаимно контролирующих друг друга. При этом законодательная власть возведена на пьедестал. Поэтому краеугольным камнем наших демократий является элективная легитимность, которой не обладают представители судебной власти.

Тем не менее сегодня наша представительная демократия живет в ритме судебных решений — до такой степени, что с 2006 г., после вынесения Кассационным судом Бельгии двух постановлений, принцип разделения властей уже не запрещает привлекать к ответственности государство за правонарушение, совершенное парламентом⁶.

Как судьи приобрели такой политический вес? Прежде чем ответить на данный вопрос, необходимо сделать два предварительных замечания.

С одной стороны, тот факт, что судьи обладают значительной частью политической власти, основан на группе юридических норм, в особенности

³ Œuvres complètes de Montesquieu, avec des notes de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, etc., etc. Paris, 1838. P. 268.

⁴ Braud Ph. Du pouvoir en général au pouvoir politique // Grawitz M. et Leca J. (dir.). Traité de science politique. T. 1. La science politique, science sociale. L'ordre politique. Paris, 1985. P. 382.

⁵ Dormagen J.-Y., Mouchard D. Introduction à la sociologie politique. 3^e éd. Bruxelles, 2010. P. 24.

⁶ Cour de cassation de Belgique. RG C. 05.0494.N. 1^{er} juin 2006 и Cour de cassation de Belgique. RG C. 02.0570.F. 28 septembre 2006.

конституционно-правовых. Если судьи стали «свободными людьми»⁷, то это еще не означает, что они обособились от законодательной и исполнительной властей. Последние сохраняют свои полномочия и обосновывают судебную деятельность.

С другой стороны, судьи связаны адресованными им процессуальными законами. Они не могут рассматривать дело так, как им заблагорассудится, в отличие от политических представителей, обладающих полной свободой действий и способных вынести на обсуждение любую общественную проблему.

Теперь следует рассмотреть три аспекта увеличения удельного веса судей, выполняющих свои функции, в осуществлении политической власти. Данные аспекты непосредственно связаны с первым признаком обладателя политической власти — возможностью применения принуждения.

1. Судьи и создание норм. Первый аспект заключается в том, что судьи непосредственно участвуют в создании и определении содержания юридических норм и, следовательно, в реализации государственной политики. Речь не идет об отождествлении судебного решения и нормы, понимаемой как общий и абстрактный юридический акт. Судебное решение обязательно является индивидуальным и конкретным. Однако в силу эффекта домино решения некоторых судей в конечном счете становятся источниками позитивного права. Еще в 1904 г. судья Жак де Крессоньер отмечал существенное влияние судебной практики на правотворчество, подчеркивая, что «судебное решение или постановление являются, по сути, научными произведениями, значение которых выходит далеко за пределы притензий, заявленных сторонами»⁸.

Примером, иллюстрирующим подобный случай, может служить назначение бургомистров в бельгийских коммунах с языковыми льготами⁹. В ходе шестой по счету реформы государственного управления законодатель и учредительной власти не удалось установить новое основное правило, которое позволило бы преодолеть постоянно возникающие трудности, связанные с толкованием права. Они только изменили юрисдикционные и процедурные правила для того, чтобы Генеральная ассамблея Секции по административным спорам Государственного совета окончательно разрешила возникший конфликт.

Затем решение было найдено в двух постановлениях, вынесенных 20 июня 2014 г. по делам об отказе коммунальных Советов назначить на должности двух бургомистров: Веронику Капрасс (коммуна Крайнем) и Да-миена Тъери (коммуна Линкебек). Двое избранных бургомистров не инте-

⁷ *Martens P.* Réflexions sur le nouvel art de juger // *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles.* 2012. N 12. P. 576.

⁸ *Des Cressonnières J.* La Belgique et le Droit // *Entretiens sur La Belgique Contemporaine.* Bruxelles, 1904. P. 147.

⁹ Территориально-административные единицы с особым языковым режимом. Такие коммуны существуют в регионах Бельгии, где официальным языком является нидерландский, немецкий или французский. — *Прим. пер.*

ресовались или пренебрегали толкованием права, данным фламандскими органами законодательной власти, по вопросу об использовании двух языков при рассылке приглашений избирателям. Поэтому, как полагал соответствующий министр, они не обладали ни достаточной квалификацией, ни моральным авторитетом, чтобы действовать в качестве представителей и доверенных лиц органов управления, особенно при применении законов, декретов и регламентов.

В этих постановлениях административные судьи восполнили пробел, оставленный законодателем и учредительной властью, и взяли на себя нормотворческую функцию. Они провозгласили права частных лиц, которые бургомистры коммун с языковыми льготами обязаны уважать. Итак, то лицо, которое хочет, чтобы администрация коммуны общалась с ним на французском языке, должно заявить о своем желании, направив письмо в администрацию. Его выбор сохраняет свою силу в течение разумного срока — четырех лет — и является возобновляемым. Кроме того, частное лицо может в любой момент потребовать использования французского языка в конкретном разговоре или определенном документе¹⁰.

Наконец, судебное решение позволяет преодолеть длительный коммунарный конфликт в бельгийской политической истории. На это обстоятельство следует обратить особое внимание. Действительно, в 2003 г. многие политические представители задались вопросом о постановлении, вынесенном бельгийскими конституционными судьями, в котором они заняли определенную позицию относительно избирательного округа Брюссель-Халле-Вилворде¹¹.

В 2014 г. уже представляется очевидным, что законодательная и исполнительная власти предоставили судьям возможность создавать позитивное право; применительно к данному случаю — в сфере назначения бургомистров в коммунах с языковыми льготами.

2. Судьи и выбор моральных ценностей. Второй аспект заключается в том, что судьи могут осуществлять выбор между различными моральными ценностями. Кроме того, они вынуждены провозглашать имплицитные или эксплицитные концепции желательного социального поведения, которое заслуживает признания в качестве образцового¹². Судьи становятся арбитрами нравов и даже публичной морали¹³.

В соответствии с этой ролью европейские судьи регулярно указывают государствам и европейским гражданам на модель образцового по-

¹⁰ Conseil d'État belge. Caprasse contre Région flamande. Arrêt n° 227.775. 20 juin 2014; Conseil d'État belge. Thiéry contre Région flamande. Arrêt n° 227.776. 20 juin 2014. — См. также: *Pâques M.* L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration // Grandjean G., Wildemeersch J. (dir.). Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction. Bruxelles, 2016. P. 143.

¹¹ Cour constitutionnelle de Belgique. Arrêt 73/2003. 26 mai 2003.

¹² *Voyé L., Dobbelaere K., Abts K., Kerkhofs J.* Introduction // *Voyé L., Dobbelaere K., Abts K.* (éd.). Autres temps, autres mœurs. Travail, famille, éthique, religion et politique: la vision des Belges. Bruxelles, 2012. P. 11.

¹³ *Garapon A.* La question du juge // *Pouvoirs*. 1995. N 74. P. 16.

ведения, которая должна быть реализована на практике, особенно тогда, когда они принимают решения о фундаментальных свободах. Приведем пример, иллюстрирующий эту мысль. Так, 2 декабря 2014 г. Суд Европейского Союза определил минимальные стандарты условий получения убежища в государстве — члене ЕС. Обстоятельства этого дела очень просты. А, В и С, граждане третьих стран, попросили убежища в Нидерландах. Они утверждали, что опасаются преследования в своих странах из-за их нетрадиционной сексуальной ориентации. После нескольких отказов со стороны административных органов они обратились в нидерландский Государственный Совет, который решил приостановить рассмотрение дела до получения ответа от Суда на преюдициальный вопрос о том, как далеко административные органы могут заходить в оценке сексуальной ориентации лица, попросившего предоставить ему убежище.

По сути, от европейских судей ожидали установления точных пределов деятельности административных органов и прагматичного ответа на вопрос, поставленный перед ними нидерландским Государственным Советом. Действительно, когда административный орган рассматривает просьбу о предоставлении убежища лицу, которое опасается преследований из-за своей сексуальной ориентации, некоторые действия, сопровождающие данную процедуру, запрещены.

Во-первых, административные органы не могут допрашивать таких лиц, основываясь на стереотипных понятиях, касающихся гомосексуалистов.

Во-вторых, они не могут расспрашивать попросившее политическое убежище лицо обо всех подробностях его сексуальной жизни.

В-третьих, они не могут рассматривать в качестве доказательства его гомосексуальности какие-либо «тесты».

В-четвертых, они не могут рассматривать в качестве доказательства видеозаписи половых актов, сделанные лицом, просящим предоставить ему убежище, даже если на них видно, как заявитель совершает гомосексуальные половые акты¹⁴.

Принимая такое решение, которое, конечно, повлечет за собой новые решения, европейские судьи выступили в роли хранителей определенной публичной морали. Они ответили на вопрос о наших фундаментальных свободах и четко ограничили пространство для маневра административных органов.

3. Судьи и стабилизация политической системы. Третий аспект заключается в возможности судей защищать те правила, которые структурируют определенный политический режим. Таким образом, они работают на стабильность и непрерывность политической системы¹⁵.

¹⁴ Cour de justice de l'Union Européenne. A, B, C contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie. Affaires jointes C 148/13 à C 150/13. 2 décembre 2014.

¹⁵ Дэвид Истон определяет политический режим как совокупность формальных ограничений, которые принимаются, как правило, благодаря пассивному равнодушию или достижению позитивного консенсуса управляющими и управляемыми и сообщают

Обратимся к старому, ставшему классическим примеру, который заимствован из опыта государства с традицией общего права. Так, 20 августа 1998 г. Верховный суд Канады должен был ответить на вопрос, поставленный перед ним федеральным правительством во главе с Жаном Кретьеном по итогам референдума, организованного в Квебеке 30 октября 1995 г. Этот вопрос звучит так: могут ли квебекские власти в соответствии с Конституцией Канады и международным правом организовать отделение Квебека от Канады в одностороннем порядке?

Отвечая на него, судьи обратились к четырем «руководящим основополагающим конституционным принципам» канадской правовой системы: 1) федерализма; 2) демократии; 3) конституционализма и верховенства права, а также 4) защиты меньшинств. Причины применения судьями указанных принципов понятны — они соответствуют «желанию обеспечить непрерывность и стабильность» политического режима Канады.

Основываясь на этих четырех принципах, судьи определили, что демократическое решение квебекцев в пользу сецессии таит в себе опасность разрыва взаимосвязей между канадцами. Если сецессия в одностороннем порядке согласно Конституции невозможна, то судьи, однако, признают, что существующий в Канаде конституционный порядок не может оставаться равнодушным к ясно выраженному большинством квебекцев желанию выйти из ее состава.

Для того чтобы дать ответ, который удовлетворил бы обе стороны — федеральное правительство и квебекские власти, — судьи обязали их вести переговоры в соответствии с четырьмя руководящими принципами. При этом они не исключают возможности того, что переговоры могут зайти в тупик¹⁶.

Судьи Верховного суда Канады, решая таким образом вопрос, имеющий отношение к исполнительной власти, обеспечивают стабильность конституционной системы.

* * *

Рассмотрев три аспекта применения принуждения (нормотворчество, выбор между моральными ценностями и стабилизация политической системы), можно утверждать, что судьи, несомненно, имеют вес в осуществлении политической власти либо из-за освобождения для них места политическими представителями, либо потому, что они сами решили занять это место.

Но насколько легитимны их действия? Побуждают ли они людей к подчинению им на основании одновременно обязанности и добровольного участия?

о том, что разрешено или запрещено делать в рамках данной системы (*Easton D. A Systems Analysis of Political Life. New York, 1965. P. 192*).

¹⁶ Cour suprême du Canada. Renvoi relatif à la sécession du Québec. Affaire n°25506. 20 août 1998.

Теперь следует обратиться к анализу второго признака обладателя политической власти. Легитимность представляет собой признание, которое получает тот, кто осуществляет какую-либо власть. Речь идет о социальной приемлемости, основанной на разделяемых убеждениях¹⁷.

Для ответа на поставленный нами выше вопрос можно привести один сильный аргумент. Специфика судебного процесса состоит в мобилизации социальных ресурсов (позитивное право), опосредованной индивидуальными обращениями. В этой перспективе судьи могут завладеть некоторой частью политической власти именно потому, что они выполняют свою работу, ориентируясь не на общие категории, а на частные запросы.

Итак, вес судей в осуществлении политической власти определяется организацией средств юрисдикционной защиты субъективных прав, а также реальным объединением граждан для осуществления этой власти¹⁸.

Если бы Альянс против расизма и за защиту французской и христианской идентичности не имел права подать в суд на главного редактора газеты *Libération* за публикацию карикатуры Виллема, изображающей обнаженного Христа с презервативом, то в мае 2007 г. советникам французского Кассационного суда не пришлось бы высказываться по этому вопросу.

Признавая *a fortiori* правомерность действий граждан, судьи своими решениями и смелыми нововведениями способствуют последовательному становлению правовой культуры, в рамках которой граждане все больше и больше признаются правовыми субъектами. В результате позитивность закона постепенно замещается критерием юстициальности. Данный критерий легитимирует деятельность судей¹⁹.

* * *

Однако такая легитимность заслуживает того, чтобы ее развивали с осторожностью. Действительно, благодаря социальной приемлемости их смелых шагов судьи сохраняют и даже увеличат свою легитимность. Если они, основываясь на индивидуальных обращениях, мобилизуют социальные ресурсы, то им следует быть бдительными и не защищать исключительно субъективные права (по сути, индивидуальные). Политическая власть может осуществляться только в общем интересе.

Теперь рассмотрим третий признак обладателя политической власти. Принятие решений в интересах общества обязательно предполагает выход за пределы частных интересов и применение коллективного подхода. Защита исключительно индивидуальных прав не позволяет организовать общественную жизнь. Смелые решения судей должны всегда подвергаться

¹⁷ Braud Ph. *Sociologie politique*. Paris, 2008. P. 788.

¹⁸ Wildemeersch J. Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges. Le juge et le citoyen : qui se trouve de l'autre côté du miroir? // Grandjean G., Wildemeersch J. (dir.). *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*. Bruxelles, 2016. P. 356–357.

¹⁹ Garapon A. *La question du juge*. P. 16.

коллективному испытанию, потому что сохранение общества невозможно без противодействия тем разъединяющим силам, которые порождаются эгоизмом и самообольщением его членов²⁰.

References

Braud Ph. Du pouvoir en général au pouvoir politique [From the Power in General to Political Power]. *Traité de science politique. T. 1. La science politique, science sociale. L'ordre politique* [Treaty of Political Science. Vol. 1. Political Science, Social Science. The Political Order]. Grawitz M., Leca J. (dir.). Paris, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 335–393. (In French)

Braud Ph. *Sociologie politique* [Political Sociology]. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, coll. "Manuel", 2008. 788 p. (In French)

Burdeau G. *Traité de Science Politique. T. 1. Le pouvoir politique* [Treaty of Political Science. T. I. The Political Power]. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966. 664 p. (In French)

Des Cressonnières J. La Belgique et le Droit [Belgium and the Law]. *Entretiens sur La Belgique Contemporaine* [Interviews on Contemporary Belgium]. Bruxelles, Larcier, 1904, pp. 135–157. (In French)

Dormagen J.-Y., Mouchard D. *Introduction à la sociologie politique* [Introduction to Political Sociology]. 3^e éd. Bruxelles, De Boeck, coll. "Ouvertures politiques", 2010. 271 p. (In French)

Easton D. *A Systems Analysis of Political Life*. New York, John Wiley & Sons, 1965. 532 p.

Garapon A. La question du juge [The Judge's Question]. *Pouvoirs* [Powers]. 1995, n° 74, pp. 13–26. (In French)

Hanus G. *L'épreuve du collectif* [The Test of the Collective]. Lagrasse, Verdier, 2016. 89 p. (In French)

Martens P. Réflexions sur le nouvel art de juger [Reflections on the New Art of Judging]. *Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* [Jurisprudence of Liège, Mons and Brussels]. 2012, n° 12, pp. 568–587. (In French)

Œuvres complètes de Montesquieu, avec des notes de Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, etc., etc. [The Complete Works of Montesquieu, with Notes of Dupin, Crevier, Voltaire, Mably, Servan, La Harpe, etc.]. Paris, Firmin Didot Frères, 1838. 920 p. (In French)

Pâques M. L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration [The political action of the judge. In particular that of the judge of the administration]. *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction* [Judges: Political Decision-Makers? Essays on the Political Power of Judges in the Exercise of Their Function]. Grandjean G., Wildemeersch J. (dir.). Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 133–169. (In French)

Voyé L., Dobbelaere K., Abts K. et Kerkhofs J. Introduction. *Autres temps, autres mœurs. Travail, famille, éthique, religion et politique: la vision des Belges* [Other Times, Other Manners. Work, Family, Ethics, Religion and Politics: the Vision of the Belgians]. Voyé L., Dobbelaere K., Abts K. (éd.). Bruxelles, Racine Campus, 2012, pp. 3–22. (In French)

²⁰ По этому вопросу см. в особенности: Burdeau G. *Traité de Science Politique. T. 1. Le pouvoir politique*. Paris, 1966. P. 119; Hanus G. *L'épreuve du collectif*. Lagrasse, 2016. P. 89.

Wildemeersch J. Bref propos conclusif sur les fonctions politiques des juges. Le juge et le citoyen: qui se trouve de l'autre côté du miroir? [Brief about Conclusive on the Political Functions of the Judges. The Judge and the Citizen: Who is on the Other Side of the Mirror?]. *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction* [Judges: Political Decision-Makers? Essays on the Political Power of Judges in the Exercise of Their Function]. Grandjean G., Wildemeersch J. (dir.). Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 347–359. (In French)