

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ИМЕНИ М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

Кафедра уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора

УНИВЕРСИТЕТ ПАРИЖ I ПАНТЕОН-СОРБОННА

ШКОЛА ПРАВА

ИНСТИТУТ ЮРИДИЧЕСКИХ И ФИЛОСОФСКИХ НАУК СОРБОННЫ

Центр конституционно-правовых исследований

СУД И ГОСУДАРСТВО

Под редакцией Л.В. Головки, Б. Матьё



Коллектив авторов
Суд и государство

«Статут»

2018

УДК 351.87
ББК 67.400.6+67.711

Коллектив авторов

Суд и государство / Коллектив авторов — «Статут», 2018

ISBN 978-5-8354-1427-7

Монография представляет собой результат совместного научного проекта кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова и Центра конституционно-правовых исследований Института юридических и философских наук Сорбонны (Школа права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна) по теоретическому изучению феномена, выходящего за рамки российского и французского права, связанного с давлением, которому подвергается сегодня государство при реализации своей функции осуществления правосудия. Авторы монографии пытаются понять, является это давление конъюнктурным или ему суждено определять развитие ближайших десятилетий. Для этого они под разными углами зрения рассматривают роль суда и статус судьи в государстве. Для научных работников, преподавателей, аспирантов, студентов юридических и других гуманитарных вузов и факультетов, а также практикующих юристов и лиц, интересующихся проблемами государства, права, правосудия.

УДК 351.87

ББК 67.400.6+67.711

ISBN 978-5-8354-1427-7

© Коллектив авторов, 2018

© Статут, 2018

Содержание

Авторский коллектив	6
Предисловие: суд в государстве или суд против государства?	7
Часть I	9
Глава I	9
§ 1. Судебная система через призму дуализма	9
§ 2. Судебная система перед лицом множественности критериев	15
Глава II	20
§ 1. Органы правосудия: какой статус для каких функций?	20
1.1. О некоторых контекстуальных элементах, касающихся исполнения судьями своих функций	20
1.2. Размышления о функциях суда	21
1.3. Функция судить: по какому праву?	22
1.4. Суд: орган или власть?	23
1.5. О некоторых основных идеях относительно статуса судьи	24
§ 2. Роль суда: между защитой индивидуальных прав и легитимацией ограничений индивидуальных прав	25
2.1. Движение в сторону увеличения полномочий суда	25
Конец ознакомительного фрагмента.	26

Суд и государство

© Коллектив авторов, 2018

© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2018

* * *

Авторский коллектив

Беше-Головко Карин, президент ассоциации *Comitas Gentium France-Russie*, приглашенный профессор юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова – ч. I гл. III § 2; ч. II гл. VI § 2.

Головко Леонид Витальевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова – ч. I гл. II § 2; ч. II гл. I § 2, гл. III § 2.

Дюбрёй Шарль-Андре, профессор Школы права Университета Клермон-Овернь – ч. I гл. I § 1; ч. II гл. VI § 1.

Жантэн Франк, председатель Торгового суда г. Парижа (в отставке) – ч. II гл. III § 1.

Маженди Жан-Клод, председатель Апелляционного суда г. Парижа (в отставке) – ч. I гл. V § 1; ч. II гл. V § 2.

Матъё Бертран, профессор Школы права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна, директор Центра конституционно-правовых исследований Института юридических и философских наук Сорбонны, член Высшего совета магистратуры в 2011–2015 гг. – ч. I гл. II § 1; ч. II гл. IV § 1.

Михеенкова Мария Андреевна, кандидат юридических наук, ассистент кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова – ч. I гл. IV § 2; ч. II гл. II § 2.

Пиюк Алексей Валерьевич, доктор юридических наук, председатель Мегионского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа – ч. I гл. V § 2; ч. II гл. V § 3.

Романов Станислав Владимирович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова – ч. I гл. I § 2; ч. II гл. IV § 2.

Руссо Доминик, профессор Школы права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна, директор Института юридических и философских наук Сорбонны, член Высшего совета магистратуры в 2002–2006 гг. – ч. II гл. V § 1.

Рэйсёгье Кристиан, первый генеральный адвокат-прокурор при Кассационном суде Франции (в отставке), член Высшего совета магистратуры в 2011–2015 гг. – ч. I гл. IV § 1; ч. II гл. I § 1.

Фонтэн Люк, председатель следственной палаты Апелляционного суда г. Лиона, член Высшего совета магистратуры в 2011–2015 гг. – ч. I гл. III § 1; ч. II гл. II § 1.

Предисловие: суд в государстве или суд против государства?

Суждения по поводу места суда в системе организации государственной власти всегда были не слишком вняты и весьма противоречивы, и это ощущение не покидает ни при анализе работ Ш. Монтескье, ни при рассмотрении разнообразных национальных практик в их историческом или современном ракурсе. Суд в государстве или суд против государства? Правосудие как одна из государственных властей или правосудие вне государственной власти? Эти вопросы, еще совсем недавно, казалось бы, лишённые смысла, сегодня становятся предметом ожесточенных дебатов, выходящих за строгие научно-доктринальные рамки и принимающих в разных странах более широкий размах. Мысль о необходимости отделить суд от государства, высказанная одним российским автором сразу после распада СССР¹, в свое время шокировала многие умы. Сейчас эта мысль становится все более распространенной, в частности во Франции². Помимо того национальная и наднациональная судебная практика неуклонно сталкивает лицом к лицу постоянно обороняющую свои позиции политическую власть и шествующую с завоевательной поступью власть судебную.

Если исходить из того, что правосудие представляет собой некую «власть общества»³, не принадлежащую сфере компетенции государства, то немедленно возникает проблема определения легитимности такого рода власти, поскольку судебная власть всегда находила свое теоретическое обоснование и свой *raison d'être* в осуществлении одной из государственных функций. Если мы обрежем или хотя бы ослабим «пуповину», связывающую суд с государством, то он просто-напросто окажется в подвешенном состоянии в неких неопределенных отношениях с обществом, которое в свою очередь юридически неуловимо и социологически манипулируемо. В такой ситуации будет оборвана связь суда с реализацией суверенитета в рамках государственного механизма. Не стоит забывать, что демократическая легитимность воплощается именно в государстве. Как отмечал М. Ориу, понятие суверенитета есть «средство, при помощи которого социальная масса призвана принимать общее дело (в смысле *res publica*. – Л.Г., Б.М.) и участвовать в его реализации»⁴. Разрыв между государством и обществом приведет к необходимости утверждать, что у общества якобы есть «своя юстиция». Тем самым помимо традиционной проблемы независимости судей на горизонте неизбежно появится другая проблема – полной автономии судебной власти, которая должна в таком случае обладать собственной легитимностью, стремясь к чему-то вроде особой формы суверенитета. В таком контексте суд, с одной стороны, находится на гребне движения, стремящегося усилить его институциональную роль, а с другой стороны, становится объектом бесконечных споров о его легитимности, ко всему прочему находясь при этом в состоянии конкуренции с иными способами разрешения правовых споров.

В целях совместного анализа обозначенных проблем и их первоначальной теоретической концептуализации два научных центра – французский (Центр конституционно-правовых исследований Института юридических и философских наук Сорбонны – Университет Париж I Пантеон-Сорбонна) и российский (кафедра уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова) при поддержке франко-российской ассоциации *Comitas Gentium France-Russie* приняли решение о создании

¹ Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1993. С. 9.

² См., например: *Rousseau D.* Radicaliser la démocratie. Propositions pour une refondation. Paris: Seuil, 2015. P. 180.

³ См.: Мизулина Е.Б. Указ. соч.; *Rousseau D.* Op. cit.

⁴ *Hauriou M.* Précis de droit administratif et de droit public général. Paris, 1901. P. 12.

единой научно-исследовательской группы, состоящей из ученых и судей двух стран. Исследование было направлено не столько на изучение сравнительно-правовых проблем как таковых, сколько на совместный анализ феномена, выходящего за границы французского или российского права в строгом смысле, имея в виду то напряжение, которое испытывает государство в части определения места и организации судебной власти.

Прежде всего на начальном этапе проекта было принято решение организовать два круглых стола в обеих странах. Первый круглый стол состоялся 15 декабря 2016 г. в Москве на юридическом факультете МГУ имени М.В. Ломоносова и был посвящен роли суда в государстве. Второй круглый стол прошел 4 апреля 2017 г. в Париже в Школе права Университета Париж I Пантеон-Сорбонна и был посвящен статусу судьи в государстве. Логика предельно ясна: именно роль суда должна определять статус судей.

Опираясь на результаты работы этих двух круглых столов, франко-российская научная группа приступила к написанию на русском и французском языках данной коллективной монографии, которая не сводится к элементарному воспроизведению сделанных докладов в качестве некоего «сборника» и которая одновременно выходит на двух языках в Москве и Париже⁵. Все прозвучавшие на круглых столах устные выступления для целей монографии были существенно переработаны, чтобы, с одной стороны, вписать индивидуальный авторский анализ в общую логику всей работы, а с другой стороны, учесть основную суть дискуссий, сопровождавших в ходе круглых столов каждый доклад. При этом необходимо было сосредоточиться не столько на особенностях французской и российской правовых систем, сколько на универсальных теоретических проблемах организации судебной власти, для обсуждения которых две указанные правовые системы явились лишь точкой отсчета. Заключение в конце монографии, в качестве которого выступает § 2 завершающей главы, представляет собой своего рода итоговые выводы совместного научного анализа.

Таков в общих чертах научный проект, амбициозность которого определяется не только существом обозначенных проблем, но и в равной степени избранной методологией исследования: концептуализировать некоторые тенденции, с одной стороны, опираясь на национальный опыт, но с другой – одновременно пытаясь полностью преодолеть национальные границы, не входя при этом в полной мере в область сравнительного правоведения в традиционном его понимании. Остается надеяться, что читатели найдут здесь для себя материал для размышлений, позволяющий в том числе освободиться от некоторых стереотипов. Исследование, преодолевающее географические границы и границы правовых систем, в этом смысле весьма плодотворно. Оно дает возможность абстрагироваться от различий, не игнорируя их при этом, чтобы обнаружить общие проблемы и, быть может, общие пути их решения.

Л.В. Головки и Б. Матьё

⁵ Французское издание монографии выходит в парижском издательстве «Mare & Martin».

Часть I

Роль суда в государстве

Глава I

Концептуальные подходы к организации судебной системы

§ 1. Судебная система через призму дуализма

Французский судебно-юрисдикционный дуализм выглядит сегодня в глазах большинства авторов как явление, которое вроде бы немисливо ставить под сомнение⁶. Продукт истории, закрепленный недавно в Конституции Франции, этот дуализм якобы окончательно стал частью французского юридического пейзажа и никакие сомнения в его отношении, казалось бы, более невозможны⁷.

В такой ситуации было бы, наверное, совершенно бесперспективно выступать за упразднение административных судов и создание единой судебной системы как залога простоты и эффективности французского правосудия, хотя в прошлом такие предложения звучали и иногда их можно еще услышать и сегодня⁸.

Как бы то ни было, иногда приходится сталкиваться с весьма острой критикой системы, предусматривающей существование специального административного судьи. Последнего регулярно и иногда справедливо выводят на первый план и критикуют за реальные или воображаемые договоренности с государственной властью – с администрацией, которую он призван контролировать. Находится немало аргументов – как старых, так и более свежих, чтобы поставить под сомнение беспристрастность административной юстиции, доверенной судье, который отделен от ординарных судей, разрешающих споры между гражданами, и над которым стоит Государственный совет Франции, в чьи обязанности также входит консультирование правительства⁹.

Но целью этих предварительных замечаний является не борьба за упразднение или сохранение административных судов. Здесь речь идет скорее о том, чтобы подчеркнуть тот факт, что дуализм судебных органов во Франции, каким бы совершенным он ни казался, вызывает тем не менее немалое количество проблем для тяжущихся, в силу чего, несмотря на всю свою возможную продуманность, от совершенства он еще на самом деле далек.

⁶ Для подробного изучения данного вопроса см.: *Le dualisme juridictionnel, Limites et mérites / Sous la dir. de A. Van Lang.* Paris: Dalloz, 2007.

⁷ См. однако: *Truchet D. Plaidoyer pour une cause perdue: la fin du dualisme juridictionnel // Actualité juridique du droit administratif.* 2005. P. 1767.

⁸ Во время недавней президентской кампании 2017 г. мало кто из кандидатов предлагал такое упрощение.

⁹ Согласно ст. L. 112-1 Кодекса административной юстиции Франции «Государственный совет участвует в подготовке законов и ордонансов. К нему обращается премьер-министр с законопроектами, составленными правительством. Государственный совет по запросу председателя одной из палат парламента дает заключение по поводу подготовленных депутатами законопроектов, представленных в бюро этой палаты и еще не рассмотренных в комиссии. Государственный совет дает заключение по проектам декретов и проектам других нормативно-правовых актов в случаях, когда его участие предусмотрено Конституцией, законами или подзаконными актами, или в случаях, когда они направлены ему правительством. После получения проекта соответствующего нормативно-правового акта Государственный совет дает заключение и предлагает те изменения, которые считает необходимыми. Помимо этого он готовит и составляет документы, которые у него запрашивают».

Прежде чем подробно остановиться на этих двух моментах, представляется необходимым напомнить о некоторых причинах установления французского судебного-юрисдикционного дуализма, его сегодняшнем состоянии и трудностях, которые с ним связаны.

Французские юристы сходятся во мнении, что создание административной юстиции, отличной от юстиции ординарной, относится к Великой французской революции 1789 г., когда революционеры решили изъять споры, в которых участвует администрация, из компетенции судов¹⁰. Законами от 16 и 24 августа 1790 г., а затем Декретом от 2 сентября 1794 г. революционеры запретили судьям выносить решения по актам администрации. Начиная с этого момента и в течение долгого периода, который охватил весь XIX в., стала складываться автономная административная юстиция, уполномоченная рассматривать споры с участием администрации. Будучи сначала доверена самой администрации с помощью механизма, который называют «системой министра-судьи», а затем передана специальной секции Государственного совета Франции, административная юстиция институционально обособилась от действующей администрации только после 1872 г. В результате этого сегодня и сосуществуют две системы судов: с одной стороны, суды общей юрисдикции, которые рассматривают преимущественно споры между частными лицами или предприятиями, и, с другой стороны, административные суды, которые уполномочены рассматривать споры с участием администрации, действующей в качестве государственной власти, а не простого предприятия или частного лица.

Обе системы судов структурированы похожим образом: суды первой инстанции (трибуналы малой и большой инстанций; административный трибунал), апелляционные суды (апелляционные суды; административные апелляционные суды), кассационные суды (Кассационный суд Франции; Государственный совет Франции). Эта схема, безусловно, упрощена, так как существуют еще специализированные суды, относящиеся либо к системе судов общей юрисдикции, либо к системе административных судов, но в такие детали мы здесь вдаваться не будем.

Помимо этого Конституция Франции от 4 октября 1958 г. учредила Конституционный совет Франции, в обязанности которого главным образом входят контроль за конституционностью законов, а также судебное рассмотрение избирательных споров. Природа и задачи Конституционного совета Франции превращают его в объект права, который сложно квалифицировать. Примечательно, что только он компетентен проверять соответствие принятых парламентом Франции законов Конституции Франции либо до их вступления в силу, либо после их вступления в силу посредством механизма, который называют «приоритетным вопросом конституционности» и который был установлен в результате конституционной реформы 23 июля 2008 г.¹¹ Конституция Франции ко всему прочему предусматривает, что решения Конституционного совета Франции обязательны к исполнению всеми органами государственной власти, включая в принципе суды общей юрисдикции и административные суды¹². Напомнив эти несколько фактов, теперь необходимо задать вопрос: почему французский судебно-юрисдикционный дуализм может выглядеть в некоторых аспектах столь концептуально завершенным, даже тонким? Какая-то часть ответа может быть получена, если мы рассмотрим одну из ключевых проблем, с которой сталкивается любой тяжущийся: разграничение компетен-

¹⁰ Для общего представления о процессе создания во Франции административно-юрисдикционной системы см.: *Bechet-Golovko K.* Les prémisses de la justice administrative en France // <http://comitasgentium.com>; *Dubreuil Ch.-A.* La juridiction administrative en France // <http://comitasgentium.com>

¹¹ Согласно ст. 61-1 Конституции Франции «если в ходе рассмотрения судом какого-либо дела возникает вопрос о том, что то или иное положение закона наносит ущерб гарантируемым Конституцией правам и свободам, запрос об этом может быть передан в Конституционный совет на основании представления Государственного совета или Кассационного суда. Конституционный совет выносит решение в установленный срок».

¹² Согласно ст. 62 Конституции Франции «решения Конституционного совета не подлежат никакому обжалованию. Они обязательны для всех представителей государственной власти и для всех административных и судебно-юрисдикционных органов».

ции между административными судами и судами общей юрисдикции. Заметим вскользь, что проблема разграничения компетенции присуща далеко не только сфере судопроизводства. На самом деле иногда кажется, что это вообще какая-то неизлечимая болезнь Франции, симптомом которой является хроническое неумение решать подобные вопросы, в частности, когда речь идет о регулировании взаимоотношений между государством и нижестоящими органами. Пример разграничения компетенции между государством и административно-территориальными образованиями прекрасно это иллюстрирует, так как законодателю, несмотря на череду реформ с начала 80-х гг. XX в., до сих пор не удалось найти здесь удовлетворительного решения.

Почему во Франции существует такая сложность? Вопрос, конечно же, не беспочвенный, особенно с точки зрения иностранного наблюдателя¹³, который вполне мог бы подумать, что все споры с участием администрации рассматриваются административными судами, в то время как все споры между индивидами или предприятиями – судами общей юрисдикции. Однако отнюдь не такое решение превалирует во Франции, так как позитивное право основывается на материально-правовом дуализме, который далеко не полностью совпадает с судебно-юрисдикционным дуализмом¹⁴.

Действительно, деятельность государственных органов подчиняется то частному праву и относится к компетенции судов общей юрисдикции, когда они действуют в тех же условиях, что и частные лица или предприятия¹⁵, то публичному праву и относится к компетенции административных судов, когда они действуют в рамках реализации функций публичной (государственной) службы и осуществляют полномочия публичной власти¹⁶. Однако граница между этими двумя ситуациями иногда настолько тонка, что человеку оказывается очень сложно определить, в какой суд ему надо обратиться с иском в случае возникновения спора с администрацией. Именно так получается, допустим, в случае возникновения спора между публичной службой и обращающимися к ней пользователями: исходя из характера деятельности, о которой идет речь, спор может разрешаться либо административным судом, либо судом общей юрисдикции¹⁷.

В такой ситуации понятна чрезвычайная важность того, что люди, обращающиеся к правосудию, должны иметь возможность легко и быстро определить компетентного судью для разрешения своего спора. Только тогда будут обеспечены право на доступ к судье и право на рассмотрение своего иска или жалобы в разумный срок.

Во французском праве, к счастью, существует несколько вариантов решения этой ключевой проблемы, связанной с обеспечением права на эффективную судебную защиту¹⁸.

¹³ См., например: La dualité de juridictions en France et à l'étranger, dossier spécial // Revue française de droit administratif. 1990.

¹⁴ Plessix B. Le dualisme juridique // L'évolution du droit administratif en France et en Russie / Sous la dir. de M.-E. Baudoin, K. Bechet-Golovko, Ch.-A. Dubreuil. Paris: PUF, 2016.

¹⁵ Часто цитируют знаменитое решение *Vac d'Eloka*, вынесенное Трибуналом по конфликтам 22 января 1921 г., исходя из которого когда администрация действует «в тех же условиях, что и обычный промышленник», она должна подчиняться тем же правилам, что применяются к последним, и, следовательно, в случае возникновения спора таковой должен решаться судом общей юрисдикции.

¹⁶ Решение *Blanco*, вынесенное Трибуналом по конфликтам 8 февраля 1873 г., хотя и не упоминает понятия публичной власти, отчетливо его выражает, указывая, что деятельность администрации, которая осуществляет функцию публичной (государственной) службы, «не может регулироваться принципами, установленными Гражданским кодексом для регулирования отношений между одним частным лицом и другим частным лицом».

¹⁷ Французское публичное право знает разграничение между, с одной стороны, административной публичной службой, которая главным образом относится к компетенции административных судов, и, с другой стороны, промышленной и торговой публичной службой, которая в большинстве случаев относится к компетенции судов общей юрисдикции.

¹⁸ Это право закреплено в ст. 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в следующей формулировке: «Каждый, чьи права и свободы, признанные в настоящей Конвенции, нарушены, имеет право на эффективное средство правовой защиты в государственном органе, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве».

Прежде всего текст Конституции Франции содержит несколько уточнений, касающихся исключительной компетенции судов общей юрисдикции, включая дела в отношении администрации. Это относится к ст. 66 Конституции, в силу которой именно суды общей юрисдикции по общему принципу являются хранителями индивидуальных свобод¹⁹. В первую очередь на ее основании, хотя и не только, была разработана теория «вопиющего произвола», в соответствии с которой исключительно суд общей юрисдикции должен рассматривать споры, где администрации ставится в вину посягательство на индивидуальную свободу при помощи мер, очевидно не входящих в круг принадлежащих ей полномочий²⁰.

В том же духе Конституционный совет уточнил, что принцип, имеющий конституционную ценность, гарантирует административному судье обязательный набор компетенции в части отмены решений, принятых государственными органами, когда они осуществляют полномочия публичной власти. Действительно, в своем решении от 23 января 1987 г. конституционная юрисдикция пришла к выводу, ссылаясь на французскую концепцию разделения властей, что именно административный судья должен отменять или изменять «решения, принятые органами исполнительной власти при осуществлении полномочий публичной власти, а также их агентами, административно-территориальными образованиями Республики или государственными учреждениями, подвластными и подконтрольными им».

Кроме того, нельзя не отметить и постоянное вмешательство законодателя, который старается прояснять некоторые вопросы и уточнять соответствующую сферу компетенции судов общей юрисдикции и административных судов, дабы упростить задачу тяжущимся. Исходя из этого он устанавливает «блоки компетенции» в пользу одной или другой судебной системы. Мы знаем, например, что споры, касающиеся общественных работ²¹ или занятия общественного пространства²², должны рассматриваться в административных судах.

Конституционный совет Франции в свою очередь допускает, что законодатель вправе отходить от конституционных норм о разграничении судебной юрисдикционных полномочий в целях «лучшего отправления правосудия». Речь в данном случае идет о том, что парламент Франции может объединить в рамках одной судебной системы всю совокупность споров, которые в принципе должны были бы быть распределены между судами общей юрисдикции и административными судами. Чтобы упростить положение истцов и помочь им избежать риска ошибок при выборе компетентного судьи, закон во многих случаях доверил либо судам общей юрисдикции, либо административным судам рассмотрение всех дел определенной категории, которые раньше попеременно в зависимости от разных критериев относились к подсудности обоих этих видов судов. В результате стали возникать ситуации, когда по спору с участием администрации, действующей в рамках своих традиционных полномочий, компетентным мог оказаться судья общей юрисдикции. Примерами этому являются споры, связанные с дорожно-транспортными происшествиями²³, несчастными случаями в школе²⁴ или споры в сфере конкуренции²⁵.

Наконец, когда нормативно-правовые акты ничего не предусматривают, сами судьи должны определить соответствующую сферу своей компетенции. Так, например, в части ком-

¹⁹ «Общие судебные органы как хранители личной свободы обеспечивают соблюдение этого принципа в соответствии с условиями, предусмотренными законом».

²⁰ Tribunal des conflits, 17 juin 2003, Bergoendc / Société ERDF.

²¹ Закон от 28 пловиоза VIII года Республики (17 февраля 1800 г.).

²² Статья L. 2331-1 Кодекса государственной собственности Франции.

²³ Закон от 31 декабря 1957 г. № 57-1424.

²⁴ Если речь идет об ответственности учителей за ущерб, нанесенный или понесенный учеником государственного образовательного учреждения вследствие недостаточного присмотра за ним со стороны преподавателя, то все такие дела рассматриваются судами общей юрисдикции с момента принятия Закона от 5 апреля 1937 г.

²⁵ Рассмотрение жалоб на решения, принятые Регулятором по вопросам конкуренции, относится к компетенции Апелляционного суда г. Парижа с момента принятия Закона от 6 июля 1987 г.

петенции административных судов Государственный совет Франции и Трибунал по конфликтам, руководствуясь научными трудами, постарались выделить некое количество критериев, роль и важность которых со временем менялись. Говоря схематично, двумя фундаментальными критериями, каждый из которых на протяжении многих лет либо становился исключительным, либо всего лишь дополнял другой, являются критерий публичной службы и критерий публичной власти²⁶. Важность и того и другого то уменьшалась, то увеличивалась в зависимости от исторического периода и предмета регулирования.

Помимо этого начиная с конца XIX в. практика как административных судов, так и судов общей юрисдикции была направлена на то, чтобы определить четкие границы компетенции каждой из судебно-юрисдикционных систем. Но в такой ситуации периодически неизбежно возникали некоторые «бои за территорию», провоцируя феномен подъемов и спадов, безусловно, крайне негативно сказывающийся на тяжущихся, которые вынуждены претерпевать изменения подходов в судебной практике, иногда противоречивые или противоположные.

Это особенно ярко проявилось в случае с теорией «вопиющего произвола». Изначально задуманная для того, чтобы дать возможность судье общей юрисдикции пресекать действия администрации в ситуации, когда она чрезвычайно грубо нарушает закон, посягая на право собственности или на одну из фундаментальных свобод, данная теория, отступающая от общих принципов разделения полномочий между административно-судебными и судебными органами, стала подвергаться чрезмерно широкому толкованию и крайне экспансионистскому применению со стороны судов общей юрисдикции, которые, казалось, решили завоевать новую область компетенции, основанную на ст. 66 Конституции Франции. Новое определение, данное этому понятию в 2013 г. Трибуналом по конфликтам, позволило покончить с подобным положением дел.

Таким образом, как можно заметить, невзирая на различные варианты решения проблемы, существующие во французском праве, система распределения судебно-юрисдикционных полномочий между административными судами и судами общей юрисдикции функционирует неидеально. Эта и так небезупречная ситуация становится ко всему прочему еще более тревожной в двух отличающихся друг от друга случаях.

Встречаются ситуации, когда перед судьей возникает вопрос законности, решение которого необходимо для разрешения спора, но который относится к компетенции другой судебной юрисдикционной системы. Речь идет, например, о случае, когда судья общей юрисдикции, рассматривающий неуголовное дело²⁷, сталкивается с проблемой законности административного акта по делу, которое он принял к производству в полном соответствии с правилами подсудности. В данной ситуации, несмотря на связанное с этим иногда очень значительное затягивание срока судопроизводства, первый судья должен приостановить производство по делу и направить запрос другому судье для решения возникшего вопроса. Эта процессуальная форма направления дела из одного суда в другой известна под наименованием «процедура разрешения преюдициальных вопросов»²⁸. Иными словами, мы сталкиваемся с тем, что судья общей юрисдикции вынужден обращаться за решением подобных вопросов к административному судье (или наоборот), дабы иметь возможность разрешить спор после того, как он получит ответ административного судьи.

Встречаются ситуации, когда между судьей общей юрисдикции и административным судьей возникает спор либо потому, что оба считают себя компетентными рассматривать то или иное дело (спор о подсудности в позитивном смысле), либо потому, что ни один из них не

²⁶ См.: *Chapus R. Le service public et la puissance publique // Revue du droit public. 1968. P. 235; Amsselek P. Le service public et la puissance publique. Réflexions autour d'une étude récente // Actualité juridique du droit administratif. 1968. P. 492.*

²⁷ При рассмотрении уголовных дел судам общей юрисдикции дозволено законом оценивать законность административных актов (ст. 111-5 Уголовного кодекса Франции).

²⁸ *Actualité des questions préjudicielles // Dossier Actualité juridique du droit administratif. 2015. P. 253.*

считает себя компетентным его рассматривать (спор о подсудности в негативном смысле). В последнем случае решение необходимо найти еще и для того, чтобы избежать ситуации отказа в правосудии. Именно для преодоления такого рода проблем и существует Трибунал по конфликтам, окончательно учрежденный Законом от 24 мая 1872 г. Он состоит из равного количества членов Кассационного суда Франции и Государственного совета Франции. Трибунал по конфликтам призван определять, кто должен рассматривать соответствующее дело в случае возникновения спора о подсудности между судом общей юрисдикции и административным судом. Решения Трибунала по конфликтам, таким образом, крайне важны, так как они позволяют регулировать судебно-юрисдикционный дуализм и дают возможность тяжущимся добиваться рассмотрения их дела судом без риска отказа в правосудии. Тем не менее само существование Трибунала по конфликтам и регулярность, с которой он вынужден рассматривать соответствующие споры, свидетельствуют о дисфункциях судебной системы в ущерб гражданам, причем единственной причиной данных дисфункций является исключительно судебно-юрисдикционный дуализм.

Приведенные примеры отражают тот факт, что французский судебно-юрисдикционный дуализм, каким бы совершенным он ни был, далеко не всегда соответствует интересам тяжущихся. Последним часто бывает трудно определить компетентного судью, не говоря уже о перспективе затягивания судопроизводства, когда возникает спор о подсудности или всплывает преюдициальный вопрос. Судебно-юрисдикционный дуализм в этом смысле порождает сложные ситуации, иногда совершенно непонятные для обывателя. Необходимо добавить, что в глазах многих французов административный судья – это прежде всего судья, защищающий администрацию, которой он благоволит, часто в ущерб интересам частных лиц и предприятий. Следовательно, этот дуализм по многим позициям еще нуждается в совершенствовании, в силу чего появляется много предложений, которые направлены на устранение отмеченных недостатков. Два из них недавно были реализованы. Вкратце остановимся на них в заключение.

Прежде всего было реформировано производство в Трибунале по конфликтам, с тем чтобы усилить его паритетный характер и позволить этому Трибуналу быстрее разрешать споры о подсудности между административными судами и судами общей юрисдикции²⁹.

Затем с подачи Трибунала по конфликтам³⁰ была упрощена процедура рассмотрения преюдициальных вопросов. Отныне в случае, когда перед судом общей юрисдикции или административным судом встает вопрос, который по общему правилу относится к компетенции другой судебно-юрисдикционной системы и решение которого необходимо для разрешения дела, суд, к чьей подсудности относится дело в целом, вправе не обращаться за разрешением преюдициального вопроса при условии, что этот вопрос может быть без затруднений решен путем применения устоявшейся судебной практики, выработанной другой судебно-юрисдикционной системой. Например, суд общей юрисдикции может сам решить вопрос о законности административного акта, который по общему правилу относится к компетенции административного суда, обращаясь к устоявшейся судебной практике, выработанной административными судами.

Эти две реформы, конечно, не избавляют от всех трудностей, с которыми сталкиваются граждане, оказавшиеся перед «развилкой» судебно-юрисдикционного дуализма. Но нельзя не отметить, что они идут в правильном направлении, хотя, наверное, и выглядят чрезмерно скромными. Периодически доктрина предлагает и другие решения, которые являются уже

²⁹ Статья 13 Закона от 16 февраля 2015 г. и Декрета о его применении от 27 февраля 2015 г.

³⁰ Трибунал по конфликтам, решение от 17 октября 2011 г. по делу *SCEA du Chêneau*: «Хотя административный судья является в принципе единственным, кто компетентен рассматривать (в том числе в случае необходимости в порядке преюдициальных вопросов) любые споры о законности административных актов, возникающие в связи с разрешением дела, в целом относящегося к подсудности судов общей юрисдикции, данное правило не подлежит применению, если соответствующий спор может быть рассмотрен самим судьей, в чьем производстве находится дело, с учетом, в частности, наличия устоявшейся судебной практики».

гораздо менее скромными. Самое радикальное из них состоит в упразднении административных судов и создании в рамках судов общей юрисдикции специализированных коллегий для рассмотрения административных споров. Тогда мы приблизимся к модели административной юстиции, существующей в России, которая к тому же отказалась в 2014 г. от своего варианта дуализма (суды общей юрисдикции и арбитражные суды)³¹. Менее радикальное предложение, которое некоторые выдвигают, заключается во внедрении того, что можно назвать механизмом «единой входной двери» или «одного окна», позволяющим более не возлагать на тяжущихся бремя определения компетентного судьи. Избавленным от этой необходимости истцам надо будет лишь направить свой иск в единую специальную службу, обязанностью которой станет распределение исков между двумя судебными-юрисдикционными системами. При этом судья, в чье производство попало дело, не сможет ставить под сомнение сделанный указанной службой выбор.

Надо признать, что все эти предложения в настоящее время остаются нереальными, так как судебный-юрисдикционный дуализм слишком сильно укоренился в юридическом поле Франции, чтобы подвергаться столь серьезным потрясениям. Необходимые упрощения будут, разумеется, произведены, но исключительно путем точечных законодательных реформ и развития судебной практики. И это должно быть сделано в интересах участников процесса и наилучшего отправления правосудия.

§ 2. Судебная система перед лицом множественности критериев

Изучение судебной системы в аспекте ее дуализма, предполагающего, как, например, во Франции, существование судов общей юрисдикции и автономных административных судов, не является единственным методом ее исследования. В науке судостроения используется несколько критериев, применение которых позволяет рассмотреть отдельные аспекты судебной системы.

Во-первых, очень важный и наиболее общий критерий касается формы государственного устройства. Для унитарных государств характерна единая судебная система (поэтому французская судебная система является *в данном аспекте единой*).

Противоположностью модели единства является американская модель *дуалистической судебной системы*, предполагающая наличие двух параллельных судебных систем – федеральной и судебной системы в каждом штате³². Здесь понятие «дуализм», разумеется, используется исходя из другого критерия, нежели во Франции.

Российское законодательство ныне придерживается появившейся в советский период, а также существующей в других странах (например, в Германии) *смешанной модели*³³. Это означает, что существуют федеральные суды и суды субъектов федерации, однако решения судов субъектов (в России это мировые судьи) обжалуются в федеральные суды (в России – районные суды). Исключением является только конституционная юстиция, где между федеральным уровнем (Конституционный Суд РФ) и уровнем субъектов Российской Федерации (где создание региональной конституционной юрисдикции факультативно и зависит от усмотрения органов власти субъекта) нет никакой процессуальной связи.

³¹ С 1992 по 2014 г. Россия придерживалась модели судебного-юрисдикционного дуализма, когда существовала, с одной стороны, система судов общей юрисдикции во главе с Верховным Судом РФ, а с другой – автономная система арбитражных судов во главе с Высшим Арбитражным судом РФ. Согласно официальным объяснениям от такого деления судебной системы было решено в 2014 г. отказаться именно по причине чрезмерных сложностей (прежде всего для тяжущихся), связанных с необходимостью разграничения компетенции двух ветвей судебной системы. Сегодня арбитражные суды также входят в систему судов, возглавляемую Верховным Судом РФ.

³² Pradel J. Droit pénal comparé. 3 éd. Paris, 2008. P. 206. О судебной системе США см.: Бернам У. Правовая система США. М., 2006. С. 293–328.

³³ Pradel J. Op. cit. P. 206.

Во-вторых, критерием анализа судебной системы является компетенция судов. Общей тенденцией развития судебных систем является *специализация судов*, т. е. создание судов с ограниченной предметной компетенцией. Данную тенденцию не следует путать с более мягким вариантом, когда в рамках судов *общей юрисдикции* специализируются *судьи*³⁴.

Специализация судов характерна как для Франции (Конституционный суд, административные, военные, коммерческие, земельные, трудовые суды, суды по социальным вопросам и по делам несовершеннолетних)³⁵, так и для России. За последние десятилетия в России появилась конституционная юстиция (федеральный Конституционный Суд; также субъекты Российской Федерации, как отмечено выше, могут, но не обязаны создавать собственные конституционные суды), созданы арбитражные суды (по экономическим спорам), Суд по интеллектуальным правам. С дореволюционных времен действуют военные суды³⁶.

Что же касается основной массы гражданских и уголовных дел, подсудных российским мировым судьям и районным судам, то они рассматриваются одними и теми же судьями без формальной специализации, т. е. один и тот же судья может рассматривать как гражданские, так и уголовные дела, что вытекает из так называемого принципа единства гражданской и уголовной юстиции (хотя для больших по составу районных судов иногда характерна неформальная специализация судей³⁷). Аналогичная ситуация характерна также и для французских трибуналов малой инстанции – первого звена французских судов общей юрисдикции³⁸.

Если в уголовном процессе существует предварительное судебное следствие, то в судебной системе выделяются соответствующие судебно-следственные органы (следственные судьи и следственные палаты во Франции)³⁹. В ином случае контроль над деятельностью полиции по проведению расследования возлагается на определенное звено судебной системы (например, на районные суды в России (ч. 4 ст. 108, ч. 1 ст. 125, ч. 2 ст. 165 УПК РФ), участковые суды в Германии⁴⁰, магистратские суды в Англии).

Относительно административной юстиции заметим, что отдельных судов по административным делам в России нет. Возможность их создания обсуждается, хотя соответствующий законопроект был отклонен в 2013 г., пролежав в Государственной Думе РФ без движения почти 13 (!) лет⁴¹. Административные дела в России рассматриваются судами общей юрисдикции.

Дискутируется вопрос о создании ювенальных судов, однако в ближайшее время это маловероятно – соответствующий законопроект отклонен Государственной Думой РФ в 2010 г.⁴²

Новейшей тенденцией можно считать фактическое образование судов по террористическим преступлениям путем наделения полномочиями по рассмотрению таких дел лишь нескольких (ныне – четырех) военных судов (ч. 6¹ ст. 31 УПК РФ).

³⁴ См. об этом: *Бахрах Д.* Нужна специализация судей, а не судов // Российская юстиция. 2003. № 2.

³⁵ См., например: *Perrot R.* Institutions judiciaires. 14^{éd.} Paris, 2010. P. 95–177.

³⁶ См.: Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (с изм. и доп.) // СПС «Гарант».

³⁷ См.: *Гуценко К.Ф., Ковалев М.А.* Правоохранительные органы / Под ред. К.Ф. Гуценко. М., 2009. С. 125–126. Автор главы – М.А. Ковалев.

³⁸ *Perrot R.* Op. cit. P. 110.

³⁹ *Pradel J.* Droit pénal comparé. P. 197–199.

⁴⁰ См.: *Коновалов С.Г.* Германский «следственный судья» в зеркале российской уголовно-процессуальной науки: факты и мифы // Закон. 2017. № 1. С. 168–179.

⁴¹ Досье на проект федерального конституционного закона № 7886-3 «О федеральных административных судах в Российской Федерации» // СПС «Гарант».

⁴² Досье на проект федерального конституционного закона № 38948-3 «О внесении дополнений в Федеральный конституционный закон Российской Федерации «О судебной системе в Российской Федерации»» (в части создания ювенальных судов) // СПС «Гарант».

В-третьих, с точки зрения независимости судебной власти важен такой критерий анализа судебной системы, как соотношение территориальной юрисдикции судов и административно-территориального деления государства⁴³. Полный отказ от учета административно-территориального деления государства при определении территориальной юрисдикции судов вряд ли возможен и нужен, поскольку сильно осложнил бы доступ граждан к суду.

Противоположный подход, при котором территориальная юрисдикция судов и административно-территориальное деление государства *полностью* совпадают, критикуется за то, что создает предпосылки зависимости судов от органов исполнительной власти соответствующего уровня.

Поэтому наиболее предпочтителен *смешанный подход*, при котором территориальная юрисдикция судов и административно-территориальное деление государства совпадают *частично*. Так, суды основного звена могут действовать на территории нескольких административно-территориальных единиц, а суды среднего звена – на территории нескольких регионов, образующих судебный округ. Именно такой смешанный подход используется и в России, и во Франции⁴⁴, хотя в России в меньшей степени (арбитражные суды, мировые судьи, некоторые районные суды в малонаселенных местностях).

В-четвертых, важным критерием следует считать соотношение звеньев и инстанций судебной системы. Здесь может быть представлена модель моноинстанционности (один суд – одна инстанция) либо полиинстанционности (один суд – несколько инстанций, одна инстанция – несколько звеньев судебной системы).

Сложность российской судебной системы обусловлена полиинстанционностью судов: один суд, как правило, выполняет функции различных инстанций. Отдельные суды правомочны пересматривать свои собственные решения даже в отсутствие новых или вновь открывшихся обстоятельств, хотя речь идет о разных подразделениях одного и того же звена судебной системы (например, когда над судебной коллегией областного и Верховного Суда РФ есть еще и президиум, выполняющий функции вышестоящей инстанции). При таком подходе неизбежны упреки в сложности как структуры судебной системы в целом, так и обеспечения беспристрастности судей при пересмотре дела, рассмотренного этим же судом, коллегами. В этом аспекте французская судебная система, построенная по принципу моноинстанционности, выгодно отличается от современной российской⁴⁵.

В-пятых, своеобразным критерием анализа судебной системы является количество инстанций, через которые может пройти дело. Атрибутом российской судебной системы, приобретенным в советский период, стала *многократность обжалования судебного решения*. Создавая дополнительные гарантии для правильного разрешения дела, многократность обжалования неизбежно затягивает судопроизводство. Более того, создается дисбаланс, когда приговоры по уголовным делам о менее тяжких преступлениях могут быть проверены больше раз (до четырех раз: апелляция, две кассации и надзор (суперкассация)), чем приговоры о преступлениях особо тяжких (до двух раз: апелляция либо кассация и надзор, см. ч. 2 ст. 401³, ч. 1 ст. 412¹ УПК РФ), так как в последнем случае дело рассматривается в первой инстанции на более высоком уровне судебной системы, что, конечно, также является дополнительной гарантией, но оставляет «наверху» меньше инстанций для пересмотра дела. Французская судебная система, предоставляющая возможность одной апелляции и одной кассации, в российской доктрине рассматривается как классическая. Она существовала в России после Судеб-

⁴³ См., например: Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 50.

⁴⁴ См. также: *Perrot R. Op. cit.* P. 99–100, 109.

⁴⁵ См.: *Pradel J. Droit pénal comparé.* P. 218–219.

ной реформы 1864 г. и до Октябрьской революции 1917 г., но сегодня остается скорее теоретической моделью⁴⁶.

В-шестых, существенным критерием анализа судебной системы считается участие граждан в отправлении правосудия. Существует ряд моделей: от полного отрицания такого участия до учреждения судов, комплектуемых полностью из непрофессионалов (например, магистратские суды в Англии). Между этими крайними вариантами располагаются модели, в которых суд состоит как из профессиональных судей, так и из заседателей-непрофессионалов. Традиционно в качестве вариантов таких смешанных судов выделяют:

- суд присяжных, в котором профессионалы и непрофессионалы заседают отдельно и имеют различную компетенцию (англосаксонские страны, современная Россия и др.)⁴⁷;
- суд шеффенов, в котором профессионалы и непрофессионалы заседают совместно и имеют общую компетенцию (страны германского права, СССР);
- суд ассизов, в котором профессионалы и непрофессионалы имеют различную компетенцию при рассмотрении дела, но затем общую компетенцию при принятии решения, хотя здесь в отличие от суда присяжных и суда шеффенов они не вправе обсуждать друг с другом поставленные на голосование вопросы (ст. 356 и 357 УПК Франции).

Важно, что само понятие «непрофессионал» ныне не всегда следует понимать буквально. В отличие от уголовных и отчасти ординарных гражданских (для англосаксонских стран) дел, где речь действительно идет о рядовом обывателе, современное законодательство допускает также привлечение в качестве заседателей специалистов в отдельных сферах знаний (например, экономистов – в арбитражных судах⁴⁸, психологов – в судах по делам несовершеннолетних). Такие варианты состава суда не только содействуют участию граждан в отправлении правосудия, но и повышают компетентность состава суда⁴⁹.

Участие граждан в отправлении правосудия, будучи во Франции также не столь серьезным (только уголовные дела по делам о преступлениях, см. ч. 1 ст. 181 УПК Франции), в России последних десятилетий сведено почти на нет. Так, в 2016 г. из 963 930 рассмотренных судами уголовных дел лишь 242 дела (0,03 %) рассмотрено с участием присяжных заседателей. С участием арбитражных заседателей рассмотрено два дела из 1 571 316 арбитражных дел⁵⁰.

Напомним, что в СССР абсолютно все гражданские и уголовные дела по первой инстанции рассматривались с участием народных заседателей – шеффенов, выборных представителей предприятий и учреждений. Это замечательное достижение сейчас полностью забыто: принято решение о расширении компетенции суда присяжных⁵¹, но о шеффенах уже не вспоминают. Это в значительной мере является результатом их дискредитации конца 80-х – начала 90-х гг. XX в., когда предполагалось массовое введение суда присяжных. Как отмечалось в принятой в 1991 г. Концепции судебной реформы в Российской Федерации, «что касается института народных заседателей, то он в достаточной мере продемонстрировал свою несостоятельность, чтобы возвращаться к его критике»⁵².

⁴⁶ См.: Курс уголовного процесса / Под ред. Л.В. Головки. 2-е изд. М., 2017. С. 1066–1072. Автор главы – Л.В. Головки; Pradel J. Droit pénal comparé. P. 203–205.

⁴⁷ См. также § 2 гл. III ч. II данной монографии.

⁴⁸ Применительно к России. По поводу Франции см. подробнее § 1 гл. III ч. II данной монографии.

⁴⁹ См. также: Pradel J. Droit pénal comparé. P. 206–216.

⁵⁰ Данные Судебного департамента при Верховном Суде РФ см.: <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 30.06.2017).

⁵¹ Федеральный закон от 23 июня 2016 г. № 190-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с расширением применения института присяжных заседателей» // СЗ РФ. 2016. № 26 (ч. 1). Ст. 3859. См. также об этом § 2 гл. III ч. II данной монографии.

⁵² Концепция судебной реформы в Российской Федерации. С. 47.

В-седьмых, единоличность и коллегиальность при рассмотрении дел также рассматриваются как критерии анализа внутреннего устройства судебной системы. Здесь приняты следующие подходы:

– состав суда из непрофессионалов всегда должен быть коллегиальным;

– состав суда из профессионалов в первой инстанции может быть как единоличным, так и коллегиальным. Предпочтение тому или иному варианту отдается в зависимости от тяжести преступления, а также порядка формирования судейского корпуса в конкретной стране. Так, единоличность считается характерным для англосаксонской правовой системы, где судьями становятся опытные и уже не молодые практики, т. е. должность судьи является «венцом» юридической карьеры. Для французской и других континентальных систем, где карьеру судьи начинают в относительно молодом возрасте и без обширного опыта, характерна коллегиальность (кроме случаев рассмотрения малозначительных дел).

– во второй и последующих инстанциях состав должен быть коллегиальным.

Российская система в этом аспекте нетипична⁵³: принадлежа к континентальной системе в вопросах судейской карьеры, она всячески поощряет единоличное рассмотрение дел в первой инстанции, а в ряде случаев – и в апелляции. Объясняется это обыкновенно ограничениями государственного бюджета, слишком большой загруженностью судей, а также наличием обширных малонаселенных территорий, где суды состоят всего из двух, трех и т. п. судей. Наряду с этим не следует также забывать об отмеченном выше отказе от суда шеффенов советского типа, который перевел проблему коллегиальности исключительно в рамки деятельности профессиональных судей (здесь ее действительно трудно добиться в массовом порядке), ведь ранее она решалась с помощью народных заседателей. Иллюзией оказалось и радикальное расширение деятельности суда присяжных.

⁵³ О современных проблемах французской судебной системы в этом отношении см. § 1.6 гл. IV данной части монографии.

Глава II

Миссия суда в современном конституционно-правовом пространстве

§ 1. Органы правосудия: какой статус для каких функций?

Возрастающая роль судебной функции побуждает судью требовать от различных институтов место, которое этим новым функциям соответствует, в то время как политическая власть проявляет настороженность, не решаясь уступить судебным органам целые блоки власти, и так уже дестабилизированной кризисом демократической легитимности⁵⁴. Таким не очень согласованным образом и ставится вопрос приспособления статуса судей к их новым полномочиям, которые за ними признаются или которые они сами себе присваивают. Однако необходимо проанализировать ситуацию в обратной последовательности и сначала поставить вопрос о функциях судьи, чтобы затем перейти к его статусу. С этой точки зрения следует обратиться к тексту конституции и конституционной логике либеральной демократии. Но данный вопрос нельзя рассматривать «в отрыве от почвы», необходимо сразу учесть тот факт, что судья действует в меняющихся условиях.

1.1. О некоторых контекстуальных элементах, касающихся исполнения судьями своих функций

Прежде всего необходимо учесть тот факт, что органы, входящие в судебную власть, выполняют разные задачи, соответствующие функциям права: регулируют отношения между частными лицами (гражданское право); наказывают за нарушение правил поведения (уголовное право); организуют общество (публичное право). Эти задачи могут быть распределены между несколькими ветвями судебных учреждений или доверены единой системе судов. Это никоим образом не влияет на объем власти судьи, но тем не менее между разными ветвями судебных учреждений нередко встречается соперничество, поскольку их полномочия не всегда могут быть строго определены – столь запутанными могут быть иногда некоторые вопросы.

Также стоит отметить, что хотя существование власти (или органа⁵⁵, здесь это не столь важно), в обязанности которой входит обеспечение функции судить, вполне вписывается в классическую либеральную схему разделения властей, здесь мы сталкиваемся с одновременным влиянием двух течений: с одной стороны, со значительным усилением полномочий судьи, а с другой стороны – с конкуренцией, которую он на себе испытывает со стороны, в частности, так называемых независимых административных органов, которые могут соединять функции издания правовых норм, их приведения к исполнению и рассмотрения по ним споров или рассмотрения нарушений этих самых норм, изданных таким способом⁵⁶.

Организация правосудия может также включать в себя прокуратуру, состоящую из судебных работников (магистратов), подчиненных принципу беспристрастности, или подразумевать создание корпуса чиновников, в обязанности которых входит уголовное преследование под контролем судьи. Данный вопрос часто рассматривается через призму независимости членов прокуратуры – независимости по отношению к политической власти⁵⁷, которая не может быть

⁵⁴ По данному вопросу см.: *Mathieu B. Justice et politique: La déchirure?* Paris: LGDJ, 2015.

⁵⁵ О различии между «судебной властью» и «органами суда» см. § 1 гл. III ч. I.

⁵⁶ См.: *Gauchet M. L'avènement de la démocratie. Vol. IV.* Paris: Gallimard, 2017. P. 367.

⁵⁷ Под политической властью мы подразумеваем здесь правительственную власть, которая назначена демократическим

всеобъемлющей, но которая тем не менее должна иметь место, так как речь идет о магистратах. В реальности это явное противоречие должно быть разрешено путем ответа на вопрос: какая система лучше защищает граждан, учитывая при этом интересы общества?

Власть суда находится под воздействием и других факторов – например, унитарной или федеративной системы государства или в более прозаичном, но весьма определенном плане – под воздействием материальных средств, которыми он располагает.

Помимо этого в рамках Совета Европы государства – участники Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод вынуждены под воздействием ЕСПЧ развивать свои системы в направлении англосаксонской модели. Легитимность того, что подобная национальная судебная инстанция подчиняет национальные судебные инстанции и принуждает государства соблюдать нормы, которые в большей мере вытекают из судебной практики самого ЕСПЧ, нежели непосредственно из текста Конвенции, регулируя при этом множество вопросов, связанных с культурными традициями каждого государства (например, в области религии, семьи, нравов), не выглядит очевидной.

Наконец, конкуренция, с которой сталкивается политическая власть, исходит далеко не только от органов правосудия. На самом деле активно развиваются другие власти, которые начинают конкурировать с теми властями, которые предусмотрены Конституцией: экономическая и финансовая власть; международные структуры, иногда являющиеся, а иногда не являющиеся межгосударственными, иногда являющиеся, а иногда не являющиеся правительственными; группы давления, отстаивающие секториальные или коммунитарные, т. е. связанные с идентичностью (религия, нравы, язык, региональное происхождение), интересы. Следовательно, не стоит забывать, что ограничение власти происходит также и вне конституционных рамок.

Все эти элементы контекста не следует упускать из вида, когда ставятся два очень тесно связанных между собой вопроса: каким образом определить органы правосудия с точки зрения конституции? и каков должен быть их конституционный статус? Эти вопросы в самом деле отсылают главным образом к конституционным полномочиям судей общей юрисдикции и к их позиционированию в архитектуре разделения властей, в частности к их отношениям с политической властью.

1.2. Размышления о функциях суда

Схематично говоря, функциями суда является разрешение споров между частными лицами или между частными лицами и публичной властью, контроль за соблюдением норм, установленных политической властью (и теми органами власти, которые ею созданы), а также контроль за соблюдением иерархии норм права и санкционирование несоблюдения данных норм.

С этой точки зрения следует подвергнуть сомнению идею, в соответствии с которой функции суда сводятся исключительно к защите индивидуальных свобод. Эта идея искажает понимание места суда в системе организации властей. На самом деле суд также должен разрешать споры, а *lato sensu* (в более широком смысле) следить за соблюдением закона. При этом в полномочия политической власти одновременно входят и определение общего (публичного) интереса, т. е. интереса национальной общности, и защита индивидуальных свобод, а в обязанности судов входит контроль за тем, чтобы при исполнении данных функций, политическая власть соблюдала Конституцию и в более общем плане правовые нормы, обладающие более высокой юридической силой. Однако, например, Конституция Франции не только перечисляет

путем и в обязанности которой входит определение и ведение национальной политики; политическая власть также включает в себя парламентскую власть, основной функцией которой является осуществление контроля (также демократического характера) над исполнительной властью.

свободы, но также определяет компетенцию каждого органа власти (законодателя, который должен выражать общую волю и, следовательно, общий интерес; президента Французской Республики, являющегося, в частности, гарантом фундаментальных национальных интересов), чьи должностные обязанности и чью компетенцию суд также должен уважать во исполнение принципа разделения властей. Суд является гарантом именно всей этой совокупности положений, составляющих суть правового государства⁵⁸, а не только индивидуальных свобод. В противном случае мы рискуем скатиться к очевидному искажению – строгому разделению между политической властью, в чьи обязанности входит определение общего (публичного) интереса, причем властью, которую всегда подозревают в уничтожении свобод, и судом, который всегда подозревают в отсутствии легитимности, в чьи обязанности входит защита свобод индивида против этого Левиафана. С этой точки зрения существование во Франции Государственного совета, в обязанности которого входит вынесение решений по поводу действий публичных властей (или по крайней мере некоторых из них), свидетельствует о желании принять во внимание специфику действий государственной власти, направленных на продвижение общего (публичного) интереса.

Легитимность суда, в противовес легитимности политической власти, по существу не является демократической. Уполномоченный защищать нормы и принципы, установленные политической властью, и в первую очередь Конституцией, он должен следить за тем, чтобы тяжущиеся были защищены от произвола, что включает в себя и защиту свобод, но не только это. То, что обычно называют западной демократической моделью, на самом деле является смешанной демократической и либеральной моделью. Либеральный характер системы направлен на защиту граждан от произвола политической власти.

1.3. Функция судить: по какому праву?

Если обосновывать существование судебной власти правом тяжущихся на справедливое судебное разбирательство и возможностью пользоваться правами, которые за ними признаются, именно беспристрастность является тем признаком, который легитимирует функцию судьи. Судья является тем самым беспристрастным третьим лицом между сторонами, между политической властью и частными или юридическими лицами, в обязанности которого входит разрешение их спора. Тяжущийся имеет право на судью, чья беспристрастность не вызывает у него сомнения. Независимость судей и судов – это не привилегия, предоставляемая в их собственных интересах, она гарантирована им в интересах тяжущихся и необходима для поддержания веры общества в беспристрастность отправления правосудия⁵⁹. Если беспристрастность предполагает независимость, то обратное утверждение необязательно истинно. Действительно, зависимый от политической власти судья будет или во всяком случае может быть заподозрен в пристрастности, при любых обстоятельствах он уже не является тем «беспристрастным третьим лицом». Напротив, судья, независимый от политической власти, может и не быть беспристрастным или не казаться таковым, если он связан политической, религиозной, философской, общественной ангажированностью, зависит от разнообразных интересов и т. п. Конституционный совет Франции различает в этом смысле в решении № 2014-704 DC независимость и

⁵⁸ В связи с этим можно привести в пример определение правового государства, данное Карпе де Мальбергом, как государства, «которое в отношениях со своими подданными и для гарантии их индивидуального статуса само подчиняется правовому режиму, и таким образом связывает свою деятельность по отношению к ним правилами, одни из которых определяют права, закрепленные за гражданами, а другие заранее устанавливают пути и средства, которые могут быть использованы для реализации государственных целей» (цит. по: *Sauvé J.M. Justice administrative et Etat de droit, intervention à l'IEJ de Paris II, 2014*). Это определение хорошо показывает двойное предназначение институтов государства: защита свобод граждан и преследование общего (публичного) интереса.

⁵⁹ *Duplé N. Les interventions externes qui menacent l'indépendance et l'impartialité de la justice // L'indépendance de la justice. Actes du deuxième Congrès de l'ANJUCAF. Dakar, 2007. P. 86.*

беспристрастность, привязывая эти два требования к ст. 16 Декларации прав человека и гражданина 1789 г.: как представляется в такой ситуации, если предположить, что именно непристрастность лежит в основании легитимности судьи, то независимость судьи является лишь инструментом для реализации данного требования.

Указанная непристрастность составляет функциональную легитимность судьи. Его институциональная легитимность находится в конституции.

С этой точки зрения логика разделения властей не имеет своей целью столкновение автономных государственных органов, она лишь стремится к ограничению власти – той власти, которая является одновременно умеренной и эффективной.

В таком случае необходимо понять, как перенести эту логику на отношения между политической властью и властью судебной.

Попытка разместить суд фактически вне корпуса властей, установленных конституцией, конструируя его в виде своего рода навеса над этими властями в качестве некоего хранителя естественного права на обеспечение фундаментальных прав, не отвечает данной потребности. В демократии не существует иных властей, кроме тех, которые установлены конституцией, не существует иных рамок для деятельности этих властей, кроме полномочий, которые закреплены в ее тексте, и границ, которые она определяет. Правосудие – это не альтернативная власть («контрвласть»), а конституционно-правовой институт, разновидность государственной власти, не сводимая только к административной службе, в обязанности которой входит применение закона во имя соблюдения требований, которым она подчиняется. Суд – это орган или, если угодно, власть, которая исполняет одну из функций государства во имя служения обществу.

1.4. Суд: орган или власть?

Правосудие поддерживает тесные отношения с суверенитетом. Как это объяснял Луазо в конце XVI в., суверенное правосудие неотделимо от королевской власти. Оно отделится от нее, когда суды сами захотят стать суверенными.

Если суверенитет является основой власти, то как вчера, так и сегодня мы видим привязку правосудия, причем скорее теоретическую, нежели реальную, к этой легитимности, будь она монархической или демократической, когда суды опираются в некотором роде на самолегитимацию, основанную в большей мере на функциях, которые они осуществляют, чем на источнике их власти.

Однако разделение властей отсылает скорее к осуществлению функций, чем к основам власти. Тем самым с функциональной точки зрения, разделение властей фактически основывается в конкретной плоскости на желании разделить власть, чтобы ее ослабить. Такого рода поиск методов торможения властных полномочий отсылает к либеральной концепции власти. Инструментом реализации данного равновесия является умеренное правление, которое предлагал Монтескье⁶⁰.

При такой архитектуре построения власти под сомнение ставятся и место правосудия, и сама возможность существования понятия судебной власти. Отсюда традиционное во Франции недоверие по отношению к судьям. Великая французская революция 1789 г. в той же мере была направлена против парламентов (как назывались судебные инстанции того времени) старого режима, которые, в частности, тормозили все попытки реформировать монархию, что и против самого короля.

Признание самостоятельной судебной *власти* произошло уже при Пятой республике, причем вопреки тексту Конституции Франции, которая видит в судах лишь государственные *органы*. Однако можно считать, что существование такой власти было имплицитно подтвер-

⁶⁰ Montesquieu Ch. De l'esprit des lois. Livre XI. Paris, 1869. P. 140–170.

ждено Конституционным советом Франции, который подчеркнул, что законодатель не может ни направлять указания судье, ни отменять его решения, ни заменять его собой в разрешении споров⁶¹. В то же время в теоретическом и политическом плане признание судов самостоятельной внутри государства ветвью власти по-прежнему оспаривается⁶².

Только мутация принципа разделения властей могла бы привести к утверждению, что правосудие является не властью государства, а альтернативной «контрвластью»⁶³. Если исходить из такого предположения, то речь идет не о поиске оптимальной организации власти в рамках государства, а об ограничении государственной власти как таковой и в конечном счете об ослаблении государства.

1.5. О некоторых основных идеях относительно статуса судьи

Если допустить, что функция суда основывается на этой двойной легитимности – с одной стороны, беспристрастности, которой, с другой стороны, обладают власть или государственный орган, созданные конституцией, то из этого следует, что судьи должны быть независимыми, но при этом правосудие не может рассматриваться как автономная власть.

Таким образом, правосудие не может рассматриваться как власть в государстве, нависающая над другими властями, – оно является одной из *властей государства*. В противном случае правосудие вошло бы в логику самолегитимации и мы оказались бы в системе, где, будучи наделенными полномочиями по контролю над другими властями, сами суды избегали бы какой-либо формы внешнего контроля. Этот вопрос с особой отчетливостью проявляется, в частности, в уровне независимости судов или, иначе говоря, в степени их подчинения нормам, принятым политической властью.

Этот анализ также должен включать в себя вопрос оценки эффективности правосудия и работы судей, а также механизмов привлечения их к ответственности. Взаимосвязь между требованиями независимости и требованиями эффективности и ответственности очень сложно установить. Наряду с этим встает вопрос критериев, которые позволили бы оценить работу судьи. Должны ли ими быть скорость, качество решений, отмена их со стороны вышестоящих судебных инстанций? Скажем, во Франции судьи очень дорожат своей автономией и очень сдержанно относятся к любой оценке помимо формальной. Помимо этого как только судья признает себя правотворцем, он тут же должен подчиниться конституционным требованиям, касающимся правовой определенности, главным образом в части качества и предсказуемости норм права, что в последнем случае приводит к постановке вопроса об обратной силе судебной практики.

Пренебрежение этими конституционно-правовыми требованиями приводит к развитию конкурирующих способов разрешения споров, медиации или арбитражу. В той мере, в какой французское право развивает применение такого рода механизмов, речь также идет о разгрузке судов, что дает им возможность сосредоточиться на основных функциях.

Однако главное от этого не меняется – развивается подлинная система, конкурирующая с судебной. При этом в юридико-экономических условиях, основанных на эффективности и конкуренции, очевидно, что лучшая система в части качества, правовой определенности и скорости будет развиваться в ущерб другим. Помимо этого сдержанность судей в области оценки их работы рискует быть подорванной развитием электронного правосудия, основанного на методах *big data*.

⁶¹ Conseil constitutionnel, 22 juill. 1980, déc. № 80-119 DC.

⁶² См.: *Boucobza I. Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire // Pouvoirs. 2012. № 143. P. 73.*

⁶³ Этот вопрос ставится в работе: *Lavaul G. La justice. Paris: PUF, 1961.*

Именно на этих двух основах – беспристрастности и эффективности и должно, как представляется, строиться решение проблем статуса судей и правосудия в целом. Впрочем, вопросы статуса судей будут более подробно проанализированы в ч. II данной работы.

§ 2. Роль суда: между защитой индивидуальных прав и легитимацией ограничений индивидуальных прав

2.1. Движение в сторону увеличения полномочий суда

Движение в сторону расширения сферы компетенции суда сегодня беспрецедентно. Суду доверяется разрешение все большего количества споров, проблем, конфликтов и т. п. Это общая тенденция, и мы не будем здесь перечислять все ее причины и проявления, являющиеся как институциональными, так и социальными⁶⁴.

Это движение имеет свои правовые и в более конкретной плоскости конституционно-правовые основания. В качестве примера приведем действующую Конституцию РФ 1993 г., которая, в частности, предусматривает, что ограничение основных прав и индивидуальных свобод, таких как заключение под стражу (ст. 22), проникновение в жилище вопреки воле проживающих в нем лиц (ст. 25), прослушивание телефонных переговоров (ст. 23) и т. п., может производиться исключительно на основании судебного решения. До принятия Конституции РФ 1993 г. и, точнее говоря, реализации ее предписаний новым российским УПК РФ 2001 г. такого рода решения принимал прокурор.

Международное право широко поддерживает или, правильнее сказать, даже все чаще и чаще стоит у истоков данного движения и реформ, которые оно влечет. Если тексты фундаментальных актов в области прав человека – допустим, Всеобщей декларации прав человека 1948 г., Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г. или Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. были еще в этом плане достаточно скромны и иногда чрезмерно расплывчаты⁶⁵, то знаменитое *soft law*⁶⁶ или решения ЕСПЧ⁶⁷ скромностью и расплывчатостью отличаются уже в много меньшей степени, не забывая, конечно, и о решениях органов национальной конституционной юстиции, которые всегда идут в ногу с международными тенденциями. Так, Конституционный Суд РФ серией своих решений, принятых в 1990-е гг.⁶⁸, внес немалый вклад в расширение полномочий суда в уголовном судопроизводстве, фактически преобразовав в функциональном смысле рядового судью в подлинного «судью над следствием», когда предоставил участникам процесса право обжаловать в суд наиболее важные решения органов предварительного расследования. В российской науке практика Конституционного Суда РФ была даже названа некоторыми авторами «тихой революцией»

⁶⁴ См., например: *Chevallier J. L'État post-moderne*. 4 éd. Paris, 2014. P. 113–115 (в качестве только одной из приводимых автором иллюстраций укажем лишь, что во Франции «количество жалоб, направляемых в административные суды, за сорок лет увеличилось в десять раз», с. 113).

⁶⁵ Например, в соответствии со ст. 8 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. «каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией или законом».

⁶⁶ См., например: III Экспертный форум по уголовному правосудию для Центральной Азии: Итоговый отчет / ОБСЕ, БДИПЧ. Душанбе, 2010. С. 4 (здесь, в частности, среди основных выводов и рекомендаций содержится адресованная государствам Центральной Азии рекомендация «продолжать расширение сферы судебного контроля на стадии предварительного следствия»).

⁶⁷ См. в качестве примера: CEDH, Gde ch., 29 mars 2010, Medvedyev et autres c. France, req. № 3394/03 (данное постановление ЕСПЧ, отказывая французскому прокурору в способности предоставлять адекватную защиту прав и свобод, автоматически приводит, исходя из заложенного в нем смысла, к расширению полномочий суда).

⁶⁸ См. постановления Конституционного Суда РФ от 13 ноября 1995 г., от 29 апреля 1998 г., от 23 марта 1999 г. и др.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.