

ГРАНИЦИ НА СЪДИЙСКАТА ДИСКРЕЦИЯ

АВТОР: ГЕОРГИ ФОТЕВ

Гранично събитие
Феноменът дискреция има място не само в съдебната практика, но и в други сфери на човешката дейност, когато нормативно регулираната и ограничена дейност на длъжностно лице има свобода на действие в интерес на решаване на задачата, която му е вменена като задължение. Във всеки случай става дума обаче за гранично събитие. Всяко събитие и всяко нещо, което се характеризира като гранично, се раздвоява между хетерогенни начала.

Обсъждането на понятието „дискреция“ от съдържателна гледна точка вероятно е безполезно метафизично упражнение. Понятието за дискреция изобщо е твърде абстрактно и фактически – безполезна за конкретния казус генерализация. Сравнения и съпоставки на съдийската дискреция с тези в други практически сфери не обещават евристични възможности. Тук ни интересуват границите на съдийската дискреция. Въпросът за границите на понятието е идентичен с въпроса „Що е съдийска дискреция?“. На гранично явление може да се гледа като на периферно в смисъл на второстепенно. Случаят обаче не е такъв. Съдийската дискреция, по-нататък ще си служим просто с термина „дискреция“, е синоптична ситуация. Феноменът дискреция е среща на две различни начала: принципът на правото (юриспруденцията и юрисдикцията) и свободата на избора при вземане на решение, която в най-широк смисъл се обозначава като политика.

*Феноменът дискреция
има място не само в съдебната практика, но и
в други сфери на човешката дейност, когато
нормативно регулираната и ограничена дейност
на длъжностно лице има
свобода на действие в интерес на решаване
на задачата.*

Понятието политика има изключително широка употреба и „обхваща всички видове самостоятелно ръководена дейност. Говори се за валутна политика на банките, за дисконтова политика на държавната банка, за политика на профсъюзите по време на стачка, може да се говори за училищна политика на градска или селска община, за политика на ръководителите на сдружение при неговото управление, и, най-последно, за политиката на умната съпруга, която желае да направлява мъжа си“. Основно значение на понятието „политика“ е „ръководенето или влиянието върху ръководството на едно политическо обединение (Verband), в днешен смисъл – на една държава“ (Вебер, 1932:45). Смесването на различните по значение понятия за политика като „самостоятелно ръководена дейност“ създава опасни недоразумения и обърквания с далече отиващи негативни последици. Казва се, че съдията отсъжда според закона и според своето лично убеждение. В първата част на тази пропозиция съдията е очевидно орган на правото, на правния закон, на

правната норма и тук дума не може да става за „себе си“. Във втората част на пропозицията същият съдия сам поема ръководството на съдийската си дейност, т.е. осъществява свободен избор, какъвто от гледна точка на принципа на правото е недопустим. Разбира се, че дискрецията е събитието, обозначено във втората част на въпросната пропозиция („според своето лично убеждение“). Избирам термина събитие, защото правната



норма и дискрецията биват плътно „слепени“ и помежду си имат просто и само граница, а всяка граница, взета сама по себе си, е нулева величина. Не е случайно, че ние не можем да мислим границата изобщо, защото, както казва Хусерл, а след него и Хайдегер, всяка мисъл е мисъл за нещо, което означава, че е абсурдно допускаме на мисъл за нищо.

За да си отговорим на въпроса „Що е дискреция?“, т.е. кои са границите на дискрецията, е необходимо преди всичко да се проясни достатъчно понятието правна норма, което означава да фокусираме вниманието върху въпроса на всички въпроси на юриспруденцията – „Що е право?“, или, както предпочитам, въпроса за границите на правото. Понятието „граница“ има значение на предел, но освен това и значение на разграничение, т.е. обозначаване на различие, което принципно не се свежда до тъждество. Границата между правната норма и дискрецията се взема в двете значения на понятието. Съдията установява предела на правната норма от името на която говори и пред лицето на факта/фактите той се изправя пред необходимостта да упражни дискреционна власт. Правните норми са елементи/единици, свързани в правни системи, които почиват на принципи, които в някои случаи са съществено различни, и въпросът за дискрецията в подобни системи стои по твърде различен начин. В юриспруденцията има различни виждания, в т.ч. взаимно изключващи се по отношение на дискрецията като събитие. Различията, за които става дума, са от парадигмален характер. Отговорът на въпроса относно границите на дискрецията се получава по път, който изглежда твърде заобиколен и дълъг. Във всеки случай пътят е труден поради подводни камъни. Научният дискурс не може да разчита на подразбиране и предварителни очевидности. Очевидното се постига по методичен начин на достигане или обосноваване. Необходимо е да се спрем, макар и накратко, върху ключовия въпрос относно парадигмалния характер на модерната юриспруденцията. Парадигмата е много-

Георги Фотев е завършил философия в СУ „Св. Кл. Охридски“ (1968). Професор по социология (1989). Проф. Фотев е автор на голям брой научни трудове, редица от тях публикувани в чужбина (в 16 страни). Бил е министър на науката и висшето образование (1991). Директор на Института по социология на БАН (1990–2003). Действителен член на Европейската академия на науките и изкуствата. Почетен професор на Нов български университет. Сред неговите книги са: „Диалогична социология“ (2004), „Дисциплинарна структура на социологията“ (2006), „Граници на политиката“ (2001), „Ethnicity, Religion and Politics“ (1999), „Криза на легитимността“ (1999), „История на социологията в два тома“ (1993; второ издание 2000), „Социална реалност и въображение“ (1986, 1996, издадена на гръцки език), „Българската меланхолия“ (2010), „Сфери на ценностите“ (2012), „Смисъл и разбиране“ (2014), „Човешката несигурност“ (2016). В чест на проф. Георги Фотев е публикуван монументалния сборник „Светове в социологията“ (2006) с участие на негови ученици и последователи и на световни имена в социологията като Зигмунд Бауман, Едуард Тирикян, Майкъл Бъроуей, Джон Рекс и др.

мерно единство. Тя свидетелства за зрялост и интегритет. Допарадигмалната наука се смята за незряла, а под тази метафора се крие неопределеност, несигурност и недостатъчна рационализираност. Юриспруденцията има дълга история и е отишла далече напред в своето развитие.

Монопарадигмална или полипарадигмална юриспруденция

Модерното право, чиято родина е Западна Европа, е ансамбъл от рационално дефинирани правни норми. То е писано право. Както и други модерни науки, правната наука в ранната ѝ класическата модерност се ръководи от принципа да се превърне в зряла наука, което означава да се формира като монопарадигмална наука. В основата на тази базисна ориентация е увереността, че пътят е в преодоляването на съществуващи и възникващи теоретични разногласия. Така стоят нещата



и с другите социални и хуманитарни модерни науки. Историческият опит опровергава идеала за монопарадигмална наука. В юриспруденцията, както и в другите социални и хуманитарни науки, се формират различни направления, школи, правни системи и пр. Най-подходящият титул е научни парадигми. Науката за правото, в т.ч. философията на правото, е полипарадигмална наука.¹ В рамките на една парадигма са възможни конкуриращи се теории, респективно спорни проблеми, но по съвсем различен начин стоят нещата в различните парадигми, тъй като между парадигмите съществуват несъизмеримости, което означава, че проблем или пък факт в една парадигма не е проблем, респективно факт в друга парадигма. Тук не можем да се впускате в по-големи подробности. Необходимо е да се изтъкне обаче, че въпросът за дискрецията стои по различен начин в различните парадигми на правната наука и респективно в правораздавателните практики.

Модерната юриспруденция се развива по пътя на нарастваща вътрешна диференциация и специализация. Това отговаря на вътрешната диференциация в развитието на модерното общество и нарастващата комплексност на обществото като цяло, както и на това, което бих характеризирал обобщено като процес на правна рационалност. Съвременната правна наука е огромен дисциплинарен ансамбъл. Ето непълен

списък, показателен за вътрешната диференциация и специализация в областта на късно модерната юриспруденция: конституционно право, авторско право, наследствено право, семейно право, трудово право, право на културата, вещно право, право на интелектуалната собственост, поземлено право, гражданско право, административно право, банково право, данъчно право, екологично право, застрахователно право, медицинско право, наказателно право, нотариално право, облигационно право, общинско право, осигурително право, митническо право, морско право, търговско право, финансово право, църковно право, полицейско право, дипломатическо и консулско право, международно публично право, международно трудово право, международно данъчно право, международно договорно право, международно наказателно право, международно търговско право, международно частно право, право на Европейския съюз и др. Корпусът от специализирани правни норми е толкова голям, че ориентирането в него дори на магистратите и други специалисти предполага специализирани методически компетентности. Но друг акцент е уместен в хода на изложението. Прилагането на всяка отделна правна норма е по необходимост свързано пряко и по-малко или повече опосредствано с други правни норми и съдията, както и другите участници в съдебния процес, са изправени пред въпроса да преценят и да аргументират връзките по значимост.

Подобна ситуация може да създава впечатление на пръв поглед на мека форма на дискреция. Фактически обаче става дума за правна компетентност.

¹ Въпросът за социологията като полипарадигмална наука е разработен в моята двутомна „История на социологията“, в „Диалогична социология“ и в други мои съчинения.

Правният мир в множествеността на световите

Правото е социален феномен. Това твърдение не е подвъпросно, дори ако се вярва, че неговият произход е божествен, защото и в подобни случаи е социален феномен по предназначение или пък в инструментално отношение. „Юриспруденцията води началото си от всеизвестната истина, че правото е нормативна социална практика“ (Колман, 2006:108). Всеизвестната истина, за каквото и да се отнася тя, не означава очевидна сама по себе си. Правото е мислимо/възможно единствено в социалния свят, но преди всички въпроси, които възникват от това кардинално условие на съществуването му изобщо, е фундаменталното онтологично характеризирани и схващане на социалния свят. Светът не е един-единен и монолитен. Съществуват множество светове. Уилям Джеймс допуска, че може би съществуват безброй светове. Множествеността на световите е специална тема във феноменологическата социология на Алфред Шюц. Има свят на сънищата, свят на лудостта, на науката, на изкуството, на фантазиите, всекидневен свят и т.н. От вътрешната гледна точка на всеки отделен свят съществува по безусловен начин съответна реалност. Преследваният в съня си от злодей или някакво чудовище преживява истински ужас и не изпитва никакво съмнение, че всичко, което преживява, е наистина реално. Едва когато човек се събуди, узнава, че е в леглото си, в друга реалност, а преживеният кошмар и преследването е било насън, а вече от външната гледна точка не може да

се говори за реалност. Когато сте пленени от любимата ви музика, сте потопени в една реалност и в същото време за вас няма друга реалност. Да се остане при дескрипцията на множеството реалности, означава да се остане в плен на релативизма, който не води никъде и в крайна сметка е състояние на абсурд. Опора пред множеството реалности е светът на всекидневния живот, който Шюц определя като върховна реалност. Тук не е мястото да се впускаме в обширната онтологична тема за разновидностите или слоевете на реалност.

Правистите и философите на правото напълно основателно говорят за правен мир. Правният свят е един от множеството социални или човешки (което е едно и също) светове. Обособеният правен свят/мир означава, че съществува безусловна от вътрешна гледна точка чисто правна реалност. Но правният свят не съществува сам по себе си и от само себе си. Както беше изтъкнато, той е социален свят във всеобхватния смисъл на това понятие. Другояче казано, правният мир/свят е

една от многобройните подвселени на социалния свят, каквито са светът на науката, светът на изкуството, светът на религиозния живот, политическият свят и т.н. От външна гледна точка например, от гледна точка на всекидневния живот, правният мир е иреален свят, което не означава празна фантазия или лишена от практическо значение фикция. Напротив, правото като такова е условие, без което е немислимо човешкото общество, респективно социалната реалност изобщо.

Фигурата на съдията в ситуацията, която може да бъде обозначена като дискреционна, се намира едновременно в два свята, които са свързани и в същото време различни и големият проблем е да се овладее раздвоението и, разбира се, да не се допусне шизофрения на съзнанието, изправено пред необходимостта да вземе финално решение.

Когато юристите говорят за правен мир, това не е свят във физическото пространство. Нормата е преди всичко факт на човешкото съзнание. Нормите и фактите са хетерогенни, но са взаимно съотносими, като нормите предхождат социално-жизнените емпирични факти.

Правният мир е царството на правните норми, които като образувачи този свят сам по себе си, са иреални, както е иреален в цялост този свят. Няма нищо смущаващо в това, ако е нужно успокояване на тревожни съзнания. По подобен начин са иреални числата, без които нашият практически живот е немислим, по подобен начин иреални, но не по-малко значими са ценностите (Фотев, 2012:20). Не само правните норми, но всички норми, взети сами по себе си, от външна гледна точка са иреални. Уместно е да се доизясни, че както е безсмислено да се говори за битие изобщо (Ницше), е безсмислено да се предполага или допуска реалност изобщо: смислено е да се говори за различни реал-

ности и за върховна реалност, както беше подчертано вече. Правният мир включва наред с правните норми правните субекти, правните отношения и йерархични правни институти, статuti и длъжности, правни актове, процедурни правила и т.н. Всичко това наподобява геометрията с нейните разнообразни фигури и чисти форми. В правния мир съдията е съдия и нищо друго, т.е. имаме правно-концептуален персонаж (правният субект в правния мир е концептуален персонаж също), наподобяващ идеалния тип на Вебер, който се определя освен всичко друго като утопия. Когато юристите говорят за правен мир, това не е свят във физическото пространство. Съществената разлика на нормата с идеалния тип на Вебер е, че тя не се свежда до познавателен инструмент и е съотнасяща се на онтологичен корелат. Когато в стереометрията се разглежда сфера, това не е едно и също с метална или снежна топка, които имат сферична форма, която е повече или по-малко далече отстояща от идеалната геометрична сфера. Правният

мир е правно-идеализиран свят и е подобен на идеалната държава с тази принципна разлика, че не е платонистки свят, не е онтологичен, а сам по себе си състоящ се от фикции (фикционален).

Всеки е сънувал своите сънища и сме си разказвали един друг свои сънища били те смешни, интересни, кошмарни и пр. Ние признаваме реалността на сънищата под условие. По аналогичен начин, като се имат предвид границите на аналогията по принцип, хората като членове на обществото признават действителността на правните норми. Признаването е условие на тяхната практическа значимост, а може би тяхната практическа значимост е основата на тяхното признаване. Това са възлови въпроси на съвременната юриспруденция.

Правни норми в ансамбъла от разновидности на норми

Нормата е преди всичко факт на човешкото съзнание. Абсурдно е да се предполага съществуване на норми в природния свят, ако изобщо е допустимо да се говори за такъв свят в строгия смисъл на понятието, което включва като конститутивен принцип смислови отношения, каквито в природата са изключени: човешкото съзнание е надприроден феномен, каквато е социалната реалност като надприродна и самоосновна. Нормата не е нещо/вещ, което е равносилно на това, че тя е противоположна на факта. Само от външна гледна точка нормата, каквато и да е тя, се таксува като факт. Нормите и фактите са хетерогенни, но са взаимно съотносими. Тази съотносимост е централен проблем на юриспруденцията и съответно на други нормативни (догматични) и емпирични (позитивни) науки.

Нормите и фактите са хетерогенни, но светът на всекидневния живот е върховна реалност (по същество емпирията на обществения живот на хората, животът на хората от плът и кръв) в съпоставка с множеството реалности. Нормите предхождат социално-жизнените емпирични факти, но това не е предхождане на типа емпирична реалност: те са предхождащи както майсторът разполага предварително с необходимия инструмент за предстоящата му конкретна работа. Не трябва да остава обаче впечатлението, че нормите са инструменти, макар че изпълняват и такава функция, която съвсем не е второстепенна. Аномията като обществен феномен, изучаван в социологията на Дюркем и след Дюркем, е ярко доказателство за функциите на нормите в обществото. Общественият живот на хората без норми се взривява или угасва, превръща се в безпорядък или в зверилник. Социалният ред е функция на съвкупността от норми. Всички норми съществуват в

обществото и само това дава основание да се определят като социални норми, като акцент, и че са немислими извън неговите граници.

Всяка норма е ограничение, което е в името на социално/човешко благо. Разбира се, ограничението не е самоцелно и произволно, което означава, че почива на някакви основания. Описанието на нормата не дава отговор на въпроса за смисъла на нормата, който не се заключава в нейните граници. Теоретичното положение за предназначението и смисъла на нормата, които се изразяват в отнасянето към емпиричната реалност, не трябва да се смесва с емпиричното, практическото функциониране на нормата. Емпиричната реалност хвърля предизвикателства към нормите. Другояче казано, обществото като процес хвърля предизвикателства към това, което обобщено е нормативната сфера. Вътрешната диференциация на обществото води след

себе си диференциация в тази сфера, в т.ч. и нейното обособяване от другите социални жизнени сфери. В модерната епоха са достатъчно отчетливо диференцирани множество различни нормативни системи, различни видове и класове норми. В хода на настоящото изложение е необходимо да бъдат маркирани видовете норми без претенции за изчерпателност.

Правните и моралните норми са в основата на социалния ред, който е условие, без което човешкият живот е немислим, обречен е на страдания и гибел: полярна противоположност на социалния ред е хаосът, който е пълно лишение от смисъл. Изразът социален ред е суперкод. В него е възможна свободата на членовете на обществото и на

групите, но той може да се изразява и в свирепа тирания. Във всеки случай почиващият на правото социален ред е свързан с принуда, докато моралът е лишен от присъщия си смисъл щом моралните норми се налагат принудително, както се постъпва понякога. Правните норми се създават от държавата и по-конкретно от законодателната власт. Моралът и моралните норми се раждат спонтанно в обществото и се интернализират от членовете на обществото в процеса на първичната и вторичната социализация на човешките индивиди. Има правни норми, които са близки до моралните, което не означава заменимост или смесване на едните с другите, има и такива, които са твърде далече и имат морално значение чрез правната система като цяло. Моралът се ограничава до изисквания и неодобрение на убийството например, докато правото диктува налагане на наказателна санкция (Kelsen, 1949:20). В света на религиозния живот са с основополагащо значение съответните на вероизповеданието религиозни норми. В сфе-

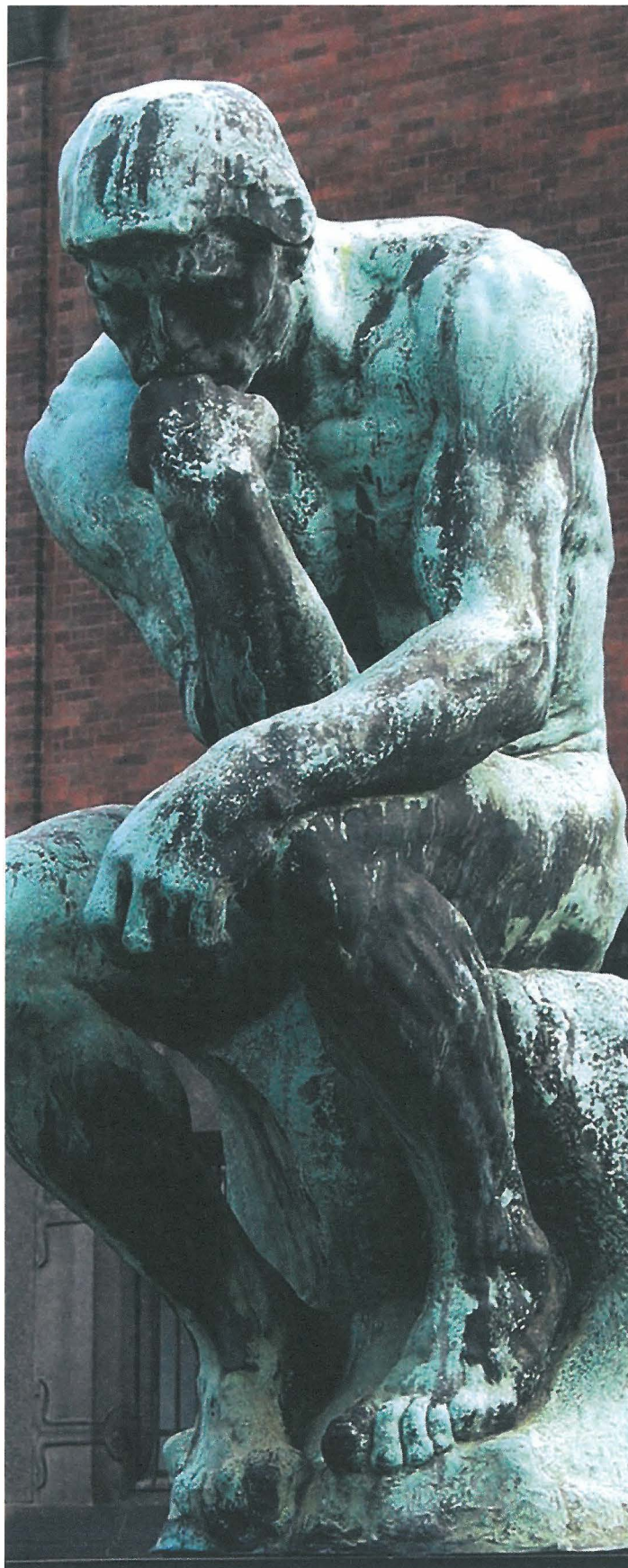
Общественият живот на хората без норми се взривява или угасва, превръща се в безпорядък или в зверилник. Социалният ред е функция на съвкупността от норми. Емпиричната реалност хвърля предизвикателства към нормите.

рата на културата функционират специфични културни норми. Дори в изкуството имат място типични за тази сфера норми, каквито са естетическите норми, колкото и те да са оспорвани в постмодерното изкуство. Има научни норми. Има технически и технологични норми в областта на технологиите. В сферата на политиката функционират политически норми. В икономиката като диференцирана жизнена сфера имат осево значение икономически норми. Медицината има своя нормативна база, която включва типично медицински норми, които, разбира се, са валидни единствено в нейните строги рамки. Така стоят нещата с много други, но не с всички видове норми, които маркирахме, и други, които тук не са маркирани. Някои от видовете норми като правните, моралните и социалните, в тесния смисъл на понятието, са валидни във всички жизненни сфери на обществото. Настоящото описание на нормативната основа на обществото хвърля известна светлина върху хетерогенната нормативна среда на правните норми – въпрос, който е от специален интерес за нас. Разбира се, нормативната среда не изчерпва средата, в която функционират правните норми. Общата среда на правните норми включва на първо място съвкупната фактическа среда или емпиричната действителност на обществения живот на хората. Тази теза се нуждае от понятийна конкретизация. Средата не просто на отделната правна норма, а на правната система, от която нормата е част, е обществото като система, а „общественият живот на хората“ се вписва непосредствено в определен социален/жизнен свят. Категориите „социална система“ и „жизнен свят“ са две перспективи на разглеждане на това, което обичайно се обозначава като човешко общество.

Правната система е вътрешно диференцирана в отговор на вътрешната диференциация на обществото като система. Компонентите на тази система са във функционални връзки. Обогащването на правната система със специализирани правни норми води до открояване на единства, които се отличават от основните видообразуващи признаци. Подобна *differentia specifica* е функционалното предназначение на правните норми. От такава гледна точка правните норми се делят на: декларативни (постановяващи принципи); дефинитивни (нормиращи правния език); регулативни и охранителни.

С оглед на нормираното обществено поведение правните норми се делят на императивни и диспозитивни. Императивните правни норми поставят рамка на позволеното поведение в обществото и в същото време забраняват всяко друго поведение. Диспозитивните правни норми се отнасят до параметри на обществения живот, в които субектите имат възможност сами да конкретизират правата и задълженията си. Пример в това отношение е сключването на договор. Диспозитивните правни норми са типични за областта на частното право.

Човек е немислим вън от обществото. Никой не е определил по-добре от Аристотел социалната природа на човека или фундаменталното условие на неговото съществуване изобщо, когато казва, че вън от обществото





човек би бил животно или бог. В обществения си живот хората имат задължения, разнообразни възможности и ограничения. Сред разнообразните механизми, нормализиращи човешкото поведение и социалните отношения, ключово значение имат правните норми, които биват: а) задължаващи; б) поощрителни; в) забраняващи и г) оправомощаващи.

Всяка развита правна система има вътрешна йерархия. В юриспруденцията битуват различни виждания по отношение на въпросната йерархия. Келзен изтъква, че всяка правна система представлява определена йерархия на правни норми. Той смята, че йерархията на правната система се определя от основна норма. „Тъй като основната норма е основанието за валидността на всички норми, включени в един и същ правен ред, основната норма конституира единството и множествеността на тези норми“ (Kelsen, 2005:205). Харт обосновава като централна теза на своята теория на правото делението и връзката между първични и вторични правни норми (Hart, 1994:7–99). В тези теории, които са станали класика в юриспруденцията, се поставя естествено класическият въпрос за рамката и същината на властта на съдията, т.е. въпросът за границите на дискрецията.

Правните норми уреждат социални отношения, които се различават по степен на общност, както и типологично. Традиционно е делението по род и вид, което се прави и в модерната юриспруденция. От такава гледна точка има общи правни норми, които се отнасят до съответен род социални отношения, специални правни норми, които се отнасят към определен вид социални отношения, и правни норми, които регламентират изключения от родовите и видовите обществени отношения.

Човешкият живот протича в две паралелни сфери, които имат свои структури, подлежащи на историческо изменение, и които са подвселени на човешкото общество като една вселена. Това са публичната и частната сфера, отличаващи се със специфични социални отношения и характер на човешките и институционалните взаимодействия. От макроструктурна и социетална гледна точка се говори за правни норми в частната сфера и правни норми, регламентиращи публичната сфера. В юриспруденцията се разграничават материални и процесуални правни норми, правни норми, които се отнасят до международните отношения и такива, чиято юрисдикция са границите на отделната държава.

Вече стана дума за подсистемите, обособените жизненни сфери и вътрешната диференциация на тези социални единства, което води до правно-нормативни спецификации и нормативни групирания. В такъв смисъл се обособяват граждански правни норми, наказателни правни норми, финансови правни норми и т.н. Дискрецията като свобода на действие на съдията не би могла да стои по един и същ начин, без значими нюанси в различните нормативни практики, тъй като свободата принципно е феномен в определени, конкретни условия и обстоятелства. Това е валидно и за всички други семейства от правни норми.

Класификацията на нормите включва: конституционни правни норми; законови правни норми и подзаконови правни норми. Съвременните правни системи представляват големи комплекси от норми, ориентирането в които е немислимо без рационализация чрез комплекс от правни норми. Такива са препращащите правни норми, които указват коя правна норма е необходимо да се приложи в определен случай. Има бланкетни правни норми.

Нормите се делят на формални и неформални. Правните норми са формални и писани. Има и други видове норми, които са изрично формализирани. Формалните и неформалните норми имат своите основания. Формалните норми възникват на основата на неформални норми, на по-късен етап на общественото развитие. Експанзията на формалните норми е специален въпрос. Последниците на експанзията са двусмислени. Тя отговаря на обективна необходимост и потребности на модерното общество, което се характеризира с нарастваща комплексност, анонимност на социалните отношения, връзки и зависимости и в резултат на всичкото това ограничаване възможностите на неформалните норми да насочват, ръководят и обезпечават надеждно обществено валидното поведение.

В резултат на диференциацията и обособяването на правните и моралните норми като самостоятелни сфери се проявява своеобразно съперничество между тях, което в развитието на модерното общество, по причини, които бяха макар и бегло отбелязани, социалното пространство на юридическите норми като формални норми се разширява сякаш експоненциално за сметка на собственото пространство на моралните норми. Спорен е въпросът дали експанзията на правните норми и в съвкупност на правото не е свързана със своеобразно инкорпориране на съдържанието на моралните норми. Този проблем е от фундаментален порядък. В междинно заключение може да се каже, че в модерната епоха има възход на правото в ансамбъла на диференцираните сфери на социални норми. Нарастват претенциите на правната власт в обществото, което се изразява в широко известната и едва ли не банализирана прокламация за върховенството на правото. „Трудно е да се помисли за по-банално изказване за правото от това да се каже, че то с необходимост предявява претенции за правната власт да ръководи поведението. Какво в крайна сметка

е правната институция, ако не нещо, което претендира да притежава правна власт да създава правила, отдава права и налага задължения? Това, дали правните институции с необходимост претендират за моралното основание да упражняват своята правна власт, е изцяло друг въпрос. Някои правни теоретици смятат така, други не са толкова сигурни. Но никой никога не е отричал (как и би могъл?), че правото се отличава като притежаващо правната власт да ни казва какво можем и какво не можем да правим“ (Шапиро, 2006:153–154). Властта на правото е принудителна или по-смекчено казано е неизбежно принудителна при определени обстоятелства. Оправданието на принудата е въпрос, свързан с

границите на правните норми и респективно с нейната легитимност. Експанзията на правото в модерното, и особено в късно модерното общество, е двусмислена тенденция. Възниква феноменът юридизъм, който заслужава отделно осветляване, още повече като се има предвид, че има пряко отношение към проблема дискреция, който е в центъра на нашето внимание.

Граници на правните норми

Всяка правна норма има своята определеност, а всяко определение, както казва Спиноза, е ограничение. Правните норми се ограничават взаимно и диктуват своята самостоятелност и незаменимостта си валидност. Подмяната или объркването на една правна норма с друга е въпрос на магистратска некомпетентност, на неволна грешка или на тенденциозно процедиране. Този въпрос не ни занимава тук. Правните норми не са механичен сбор, а са свързани в

система, която има хоризонтални и вертикални връзки. Тези въпроси имат впечатляващи разработки в юриспруденцията. Когато се поставя въпросът за границите на правните норми, се поставя всъщност въпрос относно понятието за правна норма.

Сред най-спорните проблеми в юриспруденцията са тези за правната система/системи и за природата на правната норма/норми. Тук не е възможно да се впускате в разчленяването на единия и на другия проблем, които са фактически проблемни комплекси. Ключов въпрос по отношение на характера на правната система е дали тя е затворена или пък отворена система. Това е кардинален въпрос, а възможните отговори са два и всеки от тях – с далече отиващи последици. Въпросът дали правната система е затворена или отворена е въпрос относно автономията на правото като норматив-

Движението в полето на правното мислене преминава през фигури, които наподобяват иманентна дискреция (свободна преценка на съдията). Необходимостта от дискреция възниква, когато са изчерпани възможностите за индивидуализация на правните норми, а вземането на съдебно решение е практически наложително и неизбежно.

на социална практика. Що се отнася до понятието за природата/същността на правна норма, кардиналният въпрос е дали понятието подлежи на дефиниция в строгия смисъл на думата и ако не се поддава на такава дефиниция, ако не е твърдо понятие, в такъв случай как се определя и какви са последиците на алтернативното му разбиране и схващане. Въпросът относно характера на понятието за правна норма като твърдо или меко е въпрос относно самостоятелността или липсата на такава при нейното приложение. Възможните отговори на формулираните два кардинални въпроса имат, както ще видим, пряко отношение към проблема за дискрецията.

Функциониращата правна система е част/подсистема на обществото като жива система. Няма форма на живот, каквато и да е тя, която да е мислима като затворена. Социалният живот на хората е най-висшата форма на живот, която ни е позната. Обществото е автопоезисна система, ако си послужим с ключовия термин на големия немски социолог Никлас Луман. Но тук не следвам теорията на Луман за социалната система. Непрестанното обществено развитие ни насочва към принципната отвореност на социалната система. Фактът, че правните системи се развиват, в т.ч. реформират, е свидетелство, че правната система е отворена. Допускането за затворена социална система би означавало гибелно условие за живота на обществото. Междинният извод е, че правната система не е напълно самостоятелна или, другояче казано, е относително автономна.

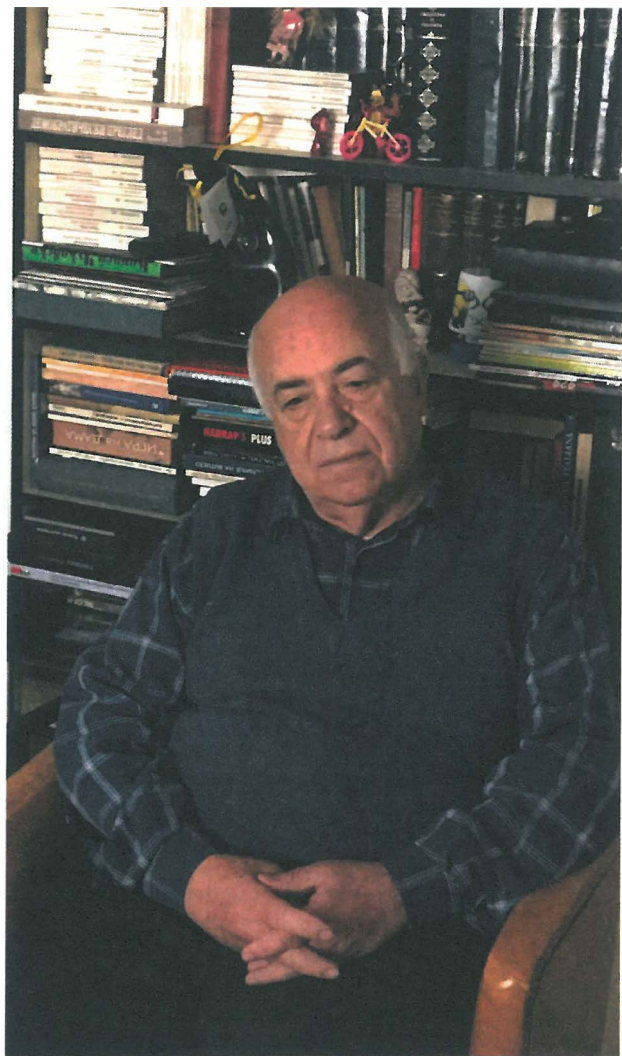
В „Диалогична социология“ съм разисквал обстоятелствено въпроса за дефиницията на понятията. Дефиниция в строг смисъл на понятието означава изчерпателно обхващане на признаците на това, за което се отнася даденото понятие. На изискванията на дефиниция отговарят математическите понятия. Когато условията на дефиницията не са изпълнени, се казва, че дефиницията е непълна или отворена. За такива случаи Кант използва термина експозиция. Всички социологически понятия, както и понятията на другите социални и хуманитарни науки, в т.ч. на правото, са по същество експозиции (Фотев, 2004:189). Понятието „правна норма“ е експозиция на признаците на феномена, защото е невъзможно да се схванат изчерпателно признаците на правната норма изобщо. Обстойната аргументация на тази теза би ни отвела далече. Индивидуализацията на дадена правна норма, проблем пред който се изправя съдията, както и останалите участници в съдебния процес, е необходима и възможна благодарение на природата на тази норма и определението на понятието като

експозиция. Индивидуализацията на правната норма с оглед на съдебния казус е процедиране в границите на правото. Качеството на това процедиране се определя от правната култура на оправомощените лица. Това не е прекрочване на границите на правото и не може да се говори за свободна (в смисъл на правно неограничена) преценка на съдията, която е в основата на хибридни теории на дискрецията. Налага се да си служим с меки понятия като правни компетенции и правна култура. Това са променливи, тъй като е очевидно, че варират: говори се за висока, не толкова висока, ниска и т.н. правна култура, както има и степенуване на правните компетенции. Освен тесен смисъл на правна култура, има и широк смисъл, когато например става дума за правната култура на обществото или пък на някаква негова социална група, страта и т.н.

Правното мислене има своя логика, то не е механичен процес, не е праволинейно и безпогрешно. Правното мислене се изправя пред различни решения при боравенето с правните норми и техните възможни връзки с фактите. Движението в полето на правното мислене преминава през фигури, които наподобяват иманентна дискреция (свободна преценка на съдията). Необходимостта от дискреция възниква, когато са изчерпани възможностите за индивидуализация на правните норми, а вземането на съдебно решение е практически наложително и неизбежно.

Изразът „индивидуализация на правната норма“ може да бъде криворазбран и подвеждащ. Не може да се разчита на подразбиране. Индивидуална правна норма е дървено желязо (оксиморон). Нормата е стандарт, с който индивидите си служат, с който се съобразяват и т.н. Повторяемостта на нормата е неин същностен признак, без който тя е немислима. Индивидът е неповторим и тази неповторимост е сърцевината на индивидуалното, което е полярна противоположност на нормата. Човешкият индивид е носител и функционер на правна норма, но правната норма, както и всяка друга норма, е по природата си наиндивидуална. В такъв случай какво означава индивидуализация на правната норма? Валидната правна норма е създадена или дадена (два термина са принадлежащи на различни правни парадигми) преди наличието на емпирични факти, към които предстои да се прилагат. Съдията разполага с правните норми преди началото на съдебния процес, но, естествено, тепърва предстои манифестирането на емпиричните факти, които, така да се каже, възникват сякаш от нищото, тъй като той, както и безброй други хора нямат абсолютно никаква представа, че нещо се е случило

Индивидуализацията на правната норма не означава, че съдията нагажда правната норма към индивидуалния случай, а разглежда индивидуалния случай от гледна точка на правната норма, като вниква в нея самата или пък я интерпретира.



някъде по някое време. Индивидуализацията на правната норма не означава, че съдията нагажда правната норма към индивидуалния случай, а разглежда индивидуалния случай от гледна точка на правната норма, като вниква в нея самата или пък я интерпретира. В такъв смисъл става дума за индивидуализация на правната норма от съдията. Между вникване в правната норма и нейната интерпретация може да има правно-парадигмални различия, но в момента не може да се впускате в подробности по въпроса. Има граница, предел на индивидуализацията, защото правната норма е в най-добрия случай прецизна експозиция на признаци, която дава частично осветляване на съдебния предмет, т.е. на приетите за релевантни правни факти в съдебния процес. Колкото и малка да е неосветената от гледна точка на правната норма част, тя остава подвъпросна от правна гледна точка. Индивидуалният случай принципно не подлежи на понятийно схващане. Както казва Гьорг Зимел, индивидуалното подлежи единствено на безкрайно описание, което означава, че неговите признаци са безчет. Безкрайността е граница на човешкото мислене и познание.

Правните норми са правила, но инверсията в случая е неуместна, защото не може да се каже, че правилата са правни норми в пълния смисъл на това понятие. Нормата оформя съдържание и в такъв смисъл тя е цел, която отговаря на социални очаквания. Правните

норми са изявата на правния разум, а в по-широк смисъл на практическия разум. Правилата са инструменти за постигане на цел и ценност, те са израз на инструменталния разум. Правилата са процедури на смислово ориентирани и координирани действия. Правните норми наподобяват правилата и в определен смисъл указват начина за постигане на преследвана цел и/или ценност. Те управляват човешкото поведение и претенцията за власт на правото е негова същностна характеристика, но това не е власт заради самата власт, т.е. правната власт не е самоцел. Има правила, по които се създават, променят и отменят правните норми, но правилата не определят нормите в съдържателно отношение и както е при всички инструменти, отношението към съдържанието е външно. Едни и същи правила могат да имат коренно различни резултати в нормотворчески план или, с други думи казано, на основата на добри правила може да бъде сътворен лош закон, негодна правна норма. Правилата са начин на реализиране на формална рационалност, те са манифестация на формалната рационалност, когато са добре промислени и находчиво изобретени. Правилата в областта на прилагането на правото са техническа страна в правната нормативна социална практика.

Както вътрешно диференцираната социалната система на модерното, и особено на късно модерното общество, се характеризира с нарастваща комплексност, така и вътрешно диференцираната правната система като нейна подсистема се характеризира с нарастваща комплексност, с което по необходимост нараства значението на правилата като формално-рационализиращи инструменти. Правилата спомогат да се предпазва автономията на правната система, да се гарантира независимостта на съдията и ефективното функциониране на органите, елементите на системата, изпълнението на предписаните дейности на длъжностните лица и т.н. Има правни норми, закони, кодекси и правилници за тяхното приложение. Във всяка социална дейност, в т.ч. и в правната практика, има писани и неписани правила, като неписани правила не означава нелегални, макар че в социалните практики, за съжаление, има и нелегални правила, например в престъпните групи, в мафията и др.под.

Процедурите (приложението на правилата или действието под диктовката на правила) правят нормативната социална практика видима за външния наблюдател, но те могат да създават привидности. Свободната преценка на съдията е въпрос на изчерпано процедиране в чистото поле на правните норми. Тя е въпрос за правило, което има основанията си в юриспруденцията.

Съдията, както и всички останали, са подвластни на правните норми. Правната норма е на всички членове на общността и в същото време е ничия. Магистратът не притежава нормата, както е притежател на своите представи за най-различни неща, ако перифразираме едно изказване на Фреге за мислите и представите на някой човек.

Правният смисъл на фактите и ситуацията на невъзможно нормативно осмисляне

От гледна точка на здравия смисъл и респективно на позитивизма фактите са нещо очевидно от само себе си и познавателната задача е те да бъдат описани, колкото това е необходимо, да се установят връзките и зависимостите между тях, да се систематизират, класифицират и т.н. Подобно третиране на факта изобщо е наивно и безкритично допускане, което не е безпочвено, но почива на сериозни предразсъдъци, страда от тежки недостатъци и е заредено с опасни заблуди, които се оголват в състояние на криза. Тук не е възможно да се навлиза в подробности на обширна тема и нелек проблем, дълго обсъждани във философията и науката. Фактът не е изначална даденост, а е преди всичко проблем. Ние виждаме това, което знаем, или по-добре казано, което разпознаваме и доколкото го разпознаваме, го разграничаваме. Когато се затрудняваме да разграничим нещо, което попада в обсега на нашия поглед се затрудняваме да кажем що за факт е това, което се мерзее пред нас. Човешкото мислене и познание е перспективно и при смяната на перспективата видимото става невидимо, а невидимото по-рано става видимо. Обичайната представа, че най-напред ни са дадени факти, които след това познаваме е подвеждаща и нерелексивна, защото като се опитаме да отговорим на въпроса как се е получила въпросната очевидност, виждаме, че „интуицията“ е всъщност предварително акумулирано опитно знание. Когато казваме, че фактът е преди всичко проблем, ние правим крачката към тезата относно факта като конструиран в познавателен смисъл. Хората не боравят с други факти, освен със смислово конструирани факти. Когато се говори за голите факти, за факти, които говорят от само себе си, това са метафори, които вършат работа в определени ситуации, но без условностите твърденията са погрешни.

В правото се бори с правни и единствено с правни факти. Има най-разнообразни класове факти, които очевидно са правно нерелевантни. Има факти, които са ирелевантни, но би могло да станат релевантни. Правно релевантните факти се наричат правни факти. Необходимо е отново да се подчертае, че правните факти не са предварително дадени, макар че тяхното мигновено разпознаване в определени случаи създава впечатлението за начална очевидност. Въпросът е в конструирането на правен факт. Правната норма приписва или дава възможност за проявяване на правния смисъл на някакъв социален факт. Има такива и толкова класове правни факти, каквито и колкото правни норми са формулирани. Всеки правен факт е преди всичко социален факт. Тоталният социален факт е социологически факт. Под тотален социален факт се има предвид смисловото определение на социалния факт с оглед на цялостния му социален контекст. Социалният факт е правен, тъй като се осмисля от гледна точка на определена правна норма, каквато естествено е правната система или пък конституцията, респективно универсалните правни норми. Всяка правна норма, както беше изтъкнато, има своите граници на валидност. Под валидност се има предвид на първо място определеният от дадената норма правен смисъл на факта. Тоталният социален факт



включва, разбира се, не само правен смисъл, но наред с него икономически, културен, морален, политически, етнически, евентуално, религиозен и т.н. смисъл, които се диференцират в съответните перспективи, но това не прави икономическия, културен, морален, политически и т.н. факт социологически факти.

Правните норми определят, приписват правен смисъл на социалните факти, но на границите на този смисъл, които са граници на дадената норма, където нормата като експозиция се оказва отворена, се появява друг социален факт с неправилен в чистия си вид смисъл, който може да е този на моралния факт, на политически, психичен, лингвистичен и т.н. факт. Съдията се изправя и осъзнава границата на правното отсъждане, гласът на правото мълква и му се налага свободно да определи какво би казало правото, ако може да му продиктува решение. Дискрецията е събитие, когато съдията не е в състояние да завърши правното осмисляне на казуса, но да реши по начин, който не нарушава духа на закона.

Има или няма съдията свобода на действие

Тезата на правния позитивизъм, една от най-влиятелните парадигми в юриспруденцията, е категорична по въпроса, че във всяка правна система се стига до случаи, когато съдията наложително влиза в режим на дискреция, т.е. упражнява свобода на действие, за да стигне до решение по възникнал необичаен или труден правен казус. Харт (Herbert Lionel Adolphus Hart (1907–1992), един от най-големите философи на правото на XX в., в класическото си произведение *The Concept of Law*, обосновава тезата за неизбежността на дискрецията при приложението на правните норми в случаите, когато съществуващите в дадената правна система, която и да е тя, правни норми се оказват недостатъчно определени и непълни от гледна точка на фактите. „Тезата за свободата на съдебна преценка казва, че в отсъствието на правни правила съдиите трябва да упражнят свобода на съдебната преценка, поглеждайки отвъд правото. Когато не съществува приложимо правно правило или когато правилото съдържа неясни или двусмислени термини, съдиите нямат друг избор, освен да изработят ново правно разрешение за новата ситуация. Докато като

цяло може би е добре неизбраните съдии да прилагат правото, а не да го правят, понякога просто не съществува право, което да бъде приложено, и съдиите трябва по необходимост да надянат мантията на законодател, в случай че следва да се стигне до решение“ (Шапино, 2006:163). Дискрецията запълва съществуваща дупка в правото (Hart, 1994:272). Харт, както и Ханс Келзен, разграничава правото, респективно правната норма, от морала, респективно от моралната норма. Коварството на дискреционната ситуация се състои в обстоятелството, че длъжността на съдията е принципно различна от законодателното тяло на държавата, което е избрано от суверена, и единствено то легитимира правните норми, отменя ги, променя ги, създава нови. Съдията не е избран от суверена и неговата длъжност е да прилага правото.

Роналд Дуоркин, студент на Харт, голям критик на своя учител и негов наследник в Оксфорд, основателно свързва въпроса с дискрецията не просто с отделни норми, или по-точно казуси, а с начина, по който се разбира и третира правото изобщо. Основните съчинения на Дуоркин са в голямата си част остра критика и полемика с правния позитивизъм. Харт отговаря на критиките на Дуоркин в знаменития „Послеслов“ към второто издание на своето основно съчинение „Понятието за право“. Това е типичен сблъсък не просто между две правни теории, а сблъсък между две правни парадигми. Харт и Дуоркин имат свои даровити привърженици и последователи, между едните и другите има теоретични различия, но двата лагера са още един ключов признак, че става дума за различни парадигми. Ето част от моето основание да се спра в предходното изложение специално на въпроса за парадигмите в съвременната юриспруденция.

В перспективата на правния позитивизъм правната норма е такава, каквато е. Между другото, понятието „позитивизъм“ от времето на Конт и първия правен позитивизъм до наше време е твърде многозначно. По тази причина ударението върху това, което (правните норми са налични), без проблематизиране на наличното, е уместно. В перспективата на интерпретативната правна парадигма на Дуоркин обаче правната норма разкрива присъщия ѝ смисъл в интерпретацията, чито граници, а следователно и границите на правната норма, се определят от правните принципи и политически (в смисъл на избор сред възможности) стратегически цели. Правните принципи и заложените в правната система стратегически цели са също и естествено правни стандарти, но те са различни от правните норми като стандарти. Когато съдиите спорят за правни норми, те се впускат в доводи, като се обръщат към правните принципи. В интерпретативната правна парадигма, за

разлика от тази на правния позитивизъм, а и от други парадигми в юриспруденцията, се поставя и решава по различен начин проблемът за отношението между право и морал, между правни и морални въпроси. В парадигмата на естественото право, когато теологията господства безвъпросно както над философията, така над правото и останалите дялове на знанието, не може да се говори за обособяване на морални и правни норми, т.е. правните норми имат естествено морален характер. Впрочем по такъв начин стоят нещата и с политиката. Но в епохата на Ренесанса Николо Макиавели осъществява радикален/парадигмален поврат в разбирането на политиката. Макиавели открива, че политиката има различна логика в сравнение с моралното поведение и моралните очаквания към поведението на човека, в т.ч. пък бил той и княз. Има ужасно неразбиране на осъществения от Макиавели поврат в третирането на политиката и макиавелизъм се превръща в синоним на политически аморализъм. Но това е обширна и сложна

тема, която не е възможно и уместно да се поставя тук на разискване.

В правния позитивизъм в името на научната строгост на юриспруденцията, с оглед на чисто правната логика, предпазване на правото от извънправни фактори, осигуряване автономността на правото и т.н. се прокарва разграничението между сферата на правото и тази на морала, както и на други нормативни сфери, за които стана дума в предходното изложение. Това разграничение не означава, че правото се третира като аморален ареал на обществения живот на хората, като нещо подобно на макиавелизма. Правният позитивизъм бил

той на Келзен или пък на Харт, за да не изброяваме повече разновидности, е, освен всичко друго, загрижен да не се смесват правните и моралните норми, защото подобно смесване и съподчиняване, особено в модерната епоха, когато има нарастваща вътрешна диференциация на обществото като система и нарастваща комплексност на обществото и обществения живот на хората, води до извращение както на правото, така и на социално-интегративните функции на морала.

Постулатът за чистотата на правото, който има ключово и фундаментално значение в правната теория на Ханс Келзен, не може да бъде пренебрегван и омаловажаван в перспективата на която и да е парадигма, претендираща да е правна. Ако се допусне смесване на правото и морала, възниква въпросът защо да не се допусне смесване на правото и психологията, правото и социологията, правото и политическата наука (Kelsen, 2005:1). Погазването на постулата за дисциплинарна чистота може да доведе до пълни абсурди и обезсмисляне на правото. Чистотата на правото съвсем не означава безразличие към морала, икономиката, политиката и т.н. Там, където се срещат правото и морала,

Дискрецията е събитие, когато съдията не е в състояние да завърши правното осмисляне на казуса, но да реши по начин, който не нарушава духа на закона.

правото и икономиката, правото и политиката и т.н., възникват проблеми, които се осветяват и разрешават от трета перспектива (разглеждане на правните понятия като експозиции), която не е механичен сбор от двете отделни гледни точки. Смесванията водят до негативни последици. Има красноречиви негативни примери. В реализацията на комунистическия проект и в условията на тоталитарно-комунистическата система т. нар. социалистическо право е проникнато от комунистическия морал и правото се превръща в квазиправо, а моралът в квазиморал. От гледна точка на правния позитивизъм е, меко казано, съмнително дали може да се говори за право в рамките на тоталитарните държави от национал-социалистическата и фашистката система. И все пак в перспективата на правния позитивизъм проблемът с отношението между правото и морала като разграничение е убедителен, но това не е достатъчно с оглед възможните дилеми в социалната правно-нормативна практика.

Между правните парадигми, както беше изтъкнато, съществуват несъизмеримости, но естествено има общи и повтарящи се черти и характеристики дори отделни общи принципи. Полипарадигмалният характер на съвременната юриспруденция и неизбежността на несъизмеримост, която се изразява в такива базисни различия, че юридическият факт в една парадигма няма място в друга и проблемът в една няма място в друга, както и обратното налага при въпроса с дискрецията да се обърне внимание на алтернативните интерпретации дали те не се дължат на различни перспективи на разглеждане (Vila, 1999:171). В такъв случай е необходимо да се прецени, коя от перспективите има по-силни правни основания. Няма правна парадигма, която да отрича, че правото има място и е възможно единствено в човешкото общество. Въпрос на други принципи е как е възможно правото в социалната действителност, в социалния жизнен свят и какви са функциите или предназначението на правото, респективно на видовете правни норми. Дуоркин отделя специално и централно внимание на правните принципи и стратегическите цели на правото и на това ниво търси отговор на въпроси, които са главоблъсканици в други правни парадигми, какъвто е далече не второстепенният, а напротив в известен смисъл фундаментален проблем за дискрецията, която определих като гранично събитие в универсален смисъл, т.е. неизбежен въпрос за всяка една правна система и във всяка една правна парадигма. Принципите на правната система и нейните политически стратегически цели поставят границите на правото. Дуоркин твърди, че правните принципи са също стандарти, както са стандарти правните норми, но това са различни стандарти, на основата на които се произвеждат правните норми. Така се дава отговор на въпроса и не се отрича тезата, че правото произвежда самото себе си, т.е. се създава според самото него, което е въпрос на всеки идентитет. Не можем да търсим отношението между морал и право на нивото на отделна правна норма по отношение на определена морална норма или каквато и да е друга норма, макар при някои

видове правни норми да изглежда, че съзвучието е от пръв поглед несъмнено. Юристите знаят много добре, че много правни норми нямат никаква пряка кореспонденция с морални норми. Ето, да разгърнем наслуки Наказателнопроцесуалния кодекс (НПК), и погледът ни е на чл. 34, който гласи: „Всеки акт на съда трябва да съдържа: данни за времето и мястото на издаването му; наименованието на съда, който го издава; номера на делото, по което се издава; имената на членовете на съда, на прокурора и на съдебния секретар; мотивите; диспозитив и подписите на членовете на състава“ (НПК, 2015:24). В Закона за правната помощ фигурира (чл. 2) следната правна норма: „Правната помощ по този закон се осъществява от адвокати и се финансира от държавата“ (НПК, 1015:381). И тази правна норма няма пряка кореспонденция с никоя морална норма. Юристите и други лица, участвали в съдебен процес, знаят и признават, че при конкретен казус както ищещът, така дори и подсъдимият смятат присъдата в резултат от приложението на дадена правна норма за справедлива, за победа на доброто над злото. Във финансовото право и в други правни области има правни норми, които е неуместно да се обсъждат от гледна точка на морални норми, там може да изглежда, че има семейни прилики с техническите или някакъв друг клас социални норми. Правните принципи имат непосредствено и неизбежно морално значение и смисъл. Дуоркин поставя въпроса за отношението между право и морал в светлината на правните принципи. От такава гледна точка въпросът за свободата на действие на съдията, дискрецията стои по различен начин в сравнение и съпоставка с правния позитивизъм и други правни парадигми. „Свободата на действие на едно длъжностно лице означава, не че то е свободно да решава, без да се опира на стандартите за смисъл и честност, а само че решението му не е контролирано от стандарт, определен от специфичната власт, която имаме предвид, повдигайки въпроса за свободата на действие“ (Дуоркин, 2003:58). Не е работа на съдията, на магистратите и на юристите изобщо да правят морални и дори ценностни съждения, макар да е естествено, че приемат правните знания и упражняваната правна практика за незаменима ценност. По подобен начин стоят нещата и в социологията и науки като социологията, която, независимо че е емпирична наука, се различава от юриспруденцията, която е нормативна наука. Правното разсъждение изобщо остава в границите на правото. Принципите и стратегическите цели на правото са дали отговор на отношението между право и морал, право и ценности изобщо. Съдията е длъжностно лице и като всяко длъжностно лице е в различно качество в сравнение с останалите свои качества като цялостна личност, като член на обществото. „Правото не просто обявява какво трябва или не трябва да правят отделните граждани. То предвижда какво е техен дълг и какво нямат право да вършат. Нещо повече, то не просто съветва съдиите и другите длъжностни лица какви решения да вземат, а предвижда, че техен дълг е да признават и да прилагат определени стандарти. Възможно е в някои дела един съдия да не е длъжен да взе-



ме нито едно от двете решения. При този род дела трябва да се задоволим с това да говорим какво трябва да стори съдията. Според мен тъкмо това имаме предвид, когато казваме, че в подобно дело съдията има свобода на действие“ (Дуоркин, 2003:77). Проблематичността или трудността на казусите в практиката на съдиите е от различен порядък. Проблемът на дискрецията стои с по-голяма острота при особено трудните казуси. Ищецът и ответникът представят пред съдията своите истини, които са във формата на факти. Съдът е място на фактическата истина и фактическата неистина, която се доказва. Първостепенна задача е да се установи обективната истина, която има правен смисъл, определен от правна норма. Това, което хората от всекидневна гледна точка отсъждат без колебание като морално посягателство, разврат или нещо подобно, влиза в съда и става предмет от правна гледна точка или с оглед на правна норма. Съдията интерпретира правни норми, но заедно с това интерпретира факти, материали по делото. Така се стига до обективната истина, която може да се окаже, че е идентична с истината на ищеца или с истината на ответника, възможно е да се окаже, че не е нито едното, нито другото, но казусът се оказва наистина много труден, когато и двете страни са прави, а правният разум диктува съдията да вземе решение. Доброто съдийско решение е това, което почива на сигурност или на достатъчна сигурност. Не става дума за субективна несигурност на съдията, която може да се дължи на неговата недостатъчна компетентност, на осъзнавана прибързаност, влияние на психологически фактори и т.н., а несигурност, произвеждана от валидност на равностойни стандарти, един в полза на ищеца, друг в полза на ответника. Подобна ситуация разисква Дуоркин (Дуоркин, 2003:104).

Юристите знаят, а в някои случаи и сред публиката има разбиране, че съдията прилага с неохота закон, който е очевидно несправедлив и дори неговият чисто правен смисъл е твърде съмнителен. Съдията е длъжностно лице, но той не е робот и не се възприема, естествено, като част от машина, макар че в някои отношения съдът работи и трябва да работи като машина.

Правната етика изисква от всеки магистрат да изпълнява професионалния си дълг и да не нарушава правните норми и правила. Но съдията не е само длъжностно лице, а жив човек и цялостна личност и не би могъл да е безразличен към обществено валидните морални стандарти и императиви, има човешка съвест, която бди над собствените му дела. Свободата на действие (дискрецията) на съдията не е просто облекчаване на вътрешните терзания и успокояване на неговата вътрешна съвест. Тя е израз на същностна характеристика на правното разсъждение, правно мислене, което не се свежда до чисто калкулиране на правния разум. Ситуацията на дискреция е изпитание на правния разум, но това налага да обърнем рефлексивен поглед към този разум или по-точно казано, да обърнем внимание на присъщата му рефлексивност. Ако правният разум пренебрегне границите на правото, а не просто на отделна правна/правни норми, той разрушава сам себе си. Какво е правно-разумното решение при необичайната ситуация, която се обозначава като гранична ситуация и в някои правни парадигми води до нарушаване границата на правото?

Границите на правото се определят от правния разум, който е нещо повече от рационалност, така необходима и без която е немислимо модерното право, не случайно свързвано с определенията си като рационално и писано. Принципът на рационалност е водещ в правната система, в която се предполага, че правният разум е заложен, иманентен и се явява на преден план при необичайната и гранична ситуация на дискрецията. Принципите и стратегическите цели на правната система са правно-разумни, тъй като, както беше вече отбелязано, правото не може като социален феномен, част от социалната система, конструктивен и конститутивен принцип на човешкия/социален жизнен свят, да бъде безразлично към морала, и обобщено казано, към социалния разум или разума в социалния живот на хората, изразяващ се в социалния ред като антипод на ирационалния безпорядък. Когато съдията се ограничава до неразрешимата дилема, породена от празнотата в правната норма/норми по отношение на установените обективни факти и правната рационалност се оказва блокирана, правният разум ни връща към принципите и стратегическите цели на правната система. Оттам се черпи ресурс за решение на дилемата, която бихме нарекли дискреционна дилема.

Юристите, независимо каква правна парадигма се причисляват, са наясно, че техните занимания са немислими без тълкуване на правните норми и материалите по даденото дело, в т.ч. писмени и устни показания и т.н. Юриспруденцията не може да не си дава сметка за развитието на херменевтиката, както философската, така и нароилите се херменевтически поддисциплини, в т.ч. правната херменевтика. Интерпретацията върви по два противоположни вектора в разкриване на скрития смисъл на буквален текст. Едната посока е разкриване на вложения в даден текст начален смисъл и следователно свързан с минало, а другата е възможен и следователно свързан с бъдеще смисъл.



Съдията гледа на правната норма като начално вложен в нея правен смисъл, но заедно с това извлича правен смисъл с оглед материалите по делото и предстоящото решение, което предстои да постанови. Пред дискреционна ситуация съдията би установил празнота в правната норма и може да намери изход, ако последва предлаганата във философията на правото и респективно в теорията на дискрецията на Дуоркин ориентация към принципите на правната система и нейните политически стратегически цели, което би му дало възможност да реши необичайни казус, без да напуска границите на правото и без да се нагърбва с власт, каквато не се полага на длъжността му. Тук обаче изоставям теорията на Дуоркин и други философи на правото и теоретици на съдийската дискреция. Връщам се към въпроса за дефиниция и експозиция, който бе засегнат в предходното изложение.

Един контент-анализ на правните дискурси вероятно би установил, че терминът дефиниция или синонимът определение е сред тези с най-голяма честота. За юристите това не е никак изненадващо. Стриктните определения (дефиниции) в сферата на правото възпрепятстват в максимална степен подразбирането, което е естествено във всекидневния живот, т.е. в света на

естествената нагласа (има предвид термините на феноменологическата социология и етнометодологията), в художествената литература и т.н. В правната сфера строгостта и точността имат значение, което е сравнимо с това в области като медицината. Бих казал, че в сферата на правото, където няма измервателни правни инструменти, аналогични на медицинската апаратура, нещата с точността и строгостта стоят по-трудно, отколкото в медицината, но тук не е възможно да се впускате в разискване и аргументация на такава една теза. Понятията за правни норми не подлежат на дефиниции (определения) в строг смисъл, т.е. не е възможно изчерпателно обхващане на признаците на правната норма. Когато юристите говорят за определения (дефиниции) е необходимо да имат предвид, че фактически си служат с експозиции. При дискреционна ситуация съдията е изправен пред необходимостта не да създава нова правна норма, което дължността му, естествено, не предвижда, но експозицията позволява да се вземе предвид признак на нормата, който е фактически отсъстващ. Това обаче се прави в светлината на принципите на правната система и нейните политически и стратегически цели, с които съдията е наясно и е длъжен като съдия да е наясно.

Заклучение

В предмодерното общество познавателният интерес и изобщо фундаменталната жизнена нагласа е фокусирана върху статиката, върху предзададен ред на света, в т.ч. на обществото. В модерната епоха фокусът е върху промяната, която в епохален мащаб се оказва експоненциална, защото в късно модерната епоха изглежда, че промяната е останала единствената константа. В такива условия модерното право, което е рационално и писано, което е принципиално условие за осигуряване и създаване на социален ред, но в същото време е призвано да отговаря на социалните промени, е изправено пред необходимостта да променя самото себе си, без да губи идентичността си, което означава устойчивост на принципите на правната система и нейните политически стратегически цели. Правото е „кохерентно и структурирано цяло“ (Дуоркин, 1986:400). Отстояването на тези принципи става все по-трудна задача. Вътрешната съгласуваност на правната система не означава дефиниране на правните норми веднъж завинаги. Най-чувствителното място на това как правните норми работят е съдът. Съдията не е проповедник в съда, макар че е възможно да ходи редовно като ревностен мирянин на неделните служби в църковния храм, да препрочита в свободното си време Новия завет, и специално Проповедта на планината. Съдията не е моралист, който загрижено учи децата си да разграничават доброто от злото, обича да чете Сенека, Монтен, „Никомаховата етика“ и т.н. Съдията не е естет, макар че не е изключено да обича картините на Модилиани и/или музиката на Албиниони. Съдията не е търговец на стъклени перли. И т.н. Съдията в съда е съдия, магистрат, и от него не може да се очаква нищо друго и да се иска нищо повече или по-малко. Той е „принц“ в „империята на правото“ (Дуоркин, 1986:407). Властта е на правото и

неговото върховенство важи с пълна сила за него самия, който не може да прави нищо друго, освен да го прилага, като тълкува правните норми и правния смисъл на фактите, представени в съда. Политиката, чието място е на площада, няма никакво място в съда. Каквато и да е политическа и всякаква друга външна намеса в съда и зависимост на съдията са изключени.

Прилагането на правните норми е практическо действие, и то властно действие. Не може да има никаква злоупотреба с тази власт, защото и най-малкото накърняване на принципа на правото може да има несъразмерно големи негативни последици, а големи могат да бъдат на първо място последиците от морално естество. Какво по-голямо зло може да се стовари върху човека от плът и кръв, ако невинният е осъден като престъпник, ако бъде съсипан един почтен живот загинаги и т.н. Ситуацията на дискреция, която теоретически се мисли по различни начини, която се категоризира по-скоро като изключение от правилото, дори се смята за маргинален въпрос, определян като гранично събитие, придава на въпроса изключителна значимост.

От съдията, както и от адвоката, се изисква превъзходно познаване на специфичната област (вид) правни норми, познаване на правната система, нейните принципи и политически стратегически цели, богата правна култура и виртуозност, в смисъла, който има предвид Хана Аренд, когато очертава образа на добрия политик.

Библиография

- Вебер, Макс. Ученият и политикът. София, Micro-print, 1993.
- Дуоркин, Роналд. Да се отнасяме към правата сериозно. София, ИК Критика и хуманизъм, 2003.
- Йотов, Стилиян (съставител). Философия на правата. София, УИ „Св. Климент Охридски“, 2009.
- Кели, Джон М. Кратка история на западната теория на правото. София, Рива, 1998.
- Колев, Тенчо. Дискреционна власт и вътрешно убеждение на съдията. София, УИ „Св. Климент Охридски“, 2013.
- Колман, Джулс. Инкорпорационизмът и тезите за конвенционалността и за практическата значимост. – В: Джулс Колман (Съставител). Коментари върху Послеписа на Харт към Понятието за право. София, „41Т“ ЕООД, 2006.
- Пенчев, Константин, Иван Тодоров, Георги Ангелов, Богдан Йорданов. Административнопроцесуален кодекс. Коментар. София, Сиела, 2006.
- Славова, Мария. Принципи на административното право. София, Сиби, 2002.
- Таков, Кристиан. Как се решава частноправен казус. София, Сиби, 2007.
- Торбов, Цеко. История и теория на правото. София, Изд. на БАН, 1992.
- Фотев, Георги. Криза на легитимността. София, УИ „Св. Климент Охридски“, Академично издателство „Проф. Марин Дринов“, 1999.
- Фотев, Георги. Принципите на позитивистката социология. София, Изд. на БАН, 1982.
- Фотев, Георги. История на социологията. Т. 1., София, УИ „Св. Климент Охридски“, Второ издание (2002), Изд. „Труд“, 1993.
- Фотев, Георги. Диалогична социология. София, „Изток-Запад“, 2004.
- Фотев, Георги. Дисциплинарна структура на социологията. София, „Изток-Запад“, 2006.
- Фотев, Георги. Граници на политиката. София, ЛИК, 1999.
- Фотев, Георги. Ценности срещу безпорядък. София, „Изток-Запад“, 2008.
- Фотев, Георги. Сфери на ценностите. София, Изд. на НБУ, 2012.
- Фотев, Георги. Смисъл и разбиране. София, „Изток-Запад“, 2014.
- Хегел, Георг Вилхелм Фридрих. Философия на правото. София, ГАЛ-ИКО, 2000.
- Шапиро, Скот Дж. За изхода на Харт. – В: Джулс Колман (Съставител). Коментари върху Послеписа на Харт към Понятието за право. София, „41Т“ ЕООД, 2006.
- Austin, John. The Province of Jurisprudence Determined. , Cambridge, New York etc., Cambridge University Press, 2001.
- Bayles, Michael D. Principles of law. A Normative Analysis. Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1987.
- Dworkin, Ronald. Law's Empire. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. A Matter of Principle. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1985.
- Finnis, John. Philosophy of Law. Oxford, New York, Oxford University Press, 2011.
- Gottfredson, Michael R, Don M. Gottfredson. Decision Making in Criminal Justice. Toward the Rational Exercise of Discretion. New York, Springer Science+Business Media, 1988.
- Habermas, Jurgen. Between Facts and Norms. Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1996.
- Hart, H. L. A. The Concept of Law. Oxford, Clarendon Press, 1994.
- Kelsen, Hans. General Theory of Law and State. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1949.
- Kelsen, Hans. Pure Theory Of Law. Clark, New Jersey, The Lawbook Exchange, Ltd., 2005.
- Kelsen, Hans. Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford, New York, Oxford University Press, 2005.
- Marmore, Andrei. Philosophy of Law. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 2011.
- Patterson, Dennis (ed.). A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Hoboken, New Jersey, Boston, Oxford etc., Wiley-Blackwell, 2010.
- Posner, Eric A. Law and Social Norms. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2000.
- Posner, Richard A. The Problems of Jurisprudence. Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 1994.
- Raz, Joseph. The Authority of Law. Essays on Law and Morality. Oxford, New York, Oxford University Press, 1979.
- Raz, Joseph. Practical Reason and Norms. Oxford, New York, Oxford University Press, 2002.
- Vila, Marisa Iglesias. Facing Judicial Discretion. Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999.
- Wintgens, Luc J. (ed.). The Law in Philosophical Perspective. New York, Springer Science+Business Media, 1999.



SUMMARY IN ENGLISH

P. 88