

ПРЕДИЗВИКАЙ: СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА!

ВПИСВАНИЯ: 2008–2018

ЗС, Глава XI

© Стоян Ставру, *съставител*

© Стоян Ставру, *структура и оформление*

© Фиделия Косева, *художник на корицата*

© Сиела Норма АД

София • 2019

ISBN: 978-954-28-3019-1



Закон за собствеността

290-ник

ПРЕДИЗВИКАЙ:

ВПИСВАНИЯТА!

(2008–2018)

СТОЯН СТАВРУ

СЪДЪРЖАНИЕ

Списък на включените актове	vii
Използвани съкращения	xiii
Графично оформление	xv
Херкулес и битката за средната земя.....	xix

ЧАСТ I АКТОВЕ

1. Актове	14
1.1. Прехвърлителни и учредителни актове	14
1.2. Договор за наследство.....	27
1.3. Делба.....	29
1.4. Аренда	44
1.4.1. Сключване.....	44
1.4.2. Прекратяване.....	56
1.5. Завещание	67
1.6. Постановление за възлагане.....	80
1.7. Търговско право	92
2. Правно действие	113

ЧАСТ II ИСКОВИ МОЛБИ

3. Общи въпроси.....	134
4. Вписване	146
4.1. Нередовност	146
4.2. Обратно действие	161
4.3. Правоприемство	180

4.4. Сила на пресъдено нещо	199
4.5. Владение	212
4.5.1. Въвод във владение	212
4.5.2. Добросъвестно владение (чл. 70 ЗС).....	229
5. Отбелязване	245

ЧАСТ III

ОБЕЗПЕЧЕНИЯ

6. Ипотека	276
6.1. Правно действие	276
6.2. Заличаване	280
7. Възбрана	290
7.1. Правно действие	290
7.2. Заличаване	307

ЧАСТ IV

ОТКАЗ ЗА ВПИСВАНЕ

8. Изисквания	333
9. Основания	341
10. Недопустимост	351
Указател на съдебните актове	xc

ХЕРКУЛЕС И БИТКАТА ЗА СРЕДНАТА ЗЕМЯ

Юридическото поле е място на конкуренция за монопола над правото да се изрича правото, сиреч доброто разпределение (potos) или добрия порядък, в който се сблъскват дейците, притежаващи неотделимо обществена и техническа компетентност, състояща се в обществено призната способност да тълкуват (по повече или по-малко упълномощен начин) корпус от текстове, признаващ легитимното, правото гледище за общественения свят.

Пиер Бурдийо¹

Да бъдеш или не? Туй е въпросът.

Шекспир²

Ако някога жезълът на правосъдието се огъне в ръцете ти, нека това не става под бремето на даровете, а под тежестта на състраданието.

Мигел де Сервантес³

1. Битката за „добрия порядък“

Френският социолог Пиер Бурдийо посочва, че силата на правото, изразяваща се в стоящата зад правото държавна принуда, е причина за нестихващата битка за това кой да бъде носител на **правото да определя „добрия порядък“** в общността. И тъй като съвременното право съществува като текст, именно юридическият текст се оказва „залог за борби“ – „поради факта, че прочитът е начин да се придобие символната

¹ Вж. **Бурдийо, П.** Силата на правото. – В: **Бурдийо, П.** Поле на властта. Том II. С., 2018.

² Вж. **Шекспир, У.** Хамлет. – В: Събрани съчинения. Том 3. С., Захарий Стоянов, III действие, I сцена. Превод: Валери Петров.

³ Виж. **Сервантес, М.** Знаменитият идалго Дон Кихот де Ла Манча.

сила, която се намира затворена в него в потенциално състояние⁴. Така „битката за правото“ се превръща в битка за интерпретацията на юридическия текст, а един от най-важните въпроси става въпросът за т.нар. „упълномощени тълкуватели“ – лицата, които имат право да тълкуват валидно и обвързващо юридическите текстове, създавайки юридическия канон. Ето какво пише за тях Бурдийо:

„Различните категории упълномощени тълкуватели се стремят винаги да се разпределят между *два крайни полюса* (к. м. – С.С.): от една страна, тълкуването, обърнато към чисто теоретичното изработване на доктрината – монопол на професорите, натоварени да преподават под нормализирана и формализирана форма действащите правила; от друга, тълкуването, обърнато към практическата оценка на частен случай – собственост на магистратите, които прилагат актовете на правосъдието и които могат чрез това – някои от тях – да допринесат също за юридическото изграждане⁵.

Цитираният текст, освен специфичния, усложнен начин на писане на Бурдийо, свидетелства и за един централен конфликт в процеса на „*юридическото изграждане*“ – конфликта между „монопола на професорите“ и „собствеността на магистратите“. Всеки един от тези „два крайни полюса“ се стреми да наложи своята гледна точка за правото, функционирайки срещу „производителите на закони, правила и регламенти“ (обобщено: законодателната власт), които „винаги трябва да се съобразяват с реакциите, а понякога и със съпротивите на цялата юридическа корпорация“⁶. Ако теоретиците на правото се стремят „да издърпат правото по посоката на чистата теория“ – теорията, прочистена „чрез едно размишление“, от всякакви несигурности и непълноти, съдиите и практиците в правото обръщат внимание на казуистиката на конкретните ситуации, приспособя-

⁴ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 566.

⁵ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 569.

⁶ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 569.

вайки правото „към изискванията и към спешността на практиката“⁷. Всички те разполагат с „властта да експлоатират многозначие или двусмислеността на юридическите формули“, участвайки на двете страни в една „символна битка между професионалисти“, притежаващи „неравни технически и обществени компетенции, следователно неравно способни да мобилизират наличните юридически ресурси“⁸. Ако „професорите“ имат достъп до инструментите на теорията (рефлексията, обърнатостта към историята), съдиите прилагат самите юридически правила (действието, включеността в настоящето). Именно тази „вътрешна конкуренция в полето“⁹ определя облика на правото.

Битката между тези „два крайни полюса“ трябва да съобразява спецификите на **юридическия език**: език, предопределен от „една реторика на безразличието и неутралността“ (*ефект на неутрализиране*), и език, в който преобладават „пасивните конструкции и [...] безличните обрати, способни да отбележат безличността на нормативния изказ и да изведат изказа като универсален субект“¹⁰ (*ефект на универсализиране*). Юридическият език има за цел да запази своето фиксирано значение чрез неутрализиране на възможните двусмислия и чрез универсализиране на своята приложимост. Всички юристи, които прилагат правната норма, трябва „да казват същото нещо“ и „да говорят на същия език“, което прави възможни предвидимостта и изчислимостта на правопорядъка (*ефект на хомологизиране*). Тази особеност на юридическия език да се нормализира до един безразличен, универсален и повтарящ се смисъл (*ефект на нормализиране*) „работи“ много повече в полза на професорите, отколкото в полза на съдебните практики.

Учените предлагат стройна система от знания за юридическите правила, съществуващи в „обобщеност-

⁷ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 571.

⁸ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 575.

⁹ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 584.

¹⁰ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 567.

та на тяхното *безвремие* (к. м. – С.С.)“ . Съдебните практики много по-често използват тълкуването, за да извършат „историзирането на нормата, приспособявайки изворите към нови обстоятелства, откривайки в тях неизвестни възможности, оставяйки настрана това, което е надминато и отживяло“¹¹. Именно тази динамика на правото, причинена от неспособността на юридическия текст (който в това отношение е подобен на всеки друг текст) да постигне своето крайно значение, е източникът на неизменната случайност в самото право – случайност, която трябва да бъде официално отречена, за да издържи легитимността на претенцията на правото да определя „добрия порядък“ в обществото:

„Като съвършена форма на легитимния дискурс правото може да упражнява своята специфична ефикасност само дотолкова, доколкото получава признание, сиреч доколкото остава непризната по-голямата или по-малка част *случайност* (к. м. – С.С.), която е в основата на принципа на неговото функциониране“.¹²

Юридическото поле се подчинява не просто на свои собствени правила, но и на валидността на юридическото като самостоятелен свят на интерпретация, комуникация и аргументиране. *Конфликтите* в юридическото поле „могат да бъдат решавани само юридически, сиреч според правилата и договорките на юридическото поле“, като „влизането в юридическия свят се придружава от пълно преопределяне на обикновения опит и на самата ситуация, която е залог за спора“¹³. Влезете ли в полето на юридическото, трябва да забравите „обикновените“ начини, по които сте мислили за конфликта, който желаете да бъде разгледан като „съдебен спор“ и разрешен в рамките на „съдебен процес“. Бурдийо дефинира *юридическата компетентност* като „специфична власт, която позволява да се контролира достъпът до юридическото поле, определяйки

¹¹ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 574.

¹² Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 591.

¹³ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 579.

конфликтите, които заслужават да влязат в него“¹⁴, както и като „специфична форма, която [конфликтите] трябва да придобият, за да се конституират в чисто юридически дебати“¹⁴. За да се убедим в реалността на тази „специфична власт“¹⁴, е достатъчно да си припомним за селективността на касационното обжалване съгласно действащото българско законодателство, като прочетем разпоредбите на чл. 280, ал. 1¹⁵ и 3¹⁶ ГПК.

¹⁴ Вж. *Бурдийо, П.* Силата на правото, с. 582.

¹⁵ Съгласно чл. 280, ал. 1 ГПК, ВКС разглежда само ограничен кръг от спорове: „на касационно обжалване пред Върховния касационен съд подлежат въззивните решения, в които съдът се е произнесъл по материалноправен или процесуалноправен въпрос, който е: 1. решен в противоречие със задължителната практика на Върховния касационен съд и Върховния съд в тълкувателни решения и постановления, както и в противоречие с практиката на Върховния касационен съд; 2. решен в противоречие с актове на Конституционния съд на Република България или на Съда на Европейския съюз; 3. от значение за точното прилагане на закона, както и за развитието на правото“.

¹⁶ Съгласно чл. 280, ал. 3 ГПК, има спорове, които въобще не подлежат на разглеждане от ВКС: Не подлежат на касационно обжалване: 1. решенията по въззивни дела с цена на иска до 5000 лв. – за граждански дела, и до 20 000 лв. – за търговски дела, с изключение на решенията по искове за собственост и други вещни права върху недвижими имоти и по съединените с тях искове, които имат обуславящо значение за иска за собственост; 2. (изм. и доп. – ДВ, бр. 8 от 2017 г.) решенията по въззивни дела по искове за издръжка, брачни искове, искове по чл. 322, ал. 2 от този кодекс, с изключение на въпросите по чл. 59, ал. 2 от Семейния кодекс в случаите, в които към датата на обявяване на въззивното решение от брака има ненавършило пълнолетие дете, производства по чл. 126, ал. 2, чл. 127а и чл. 130, ал. 3 от Семейния кодекс, искове по чл. 11, ал. 2 от Закона за собствеността и ползването на земеделските земи и по чл. 13, ал. 2 от Закона за възстановяване на собствеността върху горите и земите от горския фонд, производства за разпределяне ползването на съсобствен имот по чл. 32, ал. 2 от Закона за собствеността, искове по чл. 40 от Закона за управление на етажната собственост, молби за промяна на име по чл. 19, ал. 1 от Закона за гражданската регистрация и искове по чл. 17, ал. 1 от Закона за уреждане на колективните трудови спорове; 3. решенията по въззивни дела по трудови спорове, с изключение на решенията по исковете по чл. 344, ал. 1, т. 1, 2 и 3 от

Затвореността на юридическото поле от спецификата на неговите категории изисква притежаването на специфична юридическа компетентност, за да можем да участваме в решаването както на конфликтите между правните субекти чрез представянето им като правни спорове („обикновени“ конфликти), така и в решаването на вътрешните спорове между самите юристи в рамките на правното поле (нека ги наречем „метаконфликти“). Може би това донякъде обяснява и трудността, която философията (като философия на правото) среща при опитите си да предложи на юристите своята собствена методология за разрешаването на възникващите между тях метаконфликти. Най-важният от тези *метаконфликти* остава битката между двете властови сили в правното поле:

– правната наука, настояваща върху „дедуктивното“ право, върху правото като империя (*imperium*), в която единственият смисъл колонизира все повече и повече нови територии (фактически ситуации), и

– съдебната практика, възприемаща едно „абдуктивно“ право, право като поредица от кръпки (*patchwork laws*¹⁷), които по странични линии удържат единството на правния порядък с цената на компромиси, които правят възможно съгласието (споразумения за примирие).

Според *първата* концепция правото е единна система, в която всяко противоречие трябва да бъде моментално и категорично изправяно, докато *вторият* подход се съобразява със съществуването на такава част от правото, което е в насипно състояние и в което правото се изгражда „в движение“, подобно на ризома¹⁸.

Кодекса на труда и по искове за трудово възнаграждение и обезщетения по трудово правоотношение с цена на иска над 5000 лв.

¹⁷ Вж. *Vermeule, A., Young, E.* Hercules, Herbert, and Amar: the Trouble with Intratextualism. // *Harvard Law Review*, 2000, № 113, p. 749.

¹⁸ Ризомата е понятие, което се използва от френските философи Жил Делюз и Феликс Гатари като контрапункт на централизираната структура на дървото. Ето как те я дефинират: „Ризомата е подчертано нейерархична и неозначаваща система, без Всеобщо, без организираща памет или централен автомат, опре-

След приемането на новия Граждански процесуален кодекс, влязъл в сила от 01.03.2008 г., върховните съдии в България не само получиха правото да преценяват кои съдебни спорове ще бъдат разгледани от тях като трета инстанция, но те промениха и структурата на своите решения. В структурата на **решенията на ВКС**, постановени по чл. 290 ГПК, постепенно започна да се откроява обособяването на две ясно различаващи се части: *теоретична част*, в която един или няколко правни въпроса са поставени и разрешени по един абстрактен (общ) начин, и *фактологическа част*, в която така даденият от съда отговор на формулирания правен въпрос е приложен спрямо конкретните факти на процесния спор.

Нова е теоретичната част, в рамките на която съдебната практика получи *нов инструмент* за участие във „вътрешната конкуренция“ (по Бурдийо) в правното поле, който да противопостави на академичната наука. Както „професорите“ могат да публикуват статии по конкретни правни въпроси, претендирайки да „казват“ истинската същност на правото, така и „върховните съдии“ получиха правото да дадат своята теоретична интерпретация на законовите текстове. Ако научните статии разчитат най-вече на авторитета на своите аргументи, отговорите на върховните съдии, дадени в постановените от тях решения по чл. 290 ГПК, имат и чисто формално процесуално значение, изразяващо се в това, че противоречието на едно въззивно решение с решение на ВКС по чл. 290 ГПК е основание за допускане на касационното му обжалване (чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК). Така, ако познаването на научните статии се явя-

делена единствено от движението на състоянията. [...] Ризомата няма начало и край, тя е винаги помежду, между нещата, между-биване, интермецо. Дървото е филиация, а ризомата е обединение, единствено обединение. Дървото налага глагола „съм“, а ризомата е изтъкана винаги от съюза „и..., и..., и...“ Вж. *Deleuze, G., Guattari, F.* Rhizome. – In: Mille plateaux. Paris, 1980, p. 32–36, цит. по: *Дельоз, Ж., Гатари, Ф.* Кафка за една малка литература. С., 2009, с. 7, бел. № 1, преведена от Теодорка Минева.

ва ключ за достъп до правната наука и образование (за студенти и преподаватели), познаването на „290-ките“ е парола за отваряне на вратата на касационното обжалване (за практикуващите юристи).

Това, което се промени след 01.03.2008 г., е свързано с преразпределението на ресурсите в битката за правото между академичния и практическия подход. След тази дата върховните съдии получиха възможността и правото да обособят в структурата на своите решения част, която изразява една „съдебна теория на правото“. Те на практика започнаха да пишат правна литература в рамките на своите съдебни решения – чрез отговорите на въпросите, формулирани като основание за допускане на касационното обжалване. Това доведе до съсредоточаване на *усилията по четене* на по-долните съдебни инстанции върху текстовете на съдебните решения, постановени от ВКС по чл. 290 ГПК, за сметка на научните статии, публикувани в периодичните издания или в сборниците, произвеждани от правната наука.

Така 290-ките станаха инструмент за *консолидиране на съдиите*, които започнаха да стоят значително по-категорично срещу другия полюс в правното поле, претендирайки за ролята си на „делегирани тълкуватели“. Така българската правна система, която традиционно стоеше изцяло в групата на континенталното право, където „Законът е всичко!“, обърна поглед към една нова организация на правото, в която то започна да живее не само в Закона, но и в решенията на ВКС. Съдиите във ВКС получиха правото – подобно на учените, да създават собствени теоретични текстове, с които да устояват своето място на „делегирани тълкуватели“ на закона, като участват в „изграждането на правото“. Това наложи преосмисляне на ролята на съда в български контекст и най-вече на отговорността на всеки съдия в битката за правото.

2. Всемогъщият съдия Херкулес и Санчо Панса

Митологичният съдия Херкулес на Дуоркин, който разполага със свръхчовешки умения, с цялото време на света и с неограничен достъп до всички ресурси (закони, мотиви на закона и отсъждания в парламента, съдебна практика, учебници, научни статии и пр.)¹⁹, би дал само едно-единствено правилно решение на възникналия пред него правен спор. Всеки *правораздавателен акт* на Херкулес е резултат от *интерпретативна дейност*, която вмести решението на конкретния правен спор във вече заварената от него инфраструктура на т.нар. „Империя на правото“.²⁰

Най-важният залог при постановяването на всяко решение е постигането на *интегритета* на правната система²¹ не само чрез съблюдаването на експлицитните юридически правила, но чрез съобразяването на една кохерентна система от принципи за човешките права и задължения²²,

¹⁹ Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire. Cambridge, 1986, p. 245, 248.

²⁰ Изречено през устата на Херкулес, правото е един безкраен монолог. Вж. *Michelman, F.* Foreword: Traces of Self-Government. // Harvard Law Review, 1986, № 100, p. 76.

²¹ Ключовото значение на кохерентността на правната система се споделя и от други автори, след които Ричард Фалън (вж. *Fallon, R.* Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation. // Harvard Law Review, 1987, p. 1192–1994) и Джон Харт Ели (вж. *Ely, J.* Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 77–86). Дуоркин определя интегритета на правната система като „политически идеал“, който се различава от справедливостта и безпристрастността (вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, p. 263).

²² Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, p. 255, където тези основни принципи са посочени като водещ инструмент за съдията при постигането на най-добрата конструктивната интерпретация на политическата структура и правната доктрина в съответната държава. Вж. също *Дуоркин, Р.* Да се отнасяме към правата сериозно. С., 2003, с. 44, където авторът обобщава стратегията си за атакуване на позитивизма на Харт до тезата, че „когато юристите аргументират или оспорват законни права и задължения – особено в онези трудни дела, в които проблемите ни с тези понятия изглеждат най-остри, те използват стандарти, които не функцио-

стоящи в основата на правото.²³ Справедливостта на съдебното решение е именно неговата уместност в инфраструктурата на правото. В този смисъл всяко съдебно решение разполага само със своята история (общата за всички решения правна традиция, от която то става част), но не и с бъдеще. Бъдещето на правото е присвоено от неговото минало. Настоящото в прилагането на закона се изчерпва с неговата връзка с миналото. За разлика от литературния текст, който не само позволява, а нещо повече – насърчава различните интерпретации, законовият текст предполага интерпретация със затворен край: съдията Херкулес може да достигне до един-единствен интерпретативен резултат, който отговаря на истинския Смисъл на закона в контекста на конкретния съдебен спор.

Всяко съдебно решение е директно свързано с първооригинала (оригиналното значение на правото²⁴) и именно тази наративна споеност на резултата от интерпретацията с херменевтичната фуния на правната традиция е основанието за неговата *легитимност*. Но за Дуоркин това спояващо звено, което осигурява кохерентността на правната система, не е вложеното в нея първоначално намерение на законодателя.

нират като норми, а действат различно – като принципи, политически стратегии или други видове стандарти“.

²³ Херкулес разполага с правна система, в която няма празноти (позволяващи дискрецията), тъй като всички те са запълнени от моралните права. Именно моралът изисква от съдиите „да се отнасят към правата сериозно“. Вж. **Zucca, L.** Exit Hercules: Ronald Dworkin and the Crisis of the Age of Rights. // *Ethics & Politics*, 2013, № 1, p. 184–185. За дефинирането на правото като „част от морала“, а правната теория като „специална част от политическия морал“, вж. **Dworkin, R.** *Justice in Robes*. Cambridge, 2006, p. 34–35.

²⁴ Концепцията за съществуването на „оригинално значение“ на правния текст, изискваща от всеки съдия при прилагането на правото да проявява „вярност към оригинала“, е известна като „ориджинализъм“. Вж. например **Balkin, J.** *Living Originalism*. Cambridge, 2011, p. 100. За възраженията на Дуоркин срещу ориджинализма, включително разграничението между семантичен ориджинализъм или ориджинализъм на очакванията, вж. **Dworkin, R.** *Justice in Robes*, p. 30.

Дуоркин не само признава, но и демонстрира проблема с липсата на единен автор на законодателството с помощта на друг фикционен съдия – *съдията Хермес*.²⁵ Той е също толкова умен и търпелив съдия, колкото Херкулес и също вярва в интегритета на правото, но смята, че правоприлагането е преди всичко процес на *комуникация*. Поради това той приема за своя основна задача да открие и предаде в постановяваните от него съдебни решения истинското намерение на законодателя, което е вложено в подлежащия на интерпретация законов текст. Дуоркин поставя въпроса как изобщо съдията Хермес може да се надява, че ще открие какво е било намерението на човек, който въобще не познава и който вече най-вероятно не е сред живите? Напълно е възможно такова намерение изобщо да не съществува, предвид участието в законодателния процес на множество напълно различни политически агенти (народни представители, различни икономически и идеологически лобита, юристи, експерти и пр.). При това положение изводът на съдия Хермес относно това какво е било намерението на законодателя ще изхожда най-вече от неговите собствени мнения и убеждения, което прави комуникационната концепция за правоприлагането твърде неясна и неубедителна.

Според Дуоркин съдебното решение може да претендира да бъде наложено принудително само тогава, когато съдебната *система* гарантира, че това решение ще бъде едно и също, независимо от това кой конкретен съдия е участвал в постановяването му. Определящо е не някакво конкретно „намерение на законодателя“, а смисълът, който съобразява „кохерентността“ на правната система като цяло. Правото е легитимно, докато остава система от норми, която при едни и същи входящи данни (факти) „връща“ винаги един и същ резултат (решение), подчинен на принципите на „обществения морал“²⁶. Именно тази

²⁵ Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, p. 317–337.

²⁶ В търсенето си на това решение Херкулес се опира не толкова на самия морал на общността, колкото „на усещането си какво предвижда моралът на общността“. Вж. *Дуоркин, Р.* Да

предвидимост и еднаквост на съдебното решение е причината, поради която хората се съгласяват с принудата при прилагането на правото. Ако правото всеки път е различно, това не би могло да бъде „Правото“, или поне не е право, което бихме съобразявали. А и как бихме могли да се съобразяваме с нещо, което е винаги различно. Фундаменталното изискване за съществуването на правото като система от обвързващи правила и принципи е то да запазва във времето своята нормативна идентичност. Ако правото не може да бъде познато – защото се променя, то незнанието ще извинява неговото несъобразяване. Дуоркин „решава“ практическия въпрос с възможното разногласие между съдиите с помощта на *идеалния съдия Херкулес*.

Ето как самият Дуоркин представя Херкулес: „... би било добре да разгледаме как един *философстващ съдия* (к. м. – С.С.) би могъл да развие, в съответните дела, теории какво изискват законодателното намерение и правните принципи. Ще открием, че той би конструирал тези теории по същия начин, по който един философстващ шахматен съдия би конструирал характера на играта. За тази цел изобретих юрист със свръхчовешки умения, образование, търпение и пронителност, когото ще нарека Херкулес“²⁷. Херкулес е „съдия на метода“, който прилага правото като система, дефинирана от своя интегритет.²⁸ За да реши конкретен правен спор, с който е сезиран, Херкулес „трябва да конституира конституционна теория“ „във формата на сложна мрежа от принципи и политики, оправдаващи схемата на управление“, т.е. „да развие пълна полити-

се отнасяме към правата сериозно, с. 178. За разлика от Хермес, Херкулес интерпретира не само законовия текст (изразеното в него намерение на законодателя), но и неговия живот – „процес, който започва преди превръщането му в закон и продължава след този момент“. Вж. *Dworkin, R. Law's Empire*, p. 348.

²⁷ Вж. *Дуоркин, Р.* Да се отнасяме към правата сериозно, с. 148.

²⁸ Вж. *Dworkin, R. Law's Empire*, p. 239–240, 398.

ческа теория, оправдаваща конституцията като цяло²⁹. Той трябва да разгледа въпроса, който е поставен пред него, „като проблем на политическата философия“. Единствено така Херкулес ще съобрази начина, по който работят „добрите съдии“, които „прилагат вътрешната логика на правото по някакъв метод, принадлежащ повече на философията, отколкото на политиката“, подобно на „посредници, чрез които правото се самоизгражда в чистотата си“³⁰. Единствено така Херкулес ще осигури кохерентността, от която се нуждае всяка правна система, за да може да удържи своята легитимност. „Правото може и да не е тъкан без шевове; но ищецът има правото да изисква от Херкулес да се отнася към него, сякаш е. ... [Съдията Херкулес] трябва да построи [в безбрежния материал от юридически решения] схема от абстрактни и конкретни принципи, даваща непротиворечиво оправдание на всички прецеденти на общото право, както и – доколкото трябва да бъдат оправдани от принцип – на конституционните и законодателните постановления“³¹.

Но Херкулес невинаги „оправдава“ закона, който прилага. Възможна е и ситуация, при която законовият текст не може да бъде вписан от Херкулес в интегритета на правната система и поради това той остава извън нея. И това не е слабост на Херкулес, а проблем за самия закон. С оглед изследване на задължението на съдията да приложи или да откаже прилагането на закон, който нарушава определени фундаментални морални принципи и забрани, Дуоркин създава друг фикционен съдия – *съдията Зигфрид*³². Още от името му може да разберем, че Дуоркин има за исторически първообраз на Зигфрид немски съдия, праворазда-

²⁹ Вж. *Дуоркин, Р.* Да се отнасяме към правата сериозно, с. 149–150.

³⁰ Пак там, с. 157.

³¹ Пак там, с. 162.

³² Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, p. 105–107.

ващ в нацистка Германия^{33, 34} Макар и да има противостоене между Зигфрид и Закона, за самия Зигфрид, ако следва образа на своя колега Херкулес, не би трябвало да възниква никакъв вътрешен конфликт или интерпретативно противоречие, тъй като неговият извод относно невалидността на (*несправедливия*) *нацистки закон* е също толкова категоричен, колкото и единственото решение, предлагано от Херкулес в една справедлива правна система.³⁵ Както Херкулес, така и Зигфрид ще „откажат“ прилагането на всеки несправедлив закон, за да „удържат“ интегритета на правото.³⁶ В подобни случаи Зигфрид/Херкулес няма да може да извърши реконструираща интерпретация на законовия текст, която да отговори на стандартите на политическия морал. Поради това няма да е налице и право, което да подлежи на прилагане. Несправедливият закон не може да бъде интерпретиран като

³³ Вж. също *Pauer-Studer, H.* Law and Morality under Evil Conditions: The SS Judge Konrad Morgen. // *Jurisprudence*, 2012, № 2, p. 367–390.

³⁴ За съвсем скорошен случай (Зигфрид в САЩ!) от 2017, при който генералният адвокат на САЩ (Сали Йейтс) оспорва валидността на заповед на американския президент (Доналд Тръмп), като призовава съдиите да възприемат подхода на Херкулес спрямо несправедливия закон, вж. *Wendel, W.* Sally Yates, Ronald Dworkin, and the Best View of the Law. // *Michigan Law Review Online*, 2017, № 115, p. 78–90.

³⁵ Осигуряването на кохерентността в правната система може да „играе коз“ срещу волята на мнозинството – конкретни негови решения могат да бъдат „спрени“ (неприложени) от съдията, когато те нарушават основните принципи на демокрацията: забраната на несправедливо и произволно лишаване от права и изискването за осигуряване на равна защита. Вж. *Дуоркин, Р.* Равенство, демокрация и конституционализъм: „Ние, народът“ и съдът. – В: *Йотов, Ст.* (съст.) Конституционализъм. С., 2006, с. 269.

³⁶ Вж. *Allan, T. R. S.* Justice and Fairness in Law's Empire. // *The Cambridge Law Journal*, 1993, № 1, p. 83–88, където все пак авторът настоява, че притиснат от институционалната история на съответната правна система, Херкулес би трябвало да направи известен компромис с личния си политически морал, когато правораздава в рамките на тази правна система.

право. Или поне – не като право, което може да бъде наложено принудително. Текстът на такъв закон не е в състояние да създава валидно право, а съществува в правната система единствено като нормативен боклук, като „нормативно нищо“. Не съществува нито морално, нито юридическо задължение за прилагането на „несправедливото право“ (Unjust Law).³⁷

Името Херкулес е дадено и на втория по знаменитост и популярност частен детектив в английската криминална литература след Шерлок Холмс: на фиктивния белгийски *детектив Еркюл Поаро*, който е герой в 43 от 85-те книги на Агата Кристи. Ето какво пише за него Светослав Колев: „На този дребосък (висок е само около 160 см – б. м., С.С.) Агата Кристи дава надутото име „Еркюл“, означаващо на френски „Херкулес“, и презимето „Поаро“, което макар и с изменен правопис има смисъл на праз лук. [...] Независимо от външния си комичен вид той внушава уважение. Надарен е с изключителна проникателност и способност за логически умозаключения. Има извънредно високо самочувствие, което стига до нескромност, и непрестанно се хвали със своите „сиви мозъчни клетки“. Благодарение на тях разкрива най-заплетените престъпления, пред които полицията със своите традиционни следователски методи е безсилна“³⁸. Също като Поаро, съдията на Дуоркин се хвали със „своята Империя на правото“. Надарен е с невероятни способности на съдия и има претенции за безпогрешност. Благодарение на качествата си Херкулес, също като Поаро, дава единствено възможния отговор на поставените пред него казуси, който отговор е непосилен за „стандартния“ съдия (съдията Хърбърт³⁹).

³⁷ Подробен анализ на отношението на Дуоркин към „несправедливия закон“, изразено в неговата книга „Справедливост за таралежи“ (Justice for Hedgehogs, 2013), вж. в *Dyzenhaus, D.* Dworkin and Unjust Law. – In: *Waluchow, W., Sciaraffa, S.* (eds.) The Legacy of Ronald Dworkin. New York, 2016, p. 131–164.

³⁸ Вж. *Колев, Св.* Агата Кристи и Еркюл Поаро. – В: *Кристи, А.* Трагедия в три действия. С., 1981, Предговор.

³⁹ За съдията Хърбърт вж. малко по-долу.

Аналогията между съдията на Дуоркин и детектива на Агата Кристи подчертава детективската работа на съдията Херкулес, който в рамките на един и същ съдебен казус осъществява паралелно разследване на конкретния случай и на правото като цяло. Невинаги обаче разказът за правото е разкриването на престъпление. Предлагаането на справедливост не е като задържането на престъпник: в първия случай наличието на повече предложения би могло (извън концепцията на Дуоркин) да обогатява самото търсене на справедливост и има собствена стойност, докато във втория всяко търсене по необходимост трябва да стигне до един-единствен – „истинския“ извършител на престъплението, поради което и всяко умножаване на хипотезите затруднява разследването.

В литературата Херкулес се среща с различни герои, в лицето на които критиците на Дуоркин представят своите контрааргументи срещу метода „Херкулес“. Такива са например Ида и Атлас.

Ида, обикновеният гражданин, който преценява легитимността на правото, т.е. дали правната система в своята съвкупност е от такова естество, че нейните предписания (включително формулирани като съдебни решение) заслужават да бъдат спазвани.⁴⁰ Подобно на Херкулес, при преценката си тя трябва да вземе предвид целия „суров материал“, от който се състои историческото изграждане на правото в нейната държава. Тя трябва да „сглоби“ правната система, която ще оценява, „правило по правило“, „бит по бит“, за да достигне до една-единствена „правилна (коректна) конструкция“. За разлика от съдията Херкулес обаче, Ида не упражнява публична власт и няма специфичната за тази власт отговорност да създава винаги една и съща, единна и безпротиворечива съдебна система.⁴¹ Така, ако съдиите

⁴⁰ Вж. *Michelman, F.* IDA's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System. // *Fordham Law Review*, 2003, № 2, p. 348–349, 351.

⁴¹ Ида е важна част от правораздаването в случаите, когато то се осъществява не само от съдии, но и с участието на съдебни

Херсулес-1 и Херкулес-2, в един и същ момент, въз основа на един и същ „суров материал“, достигат до две различни конструкции на правна система, която трябва да прилагат заедно, това според Дуоркин би било сериозен проблем за легитимността на тази правна система. Подобна отговорност обаче не стои пред няколко различни Иди, които – водени от своите различни вътрешни морални ценности, могат да достигнат до няколко различни конструкции на правната система на държавата, чиято легитимност преценяват. Всички „Херкулесовци“ на света могат да дават винаги един и същ отговор на поставения им въпрос, вписвайки го в една и съща правна система, и въпреки това може да съществува една Ида, която не е убедена в легитимността на така предложената ѝ единна и непротиворечива правна система, тъй като от същия суров материал тя изгражда различна по съдържание система. Дори и да допуснем съществуването в съдебната система на една държава единствено и само на идеални съдии тип „Херкулес“, остава опасността единството на потвърждаваната от тях правна система да бъде компрометирано от паралелното ѝ конструиране от обикновен гражданин тип „Ида“. Така, предлаганото от Дуоркин унифициране на всички съдии до един – „Херкулес“, не може да заличи плурализма, свързан със съществуването на различни граждани – „Иди“, които предлагат множество различаващи се версии за съдържанието на правната система, всяка една от които се вписва в нейната история. Така наративният монизъм на Дуоркин не успява да се пребори с политическия либерализъм на Ролс⁴².

Атлас, също идеален съдия, който подобно на Херкулес, търси правилния баланс между справедливостта, безпристрастието и дължимия процес, но не „залита“ в такава голяма степен към идеята за интегри-

заседатели (чл. 66, ал. 1 ЗСВ, чл. 82, ал. 1, т. 1 ЗСВ, чл. 97, ал. 1 ЗСВ, чл. 100в, ал. 1 ЗСВ).

⁴² Вж. *Michelman, F.* IDA's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System. // *Fordham Law Review*, 2003, № 2, p. 364.

тета на правната система. Според Дуоркин съдиите са длъжни да постановяват решенията си по начин, който осигурява кохерентността на правната система, дори и когато това означава, че в някои случаи справедливостта на (конкретното) съдебно решение трябва да отстъпи пред интегритета на правната система (като цяло). Интегритетът (integrity) в тези случаи „играе коз“ срещу справедливостта (justice).⁴³ *Dura lex set lex*. За разлика от Херкулес, Атлас е консеквенционалист, който не робува на интегритета на правната система. Интегритетът може и следва да отстъпи пред справедливостта, която съобразява конкретните социални последици от постановеното съдебно решение. Атлас държи на справедливостта дори и когато постигането ѝ е свързано с известно отстъпление от кохерентността на фундаменталните принципи на правната система. Той се придържа както към фундаменталните принципи, така и към основните политики, важащи в рамките на правната система, като в различните случаи може да даде превес както на едните, така и на другите. Допустимостта на компромиса с кохерентността на правото не само че не компрометира легитимността на съдебното решение, а напротив – свидетелства за „доброто здраве“ на демокрацията и плурализма на идеи. Именно компромисът прави възможно едновременното съществуване на различни индивиди, преследващи различни цели и различни жизнени планове. За разлика от Херкулес, Атлас цени кохерентността на правната система, но не е неин роб. В нашия съвсем не идеален свят компромисите са необходима част от живота на правото, който на практика се случва далеч от една утопична империалистична версия за правото⁴⁴.

Ида и Атлас имат за цел да покажат, че дори и Херкулес не може да изчисти докрай *Авгиевите обори*, имащи запазено място във всяка правна система, а дори и да му възложим тази задача, не можем да бъдем си-

⁴³ Вж. *Peerenboom, R. A Coup d'etat in Law's Empire: Dworkin's Hercules meets Atlas*. // *Law and Philosophy*, 1990, № 9, p. 95–96.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 112–113.

гурни дали това е за добро или за зло. А какво остава от убедителността на мита за Херкулес, когато припомним основното възражение на критиците на Дуоркин – „Херкулес просто не съществува!“⁴⁵. Правната система не е конструкция, която се изгражда по някакъв предварителен, веднъж завинаги фиксиран архитектурен проект, за чието спазване се осъществява непрекъснат и единен, текущ „строителен контрол“. Напротив, екзекватурите са основен похват при „строителството“ на правото. Нещо повече, в немалко случаи изграждането на правната система би могло да се сравни с *начина, по който се оформя снежната покривка*: съдебните решения, подобно на снежинки, падат върху повърхността на законите, чийто релеф определя контурите на снежната покривка. Съотношението между тези контури (на съдебните решения) и заварения от тях релеф (на законите) може да бъде констатирано едва впоследствие – когато „отстрани“ се погледне на тяхната цялост, без да се приписва някаква предварително заложена последователност и координация между движенията на всяка отделна снежинка. Трудно бихме могли да кажем, че всяко съдебно решение (снежинка) се поставя точно на мястото си, за да бъде конструирана правната система (снежната покривка). Последната е не само проект (релеф), но винаги и експеримент⁴⁶ (снеговалеж), който може да бъде удържан в определени контури, без обаче да се фиксира или изчерпва с тях.

Разбира се, Дуоркин нито за миг не забравя идеалното съществуване на Херкулес⁴⁷. Той го противопоставя

⁴⁵ Вж. *Vermeule, A., Young, E.* Hercules, Herbert, and Amar: the Trouble with Intratextualism. // *Harvard Law Review*, 2000, № 113, p. 731.

⁴⁶ За задочния дебат между Дуоркин и Ричард Рорти относно ролята на интерпретацията при постановяването на съдебните решения вж. *Dworkin, R.* Justice in Robes, p. 37–41. Дуоркин посочва, че в днешно време всички юристи са прагматици, които извеждат значението на думите единствено от тяхната употреба и все по-често не желаят да правят разлика между „интерпретация“ и „инвенция“.

⁴⁷ Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, p. 264–265, където посочва, че Херкулес може да се различава от действителните съдии, но

на друг фикционен съдия – съдията *Хърбърт*⁴⁸, *който е прототип на реалния, несъвършен съдия*, притиснат от времето, от броя и сложността на делата и от особените мнения на своите колеги.⁴⁹ За разлика от Херкулес, при решаването на „трудните дела“ Хърбърт е в значителна степен по-склонен да се съобразява с популярното мнение на обикновения човек (като мнение на законодателстващото мнозинство), вместо да търси какво би било решението, което в най-голяма степен отговаря на „морала на общността“.⁵⁰ Но проблемът не е само в съдията.

той показва скритата структура на техните решения – „той прави това, което те биха правили, ако цялата им кариера се изчерпваше с решаването на едно дело“. Именно като имаме предвид абстрактния образ на Херкулес, бихме могли да осъзнаем, че компромисите, които истинските съдии смятат за необходими, всъщност са компромиси със самото право (р. 381). Вж. също *Дуоркин, Р.* Да се отнасяме към правата сериозно, с. 179, където изрично се посочва, че трудно може да различим грешките при интерпретирането на правото, „защото също не сме Херкулес“ и поради това всеки съдия „трябва да решава трудните дела със смирение“ (с. 180). Вж. *Dworkin, R.* Justice in Robes, p. 55.

⁴⁸ Като се има предвид дългогодишният спор между Дуоркин и Харт, името на съдията Хърбърт едва ли е случайно – „Хърбърт“ е първото име на Харт (Хърбърт Лионел Адолфус – Н. Л. А.).

⁴⁹ Вж. *Дуоркин, Р.* Да се отнасяме към правата сериозно, с. 173, 179.

⁵⁰ Един от механизмите за осигуряване на независимостта на съдиите в ситуации, в които се предполага, че е възможно да се упражнява обществен натиск върху осъществяваната от тях правораздавателна дейност, е изискването всеки съдия да притежава необходимите нравствени качества (чл. 162 ЗСВ). Особено категорично в това отношение е Решение № 17/08.11.2018 г. по к.д. № 9/2018 г. на КС, в което е посочено, че нравствените качества на съдиите са фактор за формиране на по-високо обществено доверие към съдебната система, за защита правата на човека и за утвърждаване върховенството на закона, както и за предотвратяване и ограничаване на корупцията в системата на съдебната власт. Те са „мерило за личната им способност да мислят самостоятелно, да действат по съвест и вътрешно убеждение, без да се поддават на въздействия и влияния, чужди на истината и справедливостта. ... Преценката дали лицето притежава изискуемите по закон нравствени качества се прави при вливането му в системата на съдебната власт, като тези качества

Задачата на Херкулес е постижима само ако се приеме, че правото наистина е кохерентна система – ако не по своята повърхнина (като система от действащи правила), то поне в дълбочината на нейната конституционна първооснова (като система от правни принципи). Дори и конституцията обаче е вътрешно противоречив документ⁵¹, който съдържа различни разпоредби, приемани в различни моменти, при различни обстоятелства и от различни хора. В нея са обявени различни принципи, които си взаимодействат не само като се допълват, но и като си противоречат. Именно това многообразие, скрито зад подредената фасада на правната система, може да бъде разглеждано не само като неин недостатък, но и като част от нейното богатство, което позволява различията в процеса на правоприлагане.⁵²

И наистина, в коридорите на съдебните състави в **Софийски районен съд** няма да видите Херкулес. Няма да го видите и в Съдебната палата. Това, което най-вероятно ще видите, ако стигнете на кабинетите на съдиите или до техните деловодства, ще са дълги списъци от дела, чакащи насрочване, несвършващи заповедни доклади и нарастващи купчини от съдебни книжа. Съдиите не само че *не разполагат с всичкото време*

следва да се проявят във времето, през което то осъществява своите магистратски функции. Нравствените качества на съдиите, прокурорите и следователите трябва да личат във всички техни актове и действия“.

⁵¹ Вж. *Vermeule, A., E. Young* Hercules, Herbert, and Amar: the Trouble with Intratextualism. // *Harvard Law Review*, 2000, № 113, р. 731. Отговорът на Дуоркин на тази критика е следният: Херкулес безспорно знае, че правната система е далеч от перфектна. Все пак той прави предположението, че в нея могат да бъдат открити достатъчно принципи, които да осигурят нейната кохерентност. Когато такива принципи не могат да бъдат открити на едно ниво, те трябва да бъдат търсени на по-високо ниво на абстрактност. Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, р. 268–271.

⁵² Това е и основната линия на т.нар. плуралистична критика на теорията на Дуоркин, проведена от Майкъл Резенфилд. Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, р. 366–392. Вж. също по-долу.

на света, за да четат правна литература, но и отдавна са толкова „уморени от правото“, че дори и когато имат време, не са склонни да го „пропилеят“ в преследването на една напълно невъзможна задача – да познават „по Херкулесовски“ цялото необходимо им (българско) право, в контекста на което да впишат своето съдебно решение по всяко едно от тридесетте дела, които трябва да изпишат в рамките на текущата седмица, за да им бъде разрешен поисканият отпуск. Подобна битка срещу вятърните мелници на правото като наратив продължава да бъде изкушение за самотни Донкихотовци, които в лицето на „Империята на правото“ разпознават романтичния образ на своята Дулсиней. Но и те се броят на все по-малко пръсти. А и само се самозалъгват, че разполагат с цялото време на света, и с цялото право на България. Тяхното оцеляване в кулоарите на правораздаването става възможно единствено от прагматичните усилия на Санчопанчовци⁵³, маскирани зад длъжностни характеристики на съдебни помощници, секретари и деловодители.

Има и още една важна разлика. Ако Херкулес „работи“ сам⁵⁴ – в митовете за собственото си съществуване, то немитологичните съдии често *участват в съдебни състави* и са принудени да се сблъскват и да намират

⁵³ Фигурата на Санчо Панса се използва от Макс Вебер при илюстрирането на т.нар. „кадийско правосъдие“ – „администратор-съдия“ (губернатор), за който правораздаването е жест на милост, привилегия, която трябва да бъде давана от случай на случай. Вж. **Weber, M.** Economy and Society: An Outline of Interpretative Sociology. Edited by Guenther Roth and Claus Wittich. London, 1978, p. 844–845 (оригинал: Weber, M. Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. Tubingen, 1974, p. 486, като преводът на български език предстои – като продължение на издадения от ИК „Критика и хуманизъм“ през 2017 г. първи том „Фигури на културата. Фигури на властта“, с преводач проф. д.с.н. Кольо Коев). В настоящото изложение във фигурата на Санчо Панса има различно съдържание: в нея са обединени различни прагматични помощници на съдиите, които ги подпомагат в техните ежедневни правораздавателни усилия.

⁵⁴ В този смисъл Херкулес е наричан „съдия самотник“ – вж. **Hutton, C.** Language, Meaning and the Law. Edinburgh, 2009, p. 151.

начин за преодоляване на разногласията на своите колеги.⁵⁵ Те търсят не толкова постигането на общо съгласие за идеалния политически и правен ред в неговата цялост (изключително трудна задача дори и в рамките на един съдебен състав), колкото конкретно споразумение за решаване на възникналия съдебен спор (значително по-постижима цел в рамките на същия съдебен състав). При първия подход определящо е удържането на обявените принципи „докрай“ (приоритет има последователността), докато при втория е напълно допустимо да бъде направен компромис с „чистотата на правото“, за да бъдат преодолені разногласията сред членовете на съдебния състав (акцентът е върху ефективността). Правото „като безпротиворечива заповед“ е теоретичен ангажимент на учения в катедрата по право, докато правото „като спогодба в конкретния случай“ е прагматично очакване, което се отправя към членовете на съдебния състав.

3. Теория на антитеорията

В Херкулес на Дуоркин бихме могли да открием архетип (алтер его⁵⁶) на самия *Дуоркин* – професор по право, който е приел задачата да създаде една единна, научно легитимна Империя, в която да живее правото. Херкулес е в много по-голяма степен научен работник, отколкото реален, пък било то и „философстващ“ съдия. Самият Дуоркин посочва, че „юристите винаги са философи, защото юриспруденцията е част от всеки техен акт на ангажиране за това какво е законът, дори когато тази юриспруденция е неразличима и механична“⁵⁷. Точно на обратното мнение е Кас Сънстейн, който предупреждава, че съдиите не са философи и не са подготвени да решават философски въпроси с философски

⁵⁵ Вж. *Sunstein, C.* Incompletely Theorized Agreements. // Harvard Law Review, 1995, № 108, p. 1746–1747. Вж. също подробно по-долу – с. lxxii и сл.

⁵⁶ Вж. *Hutchinson, A.* Evolution and the Common Law. Cambridge, 2005, p. 82.

⁵⁷ Вж. *Dworkin, R.* Law's Empire, p. 380.

аргументи, поради което не трябва да им се възлага задача, включваща решаване на такива въпроси.⁵⁸ Той смята, че стимулирането на подобна „теоретична амбиция“ у съдиите би могло да доведе до неприятни резултати. Друг упрек към съдията Херкулес, който би могъл да бъде отправен със същата убедителност и към архитекта Херкулес, съответно – към лекаря Херкулес, е, че като се нагърбва със задачата да създаде цялостна (базирана на морала) правна теория, въз основа на която да постанови съдебното си решение, той всъщност излиза извън това, което му е работата. Когато се обръщаме към архитект, лекар или съдия, ние искаме той да разреши нашия конкретен случай, като съобрази неговите особености и специфики, а не им възлагаме някаква теоретична задача, чието изпълнение е непосилно за него.⁵⁹

Херкулес е стъпил много повече в полето на правната наука, отколкото в полето на правоприлагането. Именно в научното поле той може да извърши своите подвизи. Критиците на Дуоркин смятат, че в своите практически измерения правото се нуждае от „втората най-добра“ (second-best) теория⁶⁰, която да съобра-

⁵⁸ Вж. **Sunstein, C.** From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. // *Arizona State Law Journal*, 1997, № 29, p. 400.

⁵⁹ Вж. **Schlink, B.** Hercules in Germany. // *International Journal of Constitutional Law*, 2003, № 1, p. 619.

⁶⁰ Вж. **Vermeule, A., E. Young** Hercules, Herbert, and Amar: the Trouble with Intratextualism. // *Harvard Law Review*, 2000, № 113, p. 732, 759. Именно поради ограниченията на правораздаващите съдии и несъвършенствата на законодателството, авторите на статията предлагат към съдиите да се отправят по-малко очаквания да прилагат непостижимите изисквания на интертекстуализма (системното интерпретиране и прилагане на всички правни норми „от горе надолу“), а вместо това в работата им да се акцентира върху реализма на „локалното“ прилагане на релевантната за съответния случай правна норма (clause-bound interpretation, „от долу нагоре“). Подобно правоприлагане не разчита на мита за съществуването на един „дълбок дизайн“ на правната система, а не се съсредоточава върху решаването на конкретния спор съобразно неговите специфики. В противен случай рискуваме да залитнем в измеренията на един амбициозен „интерпретативен ро-

звява както ограниченията на времето, информацията и интерпретативните умения на съдиите, така и несъвършенствата на самото право. Именно такава теория дава истински шанс на правото, като се съсредоточава върху ограничаването на грешките в правоприлагането, вместо да се изкушава от постигането на винаги само едноединствено възможно правилно съдебно решение.

Дуоркин отвърща, като разграничава два подхода при търсенето на съдържанието на право: теоретичен (theory embedded approach) и практичен (practical approach).⁶¹ Защитата на теоретичния подход се осъществява чрез критика на т.нар. „антитеоретични“ възгледи на *Чикагската правна школа*, представена от Дуоркин чрез позициите на Ричард Познер, Едуард Леви и Кас Сънстейн. Антитеоретичните възгледи се обединяват в общото си послание към съдиите да използват минимално количество теория, което е необходимо, за да разрешат делата, с които са сезирани.

Според Дуоркин *Ричард Познер* използва аргументацията на моралния релативизъм⁶², според която

мантизъм“, изискващ от всеки съдия да прояви „интерпретативен героизъм“ (р. 761). Авторите предлагат трудът по изграждането на правната система да бъде разпределен между учените (интертекстуалното) и съдиите (локалното) (р. 773). Отговор на тази критика, която в голяма степен съвпада с критиката на Кас Сънстейн относно големите изисквания, които идеалът за интегритет на правната система поставя пред съдиите, Дуоркин дава в издадената по-късно негова книга „Справедливост в тоги“ – вж. *Dworkin, R. Justice in Robes*, р. 25, където се обсъжда т.нар. принцип за „локален приоритет“ на съдията: съдията се консултира само с правната доктрина, която се явява най-тясно свързана („съседна“) с конкретния проблем, който той трябва да реши.

⁶¹ Вж. *Dworkin, R. Justice in Robes*, р. 50–74.

⁶² На моралния релативизъм Дуоркин противопоставя разграничението между моралната социология, моралната антропология, моралната психология и самия морал. Твърдението на Познер, че нито една морална теория не е в състояние да осигури морална основа на съдебното решение, за Дуоркин е форма не на „морален релативизъм“, а на „морален nihilизъм“. Вж. *Dworkin, R. Justice in Robes*, р. 76–77, 81–82. За Дуоркин подобна теза също е морална в своята основа.

няма такова нещо като правото „някъде там“ (out there), „в тъканта на Вселената“, а правоприлагането на практика е резултат от участието на юристите в „езикови игри“ (language games)⁶³, в които именно езикът създава нашата морална вселена. Поради това всяка теория за правото трябва да ограничава своята претенция за валидност в рамките на собствената си релативност.

Самият Познер – в отговора си на Дуоркин, отрича принадлежността си към „моралния релативизъм“, разбиран (според него) от Дуоркин като позиция, според която всяко морално мнение е валидно, като също така отрича и включването си към т.нар. „школа на антитеоретиките“, доколкото според Познер под „антитеоретик“ Дуоркин има предвид „антидуоркинианец“⁶⁴. Познер посочва, че „начинът на Дуоркин“ е един от възмож-

⁶³ Всъщност Познер само използва „езиковите игри“ на Витгенщайн, за да демонстрира естеството на „юридическите игри“, които играят съдиите. Вж. *Posner, R.* Overcoming Law. Cambridge, 1997, p. 8. Едни от методите, които Познер използва с най-голяма настойчивост при обясняването на факторите, които стоят зад поведението на съдиите, са заимствани от теорията на игрите. Съдиите се научават на правилата на „правораздавателната игра“, като гледат съдебните решения на своите колеги. Така всеки съдия е едновременно зрител (читател на чужди съдебни решения) и актьор (създател на собствени съдебни решения), наблюдател и участник. Специфичното на „правораздавателната игра“ е, че голяма част от нейните правила са неясни и оспорими (p. 129).

⁶⁴ Вж. *Posner, R.* Conceptions of Legal Theory: A Response to Ronald Dworkin. – Arizona State Law Journal, 1997, № 27, p. 380–383, където (p. 380) Познер посочва, че под „теория“ Дуоркин разбира „своята собствена, твърде специфична концепция за правна теория“, която има своята първооснова в теорията за „неутралните принципи“ на Хърбърт Уешлър – вж. *Wechsler, H.* Toward Neutral Principles of Constitutional Law. – Harvard Law Review, 1959, № 73. Според Познер, като „човек на голямата картина“ („big picture“ man), като универсализиращ рационалист, Дуоркин не се интересува от спецификата на моралните правила, които са тясно свързани с конкретна общност и конкретна култура (p. 383). Вж. също *Posner, R.* The Problematics of Moral and Legal Theory. – Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1642–1645, където в крайна сметка определя собствените си възгледи относно морала като „прагматичен морален скептицизъм“.

ните начини „да правиш право“ („doing“ law), но не е единственият, нито е най-добрият начин за аргументиране на правната теория. Напротив, безполезността на абстрактния академизъм е особено видима за Познер в контекста на дебата относно аборта – десетилетия дискусии, основани на морала и политиката, все още не са довели до постигането на единствения възможен отговор.⁶⁵ Предлаганата от Дуоркин теория е твърде абстрактна, за да бъде използвана за решаване на конкретни съдебни дела. Това, от което според Познер наистина се нуждаят съдиите, е разбиране за практическите последици от техните решения. Повечето от теоретичните разногласия между съдиите могат да бъдат решени не като се „качват“ на по-високо ниво на абстрактност в спора помежду си, а като търсят по-ниско стояща обща за позициите им основа.

Едно от основните притеснения на Познер е, че с възхода на юридическите факултети, през които преминава пътят на всеки, който иска да получи достъп (лиценз⁶⁶) до упражняването на юридическата професия,

⁶⁵ Вж. *Posner, R.* Conceptions of Legal Theory, p. 382, 387.

⁶⁶ Познер разглежда подробно трансформацията в начините на организиране на юридическата професия и преминаването на обучението на новите юристи от контрола на гилдията (налагани от практики локални правила за поведение на юристите) във властта на университета (предлагани от теоретици универсални истини за юридическата професия). Вж. *Posner, R.* Overcoming Law, p. 37–80. Именно този преход според Познер е причината, поради която днес правните кантори приличат много повече на фабрики (за пари), отколкото на ателиета (за изкуство). Именно хомогенността, която осигурява съществуването на Университета (забележете корена на думата – „универсално“ училище по право), подсилва вярата в съществуването на „Правото“ като единна и кохерентна система от правила. Във времето, когато юристите са били обучавани в канторите на практики (както и във времето на умножаващи се университети по право), хетерогенността на правните правила е била признавана в много по-голяма степен. Признаването на комплексността на обществените отношения е водила до осъзнаване на обстоятелството, че пълното единство и хармония на правото е непостижима задача. Вж. *Laffe, L.* Judicial Control of Administrative Actions. Boston, 1965, p. 589–590.

е настъпило „академифициране“⁶⁷ на правната теория. Вместо да строят пясъчните кули на правната теория, съществуващи единствено за вътрешно академично ползване, професорите по право трябва да се съсредоточат върху значително по-практичните задачи, които стоят пред практикуващите юристи и най-вече – пред съдиите. За целта те трябва да излязат извън затвореното поле на „правната доктрина“ (интердисциплинарен подход) и да съсредоточат своята теоретична рефлексия върху практическите ограничения на емпиричното познание на юристите (и в частност – на съдиите) в процеса на правоприлагане (прагматичен подход).⁶⁸

Познер се противопоставя с още по-голяма сила на т.нар. от него „академичен морализъм“⁶⁹ – който се опитва да наложи като универсална една-единствена морална теория зад правото. За Познер такъв универсален морал не съществува. От една страна, моралните правила са локални и тясно свързани с историческия и културния контекст на общността, в която се прилагат.⁷⁰ От друга страна, много от обозначавани като морални явления могат да се обяснят без употребата на морални категории. Много от правилата, които се представят за морални, са всъщност „социални норми, облечени в луксозни дрехи“ (social norms in fancy dress), които идват да отговорят на потребността да утвърдим собстве-

⁶⁷ Вж. **Posner, R.** *Against Constitutional Theory*. // *New York University Law Review*, 1998, № 73, p. 4.

⁶⁸ Вж. **Posner, R.** *Against Constitutional Theory*. // *New York University Law Review*, 1998, № 73, p. 3, 12. Това според Познер е и причината, поради която теоретичите „нямат голяма публика сред съдиите“, а съдиите остават важен „силов център“ на правото (твърдение, което – макар и в по-малка степен, е вярно и за континенталната правна система). Вж. също **Posner, R.** *Overcoming Law*, p. 90, 95, 99–100.

⁶⁹ Вж. **Posner, R.** *The Problematics of Moral and Legal Theory*. // *Harvard Law Review*, 1997, № 111, p. 1639.

⁷⁰ За Познер няма съмнение, че Харт и Дуоркин говорят за правната система на държавата, в която живеят. Хитлер и Сталин също имат своите „морални проекти“, които не успяват не защото са аморални, а защото не неработещи (unsound).

ната си уникалност като „висши същества“ – като част от човешкия вид⁷¹, или на потребността да изпитваме т.нар. „морална гордост“⁷² – като конкретен индивид.

Академичният морализъм не само че не успява сам по себе си да мотивира съдиите към определено поведение, но той апелира към нещо, което е тъкмо обратното на това, от което се нуждаят съвременните човешки общества – те се нуждаят от морално разнообразие, а не от уеднаквена моралност.⁷³ Обществата ни се нуждаят не от един и същ съдия, възпроизведен и разпространен „по образец“, а от *множество различни типове съдии*.⁷⁴ Само подобно множество от различни типове съдии – разбира се, съществуващо в рамките на определени граници, би могло да посрещне многообразието на социалните взаимодействия и различните начини на тяхното морално интерпретиране. Това, което е универсално според Познер, са моралните чувства, но те са „морално неутрални“, нямат фиксирано морално съдържание⁷⁵. Правосъдието трябва да е готово, за да посрещне съдържателните различия в обществото,

⁷¹ Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1657, където „моралният дискурс“ е определен като „мистификация“, основан на желанието да имаме положителна представа за себе си (вж. също p. 1672).

⁷² Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1665.

⁷³ Нещо повече, Познер посочва, че се нуждаем и от членове на нашето общество, които са неморални или поне аморални. Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1642.

⁷⁴ Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1681. Обществото, в което идеалът на академичните моралисти е осъществен, според Познер „би било не само скучно, но в него ще липсват устойчивост, адаптивност и иновация“ (p. 1682).

⁷⁵ Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1664, както и p. 1650, където той дава за пример убийството на новородени и робството – практики, чиято морална стойност зависи от множество конкретни обстоятелства, включително от ресурсите, с които разполага конкретната общност, в която те се осъществяват.

вместо да се придържа към безпочвената универсалност на абстрактния рационализъм.

Още повече че универсалността на академичния морализъм съвсем не е универсална, а по-скоро отразява морала, възприет в „*субкултурата на професорите по хуманитарните науки*“. За разлика от моралните философи на миналото, днешните университетски преподаватели по морална философия са „тесни специалисти“ – работят изцяло и само професионално, подобно на счетоводителите.⁷⁶ Те са „доживотни академици“ (life-time academics), които поемат професионални рискове единствено докато получат щатно място в някой университет.⁷⁷ След това водят живот на бохеми, които държат на своя научен комфорт и на дистанцията от суматохата на практическия труд, която за тях постепенно се превръща в бял шум. Те, според Познер, са толкова далеч от всякаква морална иновация, че трудно може да си представим причина, поради която да смятаме, че техните „морални прозрения“ са по-добри и по-убедителни от тези на всички останали (особено на практикуващите юристи). Това, че „прозренията“ им са „облечени“ в академичен език, не им дава превъзходство, а единствено предимство, и то само в техните среди – там, където се обучават студентите по право. Днешните морални философи отдавна са престанали да бъдат харизматични лидери и агенти на морална промяна. Отношението между „професорите“ и „практиците“ е заприличало на това между литературните критици и писателите – ако съдиите трябва да обосновават решенията си като такива, произтичащи от самия закон и/или от вече съществуващата съдебна практика, то работата на преподавателите по право е да разкриват

⁷⁶ Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1664–1688.

⁷⁷ Вж. също **Posner, R.** Overcoming Law, p. 82. В началото на тази своя книга Познер отличава смелостта да поемеш риска да грешиш като една от най-ценените от прагматизма човешки черти (p. 7).

фалшификацията на прецедента и недопустимостта на криворазбраното съдебно творчество.⁷⁸ Проблемът е в това, че преподавателите по право са спрели да отговарят на практическите нужди на съдиите, поради което са загубили най-важната си публика – самите съдии, като вместо това са започнали да пишат своите теоретични разработки единствено едни за други.

На samozабравящите се в теоретичните си конструкции без практическо значение „морални академици“ Познер противопоставя⁷⁹ група от исторически личности, наричани от него „морални предприемачи“, които с действията си мотивират огромно количество хора да променят моралните си възгледи. Ако Дуоркин е от първата група, като примери от втората са посочени Исус Христос и Мартин Лутер Кинг. Изводът от сравнението на полезността на хората от тези две групи за Познер е повече от очевиден. Разкриването на обстоятелството, че поведението на хората е неконсистентно, никога не е било ефективен фактор за морална промяна⁸⁰ – за да накараш хората да предприемат определени морално мотивирани действия, не е достатъчно (както погрешно си мислят академичните моралисти) да компрометиращ последователността в поведението им. Не е достатъчно и да се развие т.нар. „морална чувствителност“ към определени теми, защото тя има имплицитната цел да направи хората по-компетентни при разрешаването на определени морални въпроси, а практиката показва, че „моралната чувствителност“ като част от „моралната компетентност“ има слаба връзка с предприемането на морални действия⁸¹.

⁷⁸ Вж. *Posner, R.* Overcoming Law, p. 83.

⁷⁹ Вж. *Posner, R.* The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1664–1668, 1698.

⁸⁰ Вж. *Posner, R.* The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1674.

⁸¹ Вж. *Posner, R.* The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1684–1685. Отделно хората

От друга страна, Познер акцентира върху това, че в много от случаите хората спазват определени морални правила, без каквато и да е *морална рефлексия* – водени от съвсем друг тип правила (прагматични, рефлексивни и пр.). В тези случаи морална рефлексия не е и необходима. Например – когато натискате спирачките на колата, за да не прегазите дете, което пресича пътя. Ако в подобна хипотеза един човек се нуждае от морална рефлексия, за да постъпи правилно, той – казва Познер, е чудовище (*kind of monster*)⁸². Обстоятелството, че хората обясняват поведението си, използвайки морална терминология, не означава, че именно моралните възгледи са (пред)определили тяхното поведение. Познер не отрича, че в много случаи между морала и правото съществува значително припокриване (*considerable overlap*), но това не означава, че между тези две различни системи за социален контрол трябва да се постави знак за равенство. Когато Дуоркин и неговите последователи правят това, те се присъединяват към възгледите на ислямските държави (като Иран и Пакистан) за прилагане на морала като право и по този начин стават „талибаните на западната правна мисъл“⁸³.

В общество, в което определяща е моралната рефлексия, значително по-малко биха били *морално мотивираните действия*. Познер се позовава⁸⁴ на изследването на Майкъл Грос във връзка със случаите на спасявания на евреи през Втората световна война,

с по-голямо по степен образование са склонни да смятат себе си и възгледите си за превъзхождащи и изключителни в сравнение с тези на останалите, поради което и приемат, че моралните норми на обществото, в което живеят, не се отнасят за тях и не ги обвързват (p. 1685).

⁸² Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1692.

⁸³ Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1695.

⁸⁴ Вж. **Posner, R.** The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1683. На друго място – заради тяхната доктринерност, Познер ги нарича „талмудисти“ – вж. **Posner, R.** Overcoming Law, p. 83.

в което се стига до извода, че колкото един човек е по-интелигентен и по-склонен към рефлексия на последиците от поведението си, толкова по-малко вероятно е той да участва в извършването на конкретни действия по спасяване на евреи.⁸⁵ Моралната компетентност ограничава политическата активност на лицето. За безполезността („перверзността“ – по думите на Грос) на моралната теория свидетелства трансформацията, през която преминава всеки студент по право. Преминал през идеалистичното обучение на своите професори, след като започне своята юридическа практика, той скоро е принуден да изостави техните идеали, които са били разбити от множество материални ограничения и пречки. Това са ограничения и пречки, които са тривиални в сравнение с тези, които всеки морален герой някога е срещал, и които точно поради това са били изцяло игнорирани и дори осъдени от преподаваните университетски идеали.

Дуоркин предлага модел⁸⁶, който в крайна сметка също се оказва консеквенциалистки, тъй като предполага постигането на един ключов за легитимността на правната система *резултат* – съществуването ѝ като единно цяло, характеризиращо се с интегритет.⁸⁷ Той залага на кохерентността в рамките на правната система, която трябва да бъде цел и смисъл на всяко съдебно решение. За Херкулес правото съществува извън него (неговият начин на обосноваване на правото е „отвън навътре“) и той трябва да го познава в неговата цялост, за да може да предложи съобразено с правото решение

⁸⁵ Вж. **Gross, M.** *Ethics and Activism: The Theory and Practice of Political Morality*. Sabon, 1997, p. 149–150.

⁸⁶ Всъщност става въпрос за специфична правна методология – метод, по който съдиите да вземат и постановяват своите решения. Вж. **Flores, I.** *The Legacy of Ronald Dworkin (1931–2013): A Legal Theory and Methodology for Hedgehogs, Hercules, and One Right Answers*. 2014, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, p. 1454, достъпна на: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1454>. Вж. по-горе на с. xxvii и сл. и определянето на Херкулес от самия Дуоркин като „съдия на метода“.

⁸⁷ Вж. **Posner, R.** *Overcoming Law*, p. 12.

на конкретния казус. С предварително изградената от Херкулес концепция за правната система, той е подготвен за всяко съдебно дело, което би могло да възникне. За разлика от Херкулес, преди да постаноят своите съдебни решения, „обикновените“ съдии не разполагат (а и не биха могли да разполагат) с „прекрасна и завършена“ теория за правото. Те не започват своята правораздавателна дейност с непосилния за тях труд по конструиране на правната система в нейната цялост, а се съсредоточават с разрешаването на конкретния правен въпрос, с който са сезирани (техният начин на обосноваване на правото е „отвътре навън“).

Дуоркин се съгласява, че Херкулес прилича не само на съдия, но и на *инженер*⁸⁸, който работи с идеален модел на сградата (правната система), за чието изграждане отговаря. Обосноваването на правото е процес, който на практика би могъл да доведе до преосмисляне на представата на съдиите относно това какво е правилното решение, тъй като истинските съдии не са свършени, но въпреки това те се ръководят от същите принципи, които съблюдава и Херкулес. Както правото не е въпрос на факт (а на проект, на нормативен идеал), така и концепцията за начина на прилагане на правото от съдиите не трябва да бъде описание на тяхната дейност, а предписание към какво тази дейност следва да се стреми. Херкулес е норма, а не факт. Възприемането на прагматичния подход, при който съдията не разполага с „нормата на Херкулес“ (изискването правото да се прилага като система), би довело до релативизиране на самото право до степен, в която то не би могло да изпълни основната си функция – да предложи предварителна регулация на обществените отношения. Правната регулация би разчитала на сглобяване *ad hoc* на индивидуално правило за поведение, формулирана като съдебното решение, с което временно се „закърпва“ регулативната мрежа на правото, без обаче да се гарантира каквото и да е било бъдеще на така формулираното правило.

⁸⁸ Вж. *Dworkin, R. Justice in Robes*, p. 68.

Познер се съсредоточава върху „обикновените“ (ординерните) съдии⁸⁹, които в своята ежедневна практика разчитат в много по-голяма степен на *интуицията* си⁹⁰, отколкото на правните принципи. Именно поради това колизията между принципите и интуицията следва да бъде разрешена, като принципите се държат неясни – именно това позволява на съдиите да си вършат работата. Ако Херкулес трябваше да влезе в тогата на съдиите, които действително правораздават, той нямаше да може да постанови нито едно решение, тъй като по най-сложните въпроси (аборт, евтаназия, легализиране на леки наркотици и пр.⁹¹) принципите се противопоставят един на друг и на практика стават причина за безкрайни и нерешими теоретични спорове. Ако продължа идеята на Познер, бих казал, че Съдията на Дуоркин в реалния свят би се държал по начин, който в много по-голяма степен би го оприличил не толкова на Херкулес, колкото на Хамлет⁹². Ако ангажираме

⁸⁹ Вж. *Posner, R. Overcoming Law*, p. 109–110, където Познер посочва, че дори съществува „култ към обикновеното“ при постановяването на съдебните решения. За запазването на върховенството на закона, съдията трябва да се придържа към редовното, ординерното, обикновеното – изключителният съдия е съдия, за който вече има съмнение, че е стъпил отвъд закона.

⁹⁰ Вж. *Posner, R. The Problematics of Moral and Legal Theory*. // *Harvard Law Review*, 1997, № 111, p. 1678–1679.

⁹¹ Моралната теория е напълно безпомощна и в случаите на т.нар. морални дилеми. Вж. *Posner, R. The Problematics of Moral and Legal Theory*. // *Harvard Law Review*, 1997, № 111, p. 1673.

⁹² Познер сравнява съдията с Хамлет само на едно място – вж. *Posner, R. Overcoming Law*, p. 130, за да го отличи от професорите по право: ако за последните определящо е писането (на теоретични текстове), най-важното за съдиите е слушането – придобиването на непосредствени впечатления от изказванията на участниците в съдебното производство (свидетели, вещи лица, страни). Това е и причината, поради която съдията може да делегира на свой помощник самото изписване на съдебното решение (като текст), но не и воденето на съдебното заседание (като взаимодействие). В този контекст за съдията, както и за Хамлет – играта е най-важното („the play’s the thing“). Теоретичната игра не е като практическата игра (p. 135). В този смисъл предложението от мен фикционен съдия Хамлет, който не знае как да реши делото

митологичния съдия Херкулес с реални съдебни дела, това, което бихме получили, е *съдията Хамлет* – съдия, който не знае как да реши трудното дело, с което е сезиран, тъй като е чувствителен към всички взаимно противоречащи си правни принципи, приложими към конкретния казус. Той до последния момент не знае кой от принципите би трябвало да бъде определящ и какво в крайна сметка следва да бъде съдебното решение.⁹³

Спорът на Дуоркин с „антитеоретичната школа“ продължава с Едуард Леви и Кас Сънстейн. *Едуард Леви* се концентрира върху специфичния начин на аргументиране на съдията, при който последният според Леви не трябва да се ангажира с конструирането на цялостна и завършена правна система, а единствено с правоприлагане по *аналогия* – и то само в по-сложните случаи, които изискват обосноваване отвъд категоричните предписания на правната норма.⁹⁴

*Кас Сънстейн*⁹⁵ застава зад Леви и също настоява за възприемането на т.нар. „теоретично незавършен

си, тъй като непрекъснато се колебае, поради огромните си теоретични познания, е употреба (аналогия) на Хамлет, която самият Познер не използва.

⁹³ Тази нерешителност на съдията Хамлет е присъща и на съдията Адам и полагания от него сизифов труд – както в случаите, когато правораздава еднолично, така и в случаите, при които е част от съдебен състав. Вж. подробно по-долу.

⁹⁴ Вж. *Levi, E.* An Introduction of legal reasoning. // The University of Chicago Law Review, 1948, № 15, p. 501–504, където като основен модел на юридическото мислене е посочено „мисленето чрез пример“, „от случай на случай“, при което правилата се променят, докато се прилагат. За Познер аналогията стимулира извършването на разследване, поради което тя е част от т.нар. „морално любопитство“. Вж. *Posner, R.* The Problematics of Moral and Legal Theory. // Harvard Law Review, 1997, № 111, p. 1675.

⁹⁵ Вж. *Sunstein, C.* Incompletely Theorised Agreements. // Harvard Law Review, 1995, № 108, p. 1737, 1739, където настоява, че съдиите, както и хората могат да постигат споразумения (включително за това какво е правилното значение на юридическия текст) без теория, използвайки принципи „от средно ниво“ (middle-lever principles).

подход“ в дейността на съдията, който трябва да действа повече като юрист (практик), отколкото като философ (теоретик). Според Сънстейн съдиите постигат съгласие относно съдържанието на правото (как трябва да решават аналогични съдебни дела) чрез „теоретично незавършени споразумения“ (incompletely theorized agreements), т.е. споразумения, при които съдиите се съгласяват с принципи на определено ниво (ниско, средно или високо), без това да изключва разминаване във възгледите им за правните принципи от друго ниво (високо, ниско или средно). Именно принципите свързват отделните решенията по различните дела и правят възможно обосноваването на решения по аналогия, при които съдиите търсят постигането на „локална кохерентност“ между няколко правила (чрез прилагането им по аналогия), а не на „глобална кохерентност“ в рамките на цялата правна система (като завършена теория на правото).⁹⁶ За да може да се реши правният спор, всяко „споразумение за правото“, дори и това с най-малък обхват, е споразумение, което „върши работа“ и трябва да бъде използвано за целите на правораздаването. Нещо повече, колкото по-тясно е споразумението, върху което се основава едно съдебно решение, толкова по-свободни са съдиите при решаването на следващи правни спорове. Колкото по-малка е теоретичната амбиция на съдията, толкова по-голяма е ефективността на правоприлагането. Незавършеното в своята окончателна теория съдебно решение осигурява отвореност на правната система, снабдява я с перспективи, в рамките на които правото може да съобрази настъпването на бъдещи промени във фактите и в ценностите на обществото. Още повече че предвид множеството държавни институции „правото не може да говори с един глас“, а когато това се случва, обикновено става въпрос за „екстремни случаи“.⁹⁷

⁹⁶ Вж. *Sunstein, C. Incompletely Theorised Agreements. // Harvard Law Review, 1995, № 108, p. 1741–1942.*

⁹⁷ Вж. *Sunstein, C. Incompletely Theorised Agreements. // Harvard Law Review, 1995, № 108, p. 1750.*

Локалното мислене позволява на много съдии да постигат съгласие по много въпроси, въпреки че се разминават в позициите си по определени принципи, които принципи и свързаните с тях разминавания остават във „фона“ на съдебното решение. Дейността на съдията по прилагане на правото е ограничена както в хоризонтално отношение – той следва да се произнесе по възможно най-тесния предмет, в обема, в който е необходим (не повече!) за разрешаване на спора, така и вертикално отношение – той следва да се произнесе, като се позовава на възможно най-ниския като ниво правен принцип, който осигурява достатъчна (не повече!) аргументираност на съдебното решение. Всеки ексцес – било то в хоризонтално или във вертикално отношение, е амбиция, която не трябва да се допуска в правораздавателната дейност на съдията. Поради това Сънстейн противопоставя на „високомерния“ Херкулес практически постижимия идеал на „скромния съдия“⁹⁸, който осъзнава собствените си несъвършенства и необходимостта да постигне съгласие с колегите си в съдебния състав, поради което съзнателно ограничава своите действия по създаване на правна теория до минимално необходимото за решаването на конкретния правен спор. Така „килимът на правото“ се изплита парче по парче – като „джобове на кохерентност“. В теорията няма някаква специална магия, създаваща някаква особена реалност на абстрактното, а тя представлява единствено средство, чрез което хората „осмислят своите етични и политически светове“⁹⁹. Сънстейн е убеден, че абстрактното не притежава някаква по-голям ценност

⁹⁸ Дуоркин се съгласява, че „скромността“ трябва да е важна черта на всеки съдия, но за него скромността е „отношение, а не призвание“ („attitude not a calling“). Призиванието на съдията в едно демократично общество, което по правило е културно, етнически, политически и морално разделено, е да търси обединение отвъд икономическите постижения и социалния мир – там, където може да твърдим, че съществува (морална) общност. Вж. *Dworkin, R. Justice in Robes*, p. 73–74.

⁹⁹ Вж. *Sunstein, C. Incompletely Theorised Agreements*. // *Harvard Law Review*, 1995, № 108, p. 1762.

от конкретното. Легитимността на правото не трябва да има за свой център дейността на съдията (способността му да обосновава съществуването на кохерентна правна система), а има за свое основание осъществяваната от държавата власт¹⁰⁰ (осъществявана въз основа на демократично управление). Ако съдията прилага правни принципи, те трябва да бъдат от възможно най-ниско ниво, докато принципите от високо ниво са ангажимент на представителните държавни органи. Колкото по-абстрактни са принципите, с които се аргументираме, толкова повече излизаме от сферата на правото и навлизаме в полето на политиката.

Дуоркин отказва да приеме опитите юриспруденцията да бъде ограничена единствено до локализирано прилагане на закона, а в трудните случаи – до прилагането му по аналогия, по съседство, без поемането на цялостен теоретичен ангажимент от съдията. Според Дуоркин подобна теза е вътрешно противоречива. Един съдия не би могъл да прилага законов текст по аналогия, ако не разполага с теория относно това какво трябва да представлява правото.¹⁰¹ А и как разграничаваме кои принципи са от „ниско“, „средно“ или от „високо“ ниво? Прилагането на кои от тях превръща аргументацията на съдията в теория?

За разлика от Познер, Сънстейн е значително по-мек при своя отговор¹⁰², в който той се съгласява с отправените от Дуоркин критики и признава, че предложеният от него теоретично незавършен подход е „подход, базиран на теорията“ (theory-laden). Той обаче включва в себе си и „презумпция в полза на теоре-

¹⁰⁰ Тук Сънстейн препраща към теорията на Джоуф Раз – вж. *Raz, J.* The Morality of Freedom. Oxford, 1986, p. 21–69.

¹⁰¹ Дуоркин приема, че в крайна сметка Сънстейн достига до извод, който споделя и самият той: съдиите трябва да използват теория от по-висока степен само когато съществува специална причина за това. Вж. *Dworkin, R.* Justice in Robes, p. 71.

¹⁰² Вж. *Sunstein, C.* From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. // Arizona State Law Journal, 1997, № 29, p. 391, 396.

тичната скромност¹⁰³ на съдиите. Сънстейн настоява върху това, че обикновените съдии работят с принципи от ниско ниво на теоретична абстрактност и това е ефективна стратегия за постигане на съгласие между тях – особено когато съдиите имат различни виждания по един и същ теоретичен въпрос или когато нямат точна представа за собствените си виждания по този теоретичен въпрос. Стремещт на съдиите към минимални теоретични амбиции може да бъде стимулиран с два конкретни инструмента, които включват движението „настрани“ (а не „нагоре“): използването на вече посочената от Сънстейн аналогия и придържането към фактите. Именно „профактическата“ позиция е посочена¹⁰⁴ от Сънстейн като определяща за Чикагската школа, а не нейната антитеоретичност. Постановяването на съдебното решение не е теоретична дейност, която се случва във фактологически вакуум. Напротив – за съдиите, които по правило не са философи (!), теорията би могла да бъде някакво начало. Това, което ще предопредели решението им обаче, ще бъдат фактите. Разбира се, фактите ще бъдат преценявани от парадигмата на определена (стартова¹⁰⁵) теория, но именно детайлите във факти биха могли в най-голяма степен да обединят съдиите за постигане на съгласие извън определена абстрактна теория. Такова съдебно решение има за свой център конкретните факти, без да си поставя

¹⁰³ Вж. *Sunstein, C.* From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. // *Arizona State Law Journal*, 1997, № 29, p. 403. Вж. също *Popkin, W.* Statutes in Court. The History and Theory of Statutory Interpretation. London, 1999, p. 155. За да се удържи тази презумпция, на съдиите трябва да се дава колкото се може по-малко (теоретична) работа.

¹⁰⁴ Вж. *Sunstein, C.* From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. // *Arizona State Law Journal*, 1997, № 29, p. 398.

¹⁰⁵ Фактите във всеки конкретен случай са от изключително значение, като самите те могат да въоръжат съдиите и с различни теории. Вж. *Sunstein, C.* From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response. // *Arizona State Law Journal*, 1997, № 29, p. 396. В крайна сметка, съгласието се гради по-лесно върху фактите, отколкото върху абстрактните теории.

високи теоретични амбиции. Теорията е само част от картината, с преувеличаването на чието значение не трябва да се рискува, тъй като това би могло да доведе до сериозни затруднения и крайно незадоволителни резултати в практиката на съдилищата.

4. Първият съдия Адам – преди и след Вавилон

Нека си представим съществуването на един-единствен съдия, който подобно на Херкулес разполага с цялото време на света. Нека наречем този съдия *Адам*.

Съдия с името Адам е познат в немскоезичния свят като (анти)герой от пиесата „Счупената делва“¹⁰⁶ на германския драматург *Хайнрих фон Клайст*. В нея Адам е представител на правосъдието в провинциална Прусия, заедно с други двама герои на Клайст: Валтер (съдебен инспектор, изпратен да извършва проверки на работата на провинциални съдии като Адам) и Лихт (писар-деловодител на съдията Адам, който се домогва да заеме неговото място в провинциалния съд). И трите предложени от Клайст персонафикации на съдебната система са по-скоро негативни и показват как личният интерес (оправдаването на собствените си виновни действия – при Адам), възложените професионални задачи (опазването на честта и авторитета на съда – при Валтер) и кариерни домогвания (заемането на съдийския пост без съществена промяна в начина на правораздаване – при Лихт) могат да имат предимство пред изгубената в практиката на провинциалните съдилища идея за справедливо правораздаване.¹⁰⁷ Съдията Адам на Клайст е пълна противоположност на съдията Херкулес на Дуоркин.¹⁰⁸ Неговите познания относно прав-

¹⁰⁶ „Der zerbrochne Krug“ (1803–1806).

¹⁰⁷ Вж. *Griffiths, E.* Political Change and Human Emancipation in the Works of Heinrich von Kleist. New York, 2005, p. 128–134.

¹⁰⁸ Съществуват предположения, според които първоначално Бог е планирал да даде на Адам тяло със значително по-големи размери – достигащи и дори надхвърлящи тези на Херкулес. Той е бил разубеден и в крайна сметка се е отказал от тези си наме-

ната система на Прусия (доколкото такава съществува) са меко казано „схематични“. Той разпознава дебата за съществуването на естественото право, но правораздава въз основа на „техники“, за които твърди, че са базирани на исторически форми на правоприлагане, свързани с времето на император Карл V¹⁰⁹. Всъщност Адам е трагична фигура на съдия¹¹⁰, който подобно на библейския съдия е „паднал“ и за разлика от Херкулес стои здраво на земята („down-to-earth“), оплетен в корупционни практики и опити да налага собствените си виждания за правото на всички, които живеят в „неговата“ (правна) провинция¹¹¹. „Империята на правото“ (?) – в лицето на съдебния инспектор Валтер, успява да отвърне на удара, но резултатът е комично далеч от идеята за правния интегритет, постиган чрез интерпретативните усилия на Херкулес.

Съдията Адам, който имам предвид тук (и ще разгледам по-долу), се различава съществено от съдията Адам на Клайст. Той е протагонист, който следва идеала на Херкулес, но за разлика от него се променя във времето, като трябва да съобрази радикалната промяна, настъпила в условията, при които той прилага правото. Адам е *първият съдия* в Рая (Империята на правото). Той е един-единствен и разполага с вечността. За разлика от Херкулес, Адам постига най-правилното реше-

рения, в резултат от усилията на ангелите, които се уплашили от силите, с които би разполагало едно създание с така планираните от Господ размери. Вж. *Altmann, A.* The Gnostic Background of the Rabbinic Adam Legends. // *The Jewish Quarterly Review*, New Series, 1945, № 4, p. 381. В този разказ Адам действително прилича на един неосъществил се (поради страховете на ангелите!) Херкулес.

¹⁰⁹ Карл V е император на Свещената Римска империя в периода от 1519 до 1556 г. Вж. *Kliest, H.* The Broken Jug. Translated by Roger Jones. Manchester, 1977, p. 16.

¹¹⁰ Шкафовете в съдебната зала са пълни със сирене, шунка и наденица, увити в различни съдебни книжа.

¹¹¹ Провинцията е Хойзум (Huisum) – измислено от Клайст холандско село, разположено недалеч от реалния областен град Утрехт, от който град е и съденият инспектор Валтер.

ние спонтанно, като единствено възможното в Рай, без да е необходимо полагането на каквото и да е усилие по „сглобяване“ на Империята на правото. Адам обаче изгубва своята привилегия, след като вкухва от Дървото за познаване на доброто и злото и придобива способността да различава съществуването на две основни морални категории в тъканта на юридическото: „добро“ и „лошо“ право. От този момент той е изгонен от простотата на Рая и трябва да се сблъска с демоните на съмнението и разногласието. Той вече се нуждае от „нечовешките“ сили на Херкулес, но уви – не ги притежава.

Докато е познавал единственото („доброто“, правилното) право, той е съзрявал реда в Рая като съвършен (Божествен) правопорядък. Подобно на Херкулес, Адам не е имал никакво съмнение относно това „какво казва правото“ – живеел е в една (единствена) хомогенна нормативна система (империя), чието съвършенство е било постигнато благодарение на това, че правото – подобно на живота, е следвало своя единствено възможен, естествен ход. Правораздаването е било универсално и е съвпадало изцяло с правоприлагането, което на свой ред е било част от прилагането на законите на физиката. Всяко решение е било единствено възможното в гравитационното поле на Закона. Адам е бил единственият адресат на Закона, който е бил способен да осъзнава и опосредява процеса на правоприлагане – идеална (асоциална) ситуация, към която в най-голяма степен принадлежи и съдията Херкулес. Херкулес е в състояние да изгради и да поддържа съвършената Империя на правото само ако всички нейни адресати са невинни като създанията, обитаващи Рая на Адам. Съвършената ситуация на съвършения Херкулес отрича не само съществуването на други съдии (като под „други“ разбирам такива с различно мнение), но и въобще съществуването на други адресати на правото (като под „други“ отново разбирам такива с различно мнение). В Рая липсват не само съдии с различно мнение, но и подсъдими с различни интереси. В съвършения свят на Херкулес съдията е умна (самосглобяваща се) и амби-

циозна (съществуваща като холограма на целия Ред) тавтология. Удвояването на тялото на Адам – с появата на Ева, води до нарастване на правораздаването „по ребро“, единствено като количествено увеличаване по сребрена линия, тъй като появата на Ева идва да задоволи потребността на Адам да споделя едното и единствено („добро“) право. Двама съдии, застинали в едно общо съзерцаване на единственото право.

Порядъкът, който познават Адам и Ева, е природен – той е резултат от вградената в света физика на доброто и в този смисъл е трансцендентен за всяко потенциално и на практика отсъстващо в Рая общество – държавите с плурализма на своите различни правопорядъци се появяват извън (отвъд) Рая. Подобно на Херкулес, Адам първоначално е съзерцавал интегритета на правото в пълна самота (дори и *след Ева*) и това са били най-добрите години на Закона. Ако обаче Херкулес е застинал в своята поза на съвършенство и не трепва дори и пред най-трудните дела, оставайки под стъкления похлупак на своята Империя, съдбата на Адам е със значително по-интересна драматургия: той среща Ева, нарушава заедно с нея единственото правило, което може да бъде нарушено, и бива изгонен от Ада. Съдията Адам става първият подсъдим (следван от Кайн) за действието, което му позволява да различава два вида право – „добро“ и „лошо“. От този момент неговите решения стават подчинени на бинарността, поради което и той започва да носи отговорност за тях.

Най-важното за Адам обаче е, че той продължава да правораздава и след като напуска Рая. Животът му *след Рая* е свързан с преминаването на Адам през особена метаморфоза (от труд на Херкулес към труд на Сизиф), отличаваща го от всички останали фикционни съдии (Херкулес, Хермес, Зигфрид, Хърбърт, Атлас, Хамлет и др.¹¹²). За разлика от тях Адам не запазва своята моно-

¹¹² Всички тези фикционни съдии са всъщност литературни герои, които са попаднали в центъра на полесраженията за същността на правото и показват по един категоричен начин значението, което литературата би могла да има за разбирането на особеностите на юридическото.

тонност във времето. Именно тази негова метаморфоза, струва ми се, е в състояние да ни покаже как стремежът към съвършенство (в теорията) може да се превърне в смирение (в практиката). Адам е изгонен от идеалния правопорядък в момента, в който става свободен¹¹³, или казано с терминологията на неговата професия – когато става способен да има свое вътрешно убеждение.

От този момент се появява и нуждата правораздаването (или „правилното раздаване на правото“) да се търси в рамките на съдебен състав, в който не е достатъчно предишното съзерцателно отношение към правото на Адам и Ева, а е необходимо както тяхното активно участие в усилието по търсене на „доброто“ право, така и *ангажирането на Трети съдия*, чието участие да осигури възможността правото да бъде установено чрез механизма на мнозинството. Правораздаването става работа за трима.

Когато правото е оставено в ръцете¹¹⁴ на Адам, дори и след познаването на „доброто“ и „лошото“ право, монизмът на правопорядъка е застрашен единствено от индивидуалното колебание – *вътрешното убеждение* на Адам, при преценката му кое в конкретния случай е „доброто“ право¹¹⁵. С появата на Третия съдия колебанието на всеки отделен съдия получава нов процесуален статут: всяко колебание има потенциала да се превърне в разногласие. Вътрешното убеждение може да се превърне в *особено мнение* на съдията, при което определящо е не старшинството, а броят на съдиите. В съдебния състав Адам загубва своето име и своята история, а опре-

¹¹³ За въпроса доколко конструкцията на Дуоркин за „единствения правилен отговор“ елиминира „свободата на съдията“ – явяващ се специализиран вариант на въпроса доколко всезнанието на Бог ограничава свободата на хората, вж. *Sinclair, M. Hercules, Omniscience, Omnipotence, and the Right Answer Thesis.* // *New York Law School Law Review*, 2002–2003, № 46, p. 448.

¹¹⁴ Или в ребрата на Адам – при неговото удвояване с появата на Ева.

¹¹⁵ Този Адам прилича на вече споменатия по-горе съдия Хамлет.

делящо става единствено *мнозинството*. Качеството на правото „добро“ и „лошо“ започва да се определя чрез задействането на количествен механизъм.

Появата на третия съдия е събитие в света на правораздаването, което по своето значение е от значимостта на *умножаването на езиците* след неуспешното построяване на Вавилонската кула. След този момент става напълно възможно и тримата съдии да формират различно вътрешно убеждение и да предложат три различни версии на „доброто“ право. При такава ситуация мнозинството престава да функционира като механизъм за определяне на „доброто“ право. Умножаването на „версиите“ за „доброто“ право принуждава съдиите в състава *да спорят* не за цялото право, а за решението по конкретния съдебен спор. Така въпросът за „доброто“ и „лошото“ право се смалвява до въпрос за „правилното“ и „неправилното“ съдебно решение. Само при подобно смалвяване на професионалната задача на съдиите те могат да поемат ангажимент да разгледат и разрешат всеки представен пред тях съдебен спор. Подобно смалвяване на задачата на съдиите прави много по-постижимо съгласието между тях, като гарантира, че разногласията им няма да доведат до отказ от правосъдие.

Подобно на Херкулес, Адам се бори за обосноваването на единна правна система. За разлика от Херкулес обаче, съдията Адам преминава през *радикална промяна* в своята професионална кариера. Въпреки че е започнал правораздавателната си дейност от *самото Начало на правото*, той постепенно открива, първоначално – своето собствено вътрешно убеждение, а впоследствие – и това на своите колеги, като в крайна сметка трябва да се научи да работи с възникващите разногласия и със създаваните от тях особени мнения при наложена му равнопоставеност на всеки един от членовете на съдебния състав. Така трудът на Адам по осигуряване на кохерентността на правната система от труд на Херкулес се превръща в труд на Сизиф.

Ако в епохата на Рая кохерентността на правото е била въпрос на време – нещо, с което Адам е разполагал

без каквито и да е било ограничения, след Рая и особено след Вавилон, интегритетът на правото започва да зависи от полагаането на нечовешки усилия по преодоляване – в надпревара с изтичащото време, не само на сложността на източниците на правото, но и на разминаванията в убежденията на съдиите. За разлика от Херкулес, Адам няма някакво трансцедентно (митологическо) предимство, което да дава различна тежест на неговия глас и аргументи в сравнение с тези на останалите членове на съдебния състав, в рамките на който той правораздава. Адам загубва претенцията си да бъде Херкулес и трябва да се примири както с равноправието на съдиите, така и с преклузивността на съдебното време.

В *Новия свят* на съдията Адам непрекъснато изтичат срокове, които отнемат различни правни възможности. „Хилядите процесуални смърти“ на преклузивните срокове в процеса на правораздаване имат в много по-голяма степен за своя цел да осигурят постановяването на (някакво) съдебно решение в разумен срок¹¹⁶, отколкото постановяването на (единственото възможно или най-добро) съдебно решение, което отговаря в максимална степен на разума на законодателя¹¹⁷. За разлика от Херкулес Адам има ангажимент не само към правото, но и към процеса.¹¹⁸ Времето, в което правото е било

¹¹⁶ Съгласно чл. 13 ГПК съдът разглежда и решава делата в разумен срок.

¹¹⁷ Съгласно чл. 4 ГПК съдът разглежда и решава делата според точния смисъл на законите, а когато те са непълни, неясни или противоречиви – според общия им разум. При липса на закон съдът основава решението си на основните начала на правото, обичая и морала.

¹¹⁸ Това го доближава да съдията Адам на Хайнрих фон Клайст, за чието „падане“ определяща е именно неговата неспособност да организира и проведе един справедлив съдебен процес. Вж. **Fordham, K.** *Trials and Tribunals in the Works of Heinrich von Kleist*. A thesis submitted to the Department of German Language and Literature in conformity with the requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Queen's University Kingston, Ontario, Canada. July 2000, p. i. Съдията Адам на Клайст използва силовата си позиция, за да манипулира съдебния процес в посоката, която в най-голяма степен отговаря на неговите интереси и желания. Той

очевидно и саморазкриващо се в своята природност, е отминало. Правото вече е въпрос на съдебно дирене, то трябва да бъде установено в резултат от провеждането на надлежен *процес*.¹¹⁹ Именно процесът, а не всезнанието на съдията, осигурява както законосъобразността и справедливостта на съдебното решение, така и ефективността на правораздаването. Херкулес не се нуждае от процес – той прилага директно правните принципи, с които разполага непосредствено. Напротив, Адам знае колко важен е процесът и поради това неговият ангажимент към правото – подобно на ангажимента на всички реални съдии, е най-вече процесуален. Във времената на Адам, част от всемогъщия съдия Херкулес е отнета от човека-съдия и е обективирана в система от процесуални правила. Тези правила създават ритуали, които изпълняват фундаментална роля не само в съдебния процес, но и в обществото като цяло – те ни дават възможност да знаем какво е следващото

налага собствената си партикуларна версия за ред чрез провеждането на процес, начина на протичане на който зависи единствено от неговата индивидуална воля и лични предпочитания. Истината би могла да бъде разкрита, но това ще стане не благодарение, а въпреки усилията на съдията Адам на Клайст.

¹¹⁹ Отгук и очарованието ни от съдебния процес, включително когато той е представен като пиеса или като телевизионно шоу. Вж. *Fordham, K.* *Trials and Tribunals in the Works of Heinrich von Kleist*, p. 1–10: „процесите ни очароват, защото вярваме, че те ще ни разкрият истината“. Вж. също *Simonett, J.* *The Trial as One of the Performing Arts*. // *American Bar Association Journal*, 1966, № 52, p. 1146. Съдебният процес е истинска драма – както по своята форма, така и по своето съдържание. В неговия ход адвокатите на страните трябва да разкажат (убедително!) историите на своите клиенти, а съдията – да разкрие (проницателно!) истинската същност на техните отношения. В процеса всички юристи са актьори, като някои от тях – съдията, осъществяват режисьорски функции. Така във всеки процес могат да бъдат разграничени две пиеси: една малка пиеса – представлението на адвоката, в което той разказва историята на своя клиент, и една по-голяма пиеса – процесът като цяло, в който крайната дума е на съдията. Вж. *Ball, M.* *The Plays the Thing: An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theatre*. // *Stanford Law Review*, 1975, № 28, p. 88.

нещо, което ще и/или трябва да се случи.¹²⁰ Ритуалите носят със себе си особен процесуален комфорт – чувство за ред¹²¹ и сигурност, възникващо в резултат от нашата убеденост, че непредвидимият конфликт между спорещите може да бъде овладян и контролиран като съдебен процес. Със съдебното решение идва развързката на спора, което ни носи успокоението и удовлетворението, че конфликтът не е излязъл извън контрол (не се е превърнал в самоуправство) и е окончателно разрешен (със сила на пресъдено нещо). Удоволствието от това удовлетворение е толкова по-голямо, колкото по-убедително съдията успее да подреди парченцата от пъзела на конкретния случай. Определяща задача на съдията процесуалист е „кохерентността на делото“ („to make a coherent case“¹²²), а „кохерентността на правото“ (интегритета на правната система) би могла да бъде мислена само като косвена последица от сглобяването на правния казус като реална история.¹²³ Процесът на съдията е алтернатива на войната¹²⁴ между страните, чийто краен резултат – съдебното решение, се ползва и може да бъде приложено посредством при-

¹²⁰ Тук аналогията между процеса и драмата е особено силна. Вж. **Fordham, K.** *Trials and Tribunals in the Works of Heinrich von Kleist*, p. 6.

¹²¹ Вж. **Smith, C.** *Law as Form and Theme in American Letters: An Essay in Law and American Literature*. – In: **Smith, C., P. John, Jr. McWilliams, M. Bloomfield** (eds.) *Law and American Literature: A Collection of Essays*. New York, 1983, p. 15. За Смит особено значение за постигането на ефекта на съдебните ритуали има юридическият език – ритуалът ще загуби от своята специфична сила, ако юридическият език не се отличава от обикновения (p. 9).

¹²² Вж. **Fordham, K.** *Trials and Tribunals in the Works of Heinrich von Kleist*, p. 8.

¹²³ Именно центрирането на процеса около разследването на една реална (истинска) история доближава правосъдието до литературата. Вж. **Robson, J.** *Crime in „Our Mutual Friend“*. – In: **Friedland, M.** (ed.) *Essays on Crime in Literature*. Toronto, 1991, p. 114.

¹²⁴ Употребата на физическата, психическата, икономическата, политическата и пр. сила от всяка една от страните, за да наложи своите интереси и своята воля над тези на другата страна.

нудата на държавата. Това, което ни очарова в процеса, е не толкова постигането на справедливостта, колкото възстановяването на собственото ни чувство за ред¹²⁵.¹²⁶ Определящата цел на съдебния процес е именно възстановяването на мира, разбираан като ред.¹²⁷

Съдебната процедура е *процесуалният екзоскелет* на Адам, който има за цел да приближи неговите усилия до силата на Херкулес. Така около системата на материалното право се създава нова система – системата на процесуалното право. Правото се разделя, като съдията е „потопен“ много повече в процесуалното, отколкото в материалното право. Това, което липсва на Херкулес и го отдалечава от „обикновените“ съдии, е negliжира-

¹²⁵ Вж. **Fordham, K.** *Trials and Tribunals in the Works of Heinrich von Kleist*, p. 12. Процесът рационализира извършеното престъпление, като осмисля хаоса, пред който заставаме всеки път, когато узнаваме за извършено правонарушение.

¹²⁶ Съдебният процес е и церемония по отделяне на спорещите от обществото – дисоциация, която осигурява спокойствие за неучастващите в конфликта лица, които могат безопасно да наблюдават процеса единствено като зрители. Вж. **Garfinkel, H.** *Conditions of Successful Degradation Ceremonies*. – In: **Rubington, E. Weinberg, M.** (eds.) *Deviance. The Interactionist Perspective*. New York, 1973, p. 94.

¹²⁷ Вж. **Luban, D.** *Some Greek Trials: Order and Justice in Homer, Hesiod, Aeschylus and Plato*. // *Tennessee Law Review*, 1987, p. 54, 282-284, 310, 321. За Любан институциите на справедливостта съществуват парадоксално, за да стабилизират обществото, а не за да постигат справедливост („to stabilise a society rather than do justice“). Така например определящо за Зевс при решаването на спора между Аполон и Хермес е да запази хармонията и приятелството между боговете на Олимп, а не чрез наказването на Хермес да се търси постигането на нещо толкова спорно като справедливостта (p. 280). Решението на Зевс е мирен договор, а не заповед (друг е въпросът дали изобщо става въпрос за съдебно решение). От тази интерпретация на Любан може да бъде създаден поредният фикционен съдия – съдията Зевс, който търси решението, което ще осигури най-траен ред (мир) между страните и/или в обществото. Отново се търси интегритет – но не в системата на правото (интерпретативна кохерентност), а в обществото (социална хармония). Друг е въпросът дали Зевс не трябва да се преквалифицира от съдия в медиатор или в политик.

нето на съдебния процес. В митологичните времена на Херкулес е достатъчно съществуването на материално право – действието на правото се е изчерпвало с неговото прилагане (правоприлагане). В днешните времена на Адам все по-важна е ролята на процеса – действието на правото се осигурява чрез неговото надлежно раздаване (правораздаване). Справедливостта променя своя настоящ адрес, като пренася центъра на своите интереси от системата на материалното право в процедурата на съдебния процес. Това е и причината, поради която Адам – за разлика от Херкулес, е съдия, който преди всичко е ангажиран с постигането на ефективен и справедлив процес¹²⁸, и едва след това – с постановяването на законосъобразно съдебно решение. Входът към правото е процесът. Именно с него е свързана надеждата на страните да получат своевременно и справедливо съдебно решение.

С нарастването на броя на съдебните дела съдебните зали се превръщат в тресавища, в които „потъват“ милиони човешки съдби. Утилитаризмът оставя надеждата, че тресавищата на правораздаването могат да се реформират във фабрики, в които процесът да започне да функционира като добре организирана във времето бюрокрация. При условия на „свръхнаселено“ правосъдие основна цел става правораздаването в разумен срок („лош ред, но ред“), а справедливото решение („добър ред, макар и бавно“) е възможност, която сама по себе си не може да бъде гарантирана. Адам е призован като съдия, за да решава определен брой дела всеки месец, а не да се занимава с теоретичното реконструиране на правото като единна система от правила, подчиняващи се на определен политически морал. Подобно поведение на Адам не само би представлявало недопустима загуба на съдебно време, но и девиация,

¹²⁸ Това е особено видимо в производствата, характерни за англо-саксонската правна система, в които решението относно вината на подсъдимия се взема от жури, в което участват граждани, а ролята на съдията се изчерпва с това да организира съдебния процес и да определи размера на наказанието.

която застрашава интересите на всички „потребители“ на държавната правораздавателна услуга. Страните по делата, разпределени на съдията Адам, нямат време да чакат резултата от неговата реконструираща интерпретация, сглобяваща цялата правна система по всяко едно съдебно дело. Колкото по-абстрактно е нивото, на което Адам прилага правото, толкова по-вероятно е спорещите страни да подадат *жалба за бавност* срещу неговата правораздавателна стратегия.

Все пак Адам може да бъде различен съдия. Той може *да поеме задачата*, която си поставя Херкулес, макар и времената на Рая да са отминали. Трудът му по постигането на тази задача няма да е *ефективният труд на Херкулес* – труд, който познава и самият Адам от митологичните времена на Рая. Той в много по-голяма степен би наподобявал¹²⁹ *безрезултатния труд на Сизиф* – труд, който, независимо от броя на „повторенията“ си, продължава да носи смисъл, тъй като приема за определящ при търсенето на справедливостта не нейната постижимост, а стремежа към нея.

Безспорно Адам е направил сериозен компромис, бихме могли дори да кажем, че е „склучил сделка с дявола“¹³⁰. Въпреки това той може да участва в правораздаването и като своеобразен „*контрапроцес*“ – като контрапункт на ефективността, явяваща се основна цел на процеса. Въпреки че основна цел на един съдебен процес е постановяването на съдебно решение в разумен срок (защото „бързата работа не е срам за съдията“), съдията Адам застава *срещу силата на „процесуалния поток“*, за да се опита да постигне непостижимото – да избути камъка на кохерентността до върха на правната

¹²⁹ За извършването на тази аналогия (макар и в рамките на по едно изречение) бихме могли да видим *Hutchinson, A.* Indiana Dworkin and Law's Empire. // The Yale Law Journal, 1987, № 96, p. 662, както и *Streck, L.* Deconstructing the Models of Judges: Legal Hermeneutics and beyond the Subject-Object Paradigm. // Nevada Law Journal, 2010, № 10, p. 698.

¹³⁰ Това прави съдията Адам кандидат и за друго име – „Фауст“.

система. Самият Дуоркин признава този подвиг на съдията Адам, като в една от първите си книги, в които се появява Херкулес, посочва, че всеки съдия „трябва да решава трудните дела със смирение“¹³¹. Това смирение не е примирие с изискването за ефективност в процеса на правораздаване, а осъзнаване на непостижимостта (абсурдността) на задачата на Херкулес във времената на Сизиф и непрекъснато вървене към тази задача, независимо от нейната непостижимост (абсурдност).

И ако трябва да експлицираме *връзката* между правната теория и съдебната практиката в живота на Адам, бихме могли да кажем, че загубата на неговата невинност е свързана с преминаването му от *Университета* (Рая и времената на Херкулес) в *Съда* (Вавилон и времената на Сизиф). Макар и да му е необходимо известно време, посветено на практическо правораздаване, Адам може да остане дуоркинианец единствено ако успее да живее живота на Сизиф, запазвайки университетския си идеал за Херкулес, т.е. ако осъзнае и запази смирението, което дължи при практическото преследване на идеята за една кохерентна правна система, чийто интегритет може да осигури ред, стабилност и предвидимост на своите адресати. И именно там и когато Адам успее да помири Херкулес със Сизиф, университетското желание за систематичност – с практическото изискване за ефективност, разтегливото време на учебния час – с преклузивността на съдебните срокове, става възможна Битката за средната земя.

5. Убеждения и мнения

Вътрешното убеждение на съдията е механизъм за чувствителност към фактите, но не и към правото. Съгласно чл. 155 ЗСВ всеки съдия при първоначално встъпване в длъжност полага следната *клетва*: „Заклевам се в името на народа да прилагам точно Конституцията и законите на Република България, да изпълнявам задълженията си по съвест и вътрешно убеждение,

¹³¹ Вж. *Дуоркин, Р.* Да се отнасяме към правата сериозно, с. 179.

да бъде безпристрастен, обективен и справедлив, да допринасям за издигане престижа на професията, да пазя тайната на съвещанието, като винаги помня, че за всичко отговарям пред закона. Заклех се!“ В частта си за вътрешното убеждение съдържанието на клетва е пояснено от разпоредбата на чл. 12 ГПК, съгласно която „съдът преценява всички доказателства по делото и доводите на страните по вътрешно убеждение“. Видно от този текст е, че вътрешното убеждение се ограничава до доказателствата по делото и до доводите на страните, но няма за свой предмет самото право. Правната норма стои отвъд вътрешното убеждение на съдията, тя е нещо „външно“ за него, което съдията не би могъл да „овътрешности“ като свое убеждение.

Това, което може да направи съдията с „вътрешността“ на текста на закона, е да го тълкува, като всеки способ за *тълкуване* има за цел да открие „точния смисъл на законите“, а когато те са непълни, неясни или противоречиви – „общия им разум“ (чл. 5 ГПК). Именно предрешеният есенциализъм на „точния (действителния) смисъл“ на закона разграничава идеалната представа за тълкуването като обективно разследване на истината от значително по-объркващата концепция за интерпретацията като субективно търсене на смисъл. Ако удържането на това бинарно противопоставяне между обективно и субективно, между общо положеното и конкретно разпръснатото, между тълкуване и интерпретация, изглежда постижима цел от чисто теоретична гледна точка, трудно би могло да бъде открито в практическото поле на правото.

Особеното мнение се появява в съдебната практика, когато решението трябва да бъде взето от няколко съдии¹³², между които възниква разногласие. За разлика от вътрешното убеждение, особеното мнение не е правило, а търпимо изключение. Въпреки че то може да бъде избегнато – с премахването на съдебните състави

¹³² Вж. също *Posner, R. Overcoming Law*, p. 123–124, който посочва, че колкото по-голям е съдебният състав, толкова по-вероятно е някой от членовете му да бъде с особено мнение.

и с фаворизирането на едноличното правосъдие, то е въведено именно в по-високите нива на правораздаването (въззивната и касационната инстанция¹³³). Множествеността на вътрешните убеждения на отделните съдии в рамките на *съдебния състав* има за цел именно да потвърди наличието на действителен („точен“) смисъл на правния текст, макар и с цената на създадения риск от съществуването на особени мнения. Съдебните състави са механизъм за съпоставяне на конкуриращите се възгледи (вътрешни убеждения) на различни съдии по един и същ казус, за да се достигне – чрез обосноваване на различни позиции, интерпретации и аргументи, – до съдебно решение, което отговаря на изискванията на правото. Съдебният състав тества способността на съдиите да постигнат съгласие, но едновременно с това разчита на съществуващите между тях разногласия. Съгласието на съдиите в състава има много по-голяма стойност, когато е постигнато в резултат от преодоляване на съществуващи между тях несъгласия, разминавания и колебания. Аргументираното несъгласие е прекурсор за добросъвестност в процеса на търсене на истината за правото.

Невинаги членовете на съдебния състав успяват да се споразумеят за правото по еднозначен за всеки един

¹³³ Съгласно чл. 83, ал. 1 ЗСВ окръжният съд като втора инстанция разглежда дела в състав от трима съдии, освен ако със закон е предвидено друго. Съгласно чл. 105 ЗСВ апелативният съд заседава в състав от трима съдии, освен ако със закон е предвидено друго. Принципът на колективност е заложен в още по-голяма степен при ВКС, който заседава в следните състави: 1. трима съдии, освен ако със закон е предвидено друго; 2. общо събрание на наказателната, гражданската или търговската колегия – когато разглежда искане за приемане на тълкувателно решение в наказателното, гражданското или търговското правораздаване; 3. общо събрание на гражданската и търговската колегия – когато разглежда искане за приемане на тълкувателно решение по общи въпроси на гражданското и търговското правораздаване; 4. общо събрание на наказателната, гражданската и търговската колегия – когато разглежда искане за приемане на тълкувателно решение по общи въпроси на наказателното, гражданското и търговското правораздаване (чл. 110 ЗСВ).

от тях начин. Съдебните състави вземат решенията си *с мнозинство, а не с единодушие*. И това е определящ принцип на функционирането им, който осигурява техния смисъл. Ако правораздаването се нуждаеше от Едно решение, то щеше да работи с Един съдия, а нямаше да разчита на мнозинството да го „избави“ от капана, който самото то си е заложило, давайки правосъдието в ръцете на колективни съдебни органи. Провъзгласеното господство на мнозинството няма за цел да възстанови вредата, причинена от допускането на колективно правоприлагане, а е насочено към това да се осигури правосъдие дори и там, където юристите спорят за правото. Наличието на особено мнение е именно това, което се тества от съдебния състав. Бихме могли да кажем, че концепцията за правораздаване чрез съдебни състави в някаква степен цели и търси съществуващите области на несъгласие, дефинирани от постановените особени мнения. Особените мнения показват, че борбата за правото е жива – че съдиите правораздават не само по вътрешно убеждение относно фактите по делото и доводите на страните, но и като част от своя личен ангажимент към правото. Особените мнения показват, че в някои случаи съдиите не са готови да жертват своите убеждения само и само за да постигнат безпринципни споразумения със своите колеги и да „приключат с казуса“. Особеното мнение е най-ценният нежелан резултат от колективното правораздаване.

Ако „поезията е поетът“, нормата е най-тежката проза – *текст*, който напълно обезличава своя автор. Нормата като текст без автор няма намерение и не допуска въображение – както не допуска въображение например пътният знак „Стоп“. Подобен текст се самосъхранява единствено като съобщение на едно правило, като команда, която се изчерпва със своя нормативен код. Предписание без време, затворено в себе си. Такъв *нормативен текст* е текст без романтизъм, без психология, без продължение, текст тупик.

Текстът на съдебното решение – *съдебният текст*, е текст, с помощта на който съдията трябва да приведе

фиксираното съдържание на правната норма без остатък и без мутация към фактите, с които е сезиран по повод на конкретния спор. В този смисъл задачата на съдията е да прилага правото, а не го развива. „Застопоряването“ на съдържанието на правото е основна цел както за многобройните последователи на позитивизма, така и за Дуоркин – независимо от различието в конкретни предлаганите от тях механизми за постигане на тази цел. Основната битка за удържането на еднозначността на правото е именно там, където то се прилага – в съдилищата. Поради това един от най-важните въпроси в теорията на правото е въпросът за ролята на съдията.

Ако съдебното решение се представя като „продължение“ на закона, негов непосредствен изказ („юрисдикция“) в конкретния спор, с който е сезиран съдът, то особеното мнение е *текст с автор* – конкретният съдия, който противостои на мнозинството. Той противостои на нормативността не само със своите аргументи, но и с дързостта на човешкото въображение. Макар и с всяко особено мнение правото да губи някаква част от своята легитимност, с всяко особено мнение то доказва и своята жизненост.

Особеното мнение, макар и легитимиращо се зад своята цел да установи действителния (точния) смисъл на законовия текст, заплашва устоите на Редата с най-трудно удържимата заплаха – **въображението на съдията**. Въображението на съдията по правило трябва да бъде „възпитано“: или като негово „вътрешно убеждение“ (относно доказателствата и доводите на страните), или като част от тълкувателната дейност (относно точния смисъл на законовия текст). Само подобно „опитомяване“ гарантира на Редата, че въображението на съдията остава нормативно безопасно, тъй като: а) обира дребните флуктуации относно релевантността на фактите в конкретния случай, без да променя самия Закон; и б) е впрегнато да служи за постигането на най-висшата цел на всеки нормативен текст – постигането на неговия точен смисъл.

Въображението създава празноти в концепцията за смисъла на закона и разклаща автономността на Реда. Това прави разбираема бруталността в съпротивата на правната доктрина срещу въображението в процеса на правоприлагане, разглеждано като *юриспруденциална ерес*, въставаща срещу устоите на древния окултизъм на действителния (точния) смисъл на закона. Нормативният текст може да удържи претенцията за своята обективност само ако може да осигури плътността и статичността на своето значение. Въображението е провокация както към плътността, така и към статичността на правните норми – въображението създава пространства, в които нормативното започва да се приближава до поетическото. Тази близост е особено видима при особените мнения на съдиите, които по правило нямат никакво нормативно значение (никой съдия не може да се позовава на чуждо особено мнение) и поради това е чудно, че въобще ги има в прагматичното поле на правораздаването.

Именно в този регистър се осъществява и една от най-убедителните критики на Херкулес – т.нар. *плуралистична критика*, представена по убедителен начин от Майкъл Розенфелд. Дуоркин се изпратя срещу т.нар. „*правен реализъм*“, според който правото по естеството си е неопределено и неопределяемо – то не може да бъде определено по един краен начин, поради което не просто позволява, но и предполага множество интерпретации в рамките на един и същ конкретен казус. Решението на съдията в много случаи зависи от това коя от тези интерпретации ще бъде предпочетена от него на базата на критерии, които са външни спрямо самото право.

Така, критическата правна теория смята, че правните текстове са достатъчно „порести“ и „надупчени“ с изключения, за да позволяват на съдията да решава делата в съответствие с политическите си убеждения. Правото се свежда до политика.¹³⁴ От друга страна,

¹³⁴ Вж. *Kelman, M.* Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law. – *Stanford Law Review*, 1981, № 33, p. 591.

постмодерният подход към правото приема, че отговорт на въпроса „Какво в конкретния случай казва правото?“ зависи от убедителността на аргументацията, която съдията представя в защита на своето решение. Правото се свежда до реторика.¹³⁵ И в двата случая се оказва, че *правото е произволно* – извод, с който Дуоркин не може да се примири.

Дуоркин не е нито стриктен текстуалист – не смята, че значението на нормативния текст произтича от „обикновеното значение“ на думите, от които се състои, нито интенционалист – не вярва, че значението на нормативния текст може да бъде установено чрез изследване на намерението на неговия автор. Той предлага друг път за обосноваване на единствено възможния и поради това валиден смисъл на нормативния текст – пътя на херменевтиката. Според Дуоркин правният текст следва да бъде разбран в смисъла, който осигурява неговото безпротиворечиво вметване в съществуващата правна система. Единственият *валидатор* на законската интерпретация е постигането на кохерентност чрез последователно съобразяване на правните принципи, които стоят в основата на правната система (реконструираща интерпретация). Интегритетът (единството) на правото не позволява съществуването на различни интерпретации.

Според Розенфелд, в своята правораздавателна дейност Херкулес разчита на две основни предпоставки: съществуването на едно-единствено право („one law principle“), което е основано на принципи, и съществуването на един-единствен отговор, който е правилен („one right answer“). Ако обаче трябва да се отнасяме сериозно към плурализма¹³⁶, характерен за съвременни-

¹³⁵ Вж. *Fish, S.* There Is No Such Thing As Free Speech: And It's a Good Thing, Too. New York, 1994, p. 152–153, 156.

¹³⁶ За интерпретативния плурализъм и за постижимостта на задачата на Херкулес при прилагането на еврейското право вж. *Hayes, C.* Legal Truth, Right Answers and Best Answers: Dworkin and the Rabbis. // *Dine Israel. Studies in Halakhah and Jewish Law*, 2008, № 25, p. 73–121.

те сложни общества, трябва да отчетем обстоятелството, че „едно и също право“ може да бъде „реконструирано“ по различен начин – в зависимост от това коя от съществуващите морални концепции за добро ще бъде възприета от Херкулес. А това от своя страна ще доведе до различни отговори. Така ще бъдат компрометирани и двете предпоставки, на които Херкулес основава своята правораздавателна дейност. Предлаганата от Дуоркин интерпретативна реконструкция на правото се оказва всъщност *контрафактическа редукция*, която предполага, че Херкулес правораздава в общество, в което има само една морална представа за доброто и злото. Подобен морален монизъм, посочва Розенфелд, е единствено „контрафактически идеал“¹³⁷, но не и реална ситуация, в която възникват и биват решавани „трудните дела“ на Дуоркин. Убедеността на Херкулес в „Едното право“ и „Единия отговор“ не може да преживее в едно морално хетерогенно общество. Така например не е ясно защо трябва да бъде предпочетен егалитаристичният морал на Дуоркин, след като икономическата теория за правото на Ричард Познер също може да осигури един-единствен отговор във всеки конкретен случай – отговорът, който осигурява възможно най-голямо количество блага за най-голям кръг от хора (при спазване на логиката на утилитаризъм на правилата)¹³⁸. Кой преценява дали егалитарната визия на Дуоркин е по-„висша“ от либералния подход на Познер, за да предопределя резултатите от интерпретативната практика на Херкулес? Кой „монизъм“ – либералният, егалитарният или утилитарният, е по-силен от другия?

Херкулес се оказва „контрафактическо упражнение“, което би могло да бъде използвано основно с оглед на неговата критическа функция – като критика

¹³⁷ Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 374.

¹³⁸ Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 370.

на реалното (случващото се на практика) правораздаване.¹³⁹ Херкулес не е пророк на Империята на правото, който чрез идеала на интегритета получава откровение за „божествения смисъл“, вложен в законовите текстове. Ако беше така, той в много по-голяма степен би допринесъл за запазването на статуквото в правната теория и практика, вместо да съставлява тяхна радикална критика, както смята самият Дуоркин за своята теория.¹⁴⁰ Контрафактическият метод на правораздаване на Херкулес може да бъде използван, за да се търси *най-добрата, а не единствената интерпретация* (решение). За целта критерият „интегритет“ може да осъществява както негативна роля – да отхвърля определени решения, за които може да се направи изводът, че не са кохерентни с правната система, така и позитивна роля – да подбира онези решения, които в най-голяма степен осигуряват кохерентността на правната система.

Позитивната роля на изискването за интегритет обаче не може да доведе до само едно „най-добро“ решение. Възможни са толкова различни валидни правни интерпретации, колкото са различните концепции за справедливост и честност¹⁴¹. Розенфелд предлага като водещ да бъде възприет принципът на уважение, който изисква всеки човек да бъде третиран като равен във всеки аспект (плюрализъм), а не само в конкретен аспект (както правят монистичните концепции като либерализъм, егалитаризъм, утилитаризъм). В общества, които са „плюралистични на практика“ („pluralistic-in-

¹³⁹ Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 376.

¹⁴⁰ Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 378.

¹⁴¹ Подобно на възможността да съществуват едновременно множество „най-добри“ естетически интерпретации на едно литературно произведение – получени в резултат от прилагането на различни убедителни естетически теории. Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 388.

fact“), тъй като членовете им възприемат и следват различни концепции за добро, следва да бъде възприета и теория за правото, която позволява и на самото право да бъде плуралистично („pluralism-as-norm“). При възприемането на един максимално „обширен плурализъм“ („comprehensive pluralism“¹⁴²) всяка концепция за добро, дори и такава, която се изповядва само от един човек, следва да бъде уважавана и зачитана в конкурентния процес на търсене на най-добрата интерпретация на законовия текст.

Правото трябва да посредничи между различните концепции за добро, като гарантира, че преследването на нито една от тях няма да се явява пречка за постигането на друга. Това налага съществуването на два различни типа правни норми: „норми от първи ред“ („first-order norms“) – правила за поведение, основаващи се на конкретна концепция за добро, и „норми от втори ред“ („second-order norms“) – правила за посредничество при прилагането на норми от първи ред¹⁴³.¹⁴⁴ Плуралистичната теория на правото изисква максимален брой норми от първи ред да бъдат защитени в социалното, моралното, политическото и правното пространство, „издълбано“ от нормите от втори ред¹⁴⁵. „Царството на правото“ за Розенфелд не е линейно, а диалектическо и диалогично. Поради това интерпретационна задача на съдиите не е създаването на „роман верига“ („chain novel“), в която всяка глава е написана от различен съдия, но

¹⁴² Розенфелд предпочита „обширния плурализъм“ пред други форми на плурализъм, сред които „методологичния плурализъм“ („methodological pluralism“), „субстантивен плурализъм“ („substantive pluralism“) и „ограничен плурализъм“ („limited pluralism“). *Rosenfeld, M.* Just Interpretations. Law between Ethics and Politics. London, 1998, p. 206–207.

¹⁴³ Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 389–390.

¹⁴⁴ Вж. също *Rosenfeld, M.* Just Interpretations, p. 200–216.

¹⁴⁵ Вж. *Rosenfeld, M.* Dworkin and the One Law Principle: A Pluralist Critique. // *Revue internationale de philosophie*, 2005, № 3, p. 390.

сюжетът следва своя неизменен и неизбежен ход, а осъществяването на диалог и посредничество при разрешаването на конфликти чрез приспособяване, убеждаване и компромис. В много от т.нар. „трудни дела“ не само че няма един-единствен правилен отговор, но е и за предпочитане да има няколко отговора, които да бъдат признати за легитимни. В тези случаи наличието и поддържането на диалог е по-важно от удържането на (илизията за) едно-единствено решение. И тъй като съдът не може да откаже постановяването на съдебно решение, поради това че не съществува един-единствен възможен правилен отговор, той следва да даде своята единствено валидна правна интерпретация във всеки конкретен случай. Наличието на едно-единствено валидно съдебно решение не означава, че е налице само една-единствена възможна подходяща интерпретация на закона. Въпреки съществуването само на едно-единствено валидно съдебно решение (в резултат на само един-единствен съдебен процес¹⁴⁶), плурализмът в правото се запазва благодарение на възможността съдиите да подписват съдебните решения с особено мнение. Тези особени мнения подчертават аргументите в полза на загубилата спора интерпретация, която продължава да бъде част от дебата за доброто, живеещ в съдебната практика. Множество дисквалифицирани от мнозинството аргументи „зимуват“ в особените мнения на съдебните решения и допринасят за диалогичността на правото, като свидетелстват за жизнеността на едно второ (невидимо за Херкулес) ниво в правната система, съдържащо правила (норми от втори ред), изискващи да се отнасяме сериозно не само към правата, но и към различните разбираня за добро.

На пръв поглед особените мнения са доказателства за съществуването на *нормативно бесполезното*. Те са свидетелство за съществуването на ерозия в действителния (точния) смисъл на закона, както и за същест-

¹⁴⁶ Силата на пресъдебно нещо на всяко съдено решение не позволява неговото пререшаване – втори процес между същите страни за същия спор.

вуването на „чисто“ *литературното* в практиката на съдилищата. Но те всъщност крият в себе си нещо много повече.

Особените мнения са част от лукса на стремежа ни по справедливото. За разлика от законното (законосъобразното), справедливото е концепция, която не може и не трябва да бъде удържана в клетката на едно и също съдържание. Това е и причината Законът да не дава легална дефиниция на справедливото. Всяка дефиниция на справедливото би отпращала извън себе си. Справедливото, за разлика от законното, се трансформира от контекста, в който търси своето съдържание. Ако нормативното е предварително, винаги вече готово, чакащо да бъде имплантирано към фактологията на серия от конкретни случаи, подреждайки ги съобразно презададения модел на допустимото взаимодействие, то справедливото е последващо, никога напълно завършено, търсещо смисъла след фактите и разгръщащо своето специфично съдържание в зависимост от конкретния контекст, в който се поставя въпросът за справедливото. Законът е полуфабрикат, който бързо може да се притопли, за да удовлетвори апетита на Реда. Справедливостта се подчинява на едно много по-специфично, по-бавно и по-непредвидимо кулинарно усилие, което разчита в значителна степен на „*добрата*“ *субективност на съдията*.

Тази субективност е нещо напълно различно от личната заинтересованост, преднамереността и пристрастността на съдията към някоя от страните по разглеждания пред него спор, които може да наречем за симетрия „*лоша*“ *субективност на съдията*. Част от субективността, от която се нуждае справедливостта, за да намери своето съдържание в конкретния случай, е именно въображението на съдията. Но въображението не е някакъв инстинкт, който „работи“ автоматично в дълбочината на вътрешното убеждение на всеки съдия, а е специфично умение, чието развитие се нуждае от множество системни усилия. Част от ресурсите на въображението на съдията е неговият личен (субекти-

вен) опит¹⁴⁷. Той се различава значително от законовото изискване за „стаж по специалността“, което е по-скоро формализиран хербарий на търсената при въображението субективност на съдията. Част от ресурсите на въображението е и общата (включително – философска) култура, разнообразието от интереси, които може и да изглеждат „странични“ за дейността на съдията, но са определящи за обхвата на неговата способност да интерпретира, да търси смисъл и да предлага справедливост в своите съдебни решения.

Особените мнения са част от механизма на съществуване на *справедливото* в системата на законното. Те се появяват децентрализирано, ненужно и неочаквано. На пръв поглед единствено объркват адресатите на нормативния текст, като отнемат от плътността на нормативния текст и като разпръскват шупли на съмнение в обещанието за „точния му смисъл“. Те свидетелстват за бунта на въображението срещу схоластиката на нормативното. А този бунт е несъвместим с предизборната програма на нормативното – с обявените от него приоритети, поради които то е било издигнато в ранг на задължително (принудително, гарантирано от държавата). Един от тези приоритети е предвидимостта, която разчита на твърдението за обективността на правния ред. За да е предвидим, Редът трябва да е даден предварително. Той не може да зависи от ничия субективност, пък било то „добрата“ субективност на сезирания с конкретния спор съдия. В едно общество, превърнало се в апарат (безлична система за производство на ред), доверието в субективността на съдията при търсенето на справедливото в границите на законното трудно би убедило огромното количество от скептици. Това обаче не може да изкорени въображението като инструмент в битката за правото.

¹⁴⁷ За значението на житейския опит на съдията вж. също *Ставру, Ст.* Към една невъзможна микрофизика на правото (на собственост). – В: *Недев, Д.* Правно действие на първичните придобивни способности за придобиване на вещни права. С., 2017, с. 23–26.

Въпреки нормативната си ятрогенност, особени-те мнения в съдебните решения продължават да бъдат своеобразен *резерват* за съществуването на онзи остатък, който е престанал да бъде разпознаван от законното, но от който правораздаването не желае да се освободи. Действително големият брой особени мнения на съдиите биха могли да имат разрушително действие за всяка нормативност, превръщайки я в художествена литература. Най-вече, когато тези особени мнения успеят да вземат мнозинство в част от съдебните състави и така да станат причина за възникването и поддържането на противоречива съдебна практика. Противоречивата съдебна практика е най-сериозното предизвикателство спрямо доктрината за действителния (точния) смисъл на закона. Поради това и механизмите за справяне с такава практика са едни от най-важните инструменти за удържане на съдилищата в рамката на правоприлагането.

Въпреки това, *изчезването на особените мнения* в съдебните решения би представлявало тревожен знак за жизнеспособността на правото.

В *най-добрия случай* това би означавало триумф на „точния смисъл на закона“ и обещание за бъдещото му автоматизиране. Ограничено до доказателствата и доводите на страните, вътрешното убеждение на съдията лесно може да бъде превърнато в алгоритъм, в последователност от предварително зададени като вид и като обхват преценки, които водят до определени изводи и последици. Въпросът за отстраняване на пристрастността на съдията ще се превърне във въпрос за коригиране на един прозрачен алгоритъм. Технокрацията ще предложи усъвършенствано бъдеще на бюрокрацията.

В *най-лошия случай* изчезването на особените мнения в решенията на съдилищата би било свидетелство за това, че справедливостта е напуснала сферата на правораздаването, отстъпвайки изцяло своето място на законосъобразността. Това също обещава технократично бъдеще. Съдията няма да бъде поет, а програ-

мист – транслатор на закона, който „възпроизвежда“ нормативния код в текстурата на конкретния спор по един безспорен начин. В една утопична версия „*a la* Херкулес“ всички съдии споделят едно и също мнение. „Мнението“ престава да съществува, когато всички са на едно мнение. Първата крачка към това ликвидиране на мнението е редуцирането му до чисто несъгласие – чрез отричане на правото на съдията да мотивира и аргументира своето особено мнение. Подобно особено мнение би представлявало чисто и просто гласуване „против“ решението – гласуване, което се обезсилва от решението на мнозинството. Именно мотивите зад гласуването „против“ превръщат разногласието в (особено) мнение. Едно особено мнение е толкова силно, колкото силни са мотивите, които стоят зад него. Но именно защото мотивите на особеното мнение са неговото „семантично жилище“¹⁴⁸, позитивната правна теория ги обезсилва като нормативно безполезни. На кого са нужни мотиви на особено мнение, което не просто няма юридическа сила, а чрез самото си съществуване разрушава юридическата сила на съдебното решение, от което претендира да бъде част? На правната теория или на съдебната практика?

6. Битката за средната земя

Съдията Адам притежава по нещо както от митологичния съдия Херкулес – неговата решимост да вмести решението си в наратива на съществуващата правна традиция, така и от битовия съдия Хърбърт – неговата ситуация на претовареност и желанието му да „даде“ правото въпреки съществуващите разногласия. Неговото местообитание днес е „*средната земя*“ между „*самата истина за правото*“ (съдебната практика) и „*единствената представа за неговия идеал*“ (правната наука). Може би – особено в български контекст, това

¹⁴⁸ Вж. *Ендикот, Т.* Хърбърт Харт и семантичното жилище. – В: Послеписът на Харт. Коментари върху Послеписа на Харт към Понятието за право. Под редакцията на Джулс Колман. С., 2006, с. 39.

място е също толкова митологично, колкото и съдията Херкулес. Може би средната земя е утопията на една среща, в която юридическият факултет и съдебната зала имат непосилния шанс да споделят един общ дом. Може би „Теория на юриспруденцията“ в България е невъзможна учебна дисциплина, чието съществуване е отречено от „Общата теория на правото“. Може би съдиите никога не биха намерили време да търсят изгубената „средна земя“, а преподавателите по право – никога не биха простили „елементарните“ грешки в практиката, за да пристъпят към системното осмисляне на ролята на съдията.

Мястото на съдията в българската правна система е въпрос, който се нуждае от сериозно концептуално осмисляне. В това начинание не са достатъчни нито догматичните правни дисциплини, сочещи с пръст неконсистентността на съдебната практика, нито обсъжданията „на парче“ на конкретни съдебни решения – било то такива по чл. 290 ГПК, или тълкувателни решения. Чисто техническият подход към правото – както в правната наука, така и в съдебната практика, бързо достига своите граници. Отвъд тях може да ни отведе *философията на правото*¹⁴⁹ – учебна дисциплина, която трябва да посрещни актуалните си ангажименти към случващото се в България. „Общата теория на правото“ е догматична учебна дисциплина, която подрежда света на юристите, като им дава каталози от верни отговори. „Философията на правото“ преследва съвсем различна задача – тя има потенциала да руши (и то нееднократно) всичко онова, което си мислим, че знаем за правото, за да получим ново знание за различните начини, по които бихме могли да мислим

¹⁴⁹ Дуоркин отдава особено значение именно на философията при осмислянето на същността на правото като контрапункт на специализираното юридическо мислене, характерно за теориите на позитивизма. Вж. *Dworkin, R. Justice in Robes*, p. 34, 65, 73. За разлика от Харт, Дуоркин настоява, че юристите трябва да се научат да мислят и като философи – отвъд специалните правила на аргументиране, които се преподават в юридическите факултети.

за правото. Концепцията ни за това какво представлява правото в период, в който България търси баланса между задължителността на закона и силата на съдебните решения, се нуждае от подобно проблематизиране.¹⁵⁰ *Шансът ни* да излезем от зимата на противостоенето между правната наука и съдебната практика може би, както посочва и Дуоркин вече няколко десетилетия, е в ръцете на философите на правото. Защото философията е достатъчно богата, за да позволи на правото да става своето друго, без да бъде обвинено, че това не е право. Дали обаче юристите сме достатъчно „широко скроени“, за да си позволим философски подход в ерата на юридическите техники? Дали все още има място за философско проблематизиране извън ограничителните линии на правния фетишизъм?

Ако преди 50 години Херкулес е бил част от митологията, днес той все повече прилича на част от технологията. Ако някой може да се справи с непосилната задача да знае цялото право (незнанието на правото не извинява най-малко Херкулес) и да предлага, ако не единственото, то поне най-подходящото вестване на поредното съдебно решение в траекторията на правната традиция, това със сигурност няма и не трябва да бъде човешко същество. Нека Херкулес отстъпи пред *Херкубот*. Може би най-обещаващото предложение за бъдещето на кохерентността в правната система идва от света на изкуствения интелект и технологията на „дълбоко учене“ („deep learning“). Възприемането на *един-единствен алгоритъм* за вграждане на всяко следващо съдебно решение като акт на дописване на правото би осигурило веднъж завинаги идеала на Херкулес. Такъв алгоритъм би постигнал не само идеалът на Дуоркин, но и този на Харт – той би давал винаги и само „Пра-

¹⁵⁰ Може да се мисли и за въвеждането на учебен курс „Юриспруденция“, който се съсредоточава именно върху естеството на интерпретацията на юридическия текст и върху ролята на съдията в процеса на правоприлагане. Подобен курс би могъл да предложи пространство за осмисляне на процесите, които протичат в българската съдебна практика.

вото“ и нищо повече. Подобно на свидетелите, които обещават на съда да казват единствено и само истината. Подобен алгоритъм ще се отличава с особена сложност, която в определен момент ще достигне до такова ниво, че ще бъде напълно непонятна за ограничените способности на хората (както за тях са непостижими и способностите на Херкулес). В този момент правораздаването ще навлезе в ерата на юридическия мистицизъм: правото ще се превърне в магия, осигурявана от технологиите отвъд човешките възможности и отвъд човешките ограничения. Херкубот ще бъде технологичен вариант на *Deus ex machina* – юридическо божество, което с един замах разрешава и най-заплетените съдебни спорове. Разбира се, подобен преход предполага огромно доверие в технологиите, което все още изглежда трудно постижимо – предвид продължаващите прояви на технологичния скептицизъм. Напълно възможно обаче е да става въпрос само за време. Напълно възможно е след 2, 3 или 4 поколения отношението към технологиите да е достигнало онзи праг на доверие, след който идеята за Херкубот е повече от добре дошла, а на хората е забранено да правораздават.

Дотогава обаче въпросът за това какво представлява правото е все още в наши ръце – в ръцете на хората. Способността ни да отговорим на въпроса „*Къде живее правото?*“ – дали в учебниците по право, или в съдебните решения¹⁵¹, зависи не само от стремежа ни да запазим единството на правото, но и от готовността ни да продължим да търсим това единство в ситуации, в които то изглежда и е практически непостижимо. Задачата за постигане на единството на правото не може да бъде задача единствено на законодателя, а изисква участие на всички, които „работят“ с правото, особено на тези, които го прилагат в съда – там, където правото среща фактите и става себе си. Може би осигуряването на запазено място за науката в съдебната зала, както и

¹⁵¹ В бъдеще този въпрос би могъл да включва и още един отговор – „в алгоритмите на правораздаването“.

за практиката – в учебните аудитории, би съдействало за онази двупосочност в битката за правото, която ще ни позволи да сглобяваме неговата кохерентност. Струва ми се обаче, че това не е достатъчно.

Не е достатъчно да се крием зад принципа за разделение на властите – разделение, в което – както ни казва Бурдийо, участва не само съдебната власт (наред със законодателната и изпълнителната), но и властта на науката. Необходимо е да потърсим тяхното обединение.¹⁵² Обединението, което прави възможно и тяхното разделяне. Вместо да отричаме огромната роля на съдията в процеса на „ставане“ на правото, бихме могли да проучим тази роля и да установим кои са факторите, на които държим, и кои са рисковете, които трябва да предотвратим, при изпълнението на тази роля.¹⁵³ Вместо да обявяваме ролята на учения за коментаторска и „чисто теоретична“, бихме могли да използваме тази роля и да я интегрираме в по-голяма степен в процеса на прилагане на правото по начин, който позволява да запазим и утвърдим представата за неговото единство.¹⁵⁴ Само при ежедневното полагане на подобно усилие Херкулес (от миналото) може да продължи да живее (днес) като Сизиф, а съдията Адам има своя непосилен шанс да бъде победител в битката за средната земя. Само тогава правото може да излезе от метеорологичните колебания на зимата в отношенията между правна наука и съдебна практика и да обърне своята надежда към обещанията на пролетта.

¹⁵² Така за преодоляването на дихотомията на Дуоркин между теория (принципи) и практика (ситуация) чрез възприемането на концепцията за основните права вж. *Schlink, B.* Hercules in Germany. // *International Journal of Constitutional Law*, 2003, № 1, p. 615. Въпросът за интегритета на правото е решен чрез последователното гарантиране на равенството между правните субекти.

¹⁵³ Добър пример за това е участието на съдии в аудиторни учебни занятия.

¹⁵⁴ Добър пример за това е искането и съобразяването на мнения от юридическите факултети по въпросите, по които ВКС следва да постанови тълкувателно решение.

Идеята за единството на правото, постигнато чрез теоретичното осмисляне на неговото минало, не трябва да отменя настоящето на правото – настояще, което се управлява не само чрез потока от промени в законодателството, но и което се просмуква в пукнатините на мрежата от съдебните решения. Простотата, която ни предлага една подредена история (теория), не трябва да се възприема като несъвместима със сложността на едно кипящо настояще (практика). Може би ще успеем да станем свидетели на една нова пролет в отношенията между правната наука и съдебната практика в България, ако си позволим да признаем, че правото живее както в своето систематизирано минало, така и в своето вътрешно противоречиво настояще. А дотогава – докато се „стоплят“ отношенията между професорите и „професионалистите“, ми остава единствено, обикаляйки около утопията за средната земя, да продължа да питам: „Къде *зимува* правото?“

Стоян Ставру
Стефанов ден, 2018



В настоящия тематичен сборник „Предизвикай: Вписванията! (2008–2019)“ са представени **90 съдебни акта**, постановени по чл. 290 ГПК (84 на ГК и 6 на ТК), от които 59 решения (57 на ГК и 2 на ТК) и 31 определения (27 на ГК и 4 на ТК). Към тях са добавени още 8 резюмета на задължителни актове на ВКС (1 на ОСГК и 7 на ОСГТК). Тълкувателните решения са представени чрез посочване на поставените в тях въпроси и дадените им отговори, а в страничния колонтитул е отбелязана страницата на Тълковника „Предизвикай: Вещното право!“, на която може да бъдат намерен техният текст в пълен обем. Тълкувателно решение № 7/25.04.2013 г. по тълк.д. № 7/2012 г. на ВКС, ОСГТК, е представено на две части – като две резюмета (1а и 1б), тъй като касае въпроси, систематизирани на различни места в сборника.