



doi: 10.22363/2313-2337-2017-21-1-9-27

КОНЦЕПЦИЯ «ИНТЕРПРЕТИВИЗМА» В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ВЕРХОВНОГО СУДА США

В.Н. Сафонов

Российский государственный университет правосудия
ул. Новочеремушкинская, 69, Москва, Россия, 117418

В современных проявлениях кризиса в политико-правовой сфере роль Верховного суда США и его интерпретационная стратегия интенсивно изучаются. Тема актуальна и в связи с функционированием института конституционного контроля. В представленной статье интерпретационная деятельность рассматривается как одна из основных функций Верховного суда США. Теоретический анализ сочетается с рассмотрением судебной практики.

Автор рассматривает такие нормативные правовые источники интерпретации, как конституционные принципы и судебные конституционные прецеденты, наряду с внешними по отношению к праву источниками (мораль, политика, социальные интересы).

В XX в. расширительное (нон-интерпретивистское) толкование обеспечило развитие американского права и базис для федерального государственного вмешательства в социально-экономические и расовые отношения.

На современном этапе доминируют подходы «текстуализма», «ориджинализма» и «судебного самоограничения». Различие в выделенных в статье подходах к интерпретивизму, по мнению автора, не являются непреодолимыми в силу сохранения доктрины прецедента в американском праве. С одной стороны, противостояние двух подходов к интерпретации — интерпретивизма и нон-интерпретивизма — не способствует правовой стабильности. С другой стороны, различные способы интерпретации востребованы и превратились в постоянный признак американского права. По мнению автора, консервативные морально-политические факторы негативно влияют на деятельность Верховного суда США, но полностью пересмотреть толкование Конституции США в XXI в. не представляется возможным.

Ключевые слова: методы конституционной интерпретации; судебное правотворчество; интерпретивизм; судебское самоограничение; текстуализм; судебный активизм; доктрина прецедента

1. ВВЕДЕНИЕ

Отсутствие ясных конституционных оснований для важных направлений деятельности (функций) Верховного суда США было следствием и причиной «присвоения» им полномочий, четко не обозначенных, «подразумеваемых» в Конституции США. Это привело к расхождению между судебными функциями (направлениями деятельности) и конституционно-нормативной основой деятельности Верховного суда США. Методы преодоления этого расхождения, сама возможность расширительной интерпретации Конституции США и состав-

ляет основу концепции интерпретивизма, являющейся в то же время и функцией, присущей деятельности Верховного суда США. Подходы к интерпретации американской Конституции в российской науке затрагивались в работах о конституционном контроле и конституционном судебном процессе, однако концепция интерпретивизма специально не исследовалась в российском правоведении.

Деятельность в соответствии с присвоенными полномочиями создает дополнительные трудности не только при анализе юрисдикции Верховного суда США, но и при анализе основных его функций, в том числе интерпретационной функции. Утвердилось мнение, что Верховный суд США выполняет правотворческую функцию [1. С. 7]. Цель настоящей статьи не в анализе признания либо опровержения сопутствующего интерпретации феномена судебного правотворчества, а в рассмотрении эволюции приемов и методов конституционной интерпретации через призму практики Верховного суда США.

Неупорядоченность в вопросе способов интерпретации есть специфический признак американской правовой системы, и господство общего права здесь не все объясняет. По словам В.И. Лафитского, «Верховный суд США строго не придерживается каких-либо единых правил или приемов толкования Конституции ... Сами судьи по-разному оценивают не только юридические свойства Конституции, но и собственную роль в ее толковании» [2. С. 125].

II. ДВА ПОДХОДА К ИНТЕРПРЕТАЦИИ КОНСТИТУЦИИ США

Отношение к интерпретации разделило американских юристов, как практиков, так и теоретиков, на две группы. Это произошло во второй половине XX в., и в трудах представителей «школы правового процесса» [3; 4] было определено как разделение по линии «интерпретивизм» — «нон-интерпретивизм».

Интерпретивисты, сторонники первого направления, вынуждены были признать наличие конституционных прецедентов как источника права, но при этом являлись сторонниками «узкого» понимания интерпретивизма, выступая против создания судьями в процессе толкования юридических конструкций, прямо не вытекающих из текста Конституции.

Нон-интерпретивисты, представители второго направления, считали не только возможным, но и необходимым развивать Конституцию США, в частности вследствие ее чрезмерной лаконичности, путем создания новых юридических конструкций в процессе интерпретации, в том числе конструкций, прямо не вытекающих из текста либо вытекающих из формулировок «неявного смысла».

Часть интерпретивистов, так называемые «ориджиналисты», были против любой новой интерпретации положений Конституции США, прежде всего положений явного смысла. По их мнению, главный метод конституционной интерпретации — строго придерживаться текста, замысла авторов юридического документа (на деле — первоначального толкования). Это прием догматического или «механического» толкования. Если это невозможно, утверждают ориджиналисты, следует делегировать функцию толкования Конституции Конгрессу

США [5. С. 18]. Если же у Конгресса США возникнут затруднения с толкованием из-за невозможности прийти к согласию по причине представительства различных социальных групп, то остается один путь – принятие Поправок к Конституции, чем Верховный суд США крайне редко занимался.

Такой подход противников нон-интерпретивизма, поныне составляющих большинство в Верховном суде США, был характерен для А. Скалии, члена Верховного суда США с 1986 до 2016 г. [6. С. 9]. Позиция сторонников взглядов А. Скалии, судебных консерваторов, отчасти обусловлена итогами активного судебного правотворчества в форме нон-интерпретивизма, осуществлявшегося составом Верховного суда США под председательством Э. Уоррена в 1953–1969 гг.

Суд под председательством Э. Уоррена исходил из того, что социальные реформы конституционно легитимны, и признал оправданными и соответствующими Конституции США реформы 1930–1960-х гг., в том числе по государственному контролю над действиями предпринимателей и по обеспечению судебной защитой прав широких слоев населения, «новых конституционных прав». К таким правам и соответствующим конституционным обязанностям правительства Верховный суд США отнес право на недискриминацию (запрет дискриминации), неприкосновенность частной жизни (“*privacy*”), право на судебную защиту социальных пособий и некоторые другие. Это нон-интерпретивистское направление имело положительный общественный резонанс, проводилось на основе расширенного толкования конституционных принципов и играло роль правового инструмента в достижении прогрессивных социальных результатов, или, говоря точнее, в ослаблении социальной напряженности.

Однако консервативные круги в США эти итоги считают негативными. Помимо «судебного шаманства» и «судебной алхимии» американские издания в последние десятилетия пестрят уничижительными определениями нон-интерпретивизма [7. С. 14–15]. По их мнению, такое «активистское» толкование вплоть до отступления от текста Конституции и создания юридических конструкций с новым смыслом («судебный активизм») представляется крайне противоречивым явлением, поскольку возрастает угроза «размывания» права, правовой неопределенности и правовой нестабильности в обществе.

«Судебный активизм» и «нон-интерпретивизм» представляют большую сложность для научной оценки по причине несоответствия между реальными действиями и выдвигаемыми публично доводами. К тому же на последнем этапе «активистами» в Верховном суде зачастую называют и консерваторов [8. С. 243]. Современные представители течения, во многих отношениях и по ряду причин утратившие инициативу с 80-х гг. XX в., не относят к своим идеям и сам термин «нон-интерпретивизм» (за исключением судьи У. Бреннана). Они соглашались на более мягкие определения типа правового либерализма и, изредка, «судебного активизма». По словам У. Бернама, «и в публичных аудито-

риях, и в своих мнениях по делам судьи стараются подчеркнуть свою роль в качестве толкователей права и затушевывают функции творцов права» [9. С. 535–538].

В середине 1980-х гг. внимание привлекли дискуссии в юридических журналах между судьей Верховного суда У. Бреннаном, главным представителем нон-интерпретивизма в судебском сообществе, и Э. Мизом, министром юстиции в администрации Р. Рейгана, защищавшим ориджиналистскую концепцию и текстуализм как буквальное толкование.

Э. Миз утверждал, что полномочия, не перечисленные в тексте Конституции, не могут быть присвоены органами федеральной власти, «слишком много решений Верховного суда США представляли собой политический выбор, а не являлись правовыми решениями на основе конституционных принципов. Закрепляя требования публичной политики, судьи, особенно в Суде Р. Уоррена, не утруждали себя обращением к тексту и замыслам отцов-основателей» [10. С. 62]. Авторы Конституции, по словам Э. Миза, никак не предусматривали появления «живой» Конституции, а, наоборот, завещали беречь ее текст. Суд, повторял Э. Миз критику консервативных сил, произвольно интерпретировал XIV Поправку и последовательно отбирал права у штатов в пользу федерального правительства. Суд воспользовался так называемыми «блистательными обобщениями XIV Поправки» (с иронией Э. Миз применяет лексику своего оппонента У. Бреннана) о надлежащей правовой процедуре и равной защите законом и истолковал их как требования материально-правового характера, которому не должны противоречить законодательные акты. Интерпретация Суда Уоррена была политизированной, поскольку в XIV Поправке речь изначально шла не о материально-правовых, а о процессуальных требованиях [10. С. 62]. Тем самым Верховный суд США присвоил себе право объявлять любой закон недействительным, а такого права по Конституции США у него нет.

Позиция У. Бреннана, многолетнего лидера «судебных активистов» в Верховном суде, называвшего себя «нон-ориджиналистом», сводилась к необходимости признания новых прав граждан. «Можно согласиться с тем, что Конституция США защищает ценности индивидуальной свободы, но ее содержание намного богаче...» [10. С. 63]. Здесь же Бреннан говорит о ценностях социального прогресса и социальной справедливости.

Положения XIV Поправки были приняты сто лет назад, говорил У. Бреннан, поэтому требовать их первоначального толкования как подтверждающего исключительно процессуальное значение требований надлежащей правовой процедуры и равной защиты законом недопустимо. Недопустимо, по мнению У. Бреннана, заниматься гаданием о намерениях отцов-основателей Конституции США по современным направлениям правового регулирования, о которых они и знать не могли. «Как и любой текст, текст Конституции зависит от прочтения и толкования. Ключевой вопрос американского права — легитимная интерпретация, но легитимность не в намерениях отцов-основателей. В современных условиях, когда власть перешла к консерваторам, — говорит Бреннан, имея в

виду правительство Р. Рейгана (середина 1980-х гг.) — настаивать на презумпции текстуализма и ориджинализма означает ни больше ни меньше, как защищать консервативный политический курс. У текстуалистов и ориджиналистов выбор политический, а не выбор защиты прав граждан» [10. С. 63].

Эта дискуссия — один из примеров столкновения взглядов на методологию и результаты интерпретационной деятельности. Впервые данную проблему анализировали представители школы правового процесса. Дж. Или предостерегал от неоправданных ожиданий судей Верховного суда США в применении «мягкого конструктивизма» и «нон-интерпретивизма». Для судей, по убеждению Дж. Или, важен прежде всего текст, а интерпретация не должна быть безграничной. Но и текст должен быть... «открыт для интерпретации» [3. С. 11]. А. Бикель к судебному активизму был настроен еще более критически. Он признавал, что судьи, в отличие от законодателей, могут трактовать конституционные принципы, и именно их трактовка будет верной. В то же время следует помнить, продолжал А. Бикель, что Суд — интерпретатор, а основной законодатель — Конгресс США.

По мнению А. Бикеля, следует «рационализировать» конституционный судебный контроль так, чтобы он полностью соответствовал демократической форме правления и системе сдержек и противовесов. Только законодатель, говорит А. Бикель, может под влиянием эмоций от народных движений совершить шаги, не вполне согласующиеся с конституционно-правовыми требованиями. А судьи должны следовать Конституции и подлинно научному подходу [11. С. 34]. Смысл такого подхода в согласованности всех конституционных принципов, тем более что доктринальные приемы согласования уже имели место на предыдущих этапах конституционной истории.

Дж. Или выдвинул концепцию «*representative-reinforcing*» — «народное представительство — основа правообразования». Иначе говоря, принимать законы должен легитимный и обладающий для этого полномочиями парламент. Толковать законы должен легитимный и уполномоченный интерпретировать суд. Именно тогда, по мнению Дж. Или, процесс будет правовым. «Если Верховный суд США не соглашается с выразителем воли народа — Конгрессом США, он выступает против правления большинства». Дж. Или не абсолютизировал данный тезис и вместе с тем доказывал необходимость интерпретации как основы права. При этом целью интерпретации должна быть защита интересов не только большинства, но и меньшинства.

Принимая во внимание ожесточенность полемики, не следует преувеличивать расхождения между интерпретивистским и противоположным ему активистским (нон-интерпретивистским) подходом. Правовые позиции судей Верховного суда США связаны и другими факторами, а, кроме того, с возможностями и ограничениями судебного усмотрения. В последние десятилетия помимо текстуализма и ориджинализма на передний план выдвигаются доктрины

«судейского самоограничения» и «подразумеваемых ограничений», чаще всего применяемые с целью не допустить политизации судебной деятельности.

Многое в интерпретации зависит не только от усмотрения, но и от методов интерпретации, применяемых судьями. Такие методы имеют более юридико-техническую сущность, и не всегда связаны с интерпретивизмом либо нон-интерпретивизмом, как концептуальными подходами. Существуют два таких специфических метода толкования, как «текстуализм» и «конструктивизм».

Первый, именуемый также «буквалистским» и «механистическим», сводится к отказу от создания судебных конструкций, имеющих самостоятельный, новый, не вытекающий из прежнего толкования смысл. Следует отказаться от конструкций, «достраивающих» писанный фрагмент Конституции. В.И. Лафитский цитирует члена Верховного суда Д. Сазерленда, основного инициатора признания законов «Нового курса» Ф. Рузвельта противоречащими Конституции США: «Следует точно следовать букве Конституции, а для этого надо отказаться от права судебного пересмотра законов Конгресса Верховным судом США» [2. С. 89].

Однако, по признанию даже тех, кто принимает логику текстуализма как основу юридического мышления, например, Г. Уайта, «механицизм изжил себя в XIX веке» [8. С. 14]. Причиной ослабления роли текстуализма в XX в. до 1980-х гг. была необходимость модернизации права и потребность отступления от юридического формализма как догматической приверженности прецедентам [12. С. 9].

Было бы неверно признать жесткий «конструктивизм» основным методом толкования. Лаконизм Конституции, неявный смысл и социальные цели требуют нон-интерпретивистских приемов как неизбежных в контексте «подразумеваемых» полномочий. В конституционном судебном процессе (преимущественно интерпретационном процессе) правильнее говорить о такой реалии американского права, как интегративный характер методов толкования. А интегративное применение методов сопряжено с доктринальным характером судебного мышления и связано с необходимостью одновременного сохранения принципов и их приспособления к новым социальным условиям. В одном и том же деле применяются «конструктивистские», «механические», «системные» методы интерпретации текста Конституции, приемы, наработанные в «конституционной истории», и др.

Констатируя расхождение по вопросу интерпретации, надо признать, что четкой линии разделения на две группы не существует [13. С. 41]. Правовые позиции судей Верховного суда США связаны с другими факторами, а, кроме того, с возможностями и ограничениями судебного усмотрения. Твердые сторонники того или иного подхода к интерпретации оставили глубокий след в конституционной истории США (Дж. Бреннан, Т. Маршалл, С. О'Коннор, А. Скалия и др.). Но многих судей Верховного суда США нельзя причислить ни к той, ни к другой группировке. Они, зачастую обоснованно, занимали по большин-

ству вопросов промежуточную позицию, корректируя ее с рассмотрением новых дел и с новыми обстоятельствами, выдвигая иные юридические аргументы (Б. Уайт, Ф. Франкфуртер, Дж. Блэкмун, Г. Стивенс, Р. Гинзберг).

III. РОЛЬ ПРАВОВЫХ ПРИНЦИПОВ И ДОКТРИН В ТЕХНОЛОГИЯХ ВЕРХОВНОГО СУДА США

Конец XX — начало XXI столетия являются квинтэссенцией конституционно-правового консерватизма. Судьи Верховного суда США проявили себя сторонниками методов догматической интерпретации, прежде всего текстуализма и ориджинализма. Отказ от социокультурных и иных «внешних» факторов интерпретации сопровождался выдвиганием новых интерпретационных методов «судейского самоограничения» и «подразумеваемых ограничений», якобы с целью не допустить «политизации» судебной деятельности. По мнению многих авторов [7. С. 62; 14. С. 159], судебные консерваторы превратили идеи правового процесса (судейская сдержанность как отказ от безграничной интерпретации) в идеи т.н. «политического процесса». То есть судьи следуют за политическим курсом правительства [15. С. 256]. К. Санстейн в этой связи отметил, что многие противники судебного активизма превращаются не в «минималистов», сторонников судебного самоограничения, а в судей-радикалов, «перфекционистов», по его характеристике, которые, стремятся к демонтажу судебного активизма, сами являясь активистами [16. С. 37].

Для оценки перспектив деятельности Верховного суда США, занимающему позицию т.н. «судебного контрреформирования» (по отношению к продуктивному «реформаторскому» периоду 30–70-х гг. XX в) следует охарактеризовать основные приемы интерпретации, которые по большей части совпадают с методами интерпретации прецедентов и статутного законодательства.

Во-первых, об интерпретации прецедентов. Идеи теории «школы правового процесса» вполне согласуются с новейшими подходами к доктрине прецедента в американской юридической науке. Категорическое требование *stare decisis* не ставит судей перед альтернативой — следовать *ratio decidendi* (резюлютивному обобщению, ядру судебного постановления, *holding* – амер.) или пересматривать прецедент. Судьи могут (и делают это в большинстве рассматриваемых дел) доктринально развивать старый прецедент, приспособив его к иному типу отношений, модифицируя его формулировки к изменившимся отношениям путем надления их дополнительным смыслом [17]. По мнению американских авторов, одна из основных причин такого «урезанного», частичного пересмотра, или доктринальной модификации прецедента — в усложнившихся условиях социальной действительности. Поэтому альтернатива: либо следование прецеденту, либо его пересмотр — устарела. Именно в конституционном судебном процессе судьи должны понимать невозможность абсолютной проекции на прошлое, то есть применять право, существовавшее до новой ситуации, по от-

ношению к новым общественным конфликтам и в отношении имеющихся фактов. Судьи должны выходить за рамки конкретного спора и понимать, что их решение очень важно не только для восстановления справедливости, но и для регулирования общественных отношений, возникающих в будущем [17. С. 7].

Во-вторых, об интерпретации законов (статутов). Рассматривать интерпретацию Верховным судом Конституции США изолированно от интерпретации этим Судом статутного законодательства (законов) невозможно, поскольку судьи толкуют законы на предмет соответствия Конституции, а Конституцию и законы – на предмет соответствия принципам общего права. По словам У. Бернама, процедуры общего права служат примером при толковании законов [9. С. 109]. Данные обстоятельства и то, что эти процессуальные требования составляют фундамент Конституции США и основу мышления судей — не единственный аргумент. Причина еще и в том, что структура законов «пронизана» нормами общего права, по преимуществу имеющими форму процессуальных требований. Иначе говоря, принципы общего права, преимущественно процессуального содержания, лежат не только в основе частноправовых методов, но и вписаны в текст статутов.

Принять судебное решение при отсутствии подлежащей применению нормы (такие дела и рассматривает Верховный суд США) возможно, классифицируя, т.е. соотнося данное дело с доктринальным подходом в действующих прецедентах. Критерий применимости прецедентов уточняется с анализом фактов и соответствующего доктринального подхода (чаще всего в нескольких прецедентах). Цель Суда — принять именно правовое решение, а не «индивидуализированного», на основе судебного усмотрения. Для Верховного суда США это недопустимо, в частности потому, что такое решение по усмотрению суда не имеет обязательного характера для решений по будущим делам и создает правовую неопределенность.

Сделать это возможно, только классифицируя на основе не одного прецедента, а совокупности прецедентов (термин Р. Дворкина — «серия прецедентов»). Первичное основание решения — отбор предыдущих решений, их правовых правил *ratio decedendi*. При этом Верховный суд США выявляет не только тип отношений, к которым применимы прецеденты, но и метод их решения, например, на основе положения Конституции США об обязанности обеспечить право на обращение в суд. Конституционная судебная доктрина формируется как метод. Суд опирается и на конституционные положения, прежде всего конституционные принципы.

Главное, что обеспечивает определенность в решениях Верховного суда США — применение не столько норм (отношение к норме и понятие нормы, в том числе «прецедентной нормы», в американском праве не вполне способствует этому), сколько определенного в трактовке и правильно интерпретированного конституционно-правового принципа. И даже если решение Суда основано на тех или иных нормативных положениях, не относящихся к принципам, в ос-

нове решения, тем не менее, «закодирован» принцип, выполняющий в данном случае важнейшую функцию.

Применение прецедентных и статутных норм сопряжено с выбором Судом конституционного доктринального принципа. Почти никогда прямо применить принцип не удастся по причине различных интерпретаций в предыдущих делах и по иным причинам, например, предпочтение судей. Создаются предпосылки формирования доктринального подхода. Значение доктрины не сводится к совокупности применимых нормативных положений, но включает в себе установление конституционного принципа непосредственно из текста Конституции либо в модификации конституционных судебных прецедентов. Такая доктрина именуется конституционной судебной доктриной и близка по своему значению к источнику права.

Можно утверждать, что доктрина и с точки зрения и формирования, и в плане правоприменения не изолирована от других доктрин. Применение конституционной доктрины с учетом интерпретируемого правового материала невозможно без учета и оценки других доктрин, имеющих сходство по методу или подлежащих регулированию отношениям. По мнению Г. Ламонта, без понимания правовых доктрин невозможно понять основной метод судебной практики в американской правовой системе — аналогию права и доктрину прецедента [18. С. 2].

Сущность доктрины не столько прецедент (серия прецедентов), сколько метод правового регулирования. Метод, например, равная защита законом, в основе понимания которого юридическое равенство, это в то же время принятая в данной системе концепция. Она допускает, как и любая концепция, уточнение, корректировку, например, исключения, с целью не допустить неприемлемого фактического неравенства, например, по уплате налога. А юридические средства реализации этой концепции могут варьироваться законодателями. Что касается судей, не являющихся законодателями, их задача — либо сохранить стержневой доктринальный смысл (не отступать от юридического равенства), либо путем интерпретации обеспечить некоторую модификацию доктрины. Следовательно, конституционные судебные доктрины концептуальны, с целью сохранения устойчивости и стабильности права, и в то же время (вследствие широкой трактовки метода, публично-правового или частноправового) на улучшение права и приспособление его к изменившимся общественным условиям.

Разработка доктрин дело высокопрофессиональных юристов при содействии и важном вкладе юридической науки. Для законодателя разрабатывать правовые доктрины затруднительно, а конституционные судебные доктрины — нереально. Отсюда и гипотеза о правотворческой роли судей в США. Для судей Верховного суда США элементы правотворчества несводимы к созданию прецедентов путем разрешения судебных споров.

Существует достаточно устойчивое представление о том, что доктрины в американской правовой системе являются источником права [18. 397]. Следует,

однако, уточнить, что основной источник права — судебный прецедент, наряду с законом, и в контексте данной статьи прежде всего, с Конституцией США как законом, обладающим высшей юридической силой. Относить конституционные судебные доктрины к «вторичным», «мягким», «убеждающим» и т.п. источникам нельзя. Судебные конституционные доктрины основаны на конституционных принципах, отличающихся наиболее высокой степенью легитимности. Основанием для такого вывода является и статус Верховного суда США, основным элементом которого является не только высшей апелляционной инстанции, но право интерпретировать Конституцию.

Значение конституционных судебных доктрин в американской правовой системе в том, что они способствуют согласованию нормативистского и естественно-правового подходов и способствуют формированию интегративного подхода к праву, к Конституции, к многофункциональной судебной деятельности Верховного суда США. Судьи обязаны акцентировать действия на нормах (правовых правилах) законов и прецедентов. Однако, поскольку в сложных делах (которыми и занимается Верховный суд США), судьи должны сделать выбор в не вполне урегулированном пространстве, без применения моральных норм и признанных политических целей обойтись затруднительно. Отсюда, например внимание авторов к интерпретации, включающей так называемую “*political morality*” [19. С. 99].

IV. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА (НА ПРИМЕРЕ ИНТЕРПРЕТАЦИИ XIV ПОПРАВКИ)

Обратимся к примеру с конституционной судебной доктриной «действий штатов» (*state actions*). Содержание и применение ее раскрывается более полно во взаимодействии с другими доктринами, направленными на регулирование тех же отношений. Ниже речь пойдет о стремлении федерального центра принудить штаты к активным действиям против дискриминации. Этот объект конституционно-правового регулирования (принуждение властей штатов и их конституционная обязанность защищать права граждан) рассматривался Верховным судом США в соответствии с доктриной «необходимых и уместных полномочий» (*necessary and proper doctrine*).

Обе указанные доктрины проистекают из предписаний XIV Поправки, а основная цель ее I Раздела в буквальном прочтении — запрет штатам лишать граждан (освобожденных рабов) равной защиты законом и надлежащей правовой процедуры.

В первом «узком» прочтении (толковании) доктрина «действий штатов» и сводится к запрету штатам принимать дискриминационные законы. Но проявления расизма никогда не сводились только к действиям властей штатов, а были продуктом действий и частных лиц, работодателей, домовладельцев, кампаний и мелких фирм, профессиональных корпораций, социальных и образовательных

учреждений и пр. Имел ли в виду Конгресс США, принимая поправки, провозглашающие равенство прав и конституционную защиту, только действия штатов или также и действия частных лиц? После формальной отмены рабства именно дискриминация на уровне частных субъектов превратилась в тяжелую реальность.

Нежелание защищать права бывших рабов и темнокожее население при найме на работу, в образовательных учреждениях, в общественных местах Суд обосновал сомнительным доводом о направленности замысла законодателей исключительно на штаты, но не на частных лиц в соответствии с узким толкованием текста. По мнению Верховного суда США периода 70–90-х гг. XIX в., требования поправки о равенстве перед законом и о равных правах на справедливую судебную защиту (клаузулы надлежащей правовой процедуры и равной защиты законом) адресованы штатам и направлены на пресечение дискриминационных действий только штатов, но не частных лиц.

Между тем дискриминация становилась позором США, в том числе при попустительстве судов. Судьи в штатах устанавливали легкие и символические наказания либо отказывались от рассмотрения данных дел. Рассмотрим интерпретационные аспекты в судебной деятельности.

Во-первых, трудно представить, чтобы законодатель видел единственных нарушителей в лице штатов и не имел в виду другие проявления расизма. Во-вторых, в тексте XIV Поправки Раздел 5 установлена связь между целью запрета дискриминационных действий связь и действиями, обеспечиваемыми реализацию этой цели: «Конгресс ... имеет право исполнять настоящую статью [Поправки XIV — В.С.] посредством принятия соответствующего законодательства» [9. С. 1202]. В-третьих, законодатель своими действиями в это время еще раз подтвердил, опираясь на полномочие издавать необходимые и уместные законы и сходную формулировку Раздела 5 («посредством принятия соответствующего законодательства»), что он борется с расизмом частных лиц в социально-трудовой сфере и в иных сферах отношений. В 1875 г. Конгресс США, столкнувшись с плохо скрываемым саботажем властей штатов и частных учреждений по защите прав бывших рабов, принял Закон о гражданских правах (первый Закон о гражданских правах). Вопреки чрезмерной осторожности завуалированности формулировок ответственность частных лиц устанавливалась. Но реализация этого закона затянулась из-за противодействия расистов и судов штатов. В Верховный суд США поступала большая группа однородных дел с исками против нарушителей, в том числе частных лиц.

Должен ли Суд реагировать на расизм как продукт действий частных лиц? «Нет, не должен», — таким был ответ Верховного суда США в 1883 г., когда он

принял общее решение в деле *Civil Right Cases*¹. Суд обратился к судебной интерпретации 5 раздела XIV Поправки и постановил, что Конгресс США не имел полномочий принимать закон, ограничивающий права частных лиц. Суд оторвал цель 1 раздела (борьба с дискриминацией) от законодательного обеспечения достижения этой цели. Суд проигнорировал, что смысл положения 5 раздела XIV Поправки «Конгресс имеет право исполнять... путем принятия соответствующего законодательства» совпадает со смыслом положения 8-го раздела Статьи I основного текста Конституции США — «Конгресс имеет право издавать все законы, каковые будут необходимы и уместны» [1. С. 42].

Решение Верховного суда США 1875 г. основывалось на преднамеренно узкой интерпретации, не выходящей за рамки механического толкования текста. Суд старался «не заметить», что суть проблемы не только в расистских законах штатов, а в укорененности расизма и в ограничении конституционных прав на всех уровнях различными субъектами правоотношений. Суд отказался обеспечить судебной защитой граждан, подвергающихся дискриминации.

Только через 80 лет, в 1966 г., в обстановке движения за гражданские права в решении по делу *U.S. v. Guest*², 1966 г., Верховный суд США иначе интерпретировал доктрину «действий штатов». Суд разъяснил, что для признания противоречащими Конституции США дискриминационных действий вовсе не обязательна формула «преднамеренная дискриминация по цвету кожи». Дискриминацию следует трактовать более широко, распространять на все социальные группы, а не только на чернокожих граждан. Следует наказывать не только за нормативно закрепленные штатах дискриминационные меры, но подлежат наказанию и запугивание, оказание психологического давления, шантаж и т.п. Особое значение имело признание судом того факта, что власти штата в подобных случаях могут играть косвенную роль, например, бездействовать, но и в этих случаях они несут ответственность. Иначе говоря, ответственность устанавливается даже без наличия умысла.

Суд применил формулировку «строгая ответственность» в соответствии с принципами деликтного, частного права. Суд все же установил связь между разделом 1 и разделом 5 XIV Поправки, применяя поправку против частных лиц.

Сложной оставалась проблема ответственности официальных лиц и государственных служащих в штатах. Если официальное лицо совершает действие по десегрегации и, например, вынуждает родителей перевести ребенка в другую школу, либо, наоборот, бездействует, то какая ответственность возлагается на это лицо? Конгресс США в новом Законе о гражданских правах 1964 г. не нашел ясного ответа на вопрос об ответственности официальных лиц (государ-

¹ *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3 (1883)

² *United States v. Guest*, 383 U.S. 745 (1966).

ственных служащих) как частных лиц, действовавших по собственной инициативе и по свою ответственность. В дальнейшем Суд сталкивался с такими проблемами постоянно, в том числе в рамках проблемы «обратной дискриминации» (дискриминации белых). Проблема обострилась после принятия законов об обязательных автобусных перевозках детей для расового баланса в школах и после предоставления квот на поступление в высшие учебные заведения представителям национальных меньшинств.

В деле 2000 г. *U.S. v. Morrison*³ Судом рассматривался Закон Конгресса «О запрете гендерного насилия в официальных учреждениях». В законе была установлена единая ответственность за факты дискриминации со стороны служащих как частных лиц. Законодатель опирался на свое несомненное право принимать законы, нормы которых обеспечивают запрет дискриминации на всех уровнях.

Но Верховный суд США признал Закон противоречащим Конституции. Действуя в консервативном направлении, Суд вновь, как и 120 лет назад, отказал в праве федеральному Конгрессу принимать по клаузуле «равной защите законом», решения, касающиеся частных лиц, утверждая, что компетенция Конгресса по I Разделу XIV Поправки основывается на принятии мер против штатов, но не против частных лиц. Суд (неожиданно для общественности) вновь не увидел связи между конституционными требованиями равноправия и полномочиями законодательной власти принимать законы с целью установления равноправия. Временно отодвинутая Судом (1964–2000 гг.), доктрина «действий штатов» в старой интерпретации была реанимирована в новых правоконсервативных социально-политических условиях.

Как и во времена Реконструкции, Верховный суд США игнорировал, что Конгресс США, принимая данный закон, хотел исправить проблему как общенациональную и как усилившуюся при потворстве всех ветвей и уровней власти, всех субъектов права, в особенности при бездействии властей в штатах, при попустительстве судов, не обеспечивавших судебной защитой жертв сексуального насилия и гендерной дискриминации [13. С. 220].

Верховный суд США, не обращая внимания на цели Конгресса США и ответственность официальных структур в штатах, «возвратил из небытия» конституционную доктрину «state actions», объявил об отсутствии прямой связи между требованиями 1 Раздела XIV Поправки бороться с дискриминацией и полномочием 5 Раздела XIV Поправки законодательно обеспечить эти требования. 1 Раздел XIV Поправки, по мнению судебного большинства, «направлен против действий штатов и официальных лиц», а в 5 Разделе, по словам А. Скалии, основного докладчика по делу Моррисона, «речь идет о гарантиях частных

³ *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000)

лиц» [5. С. 119]. Судья Скалия выступил против гибкого расширительного толкования «необходимых и уместных полномочий», положения 8 Раздела Конституции, по смыслу идентичного 5 Разделу XIV Поправки [5. С. 124]. Действительный смысл этих положений в том, что реализовать принципы следует через законодательное обеспечение. Мысль А. Скалии была направлена против этого очевидного единого смысла.

А. Скалия отстаивал в качестве основного, «узкого» метода интерпретации, текстуализм и был главным оппонентом нон-интерпретивизма, но его позиция определялась и правой политической идеологией. Приведем два примера.

О политизированной позиции А. Скалии свидетельствует тот факт, что он в аргументации был готов отказаться от текстуализма. Так, в вопросе о судебных исках против штатов, их органов и служащих А. Скалия неожиданно для юридического сообщества отказался от следования методу текстуализма в толковании XI Поправки Конституции. Текст этой Поправки ослаблял федеральный контроль над штатами и их судами только по одному и не самому важному вопросу о полномочии судов штатов, а не федеральных судов, рассматривать споры между штатом и гражданами других штатов.

А. Скалия понимал, что текстуальный метод здесь не работает, и перешел к иной позиции, которую он обозначил в программной книге [6]. Перечислив множество аргументов в пользу текстуализма, А. Скалия заявил: «Текстуализм вне контекста имеет мало смысла» [6. С. 37], то есть повторил тезис нон-интерпретивистов и Р. Дворкина, с которым полемизировал в данной книге.

В другом деле⁴, при других обстоятельствах и целях А. Скалия иначе защищал бездействие штатов. Судья обратился к словарю 1860 г. и пытался показать, что термин “*enforce*” (из 5 Раздела) не означает осуществления путем принятия законодательства. Он сводится по смыслу всего лишь к «введению в действие» [5. С. 121]. Однако современные словари, к которым А. Скалия не пожелал обращаться под ориджиналистским предлогом, понимают под “*enforce*” «обеспечение соблюдения на основе властных (принудительного характера) полномочий». Доктрина «необходимых и уместных полномочий» при такой интерпретации совпадает по смыслу с “*enforce appropriate law*” — обеспечить соблюдение принципов путем соответствующего законодательства.

Итак, доктрина (как доктринальный подход, в основе которого метод) подлежит применению судьями в процессе разрешения дел [9. С. 70]. Признание доктрин одним из источников права есть результат не только общего права и его методологии. Доктрины с основополагающей ролью принципов применяются для усиления эффективности права, немислимой без учета так называе-

⁴ *Tennessee v. Lane*, 541 U.S. 509 (2004).

мых «внешних», социо-культурных факторов, и без учета складывающихся новых социальных отношений.

Правовая природа конституционных принципов извлекается не только из текста прецедента (*ratio decedendi*), но и из социальной практики, обычаев и традиций и конвенциональной (принятой и согласованной общественным большинством) морали. По мнению американских авторов, даже противник судебного правотворчества Р. Дворкин полагает, что судьи вносят наиболее существенный вклад в реформирование права [19. С. 35]. Судьи могут конструктивно интерпретировать право, определить содержание и цель правового требования в соответствии с принятыми формами и правовым стилем.

Основная задача судей, опираясь на различные основания, в том числе на доводы юридической науки, доказать необходимость тех или иных нормативных требований и государственного принуждения. В части 7 своей работы «Империя права» Р. Дворкин доказывает, что такой подход, называемый им интерпретивизмом, должен осуществляться не законодателями, а судьями [19. С. 5]. Такое согласование является основой технологии интерпретивизма и одновременно интегративной концепции права.

Доктрины развиваются в процессе судебной деятельности, и это развитие требует умеренного применения ориджинализма, а не опоры на него всецело. По мнению американского автора Р. Бреста [10. С. 70], применение ориджинализма означает, что текст и первичные намерения конклюдивны (обязательны и окончательны). Применение нон-ориджинализма означает, что намерения авторов закона (Конституции) не имеют абсолютного влияния. Для представителей нон-ориджинализма линия прецедента и применения ориджиналистских намерений не отменяется (она презумптивна), но может быть пересмотрена по мере изменения публичных ценностей (ценностей государственно-организованного общества). Презумпция приоритета намерений авторов в интерпретационной деятельности Верховного суда США преодолевается путем принятия судебных решений в соответствии с клаузулами широкого, следовательно, неявного, смысла о свободе, равенстве и справедливости (последнее в виде процессуальной справедливости и равных возможностей). В соответствующих конституционных положениях (клаузулах) переплетаются вопросы морали и права. По мнению исследователей, разделяющих взгляды нон-интерпретивистов, именно так (в соответствии с принципами естественно-правовой справедливости) и следует защищать фундаментальные ценности и демократическую систему [9. С. 538].

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Выдвижение ориджинализма и текстуализма в качестве основных методов интерпретации поставило трудную проблему — что делать с утвержденными в период судебного активизма 30–60-х гг. (и утвердившимися в правовой культу-

ре США) прецедентами и доктринами? Отменить их в обозримые сроки вследствие господства прецедента и необходимости длительного обсуждения (и по социальным условиям) не представляется возможным. Задача возвращения к «старой либеральной классике» конституционного права, по меньшей мере, в течение жизни одного поколения неразрешима.

Проблема не во взглядах наиболее авторитетных судей и ученых последних десятилетий, таких как А. Скалия и Р. Дворкин. Сущность проблемы в отсутствии возможности кардинального изменения сложившегося статус-кво по одному из главных вопросов права США — о толковании Конституции. Отрицание доктрины «необходимых и уместных полномочий» — это отрицание основополагающего для понимания американского конституционализма прецедента 1823 г. *McCulloch v. Maryland*⁵, в котором Дж. Маршаллом было заявлено о так называемых «подразумеваемых» полномочиях, по своей природе требующих расширительной интерпретации.

Добавим к этому, что понятие конституционной судебной доктрины, если отказаться от поверхностного подхода, является системным и сложносоставным. Если убрать один кирпич, может разрушиться стена. Принципы Конституции США реализуются посредством множества доктринальных подходов, взаимно обуславливающих друг друга, взаимовлияющих один на другой. Не только выдающиеся судьи-интерпретаторы, но и Верховный суд США в целом даже в ультраконсервативном составе обязан функционировать не в политической, а в правовой реальности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] США. Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова; сост. В.И. Лафитский. М.: Прогресс-Универс, 1993. 768 с.
- [2] *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. 2-е изд. М.: Статут, 2011. 349 с.
- [3] *Ely J.H.* Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980. 268 p.
- [4] *Фуллер Л.* Мораль права. М.: ИРИСЭН, 2016. 308 с.
- [5] *Rossum R.A.* Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition. Lawrence, KS: Kansas University Press, 2006. 298 p.
- [6] *Scalia A.A.* Matter of Interpretation. Federal Court and a Law. Gutmann A., editor. N.J.: Princeton University Press, 1999. 156 p.
- [7] *Lindquist S.A.* Cross F.B. Measuring Judicial Activism. New York: Oxford University Press, 2009. 176 p.
- [8] *White G.E.* The Constitution and the New Deal. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2000. 385 p.
- [9] *Бернам У.* Правовая система США / науч. ред. Власихин В.А., пер. с англ. Александров А.В. и др. М.: Издательство «Новая юстиция», 2006. 1211 с.

⁵ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 318 (1819).

- [10] *Crump D., Gressman E., Day D.* Cases and Materials on Constitutional Law. 3rd ed. N.Y.: Matthew and Bender, 1998. 1085 p.
- [11] *Bickel A.M.* The Supreme Court and the Idea of Progress. New York: Harper & Row, 1970. xii, 210 p.
- [12] *Коммонс Дж.П.* Правовые основания капитализма. М.: Издательский дом ВШЭ, 2011. 413 с.
- [13] *Dorf M.C. Morrison T.W.* The Oxford Introduction to U.S. Law. Constitutional Law. Oxford; New York: Oxford University Press. 2010. xi, 254 p.
- [14] *Chemerinsky E.* The Conservative Assault on the Constitution. New York: Simon & Schuster, 2010. 326 p.
- [15] *Burns J.M.* Packing the Court. The Rise of judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court. New York: The Penguin Press, 2009. 326 p.
- [16] *Cass. S.R.* Radical in Robes: Why Extreme Right Courts Are Wrong for America? New York: Basic Books, 2005. xv, 281 p.
- [17] *Lamond G.* Analogical Reasoning in the Common Law // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2014. Vol. 34. N 3. p. 567–588.
- [18] *Жидков О.А.* Избранные труды / отв. ред. Г.И. Муромцев, Е.Н. Трикоз. М.: Норма, 2006. 606 с.
- [19] *Dworkin R.* Justice for Hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. xi, 506 p.

© Сафонов В.Н., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Сафонов Владимир Николаевич — доктор юридических наук, доцент, главный научный сотрудник Отдела теории и истории права, государства и судебной власти Российского государственного университета правосудия.

Контактная информация:

e-mail: vnsafonov@gmail.com

**THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION
IN ACTIVITY OF U.S. SUPREME COURT**

V.N. Safonov

Russian Academy of Justice
69, Novocheremushkinskaya st., Moscow, Russia, 117418

Trying situation in U.S law system characterized of searching responsibility of U.S. Supreme Court for modern signs of crisis. The role of interpretation strengthening continuously and are research's object. The value of this theme is in investigation of U.S. Supreme Court judicial review too. In this article author are considered interpretation as a function but not official power in accordance with text of U.S. Constitution. Practice and court opinions also investigated.

Author of this article researches normative basis for interpretation: constitutional principles and other constitutional text, with amendments, constitutional precedents, and sources out of law (moral, policy, economic etc.)

In the 20-th century interpretation function always provided development of American law and accommodation to new social and economic conditions too as first method.

Now “extualism” and “originalism” and “judicial restraints” as main interpretivism conceptions dominated amidst of current Justices as new method. On the one side the contradiction between the two methods is danger of stability American law. On the other side two different views to interpretation is permanent long-term attribute. To speak more generally and in accordance the author’s opinion to review and change the results of historic interpretation is impossible.

Key words: methods of constitutional interpretation; judge-made law; interpretivism; judicial self-restraint; textualism; judicial activism; doctrine of precedent

REFERENCES

- [1] Zhidkov OA, editor; Lafitsky VI, contributor. *SShA. Konstitutsiya i zakonodatel'nye akty* [The USA. Constitution and legislation]. Moscow: Progress-Univers; 1993. 768 p. (In Russian).
- [2] Lafitsky VI. *Constitutional system of the USA*. 2nd ed. Moscow: Statut; 2011. 349 p. (In Russian).
- [3] Ely JH. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 1980. 268 p.
- [4] Fuller L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press; 1964. viii, 202 p. [Russ. ed. Fuller L. *Moral' prava*. Moscow: IRISEN; 2016. 308 p.].
- [5] Rossum RA. *Antonin Scalia's Jurisprudence. Text and Tradition*. Lawrence, KS: Kansas University Press; 2006. 298 p.
- [6] Scalia A.A. *Matter of Interpretation. Federal Court and a Law*. Gutmann A, editor. New Jersey: Princeton University Press; 1999. 156 p.
- [7] Lindquist SA, Cross FB. *Measuring Judicial Activism*. New York: Oxford University Press; 2009. 176 p. doi:10.1093/acprof:oso/9780195370850.001.0001.
- [8] White GE. *The Constitution and the New Deal*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press; 2000. 385 p.
- [9] Burnham W. *Introduction to the law and legal system of the United States*. St. Paul, Minn: West Publishing; 1995. 567 p. [Russ. ed. Burnham W. *Pravovaya sistema SShA*. Moscow: Novaya yustitsiya Publ.; 2006. 1211 p.]
- [10] Crump D., Gressman E., Day D. *Cases and Materials on Constitutional Law*. 3rd ed. New York: Matthew and Bender; 1998. 1085 p.
- [11] Bickel AM. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New York: Harper&Row; 1970. xii, 210 p.
- [12] Commons RJ. *Legal Foundations of Capitalism*. New York: The Macmillan Company; 1924. 324 p. [Rus. ed. Commons RJ. *Pravovye osnovaniya kapitalizma*. Moscow: HSE Publishing House; 2011. 413 p.]
- [13] Dorf MC, Morrison TW. *The Oxford Introduction to U.S. Law. Constitutional Law*. Oxford, New York: Oxford University Press; 2010. xi, 254 p.
- [14] Chemerinsky E. *The Conservative Assault on the Constitution*. New York: Simon & Schuster; 2010. 326 p.
- [15] Burns JM. *Packing the Court. The Rise of judicial Power and the coming crisis of the Supreme Court*. New York: The Penguin Press; 2009. 326 p.
- [16] Cass. SR. *Radical in Robes: Why Extreme Right Courts Are Wrong for America?* New York: Basic Books; 2005. xv, 281 p.
- [17] Lamond G. Analogical Reasoning in the Common Law. *Oxford J Legal Studies*. 2014;34(3):567–588. doi:10.1093/ojls/gqu014.

- [18] Zhidkov OA. *Izbrannye trudy* [Selected works]. Muromtsev GI, Trikoz EN, editors. Moscow: Norma; 2006. 606 p. (In Russian).
[19] Dworkin R. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press; 2011. xi, 506 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Safonov Vladimir N. — Doctor of Legal Science, Assistant Professor, Chief Researcher, Theory and History of Law, State and Judicial Power Department, Russian Academy of Justice.

Contact information:

e-mail: vnsafonov@gmail.com