

## КОНСТИТУЦИОННОЕ ТОЛКОВАНИЕ\*

М. ТРОПЕР\*\*

В данной статье автор рассматривает проблемы, связанные с определением природы конституционного толкования. На примерах из судебной практики М. Тропер показывает, что своеобразие конституционного толкования не связано с конституцией как с особым предметом толкования. По мнению французского исследователя, ведущего представителя французского правового реализма, особенностью этого вида толкования является то, что с его помощью в правовом порядке конструируется иерархия нормативно-правовых актов. Автор полагает, что эта иерархия не существует до акта аутентичного толкования. Даже если такая иерархия описана в конституции, она остается потенциальной и может быть изменена в акте конституционного толкования. М. Тропер настаивает на том, что значение, а значит и содержание правового текста не будут определены до момента его толкования. Отсюда французский исследователь выводит, что норма права возникает не в результате законодательной деятельности, а в ходе аутентичного толкования законодательных актов. Под аутентичным автор понимает такое толкование, которое приводит к юридически значимым для данного правового порядка последствиям, не может быть преодолено какими-либо вышестоящими органами и имеет обязывающую силу. Такое толкование могут осуществлять как судебные, так и несудебные органы. **КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА:** конституционное толкование, аутентичное толкование, правовой реализм, конституция, органы толкования права.

### TROPER M. CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

In this article the author examines the problems connected with definition of nature of constitutional interpretation. On the base of the cases from the judicial practice, Michel Troper shows that specificity of constitutional interpretation does not reside in particular character of constitution which is the object of interpretation. According to this French theorist who is leader of the school of French legal realism, the particular trait of constitutional interpretation is due to the fact that this kind of interpretation results in constructing a hierarchy of normative acts in a given legal order. Even if such a hierarchy is described in a constitution, it will nevertheless remain hypothetical and subject to changes through an act of constitutional interpretation. Michel Troper insists that a meaning of a legal text cannot be defined prior to interpretation; therefore this legal text will not have any definitive content before being interpreted. The French theorist concludes that a legal norm is not created by the way of legislation — it is created through authentic interpretation of the legislative acts.

\* *Troper M. L'interprétation constitutionnelle // L'interprétation constitutionnelle / ed. F. Melin-Soucramanien. Paris, 2005. P. 13–26.*

Перевод с франц. М. В. Антонова.

\*\* Тропер Мишель — почетный профессор Университета Париж-10 Нантер (Париж-Уэст).

© М. Troper, 2005

© М. В. Антонов (перевод), 2012

E-mail: mantonov@hse.ru

As authentic interpretation the author holds such construction of a legal text which brings any legally relevant consequences having binding force in this given legal order, there consequences being immune to overruling by any higher instance. Such interpretation can be exercised both by judicial and non-jurisdictional bodies.

KEYWORDS: constitutional interpretation, authentic interpretation, legal realism, constitution, organs for constitutional interpretation.

Начинающий заниматься темой конституционного толкования неизменно натывается на вопрос о том, есть ли у данного вида толкования некий особый признак, который отличает конституционное толкование от других форм толкования права. Какой бы мы ни придерживались теории толкования (рассматривали бы толкование как функцию сознания или как функцию воли), с необходимостью приходится предположить, что конституционное толкование является видовым понятием по отношению к родовому понятию «толкование права», и что особенность этого вида толкования следует определять по отношению к другим видам толкования права — к толкованию законов, международных договоров, административных актов или гражданско-правовых договоров.

Однако если постановка вопроса и остается неизменной, то даваемые на этот вопрос ответы частично зависят от той теории толкования, на которой основывается соответствующее исследование. Те, кто считают толкование функцией сознания, с очевидностью склоняются к поиску своеобразия конституционного толкования в специфике объекта толкования. Поскольку конституция отличается от других правовых текстов, то и толкование конституции отличается от толкования законов или международных договоров. С этой точки зрения те теоретики, которые следуют Кельзену и примыкают к срединной или смешанной теории толкования, соглашаются со сторонниками теории толкования как функции сознания. Согласно этой срединной теории толкование есть акт воли, с помощью которого орган аутентичного толкования выбирает в рамках толкуемого содержания то или иное из возможных значений, но само по себе определение рамок содержания есть результат акта познания. Если речь идет об акте познания, то такой акт соотносится с толкуемым объектом, т. е. с текстом конституции.<sup>1</sup> Поэтому нет ничего удивительного в том, что Кельзен фигурирует среди тех ученых, которые подчеркивают, что конституция иногда содержит туманные или сомнительные положения. При этом Кельзен особо указывает на декларации и преамбулы, которые оставляют весьма широкий простор для усмотрения при толковании. Именно по этой причине австрийский правовед рекомендует два приема конституционной техники: 1) во избежание чрезмерного усиления полномочий судей желательно воздержаться от включения в конституцию слишком общих или туманных положений; 2) если такие положения все же включены в текст конституции, не следует позволять судьям ссылаться на эти положения при осуществлении конституционного контроля.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> *Guastini R.* 1) *Lezioni di teoria costituzionale.* Torino, 2001. P. 123 ff.; 2) *L'interpretazione dei documenti normativi.* Milano, 2004. P. 267 ff.

<sup>2</sup> «Конституционные нормы, которые приходится применять суду, особенно те, которые определяют содержание будущих законов (например, положения об основных правах человека), не должны формулироваться слишком широко и содержать туманных слов вроде «свобода», «равенство», «справедливость» и т. п. В противном случае

В том же самом смысле можно отметить, что конституции провозглашают принципы, которые отличаются от правил как минимум по двум параметрам. Прежде всего, если в вопросе реализации правил есть только два варианта (либо они применяются, либо нет), то в случае с принципами можно говорить о полной или частичной реализации. Вместе с тем два или более принципа одновременно могут быть применены таким образом, что конституционное толкование будет заключаться в попытке примирения или уравнивания этих принципов.<sup>3</sup>

Вместе с тем, как справедливо подчеркивает Риккардо Гуастини, конституция является далеко не единственным документом, содержащим туманные положения или принципы. Кроме того, конституция также содержит и такие положения, которые обычно не считаются туманными, например те, которые указывают на сроки или содержат в себе определенные количественные показатели. С этой точки зрения они не представляют никакой особенности.

К этому можно было бы добавить, что согласно более радикальной версии реалистической теории толкования, чем теория Гуастини (используя терминологию этой радикальной теории, ее можно назвать «скептической»), отсутствие у конституционного толкования специфики связано с тем, что при любом толковании орган толкования юридически свободен придавать любое значение любому высказыванию и даже любому факту, независимо от их лингвистической формы и степени определенности.<sup>4</sup>

Таким образом, конституционное толкование не обладает никакими особенностями, касающимися самого объекта толкования. Но все же можно попытаться установить, нет ли у этого вида толкования иных особенностей — в зависимости от органа толкования, от используемой техники аргументации или от создаваемых норм.

**Органы толкования.** Здесь мы будем понимать под «органами толкования» не тех лиц, которые занимаются толкованием конституции, а только тех лиц, которые создают акты, называемые Кельзенем «актами аутентичного толкования», т. е. те акты, с которыми правовой порядок связывает последствия, не подлежащие дальнейшему оспариванию, и которые включены в текст, являющийся объектом толкования.<sup>5</sup>

---

возникнет риск не предусмотренной конституцией и политически неблагоприятной подмены властей — власти парламента властью иного органа, который может выражать интересы совершенно иных политических сил, чем те, которые представлены в парламенте» (*Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la constitution // Revue du droit public et de la science politique. 1928. N 2. P. 239*). Впрочем, данный аргумент отлично сочетается с идеей Кельзена о том, что система права по сути своей имеет динамический характер, а также с теми положениями, которые Кельзен приводит для обоснования конституционного контроля за законами и которые во Франции известны под именем «теории стрелочника» (теория, согласно которой Конституционный Суд не высказывается о содержании законов и всегда оценивает только процедуру их принятия).

<sup>3</sup> *Alexy R. 1) Theorie der Grundrechte. Frankfurt/M., 1985; 2) Diritti fondamentali, Bilanciamento e Razionalità // Ars Interpretandi. 2002. N 7. P. 131 ff.*

<sup>4</sup> Французским юристам хорошо известно, что дискреционные полномочия Государственного Совета не ограничиваются очевидными пределами, установленными выражением «не подлежит дальнейшему обжалованию» (см. решение Государственного Совета от 17 февраля 1950 г. по делу *Dame Lamotte*). Ср.: *Troper M. Une théorie réaliste de l'interprétation // Dossier Théories réalistes du droit / ed. O. Jouanjan. Strasbourg, 2001. P. 51 ff.*

<sup>5</sup> На классическом юридическом языке аутентичным толкованием называется такое толкование, которое исходит от самого автора подлежащего истолкованию текста.

Если речь идет о законе, то органами аутентичного толкования являются прежде всего суды высшей юрисдикции.<sup>6</sup> Эти суды естественным образом оказываются в положении органов аутентичного толкования конституции в рамках децентрализованной системы конституционного контроля. В случае централизованного контроля конституционные суды могут быть органами аутентичного толкования (если за толкованием конституции можно обратиться в суды общей юрисдикции, как это происходит, например, в Италии). Несомненно, сами суды общей юрисдикции могут также давать толкование конституции, но только по рассматриваемому ими делу. В этом смысле конституционное толкование не обладает никакой спецификой. Разумеется, такие акты толкования могут быть преодолены решением вышестоящей инстанции, но толкование закона судом высшей юрисдикции также может быть опровергнуто решением законодательной власти. Вместе с тем решения органов учредительной или законодательной власти не имеют того же характера, что акты толкования высших судов, которые заменяют собой акты толкования судов низших инстанций; эти решения не могут быть обоснованы через отсылку к латинскому изречению «*ejus est interpretari legem cujus est condere*» (лат. «толкование закона есть дело того, кто его создает»). Ни решения органов учредительной власти, ни решения органов законодательной власти не претендуют на то, чтобы раскрыть «истинное значение» уже имеющегося текста. Сами по себе эти решения представляют собой пересмотр конституции, т. е. создание нового текста.

Вместе с тем можно отметить две особенности конституционного толкования: с одной стороны, суды не являются единственными органами аутентичного конституционного толкования, а с другой — такое толкование зачастую осуществляется коллективно.

**Толкование несудебными органами власти.** Естественно, что такие органы власти, как глава государства, парламентское собрание или его председатель, глава правительства, могут оказаться перед необходимостью толкования, причем как в случаях, в которых не предусмотрен конституционный контроль, так и в случаях, в которых такой контроль предусмотрен. Это может произойти, если определенные ситуации не дают возможности обращения к суду (если случай не относится к компетенции какого-либо суда) либо если судебный орган может осуществить акт толкования только во взаимодействии с неким другим неюрисдикционным органом, а последний может вступить во взаимодействие только после того, как сам даст предварительное толкование конституции.

Аутентичное толкование законов неюрисдикционными органами встречается намного реже. Очевидно, существуют акты толкования, разрабатываемые или используемые разного рода чиновниками, административными органами, частными лицами, адвокатами, профессорами и др. Но речь тут идет только о таком толковании, которое может быть проверено юрисдикционными органами и которое поэтому не является аутентичным.

Есть множество примеров решений, принятых неюрисдикционными органами и обоснованных путем толкования конституционного текста.

Такие решения могут быть приняты прежде всего парламентскими собраниями. Так, в первые годы Французской революции Соединенные Штаты заключили с Францией два международных договора, но по мере

---

Так, согласно латинскому изречению «*Ejus est interpretari cujus est condere legem*» (лат. «Толкование закона есть дело того, кто создает закон»).

<sup>6</sup> *Interpreting Statutes. A Comparative Study* / eds. N. MacCormick, R. S. Summers. Dartmouth; Aldershot, 1991.

ухудшения отношений между двумя странами к 1798 г. Конгресс США решил денонсировать эти договоры.<sup>7</sup> Конституция США не содержала указания на то, какой орган компетентен совершить подобную денонсацию. Некоторые полагали, что правомочие заключать международные договоры подразумевает и полномочие на денонсацию, поэтому право денонсировать договор принадлежит Президенту США и Сенату. Другие, напротив, утверждали, что это правомочие принадлежит только Президенту, поскольку из необходимости контролировать решения о заключении международных договоров не следует потребность контролировать решения об их денонсации, ведь такие решения не влекут новых обязательств. Третьи же считали, что обычный закон имеет большую силу, чем международный договор, и поэтому достаточно будет, если Конгресс примет соответствующий закон. Также важно, чтобы этот закон относился к предметам ведения федеральных властей — как в случае с регулированием торговли с иностранными государствами. Один из рассматриваемых международных договоров как раз был посвящен торговле. Этот аргумент, возможно, не был столь же убедителен по отношению ко второму договору о союзнических отношениях. Но, несмотря на все это, никто не стал обращаться в суды, и две палаты Конгресса приняли решение аннулировать указанные международные договоры; видимо, данному толкованию следовали и позднее.<sup>8</sup>

Несколькими годами раньше во Франции законодательное собрание также истолковало Конституцию в том, что касается ответственности министров. Согласно Конституции 1791 г. «министры несут ответственность за любые правонарушения, совершенные против национальной безопасности и Конституции». Но что могло означать выражение «правонарушение против Конституции»? Ответ был дан самим законодательным собранием после речи, произнесенной Бриссо по делу Делессара — министра иностранных дел, которого жирондисты обвинили в ведении чрезмерно дружественной Австрии политики. Могло ли такое поведение быть квалифицировано как правонарушение против Конституции? Бриссо пояснил, что такое правонарушение имеет место с того момента, как министр выходит за пределы своей компетенции, поскольку очевидно, что конституция есть именно система разделения властей, поэтому достаточно установить пределы компетенции министра. Для обычного министра компетенция означает строгое исполнение законов. Однако, как отметил Бриссо, «в министерстве иностранных дел нет подлежащего исполнению закона; нужно в целом защищать национальный интерес от посягательств извне. Именно эта задача должна служить и правилом для деятельности министра, и критерием для обвинения министра. Изменил ли министр этому интересу, пренебрег ли им — именно к этому вопросу можно свести все остальные вопросы, касающиеся ответственности данного министерства». Законодательное собрание ответило на этот вопрос утвердительно и проголосовало за обвинительный декрет.<sup>9</sup>

Исполнительная власть также может оказаться перед необходимостью истолкования. Пятая Республика дает нам многочисленные примеры решений Президента Республики, которые обоснованы тем или иным вариантом толкования Конституции и нередко кажутся слишком смелыми. Наиболее известен случай обращения в 1962 г. к ст. 11 по вопросу

<sup>7</sup> *Currie D. P.* The Constitution in Congress. Vol. I. The Federalist period 1789–1801. Chicago, 1997; Vol. II. The Jeffersonians, 1801–1829. Chicago; London, 2001.

<sup>8</sup> *Ibid.* Vol. I. P. 250–253.

<sup>9</sup> См. заседание 10 марта 1792 г. (Archives Parlementaires. Т. 39. P. 539).

пересмотра Конституции. Не соглашаясь с теми, кто утверждал, что ст. 89 Конституции вводит только процедуру пересмотра и дает право главе государства выносить проект конституции на референдум только после того, как этот проект был одобрен двумя палатами парламента, де Голль возразил с помощью лексических аргументов, подчеркивая, что ст. 11 позволяла ему вынести на референдум «любой проект закона об организации публичной власти». Согласно де Голлю, «закон» в этом выражении был синонимом «конституции», поскольку любая конституция обязательно связана с организацией публичной власти — это, в частности, следует из названия Закона от 25 февраля 1875 г. «Об организации публичной власти».

Для политиков было ясно, что речь тут идет об аутентичном толковании. Ален Пейрефит в воспоминаниях о де Голле обозначает позицию, занятую де Брогли на заседании Совета Министров 19 сентября 1962 г. относительно пересмотра конституции через положения ст. 11: «Никто не говорил о праве толкования конституции Президентом Республики. Это основополагающее правомочие, которое включено в конституцию, по меньшей мере имплицитно. Юристы разошлись во мнениях по вопросу о том, должен ли Президент Республики использовать здесь свое правомочие. Президент может сделать это путем обращения к суверенному народу, следуя явно признаваемому за ним правомочию. Президент констатирует наличие дискуссий между юристами. Президент высказывает свое мнение, а народ разрешает этот вопрос».<sup>10</sup>

Обращение в 1962 г. к ст. 11 имеет все признаки аутентичного толкования: решение будет наделять значением текст; такое решение не может быть оспорено и изменено; оно должно считаться юридически действительным, поскольку правовой порядок связывает с этим решением последствия. Возможны две разновидности таких последствий.

Первый вариант: на основе принятого решения и обосновывающего его акта толкования создаются правовые нормы, а именно принимается конституционный закон, затем следуют выборы нескольких президентов Республики. Часто можно встретить утверждение, согласно которому и сам данный акт толкования, и решение прибегнуть к прямому референдуму юридически недействительны. Какими бы искусными ни были аргументы, обычно приводимые в пользу данного тезиса, они ведут к абсурду. Если действительно полагать, что обращение к референдуму не было юридически действительным и что, следовательно, соответствующий конституционный закон должен быть признан ничтожным, несмотря на противоположное решение Конституционного Совета, то следует заключить, что с тех пор ни один президент не был избран законно. Если же, наоборот, предположить, что связанный с обращением к ст. 11 Конституции юридический дефект не повлиял на юридическую действительность последовавших президентских выборов, то споры о законности обращения к ст. 11 лишены смысла.

Другой разновидностью последствий будет такое толкование, которое встраивается в текст и служит основанием для последующих актов толкования. Так, через несколько лет после одобрения правила о всенародных выборах президента республики Франсуа Миттеран в интервью, данном Оливье Дюамелю, объявил о том, что теперь есть два способа пересмотра конституции: через ст. 89 и через ст. 11 Конституции.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> *Peyrefitte A. C'était de Gaulle. Paris, 1994. P. 230.*

<sup>11</sup> *Mitterand F. Sur les institutions. Entretien avec Olivier Duhamel // Pouvoirs. 1988. N 45. Avril. P. 131–139.*

Последний пример — это ст. 13 Конституции: «Президент Республики подписывает указы и постановления, принятые Советом Министров». Юристы разошлись во мнениях о том, является ли в данном случае изъявительное наклонение указанием на императивность этого правила, либо же оно означает простое правомочие, которым президент волен воспользоваться или не воспользоваться. В 1986 г., в период, когда во Франции были парламент и президент, принадлежащие к разным политическим направлениям, Франсуа Миттеран выбрал второй вариант толкования и отказался подписывать постановления, подготовленные правительством.<sup>12</sup>

Некоторые будут возражать, что в данном случае речь не идет о толковании в юридическом смысле этого термина, что здесь мы имеем дело только с политическим обоснованием. Однако все зависит от критериев «юридического» и «политического». Действительно, движущими силами конституционных властей являются политические механизмы, но то же самое нередко можно сказать и о судьях. Удивительно, что судьи используют те же самые аргументы и что их решения имеют ту же самую ценность за счет того, что такие решения могут служить юридической основой для других решений. Несомненно, эти судебные решения не являются юридически обязательными для судов. Судебное решение, которое не согласуется с этими актами толкования, не будет отменено только по причине такой несогласованности. Но дело обстоит иначе применительно к актам толкования, даваемым некоторыми конституционными судами, например Конституционным Советом Франции.

Во всех этих случаях конституционные власти полностью осознавали, что они занимались толкованием. Здесь часто приводились аргументы, аналогичные аргументам, используемым юрисдикционными органами: буквальное, логическое, системное или функциональное толкование. Однако нельзя говорить, что мы имеем дело с аутентичным толкованием, только на основании такого осознания или из-за ссылки в аргументации на определенный правовой текст. То же самое можно было бы сказать, если бы акт толкования был приведен в решении только по причине того, что этот акт имеет все те признаки, о которых мы говорили выше. С этой точки зрения толкование неюрисдикционными органами ничем не отличается от толкования судебными органами. Так, знаменитое решение, которым Конституционный Совет в 1971 г. придал преамбуле значение конституции, основано на толковании термина «конституция», содержащегося в ст. 61 Конституции. Но такое толкование осталось имплицитным — Совет ограничился указанием на то, что «к числу основополагающих принципов, признанных законами Республики и торжественно подтвержденных преамбулой Конституции, следует отнести принцип свободы ассоциаций».

**Коллективный характер деятельности по толкованию.** Одно и то же положение может быть истолковано несколькими разными властными органами. Такое бывает часто, и конституция в этом отношении не является исключением. Во французской системе закон может быть истолкован Конституционным Советом для установления соответствия этого закона Конституции. Но после того как закон промульгирован, он будет заново толковаться судами общей юрисдикции. Во всех случаях суды будут вести себя так, чтобы принимать во внимание толкование, которое дано или может быть дано другими судами.

<sup>12</sup> *Troper M. La signature des ordonnances; Fonctions d'une controverse // Pouvoirs. Le Président de la République. Printemps, 1987. P. 725.*

Особенность конституционного толкования заключается в ином. При обычном толковании властные органы, истолковывающие закон, лишены средств для оказания влияния друг на друга. В то же время занимающиеся толкованием конституции обладают подобными механизмами воздействия: они должны не только учитывать акты толкования со стороны других, но и предугадывать реакцию этих других лиц. Так, Президент Республики может свободно толковать положения ст. 16 Конституции, но он должен принимать во внимание реакцию законодательного собрания, которое в свою очередь свободно может истолковать ст. 69 Конституции и прийти к выводу о том, что использование Президентом полномочий чрезвычайной ситуации указывает на признаки состава преступления — государственную измену. Конституционный суд также должен предугадывать реакцию парламентского большинства, которое может начать процедуру изменения конституции. Поведение властных органов будет при этом предопределено (по меньшей мере, частично) существующей системой распределения компетенции.<sup>13</sup>

Можно возразить, что данные механизмы не имеют никакой специфики применительно к конституционному толкованию. Разве нельзя утверждать, что толкование закона судом общей юрисдикции может быть поставлено под сомнение и оспорено законодателем, а следовательно, здесь строение системы также предопределяет, что судебному органу следует предугадывать возможную реакцию законодательной власти?

Несомненно, тут нужно подчеркнуть три важные особенности тех ситуаций, в которых оказываются и те, кто истолковывают конституцию, и те, кто истолковывает закон.

С одной стороны, суды общей юрисдикции не находятся в отношениях взаимосвязи с законодательной властью; последняя имеет примерно те же средства воздействия на суды общей юрисдикции, что и учредительная власть по отношению к конституционному суду. Но в случае с конституционным толкованием нет гипотезы, согласно которой властные органы обладают средствами воздействия друг на друга.

С другой стороны, осуществляемое властными органами взаимное воздействие может принимать совершенно разные формы. В некоторых случаях речь может идти о замене или изменении решения, ранее принятого другим органом. В других случаях один властный орган будет предлагать решение, которое должно быть утверждено другим органом. В третьих случаях речь пойдет о воздействии на лиц, из которых состоит соответствующий орган, — о смене состава органа, о привлечении к ответственности или о роспуске. В первом случае мы имеем дело с иерархическим отношением, которое может существовать как между законодательной властью и судами общей юрисдикции, так и между учредительной властью и конституционным судом. Но во вторых и третьих случаях отношения складываются только между конституционными органами.

Наконец, иерархическое отношение одного властного органа к другому может быть обосновано с помощью идеи о том, что неправильно была истолкована сама воля этого органа. Воздействие законодательной власти обосновывается с помощью идеи о том, что суд соответствующей юрисдикции (Кассационный суд или Государственный Совет) обязан применить закон, т. е. общую волю, выраженную самой законодательной

<sup>13</sup> *Les contraintes juridiques* / eds. M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczuk. Paris, 2005.



властью. Также воздействие учредительной власти обосновывается тем, что судья конституционного суда должен применять конституцию, т. е. волю суверена, выраженную самой учредительной властью.<sup>14</sup> Вместе с тем конфликт между конституционными властями (например, между Президентом Республики и Президентом Сената в 1962 г.) не может не касаться вопроса толкования. Однако объектом толкования будет не воля того или иного органа, а презюмируемая воля суверенного народа, выраженная в конституции.

Так, конституционное толкование имеет специфику, которая связана с субъектами толкования. Другая специфическая черта может касаться техники толкования.

**Техника толкования.** Если под техникой понимать типы аргументов, используемые органами толкования для обоснования своих решений, то в конституционном толковании мы обнаружим ту же самую технику, что и в любом другом виде толкования права.

Как и в случае толкования законов, здесь не существует ни истинного смысла, ни истинного толкования, и поэтому теория права не может предложить использование определенного метода толкования. Иными словами, мы понимаем, что можем прийти к совершенно разным результатам, используя разные методы толкования, но при этом мы также знаем, что нет никакого объективного критерия для выбора между такими методами.

В то же время можно и нужно прибегнуть к дескриптивному методу и выяснить, часто ли используют органы конституционного толкования тот или иной тип аргументов.<sup>15</sup>

Например, можно отметить частое обращение неюрисдикционных органов к аргументу о «духе конституции». В определенном контексте (в деятельности как судебных, так и неюрисдикционных органов) можно также констатировать, что рассуждения о смысле текстов принимают форму методологических споров. Хорошо известен спор между американскими сторонниками оригинальной и интерпретативной теорий конституции<sup>16</sup> — водораздел между сторонами этого спора соответствует делению между консерваторами и либералами. Для нас здесь важно, что данный

<sup>14</sup> Франк Мичелман утверждает, что внесение поправки в конституцию — это не создание новой конституции, а толкование конституции самим народом. По этой причине такая поправка обязательна для Верховного Суда (*Michelman F. Can Constitutional Democrats be Legal Positivists? or Why Constitutionalism? // Constellations. 1996. N 2(3). P. 293 ff.*).

<sup>15</sup> В первую очередь можно констатировать, что неюрисдикционные органы толкования свободны от обязанности давать обоснование. Им достаточно лишь выдвинуть утверждение, что конституция имеет такой-то смысл. Если при этом они приводят обоснование, то в официальном порядке и даже не в самом тексте решения. Приводимые аргументы разнообразны и варьируются от буквального истолкования до выявления духа конституции.

<sup>16</sup> Теории в американском конституционном праве, сформировавшиеся применительно к толкованию Конституции. Сторонники оригинальной (*originalism* — термин американского правоведа Поля Бреста: *Brest P. Misguided Quest for the Original Understanding // Boston University Law Review. 1980. N 60*) теории делают акцент на буквальном толковании, подчеркивая заданность основных идей и положений американского конституционализма в тексте Конституции. Сторонники интерпретативной теории (главные представители — Р. Дворкин, Р. Познер) основное внимание сосредоточивают на выяснении намерений отцов-основателей американского конституционализма, на выявлении смысла конституционных текстов в судебной практике, полагая невозможным ограничивать толкование Конституции только ее текстом. — *Прим. пер.*

идеологический спор может вестись только на почве конституционного толкования и что вопрос ставится по-иному, если мы будем рассуждать о толковании обычных законов. Контекст спора должен изначально быть четко обозначен, поскольку дебаты о толковании конституции, очевидно, не всегда связаны с выявлением намерений учредительного конституционного органа. По-видимому, та особая форма, которую данный спор принял в Соединенных Штатах, связана с тем, что американская конституция имеет длинную историю и серьезно защищена от попыток пересмотра. Однако и эта форма имеет свою специфику: она относится не ко всем конституциям, а к одной из них, и при этом такая форма не может относиться к какому-то отдельному закону.

Большая или меньшая степень возможности пересмотра конституции — важный момент при выборе аргументов. Так, Верховный Суд США не считает себя связанным прецедентами при толковании Конституции в той же мере, в которой эта связанность проявляется при толковании законов. Напротив, верховные суды тех штатов, где установлена более легкая процедура пересмотра конституций, следуют прецедентам, поскольку они знают, что их решения могут быть отменены.<sup>17</sup>

Однако основная особенность толкования заключена в том результате, который это толкование производит.

**Результат толкования: конституция конституции.** Если принять известное высказывание Ганса Кельзена, согласно которому норма есть не что иное, как значение акта человеческого действия, и если деятельность органа толкования состоит в определении значения некоего высказывания, то именно данный орган определяет норму, которая, как считается, содержится в том тексте, который он истолковывает. Толкователь закона — это законодатель, а толкователь конституции — это учредительный конституционный орган.

Если вернуться к примеру с постановлениями правительства, то хорошо видно, что в том смысле, который придается ст. 13 Конституции Франции, в этой статье закреплена либо норма, согласно которой Президент вправе отказать в подписи на постановлениях, принятых Советом Министров, либо же, наоборот, норма, которая обязывает Президента подписывать все такие постановления.

Таким образом, толкование приводит к созданию конституционных норм, придавая тому или иному конституционному положению значение, согласно которому определенное поведение является обязательным. В то же время толкование не только придает рассматриваемому положению значение носителя нормы, но и делает само это положение конституционной *нормой*, независимо от того, известно ли ее точное содержание.

Честно говоря, формула «орган толкования конституции» вводит в заблуждение, поскольку предполагает, что конституция существует до акта толкования. Таким образом, данная формула связана с такой концепцией толкования, которая не ограничивается собственно толкованием права. Независимо от того, придерживаемся ли мы когнитивной или волевой теории толкования, считается, что можно истолковывать только уже существующий объект. Иными словами, до того как приступить к истолкованию

---

<sup>17</sup> См. особое мнение судьи Брандейса по делу: *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.* 285 U. S. 393 (1932). — Судья О'Коннор высказалась в том же смысле по решению по делу: *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* (91–744), 505 U. S. 833 (1992). — См. также: *Baron C. L'interpretazione costituzionale negli Stati americani // Analisi e diritto: Ricerche di giurisprudenza analitica / a cura di P. Comanducci, R. Guastini.* Torino, 1996. P. 127.

литературного произведения, картины или конституции, до того как толкователь раскроет их содержание или придаст им некое содержание, это литературное произведение, картина или конституция уже должны существовать. Однако еще со времен Марселя Дюшампа<sup>18</sup> известно, что одну и ту же вещь можно истолковать либо как колесо от велосипеда, либо как произведение искусства. Если акт толкования создает некое произведение искусства, то акт толкования создает и конституцию.

Прежде всего, толкование заключается в определении того, что входит в конституцию. Конституционный Совет Франции дал превосходный пример подобного конструирования конституции, когда в 1971 г. решил, что преамбула и те документы, на которые она ссылается, являются частью «основ конституционного строя», т. е. представляют собой часть конституции, служат ее неотъемлемым элементом, иными словами — они образуют конституцию. Перед утверждением значения Декларации прав и свобод человека и перед тем как определять, какое поведение устанавливает эта Декларация, необходимо было решить, что она вообще содержит в себе правовые нормы и что эти нормы являются конституционными. И лишь во вторую очередь решался вопрос о том, каким значением обладают входящие в Декларацию высказывания.

Несомненно, можно предположить, что конституционное толкование не имеет в этом отношении никаких особенностей, поскольку толкующие право органы сами могут решить, что некое конкретное высказывание имеет характер закона либо что некое неписаное правило должно применяться в качестве закона. Именно таким образом поступают судьи с обычаем или с общими принципами права.

Однако специфика конституционного толкования заключается в том, что оно не ограничивается определением объема понятия «конституция», поскольку заранее известно, что конституция обладает верховенством по отношению к обычным законам. Речь идет о том, что конституция определяет себя саму как действующую норму, которая верховенствует над всеми остальными нормами, и определяет, в чем состоит такое верховенство. Иными словами, конституция конструирует иерархическое отношение между самой собой и другими нормами.

Решение Верховного Суда США по делу *Мэрбери против Мэдисона* представляет собой отличный пример такого конструирования — это следует из аргументов, умело сформулированных судьей Маршаллом. По его словам, конституция всегда выступает вышестоящей по отношению к закону. Доказательством такого верховенства является то, что конституция не может быть пересмотрена путем издания обычного закона — пересмотр конституции осуществляется через специальную процедуру. Отсюда следует, что противоречащий конституции закон ничтожен.

Такое рассуждение оказывается софизмом. Порок здесь, очевидно, заключен в определении «вышестоящего». Действительно, данное слово может быть определено совершенно по-разному. Чтобы упростить задачу, выделим здесь два смысла: норма *A* считается «вышестоящей» по отношению к норме *B*, если:

- (1) норма *A* устанавливает, как должна быть создана норма *B*;
- (2) норма *B* будет ничтожной (оспоримой) в случае противоречия норме *A*.

<sup>18</sup> Другой вариант транслитерации фамилии этого французского художника — Марсель Дюшан. — *Прим. пер.*

Если конституция является вышестоящей по отношению к закону в смысле (1), то нет никаких оснований выводиться отсюда, что конституция будет также вышестоящей и в смысле (2). Как известно, существует множество конституций, которые не устанавливают никакого конституционного контроля и которые, таким образом, обладают верховенством по отношению к законам только в смысле (1), но не являются вышестоящими в смысле (2).

В то же время, если понимать верховенство конституции в смысле (2), то рассуждение просто обратится в тавтологию: мы придем к тому, что противоречащий конституции закон ничтожен и поэтому закон, противоречащий конституции, ничтожен.

Решение по делу *Мэрбери против Мэдисона* явным образом использует термин «верховенство конституции» в обоих смыслах: конституция является вышестоящей по отношению к закону как в смысле (1), так и в смысле (2). Однако с учетом того, что многие позитивные правовые системы обходятся без конституционного контроля законов, такое использование совершенно не является необходимым. Верховенство конституции было не констатировано, а создано Маршаллом. Такое верховенство является результатом принятого этим судьей решения, поскольку после вынесения данного решения Верховным Судом в США фактически развился институт конституционного контроля, а конституция фактически стала верховенствовать в смысле (2). Иными словами, суд не основывался на некой изначально заданной высшей силе конституции при обосновании своего решения — само это решение установило высшую юридическую силу конституции.

Еще более смелыми оказываются рассуждения Барака, судьи Верховного Суда Израиля, по слушавшемуся в 1995 г. делу банка *Mizrahi* против поселения *Migdal*.<sup>19</sup> Судья Барак пришел к выводу о том, что хотя в Израиле и нет формальной писаной конституции, но некоторые принятые парламентом законы имеют значение конституции и могут служить основой для конституционного контроля.<sup>20</sup> Если, следуя этой логике, мы будем понимать под конституцией норму, которая связывает все властные органы, то создал такую конституцию именно орган толкования. Иерархия норм не является основой для конституционного контроля законов — такая иерархия выступает результатом этого контроля.

До настоящего момента мы рассуждали о примерах из судебной практики. Но и неюрисдикционные органы действуют так же: решая, что либо нечто имеет значение конституционной нормы (предшествовавшая практика, дух институтов), либо такого значения в рассматриваемом случае нет.

Таким образом, орган толкования не ограничивается установлением значения некоего уже существующего объекта — он создает этот объект. Перед определением того, какие именно поведенческие акты предписаны

<sup>19</sup> Особо длинные выдержки из данного решения приведены в следующей работе: *Dorsen N., Rosenfeld M., Sajo A., Baer S.* Comparative Constitutionalism. Cases and Materials. St. Paul, 2003.

<sup>20</sup> Более детальное рассмотрение этого вопроса см.: *Troper M.* Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnel // *Marbury v. Madison 1803–2003* / ed. E. Zoller. Paris, 2003. P. 215 (ср. перевод в настоящем издании. — Прим. пер.); *Brunet P.* Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelles // *Grewe C., Jouanjan O., Maulin E. Wachsman P.* La notion de justice constitutionnelle. Paris, 2005. P. 115 ff.

конституционной нормой, данный орган должен решить, что нечто — некий текст, собрание текстов, поведенческие практики — имеет значение норм и что эти нормы расположены на том или ином уровне иерархии. Так, орган толкования может прийти до создания сверхконституционных норм, если он решит (как это сделал Верховный Суд Индии) осуществлять контроль за законами, регулирующими процедуру пересмотра конституции.

Однако является ли отличительной чертой конституционного толкования способность создавать конституционную норму и моделировать иерархию норм? Можно легко увидеть, что любой надзирающий орган нуждается в обозначении некоей отсылочной нормы, для того чтобы утверждать либо то, что некая повторяющаяся практика обретает значение обычая для определенной ситуации, либо то, что ранее выраженные нормы (множество норм) обозначают некий общий принцип или указывают на него. Именно такого рода рассуждений придерживается Государственный Совет в вопросах общих принципов права или Конституционный Совет в вопросах основополагающих принципов, выраженных в законах Республики Франция.

Тем не менее между конституционным толкованием и всеми иными видами толкования права есть различие по пределам действия. Так, созданная в рамках конституционного толкования иерархия норм уже не подлежит изменению. Если Государственный Совет вырабатывает такие правовые принципы, которые не нравятся законодателю, то последний с согласия Конституционного Совета может запретить судьям применять эти принципы или делать изъятия при их применении. В то же время очевидно абсурдным будет запрет судьям со стороны законодателя применять законы, например, осуществляя контроль за законностью административных актов или проверяя юридическую действительность гражданско-правовых договоров. Законодатель не может запретить подчиняться его же собственным указаниям, а обычный судья не сможет следовать такому закону, иначе как нарушая его.

Вместе с тем такого перформативного противоречия нет в ситуации, когда поправка к конституции запрещает судам осуществлять контроль за действительностью законов. Здесь предписание не будет отрицать свою собственную силу. Поэтому суды, соблюдая такой запрет, не будут при этом ничего нарушать. Если некая поправка к Конституции США запретит судам отказывать в применении принятых Конгрессом законов, такая поправка будет для них обязательной по причине принципа нормативной иерархии.

После того как конституция сконструирована, она остается на вершине иерархии, несмотря на любые изменения в ее содержании.