ЭВОЛЮЦИЯ ОРИГИНАЛИСТСКОЙ ТЕОРИИ ТОЛКОВАНИЯ КОНСТИТУЦИИ В СОВРЕМЕННОЙ НАУКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА США

ИСМАИЛОВ Ровшан Рагим оглы, судья Конституционного суда Азербайджанской Республики, кандидат юридических наук

AZ1005, Азербайджанская Республика, г. Баку, пл. Молодежи, 1

E-mail: rovshan_ismayilov@constcourt.gov.az

В статье на основе последовательного анализа идей, взглядов и концепций в рамках как старого, так и нового оригинализма исследуются основные этапы развития современной оригиналистской теории толкования Конституции США, рассматриваются попытки примирения оригинализма с доктриной «живой конституции».

Старый оригинализм претендовал на роль теории, способной обеспечить претворение в жизнь в конституционном судопроизводстве доктрины судебной сдержанности, выражаемой в ограничении судебного усмотрения и в проявлении судебного уважения к выбору законодателя посредством выявления намерений лиц, участвовавших в разработке конституционных положений. Старый оригинализм являлся попыткой теоретически обосновать необходимость отхода от либерального судебного активизма «Суда Уоррена», призывая судей Верховного суда США признавать законы неконституционными только в самых крайних случаях.

Новый оригинализм, представленный такими учеными, как Дж. Болкин, Л. Салум, К. Уиттингтон, складывается из двух основных составляющих — доктрины первоначального общественного значения и проведения различия между понятиями «толкование» и «конструирование». Новый оригинализм значительно отличается от старого ввиду его ориентированности в намного меньшей степени на критику «Суда Уоррена», значительно меньшей приверженности доктрине судебной сдержанности, изменения отношения к месту в конституционном толковании судебного уважения к выбору политических ветвей власти. Новый оригинализм характеризуется как научно более обоснованная и действенная теория толкования конституции, допускающая применение неоригиналистских методов толкования. Несмотря на это, новый оригинализм остается в пределах отличительных свойств оригинализма исходя из идеи неизменности значения конституции с момента ее принятия.

Ключевые слова: толкование Конституции США, оригинализм, старый оригинализм, новый оригинализм, судебная сдержанность, судебный активизм.

EVOLUTION OF THE ORIGINALIST THEORY OF THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION IN THE MODERN SCIENCE OF CONSTITUTIONAL LAW OF THE USA

R. R. ISMAILOV, judge of the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan, candidate of legal sciences

1, Gencler Meydani, Baku, Republic of Azerbaijan, AZ1005

E-mail: rovshan_ismayilov@constcourt.gov.az

In the article, on the basis of a consistent analysis of ideas, views and concepts within the framework of both the “old” and “new” originalism, the main stages of the development of the modern originalist theory of the interpretation of the US Constitution are examined, attempts to reconcile originalism with the doctrine of “living constitution” are considered.

The old originalism claimed the role of a theory capable of ensuring the implementation of the doctrine of judicial restraint in the framework of constitutional legal proceedings, expressed in limiting judicial discretion and in showing judicial deference for the choice of the legislator by identifying the intentions of persons who participated in the drafting of constitutional provisions.

The new originalism is represented by such scientists as J. Balkin, L. Solum, K. Whittington consists of two main components — the doctrine of the original public meaning originalism and the distinction between the concepts of “interpretation” and “construction”. The new originalism is significantly different from the old one because of its much less focus on criticism of the Warren Court, a much less adherence to the doctrine of judicial restraint, a change in attitude towards the place in the constitutional interpretation of judicial deference to the choice of political branches of power. The new originalism is characterized as a scientifically more substantiated and valid theory of the interpretation of the constitution, allowing the use of non-originalist methods of interpretation. Despite this, the new originalism remains within the distinctive properties of originalism, proceeding from the idea of the invariability of the meaning of the constitution from the moment it was adopted.

Keywords: interpretation of the Constitution of the USA, originalism, old originalism, new originalism, judicial restraint, judicial activism.

DOI: 10.12737/art.2018.3.10

В юридической научной литературе, издаваемой в странах бывшего СССР, публикации, в той или иной мере посвященные оригиналистскому методу толкования Конституции США (далее — Конституция), встречаются достаточно редко, а имеющиеся носят, как правило, фрагментарный характер, не отражают процесс развития теории оригинализма и практически не исследуют формы оригинализма, появившиеся в науке конституционного права США за последние два десятилетия и объединяемые под общим условным названием нового оригинализма.

Для оригинализма характерны следующие основополагающие постулаты:

1) значение Конституции (именуемое первоначальным) остается фиксированным, а значит, неизменным с момента ее принятия;

2) этим не исключается возможность внесения изменений в Конституцию в соответствии с процедурой, предусмотренной основным законом;

3) первоначальное значение Конституции играет решающую роль при ее толковании.

Оригинализм не только является одним из наиболее старых методов толкования Конституции¹, но и несмотря на смерть А. Скалиа, наиболее известного оригиналиста в Верховном суде США, по-прежнему имеет много сторонников среди судей высшего судебного органа этой страны, в том числе тех, которых нельзя причислить к числу консервативных юристов². Однако целью настоящей публикации является исследование не «судебного», а «научного» оригинализма, того, как он развивался в последние несколько десятилетий. Поэтому в данной статье будут рассматриваться мнения различных авторов (в том числе судей), выраженные в научных публикациях, а не в судебных решениях. Признавая особую важность судебных решений для исследования сути того или иного метода толкования Конституции, следует отметить в то же время, что сравнительно свободный формат научных публикаций позволяет их авторам более полно и развернуто раскрыть содержание своего видения оригинализма.

Как ни покажется странным, оригиналисты обаяны названием своей теории одному из наиболее известных ее противников — П. Бресту, который в 1980 г., подвергнув серьезной критике начавшуюся оформляться к тому времени одну из первых версий

оригинализма, ввел в научный оборот понятия «оригинализм» и «оригиналист»⁴. Следует отметить, что, хотя в научных публикациях использовались схожие и родственные понятия задолго⁵ до опубликования работы П. Бреста, до 1980 г. никто не оперировал понятиями, предложенными этим автором.

Его статья была антитезой на целый ряд публикаций о необходимости следования оригиналистскому методу толкования Конституции. Следует отметить, что в 1960-е гг. в академической юридической литературе США доминировали сторонники идеи «живой конституции» и связанного с ней судебного активизма. Интерес ученых к оригинализму был минимален⁶, а сам он, по утверждению некоторых авторов, был практически мертв⁷.

Возрождение интереса к оригинализму связано с именем профессора Р. Борка (номинарованного в 1988 г. на пост судьи Верховного суда США президентом Р. Рейганом), который в 1971 г., подвергнув резкой критике судебный активизм, проявленный в решениях Верховного суда в период председательства Э. Уоррена в 1950—1960 гг., указал, что судьи при толковании Конституции должны быть связаны первоначальными намерениями «отцов-основателей». Нарушение данного принципа позволяет судьям, игнорируя Конституцию, а значит, и волю законных представителей американского народа («отцов-основателей»), свободно выбирать ценности, на которых основаны решения по конституционным делам. Поэтому толкование, не основанное на первоначальных намерениях, является нелегитимным⁸. Данный подход именуется в научной литературе оригинализмом первоначальных намерений.

Аргументация Р. Борка была поддержана и развития другими консервативными юристами. В частности, судья Верховного суда (с 1986 г. председатель) У. Ренквист, выразив свое негативное отношение к концепции «живая конституция», поддержал идеи оригинализма, призвав для уяснения первоначального значения Конституции обращаться к мнениям, выраженным участниками Филадельфийского конвента⁹. Профессор Р. Бергер в монографии, опубликованной в 1977 г.,

⁴ См.: *Brest P.* The Misguided Quest for the Original Understanding // *Boston University Law Review*. 1980. Vol. 60.

⁵ См.: *Borchard E.* The Supreme Court and Private Rights // *Yale Law Journal*. 1938. Vol. 47. P. 1063; *Graham H.* The “Conspiracy Theory” of the Fourteenth Amendment // *Yale Law Journal*. 1938. Vol. 48. P. 171.

⁶ См.: *Kesavan V., Paulsen M.* The Interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History // *Georgetown Law Journal*. 2003. Vol. 91. P. 1137—1159.

⁷ См.: *Barnett R.* An Originalism for Nonoriginalists // *Loyola Law Review*. 1999. Vol. 45. P. 611.

⁸ См.: *Bork R.* Neutral Principles and Some First Amendment Problems // *Indiana Law Journal*. 1971. Vol. 47.

⁹ См.: *Rehnquist W.* Notion of a Living Constitution // *Texas Law Review*. 1976. Vol. 54. P. 699.

¹ Проявление метода оригинализма можно отследить, например, в известном решении Верховного суда по делу *Marbury v. Madison* (1803 г.).

² В частности, судья Е. Кейган, известная своими либеральными взглядами, на Сенатских слушаниях по поводу ее назначения в Верховный суд отметила, что «в настоящее время мы все — оригиналисты».

³ Термины позаимствованы у Дж. Болкина. См.: *Balkin J.* Why Are Americans Originalist? // *Law, Society and Community* / eds. by *D. Schiff, R. Nobles*. Burlington; Vermont, 2014. P. 319.

утверждал, что результаты толкования Верховным судом XIV поправки к Конституции не соответствуют первоначальным намерениям авторов поправки¹⁰.

В целом оригинализм первоначальных намерений, именуемый также старым оригинализмом, или интенционализмом¹¹, рассматривался как механизм претворения в жизнь в рамках конституционного судопроизводства доктрины судебной сдержанности (*judicial restraint*), выражаемой в ограничении судебного усмотрения (*judicial discretion*) и проявлении судебного уважения к выбору законодателя (*judicial deference*) посредством выявления намерений лиц, участвовавших в разработке конституционных положений. Неприятие результатов применения доктрины судебного активизма Верховным судом подвигла Р. Борка и его сторонников предусмотреть концепцию, требующую от судей при разрешении конституционных дел исходить из понимания Конституции, придаваемого ее авторами (лицами, ее разработавшими). Отход от оригиналистского понимания Конституции в пользу ее современной судебной интерпретации, т. е. «живой конституции», означал, по мнению оригиналистов, фактическое наличие у Верховного суда права изменять Конституцию¹². Связанность же Суда первоначальными мнениями гарантировала невозможность принятия решений, подобных тем, которые были приняты «Судом Уоррена», т. е. основанных на личных моральных убеждениях судей, а не на действительном значении Конституции¹³. Судьи не вправе разрешать социальные проблемы лишь на том основании, что иные ветви власти не смогли или отказались сделать это¹⁴. Наиболее радикальным в этом ряду выглядит предложение пересмотреть те прецеденты, которые не соответствуют первоначальным намерениям¹⁵. Справедливости ради следует признать, что не все оригиналисты поддержали последнее мнение¹⁶.

Таким образом, оригинализм первоначальных намерений претендовал на роль теории¹⁷, способной обеспечить ограничение судебного усмотрения и

следование судьями принципам демократии и верховенства закона. Будучи «реактивным» по своей сути, оригинализм этого периода являлся попыткой теоретически обосновать необходимость отхода от либерального судебного активизма «Суда Уоррена» и призывал судей Верховного суда признавать законы неконституционными только в самых крайних случаях.

Несмотря на свою кажущуюся привлекательность, старый оригинализм был подвергнут вполне обоснованной критике¹⁸. Так, отмечались трудности, связанные с идентификацией первоначальных намерений ввиду того, что намерения «отцов-основателей» по целому ряду конституционных положений были двусмысленными и неопределенными. Критиками выражался скептицизм ввиду существования проблем методологического и практического характера по установлению содержания институционального намерения органа, состоящего из многих лиц, придерживающихся различных, зачастую противоположных взглядов по многим вопросам конституционного регулирования (так называемая проблема суммирования). Кроме того, указывались сложности, связанные с применением принципа демократизма — в разработке и принятии Конституции не участвовало подавляющее большинство населения США (в том числе женщины и рабы) и с проблемой «dead hand» («тяжелого наследия») — предполагающей подчинение современного поколения намерениям лиц, умерших много лет назад.

Особо интересно предположение Дж. Пауэлла, что ожиданием «отцов-основателей» относительно толкования Конституции было ее истолкование не на основе первоначальных намерений авторов Конституции, а согласно содержанию ее текста, и следовательно, оригинализм как теория толкования Конституции обречен на провал¹⁹.

Примерно в указанное время некоторые оригиналисты²⁰ предложили при толковании Конституции исходить не из намерений «отцов-основателей», а из первоначального понимания Конституции лицами, участвовавшими в утверждении текста Конституции или поправок к ней (соответственно, конвенты и легислатуры штатов). Такой подход основан на идее народного суверенитета и предполагает, что лица, участвующие в утверждении текста Конституции, а отнюдь не «отцы-основатели» являются выразителями политической воли народа США. Вместе с тем мно-

¹⁰ См.: *Berger R.* Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment. Cambridge, 1977. P. 366.

¹¹ См.: *Michaels W.* A Defense of Old Originalism // *Western New England Law Review*. 2009. Vol. 31. P. 21.

¹² См.: *Berger R.* Op. cit. P. 408.

¹³ См.: *Bork R.* The Constitution, Original Intent, and Economic Rights // *San Diego Law Review*. 1986. Vol. 23. P. 826.

¹⁴ См.: *Rehnquist W.* Op. cit. P. 695.

¹⁵ См.: *Bork R.* Neutral Principles and Some First Amendment Problems. P. 11.

¹⁶ Р. Бергер в частности указал, что такая практика может привести к «нежелательным последствиям». См.: *Berger R.* Op. cit. P. 412.

¹⁷ Л. Салум, именуя совокупность воззрений старых оригиналистов протооригинализмом, указывает на их недостаточную зрелость, скорее тенденцию, а не полноценную теорию конституционного права. См.: *Solum L.* The Fixation Thesis: the

Role of Historical Fact in Original Meaning // *Notre Dame Law Review*. 2015. Vol. 91. P. 3—4.

¹⁸ См.: *Brest P.* Op. cit.; *Powell H.* The Original Understanding of Original Intent // *Harvard Law Review*. 1985. Vol. 98. P. 885; *Dworkin R.* The Forum of Principle // *New York University Law Review*. 1981. Vol. 56. P. 469.

¹⁹ См.: *Powell J.* Op. cit. P. 903.

²⁰ См.: *Monaghan H.* Our Perfect Constitution // *New York University Law Review*. 1981. Vol. 56. P. 353.

гие проблемы, указанные критиками оригинализма, остались непреодоленными. Однако данное своеобразное ответвление старого оригинализма, по мнению некоторых авторов, не только было направлено на ослабление влияния истории в конституционном толковании, но и стало попыткой преодолеть «субъективизм», присущий концепции первоначальных намерений, ибо определяющим в толковании Конституции становятся уже не субъективные намерения «отцов-основателей», а понимание текста Конституции лицами, ее утвердившими²¹.

Более успешным в плане преодоления критики старого оригинализма стало обращение оригиналистов к новому понятию — «первоначальное общественное значение». Его суть сводится к тому, что решающая роль в толковании Конституции отводится пониманию конституционного текста на момент его принятия. Хотя авторство формулировки понятия справедливо приписывается Г. Лоусену, общепризнано, что в его появлении решающая роль принадлежит судье А. Скалиа.

Выступая в 1986 г., незадолго до своего назначения в Верховный суд США, перед сотрудниками Юрисконсультской службы Министерства юстиции США²², А. Скалиа призвал юрисконсультов «сменить ярлык», отказавшись от доктрины первоначальных намерений в пользу доктрины первоначального значения. Идея была поддержана большинством ученых-оригиналистов²³. По мнению некоторых авторов, предложение А. Скалиа было, по сути, первым серьезным вкладом в действенную, более обоснованную и устойчивую к критике противников теорию оригинализма. В частности, была существенно минимизирована критика, связанная с «проблемой суммирования» и вопросами, сформулированными Дж. Пауэллом.

По мнению А. Скалиа, следование первоначальным намерениям в конституционном толковании может привести к результатам, несовместимым с верховенством права. Он указывает, что правление на основе невыраженного в тексте закона намерения сродни тирании. Правит закон, а не намерения законодателя. При этом он говорит о необходимости следования «объективированному намерению» законодателя, намерению, которое разумное лицо может уяснить из нормы пра-

ва²⁴. Эти личные, субъективные и зачастую публично не выраженные²⁵ первоначальные намерения были фактически противопоставлены объективному значению всеобщего доступного текста Конституции.

Такой подход к толкованию Конституции, названный Г. Лоусеном оригиналистским текстуализмом, определялся данным автором как метод уяснения неизменного общепринятого общественного значения конституционного положения, существующего на момент его принятия и понимаемого с учетом лингвистического, структурного и исторического контекста соответствующей конституционной нормы²⁶. Указанный автор в дальнейшем уточнял, что оригинализм не предполагает уяснение конкретного исторического понимания Конституции определенными лицами, а является гипотетическим исследованием, которое отвечает на вопрос, как полностью осведомленное лицо, знающее все, что необходимо знать о Конституции и окружающем мире, понимает ее конкретное положение²⁷. Эти определения вобрали в себя три основных начала оригинализма первоначального общественного значения: текстуализм, отрицание интенционализма, неизменность значения конституционных положений с момента их принятия.

Переход от первоначальных намерений к доктрине первоначального общественного значения стал предпосылкой формирования так называемого нового оригинализма. Его второй важной составляющей, помимо указанной выше доктрины, являлось различие между понятиями «толкование» (interpretation) и «конструирование» (construction), проводимое некоторыми сторонниками доктрины первоначального общественного значения. Справедливо считая, что обращение к первоначальному общественному значению при толковании абстрактных положений конституции зачастую оказывается недостаточным для разрешения конституционных споров, некоторые оригиналисты предложили решать данную проблему посредством проведения различия между двумя указанными выше стадиями процесса по рассмотрению конституционного дела.

Впервые данное предложение было выдвинуто профессором политологии К. Уиттингтоном, который в двух своих монографиях²⁸ попытался обосновать не-

²¹ См.: *Kesavan V., Paulsen M.* Op. cit. P. 1138.

²² Одной из основных функций Юрисконсультской службы является составление «мнений Генерального атторнея США». См.: *Власихин В. А.* Основные черты правовой системы США // Россия и Америка в XXI веке. 2007. № 3. URL: www.rusus.ru/?act=red&id=62.

²³ Р. Кей является одним из немногих последовательных критиков данного подхода. См.: *Kay R.* Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses // *Northwestern University Law Review*. 1988. Vol. 82. P. 226.

²⁴ См.: *Scalia A.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton, 1997. P. 17.

²⁵ Документы Филадельфийского конвента были опубликованы, став достоянием общественности, спустя много лет после принятия Конституции. См.: *The Records of the Federal Convention of 1787*. New Haven, 1911.

²⁶ См.: *Lawson G.* Proving the Law // *Northwestern University Law Review*. 1992. Vol. 86. P. 875.

²⁷ См.: *Lawson G.* Delegation and Original Meaning // *Virginia Law Review*. 2002. Vol. 88. P. 398.

²⁸ См.: *Whittington K.* Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning. Cambridge, 1999;

обходимость проведения различия между толкованием и конструированием. По его мнению, толкование позволяет определить значение текста Конституции, конструирование же необходимо для принятия решения по конституционному вопросу, в ситуациях, когда усилия по установлению первоначального значения текста в целях выявления единственного возможного ответа на конституционный вопрос оказались тщетны. Изначально автор считал, что на суды возложена обязанность по толкованию, и соответственно, они не должны быть вовлечены в конструирование, которое является уделом исключительно политических ветвей власти. Впоследствии он несколько модифицировал данное мнение, указав, что суды могут участвовать в конструировании, однако это возможно, поскольку иные ветви власти осознанно воздержались от решения конституционного вопроса²⁹.

Л. Салум по указанному аспекту высказывает иную позицию, считая, что конструирование может быть политическим, судебным и даже частным, т. е. осуществленным физическими и юридическими лицами³⁰. Конституционное толкование определяется им как деятельность по уяснению коммуникативного содержания (лингвистического значения) Конституции, распадающегося на два компонента: семантический и контекстуальный. Последний, в соответствии с доктриной первоначального общественного значения, складывается из релевантной информации, доступной общественности на момент принятия соответствующего конституционного положения. Конституционным конструированием же определяется содержание конституционной доктрины, применением которой разрешается конкретный конституционный вопрос³¹.

Обосновывая необходимость проведения различия между этими понятиями, Л. Салум ссылается на предложенный Г. Л. А. Хартом дуализм «ядра определенности» и «полутени сомнений», придающий всем нормам пограничную зону неясности или «открытой структуры»³². Л. Салум считает, что установить содержание неясных, абстрактно выраженных конституционных положений толкованием представляется невозможным. В результате конституционное дело перемещается в так называемую зону конструкции, в которой и возможно его разрешение. При этом отмечается, что оригинализм «не имеет собственной теории конституционного конструирования», но «ори-

гиналистам... следует согласиться, что конституционное конструирование включает различные методы — цель, структура, прецедент и т. п.»³³.

Последний тезис сближает новый оригинализм Л. Салума с взглядами таких «живых конституционалистов», как Ф. Боббит³⁴ и С. Гриффин³⁵, указывающих на плюральность (множественность) методов толкования Конституции. Так, Ф. Боббит упоминает исторический, текстуальный, структурный, доктринальный (прецедентный), этический и пруденциальный методы. При этом все методы для Ф. Боббита равнозначны и между ними нет какой-либо иерархии.

Однако модель, предложенная Л. Салумом, является оригиналистской, ибо, в отличие от указанных авторов, содержание конституционной доктрины и решение конституционного дела должны соответствовать первоначальному общественному значению текста Конституции, выявляемому толкованием. Обращение к неоригиналистским методам (например, доктринальному и пруденциальному) допустимо, поскольку это не приведет к противоречию с коммуникативным содержанием Конституции.

В то же время Л. Салум, в отличие от старых оригиналистов, считает вполне приемлемым, а в некоторых обстоятельствах необходимым, проявление судами судебного активизма. Обосновывается это противопоставлением категорий «судебная сдержанность» (*judicial restraint*) и «конституционное ограничение» (*constitutional constraint*)³⁶. В первом случае речь идет исключительно о судебном органе, который в соответствии с идеей *judicial deference* «сдерживает» себя, не признавая решения органов законодательной или исполнительной властей неконституционными. Вторая категория распространяется на все ветви власти и определяет, насколько их действия являются «ограниченными», т. е. отвечающими требованиям текста Конституции³⁷.

Фактически речь здесь идет о противопоставлении различных ценностей, лежащих в основе данных категорий — демократизма и теории конституционных пределов правления большинства соответственно. Л. Салум считает, что при нарушении этих пределов политическими ветвями необходимость следования первоначальному значению Конституции предписывает проявление активизма и отмену несоответствующих этому значению актов.

Whittington K. Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review. Lawrence, 1999.

²⁹ См.: Whittington K. Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History. Princeton, 2007. P. 66—68.

³⁰ См.: Solum L. The Interpretation-Construction Distinction // Constitutional Commentary. 2010. Vol. 27. P. 103—104.

³¹ См.: Solum L. Originalism and Constitutional Construction // Fordham Law Review. 2013. Vol. 82. P. 457.

³² Харп Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007. С. 127.

³³ Solum L. We Are all Originalists Now // Constitutional Originalism: a Debate. Ithaca, 2011. P. 60.

³⁴ См.: Bobbitt P. Constitutional Fate: Theory of the Constitution. N. Y., 1982.

³⁵ См.: Griffin S. Pluralism in Constitutional Interpretation // Texas Law Review. 1994. Vol. 72. P. 1753.

³⁶ См.: Solum L. Originalism and Constitutional Construction. P. 525.

³⁷ См.: Solum L. The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice. URL: <https://ssrn.com/abstract=2940215>.

Некоторые оригиналисты не поддержали идею о существовании различия между толкованием и конструированием. К их числу относятся как старые оригиналисты³⁸, так и некоторые сторонники доктрины первоначального общественного значения. Последние предлагают альтернативные способы разрешения проблемы абстрактности конституционных положений.

Так, Дж. Макгинис и М. Раппапорт считают, что двусмысленность и неясность текста могут и должны устраняться методами толкования, применяемыми судьями и юристами в период, когда принималось соответствующее конституционное положение. Применение конструирования ими оспаривается, ибо является практикой, способствующей разрешению дел судьями на основе их личных моральных убеждений³⁹. Данный подход к толкованию получил название «оригинализм первоначальных методов».

По мнению Г. Лоусона⁴⁰ и М. Поулсена⁴¹, конституционное толкование предполагает наличие конституционных правил, действующих по умолчанию. Для указанных авторов таким правилом является проявление судебного уважения к выбору законодателя при невозможности разрешить конституционные споры на основе значения, выводимого из текста нормы.

Предложение К. Уитингтона привлекло в ряды оригиналистов неконсервативных юристов (например, Р. Барнета и Дж. Болкина, стоящих на позициях либертарианства и прогрессивизма соответственно) и стало предпосылкой для определенного сближения точек зрения некоторых оригиналистов с позициями «живых конституционалистов».

Особого внимания в связи с этим заслуживает мнение Дж. Болкина⁴², утверждающего, что лучшая версия оригинализма, именуемая им рамочным оригинализмом (*framework originalism*), вполне совместима с «живым конституционализмом». Указанный автор, как и Л. Салум, исходит из разграничения толкования и конструирования, а также наличия в Конституции неясных и абстрактных положений. Толкованием устанавливается значение текста, конструированием применяется текст посредством судебных доктрин, законов, созданных институтов (например, Федеральный резервный банк).

По мнению Дж. Болкина, рамочный оригинализм является оригиналистской теорией, так как основан на идее неизменности основополагающей конституционной рамки, которая складывается из первоначального семантического значения текста и осуществленного лицами, принявшими Конституцию, выбора совокупности конституционных правил, стандартов и принципов. В Конституции содержатся как ясные правила (конституционное положение о том, что у каждого штата по два представителя в Сенате), так и неясные стандарты (требования IV поправки о запрете на необоснованные обыски и аресты) и абстрактные принципы (гарантированная I поправкой свобода слова). Выбор набора правил, стандартов и принципов в Конституции осуществлен лицами, ее принявшими, осознанно и раскрывает причины их соответствующего предпочтения. Регламентация того или иного вопроса правилом предполагает стремление конституционного законодателя ограничить усмотрение толкователя, посредством регулирования стандартами и принципами проявляется их желание очертить контуры будущих решений по конституционным делам, их непосредственное разрешение же делегировано последующим поколениям.

Верность (*fidelity*) Конституции по Дж. Болкину предполагает следование первоначальному значению текста, т. е. совокупности правил, стандартов и принципов, предусмотренных Конституцией, что выражается в выстраивании таких конституционных конструкций, которые наилучшим образом применяют текст Конституции, ее принципы и стандарты к современным реалиям. Такой подход именуется им методом «текста и принципа», который, будучи в своей основе оригиналистским, также является методом «живой конституции», учитывая то значение, которое придается Дж. Болкиным конституционному конструированию, осуществляемому последующими поколениями и адаптируемому к современным условиям. Конституционная рамка (без применения процедуры по внесению конституционных поправок) остается неизменной, то, что выстраивается на ней, может быть изменено.

Из изложенного видно, что новый оригинализм значительно отличается от старого по следующим основным параметрам.

Во-первых, новый оригинализм ориентирован в намного меньшей степени на критику «Суда Уоррена», менее политизирован и характеризуется большим стремлением теоретически аргументировать свою обоснованность, а не нивелировать другую теорию толкования («живая конституция»). В целом следует признать, что новым оригиналистам удалось выстроить более действенную и эффективную теорию толкования, пользующуюся поддержкой многих ученых-юристов, включая и неконсервативных.

Во-вторых, новый оригинализм характеризуется значительно меньшей приверженностью доктрине

³⁸ См., например: *Kay R. Construction, Originalist Interpretation and the Complete Constitution* // *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. 2017. Vol. 19. P. 1—25.

³⁹ См.: *McGinnis J., Rappaport M. Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction* // *Northwestern University Law Review*. 2009. Vol. 103. P. 751.

⁴⁰ См.: *Lawson G. Dead Document Walking* // *Boston University Law Review*. 2012. Vol. 92. P. 1225.

⁴¹ См.: *Paulsen M. Does the Constitution Prescribe Rules for Its Own Interpretation?* // *Northwestern University Law Review*. 2009. Vol. 103. P. 857.

⁴² См.: *Balkin J. Living Originalism*. Cambridge, 2011.

судебной сдержанности. Такая трансформация произошла во многом благодаря признанию новыми оригиналистами, в отличие от старых⁴³, наличия в Конституции абстрактных положений и принципов, не имеющих четких границ применения. Это, в свою очередь, привело к признанию ими результатов толкования «Судом Уоррена» XIV поправки к Конституции, многие положения которой абстрактны, не противоречащими оригинализму⁴⁴.

Соответственно, изменилось мнение новых оригиналистов о месте в конституционном толковании

судебного уважения к выбору политических ветвей власти (judicial deference). Новый оригинализм требует от судей проявления не «благоклонности» к выбору законодателя, а обеспечения защиты основного закона посредством приверженности идее «верности» Конституции, точнее ее первоначальному общественному значению. Иначе говоря, новый оригинализм предполагает проявление судебного активизма, а судебная сдержанность в таких случаях расценивается как отказ от исполнения конституционных обязанностей.

Таким образом, новый оригинализм, существенно изменив отношение к ключевой категории старого оригинализма — судебной сдержанности, стал научно более обоснованной и действенной теорией толкования Конституции. Однако он не вышел за пределы оригинализма, так как исходит из идеи неизменности значения Конституции с момента ее принятия.

⁴³ См.: *Berger R.* Op. cit. P. 116—131.

⁴⁴ См.: *McConnell M.* The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's "Moral Reading" of the Constitution // *Fordham Law Review*. 1997. Vol. 65. P. 1286; *Balkin J.* Original Meaning and Constitutional Redemption // *Constitutional Commentary*. 2007. Vol. 24. P. 449.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Balkin J. *Living Originalism*. Cambridge, 2011.
- Balkin J. Original Meaning and Constitutional Redemption // *Constitutional Commentary*. 2007. Vol. 24.
- Balkin J. Why Are Americans Originalist? // *Law, Society and Community* / eds. by D. Schiff, R. Nobles. Burlington; Vermont, 2014.
- Barnett R. An Originalism for Nonoriginalists // *Loyola Law Review*. 1999. Vol. 45.
- Berger R. *Government by Judiciary: the Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge, 1977.
- Bobbitt P. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. N. Y., 1982.
- Borchard E. The Supreme Court and Private Rights // *Yale Law Journal*. 1938. Vol. 47.
- Bork R. Neutral Principles and Some First Amendment Problems // *Indiana Law Journal*. 1971. Vol. 47.
- Bork R. The Constitution, Original Intent, and Economic Rights // *San Diego Law Review*. 1986. Vol. 23.
- Brest P. The Misguided Quest for the Original Understanding // *Boston University Law Review*. 1980. Vol. 60.
- Dworkin R. The Forum of Principle // *New York University Law Review*. 1981. Vol. 56.
- Graham H. The "Conspiracy Theory" of the Fourteenth Amendment // *Yale Law Journal*. 1938. Vol. 48.
- Griffin S. Pluralism in Constitutional Interpretation // *Texas Law Review*. 1994. Vol. 72.
- Kay R. Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses // *Northwestern University Law Review*. 1988. Vol. 82.
- Kay R. Construction, Originalist Interpretation and the Complete Constitution // *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*. 2017. Vol. 19.
- Kesavan V., Paulsen M. The Interpretive Force of the Constitution's Secret Drafting History // *Georgetown Law Journal*. 2003. Vol. 91.
- Lawson G. Dead Document Walking // *Boston University Law Review*. 2012. Vol. 92.
- Lawson G. Delegation and Original Meaning // *Virginia Law Review*. 2002. Vol. 88.
- Lawson G. Proving the Law // *Northwestern University Law Review*. 1992. Vol. 86.
- McConnell M. The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's "Moral Reading" of the Constitution // *Fordham Law Review*. 1997. Vol. 65.
- McGinnis J., Rappaport M. Original Methods Originalism: A New Theory of Interpretation and the Case Against Construction // *Northwestern University Law Review*. 2009. Vol. 103.
- Michaels W. A Defense of Old Originalism // *Western New England Law Review*. 2009. Vol. 31.
- Monaghan H. Our Perfect Constitution // *New York University Law Review*. 1981. Vol. 56.
- Paulsen M. Does the Constitution Prescribe Rules for Its Own Interpretation? // *Northwestern University Law Review*. 2009. Vol. 103.
- Powell H. The Original Understanding of Original Intent // *Harvard Law Review*. 1985. Vol. 98.
- Rehnquist W. Notion of a Living Constitution // *Texas Law Review*. 1976. Vol. 54.
- Scalia A. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, 1997.
- Solum L. Originalism and Constitutional Construction // *Fordham Law Review*. 2013. Vol. 82.
- Solum L. The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice. URL: <https://ssrn.com/abstract=2940215>.
- Solum L. The Fixation Thesis: the Role of Historical Fact in Original Meaning // *Notre Dame Law Review*. 2015. Vol. 91.
- Solum L. The Interpretation-Construction Distinction // *Constitutional Commentary*. 2010. Vol. 27.
- Solum L. We Are all Originalists Now // *Constitutional Originalism: a Debate*. Ithaca, 2011.

Whittington K. Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning. Cambridge, 1999.

Whittington K. Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review. Lawrence, 1999.

Whittington K. Political Foundations of Judicial Supremacy: the Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History. Princeton, 2007.

Власихин В. А. Основные черты правовой системы США // Россия и Америка в XXI веке. 2007. № 3. URL: www.rusus.ru/?act=red&id=62.

Харт Г. Л. А. Понятие права. СПб., 2007.