

ОФІЦІЙНЕ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ: ПОЄДНАННЯ ОНТОЛОГІЧНОГО ТА ЕПІСТЕМОЛОГІЧНОГО ПІДХОДІВ¹



Г. ГАДЖИЄВ
*доктор юридичних наук,
суддя Конституційного Суду
Російської Федерації*

На перший погляд, тлумачення Конституції є суто юридичною проблемою. Спробуємо, однак, поглянути на неї з перспективи філософії права. На початку ХХ ст. Є. Спекторський звернувся до питання про співвідношення юриспруденції та філософії, намагаючись піднятися над першою на певну філософську височину і подивитися звідти, що являє собою юриспруденція, в чому полягають її теоретичні й практичні цілі, якими засобами вона володіє для їх вирішення і яких результатів у сфері пізнання від неї можна очікувати [1, с. 60–92]. Ще Ульпіан стверджував, що юристи звертаються до «істинної, не удаваної філософії», але роблять це інтуїтивно, часом неусвідомлено, як неусвідомлено висловлювався прозою міщанин-дворянин у Мольєра. Є. Спекторський виявив, що якою б банальною не здавалася незначна, буденна судова справа, навіть вона виявляється побудованою на засадах філософського гатунку, й притому величезної глибини [1, с. 63]. У діяльності суду, як писав Є. Спекторський, «є й етика, і метафізика, і навіть теорія пізнання, одним словом, уся філософія». З цього осяяння зовсім не випливає, що юриспруденція повинна відмовитися від юридичного світогляду, що лежить в її основі, який ми позначаємо терміном «правовий концептуалізм», від своєї методології, способів аргументації та ін. Просто стає зрозумілим, що у світлі філософії можна краще побачити увесь той простір, що являє собою предметну сферу юриспруденції. Є. Спекторський нагадує, як дюссельдорфський купець, прочитавши одну з «Критик» І. Канта, написав йому листа, в якому з гордістю повідомив свого кореспондента, що критична філосо-

¹ Переклад з російської мови. Наукове редагування С. Рабіновича.

фія не дала йому нічого нового, але привела до ладу те, що він дотепер уявляв лише невиразно.

Тлумачення Конституції, здійснюване не доктринально, а офіційно — це не банальна судова справа, а найскладніша категорія юридичних справ, а тому онтологічна й епістемологічна методології можуть привести в цій сфері до нових результатів. Чи є тлумачення Конституції лише онтологічною або також і епістемологічною проблемою? З цього питання виникла відома дискусія між О. Пферсманном і М. Тропером¹, яка привернула увагу юристів усієї Європи.

Коли офіційні органи держави здійснюють тлумачення Конституції, то який характер має їх діяльність — пізнавальний, або ж це є актом політичного волевиявлення, що жодним чином не стосується епістемології? Ось те філософське питання, яке опинилося в епіцентрі дискусії між двома знайомими французькими теоретиками конституційного права². Розв'язання цього питання має важливе практичне значення для юриспруденції, особливо для тих її розділів, які займаються теорією юридичної аргументації, і для юридичного джерелознавства. Якщо схилитися до думки, що акт офіційного (судового) тлумачення Конституції є актом (наукового) пізнання, тоді з'являється більше можливостей для розширення кола соціальних, економічних, культурологічних, соціологічних і наукових проблем, які досліджуються при цьому. Таким шляхом йдуть вищі суди у країнах загального права. Якщо ж розглядати судові тлумачення Конституції крізь призму акта волевиявлення, як це робить М. Тропер, тоді пізнавальні можливості не обмежуються простором самого лише юридичного концептуалізму. Основна теза М. Тропера — суддя здатен пізнавати тексти, але пізнаючи їх, він стикається з непереборним полісемантизмом, безліччю значень, серед яких він робить власний (автентичний) вибір. З цього погляду суддя в концепції М. Тропера у своїх пізнавальних можливостях майже нічим не обмежений, він не пов'язаний юридичними концепціями й навіть нормами законодавства, відтак при тлумаченні може брати до уваги все що завгодно, включно з економікою, культурою, соціологією. І цим шляхом йдуть вищі суди континентальної Європи. Отже, для судів країн загального права властивий екстерналістський підхід до проблеми тлумачення конституцій, тоді як для судів країн континентального права характерний інтерналістський підхід.

Послугуючись іншою термінологією, суди країн із системою загального права більш схильні до так званого судового активізму, а на континенті — до доктрини самообмеження судів у процесі тлумачення.

¹ Ця дискусія викладена у трьох наступних статтях: [2; 3; 4].

² Друга дискусія про сутність офіційного судового тлумачення виникла між Р. Гуастіні і К. Альчурроном. Див.: [5]. Ця стаття виникла внаслідок дискусії, що відбулася в червні 1995 р. під час відвідування К. Альчурроном Генуї. К. Альчуррон є прихильником «змішаної» теорії інтерпретації, згідно з якою судову інтерпретацію можна розглядати і як процес пізнання, і як офіційне волевиявлення, залежно від того, в якій категорії юридичних справ здійснюється тлумачення — у складних або простих. Р. Гуастіні більше схилився до когнітивної теорії тлумачення, яка припускає, що інтерпретація законів є пізнавальною діяльністю, різновидом емпіричних знань про текст або про значення, об'єктивний смисл цього тексту або про суб'єктивні наміри законодавця.

Зазвичай, характеризуючи російський Конституційний Суд, відзначають його активізм. Ця обставина вимагає осмислення з філософсько-правової перспективи.

Чи не є офіційне тлумачення Конституції амальгамою з добросовісної помилки й наївного лицемірства? Чи можливо, що й М. Тропер, і О. Пферсмани помиляються? Чи може акт судового тлумачення і його результат у формі правової позиції бути водночас актом волевиявлення (тобто якоюсь мірою актом волюнтаризму) і актом-результатом наукового пізнання, тобто мати доктринальну природу? Здійснена нами спроба відповісти на ці запитання і становить основний зміст цієї статті.

З точки зору російської Конституції, її офіційним тлумаченням має право займатися лише Конституційний Суд за запитом зазначених у ч. 5 ст. 125 Конституції Російської Федерації осіб. Оскільки ця діяльність здійснюється Конституційним Судом, то вона є різновидом діяльності зі здійснення правосуддя¹. Чим же відрізняється судова діяльність від діяльності законодавчої, а також пов'язаної з виконанням законів? М. Тропер звернув увагу на те, що політична діяльність законодавчих органів цілковито залежить від особистих переваг, і в цьому сенсі є діяльністю упередженою. Саме їй можна протиставити неупереджену юрисдикційну діяльність судів із справедливого, незалежного, об'єктивного здійснення правосуддя. Юристи зробили вагомий внесок в успіх цього «забобонного протиставлення своєю особливою ідеологією, а саме теорією юридичного силогізму» [6, с. 4].

Відповідно до цієї теорії, що отримала поширення з XVIII ст.², судові рішення більш об'єктивні, в них воля судді відіграє незначну роль, оскільки судові рішення як кінцевий результат актів правосуддя є результатом силогістичного умовиводу, в якому закони та інші джерела права, заздалегідь відібрані і офіційно визнані в цьому статусі, утворюють великий засновок, а фактичні обставини конкретної судової справи – малий. Прийняття судових рішень зводиться до механічної операції, в якій свободі розсуду й особистій упередженості судді місця немає. Саме це мав на увазі Ш.-Л. Монтеск'є, коли писав, що повноваження суду є деякою мірою нікчемними. Згідно з цією класичною теорією правосуддя, функція, здійснювана юрисдикційним органом, не має політичного характеру, оскільки полягає не у створенні, а лише у застосуванні заздалегідь відібраних джерел права.

Ця концепція є ядром юридичного світогляду, найважливішою частиною того, що являє собою юридичний концепт.

У правовій дійсності відбувається перетворення речового світу. Внаслідок юридичного сприйняття дійсності, формування особливого роду мислення – юридичного мислення – відбувається відображення дійсності в цьому збідненому й кривому дзеркалі. Право – це вельми спотворене дзеркальне відбиття дійсності, оскільки неминуче послуговується різного роду фікціями, символами. Правопорядок, як і моральний порядок, на думку М. Алексєєва, «сам по собі

¹ Відповідно до ч. 1 ст. 118 Конституції Російської Федерації правосуддя здійснюється лише судом.

² Про цю теорію див.: [7; 8, с. 50].

є фікцією». Основні моральні та юридичні поняття — це різновиди практичних фікцій» [9, с. 21].

Отже, юридичні поняття — це «символи», які є частиною особливого простору. Це правовий знаково-символічний концептуальний простір, який пройшов тривалий історичний шлях розвитку. У традиціях цього напрямку юриспруденції було прагнення до граничної автономізації правового концептуального простору, відгородження його від інших наукових дисциплін. Це типово концептуальна юриспруденція, за висловом Р. Іерінга, — «юриспруденція понять». Юристи створили автономний, замкнутий світ правових понять і вважали, що право може бути вільним від суб'єктивних суджень правозастосувача, оскільки правовий концептуальний простір дозволяє отримати розв'язання правової проблеми у всіх мислимих випадках за допомогою застосування об'єктивних методів (наприклад аналогія закону або права), в рамках замкнутої логічної системи юридичних норм.

Тут власне і виявляється практична значущість цих, здавалося б, гранично абстрактних онтологічних категорій. Категорії правової онтології, виявляється, володіють величезним методологічним потенціалом. Більше того — від них залежить сам тип юридичного світогляду.

В основі концептуалізму в конституційному праві міститься ідея про те, що в тексті конституцій використовуються слова, словосполучення, що виконують роль якихось символів, що викликають в освічених юристів¹ миттєві асоціації з системними юридичними ідеями, концепціями (як доктринальними, так і судовими). Такими символами (або знаками) є слова «демократія», «республіка», «правова держава», «соціальна держава», «народ» тощо. Для пояснення можна порівняти конституційний текст зі стенографією, тобто способом швидкісного письма, заснованого на застосуванні спеціальної системи знаків і скорочень слів і словосполучень, що дозволяє раціоналізувати техніку письма. Текст Конституції відрізняється стислістю, ємністю, багатозначністю — і це все способи раціоналізації техніки правозастосування цього тексту. Конституційне право, якщо мати на увазі раціональне співвідношення між текстом і доктринальними уявленнями про знаки, з яких цей текст складається, відрізняється від інших галузей права своєю стенографічністю, це стенографічне право! Звичайно, у різних «символах» у конституційному тексті різний обсяг юридичної інформації, що ховається за ними. Його можна вимірювати, використовуючи поняття «інтерпретаційний радіус символу» — норми Конституції. Відповідно, знаки, символи в тексті Конституції можна уявити як кола з різними радіусами: коло, утворене символом «правова держава» буде більшим, ніж коло символу «світська держава».

Використання символів — це складова культурної спадщини всього людства. Символи як елемент та інструмент культури є предметною сферою спеціальної сфери гуманітарного знання — культурології, в якій культура (що охоплює і правовий концепт) загалом трактується як особлива символічна реальність, що існує паралельно з реальністю життя. У «Філософії символічних форм» Е. Кассіер, представник Марбурзької школи неокантіанства, ототожнює навіть культуру людства і символічну реальність. Вплив ідей Е. Кассієра

¹ В оригіналі: «просвещенных юристов». — *Прим. наук. ред.*

можна побачити у філософії права Г. Радбруха, М. Алексєєва, у працях сучасних авторів, таких як П. Шлаг. Це ідея про образи у праві, про естетику права та ін.

Символи в культурі передбачають наявність спеціальної методології «розшифрування» того смислу, який свідомо, а іноді й несвідомо був наданий об'єкту культури. Оскільки символи у праві майже завжди є результатом свідомої творчості (що лежить в основі будь-якої культури, в тому числі й юридичної), в юриспруденції поняття «розшифрування смислу задуму» було замінено на окремий випадок такого розшифрування — на поняття витлумачення юридичних норм, хоча, по суті, це однорідні феномени.

У культурі можна виокремити три типи передачі повідомлень: прямий (коли існує однозначний зв'язок знака і його смислу), непрямий (коли знак, символ має полісемантичну форму, з фіксованим смислом, але яка не виключає вільної інтерпретації значення, смислу знака) і символічний (полісемантична форма, що має смисл тільки як заданість межі інтерпретації) [10, с. 538]. З цих трьох типів передачі інформації у сфері культури останній символічний тип має для конституційного права найбільше значення, оскільки, здавалося б, однозначна, неполісемантична форма (норма), що знаходиться в культурному контексті та особливо перебуваючи в правовому просторі, який завжди означає появу фактора часу, перетворюється на символ із практично безмежною перспективою інтерпретації.

Концептуалізм у праві — це, по суті, юридичний позитивізм, який виходить з того, що у складному, багат шаровому правовому просторі існує лише одна, а не кілька структур — і це позитивне право, яке базується на юридичних символах — поняттях, конструкціях, фікціях. Право для позитивістів — це передусім правові поняття, і найважливіші з них — об'єкт прав (річ), суб'єкт прав, праввідносини, вина, воля, джерело права, відповідальність та ін. Всі вони апіорні за своєю природою, первинні, це не результат, а інструмент науки. Правові поняття не випадково являють собою узагальнену сукупність правових явищ, а необхідні категорії юридичного мислення, які міфологізують реальну дійсність, оскільки оперують апіорними поняттями, і які мають оцінковий характер, оскільки спрямовані на впорядкування відносин між людьми за допомогою відмежування юридично істотного від юридично нейтрального. Юридичний концепт з'явився тоді, коли римські юристи створили поняття суб'єкта права — *persona*, який є юридичним символом. Це не реальна, біологічна людина, а правова істота.

Так виник юридичний концептуальний простір, який має бути визнаний одним із основних категорій онтології права.

Історично концептуальний простір конституційного права виник в епоху за доби Великої французької революції, коли філософи-енциклопедисти обговорювали, що ж таке «свобода — рівність — братерство». Ці ідеї стали загальними, коли частково трансформувалися у тоді ще провінційний колоніальний американський конституціоналізм. Американське суспільство, вільне від безлічі суспільних забобонів, породило нову різночинну політичну еліту, яка висунула ідею про спільні конституційні цінності. І вже після Другої світової війни виник єдиний для цивілізованих націй конституційно-правовий концептуальний простір. Він виник, коли був досягнутий найважливіший консенсус щодо основних

прав і свобод людини, виник загальноприйнятий погляд на те, що таке правова держава, поділ влади та ін.

Пропоноване поняття «конституційно-правовий концептуальний простір» може слугувати основою для розвитку нового напрямку в дослідженнях конституційно-правової онтології. Методологічна цінність пропонованого поняття зумовлена тим, що з його допомогою у науковий обіг впроваджується невластиве для юриспруденції *просторово-часове мислення*, яке може дати нові й несподівані результати. Використання для опису доктринальної юриспруденції такої характеристики, як знаково-символічна, має на меті розкрити той вельми важливий для онтології факт (або феномен), що в тексті Конституції використовуються слова-символи.

Як уже зазначалося, реальність — це минуле, теперішнє і майбутнє буття. Конституційно-правова реальність також повинна розглядатися як триєдність минулого — теперішнього — майбутнього. При цьому простір конституційно-правової реальності не може бути обмежений рамками однієї держави. По суті, це специфікація ідеї Г. Еллінека про те, що правознавство принизиться, якщо вмістить себе в державні межі й залишатиметься наукою самого лише національного права [11, с. 47].

Створивши правовий концептуальний простір, відокремивши його від інших гуманітарних сфер за допомогою понять права, фікцій, конструкції, юристи почали послугувуватися особливою езотеричною, одним лише їм зрозумілою, мовою. Правовий простір став стрімко віддалятися і відокремлюватися від економічного, етичного просторів. Юристи вбачали у цьому якусь особливу чесноту, вони пишалися тим, що створили світ права, відмінний від світу, створеного філософією або релігією. Але в кінці XIX ст. юристи знову повернулися до ідеї природного права. У Німеччині Р. Штаммлер [12], а в Росії Л. Петражицький та П. Новгородцев відродили «нове природне право». Юридичний позитивізм став слабшати й завдяки зусиллям школи вільного права (Жені, Салейль у Франції, Губер у Швейцарії), і школи правового реалізму в США (Холмс, Ллевеллін та ін.) Виник дух критицизму, з'явилися сумніви в тому, що, зокрема, поняття «джерело права» охоплює лише акти позитивного права. Ідею про самодостатність та автономність права піддав критиці і Р. Ієрінг [13], в якого виник сумнів в основоположній для пандектистики ідеї про те, що право є деякою об'єктивною трансцендентною реальністю, яку суддям залишається лише пізнавати і відкривати, оскільки у праві вже наперед, апіорно закладена істина. Тим самим він попереджав про крайнощі сформованого у праві концептуалізму і доктриналізму. У певному сенсі це було атакою на концепцію позитивного права. Р. Ієрінг запропонував виявити у праві його мету. Він її вбачав у раціональності права, а не в формально-логічній метафізиці юридичних понять.

По суті, пропонована нами онтологічна категорія «конституційно-правовий концептуальний простір» може мати кілька функцій. Цей простір, зокрема, демонструє, що й у сфері конституційного права юридичний позитивізм як спосіб розв'язання конституційно-правових проблем залишив помітний відбиток. Обмеженість його в конституційному праві, на нашу думку, полягає в тому, що він ґрунтується на помилковій думці, припускаючи, що конституційне право сягнуло такого високого рівня розвитку, що є самодостатнім, і з огляду на це

може розвиватися на власних підставах. Конституційне право надто сильно відривається від реального життя й починає оперувати умовними конструкціями. Суб'єкти, що реально володарюють, прикриваються умовними поняттями «народ», «народовладдя». Реальний світ підміняється світом символів. Конституціоналісти надто багато уваги приділяють знаково-символічній концептуальній реальності, а не реальності життя.

Усе викладене вище не слід розуміти як деяке негативне ставлення до концептуалізму (доктриналізму) в праві. Створений юристами світ юридичних знань, що пояснює знаки-символи в текстах конституцій, — це загальносвітове досягнення, яке засвідчує самостійність права. І саме онтологічний аналіз обґрунтовує й доводить цю самостійність. Право не може мати синкретичного характеру. Безмежна дифузія правового простору й етичного може лише зашкодити праву. Право має бути неупередженим, тому для права небезпечні такі прояви, як палке горіння серця, надмірна доброта, м'якість, патерналізм. Правова держава — як основний символ конституційно-правового концептуального простору — це насамперед неупередженість, абсолютно рівний підхід до окремих людей, соціальних прошарків. Все-таки у цьому просторі принцип (знак, символ) правової держави знаходиться дещо вище, ніж інший знак-символ — соціальна держава.

Отже, у процесі тлумачення Конституції суддя має справу зі своєрідним «стенографічним» правом, яке в тексті Конституції за допомогою слів-символів відсилає, подібно до бланкетних норм у звичайних законах, і на відміну від них — не до інших юридичних норм, а до глибоких доктринальних і судових концепцій.

Звернемо увагу на вельми важливу для розуміння природи тлумачення Конституції обставину, — а саме на те, що процес тлумачення норм Конституції найменше підлягає дії теорії юридичного силогізму. Й справді — чи багато існує юридичних норм, що встановлюють правила тлумачення Конституції? Чи не дає це спостереження підставу припустити, що тлумачення Конституції — не проста юрисдикційна діяльність, а діяльність, заснована на науковому пізнанні дійсності? Гадаю, що використовувані мною категорії онтології права допоможуть розібратися у складному для права епістемологічному питанні, ще раз підтверджуючи філософську ідею про те, що в остаточному підсумку будь-яка онтологічна проблема постає також проблемою епістемологічною.

У Конституції Росії немає норм про правила тлумачення Конституції (*interpretative provisions*), подібних до тих, які містяться у Дев'ятій поправці до Конституції США. Водночас у тексті Конституції є щонайменше три важливих правила про тлумачення Конституції.

У частині 1 ст. 55 Конституції Росії вказується, що перелічення в главі 2 Конституції основних прав і свобод не повинно тлумачитися як заперечення чи применшення інших загальновизнаних прав і свобод людини і громадянина. А в статті 2 сказано, що «людина, її права і свободи є найвищою цінністю. Визнання, дотримання і захист прав та свобод людини і громадянина — обов'язок держави». Якщо ці дві статті розглядати у взаємозв'язку, можна припустити, що існують дві юридичні реальності: а) реальність закріплених у главі 2 Конституції прав і свобод; та б) реальність інших прав людини, поки що не визнаних, але які держава повинна визнати як шляхом прийняття законів, укладення міжнародних договорів, так і шляхом судового визнання, включно із

поширювальним тлумаченням норм Конституції. (У Канаді таке тлумачення має назву «*generous interpretation*», тобто інтенсивне тлумачення [14, с. 87].)

Права людини зароджуються і стають реальністю, усвідомлюються людьми, які живуть в суспільстві. І ці права, що виникають у «відкритому суспільстві тлумачів Конституції», становлять самостійну об'єктивну систему цінностей, яка існує паралельно з визнаними в Конституції, поійменованими в її тексті правами і свободами. Знання про це дозволяє вільно тлумачити Конституцію і визнавати нові права.

Друге правило тлумачення міститься в преамбулі Конституції і його можна виявити в словах, від яких віє деякою патетикою: «Ми, багатонаціональний народ Російської Федерації, шануючи пам'ять предків, що передали нам любов і повагу до Батьківщини, віру в добро і справедливість». Це положення подібне до положення із секції 27 Канадської хартії прав і свобод, відповідно до якого Хартія повинна бути витлумачена так, щоб зберегти і зміцнити мультикультурну спадщину канадців. (Нині подібне положення з'явилося в преамбулі нової Конституції Угорщини.) Очевидно, що облік таких обставин при тлумаченні вимагає шанобливого ставлення до традиції, до *mores* у філософсько-правовому та соціологічному смислі цього латинського слова. Це не те правило тлумачення, яке зазвичай має назву історичного тлумачення Конституції. Тлумачення положень Конституції з урахуванням історичної матриці означає, що тлумачення має творчий, креативний характер, що інтерпретатори мають значну свободу в тлумаченні.

Слова про багатонаціональний народ Росії, який шанує пам'ять предків, — це не просто піднесена фраза, вони мають глибокий юридичний смисл, це один з інструментів, що використовуються при тлумаченні Конституції. Що означає «пам'ять предків»? Чи передали вони нам щось, окрім любові і поваги до Батьківщини? Чи є у переданій спадщині *mores*, чи йдеться тільки про етичну або також і про юридичну субстанції? Чи можна уявити, що за допомогою цих важливих слів з преамбули Конституція позначає генетичні зв'язки права і влади з історичним минулим країни, які з огляду на це володіють своєрідною силою інерції, будучи постійно присутніми в правовій свідомості? І чи не є Конституція Росії не лише кодифікацією найважливіших юридичних норм про владу, устрій громадянського суспільства, багато з яких реципійовані із західного конституційного права, а й кодифікацією невидимого права, що передане нам попередніми поколіннями росіян? Категорія «невидимого права» є відображенням явища, що реально існує у правовому просторі та, ймовірно, може розглядатися як самостійна структурна онтологічна одиниця.

Третє правило є найбільш цікавим для вироблення тлумачення: нормативною системою тлумачення Конституції є проблема вибору при конкуренції рівнозначних конституційних цінностей. Йдеться про справи, що розглядаються в Конституційному Суді, коли доводиться вирішувати, якому з основних прав необхідно надати пріоритет. Приклад — чи то праву на свободу інформації, чи то праву на приватне життя; чи то свободі вираження думки в ході виборчої кампанії, чи то свободі вибору. Якими цінностями при цьому слід керуватися, і чи містяться вони в самій Конституції або ж поза нею? Це сфера аксіології конституційного права, яка має дуже важливе значення для вироблення нормативної системи тлумачення Конституції.

Інтерпретація основних прав і конституційних принципів у процесі застосування принципу пропорційності (див.: ч. 3 ст. 55 Конституції Росії) змушує замислитися, а чи не є здійснюване суддями балансування рівноцінних основних прав і принципів чимось більшим, аніж звичайне тлумачення? Чому судді впевнені, що їх чисто суб'єктивна оцінка того, яким повинен бути баланс конституційних прав і принципів, є більш точним, ніж той, що був знайдений законодавцем, якого обрано демократично? Для мене немає сумніву, що коли судді підмінюють баланс, знайдений законодавцем, власними уявленнями про те, чому віддати перевагу, — публічному інтересу чи приватному, праву на свободу вираження поглядів або праву на недоторканність приватного життя, судді займаються конституційною політикою, а не конституційно-правовим тлумаченням законів, що перевіряються на конституційність.

У дусі властивого для юриспруденції лицемірства, юристи дотепер називають ці акти власного волевиявлення «тлумаченням». Але у цьому випадку цей юридичний термін лише приховує справжню реальність того, що відбувається в конституційно-правовій дійсності, а тому краще було б відмовитися від його використання.

Отже, один із моїх основних висновків — це висновок про те, що те, що зазвичай називається тлумаченням Конституції, — це юридична фікція, яких багато в праві. Г. Радбрух недаремно писав про феномен фікціонізму в праві. Американські юристи винайшли невдалий евфемізм «судовий активізм». І це теж неточно. Кажучи строго юридично, балансування рівноцінних конституційних принципів, яке здійснюється суддями вищих судів, — це одна з форм конституційної політики. І ця ідея перебуває в річищі вимоги про відповідність фактичної і юридичної Конституції.

На нашу думку, вкрай цікаво було б розглянути акти тлумачення Конституції з перспективи отримання інформації про структуру правової реальності. Якщо власне юридичних правил — стандартів тлумачення Конституції не так вже й багато, то виникає запитання, як народжуються ці акти, що реально є джерелом їх виникнення й чи не є вони своєрідним індикатором того, що являє собою правова реальність, як інша, більш широка категорія онтології права, що включає у свій логічний обсяг, зокрема, й правовий концептуалізм? Які аргументи використовують судді Конституційного Суду при офіційному тлумаченні норм Конституції, і чи можна з аналізу цих аргументів виявити ту численність шарів, з яких складається правова реальність? Для мене безсумнівним є одне: правова реальність не може бути зведена до одного з її пластів — до позитивного законодавства, яке взаємодіє з іншими її пластами, що разом створюють певний культурно-правовий контекст.

Цей взаємозв'язок можна наочно виявити в тих випадках, коли має місце поширена в російському законодавстві трансплантація норм з іноземного правопорядку¹.

Правова норма в її сучасному розумінні не може існувати поза культурно-правовим контекстом, з якого вона запозичена. Правова норма перебуває

¹ Про юридичну трансплантацію див.: [15, с. 111; 16, с. 97; 17, с. 163; 18, с. 88]. Згідно з колишньою концепцією, історія права — це здебільшого історія запозичень і асиміляції ідей з інших юридичних систем, пор.: [19, с. 94]. Пор. також: [20].

в невидимих логічних, історичних, соціальних зв'язках з реальністю, вона є лише частинкою правового життя. Це поняття використовується у філософії права Г. Радбруха. Він розрізняє правову науку у вузькому та широкому розумінні. Перша займається правопорядком, і передусім нормативним порядком. Предметна сфера такої правової науки обмежується позитивним правом, це сфера догматичної юриспруденції. Її не цікавлять проблеми правового життя, правові факти, вона зосереджується на правових нормах. Правопорядок, правові норми, — писав Г. Радбрух, — це поняття, що прямо пов'язані з цінністю, це феномени, які за своєю суттю покликані служити справедливості. Правове життя, правові факти — поняття, що мають опосередковане відношення до цінності... [21, с. 127].

Поняття культурно-правового контексту юридичної норми може бути використано як інструмент для виявлення онтологічної структури правового життя, правової реальності. Зазвичай правова норма розглядається як функція, як похідна від волі законодавців. При цьому під останньою мається на увазі колективна воля депутатів парламенту певного скликання. Гадаю, що таке розуміння волі законодавця, від якої залежить буття норми, є помилковим. Роль юридичної норми в житті суспільства настільки важлива, що її не можна пов'язувати з колективною волею лише законодавців. Вона є похідною від волі народу, розглядуваної в суто юридичному сенсі, і від волі держави. Воля держави проявляється насамперед у всій системі юридичних норм, що представляють логічну систему, побудовану на певних принципах. За допомогою цієї системи можна виявити мету прийняття конкретного закону, а сукупність законів дозволяє побачити загальний зміст усього законодавства. Воля держави виявляється не лише за допомогою волевиявлення депутатів парламенту, а й завдяки зусиллям суддів, які часто виявляють смисл юридичної норми з огляду на ті загальні цілі, досягнення яких прагнув законодавець, приймаючи закон. Інколи згадані цілі складно встановити, якщо керуватися самим лише текстом окремої норми. Пропоноване уявлення про поняття «воля народу», «воля держави» є базовим для конституційно-правового концептуалізму. Воно допоможе краще зрозуміти завдання, що стоять перед офіційним судовим тлумаченням Конституції. Більше того, і відповідь на питання, чи є судове (офіційне) тлумачення Конституції когнітивним, перш за все залежить від правильного розуміння поняття «воля держави». Найважливіше — це те, що воля держави як концептуальне юридичне поняття перебуває не в просторі реальної дійсності, в якій мешкають біологічні істоти — люди: депутати, спеціалісти та ін. Такий підхід — як спробу виявити людський субстрат стосовно поняття «воля законодавця», як вузькорéalістичний підхід до права — в юридичному концептуальному просторі подолано. У конституційно-правовому концепті поняття «воля держави», виражена в законі, та воля, на яку орієнтується суд при інтерпретації закону, має автономний, суто юридичний характер. Поява його була об'єктивно необхідною. Річ у тім, що юридичні норми з плином часу постійно застарівають через те, що суспільні відносини в реальній дійсності перебувають в постійному розвитку. Для цілей правового регулювання суспільних відносин необхідно, щоб приписи мали ясний, несуперечливий, зрозумілий характер. Поява нових суспільних відносин зазвичай призводить до виникнення прогалін у правовому регулюванні.

Позитивне право не завжди надає рішення для будь-якого розглядуваного казусу. Зазвичай у випадках, коли мова йде про прогалини, насправді йдеться про те, що в законі відсутні приписи, що містять винятки із загальних правил для особливих випадків. Заповнення прогалин означає, що суддя задля особливих життєвих випадків переступає через загальне правило, знаходить для них нову норму, найчастіше розвиваючи положення вже існуючих спеціальних приписів [22, с. 621]. Припустимо, що в судовій практиці переважала б та точка зору, яку ми позначили як вузькореалістичне розуміння смислу поняття «воля законодавця». Тоді в кожному окремому випадку неясності закону необхідно було б звертатися до законодавців для з'ясування їх, законодавців, волі, яку вони мали на увазі при його створенні. Але законодавчі органи працюють в рамках певних циклів, протягом яких людський склад органу змінюється. Через ряд факторів у такому випадку довелося б витратити велику кількість часу і сил на з'ясування волі в умовах колективного волевиявлення. З економічного погляду, це вельми витратний захід. Тому коли з'явилося суто юридичне поняття «воля законодавця», юристи, конструюючи його таким чином, що звернення до обставин прийняття закону є лише одним із кількох можливих способів тлумачення, по суті виходили з необхідності раціонального розпорядження ресурсами часу і грошей. Навіть у тих вкрай малоймовірних випадках, коли голосування при прийнятті закону відрізняється рідкісною одностайністю, то і в такому випадку немає гарантії, що буде повний збіг між тим, що мається на увазі в юридичному концепті під «волею законодавця», тобто поняттям з правової реальності, і тим поняттям «колективна воля законодавців, які приймали закон», яке стосується іншої реальності — реальності життя — і яке вивчається методами соціології.

Сконструйоване юристами у створеному ними фіктивному концептуальному просторі поняття «воля законодавця» має специфічний смисл, який цілком інакше, ніж у соціології, орієнтує пізнавальний процес суддів. Ті вчені, які не бачать різниці між правовою реальністю і реальністю життя, які дотримуються позицій вузькореалістичного розуміння права, доводять, що поняття «воля законодавця (держави)» є абсурдним. Але на що саме має бути спрямована когнітивна активність суддів у випадку неясності смислу юридичного тексту? Як розпізнається воля держави? Звернемо увагу на те, що судові рішення оголошуються від імені держави. Що це — певна традиція або ж елемент системи, яку ми називаємо юридичним концептуалізмом, як явище у сфері правової реальності, що утворює у сфері вищої реальності, реальності життя якийсь анклав? Специфічний юридичний зміст поняття «воля законодавця» відрізняється від аналогічного поняття¹, яким оперують в соціальній психології або в соціології, тим, що воно не визнає фікцію у вигляді уявного єдиного образу єдиної волі законодавців. Воля законодавця є не засобом тлумачення, а його метою і результатом, — писав Г. Радбрух, і це твердження повністю відповідає юридичному концепту [21, с. 128–129]. Метою судового тлумачення та виявлення волі законодавця є підтримка системності у праві, це об'єктивна потреба підтримання правопорядку в несуперечливому стані. Отже, за такого підходу до офіційного тлумачення Конституції виявляється, що вся діяльність з виявлення волі зако-

¹ Про це писав Е. Цительман у своїй праці «Юридичне волевиявлення» (1878 р.).

нодавця, зокрема законодавця конституційного, форматується принципом правової визначеності. При розв'язанні завдання, пов'язаного з апіорною необхідністю виявлення волі законодавця, з'ясування смислу норми передбачає одночасно й систематизоване з'ясування смислу всього правопорядку. В результаті такої специфічно-юридичної пізнавальної діяльності, спрямованої на з'ясування волі законодавця, предметною сферою цієї діяльності виявляється не дослідження колективного волевиявлення, а системних зв'язків між різними нормами позитивного права, а також між різними онтологічними структурами правової реальності. Наслідком цієї особливої когнітивної діяльності може стати й такий результат, якого спочатку законодавець не мав на увазі. Суд може краще зрозуміти і сформулювати юридичну норму, аніж творці закону, закон насправді завжди мудріший від своїх розробників, оскільки він потрапляє в систему юридичних норм позитивного права і перебуває в контексті інших шарів правової реальності, що розрізняються між собою за критерієм формальної визначеності. Позитивне право як середній шар правової реальності має ознаки формальної визначеності. Що ж до загальних принципів права, звичаїв, традицій, юридичних судових та доктринальних концепцій, то вони утворюють вищий і нижній шари правової реальності та характеризуються формальною невизначеністю.

Цілком має рацію Г. Радбрух у своєму висновку про те, що «юридичне тлумачення — не переосмислення того, що задумане, а остаточне осмислення того, що продумане» [21, с. 131]. Воно, — пише Г. Радбрух, — відштовхується від «філологічної інтерпретації закону, щоб якомога швидше здобути самостійність — подібно до корабля, що йде в плавання, який лоцман веде за визначеним маршрутом через портові води, а потім капітан «кладе» на власний курс у відкритому морі». Воно поволі трансформує умоглядності законодавця в норми, які тлумач установив би, «якби він сам був законодавцем», відповідно до формули славнозвісного вступного параграфу Швейцарського ЦК. Воно — це така, що не розкладається на елементи, суміш теоретичного і практичного, пізнаваного і творчого, непродуктивного та продуктивного, наукового та інтуїтивного, об'єктивного і суб'єктивного. Якою б мірою тлумачення не було практичним, творчим, продуктивним та інтуїтивним, воно, тим не менш, зумовлене змінюваними потребами права. Тому зміст волі законодавця, встановлення якої є метою і результатом тлумачення, не закріплюється ним на вічні часи, а здатний відповідати на змінювані з часом правові потреби і питання набуттям нового значення. Не слід думати, що воля законодавця — одноразове волевиявлення, що втілилося в законі. Вона — «довгочасна, закононосна воля», здатна до постійних змін. «Законодавець, — говорить Т. Гоббс, — це не той, чиєю владою закон вперше виданий, а той, чиєю волею він продовжує залишатися законом» [23, с. 207]. Суддя не повинен надавати надмірного, абсолютного значення тексту юридичної норми. Він має розуміти, що якась існує деяка об'єктивна реальність у вигляді амбівалентності багатьох слів, з яких складається юридична норма.

Двоїстість смислу слова — це явище, яке виникло тоді ж, коли виникла мова як спосіб комунікації між людьми. Саме тому з'явилася наука про тлумачення — герменевтика. Герменевтика як галузь філософського знання здійснила онтоло-

гізацію символів і знаків, звернувши увагу не лише на значення знака, скільки на нескінченний, але законосумірний¹ процес його інтерпретації². Життя, що розвивається, не лише змінює слова, а й змінює смисл старих слів. Г. Радбрух звернув увагу на те, що духовні промови, що вимовляються з нагоди яких-небудь подій, містять певні слова священних текстів, у які весь час вкладається новий смисл, залежно від ситуації, без огляду на їх первинний смисл. У цьому смисловому багатстві та розмаїтті укладена неминуха життєвість біблійних слів. Але так і в словах юридичних норм присутня особлива вітальність, заснована на тому, що можна змінювати первісний смисл слів, які використовуються в юридичному тексті, з огляду на загальну мету, що стоїть перед правовим регулюванням. Дотримуючись сакральної традиції шанування священних текстів, юристи хитромудро перенесли цю традицію і на юридичні тексти. Так з'явилася конституційно-правова ідея про незмінність Конституції (див. ч. 3 ст. 135 Конституції Росії). Потреба в зміні, модифікації юридичних слів відповідно до умов, що змінюються в реальному житті, задовольняється за допомогою конструювання уявлень, створюваних шляхом виявлення нового юридичного смислу в старих словах. Г. Еллінек одним із перших звернув увагу на відмінність юридичних понять «зміна» і «перетворення» конституцій. Як відомо, незмінність Конституції проявляється у складності внесення законодавчих змін до її тексту. З огляду на це розрізняють складнозмінювані, «жорсткі» й «гнучкі» конституції. Зміна, на думку Г. Еллінека, — це внесення змін до тексту Конституції. При перетворенні Конституції конституційний текст залишається незмінним, але змінюється юридичний зміст конституційної норми. По суті, це окремий випадок відомої судової доктрини про необхідність переваги юридичного змісту над словесною формою. Залишається з'ясувати, в результаті яких правових фактів стає можливим перетворення Конституції? Більшість вчених-конституціоналістів перебувають у полоні метафізичної омани, вважаючи, що цим правовим фактом є офіційне тлумачення Конституції [25, с. 179]³. Насправді ж, реально перетворення Конституції у результаті особливої форми юрисдикційної діяльності виходить далеко за межі того, що зазвичай визнається тлумаченням літературного тексту. Саме поняття «тлумачення», що має свою метафізичну генетику та історію, лише перешкоджає правильному пізнанню правової реальності. Юрисдикційний орган — Конституційний Суд, що має відповідні повноваження, використовує широкий набір таких аргументів, до яких не звертаються звичайні суди, і на їх основі виявляє неявний смисл, що міститься в тексті Конституції. Образно кажучи, Конституційний Суд виявляє потаємне подвійне дно, потрібне дно! Текст Конституції при цьому, згідно з давньою сакральною традицією, розглядається як джерело неявних конституційних знань, які умож-

¹ В оригіналі: «законосообразный». — *Прим. наук. ред.*

² Див. докладніше про це: [24].

³ Щоправда, авторка констатує, що тлумачення Конституції, на відміну від інших видів тлумачення, особливо близьке до правотворчості. Більше того, вона вважає, що якщо сприйняти широке трактування права, то в низці випадків слід говорити саме про формування права у процесі інтерпретаційної діяльності такої високої інстанції, якою є Конституційний Суд. При цьому вона визнає, що при тлумаченні не виключений деякий суб'єктивізм.

ливлюють здійснення процесу конституційно-правового пізнання, що є різновидом наукового пізнання, майже нескінченно. Як нескінченним є і процес пізнання взагалі! Результат цього пізнавального процесу, з огляду на офіційний статус органу, який здійснює пізнання, оголошується таким, що має особливе правове значення, і цим судове пізнання відрізняється від наукового. Воно закріплюється шляхом отримання особливого правового статусу – статусу правової позиції Конституційного Суду. По суті, з огляду на їхню реальну роль у правовій реальності, правові позиції Конституційного Суду, будучи насамперед актами пізнання, тим не менш, містять вторинні правові ідеї, принципи, веління, що мають загальнообов'язкове значення. Це – кристалізоване право, а тому правові позиції Конституційного Суду, безумовно, є джерелом права¹. Але тоді необхідно відкинути уявлення про те, що перетворення Конституції є результатом лише тлумачення літературного юридичного тексту. Щось тут, у цьому розумінні, не відповідає реальній правовій дійсності. Ці уявлення засновані на помилковому й такому, що вносить плутанину, застосуванні метафізичного поняття «тлумачення».

Аналізуючи процес перетворення (модифікації) законів, переконуєшся в геніальній прозорливості М. Гайдеггера, який попереджав, як сформовані в науці метафізичні поняття можуть спотворювати процес пізнання. М. Гайдеггер у своїй фундаментальній онтології пропонував вдвлятися в етимологію слів і в смисл наукових понять, порівнювати їх з тим, що відбувається в бутті. М. Гайдеггер аналізував етимологію слів і смисл понять, порівнюючи їх із буттям у всьому його різноманітті.

Для юристів такий «розгляд під мікроскопом» юридичних понять віддавна є звичною справою, будучи складовою юридичної герменевтики. Юрист не просто читає юридичну норму «Житло недоторканне» (ч. 1 ст. 25 Конституції Росії). Він одразу звертає увагу на те, що в тексті Основного закону використано досить архаїчне слово російської мови. Сьогодні не кажуть «я купив житло», натомість говорять – я купив квартиру, дачу, будинок. Це юридичне поняття зустрічається у житловому, цивільному, кримінально-процесуальному тощо законодавстві, причому кожного разу воно набуває різного юридичного смислу. І лише в тексті Конституції у цьому понятті, гранично широкому, об'єднані всі можливі юридичні смисли. І якщо слідчий приходить з ордером на обшук у позаміський будинок з метою провести обшук у помешканні, то він може оглянути не лише будинок, а й гараж, лазню, літню кухню і навіть конуру собаки. А в практиці Європейського суду з прав людини з'явився спеціальний термін, що позначає таке поширювальне тлумачення смислу юридичних понять – еволюційне тлумачення.

¹ Заслугує на підтримку ідея, висловлена М. Бондарем про те, що специфіка нормативної енергії рішень Конституційного Суду є такою, що вона має предметом (сферою) свого впливу, перш за все, нормативні величини найбільш високого, абстрактного рівня – загальні принципи права, конституційні цінності та принципи, які отримують реалізацію в усіх галузях системи чинного права. За допомогою конституційно-контрольної діяльності відбувається свого роду прирощення й актуалізація нормативного змісту відповідних принципів, а також встановлення їх збалансованої взаємодії. Головна специфіка конституційно-судових нормативних установлень полягає в тому, що, будучи конституційним джерелом права, вони поєднують нормативність із доктринальними засадами [26, с. 122].

Так само і М. Гайдеггер виходить за межі буденного слововжитку і пов'язаного з ним інерційного мислення. На його думку, буденна мова орієнтована на повсякденне спілкування з наявно суцим. Натомість, феномени буття принципово не можуть бути відображені в її межах. Ця думка відображена М. Гайдеггером у зауваженні, що міститься у § 7 книги «Буття і час»: одна річ повідомляти, оповідаючи про суще, інша — схопити суще в його бутті.

Для другого з названих завдань забракне не лише переважно слів, а й передусім самої «граматики» [27, с. 39]. Феноменам буття тісно у словесній формі, вона є для них прокрустовим ложем, феномени буття набагато інформативніші.

Отже, М. Гайдеггер висловлює дуже важливу для розуміння тлумачення юридичних норм, що складаються з багатозначних, багатосмислових понять, ідею. Він говорить, що насправді тут та в інших подібних випадках справа йде тому не так, що думка живиться етимологією, а навпаки, етимологія незмінно приречена на те, щоб згадувати насамперед про сутнісні відносини того, що нерозгорнутим чином іменують слова словника як слова думки.

У цій думці міститься відповідь на те, як треба тлумачити норми конституційного права, що зазвичай викладаються гранично лапідарно, ємно. «Житло недоторканне», «добросовісна конкуренція», «праця вільна», «гідність особистості» — ці та інші словосполучення у тексті Конституції повинні знаходити свою юридичну змістовність не через етимологію слів, з яких вони складаються, яка виявляється у словниках. Етимологія — це розділ мовознавства, що вивчає походження слів, їх генетику. Чи може нести якусь інформацію походження слова «інтерпретація» (тлумачення)? Англійське *interpret* — це синонім англійського дієслова *construe* — тлумачити, що означає виявлення значень, смислу слів мови, а також усний переклад слів однієї мови на іншу. У *Black's Law Dictionary* інтерпретація визначається як мистецтво або процес виявлення і посвідчення значення, смислу закону, заповіту, договору або іншого письмового документа¹. Процес інтерпретації зводиться до виявлення і подання істинного смислу будь-яких символів, знаків, призначених для передання ідей. Таким чином, це пошук істини, і навіть етимологічний аналіз слова «інтерпретація» дозволяє припустити, що, тлумачачи юридичну норму, юрисдикційний орган вирішує пізнавальну (епістемологічну) проблему.

А що дає аналіз латинського вислову *interpretare et concondare leges legibus, est optimus interpretandi modus*, що перекладається — тлумачити й таким чином погоджувати юридичні норми, — це найкращий спосіб тлумачення? У ньому міститься ідея про цілі тлумачення і вказівка на те, що тлумачення — це не проста філологічна проблема, а складне юридичне завдання з гармонізації юридичних норм у цілях їх несуперечливого співіснування в системі права. Ось чому тлумачення в юридичному сенсі — це зовсім не тлумачення, а перетворення юридичних норм з урахуванням їх юридичного та культурно-історичного контексту. У крайньому разі, поняття «тлумачення норм» Конституції краще замінити поняттям «правова інтерпретація».

¹ Звернемо увагу читача — це перекладене з англійської мови визначення, що використовує слово *will* — заповіт, через його багатозначність можна було перекласти і так — інтерпретація — це процес виявлення смислу закону, волі, і це не було б юридичною помилкою!

Поняття *interpretatio* в ужитку римських юристів дуже рідко використовувалося поза зв'язком із іншими, уточнюючими поняттями, що є ще одним прикладом високого рівня римської юридичної культури. Римським юристам відомі такі поняття, як:

1) *interpretatio restricta* — це такий спосіб з'ясування смислу юридичної норми, коли переважаюче значення надається тексту, смислу слів, який вони мали в період створення тексту¹;

2) *interpretatio extensiva* — спосіб інтерпретації юридичних норм, який допускає таке, що досягає більше розуміння значення слів, яке сприяє розширенню юридичного змісту норми;

3) *interpretatio excedens* — з'ясування, у ході якого замінюється смисл норми, який очевидно в неї не вкладався; абсурдне (екстравагантне) тлумачення. У теперішній час існує презумпція розумності закону, що означає, що якщо закон допускає кілька тлумачень (смыслів), один з яких є очевидно абсурдним, а інший — ні, то пріоритет має надаватися останній, як більш раціональний [29, с. 37–38]. Це так зване «золоте правило тлумачення». Звернемо увагу на те, що цей різновид наукового пізнання смислу юридичної норми має свої юридизовані правила, свого роду стандарти тлумачення, і один із них — вимога раціональності, а ця вимога є однією з вимог сучасного наукового пізнання, поряд із вимогами об'єктивності, верифікованості гіпотез, нейтральності тощо;

4) *interpretatio soluta* — з'ясування, що впливає із загального принципу про мету інтерпретації, яка завжди являє собою спільне благо;

5) *interpretatio predestinata* — цей спосіб тлумачення має місце тоді, коли інтерпретатор, перебуваючи під впливом особистих пристрастей, перетворює смисл тексту, ґрунтуючись на певній напередзаданості або упередженості. Він також охоплює творчу, креативну, таку, що розвиває (*vafēr* дослівно означає «хитрий») інтерпретацію (*interpretatio vafēr*), за допомогою якої інтерпретатор намагається надати інший смисл нормі, аніж той, якого прагнув нормотворець. Таке тлумачення, а радше, перетворення смислу юридичної норми, є досить популярним у тих випадках, коли необхідно розв'язати дилему — підтримати незмінність юридичного тексту і одночасно вдихнути в нього життя у вигляді нового смислу, оскільки інакше юридична смерть норми неминуча. *Fiat justitia et pereat mundus* — «нехай здійсниться правосуддя, хоча б загинув світ» — девіз німецького імператора Фердинанда I можна витлумачити і таким чином: аби врятувати світ від розпаду, необхідно, зберігаючи незмінними юридичні тексти, за допомогою правосуддя вливати у «старі міхи нове вино», тобто перетворювати юридичний смисл. По суті, це вже буде рішення, що повністю належить до сфери наукового пізнання, засноване на логічному аналізі. Цей спосіб тлумачення особливо гідний розгляду, враховуючи його тривале вживання головним суддею Верховного Суду США Д. Маршаллом у славнозвісних постановках.

¹ Це такий метод тлумачення, який заснований на пошуку значення слів, що належать до часу прийняття Конституції. Суддя Верховного Суду США О. Холмс говорив: «Ми запитуємо, не що ця людина мала на увазі, а що ці слова означали в устах звичайної людини, яка говорить англійською, що вживає їх в обставинах, в яких вони були вжиті». Один з американських дослідників В. Кроскі створив навіть спеціалізований словник слів, що вживалися у період розробки Конституції США. Див.: [28, с. 37].

Метод найбільш яскраво демонструється посиланням на справу «Марбурі проти Медісона», в якому Д. Маршалл не посилався на судові постанови, щоб обґрунтувати свої аргументи. Його аргумент являв собою насамперед вправу з логіки. «Мабуть, просто необхідно дотримуватися певних принципів, — говорив він, — припускаючи, що їх дотримувалися протягом довгого часу для прийняття рішень». Його основний принцип полягав у тому, що Конституція — це вищий закон держави. Верховний Суд прийняв присягу, в якій присягнувся підтримувати Конституцію. Звідси логічно випливає висновок, що коли закон Конгресу вступає в конфлікт з вищим законом, Верховний Суд не може провести його в життя, і він повинен бути оголошений нечинним;

б) *interpretatio contra legem* — таке тлумачення, що завідомо суперечить задуму творця юридичної норми.

Повертаючись до проблеми волі, яка породжує юридичну норму, звернемо увагу на те, що суд виявляє смисл, мету цієї норми завдяки її подвійній контекстності.

По-перше, вона перебуває в юридичному контексті всього правопорядку. Тому суд орієнтується у процесі перетворення юридичної норми не на волю конкретних людей — парламентарів і розробників проектів законів, а на волю держави, яка генерує всю сукупність юридичних норм як взаємопов'язану систему.

По-друге, юридична норма знаходиться у більш складному, з огляду на його невловимість, прихованість, контексті — у контексті культурно-юридичному. Останній створюється не лише існуючим поколінням людей, що утворюють народ, а й тими поколіннями, які склали цей народ протягом століть його історії. Ця глибока юридична ідея виявляється у преамбулі Конституції Росії, в якій наголошується і конститується поняття багатонаціонального народу Російської Федерації, який стає таким завдяки з'єднанню спільною долею на своїй землі (принцип землі та крові), завдяки тому, що багатонаціональний народ зберігає державну єдність, що склалася історично. Багатонаціональний народ Російської Федерації шанує пам'ять предків, які передали нам, нинішньому поколінню громадян Росії¹ (а якщо мати на увазі поняття народу як громадянської, а не культурної нації [30, с. 74], то — нинішньому поколінню росіян, бо всі ми відповідно до теорії громадянської нації росіяни, і це теж факт правової реальності), любов і повагу до Батьківщини, віру в добро і справедливість. Народ, а радше, російська нація — це основний актор правового життя. Він існує і як спадкоємець попередніх поколінь, він уособлений у нинішньому поколінні, він втілюється й у майбутніх поколіннях. Як відомо, минуле, теперішнє і майбутнє буття у своїй єдності утворюють реальність. Минуле, теперішнє і майбутнє покоління росіян також утворюють єдність — єдність долі, землі, традицій, культури і відповідальності за свою Батьківщину перед нинішнім і майбутніми поколіннями, ґрунтуючись на усвідомленні себе частиною світового співтовариства. Таким є місце народу (нації) у правовому житті (реальності). З цього онтологічного факту випливає, що закон — це не лише воля держави, а й воля народу, яка розглядається в суто юридичному, концептуальному смислі.

¹ В оригіналі: «россиян». — *Прим. наук. ред.*

Тому в онтологічній структурі правової реальності є місце і для волі народу. І коли судді виявляють смисл, мету неясної юридичної норми, або норми, яка потребує перетворення (модернізації, модифікації), вони враховують культурно-юридичний контекст перетворюваної норми. При цьому вони враховують соціокультурний контекст юридичної норми, який передбачає певні історичні нашарування. Перетворюючи юридичну норму Конституції, Конституційний Суд повинен враховувати, що в корпусі конституційних норм, як результат роботи з їх кодифікації, є місце і для кодифікації невидимих норм, що утворюють дух Конституції, — і це кодифікація тих норм, які склалися об'єктивно в ході історичного розвитку.

Видатний американський юрист і учений, суддя Верховного Суду США О. Холмс, який здійснивав свої повноваження до 95 років, вважав, що існує дуже важливий фактор, який слід брати до уваги при тлумаченні Конституції, він називав його «досвідом». *Емпіричний підхід* дозволяє розглядати Конституцію радше як політичний, аніж як юридичний документ. У США вважається, що на інтерпретацію Конституції повинні впливати і сучасні цінності, і сума загального досвіду країни. Американські юристи вважають, що намір творців, звісно, є частиною цього досвіду, але досвід охоплював і війну у В'єтнамі, і Вотергейт. Значення слів у первісному вжитку — це виклад вихідних фактів, але це стосується і мови кожного президентського послання Конгресові. Можна використовувати логічні правила Конституції, але можна закликати і до чогось такого невловимого, що визначається як «дух Конституції». Метою конституційної інтерпретації, як можна припустити, є досягнення консенсусу щодо сучасного значення документа, складеного в 1787 р., консенсусу, який уможлиблює віднайдення раціонального підходу до сучасних проблем і врахування уроків, набутих із досвідом, але водночас визнавати основні положення документа і філософію обмеженої державної влади, яку він відображає.

Такий підхід дає право кожному поколінню США адаптувати Конституцію до власних потреб тією мірою, якою ця адаптація сумісна з мовою Конституції. Звичайно, положення про те, що Президент може бути обраний на 4-річний термін, не може бути реінтерпретовано так, щоб виправдати 5-річний термін перебування при владі. Але інші багатозначні положення Конституції можуть бути з часом інтерпретовані досить вільно. Д. Маршалл захищав таку думку про «гнучку» Конституцію, коли сказав на процесі «МакКаллок проти штату Меріленд»: «Ми не повинні ніколи забувати, що саме Конституція є предметом тлумачення, вона, яка призначена для того, щоб витримати випробування часом та вистояти і в результаті адаптуватися до різних криз людського буття».

Перетворення норм Конституції необхідно здійснювати з урахуванням того важливого правового факту, що майбутні покоління росіян наділені конституційно-правовою правосуб'єктністю, що є предметом для самостійного конституційно-правового дослідження.

Онтологічна структура конституційного права значно відрізняється від онтології кримінального, фінансового або екологічного права. У ній надзвичайно важливу роль, крім позитивного закону, тобто тексту Конституції та інших законів, мають конституційні принципи і сформовані концептуальні уявлення про їх нормативний зміст та правозастосовну практику, особливо рішення

вищих судів, що розкривають смисл юридичних символів — принципів. Саме тому так зване «тлумачення» конституційних норм насправді таким не є або, у будь-якому разі, різко відрізняється від тлумачення інших галузей права.

Тому, коли з'ясуємо смисл юридичної норми, що міститься в ч. 5 ст. 125 Конституції Росії, згідно з якою Конституційний Суд дає тлумачення Конституції Російської Федерації, то ми, ґрунтуючись на проведеному онтологічному й епістемологічному аналізі, маємо відкинути таке, що вводить в оману, філологічне розуміння поняття тлумачення.

В онтологічній структурі конституційного права ми виокремлюємо три рівні: 1) природне право — така, що існує об'єктивно, система невідчужуваних прав людини, які належать кожному від народження; 2) позитивне конституційне право, реальність тексту Конституції; 3) традиції і правозастосовна практика, що склалася.

Нас цікавить онтологія конституційного права і, можливо, для нього нормативно-державне волевиявлення має набагато менше значення, ніж для таких галузей права, як кримінальне, адміністративне. Адже навіть основний закон — Конституція — зазвичай виходить не від законодавчого органу держави, а від народу (ми — народ...). Постійний розвиток системи основних прав відбувається у сфері конституційного права не шляхом прийняття законів, а шляхом визнання нових прав людини судами у певній правовій ситуації, тобто можливі такі елементи, як об'єктивна необхідність визнання офіційно тих норм, які вже об'єктивно склалися у суспільстві. І тоді необхідно знайти місце тим за своєю суттю юридичним нормам, які спонтанно вже виникли в соціумі, регулюють відносини в онтологічній структурі права. Мабуть, було б необачно одразу ж відкинути їх як неюридичні лише тому, що не відбувся акт офіційного їх визнання.

Оскільки правова реальність є частиною «вищої реальності», реальності життя природи і соціуму, то існуючі в них об'єктивні закономірності (фізичні, біологічні, економічні) обов'язково повинні виявлятися і в правовій реальності у вигляді природного права. Так, наприклад, для фізичного світу властива закономірність, що відображається словами «природа не визнає порожнечі». Правовий простір також не визнає порожнечі. Тому в серединній сфері права — в позитивному праві можуть бути прогалини, але вони долаються за допомогою загальних принципів права, що належать до вищої сфери онтологічної структури права. Принципи права породжують право з принципів. Цей феномен переконливо доводить, що до онтологічної структури права необхідно включати природне право як сферу зосередження об'єктивних правових закономірностей. І, що дуже важливо, реальність саме трирівневої онтологічної структури доводить об'єктивний процес описаної взаємодії між трьома сферами права.

Пропонована онтологічна структура конституційного права дозволяє критично оцінити різного роду децизіоністські й реалістичні теорії тлумачення Конституції [31], суть яких полягає в тому, що з онтологічної перспективи текст Конституції не має істотного значення, хоча реальність цього тексту ніхто і не заперечує; у сутнісному значенні не текст є осердям конституційного права, а думки суддів, які лише роблять вигляд, що вони говорять від імені Конституції, прийнятої народом. Щось є у цій добросовісній омані від містифікації жерців.

У критичній соціології П. Бурдьє пропонується точне визначення — це «само-посвята довірених осіб» [32, с. 108].

Аналогії з'являються самі: тайнство (містерія) служіння чи то церкві, чи то Конституції, виявляється можливим лише за умови, що служитель приховує здійснювану ним узурпацію та *imperium*, яку вона йому забезпечує, позиціонуючи себе як простого служителя, тлумача, інтерпретатора-перекладача. Бо використання обманним шляхом в особистих інтересах переваг свого становища, — пише П. Бурдьє, — можливе лише тією мірою, якою воно приховується, — це входить до самого визначення символічної влади. «Символічна влада є владою, яка передбачає визнання, тобто незнання про факт насильства, яке нею твориться. Отже, символічне насильство, здійснюване служителями культу, можливо лише за деякої співучасті, що чиниться йому внаслідок незнання тими, хто відчуває на собі це насильство» [32, с. 109].

У цій своїй частині онтологія конституційного права перетворюється на методологію, філософсько-правову основу для діяльності судових органів, що здійснюють конституційний контроль. Основним епістемологічним питанням для органів держави, основою діяльності яких є тлумачення і застосування принципів Конституції, а до них, окрім вищих судів, належать і законодавчі органи, є питання про те, чи є акт тлумачення Конституції актом пізнання, або ж це акт політичного волевиявлення.

Концепцію раціонального природного права обґрунтував І. Кант, який виявив апріорні принципи, що лежать у підґрунті позитивного права. Позитивне право продиктоване волею законодавця. Закони позитивні — це зовнішні закони, однак серед них є й такі, які мають апріорний характер, і це природні закони. Позитивне право — це контекстуальне право, його джерелом є не результат наукового пізнання, не розум людини, а акт політичного волевиявлення, який цілком може бути і нерозумним, і помилковим. Якщо, за І. Кантом, право розглядати лише як таке, що має значення для конкретного народу в конкретний період історії (тобто контекстуально), то зникають критерії відрізнення права і неправа (*Unrecht*). Щоб віднайти такі критерії, треба залишити ґрунт емпірії та звернутися до розуму. Так норма практичного розуму стає категоричним імперативом для будь-якого законодавця.

М. Тропер зауважив, що незалежно від того, як сприймається різними вченими інтелектуальна операція, що отримала в концептуальному просторі права найменування «тлумачення Конституції» — чи йдеться про буквальный або історичний прийом тлумачення, або про вільне тлумачення, яке коригує норму Конституції й навіть створює нову, всі вони засновані на переконанні, що «тлумачення» є актом наукового пізнання (епістемологічний підхід), а не актом політичного волевиявлення. Реалістична теорія тлумачення ґрунтується на тому, що, навпаки, тлумачення є саме актом волевиявлення.

Якщо розглядати тлумачення Конституції законодавцем як акт волевиявлення, тоді характеристики «істинне — хибне», — вважає М. Тропер, — недоречні, необхідно це рішення законодавця оцінювати в іншій системі координат: а) «ефективне — неефективне»; б) «чинне — нечинне» [33, с. 172].

Розвиваючи ідею Г. Кельзена про так зване «автентичне» тлумачення, М. Тропер виявляє можливість багатоваріантного тлумачення одних і тих самих

текстуальних символів у Конституції. І з цієї множинності варіантів орган держави, уповноважений застосовувати і «тлумачити» Конституцію, обирає один, при тому, що інші варіанти, якщо б були обрані вони, виявилися б настільки ж авторитетними та обов'язковими. Відтак, так зване тлумачення — це вибір між практично рівноцінними варіантами, і чинність результату проведеної інтелектуальної операції залежить не від наукової переконливості отриманого результату, а лише від правового статусу органу, який і здійснює цю операцію.

Відтак, наявність таких органів є свого роду вінцем у конституційно-правовому концептуальному просторі. Згідно з логікою «Чистого вчення про право», таке автентичне «тлумачення» не можна характеризувати як істинне або помилкове, оскільки воно не є актом теоретичного розуму. Найсуттєвіше — це те, що з моменту оголошення акта тлумачення компетентним органом, компетенція якого встановлюється Конституцією, він, що містить нові юридичні норми, стає обов'язковим *ergo omnes*, причому незалежно від того, яким є його зміст. Ці юридичні норми стають чинними в тому значенні, яке поняття «чинності норми» отримало в концепції Г. Кельзена. Він розрізняв загальні (абстрактні) та індивідуальні (конкретні) норми. Загальні норми задавали концептуальну межу, яку стосовно до обставин конкретної справи заповнював суддя, створюючи індивідуальну норму для вирішення справи. Обов'язковість індивідуальних правових норм для Г. Кельзена означає лише обов'язок виконати судові рішення, дія індивідуальних норм не поширюється за межі конкретної справи. З цього погляду, Г. Кельзен не зводив судову практику до рангу джерела загальних норм права (того, що ми зазвичай маємо на увазі під «нормою права»).

Однак у юридичних нормах судового права може існувати неявний економічний смисл, причому цей смисл може виявитися цілком неефективним з економічної точки зору. Цей смисл може відрізнитися також від «категоричних імперативів» моралі, з огляду на що сумніви в чинності акта тлумачення зростають. Всі аргументи проти юридичного позитивізму можуть бути використані й проти актів «інтерпретації» Конституції. Як бачимо, загрози й ризики в актах тлумачення, що розглядаються як акти волевиявлення, досить великі! Але тоді необхідно звернутися до іншої альтернативи — визнання актів тлумачення актами пізнання. У такому випадку необхідно підвищити рівень вимогливості до правозастосувачів, щоб акти тлумачення були й ефективними, як того вимагають такі напрями науки, як економічний аналіз права і конституційна економіка, і справедливими, як того вимагають природне право і мораль, тобто щоб у цих актів волевиявлення були ознаки, риси актів наукового пізнання.

Децізіоністські й реалістичні теорії тлумачення Конституції викликають у мене певну недовіру насамперед тому, що віддають перевагу розгляду актів суддівського тлумачення як виключно актів волевиявлення. Є у цій позиції якась приреченість на сприйняття будь-яких уявлень про конституційне право.

Якщо правова позиція Конституційного Суду, заснована на перетворювальній інтерпретації конституційної норми, є переважно актом пізнання, то, як і будь-який акт пізнання, він може бути або істинним, або хибним. Але чи не суперечить цьому висновку норма ст. 79 Закону про Конституційний Суд Російської Федерації, яка наголошує, що рішення суду остаточне і не підлягає

оскарженню? Відповідаючи на це питання, можна пригадати жарт одного з суддів Верховного Суду США, в якому, як і в багатьох жартах, міститься лише доля жарту: рішення Верховного Суду є остаточними не тому, що вони мудрі, але вони мудрі вже хоча б тому, що остаточні. Насправді рішення може бути і помилковим, але потреба у правовій визначеності — це зокрема і необхідність ухвалення остаточних судових рішень. Така можливість існування неконституційних рішень Конституційного Суду гіпотетично існує. Більше того, я вважаю, саме з огляду на визнання цієї можливості у конституційному правосудді, настільки велике значення надається окремим думкам суддів. Для конституційної юстиції неприйнятний є принцип, яким керувалися в наукових дискусіях піфагорійці — принцип *ipse dixit* (сам сказав). Цицерон писав, що він не схвалює того, що відомо про піфагорійців. Вважається, що коли вони що-небудь стверджували в наукових філософських суперечках, то на питання, чому це так, зазвичай відповідали: сам сказав. «Сам» — це був Піфагор. Такою була упередженість, що авторитет мав силу і без розумної підстави. Окрема думка суддів конституційних судів різко відрізняється від окремих думок суддів з кримінальних або цивільних справ. Можна навіть висунути сміливу гіпотезу про наявність нормативних елементів (або їх ознак) у цих актах конституційного правосуддя. Соціальна і правова цінність окремої думки полягає в тому, що з її допомогою суддя, який залишився у меншості, доводить, що, ухвалюючи таке рішення, він керувався не бажанням самовираження, що він не просто висловив свої особисті переваги або суб'єктивні світоглядні погляди, а що суддя стояв на строго правових позиціях. Таким чином, окрема думка судді різко підвищує індивідуальну відповідальність кожного судді при колегіальному розгляді справи. Таким чином, повноцінна окрема думка — це спосіб захисту професійної честі судді.

У моїй думці у зв'язку з прийняттям Ухвали Конституційного Суду, якою відмовлено у прийнятті до розгляду скарги гр. Юдіна Ю. Р. на порушення його конституційних прав положеннями статей 301 та 312 Кримінально-процесуального кодексу Російської Федерації, керуючись яким суди загальної юрисдикції відмовляють громадянам — учасникам кримінального процесу в ознайомленні з окремими думками суддів, я, не погоджуючись із відмовою у прийнятті скарги до провадження, звертав увагу на елементи нормативності в окремих думках, що підсилюються в міру того, як у російському правопорядку з'являються квазіпрецедентні судові акти.

Лише на перший погляд проблема ознайомлення з окремою думкою судді у кримінальній справі видається як точкова, периферійна. Насправді це частина системної проблеми визнання чи невизнання за судами права брати участь у розвитку права (зокрема кримінального та кримінально-процесуального).

На ці обставини вже зверталася увага в літературі. О. Верещагін пише «про певну концептуальну проблему». У Росії, з її традиційно континентальним підходом до правосуддя, судді розглядаються лише як «оракули права», а не як творці норм. На думку автора, саме цей традиційний підхід, в остаточному підсумку, слугує виправданням закритості окремих думок [34, с. 1078].

Поза всяким сумнівом, питання про те, хто має право ознайомлюватися з окремою думкою, пов'язане з визнанням або невизнанням того, що суди впра-

ві брати участь у розвитку права. В єдиній державі, якою є Російська Федерація, не повинно існувати різних підходів до ролі судової практики у правотворенні в таких юрисдикціях, як суди загальної юрисдикції й арбітражні суди.

Невипадково розширення можливостей судових рішень, прийнятих Президією Вищого арбітражного суду Російської Федерації, у правотворенні супроводжується підвищенням статусу окремих думок. Згідно з ч. 9 ст. 303 АПК РФ суддя, не згодний з думкою більшості членів Президії Вищого арбітражного суду Російської Федерації, має право викласти свою окрему думку, яка долучається до матеріалів справи і підлягає опублікуванню разом з постановою Президії Вищого арбітражного суду Російської Федерації.

Саме тому в Коментарі до АПК РФ (за ред. Голови Вищого арбітражного суду Російської Федерації А. Іванова, Москва, 2011 р.) наголошується, що положення, які гарантують право на окрему думку, як щодо рішення суду загалом, так і щодо мотивів його прийняття, і його опублікування разом з постановою Президії Вищого арбітражного суду, спрямовані не лише на забезпечення незалежності суддів, а й на розвиток права й правозастосовної практики.

Важливе значення має і те, що окрема думка судді у кримінальній справі є гарантією незалежності суддів при колегіальному розгляді справи.

Однією з системних проблем російського правосуддя є посилення ролі голів судів. За цих умов зростає значення взаємної незалежності суддів — тобто незалежність судді від голови суду і від іншого судді.

Окрема думка є важливою для судді в колегіальному складі, який залишився у меншості, оскільки вона демонструє ментальну незалежність судді, яка підвищує довіру до правосуддя загалом. Окрема думка захищає також гідність судді, який залишився у меншості. Він висловлюється, керуючись своєю правосвідомістю, а не думкою більшості.

Суб'єктивні аргументи на користь окремих думок суддів ґрунтуються на тому, що суддя має суб'єктивне право на висловлення власної думки і внутрішню незалежність. Об'єктивні аргументи на користь окремих думок пов'язані з наявністю публічного інтересу до розвитку права і з принципом судової демократії.

Окрема думка не послаблює, а, навпаки, підсилює авторитет суду. Вона усуває надмірне лицемірство, демонструючи те, що відомо всім: два юристи — це завжди три думки. Хороша окрема думка спрямована на розв'язання особливо складних юридичних проблем, вона може підказати, як уникнути судових помилок у майбутньому. У цьому сенсі існує безсумнівна кореляція між правом на окрему думку, лібералізацією судової практики, розвитком права в судових актах та конституційним принципом демократії.

Окрема думка судді — це не послання переможеного в спорі, а аргументи можливого переможця у складному дискурсі про розвиток права. Правова визначеність як елемент нормативного змісту принципу правової держави означає, що зі сфери правового регулювання необхідно усувати двоїсті, амбівалентні норми з невизначеним юридичним смислом.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Спекторский Е.* Юриспруденция и философия // Юридический вестник. — М., 1913. — Кн. 2. — С. 60–92.
2. *Pfersmann O.* Contr le néo-réalisme juridique : Pour un débat sur l'interprétation // Revue Française de Droit Constitutionnel. — 2002/2. — № 50. — P. 279–334.
3. *Troper M.* Réplique à Otto Pfersmann // Revue Française de Droit Constitutionnel. — 2002/2. — № 50. — P. 335–353.
4. *Pfersmann O.* Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper // Revue Française de Droit Constitutionnel. — 2002/4. — № 52. — P. 759–788.
5. *Riccardo G.* Interpretive Statements, in Ernesto Garzón Valdés, Werner Krawietz, Georg Henrik von Wright, Ruth Zimmerling (eds.), Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, Duncker&Humblot. — Berlin, 1997. — P. 279–292.
6. *Тропер М.* Функция отправления правосудия или судебная власть? // Мировой судья. — 2006. — № 2. — С. 3–8.
7. *Васьковский Е. В.* Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. — М., 2002.
8. *Ориу М.* Основы публичного права. — М., 1929.
9. *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. — СПб., 1999.
10. *Доброхотов А. Л.* Символы в культуре // Новая философская энциклопедия. — М., 2010.
11. *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. — СПб., 2004.
12. *Штаммлер Р.* Хозяйство и право с точки зрения материалистического понимания истории. — М., 2010.
13. *Иеринг Р.* Цель в праве. — СПб., 1881.
14. *Interpreting Constitutions. Comparative Study.* Edited by Jeffrey Goldsworthy. — Oxford, 2006.
15. *Legrand P.* The Impossibility of «Legal Transplants» // Maastricht Journal of European and Comparative Law. — 1997.
16. *Pistor K.* The Standardization of Law and its Effect on Developing Economies // American Journal of Comparative Law. — 2002. — № 50.
17. *Berkowitz D., Pistor K., Richard J.-F.* The Transplant Effect // American Journal of Comparative Law. — 2003. — № 51.
18. *Knieper R.* Möglichkeit und Grenzen der Verpflanzbarkeit von Recht // RabelsZ 72 (2008).
19. *Pound R.* The Formative Era of American Law. — Boston, 1938.
20. *Watson A.* Legal Transplants. An Approach to Comparative Law. — 2-nd ed. — 1993.
21. *Радбрух Г.* Философия права. — М., 2004.
22. *Цителъман Э.* Пробелы в праве // Российский ежегодник теории права. — 2010. — № 3.
23. *Гоббс Т.* Сочинения : в 2 т. — М., 1991. — Т. 2.
24. *Рикёр П.* Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. — М., 1995.
25. *Хабриева Т. Я.* Правовая охрана Конституции. — Казань, 1995.
26. *Бондарь Н. С.* Судебный конституционализм в России. — М., 2011.
27. *Хайдеггер М.* Бытие и время. — М., 2011.
28. *Pritchett H.* Constitutional law of the federal system. Englewood cliffs. — N. Y., 1984.
29. *Смирнов А. В., Манукян А. Г.* Толкование норм права. — М., 2008.
30. *Гусейнов А. А.* Нация и личность. Диалог культур в условиях глобализации. XII Международные Лихачевские научные чтения. — СПб., 2012.

31. Гаджієв Г. К вопросу о пробелах в Конституции // Пробелы в российской Конституции и возможности ее совершенствования. — М., 1998.
32. Бурдые П. Социология политики. — М., 1993.
33. Тропер М. Проблема толкования и теория верховенства конституции // Сравнительное конституционное обозрение. — 2005. — № 4 (53). — С. 171–181.
34. Верещагин А. Особые мнения в российских судах // Сравнительное конституционное обозрение. — 2006. — № 4.

Гаджієв Г. А. Офіційне тлумачення Конституції: поєднання онтологічного та епістемологічного підходів

Анотація. У статті зроблено спробу відповісти на питання, чи може акт судового тлумачення і його результат у вигляді правової позиції бути одночасно актом волевиявлення і результатом наукового пізнання. Демонструється, що правові позиції Конституційного Суду, будучи передусім актами пізнання, водночас містять вторинні правові ідеї, що мають загальнообов'язкове значення, а тому є джерелом права. Наголошується на кореляції між правом на окрему думку, лібералізацією судової практики, розвитком права в судових актах та конституційним принципом демократії.

Ключові слова: онтологічний підхід, епістемологічний підхід, конституційно-правовий концептуальний простір, перетворення Конституції, тлумачення норм Конституції, права інтерпретація.

Гаджієв Г. А. Официальное толкование Конституции: сочетание онтологического и эпистемологического подходов

Аннотация. В статье предпринята попытка ответить на вопрос, может ли акт судебного толкования и его результат в виде правовой позиции быть одновременно актом волеизъявления и результатом научного познания. Демонстрируется, что правовые позиции Конституционного Суда, представляя собой прежде всего акты познания, вместе с тем содержат вторичные правовые идеи, имеющие общеобязательное значение, а поэтому являются источником права. Подчеркивается корреляция между правом на особое мнение, либерализацией судебной практики, развитием права в судебных актах и конституционным принципом демократии.

Ключевые слова: онтологический подход, эпистемологический подход, конституционно-правовое концептуальное пространство, преобразование Конституции, толкование норм Конституции, правовая интерпретация.

Gadzhiev G. Official Interpretation of Constitution: Combination of Ontological and Epistemological Approaches

Summary. The article attempts to answer the question whether the act of judicial construction and its result — legal view — can be simultaneously the act of will and the result of scientific knowledge. The article illustrates that legal views of the Constitutional Court are first of all the acts of cognition, but also contain secondary legal ideas which have obligatory meaning; therefore they are sources of law. The author emphasizes the correlation between the right to special view, liberalization of the judicial practice, development of law in the court acts and constitutional principle of democracy.

Key words: ontological approach, epistemological approach, constitutional legal conceptual space, transformation of the Constitution, construction of norms of the Constitution, legal interpretation.