



doi:10.22363/2313-2337-2017-21-1-28-52

МЕХАНИЗМ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В США КАК ПРОЯВЛЕНИЕ КОНВЕРГЕНЦИИ В ПРАВЕ

Е.А. Петрова

Ивановский государственный университет
ул. Ермака, 39, Иваново, Россия, 153025

В статье рассматривается специфика механизма конституционного правотворчества в США в контексте сочетания различных форм правотворческой деятельности, в т.ч. свойственных разным правовым традициям. Уникальность американской правовой системы заключается в том, что она вобрала в себя черты как общего права, лежащего в ее основе, так и права континентального, приобретающего тем самым комплексный характер.

Конституционное правотворчество трактуется автором как осуществляемая компетентными правотворческими субъектами деятельность по созданию конституции как акта особого рода. При этом механизм конституционного правотворчества охватывает систему взаимосвязанных элементов (статический аспект) и последовательных стадий (динамический аспект), обеспечивающих создание и объективацию конституционных норм в форме соответствующего конституционного акта. Конвергентный характер механизма конституционного правотворчества в США проявляется в двух аспектах.

Первый аспект связан со спецификой принятия Конституции США. Так, в механизме конституционного правотворчества изначально был задействован инструментарий договорного правотворчества, однако результатом его стал не международный договор в его традиционном понимании, а нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой.

Второй аспект отражает дальнейшее развитие конституционных положений через внесение поправок в текст Конституции (что свойственно для континентальной конституционной традиции), а также и преимущественно через присущее общему праву судебное конституционное правотворчество. Последнее осуществляется через конституционные доктрины Верховного Суда США, с помощью которых конституционные нормы без формального изменения приобретают реальное звучание, соответствующее меняющимся социальным условиям.

Делается вывод, что механизм конституционного правотворчества в США, обусловленный интеграционной природой американской правовой системы в целом, выступает проявлением конвергенции в праве, при которой из трех форм правотворческой техники — договорной, законодательной и прецедентной берутся самые действенные инструменты и достигается наиболее эффективный правовой результат.

Ключевые слова: конвергенция; правотворчество; Конституция США; правовая система США; Верховный суд США; конституционные доктрины; прецедентное право

I. ВВЕДЕНИЕ

В настоящее время, когда во всех сферах общественной жизни, в том числе и правовой, происходят вызванные глобализацией интеграционные процессы,

вопросы конвергенции различных явлений и институтов приобретают особую актуальность. Конвергенция (от лат. *convergere* — приближаться, сходиться) в социальных науках означает сближение разных социальных систем (явлений), заимствующих друг у друга позитивные черты и свойства¹. Именно такие процессы мы наблюдаем на современной правовой карте мира, что позволяет говорить о юридической конвергенции и конвергенции в праве.

В научной литературе юридическая конвергенция определяется как «процесс взаимодействия элементов внутри системы права, права и иных регуляторов отношений в обществе, а также правовых систем различных государств, характеризующийся сближением, увеличением количества связей между элементами сближающихся объектов и определенной степенью согласованности воздействия этих элементов на общественные отношения» [1. С. 8]. Как видно из приведенного определения, юридическая конвергенция охватывает широкий круг отношений как правового, так и неправового характера (сближение права и морали и т.п.). В этом контексте понятие конвергенции в праве имеет более узкое содержание, ограничиваясь взаимодействием и взаимопроникновением именно правовых явлений, к каковым относятся и правотворческая деятельность. На это, в частности, обращает внимание О.Д. Третьякова, отмечая, что в зависимости от предмета целесообразно выделять *собственно правовую* и *неправовую*, но *опосредованную правом* юридическую конвергенцию: «Собственно правовая конвергенция, в свою очередь, делится на *правотворческую*, *правоприменительную* и *интерпретационную* юридическую конвергенцию» [1. С. 11].

Нельзя не отметить, что само понимание категории «правотворчество» может служить отражением конвергенции во взглядах ученых-юристов. Оно всё реже трактуется в узко позитивистском смысле как деятельность государственных органов по созданию, изменению, отмене норм права. В его содержание добавляются элементы различных типов правопонимания и даже различных видов юридической деятельности. Так, например, по мнению С.В. Синюкова, правотворчество как «многоаспектный институт современного правового регулирования имеет сложную разноуровневую организацию, включающую элементы правообразования, нормообразования, законотворчества, правореализации, правосознания, анализ которых в данном контексте предполагает применение системного подхода» [2. С. 7]. Однако, на наш взгляд, подобная конвергенция в интерпретации юридических категорий не всегда целесообразна, так как уводит от понимания специфической сущности исследуемого правового явления. Поэтому мы придерживаемся более узкого нормативистского подхода к

¹ Современная энциклопедия. Режим доступа: <http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc1p/23618/КОНВЕРГЕНЦИЯ>. Дата обращения: 07.12.2016.

правотворчеству как деятельности по созданию формально-юридических источников права, осуществляемой от имени государства компетентными правотворческими субъектами и обеспечиваемой системой государственных гарантий и санкций [3. С. 231], которая завершает процесс образования права. Наличие соответствующих элементов и стадий позволяет выделять механизм правотворчества в статике и динамике. В статике механизм правотворчества охватывает совокупность элементов, обеспечивающих создание права, к которым, на наш взгляд, можно отнести: 1) субъектов правотворчества (институциональный элемент); 2) способы, приемы правотворческой техники (инструментальный элемент); 3) сами правила поведения (содержательный элемент); 4) формы (источники) права (формальный элемент). Сущностные характеристики указанных элементов зависят от вида правотворческой деятельности.

Механизм правотворчества в динамике отражает последовательность стадий правотворческой деятельности, которая обуславливается конкретным видом правотворчества, но в самом общем виде включает: 1) выработку самого правила поведения; 2) придание правилу юридической формы в соответствующем источнике права. После прохождения первой стадии мы получаем норму — правило поведения общего характера, но только после прохождения второй стадии эта норма становится правовой, т.е. приобретает общеобязательную силу. В реальности эти две стадии могут осуществляться одновременно, а могут быть и разделены во времени [4. С. 19–23].

Исходя из указанного понимания правотворчества, конституционное правотворчество можно определить как осуществляемую компетентными правотворческими субъектами деятельность по созданию конституции как акта особого рода. При этом механизм конституционного правотворчества будет охватывать систему взаимосвязанных элементов (статический аспект) и последовательных стадий (динамический аспект), обеспечивающих создание и объективацию конституционных норм в форме соответствующего конституционного акта. Если исходить из отечественной правовой традиции, то в качестве субъектов конституционного правотворчества рассматриваются народ и (или) его представители; в качестве «способа» создания конституционных норм — технико-юридические приемы особого законодательного процесса; в качестве содержательного элемента — конституционные принципы и нормы; в качестве формы права и одновременно результата — особый вид нормативного правового акта — конституция. Такое понимание механизма конституционного правотворчества в целом характерно для континентального права, т.е. для стран романо-германской правовой семьи. В отличие от них, например, в Англии отсутствует конституция как единый писанный акт, и соответственно механизм конституционного правотворчества будет включать другие элементы, связанные не только с принятием нормативных актов, но и с формированием конституционных обычаев и прецедентов, которые и выступают основными источниками (формами) права в странах общего права. Однако в некоторых правовых систе-

мах механизм конституционного правотворчества сочетает в себе элементы различных правовых традиций, что и позволяет рассматривать его как одно из проявлений конвергенции в праве, причем в такой важной для государства сфере, как создание конституционных норм, закрепляющих основы государственного устройства и правового положения личности. Примером такого «конвергенционного» механизма выступает конституционное правотворчество в США.

Американская правовая система уникальна по своей природе: зародившаяся в недрах общего права, она затем всё больше отделялась от своего прародителя — прецедентного права Англии, вбирая черты континентального права и трансформируясь в правовую систему комплексного характера. Рубежной чертой в этом процессе, обозначившей начало формирования собственного американского права, как раз и стало принятие Конституции США как единого писанного акта.

II. МЕХАНИЗМ ПРИНЯТИЯ КОНСТИТУЦИИ США

История принятия американской Конституции — это история самого американского народа, история его борьбы за независимость, за основные гражданские права и свободы. Гладстон однажды сказал: «В то время, как британская конституция — самый тонкий механизм, когда-либо возникший в ходе постепенного исторического развития, американская конституция — самое замечательное творение, когда-либо созданное умом и волей человека» [5. С. 118]. А точнее — умами известнейших американских деятелей (Дж. Вашингтона, А. Гамильтона, Дж. Медисона, Дж. Уилсона, Б. Франклина и др.), собравшихся в 1787 г. в Филадельфии на одном из самых знаменитых Конвентов новой истории. Механизм принятия первой и на настоящий момент единственной американской Конституции специфичен уже в силу того, что осуществлялся технико-юридическими средствами, характерными для континентального процесса правотворчества, хотя фактически происходил в стране прецедентного права. И данный элемент правовой конвергенции сразу поставил правовую систему США на особое место в семье общего права.

Принятие Конституции США было обусловлено реальными экономическими, политическими, социальными и идеологическими обстоятельствами. Развал «вечного Союза», чудовищный партикуляризм, экономический хаос, угроза гражданской войны — все это требовало создания единого государства на базе 13 практически независимых штатов. Как отмечают американские исследователи, в континентальном Конгрессе было слишком мало способных людей и его престиж был слишком низок для того, чтобы он сам мог выработать более удачную форму правления [5. С. 125]. В результате под влиянием нескольких дальновидных деятелей, прежде всего А. Гамильтона, в феврале 1787 г. Конгресс принял резолюцию о созыве в мае в Филадельфии специального конвента из делегатов, назначаемых штатами, «с единственной целью пересмотреть

Статьи конфедерации. Однако конвент пошел дальше, он принял конституцию...» [6. С. 34].

Исследователи отмечают, что в аргументах делегатов в ходе разработки проекта Конституции нашли отражение различного рода факторы, и прежде всего колониальный «конституционализм», опыт конституционного развития независимых штатов, британская — идеализированная — модель государственности, политические учения современного им мира (в первую очередь Дж. Локка и Ш. Монтескье). «Отцы-основатели» исходили из того, что государственное правление должно основываться на *договоре народа с правительством*. Последнее, согласно этому договору, обязано обеспечивать должное осуществление естественных прав народа, а тот, в свою очередь, — проявлять преданность и послушание по отношению к правительству [7. С. 69, 71]. В итоге в основу Конституции США были положены важнейшие принципы конституционализма: принцип федерализма, принцип разделения власти и принцип верховенства федерального права. При этом последний поставил на вершину в иерархии источников американского права именно Конституцию: «Настоящая Конституция и законы Соединенных Штатов, принимаемые во исполнение оной, равно как и все договоры, которые заключены или будут заключены от имени Соединенных Штатов, являются верховным правом страны; и судьи в каждом штате обязаны следовать таковому праву, что бы ему ни противоречило в Конституции или законах любого штата...» (статья VI) [8. С. 18]. Идея о верховенстве Конституции была для делегатов Конвента аксиомой: «Это положение вдохнуло в Конституцию силу, которой иначе она, быть может, никогда бы не имела. Эта статья является наглядной иллюстрацией того сочетания здравого смысла и вдохновения, практической изобретательности и дальновидности, которыми пропитан весь этот документ» [5. С. 135].

17 сентября 1787 г. состоялось заключительное заседание Конвента, одного из самых плодотворных собраний в истории человечества. Конституция была подписана делегатами 12 штатов, но для придания ей юридической силы необходима была в соответствии со ст. VII Конституции ратификация ее конвентами девяти штатов. Подобный порядок придания Конституции юридической силы был избран не случайно. Еще в период ее разработки выявилось два варианта решения вопроса о том, как должна приниматься конституция. Представители демократического лагеря, исходившие из того, что «справедливая власть» правительства должна основываться на «согласии управляемых», настойчиво подчеркивали, что конституционные акты не могут быть результатом нормотворчества парламентской или судебной власти, как это имело место в Англии: единственным законным источником конституции как практического воплощения общественного договора признавалось волеизъявление гражданского сообщества. Следовательно, конституция должна была приниматься только на основе прямого волеизъявления избирателей. Но идея прямой демократии была решительно осуждена умеренными федералистами, не доверявшими непосред-

ственно народу, как они считали, «эгоистичному», по своей природе, и одобрявшими только представительное правление. Не поддержали ее и такие демократы, как Т. Пейн и Б. Раш, полагавшие, что в государствах с большой территорией практически осуществимой может быть только представительная демократия, и советовавшие американцам не доверяться слепо опыту древнегреческих полисов. Однако положение о том, что конституция не может разрабатываться, одобряться и изменяться обычным законодательным собранием и что это право должно быть закреплено за специальными конституционными конвентами штатов, поддерживаемое большинством патриотов, все-таки нашло отражение в Основном законе [7. С. 45–47].

К июню 1788 г. ратификация необходимым количеством штатов была завершена. 4 июля 1788 г. в ознаменование принятия федеральной Конституции на улицах Филадельфии была организована большая процессия. На одной колеснице была изображена разваливающаяся, идущая ко дну вместе с капитаном «Глупость» шаланда «Конфедерация» (символическое изображение слабого правительства, основанного на «Статьях конфедерации»), а другая изображала стойкий корабль «Конституция», готовый к дальнему плаванию [5. С. 137–138]. И Конституция действительно была готова, и ее действительно ожидало «дальнее плавание», затянувшееся более чем на двести лет. Весной 1789 г. все было подготовлено для избрания президента и депутатов Конгресса и для начала работы нового правительства. При этом, как подчеркивает В.И. Лафитский, переход к новому конституционному строю был совершен мирным путем с сохранением преемственности государственной власти [9. С. 50].

Для своего времени Конституция США явилась, несомненно, революционным документом и оказала огромное влияние на развитие конституционализма во многих других странах мира. Согласно оценке Г. Аптекера, воплотившаяся в Конституции доктрина договорного образования правительства и четкого определения границ и прерогатив государственных органов означала «реализацию политических принципов Века Разума» [7. С. 66]. Это был акт основания страны, а не просто ее политическая хартия.

Рассматривая процедуру принятия американского Основного закона в контексте специфики механизма конституционного правотворчества, следует подчеркнуть, что установленное в Конституции требование о ратификации ее текста конвентами штатов подчеркивает ее специфическую природу как акта *договорного*, поскольку ратификация — это классическая форма выражения согласия на обязательность международного договора. Действительно, суверенные на тот момент штаты по сути заключили между собой соглашение о создании федерации как единого государства. Не случайно в статье VI Конституции, посвященной ратификации, говорится о «заключении» Конституции *между* штатами: «...the Establishment of this Constitution between the States...» [10. P. 24]. Подобная природа выделяет Конституцию США в ряду других конституций стран «общего права», в частности, отличает от конституций Канады и Австра-

лии, которые, хотя и являются также писаными, но содержатся в актах английского парламента.

Таким образом, в механизме конституционного правотворчества США изначально был задействован инструментарий договорного правотворчества, однако результатом его стал не международный договор в его традиционном понимании, а нормативный правовой акт, обладающий высшей юридической силой. Соответственно, на момент принятия Конституции США механизм конституционного правотворчества включил в себя:

- институциональный элемент: представителей и конвенты штатов как субъектов правотворчества;

- инструментальный элемент: способы и приемы договорного правотворчества — подготовка проекта текста конституции, его обсуждение и подписание представителями штатов, ратификация конвентами;

- содержательный элемент: конституционные нормы и принципы, в том числе принципы федерализма, разделения власти и верховенства Конституции;

- формальный элемент: Конституцию как особую разновидность нормативного правового акта.

Уже здесь мы наблюдаем проявление конвергенции в праве, так как результатом по сути договорного правотворчества становится не договор, а нормативный правовой акт. Динамический аспект механизма конституционного правотворчества отразил процесс выработки конституционных норм и подписания текста конституции участниками филаделфийского Конвента (первая стадия), а затем наделение этих норм обязательной юридической силой через ратификацию (вторая стадия). Причем переход Конституции США с юридической точки зрения из формы международного договора (ратифицированного штатами) в форму нормативного правового акта произошел именно в момент вступления ее в силу, так как в этот момент штаты утратили договорную правосубъектность, став субъектами единой федерации: «конституционный» договор прекратил свое действие, но нормы, содержащиеся в нем, не утратили своей силы, а трансформировались в новый источник. И в этот момент оправданными и обоснованными становятся предваряющие Конституцию США слова о принятии ее *народом* Соединенных Штатов как непосредственным субъектом конституционного правотворчества в духе континентальных правовых традиций: «Мы, народ Соединенных Штатов... торжественно провозглашаем и устанавливаем настоящую Конституцию для Соединенных Штатов Америки».

Конституция США сыграла величайшую роль не только в американской, но и в мировой истории. Как подчеркивают ученые, американская Конституция явилась первой писаной конституцией, первой конституцией в формальном значении этого слова, прогрессивным документом, «под влиянием которого в мире стала распространяться доктрина конституционализма» [11. С. 323]. Однако история создания американской Конституции не заканчивается 80-ми года-

ми XVIII в. Механизм конституционного правотворчества на тот момент был лишь запущен, но «работа» этого механизма продолжается по сей день.

III. МЕХАНИЗМ ВНЕСЕНИЯ ПОПРАВОК В КОНСТИТУЦИЮ США

Дело в том, что американская конституция в том виде, в каком она была одобрена Конвентом в 1787 г. и затем ратифицирована, представляла собой весьма краткий документ. Она состояла из преамбулы и 7 статей, из которых только 4 были разбиты на разделы. Статьи носили довольно пространственный характер (некоторые из них занимали несколько страниц) и в основном были посвящены вопросам структуры государственной власти в федерации (ст. I — законодательной власти, ст. II — исполнительной власти, ст. III — судебной власти). В сущности, Конституция представляла собой не более чем «скелет механизма власти» [12. С. 30].

Так, оригинальный текст федеральной Конституции не содержал в себе особой статьи или раздела, посвященных гражданским правам и свободам, хотя отдельные предписания в отношении них были. Как утверждают американские историки, «отцы-основатели» считали права личности «естественными», и поэтому не нуждающимися в фиксации в тексте Основного закона. Их перечисление могло бы быть истолковано как исчерпывающий список всех прав и свобод, что привело бы к посягательствам на те права и свободы, которые в него не вошли [13. С. 18]. Однако законодатели понимали, что большинство американцев хотят видеть в Основном законе прежде всего гарантию от любых посягательств государственных властей на их права и свободы. Поэтому уже в июне 1789 г. в первый Конгресс, созданный на основе Конституции, по предложению Д. Медисона были внесены первые 10 поправок, которые к 1791 г. были ратифицированы необходимым большинством штатов и одновременно вступили в силу.

Данные поправки составили так называемый Билль о правах (*the Bill of Rights*), поскольку были посвящены в основном закреплению важнейших политических и личных прав и свобод граждан, вытекающих из тех исходных естественных прав, которые были отражены еще в Декларации независимости 1776 г. Американский Билль о правах формально не инкорпорируется в основной текст Конституции и имеет собственную нумерацию. Однако, по справедливому замечанию А.А. Мишина, «есть все основания рассматривать Билль о правах как органическую часть Конституции» [14. С. 52].

Ученые обращают внимание на следующие характерные особенности данного документа. Во-первых, Билль о правах обеспечивал защиту только от произвола федеральных властей. Во-вторых, он заложил основы единой по своей сути, хотя и двухуровневой по структуре, конституционной системы прав и свобод. В-третьих, Билль о правах в полном соответствии с естественно-правовой доктриной оставил перечень прав и свобод открытым [9. С. 52]. Этот

документ явился своего рода Декларацией прав американского гражданина [15. С. 298], хотя провозглашенные в нем права в течение многих десятилетий фактически не распространялись на весьма значительную часть населения страны (рабов, коренных жителей захваченных территорий).

Происходившие в последующем изменения в жизни страны влекли за собой внесение соответствующих поправок в Конституцию. Некоторые поправки имели принципиальное значение, другие касались частных вопросов, третьи сначала вводили, а потом отменяли какие-либо положения (например, поправки XVIII (1919 г.) и XXI (1933 г.) соответственно вводили и отменяли «сухой закон»). Так, большое значение имели «поправки гражданской войны» (XIII–XV), принятые в 1865–1870 гг., которые закрепили юридические гарантии отмены рабства и равную защиту законом, а также поправки, реформировавшие избирательное право: поправка XIX (1920 г.) предоставила избирательное право женщинам; поправка XXIV (1964 г.) отменила ограничения избирательных прав на федеральных выборах «в связи с неуплатой какого-либо избирательного или иного налога»; поправка XXVI (1971 г.) снизила возрастной избирательный ценз до 18 лет.

Важно еще раз подчеркнуть, что поправки не включаются в основной текст Конституции, остающийся неизменным, а прилагаются к ней, имеют собственную нумерацию, но рассматриваются как неотъемлемая часть конституционного текста. И это не случайно, так как с точки зрения юридической техники принятие поправок к Конституции США происходит уже в рамках особого конституционного правотворчества между штатами — субъектами федерации, а не суверенными образованиями (статья V Конституции США).

Всего на настоящий момент (то есть за более чем двухвековую историю) в Конституцию США внесено 27 поправок, из которых действуют 26 (поправка XXI отменила поправку XVIII). Она представляет собой документ уникальной стабильности. Во многом это объясняется, по мнению американских исследователей, весьма сложной процедурой внесения изменений в Конституцию [16. Р. 264]. Действительно, специфической чертой американского Основного закона, которую нельзя не отметить, является то, что Конституция США — «жесткая» конституция. Статья V Конституции США предусматривает, что поправки к Конституции могут быть приняты 2/3 членов обеих палат Конгресса либо специальным конвентом, созванным по инициативе законодательных собраний 2/3 штатов, и затем «законодательные собрания 3/4 штатов или конвенты в 3/4 оных в зависимости от того, какую форму ратификации предложит Конгресс», должны ратифицировать вносимую поправку, чтобы она приобрела юридическую силу. С 1917 г. Конгресс, как правило, устанавливает сроки для ратификации: если за отведенное время поправка не будет ратифицирована, она считается отклоненной. В результате достаточно сложной процедуры внесения изменений в американскую Конституцию за два века ее существования было предло-

жено более 5000 поправок, Конгресс принял около 40 из них, из которых только 27 были ратифицированы необходимым большинством штатов [11. С. 324].

Закрепление столь сложного порядка внесения изменений в Основной закон было не случайным. Создатели Конституции хотели придать ей особую устойчивость и предупредить внесение политически скоропалительных текстуральных изменений. Необходимость особого, усложненного порядка изменения писаной конституции выводилась из теории народного суверенитета, согласно которой только народ обладал учредительной властью и только он мог изменять и ревидовать принятый им же Основной закон. Из этой посылки делался вывод, что писаная конституция, как плод учредительной власти народа (*an act of the people themselves*), должна изменяться и дополняться в порядке, отличном от того, в соответствии с которым принимаются обычные законы [7. С. 76].

IV. МЕХАНИЗМ СУДЕБНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА В США

Однако механизм конституционного правотворчества США, будучи проявлением конвергенции в праве, воплотил в себе особую процедуру, позволившую адаптировать текст Конституции США к меняющимся социально-политическим условиям без внесения официальных поправок через *судебное конституционное правотворчество*, создающее так называемую «живую» конституцию. Но здесь надо сделать ряд важных уточнений.

Дело в том, что, исходя из закрепленного в Конституции США принципа разделения властей, судебная власть не наделяется правотворческими функциями, имея основной задачей осуществление правосудия путем реализации права, а не его создания. Согласно Конституции США основными «творцами» права выступают законодательные органы, а основными источниками права — законы (*laws*). Не случайно в тексте Конституции термин «прецедент» ни разу не упоминается. Какова же природа судебного правотворчества в США?

Во-первых, необходимо учитывать, что традиции прецедентного права были заложены еще на заре формирования американской правовой системы первыми английскими поселенцами. Механизм судебного правотворчества сложился в США в процессе самого формирования американской правовой системы под непосредственным влиянием унаследованного из английской практики правила прецедента — *stare decisis* («стоять на решенном»), что и сделало возможным превращение судебных решений в важнейший источник права и расцвет на американской почве «казуального» права [17. С. 102]. Во-вторых, значительную роль в признании судебных правотворческих функций сыграл и господствующий тип правопонимания, утвердившийся в американской правовой доктрине, — социологическая юриспруденция. В качестве основных «творцов» права социологическая юриспруденция рассматривает в первую очередь не законодательные органы, а судей, которые призваны отыскивать «живое» право в

недрах самого общества. Под воздействием концепций «социологической юриспруденции» судьи стали выступать открыто как активные участники правотворческого процесса, а не как «автоматы», которые «механически» извлекают соответствующую правовую норму из созданной помимо них правовой системы и столь же «механически» прилагают ее к конкретному делу [18. Р. 32].

Таким образом, Конституции США, принятой в качестве единого писаного акта, как и большинство «континентальных» конституций, предстояло действовать в правовой системе, основанной на традициях прецедентного права и признающей активную роль судей в правотворческом процессе. Поэтому конституционные нормы неизбежно оказались под пристальным вниманием судебной системы и, более того, попали в определенную зависимость от прецедентного права, несмотря на объявление Конституции «верховным правом страны». Судьи же стали непосредственными участниками (субъектами) конституционного правотворчества, в первую очередь благодаря праву осуществлять *толкование Конституции*, создавая прецеденты-толкования, формирующие конституционные доктрины. Причем данное право судьи по сути признали за собой сами.

Необходимость интерпретации конституционных положений обусловлена спецификой самого конституционного текста. Принятая в XVIII в., она не только отразила характерные для своего времени идеи «общественного договора» и «разделения власти», но и достаточно неопределенный юридический язык того периода. Американские государствоведы вынуждены констатировать: «Конституция стоит в ряду наших наиболее противоречивых, смутных и неполных законов» [17. С. 111]. Превратить же формальный текст конституции в реально действующий «живой» механизм предстояло главному судебному органу США — Верховному суду США. Как подчеркивает в этой связи С.Л. Сергеева, конституционное судебное правотворчество — это функция Верховного суда США, осуществляемая наряду с функцией отправления правосудия и позволяющая Суду раскрывать лаконичные положения Конституции США, насыщая их новым смыслом сообразно меняющейся в обществе обстановке [19. С. 37].

Следует сразу отметить, что в Конституции США нет прямого указания на право Верховного суда толковать ее положения. Право высшей судебной инстанции толковать конституционные нормы тесно связано с другим правом Верховного суда, тоже нигде не закрепленным, но признаваемым за ним, — правом осуществления *судебного контроля за конституционностью законов*. Каждый юрист в США знает наизусть известные слова Дж. Маршалла, «творца» института судебного контроля: «Несомненно, именно суду принадлежит

право и обязанность говорить, что есть закон»². А поскольку Конституция по природе своей есть закон, «естественно и неизбежно, именно судьи выступают ее интерпретаторами» [20. Р. 8]. Осуществляя конституционный контроль, суд, чтобы проверить соответствие закона той или иной норме Конституции, должен в первую очередь установить подлинный смысл данной нормы, ее действительное содержание, что он и делает в процессе ее толкования. Однако при этом суд нередко выходит за рамки чисто интерпретационной деятельности, по сути создавая новые нормы, то есть осуществляет деятельность правотворческую. Как справедливо отмечал сенатор Норрис: «Фактически и по существу Верховный суд действует... во всех отношениях как *настоящий продолжающийся конституционный конвент* (курсив мой — Е.П.)» [17. С. 116].

Правом осуществлять конституционный контроль обладает не только Верховный суд США, но и высшие судебные инстанции штатов, как, впрочем, и нижестоящие суды. Однако действительное значение их прецедентов толкования определяется тем, в какой степени сформированная ими судебная практика соответствует установившимся представлениям Верховного суда о принципах подхода к определенной проблеме, правилах ее толкования, поскольку в противном случае решения данных судов могут быть отменены Верховным судом США. Более того в 1958 г. в решении по делу *Cooper v. Aaron* Верховный суд подтвердил в качестве неизменной, фундаментальной черты американской конституционной системы принцип «верховенства судебного толкования» (*judicial supremacy*), заключающийся в признании верховенства даваемого Верховным судом толкования Конституции по отношению к толкованию, осуществляемому другими ветвями власти³. С тех пор общераспространенной стала позиция, что именно судьи Верховного суда обладают «последним словом в интерпретации конституционных положений и именно их решения определяют для каждого подлинное значение Конституции» [20. Р. 6].

Необходимо отметить также, что наибольшее влияние на текст Конституции в процессе ее интерпретации Верховным судом оказывают не отдельные прецедентные решения, а вырастающие на их основе благодаря правилу *stare decisis* конституционные доктрины, которые представляют собой своеобразную комбинацию конституционного текста с серией единообразных судебных решений. Именно судебные конституционные доктрины приобретают особенно большую практическую значимость и играют важнейшую роль в процессе постоянно идущей ревизии Конституции. Конституционные доктрины, в отличие от официальных поправок к Конституции, всегда оставляют большой простор для правового и политического маневрирования и являются, по существу, «бездонным резервуаром», из которого в любой момент стараниями «верховных су-

² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

дей» могут быть почерпнуты необходимые средства для проведения соответствующих реформ. По образному выражению П. Роузена, «судьи Верховного суда не выступают как повивальные бабки в конституционных изменениях, а скорее могут рассматриваться как отцы конституционных доктрин, составляющих право страны» [17. С. 117–118].

4.1. Особенности толкования Конституции Верховным судом США

Процесс толкования Верховным судом конституционных положений имеет ряд особенностей по сравнению с толкованием обычных законов, что предопределяет специфику создаваемых им прецедентов.

Во-первых, в сфере толкования конституционных норм Верховный суд в меньшей степени придерживается принципа строгого следования прецеденту (*stare decisis*), чем в других отраслях американского права. Более вольное обращение суда со своими собственными предшествующими прецедентами в делах, связанных с разрешением конституционных вопросов, обычно объясняется тем, что в таких делах именно сама Конституция, а не производные по отношению к ней прежние решения суда, выступает в качестве принципиального и первоначального правового стандарта. В решении по делу *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.* Верховный суд констатировал, что «в процессах, где затрагивается федеральная конституция и где последующая коррекция с помощью законодательного действия практически невозможна, данный суд часто пересматривает свои решения»⁴.

Следующая особенность проистекает из неопределенности юрисдикционных условий, соблюдение которых, согласно доктринам самого Верховного суда, необходимо для разрешения «конституционных вопросов». Так, специфическим приемом, используемым Верховным судом для признания невозможности рассмотрения дела в судебном порядке, является созданная им самим конституционная доктрина «политического вопроса». Суть данной доктрины состоит в том, что федеральные суды, будучи в соответствии с американской конституционной фразеологией «судами права» (*courts of law*), могут принимать к своему рассмотрению лишь те дела, в которых содержится спор о праве, тогда как дела, содержащие «политический конфликт», должны улаживаться не в судебном, а в политическом порядке другими «ветвями» государственной власти. Но ведь большинство конституционных положений носят как раз политический характер. Подчеркивая дискреционный характер данной конституционной доктрины, Д. Роуд и Г. Спеф писали: «Простейшее и наиболее откровенное определение политического вопроса является следующим: политический вопрос —

⁴ *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 288 U.S. 338 (1932).

это все то, что признает таковым суд» [17. С. 122]. Ссылка на весьма неопределенную доктрину «политического вопроса» неоднократно использовалась Верховным судом для того, чтобы уклониться от рассмотрения конституционных конфликтов, в которые суд по разным политическим соображениям предпочитал не втягиваться.

Третья, пожалуй, самая неоднозначная, особенность заключается в том, что в сфере интерпретации конституционных положений Верховный суд не связан какими-либо жесткими или устоявшимися принципами толкования и располагает большой свободой усмотрения. Р. Давид отмечал, что «Конституция США всегда достаточно гибко толковалась Верховным судом США. Здесь судьи Верховного суда США своими методами толкования опередили на 100 лет телеологические методы толкования, введенные во Франции Жоссераном». По его мнению, пример Основного закона США очень интересен, так как показывает, что передовые теории, существующие в отношении толкования закона в странах романо-германской правовой системы, могут быть приняты и в странах общего права: «В США не колеблясь отбросили в том, что касается федеральной Конституции, классические аксиомы, согласно которым в законе следует видеть лишь поправки и дополнения к общему праву и устанавливающие принципы ограничительного толкования законодательных текстов» [15. С. 300–301]. Судья Ч.Э. Хьюз говорил: «Мы подчинены конституции, но конституция — это то, что скажут о ней судьи» [17. С. 111]. В одном из решений Верховного суда прямо закреплялось, что Конституция была «написана для того, чтобы быть понятной избирателям», лишена технико-юридических тонкостей, а поэтому и ее слова с неизбежностью толковались в самых разнообразных направлениях⁵.

Так, В.И. Лафитский подчеркивает, что Верховный суд США не придерживается строго каких-либо единых приемов конституционного толкования. Формы его меняются и зависят от множества обстоятельств: характера конституционных предписаний; социально-экономических и политических факторов, определяющих общую ориентацию Верховного суда; правовых и психологических установок, которыми руководствуются судьи. При этом в истории Верховного суда США исследователь выделяет два основных подхода к природе и формам конституционного толкования. Первый — «механистический» — выводит на первый план необходимость выявления истинного намерения отцов-основателей и построения юридических конструкций, жестко увязанных с «буквой» Конституции. При всех достоинствах данного подхода, связанных со стремлением сохранить первоначальный смысл Конституции, он нередко не позволял решать конституционные проблемы и препятствовал проведению необходимых реформ, что и предопределило появление новых подходов к консти-

⁵ *United States v. Sprague*, 282 U.S. 716 (1931).

туционному толкованию. Так, вторым направлением стало «конструктивное» толкование, в котором «буква» Конституции служит лишь отправной точкой дальнейших логических построений. При этом «конструктивное» толкование пережило две волны: первая связана с позитивистским, а вторая с социологическим подходом к праву. «Позитивистское» толкование воспринимало Конституцию как фундамент защиты частной собственности и тех высших принципов права, которые были положены в основу американского общества. Постепенно оно уступило место «социологическому» толкованию, основоположником которого стал судья Верховного суда США О. Холмс, отмечавший, что «положения Конституции — это не математические формулы», а потому конституционные вопросы должны рассматриваться «в свете нашего опыта, а не только в контексте того, что было сказано сто лет назад» [21. Р. 5]. «Социологическое» толкование заметно раздвинуло рамки Конституции, придав конституционным формулам современное звучание, однако оно нередко вызывало отторжение у многих судей Верховного суда, не склонных принимать на себя функции «конституционного конвента». Подобная тенденция, как отмечает В.И. Лафитский, судя по всему, стала господствующей на рубеже XX–XXI столетий: Верховный суд США более осторожно подходит к приемам конституционного толкования, постепенно вырабатывая новые подходы на основе сочетания «механистического» и «конструктивного» видения Конституции США при явном перевесе первого из них [9. С. 124–129]. Очевидно, что подобный компромисс позволяет обеспечить наиболее эффективное действие конституционных норм в меняющихся социальных реалиях.

Исходя из вышеуказанных особенностей, можно выделить следующую структуру механизма судебного конституционного правотворчества в США:

- институциональный элемент: Верховный суд США как субъект правотворчества;
- инструментальный элемент: доктрина конституционного толкования (интерпретационная техника);
- содержательный элемент: конкретизация и дополнение конституционных норм;
- формальный элемент: прецеденты толкования (конституционные доктрины).

Динамическая сторона механизма конституционного судебного правотворчества отражает процесс выведения прецедентной нормы с использованием соответствующих способов на основе текста конституции и наделение ее обязательной силой согласно правилу *stare decisis*. И в этом процессе мы видим сочетание по сути двух видов юридической деятельности: правотворческой и интерпретационной. Интерпретация проявляется в том, что суд создает прецедент толкования не на «пустом месте», а на основе уже имеющегося текста конституционной нормы. Но содержание этой нормы не ограничивается «буквой» закона, что и позволяет суду привносить в конституционный текст новое содер-

жание, и этом проявляется его правотворческая функция, хотя грань в этом процессе между расширительным толкованием и правотворчеством очень тонкая. Однако, учитывая, что речь идет об американской, по природе своей прецедентной, правовой системе, в установлении этой грани особого практического смысла нет, поскольку американские судьи могут не только толковать нормы права, но и создавать их.

4.2. Действие механизма судебного конституционного правотворчества (практика Верховного суда США)

Саму «работу» данного механизма правотворчества лучше всего иллюстрируют конкретные примеры из практики Верховного суда США.

Так, Верховный суд сыграл значительную роль в толковании конституционных прав и свобод граждан, в т.ч. содержащихся в поправках к Конституции.

Ни одна другая поправка, пожалуй, не становилась столь часто предметом рассмотрения в Верховном суде, как поправка XIV, точнее, ее раздел 1, предусматривающий, что «ни один штат не может лишать какое-либо лицо жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры или отказывать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите закона». Как отмечает Л. Фридмэн, «девять десятых современного конституционного права вырвались, как ракета, из двух содержательных фраз: “надлежащая правовая процедура” и равная “защита закона”... доктрины выпрыгивали из этих нескольких слов, как кролики из шляпы фокусника» [22. С. 156].

Например, гарантированная Конституцией «равная для всех защита законом» стала краеугольным камнем в решении расовой проблемы в США. Изначально в деле *Plessy v. Ferguson* Верховный суд на основе данной нормы выработал конституционную доктрину «разделенных, но равных возможностей» («separate but equal») ⁶, которая более чем на полвека легализовала сегрегацию в американском обществе. Лишь в 1954 г. Верховный суд в известнейшем деле *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas* принял важное решение о неконституционности сегрегированного школьного обучения ⁷. В единогласном постановлении суда, подготовленном его председателем Э. Уорреном, полностью отвергалась теория и практика «раздельного, но равного» обучения в государственных школах. В решении говорилось, что «условия раздельного обучения в принципе не могут быть равными, а следовательно, они противоречат положению поправки XIV к Конституции о равной для всех защите закона» [23. Р. 528–531]. Хотя в решении 1954 г. концепция «разделенных, но равных» возможностей объявлялась незаконной только в системе государственных учебных

⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas*, 347 U.S. 483 (1954).

заведений, Верховный суд впервые с 1896 г. поставил под сомнение конституционность системы расовой сегрегации в целом. В 1976 г. в решении Верховного суда по делу *Runyon v. McCrary*, за которое проголосовало большинство судей, в том числе и председатель У. Бергер, впервые было заявлено, что частные школы, даже полностью независимые в финансовом отношении от государства, не могут отказывать в «приеме кандидатам в учащиеся только потому, что они являются неграми»⁸. Своими решениями Верховный суд дал толчок к принятию Конгрессом целого ряда законов о гражданских правах, об избирательных правах и других актов, направленных на преодоление расовой дискриминации и сегрегации.

Еще более ярко участие Верховного суда в конституционном правотворчестве проявилось в легализации новых прав, прямо не указанных в тексте Конституции, и придании им характера конституционных. Оно базируется на поправке IX к Конституции, устанавливающей, что перечисление в Основном законе определенных прав не должно толковаться как отрицание или умаление других прав, сохраняемых народом. Доктрина «фундаментальных» прав, подразумеваемых Конституцией, во многих случаях дает возможность современным юристам отстаивать права граждан, лишенные формальной конституционной охраны, от произвола со стороны властей.

Так, например, Верховный суд, опираясь на XIV и IX поправки, сформулировал самостоятельное конституционное право, которое не указано в тексте Основного закона, — “*privacy*” (право на неприкосновенность частной жизни). Как подчеркивают исследователи, из всех личных прав граждан в США “*privacy*” является самым ярким образцом реализации правотворческой функции Верховным судом США [19. С. 129]. В литературе отмечается, что американский термин “*privacy*” не имеет адекватного емкого аналога ни в русском языке, ни в российском праве. Под “*privacy*” понимаются все те аспекты жизни человека, которые подлежат безусловной правовой охране от каких-либо посягательств извне (будь то со стороны государства или других индивидов): интимный мир человека, сфера его личных отношений, в том числе семейная жизнь, убеждения, личные права, неприкосновенность личности, жилища, корреспонденции, репутация, личные неформализованные связи с другими людьми, религиозные и политические убеждения. Американские юристы включают сюда и такие понятия, как право человека контролировать «собственное жизненное пространство», «собственную личность», «информацию о самом себе» [24. С. 55–58].

Первым ключевым решением о невмешательстве в частную жизнь стало решение по делу *Griswold v. Connecticut*, где Верховный суд США впервые

⁸ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976).

сформулировал «*privacy*» как конституционное право личности. Суть данного дела заключалась в следующем: закон штата Коннектикут запрещал использование противозачаточных средств, в том числе и супругами. Соответственно любая консультация, связанная с применением противозачаточных средств, также признавалась противозаконной. В результате предоставления двумя сотрудниками центра по сознательному материнству информации супружеской паре о применении противозачаточных средств эти сотрудники были осуждены и наказаны штрафом. Верховный суд США, рассматривавший дело в апелляционном порядке, признал закон штата Коннектикут неконституционным. При оглашении решения Верховного суда по делу *Griswold v. Connecticut* прозвучали следующие слова: «Мы здесь имеем дело с “*privacy*”, которое по возрасту старше Билля о правах — оно старше наших политических партий, старше нашей школьной системы...» (представитель судейского большинства судья Дуглас) [25. С. 35].

Верховный суд США подтвердил возможность семье самостоятельно без государственного вмешательства определять порядок деторождения. При этом Суд нашел обоснование своего решения во множестве фрагментов текста Конституции США, несмотря на то, что ни в одном положении Основного закона понятие “*privacy*” не используется. «Самые различные конституционные гарантии создают зоны “*privacy*”. Право на объединение в ассоциации, содержащееся в попутонах I поправки к Конституции, является одной из таких гарантий. III поправка в своем запрете на постой солдат «в любом доме» в мирное время без согласия владельца представляет собой еще один аспект этого “*privacy*”. IV поправка четко утверждает “права народа на охрану личности, жилища и имущества от необоснованных обысков и ареста”... V поправка в своей клаузуле о недопустимости принуждать к даче самообвиняющих показаний дает возможность гражданину образовать зону “*privacy*”, которую государство не может заставить его уступить... Все такого рода дела свидетельствуют, что “*privacy*”, которое по данному делу взывает к своему признанию, является законным» [24. С. 55–58]. Суд обосновывал свое решение не только первыми пятью поправками, но и X поправкой, где указано, что полномочия народа не ограничиваются текстом Конституции США. Таким образом, Суд ссылаясь не на одно конкретное положение Основного закона, а через толкование его нескольких положений признал действующим право на неприкосновенность частной жизни [19. С. 132–134].

Через несколько лет после дела *Griswold* было вынесено еще одно, имеющее такое же фундаментальное значение решение по делу *Roe v. Wade*, касающееся вопроса частной жизни (запрет на аборт), в котором Суд еще более осно-

вательно определил понятие “*privacy*”⁹. В целом содержание “*privacy*” не является исчерпывающим: частная жизнь — многогранное понятие, которое развивается решениями Верховного суда США.

Такое конституционное правотворчество судебной власти было полностью одобрено Конгрессом. Суд фактически создал конституционное право, которое ранее не существовало и не упоминалось в тексте Конституции США. В Акте «О “*privacy*”» 1974 г. было указано следующее: «Конгресс полагает, что... право на “*privacy*” является личным и фундаментальным правом, охраняемым Конституцией США»¹⁰. Таким образом, судебная власть, обеспечив правовое закрепление прав человека на охрану “*privacy*”, предоставила американцам конституционный аргумент против любого вторжения власти в частную жизнь [19. С. 134].

Приведенные примеры наглядно показывают ту роль, которую играет Верховный суд в развитии положений американской Конституции и ее приспособлении к меняющимся социально-экономическим условиям. Как справедливо отмечает В.И. Лафитский, в «Соединенных Штатах истинным конституционным законодателем, бесспорно, является Верховный суд США» [9. С. 124].

Говоря о значимости правотворческой деятельности Верховного Суда, важно также подчеркнуть то обстоятельство, что конституционные доктрины, создаваемые данным Судом в процессе толкования Конституции, очень трудно преодолеть даже высшему законодательному органу страны — Конгрессу. Чтобы вынудить Верховный суд отказаться от его конституционных доктрин, Конгрессу необходимо внести поправки в Конституцию, а сделать это чрезвычайно трудно. Из-за сложностей ратификационного процесса Конгресс прибегает к данной мере лишь в самых исключительных случаях. Из 27 поправок к Конституции лишь четыре (XI, XIV, XVI, XXVI поправки) были приняты как непосредственный результат пересмотра судебных конституционных доктрин [17. С. 168]. Но и эти поправки достаточно гибко толковались Верховным судом и наполнялись порой весьма противоречивым содержанием. Таким образом, процесс конституционного правотворчества опять завершается интерпретационной деятельностью Верховного суда США.

Как справедливо подчеркивают исследователи, Верховный суд США никогда не ограничивался интерпретационной деятельностью в узком понимании. В процессе толкования конституционных норм и принципов деятельность судей направлена на реализацию правотворческой функции, имеющей в своей основе обеспечение устойчивости американского государства и сохранение базовых ценностей правовой идеологии, прежде всего приоритета фундаментальных прав и свобод [19. С. 171]. Судебный активизм и конституционное правотвор-

⁹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁰ *The Privacy Act of 1974*. 5 U.S.C. § 552a.

чество позволяют Верховному суду искать в конституционном праве США пути к компромиссам, ослаблять социальную напряженность. Судьям зачастую удается более тонко уловить специфику конкретной ситуации и быстрее найти оптимальные средства смягчения острых конфликтов, чем законодателям. Судебный метод приспособления Конституции к потребностям текущего дня является наиболее эволюционным, а потому, на наш взгляд, наиболее приемлемым.

V. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Именно благодаря прецедентному праву Конституция США продолжает оставаться современной: прецедентное право не только позволяет полностью не обновлять конституцию или принимать новую, как это происходит в странах Европы, но и сравнительно редко вносить в нее поправки [26. С. 91]. Подобно живому организму, Конституция США находится в состоянии постоянного развития и приспособления к действительности, «во многих отношениях она заново пишется каждым новым поколением» [Цит. по: 7. С. 180]. И ведущую роль в «написании» этого «нового» текста Основного закона Соединенных Штатов играет именно Верховный суд США. Без его прецедентов толкования слова Конституции фактически мертвы: является ли смертная казнь «жестоким и необычным наказанием», запрещенным Конституцией, соответствуют ли эвтаназия и производство аборта «надлежащей правовой процедуре», необходимой по Конституции для правомерного лишения жизни, нарушает ли запрет на торговлю порнографическими изданиями гарантированную Основным законом свободу слова и печати, — на все эти вопросы дает ответ не формальный текст Конституции США, а прецеденты его толкования высшей судебной инстанцией страны. Не случайно среди практикующих юристов наибольшей популярностью пользуются аннотированные издания Конституции США, содержащие ссылки на соответствующие прецеденты ее толкования Верховным Судом США [27].

Однако ученые отмечают и определенные недостатки американского конституционного судебного правотворчества, подчеркивая при этом, что многие из отрицательных его сторон являются следствием сохраняющегося своеобразия американской правовой системы, и в ряде случаев продолжением ее достоинств. Так, С.Л. Сергеева указывает на то, что, во-первых, вследствие нерешенности проблемы судебного интерпретивизма как основного внутреннего «ядра» правотворчества отсутствовала определенность в основных конституционных целях, и, как следствие, правотворчество Верховного суда США представляло собой реагирование на возникающие проблемы, осуществлялось в духе *«ad hoc»*, что не способствовало разработке ясных и определенных положений права. Во-вторых, структура источников конституционного права и способность Верховного суда США отказываться от собственных прецедентов — это одновременно и положительная черта, и недостаток, имевший негативные последствия для правовой стабильности. В-третьих, с целью компенсировать «жест-

кую», сложную и почти нереальную процедуру изменения и принятия поправок Верховный суд США при поддержке или по умолчанию других ветвей и уровней власти прямо использовал правотворческую функцию, что также не может быть охарактеризовано однозначно положительно, по меньшей мере, по двум причинам. Прежде всего, с юридико-технической точки зрения деятельность парламента и парламентских комитетов позволяет более детально и с различных позиций исполнить правотворческую функцию. Кроме того, судебное правотворчество и контрольные полномочия судебной власти в определенной степени сдерживают правотворческую активность законодателя [19. С. 177–178].

По нашему мнению, указанные недостатки действительно могут быть выделены, но они не снижают общей положительной оценки конституционного правотворчества Верховного суда США, которое в условиях специфики американской правовой системы в целом и американского конституционализма в частности является объективной необходимостью.

Таким образом, можно сделать вывод, что особенности механизма конституционного правотворчества США обусловлены двойственной природой как самой американской Конституции — нормативного правового акта, принятого на договорной основе, так и комплексным характером правовой системы США, сочетающей традиции прецедентного (общего) и статутного (континентального) права. Такая интеграционная природа позволяет рассматривать указанный механизм как проявление конвергенции в праве, когда из трех форм правотворческой техники — договорной, законодательной и прецедентной берутся самые действенные инструменты и достигается наиболее эффективный правовой результат — конституционный акт уникальной стабильности, гибкости и юридической жизнеспособности.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- [1] *Третьякова О.Д.* Юридическая конвергенция: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2012. 44 с.
- [2] *Синюков С.В.* Механизм правотворчества: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. 26 с.
- [3] Теория государства и права / под ред. Р.А. Ромашова. СПб.: «Юридический центр Пресс», 2005. 630 с.
- [4] *Петрова Е.А.* Механизм судебного правотворчества: понятие и особенности // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2016. №3 (58). С. 16–23.
- [5] *Невинс А., Коммаджер Г.* История США: От английской колонии до мировой державы. Нью-Йорк: Телекс, 1991. 442 с.
- [6] История государства и права зарубежных стран. Часть 2. / под общ. ред. Н.А. Крашенинниковой, О.А. Жидкова. М.: НОРМА, 1999. 712 с.
- [7] Конституция США: История и современность / под ред. А.А. Мишина, Е.Ф. Язькова. М.: Юридическая литература, 1988. 320 с.

- [8] Конституция США. М.: ТОО «Иван», 1993. 32 с.
- [9] *Лафитский В.И.* Конституционный строй США. 2-е изд. М.: Статут, 2011. 349 с.
- [10] *The Constitution of the United States.* Washington: OSC, 1987. 44 p.
- [11] *Чиркин В.Е.* Конституционное право зарубежных стран. М.: Юристъ, 1999. 568 с.
- [12] *Мишин А.А.* Государственное право США. М.: Наука, 1976. 207 с.
- [13] США: конституция и права граждан / отв. ред. И.А. Геевский. М.: Мысль, 1987. 317 с.
- [14] США: Экономический справочник. М.: Политиздат, 1988. 390 с.
- [15] *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. 400 с.
- [16] *Bernstein R.B.* Amending America: if we love the Constitution so much, why do we keep trying to change it? New York : Times Books, 1993. 392 p.
- [17] *Жидков О.А.* Верховный суд США: Право и политика. М.: Наука, 1985. 224 с.
- [18] *Miller A.S.* The Supreme Court: Myth and Reality. Westport: Greenwood Press, 1978. 370 p.
- [19] *Сергеева С.Л.* Развитие конституционного судебного правотворчества в США (конец XIX — начало XXI вв.): дис. ... канд. юрид. наук. Курск, 2012. 208 с.
- [20] *Kramer L.D.* The Supreme Court 2000 Term — Foreword: We the Court // *Harvard Law Review*. 2001. Vol. 115. N 1. p. 4–169.
- [21] *Holmes O.V.* The Common Law. Cambridge, Massachusetts : Belknap Press of Harvard University Press, 2009. xlv, 393 p.
- [22] *Фридман Л.* Введение в американское право. М.: Издательская группа «Прогресс», 1992. 286 с.
- [23] *Mikula M.F., Mabunda L.M., McClintic M.A.,* editors. Great American Court Cases. Vol. III: Equal Protection and Family Law. Detroit, San Francisco, L.: Gale Group; 1999. 728 p.
- [24] *Власихин В.* Феномен Верховного суда США: Американский ареопаг в первом доме на первой улице // *Российская юстиция*. 2000. №11. С. 55–58.
- [25] *Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э.* Верховный Суд США. Права и свободы граждан. Польша: БЕГА, 1996. 254 с.
- [26] *Богдановская И.Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: дисс. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. 338 с.
- [27] *Killian J.H. Beck L.E.,* editors. The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1987. 2308 p.

© Петрова Е.А., 2017

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРЕ:

Петрова Екатерина Алексеевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ивановского государственного университета.

Контактная информация:

e-mail: kate_petrova78@mail.ru

THE MECHANISM OF CONSTITUTIONAL LAWMAKING AT THE UNITED STATES OF AMERICA AS AN EXPRESSION OF LAW CONVERGENCE

E.A. Petrova

Ivanovo State University
39, Ermaka st., Ivanovo, Russia, 153025

In the article the author analyzes the specificity of the constitutional lawmaking mechanism in the United States in the context of the combination of various lawmaking forms, including those that typical for different legal traditions. The uniqueness of the American legal system is that it combines the features of both common and continental law and so it has integrate nature.

The author interprets constitutional lawmaking as the activity of competent lawmaking authorities on creation a constitution as the act of a special kind. The mechanism of constitutional lawmaking covers a system of interrelated elements (the static aspect) and successive stages (the dynamic aspect), providing the establishment and objectification of the constitutional norms in the form of an appropriate constitutional act. Converging nature of the American constitutional lawmaking mechanism has two aspects.

The first aspect is connected with the specifics of adoption of the US Constitution. Initially in the mechanism of constitutional lawmaking the instrumentation of a treaty lawmaking has been involved. However the result of it was not an international treaty in the traditional sense, but a normative legal act with the supreme legal force.

The second aspect represents a further development of the constitutional provisions through Constitution amendments (which is typical for continental constitutional tradition) and through the judicial constitutional lawmaking which is peculiar for common law tradition. The judicial constitutional lawmaking is carried out through the constitutional doctrines of the U.S. Supreme Court by which the constitutional norms are adopted without formal changes to the varying social conditions.

It is concluded that the mechanism of constitutional lawmaking in the United States according to the integration nature of the American legal system expresses the law convergence because it combines three forms of lawmaking technique (contractual, legislative and case-law) and so far provides the best legal result.

Key words: convergence; lawmaking; the US Constitution; the American legal system; the U.S. Supreme Court; constitutional doctrines; case-law

REFERENCES

- [1] Tret'yakova OD. *Yuridicheskaya konvergentsiya*. Avtoreferat diss. [The legal convergence. Diss. abstract]. Vladimir; 2012. 44 p. (In Russian).
- [2] Sinyukov VN. *Mekhanizm pravotvorchestva*. Avtoreferat diss. [The mechanism of lawmaking. Diss. abstract]. Saratov; 2013. 26 p. (In Russian).
- [3] Romashov RA, editor. *Teoriya gosudarstva i prava* [The Theory of State and Law]. Saint Petersburg: "Yuridicheskii tsentr Press"; 2005. 630 p. (In Russian).
- [4] Petrova EA. Judicial Lawmaking Mechanism: Definition and Peculiarities. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*. 2016;3(58);16–23. (In Russian). doi:10.12737/20571.

- [5] Nevins A, Commager HS. *Istoriya SShA: Ot angliiskoi kolonii do mirovoi derzhavy* [The History of the United States: from the British Colony to the World Power]. New York: Teleks; 1991. 442 p. (In Russian).
- [6] Krashenninikova NA, Zhidkov OA, editors. *Istoriya gosudarstva i prava zarubezhnykh stran* [History of State and Law of Foreign Countries]. Part 2. Moscow: NORMA; 1999. 712 p. (In Russian).
- [7] Mishina AA, Yaz'kova EF, editors. *Konstitutsiya SShA: Istoriya i sovremennost'* [The Constitution of the United States: History and Modernity]. Moscow: Yuridicheskaya literatura; 1988. 320 p. (In Russian).
- [8] *Konstitutsiya SShA* [The Constitution of the United States]. Moscow: TOO "Ivan"; 1993. 32 p. (In Russian).
- [9] Lafitsky VI. *Constitutional system of the USA*. 2nd ed. Moscow: Statut; 2011. 349 p. (In Russian).
- [10] The Constitution of the United States. Washington: OSC; 1987. 44 p.
- [11] Chirkin VE. *Konstitutsionnoe pravo zarubezhnykh stran* [The Constitutional Law of Foreign Countries]. Moscow: Yurist"; 1999. 568 p. (In Russian).
- [12] Mishin AA. *Gosudarstvennoe pravo SShA*. Moscow: Nauka; 1976. 207 p. (In Russian).
- [13] Geevskii IA, editor. *SShA: konstitutsiya i prava grazhdan* [State law of USA.]. Moscow: Mysl'; 1987. 317 p. (In Russian).
- [14] SShA: Ekonomicheskii spravochnik [USA: Economic Handbook]. Moscow: Politizdat; 1988. 390 p. (In Russian).
- [15] David R, Jauffret-Spinosi C. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 10 ed. Paris: Dalloz; 1992. (In French). [Russ. ed. David R, Jauffret-Spinosi C. *Osnovnye pravovye sistemy sovremenosti*. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya; 1999. 400 p.].
- [16] Bernstein RB. *Amending America: if we love the Constitution so much, why do we keep trying to change it?* New York: Times Books; 1993. 392 p.
- [17] Zhidkov OA. *Verkhovnyi sud SShA: Pravo i politika* [The U.S Supreme Court: Law and Politics]. Moscow: Nauka; 1985. 224 p. (In Russian).
- [18] Miller AS. *The Supreme Court: Myth and Reality*. Westport: Greenwood Press; 1978. 370 p.
- [19] Sergeeva SL. *Razvitie konstitutsionnogo sudebnogo pravotvorchestva v SShA (konets XIX – nachalo XXI vv)*. Diss. kand. yuridich. nauk. [The Development of Law-making of the Constitutional Court in the United States (end of XX - beginning of XXI centuries) Cand. legal sci. diss.]. Kursk; 2012. 208 p. (In Russian).
- [20] Kramer L.D. The Supreme Court 2000 Term – Foreword: We the Court. *Harvard Law Review*. 2001;115(1):4–169.
- [21] Holmes OV. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press; 2009. xlv, 393 p.
- [22] Friedman LM. *American Law*. Moscow: Izdatel'skaya gruppa «Progress»; 1992. 286 p. (In Russian).
- [23] Mikula MF., Mabunda LM, McClintic MA, editors. *Great American Court Cases. Vol. III: Equal Protection and Family Law*. Detroit, San Francisco, L.: Gale Group; 1999. 728 p.
- [24] Vlasikhin V. Fenomen Verkhovnogo suda SShA: Amerikanskii areopag v pervom dome na pervoi ulitse [The phenomenon of the U.S Supreme Court: American Areopagus at the First house on the First Street]. *Russian Justitia*. 2000;11:55-58. (In Russian).
- [25] Franlovsky S, Goldman R, Lentovska E. *Supreme Court of the USA about Civil Rights and Freedoms*. Poland: BEGA; 1996. 254 p. (In Russian).
- [26] Bogdanovskaya IJ. *Istochniki prava na sovremennom etape razvitiya «obshchego prava»*. Diss. [Sources of law at the present stage of the development of "common law". Dissertation]. Moscow; 2007. 338 p. (In Russian).

- [27] Killian JH, Beck LE, editors. *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*. Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office; 1987. 2308 p.

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR:

Petrova Ekaterina A. — Candidate of Legal Sciences, Assistant professor, Theory and History of State and Law Department, Ivanovo State University.

Contact information:

e-mail: kate_petrova78@mail.ru