

К ВОПРОСУ О СУДЕБНОМ ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ВЕРХОВНОГО СУДА США

Аннотация: Статья посвящена проблеме судебного правотворчества. Автор рассматривает правотворческие полномочия как юридическую фикцию. Исследуются проблемы судебного толкования и применения доктрины надлежащей правовой процедуры.

Ключевые слова: Верховный суд США, «право созданное судьями», «Живая» Конституция, судебный надзор, интерпретационная функция, судебное ограничение.

Структура американского права характеризуется сохраняющимся влиянием общего (с основополагающей ролью судебного прецедента) права. Конституция США содержит принципы и нормы-требования общего права, что ставит дилемму основного источника: закон (Конституция это тоже закон) или принципы общего (судебного, прецедентного, частного) права? При этом законодательство (по сравнению с английским правом) играет значительную роль и выступает, при не противоречии его конституционным принципам, в качестве второго основного источника.

Основные элементы структуры, прежде всего правовые институты, подвержены в ходе эволюции права колебаниям их «веса» в правовой системе, неоднородностью сочетания частноправовых и публично-правовых целей и методов регулирования общественных отношений.

Такая, то есть имеющая признаки неупорядоченности, структура права и его источников (форм права) предопределяет «пеструю» и нескоординированную картину правотворчества. Например, общее право отнесено к компетенции штатов, но Конгресс США путем издания законов, регулирующих частноправовые отношения, а Верховный суд США путем принятия решений, имеющих силу конституционного прецедента, встали на путь формирования федерального остова общего права.¹

Для США характерен разрыв между юридической декларацией и действительным состоянием нормативного регулирования (правом в действии, law in action). Разрыв между действующим правом и продекларированными положениями соответствует разрыву между судебным правотворчеством как функцией, реализуемой в действующем праве и судебным правотворчеством как отступлением от принципа разделения властей. Иначе говоря, несовпадающие правовые позиции, оказывающие решающее влияние на действующее сводятся к двум подходам. Первый – Верховный суд США творит право, является де-факто надзаконодательным органом²; второй – Верховный Суд не может законодательствовать и

* Сафонов Владимир Николаевич – доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Курского государственного университета.

¹ Жидков О.А. Избранные труды. М.: Норма, 2006. С. 376.

² См.: Лафитский В.И. Основы конституционного строя США. М.: Норма, 1998. С. 48.

творить право, поскольку это противоречит Конституции США и естественному праву; конституционные принципы неизменны.¹ В судебной практике, в судебном правотворчестве действует амбивалентный и двусмысленный подход, весьма изощренный, но соответствующий особенно значительной роли судебного усмотрения (в сравнении с Великобританией).

Все ветви власти, а не только законодательная власть, в соответствии с компетенцией или по умолчанию Верховного суда США, как органа конституционного контроля, выполняют правотворческие функции², что заставляет отрицать, применительно к праву США, правотворческую деятельность как исключительное полномочие парламента и признать роль судебного правотворчества.

Статус Верховного суда США уникален именно по причине реально осуществляемой им, хотя и официально не признаваемой правотворческой функции. Правотворческая функция связана с приобретенным, исторически сформировавшимся статусом Верховного суда при отсутствии детальных, четких и ясных конституционных положений об этой функции в конституционном тексте.

Функциональный (деятельностный) подход при лаконичности и аморфности толкования конституционных положений позволяет исследователю точнее установить реальный статус Верховного суда и приблизиться к решению проблемы судебного правотворчества.

Официального признания в Конституции США и в иных нормативных актах судебной правотворческой функции нет. Функция судебного правотворчества однозначно не признается и в американской научной литературе, где продолжаются дискуссии об ее наличии. В юридическом сообществе не принято выдвигать эту функцию на первый план по причинам противоречия ее конституционным принципам разделения властей и федерализма – фундаментальным основаниям американского права.

Утверждение о том, что господство традиции общего права предполагает признание правотворческой роли судов (суды создают нормы права при отсутствии тех или иных законов), не является бесспорным, поскольку в данной правовой системе роль писаной Конституции как основного закона, обладающего высшей юридической силой, особенно значительна. В эпоху судебного активизма (с середины 1930-х до 1970-х гг.) явными были намерения о «превращении» судей в законотворцев и о распространении системы общего права на деятельность федеральных судов, в том числе Верховного суда США. Но в конце XX – начале XXI столетия в рамках «нового федерализма» (изменение властного баланса в пользу штатов) с ограничением компетенции федеральной власти прежние, в духе

¹ White G.E. The Constitution And the New Deal. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000. P. 205-206.

² Так, Президент США издает Исполнительные Приказы (Executive Orders), имеющие силу закона; делегирование законодательных полномочий административным агентствам по умолчанию допускалось Верховным судом США с 1930-х гг. Значение делегирования усиливается по причине отсутствия четкой иерархии законов в США.

«судебного активизма» реалии судебного правотворчества отодвигаются самим же Судом на второй план. Судебное большинство в Верховном суде США следует новому доктринальному подходу – «судебного самоограничения»¹ и эта тенденция усиливается по мере комплектования консервативного Верховного суда.² Соответственно этому подходу, деятельность Верховного суда США как суда общего права, эволюционирует в сторону выдвижения для судей решающей роли законодательства и текста Конституции, а не созданных судьями юридических конструкций. Современная эволюция идет в направлении закрепления за Верховным судом США преимущественно интерпретационной, а не правотворческой функции (при некотором их слиянии и функциональном единстве). Правотворческая функция Верховного суда США является, с точки зрения большинства судей и многих авторов научных трудов³ юридической фикцией. Иначе говоря, эта функция легитимируется путем реализации сходных по цели функций, прежде всего, функции толкования (интерпретации), апелляционной функции, и функции судебного конституционного контроля. Именно эти функции, в рамках основной комплексной функции – правосудия, определяют специфику деятельности Верховного суда США.

Функция правотворчества при таком подходе не самостоятельна, а производна от интерпретационной, апелляционной и контрольной функций. Как следствие, сливается с ними. Такое слияние особенно значимо в американской правовой системе с уникальным статусом Верховного суда США как обладателя «решающего», «последнего», окончательного слова⁴, и как органа, имеющего «двойную» юрисдикцию⁵.

Положение об интегрированности функций вряд ли вызывает сомнения. Научной проблемой являются приемы и методы интерпретации Конституции и законов, результаты толкования и судебных постановлений в материально-правовом смысле. По мнению авторов всех американских

¹ Самым твердым и последовательным сторонником данной правовой позиции был (до кончины в 2013 г.) судья Верховного суда А. Скалия, отметившийся и рядом научных изысканий. См.: *A Matter of Interpretation. Federal Court and a Law / By Antonin Scalia.* Princeton University Press, 1999.

² По мнению американских авторов, лишь один – два члена Верховного суда из девяти в начале XXI в. весьма условно могут быть отнесены к представителям правового либерализма, «живой» Конституции, активистского судебного правотворчества. См.: *Chemerinsky Erwin. The Conservative Assault On the U.S. Constitution.* N.Y.: Simon and Schuster. P. 263-271.

³ *Dworkin R. Justice for Hedgehogs.* Cambridge, Mass.: Harvard University Press. 2011. P. 46.;

⁴ Отечественный исследователь А.Г. Карапетов, ссылаясь на Р. Паунда, говорит о фиктивном толковании (*spurious interpretation*), которое в отличие от истинного толкования, применяется судьями гораздо чаще, нацелено не на открытие какого-либо заложенного в законе смысла, а на «творческое продуцирование».

⁵ По нашему мнению широко распространенный в российской юридической американистике тезис о «двойной юрисдикции» абсолютизировать не следует ввиду ограниченности статуса Верховного суда, как органа первоначальной юрисдикции.

научных школ¹, в том числе не признающих конституционную легитимность судебного правотворчества, оно активно развивается и имеет результатом материально-правовые последствия².

Обратимся к этим двум граням проблемы судебного правотворчества: во-первых, к методам интерпретации Конституции США и, во-вторых, к доктрине «надлежащей правовой процедуры», как одному из главных оснований судебного конституционного правотворчества.

I.

О методах интерпретации. В начале XXI столетия в американской юридической литературе появились новые классификации методов интерпретации Конституции Верховным судом США. Причинами смещения акцентов в выявлении основных методов являются более тщательная разработка правовой позиции и соответствующей аргументации. Кроме того, сказывается фактор правового консерватизма современного Верховного суда США и выдвижение «ориджинализма»³ наряду с обновленным «текстуализмом» на первый план в совокупности методов интерпретации. Так, М. Дорф, как и ряд других авторов, обращает внимание на обоснованность конституционной интерпретации Верховным судом США, но высказывает сомнения о праве высшего суда интерпретировать Конституцию без законодателя. Этот автор предлагает пять основных методов интерпретации.

Первый метод – судебное ограничение, ориентация толкователя на первоначальную трактовку и на устоявшееся многократное повторение этого же подхода. С юридической точки зрения это выглядит следующим образом: если то или иное положение Конституции допускает несколько интерпретаций, то следует обратиться к первоначальной интерпретации в ущерб остальным. Если же тот или иной акт прямо не нарушает Конституцию, а противоречит неявному, подразумеваемому смыслу, то этот акт нельзя признавать неконституционным. Судьи должны следовать первоначальной трактовке и доверять законодателю. Поступать иначе есть безответственный активизм, присвоение судом правотворческой функции и даже узурпация учредительных полномочий. В судебной практике обе стороны (консервативные и либеральные судьи) обвиняют друг друга в судебном активизме. Так происходит, поскольку судебное ограничение, догматическое толкование, по мнению М. Дорфа, это неэффективный метод

¹См. разделы под авторством Л. Трайба и Р. Дворкина в книге: *A Matter of Interpretation. Federal Court And A Law / By Anthonin Scalia*. N.J.: Princeton University Press, 1999. P. 120-143.

²Eaton W. *Who killed the Constitution? The Judges vs. the Law*. Washington D.C.: Regnery Gateway, 1988. P. 6, 7, 77.

³Ориджиналисты считают, что в основе толкования замысел творцов Конституции. Текстуалисты убеждены, что толкователь должен абстрагироваться от давления социального, политического и иного, обязан следовать тексту Конституции и закона (в случае толкования закона).

интерпретации по причине неизбежных изменений общественных условий¹. Судьи не могут уклониться от решения сложных, имеющих социальное значение дел, даже с точки зрения аргументации. Более того, анализ показывает, что судебное ограничение не применяется изолированно от других методов.

Второй метод – естественное право и мораль как основание интерпретации. Принцип естественного права соответствует стилю правового мышления американских юристов, которые обращаются в сложных делах, не имеющих статутной определённости, к справедливости. Однако и этот путь нелегитимен для создания новых конституционных прав с точки зрения консерваторов. Например, в деле 2008 года *Kennedy v. Louisiana* Суд истолковал VIII поправку Билля о правах как не позволяющую использовать моральную оценку для принятия судебного решения. В этом деле Суд уточнил, что оценки в духе естественного права (разумность, добросовестность, справедливость, равенство) должны сопровождаться применением, уточняющих условий («уточняющих методов» в терминологии Суда). М. Дорф называет четыре таких условия. Первое – судьи должны прямо указывать источник, из которого они почерпнули смысл данного аргумента, «источник справедливости». Второе – судьи должны цитировать прецеденты, не ограничиваясь моральными оценками. Третье – судьи должны отсылать к современной социальной действительности, добиваясь изменения нормы. Четвертое, они обязаны дать историческое понимание своих терминов (как они возникли и какие этапы прошли в своем применении)².

Другой автор, Р. Дворкин был одним из главных сторонников естественно-правовой справедливости, воплощенной в конституционных принципах, и применении принципов как основного метода толкования. Дворкин выступал за моральное прочтение юридических текстов. Дорф в связи с применением этого метода интерпретации приводит пример с решением Верховного суда 2007 года по делу *Parents v. Seattle School District №1*. Создание межрасовых групп школьников допустимо, заявил Суд, но с соблюдением требований правового равенства. И тут возникает проблема конституционных оснований действий с целью социальной адаптивности и преодоления дискриминации. М. Дорф отмечает, что аргументы обеих группировок судей (применение образовательных тестов, позиция родителей, возможность обучения в другой школе), строились на естественно-правовой справедливости, что не могло обеспечить легитимность данного метода интерпретации. Дорф поддерживает мнение Р. Дворкина. Мораль следует искать не в настроениях и в умах, а при прочтении Конституции³. Он говорит: судьи не могут и не должны ссылаться на естественно-правовую справедливость абстрактно, а должны найти конституционные аргументы.

¹ Dorf M. ... Op. cit., p. 52.

² Ibid., p. 54.

³ Дворкин Р. О правах всерьез. Пер с англ./ Ред. Л.Б. Макеева. М.: РОССПЭН, 2004. С. 8.

Третий метод интерпретации – согласование с представительными политическими органами интерпретации (representation reinforcement)¹ соответствует получившей с конца XX века широкое распространение теории политического процесса², . Суд должен отдать законотворчество политическим органам. Судьи не могут и не должны искать ответы на все возникающие вопросы. Их задача ориентироваться на мнение законодателя, как на мнение демократически избранного представителя народа. И только если демократия, как высший конституционный принцип (народный суверенитет) реализуется с издержками, то судьи вправе вмешиваться в законотворческий процесс. Такие взгляды развивали Александр Бикель и Дж. Или. А по М. Дорфу, более широкое прочтение этого метода интерпретации означает принятие судебного решения в соответствии с действующими процедурными требованиями ко всем стадиям законодательного процесса. Подтверждение правильности интерпретационного решения в том, что оно согласуется с мнением государственных органов и общественных движений.

Впервые о таком методе было заявлено в решении по делу 1938 года *United States v. Carolene Products Co.* ³. Суд разработал подход, в соответствии с которым федеральное вмешательство (речь шла о государственном регулировании производства молочной отрасли) должно удовлетворять трем условиям. Первое: не нарушать положений Билля о правах, инкорпорированных с соответствующими разделами конституций в штатах. Второе условие: закон федерации не должен нарушать основные политические свободы и общепринятые демократические механизмы. Третье условие: федеральные законы не должны ставить в особое положение никакую социальную группу либо содержать предубеждение против той или иной социальной группы⁴.

Решение 1938 года было знаковым, поскольку именно оно сыграло роль барьера в период принятия Верховным судом под председательством Э. Уоррена политизированных решений в интересах широких слоев населения. И до сегодняшнего дня решение по делу Каролин является основой конституционных доктрин по защите индивидуальных прав как

¹ Интерпретация Конституции – первый шаг к конституционному правотворчеству и развитию Конституции, поэтому участие всех субъектов правового регулирования в правотворческой деятельности становится аксиоматическим.

² В соответствии с реанимированной на рубеже XX-XXI вв. концепцией политического процесса, (одним из ее приверженцев был А. Бикель) истинным законодателем является Конгресс США, воплощение принципа народного суверенитета. Интерпретация Верховного суда США это часть часть правотворческого процесса, но не должна превращаться в законотворчество и в «окончательное слово» Суда.

³ *United States v. Carolene Products* 304 U.S. 144 (1938)

⁴ Судья Стоун, как судья-докладчик от имени большинства, выделял в особенности третий пункт, обращаясь к требованию защиты Судом в процессе интерпретации правового равенства и индивидуальных конституционных свобод, а не фактического равенства как цели государственного вмешательства в экономику. См.: *Basic Readings in U.S. Democracy* / Ed. by M. Urofsky. Washington, USIA, 1994. P. 214/

противостоящих конституционным полномочиям государства регулировать все виды отношений (экономических, социальных, политических).

Четвертый метод – ориджинализм. Его применение требует, чтобы интерпретация должна соответствовать двум условиям: первое условие это замысел авторов Конституции США, не желавших конкретизировать перечень прав человека и обращавшим особое внимание на процессуальные гарантии, на судебную защиту. Во-вторых, авторы конституции, с точки зрения ориджиналистов, рассматривали форму правления как идущую снизу от штатов, стремились сохранить суверенитет штатов. Еще одна грань замысла основателей, и не только Дж. Мэдисона, но и большинства Конституционного Конвента – собственная компетенция всех трех ветвей власти. В соответствии с этим, законодательная компетенция принадлежит только Конгрессу США, но не Президенту и не Суду. Суд не должен заниматься правотворчеством и созданием новых юридических конструкций. При таком подходе ориджиналисты сталкиваются с проблемой интерпретации позитивного законодательства, принятого на основе широкой (не ориджиналистской, а конструктивистской и активистской) интерпретации. Их ответ: правовая традиция не должна быть нарушена. Отступление от нее может быть только временным и чрезвычайным, например, рабочее законодательство. По мнению большинства американских авторов, этот подход нуждается в новом содержании на основе когерентности законодательства и конституционных принципов.

Пятый подход. Суд в целом не является приверженцем какого-то одного интерпретационного метода; применение одного какого-либо метода осуществляется совместно с другими, в итоге, эклектический характер конституционной интерпретации, а следовательно и правотворчества. Сама сущность судебной деятельности означает применение различных методов. Кроме того, эклектизм близок к традиции общего права: во-первых, нужно отталкиваться от фактов, во-вторых, искать прецеденты и только, в-третьих, создавать новый прецедент. Отличие этого метода от других не только в применении комбинации методов, но и в том, что эклектизм способствует детальной разработке приемов интерпретации. Такие приемы – логический анализ текста, замысел законодателя, конституционная история, как история судебных прецедентов, классификация прецедентов, их группирование в доктрины, соотношение моральных и юридических принципов, изучение вероятных последствий того или иного судебного решения. Решение будет убедительным с применением всех этих приемов. С главенством эклектизма согласны все авторы. По мнению Р. Познера эклектизм есть проявление судейской дискреции и воплощение судебной власти.

Р. Познер, следуя эклектизму как основе интерпретационной функции, делает акцент не на приемах юридической техники, а на мировоззренческих и ментальных основаниях принятия судьями решений. Можно согласиться с автором, в том, что мотивы судей не сводятся к политике или только к выбору приемов интерпретации. Кроме того, основания правовой позиции взаимоувязаны с тем или иным приемом интерпретации. Например, Р.

Познер выделяет такой фактор как предварительный анализ последствий принятия решений¹.

Взгляды Познера на роль интерпретационной функции и методы интерпретации проистекают из его весьма длительной судебной карьеры, в том числе судьи Федерального окружного апелляционного суда.

Познер полагает, что выбор методов толкования связан с особенностями рассматриваемого дела и самостоятельно осуществляется судьей². Он видит причину дискреции, выбора метода по усмотрению судьи, как следствие эклектического сочетания факторов, влияющих на принятие решения. Познер говорит, что судьи очень часто отталкиваются от результата. В рамках конституционного судопроизводства дел почти всегда отличаются особой сложностью, поэтому и не может быть основного и главенствующего метода интерпретации.

Р. Познер придерживается и некоторых подходов теории политического процесса. Он разделяет мнение, что полномочие толковать Конституцию принадлежит очень широкому кругу субъектов права. Более важную роль при существующем разнообразии факторов интерпретации играют не конкретные методы толкования, а «системный», основывающийся на политических, экономических и юридических целях (с преобладающим значением юридических целей) подход, определяющий правовую позицию судьи³.

II

Во-вторых, феномен судебного правотворчества в деятельности Верховного суда США связан с применением конституционной судебной доктрины **надлежащей правовой процедуры**.⁴ В соответствии с XIV поправкой, принятой в 1868г., штаты, как и все органы государственной власти, не могут нарушить принципы надлежащей правовой процедуры и равной защиты законом⁵. В отношении юрисдикции лиц приоритет принадлежит федерации, а не штатам, поскольку речь идет о высших конституционных принципах и о правовой справедливости. Принципы надлежащей правовой процедуры ограничивают возможности судов штатов устанавливать юрисдикцию в отношении лиц, поскольку она является предметом федерального конституционного права. Такой подход соответствует приоритету федерации в защите фундаментальных прав граждан, соответствует первенствующей роли процессуального права в федеральной системе права, и принятой трактовке федеральных

¹ Pozner Richard D. How Judges Think? Cambridge, Mass.: Harvard Law Press, 2008. p. 40-41.

² Pozner R. How Judges Think ... p. 25-26.

³ Pozner R. Op. cit., p. 42.

⁴ «Due process of law». Понятия «процедура» и «процесс», если речь идет о судебных процедурах и судебном процессе на всех его стадиях, а не только на стадии финального устного рассмотрения (trial) в целом равнозначны.

⁵ Из поправки XIV «... ни один штат ...не может отказывать какому-либо лицу в пределах своей юрисдикции в равной защите на основе законов».

конституционных принципов. Перечень конституционных принципов и прав человека в конституциях штатов в основном совпадает с их изложением в федеральной Конституции, что свидетельствует о единстве судебной и правовой системы США.

Этот принцип воплощает естественно-правовую справедливость и является основанием конституционно признанного приоритета судебной власти. Имеется в виду отсутствие ограничений судебной власти в вопросах защиты справедливости при противоречии норм конституционным принципам, при отсутствии норм, при коллизии норм (и в интерпретации законов). «Безграничная» естественно-правовая юрисдикция складывалась в США, как и в Англии, в соответствии с правовой традицией, в которой судебному решению, а не норме статута принадлежала основная роль, материально-правовая роль (substantive justice).

Бесспорно, в этой правовой системе, судебные гарантии наиболее эффективны по сравнению с законодательными гарантиями, установленными в статутах. Но не менее важен вопрос о предмете правового регулирования и объекте правовой защиты.

В девятнадцатом веке интерес, подлежащий защите, понимается весьма узко, как право неотчуждаемости жизни, собственности и экономической свободы без надлежащей правовой процедуры. Иначе говоря, первоначально требования надлежащей правовой процедуры отождествлялись исключительно с процессуальной законностью. Но постепенно в связи с изменением общественных отношений и необходимостью государственного вмешательства с целью защиты публичных интересов, в том числе интересов широких социальных слоев (пенсионеры, дети, женщины, учащиеся, нацменьшинства и пр.) требование процессуальной справедливости превращается в американской правовой системе в основание конституционных гарантий более широкого перечня прав граждан, нежели для защиты права частной собственности. Если ранее под надлежащей процедурой понимают чисто процессуальные требования, а целью надлежащей процедуры является преимущественно защита права собственности, то в XX веке целью становится широкий перечень прав, доступность которых следует обеспечить принятием законов. Следовательно, требование надлежащей (должной) процедуры приобретает материально-правовое значение. Государство и политические власти, следуя судебному требованию надлежащей процедуры, обязаны принять соответствующие законы.

Произошло своего рода «обогащение» общего права (как права судей, опирающихся на прецеденты о защите частного интереса) путем применения требований права справедливости, понимаемой как правовая справедливость (правовое равенство) **с обязанностью органов государства реализовать путем принятия законов**, через позитивное законодательство, более широкий перечень прав человека. Иначе говоря, процессуальные требования-принципы требуют их соблюдения посредством устранения фактического неравенства (доступность юридических услуг, плата за обучение,

дороговизна услуг в сфере здравоохранения, условия труда и пр.). В то же время такой (коллективный, социальный, общественный) интерес по-прежнему защищается на уровне Верховного суда в форме обеспечения справедливости в отношении лиц, в форме принятия судебного решения по претензиям конкретного гражданина к государству и государственным службам и защиты его индивидуальных прав. Частноправовая составляющая не ставится под сомнение при защите публичного интереса. Если ранее применение надлежащей правовой процедуры – защита индивидуального частного интереса, то в XX веке доктрина материальной надлежащей процедуры означает (это зависит от намерений судей и определяет сущность судебного правотворчества), защиту интересов и прав граждан посредством принятия позитивного законодательства, что объявляется конституционно легитимной целью. При этом процессуальный смысл как бы смещается «в тень», а на первое место выходят цели материально-правового характера. Например, решение о праве на судебную защиту социальных пособий с соблюдением процессуальных гарантий в виде судебных слушаний в решении Верховного суда по делу *Goldberg v. Kelly*¹ являлось не только вопросом правовой процедуры, но вопросом материального права. Речь идет о законодательно установленных взаимных правах и обязанностях государства и граждан. Государство не может внезапно, опираясь на свои расчеты и экономию средств, менять социальное законодательство. Верховный суд США, применив процессуальное требование надлежащей правовой процедуры, сохранил материальное право определенной категории граждан на получение социальных пособий².

Требования справедливости включены в законодательство в большом объеме, но обосновать их применение может суд. Например, Верховный суд США в решении по делу по типичной апелляционной процедуре (федеральный апелляционный суд отменил решение суда штата, а Верховный суд истребовал дело в свое рассмотрение), аргументировал решение, необходимостью ... реализации социальной политики (*interest of the several States in ... fundamental substantive social policies*)³.

Таким образом, положение о надлежащей правовой процедуре приобретает материально-правовой характер и имеет силу высшего и неоспоримого конституционного принципа, силу закона в материально-правовом смысле. Отсюда понятие «материальная надлежащая правовая

¹ После решений политической власти о сокращении и социальных расходов в бюджете и нарушении индивидуальных прав получателей пособий, обратившимся в суды всех уровней.

² *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254. (1970). Соответствующее решение Верховного суда США привело к отмене законодательства Р. Никсона об отмене социальных пособий вследствие нехватки бюджетных средств.

³ *Asahi Metal Industry Co., Ltd v. Superior Court* 480 U.S. 102, 113 (1987)

процедура» (substantive due process of law¹) – наиболее часто применяемое в науке и учебной литературе по конституционному праву США².

При этом вопрос о сущности требований надлежащей правовой процедуры, об основаниях соответствующих судебных решений остается дискуссионным, поскольку это весьма абстрактные требования процессуального свойства³. Так, например, в федеральных судах используется объективное вменение в случае преступления против общественного блага. Судебное решение, по надлежащей правовой процедуре, может обязывать к многомиллионным затратам ответчика, в том числе, власти штатов⁴. Применяются эти доктрины на основе требования, сформулированного в таких категориях общего права как истина, правосудие, разумность, справедливое отношение к личности.

Итак, рассматривая феномен судебного правотворчества как функцию, мы вправе говорить о функции процессуальной справедливости Верховного суда США как его основе. Процессуальная и правотворческая функции реализуются в единстве с интерпретационной, апелляционной и контрольной функциями. В основе правотворческой функции деятельность, содержанием которой является не только применение, но и официальное толкование, создание правовых прецедентов, содержащих нормативные, обязательные для всех субъектов правовые установления. Верховный суд США не только отменяет ранее действующие нормы (выступает в роли «негативного законодателя»), но и создает новые (выступает в роли «позитивного законодателя»). Судебное правотворчество в США характеризуется неопределенностью соответствующих полномочий и не является образцом для иных правовых систем. Помимо экономических, социальных, политических факторов, причины неэффективности деятельности Верховного суда США в начале XXI века включают нерешенность вопроса о роли судебного правотворчества. Не может являться ответом на возникающие вопросы и доктрина судебного ограничения, противоречащая сущности американской правовой системы с ее основополагающей ролью судебной власти.

¹Из Поправки XIV Раздел 1. «... Ни один из штатов не должен издавать или применять законы, которые ограничивают привилегии и льготы граждан Соединенных Штатов; и не может какой-либо штат лишать какое-либо лицо жизни, свободы и собственности без надлежащей правовой процедуры ...»

²Сафонов В.Н. Применение Верховным судом США доктрины «надлежащей правовой процедуры» для конституционной легитимации социально-экономических прав / Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 3.

³ В контексте конституционного судебного правотворчества и судебного федерализма выделим иной аспект – право справедливости, содержащее в качестве фундамента категорию «In Personam». Глубокий смысл формулы «при наличии сомнений в применении закона, либо при отсутствии нормы закона, суд принимает решение на основе требований справедливости, трактуемых как процессуальная справедливость». При этом необходимо различать процессуальную справедливость и право справедливости в традиционном (английском) понимании.

⁴ Eaton W. Who killed the Constitution? Op.cit. p.140-151.

