

И.Ю. Богдановская

профессор кафедры теории права
и сравнительного правоведения
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук

Классификация конституций стран «общего права»

В статье рассматриваются общие и особенные черты конституций стран «общего права». Характерные черты конституций дают основание выделять их в отдельную группу, что необходимо учитывать при классификации конституций.

Ключевые слова: общее право, конституции, неписанные конституции, писанные конституции, верховное право, конституционный контроль.

В российской правовой доктрине приняты разные основания классификации конституций. Однако при всем их многообразии не учитывается один фактор – особенности конституций в зависимости от характера правовой семьи. Цель данной статьи – показать характерные черты конституций стран, принадлежащих к семье «общего права».

Конституционное развитие в странах «общего права» началось раньше, чем в других странах. Конституции стали принимать тогда, когда общие контуры правовых систем уже были очерчены и сформировалась их принадлежность к правовой семье «общего права». Прецедентное право оказало значительное влияние на содержание и характер конституционных норм, порядок их применения. Как отмечает американский юрист Д. Штраус, «наша писаная конституция стала частью системы общего права и общее право – наилучший способ понять американское конституционное право»¹.

Писанные и неписанные конституции стран «общего права»

В отечественной правовой литературе отмечалось, что в современных условиях иную форму, чем единый конституционный документ, следует считать признаком архаичности, устарелости конституции и конституционной техники, а деление

¹ Strauss D.A. Common Law Constitutional Interpretation // The University of Chicago Law Review. 1996. Vol. 63. P. 894.

конституций на писаные и неписаные утратило смысл². Однако для стран «общего права» характерно сохранение деления конституций на неписаные (Великобритания, Новая Зеландия) и писаные (США, Австралия, Канада, Ирландия). То, что для данной правовой семьи деление на писаные и неписаные конституции продолжает сохранять свою актуальность, во многом является следствием особенности характера права входящих в нее стран. Своеобразная форма английской конституции в значительной степени была предопределена доминирующей ролью неписаного права.

Неписаные конституции содержатся в конституционных соглашениях, судебных прецедентах, в актах парламента. Как отмечают классики английского конституционного права Уэйд и Филлипс, в Англии «не существует особого юридического источника, сформулированного в форме кодекса, могущего подвергаться изменениям только на основе волеизъявления специального учредительного собрания или в порядке обращения к народному голосованию. Существует, однако, совокупность образующих конституцию правовых норм, частью статутного, частью общего, частью конституционно-обычного права»³. В современной английской правовой литературе к неписаной конституции также относят работы авторитетных юристов.

Конституция Новой Зеландии состоит из судебных прецедентов, конституционных соглашений, главным образом заимствованных из Великобритании, актов парламента Новой Зеландии и английского парламента, которые устанавливают основы государственного строя Новой Зеландии. Как справедливо отмечает Н.С. Крылова, «сам факт отсутствия конституции как документа придает понятию конституции некоторую неопределенность, двусмысленность. Здесь размываются точные критерии оценки понятия конституции, отсутствует возможность определения границ конституции»⁴.

На современном этапе заметно укрепляется и расширяется та часть неписаной конституции, которую составляют писаные статуты. Поскольку все статуты в силу принципа парламентарного верховенства обладают равным статусом, равной юридической силой, то возникает вопрос, по каким критериям допустимо признавать статут частью неписаной конституции. В английской правовой доктрине таким критерием признается предмет регулирования данного статута. В качестве части конституции рассматриваются статуты, регулирующие отношения в публично-правовой сфере. Однако такой критерий не позволяет точно отделять статуты, входящие в конституцию, от всех остальных.

То, что и в Великобритании, и в Новой Зеландии постепенно расширяется писаная часть неписаной конституции, дает основание ученым-юристам ставить вопрос, насколько можно продолжать определять эти конституции как неписаные. В английской правовой литературе уже в середине прошлого века отмечалось, что в связи с ростом удельного веса статутов, входящих в Конституцию, стало абсурдно говорить о неписаной конституции; во всяком случае, предпочтительней называть такую конституцию «частично писаной»⁵.

² См.: Буржуазная конституция на современном этапе. М., 1983. С. 29.

³ Уэйд и Филлипс. Конституционное право. М., 1950. С. 63.

⁴ Буржуазная конституция на современном этапе. С. 82.

⁵ Wolf-Phillips L. Constitutions of Modern States. L., 1968. P. X1.

После принятия в Новой Зеландии Конституционного акта 1986 г. также обсуждалось обсуждение неписаного характера конституции. Английский исследователь В. Богданор по-прежнему относит Конституцию Новой Зеландии к неписаным, подобно английской Конституции. Р. Брейзер, наоборот, считает, что Конституция Новой Зеландии приобрела писанный характер. Новозеландский юрист Ф. Джозеф полагает, что все же Конституция Новой Зеландии продолжает относиться к неписаным, поскольку состоит из английских статутов, новозеландских статутов, общего права, конституционных конвенций, парламентских обычаев, правовой доктрины⁶. Такие высказывания основываются на анализе формального соотношения писаной и неписаной частей новозеландской Конституции.

Неоднозначная картина наблюдается и в другой группе конституций стран «общего права» – писаных конституций. Прежде всего, эта группа отличается разнообразием. Конституция США – старейшая писаная конституция. В 1937 г. Ирландия, утверждая независимость, приняла Конституцию на национальном референдуме.

Канада и Австралия также выразили намерение иметь писанные конституции, однако в силу их прочных политико-правовых связей с Великобританией конституционный процесс этих стран происходил при активном участии метрополии. Великобритания, сама не имеющая писаной конституции, пошла на то, чтобы обеспечить писаными конституциями Канаду и Австралию. Конституции Австралии и Канады содержатся в актах английского парламента, в частности Конституция Австралии – в Акте о Конституции Австралии 1900 г.⁷

В отличие от конституций США и Австралии Конституция Канады состоит из 24 актов и приказов, принятых английским парламентом с 1867 по 1982 г. (указанных в приложении к Акту о Канаде 1982 г.), из поправок к данным актам или приказам, в том числе Конституционного акта 1867 г. (ранее – Акт о Британской Северной Америке 1867 г.) и Конституционного акта 1982 г., изложенного в приложении А (на французском языке) и Б (на английском языке) Акта о Канаде 1982 г.

Поскольку конституции Австралии и Канады содержались в актах английского парламента, то возникал вопрос, насколько последний вправе принимать поправки к ним по своей инициативе. В силу особенностей национального развития на этот вопрос давался различный ответ. Австралия стремилась ограничить вмешательство Великобритании в свой конституционный процесс. В текст Конституции Австралии были включены статьи, запрещающие английскому парламенту ее изменять, в частности по вопросам федерации, иначе как по просьбе Австралии⁸. В Австралии субъекты федерации не могут инициировать внесение поправок в федеральную Конституцию. Это вправе сделать только федеральный парламента, приняв соответствующий статут. Конституционное требование «двойного большинства» (и из-

⁶ *Palmer G. The Hazards of Making Constitution: Some Reflections on Comparative Constitutional Law // Victoria University of Wellington Law Review. 2002. Vol. 27. P. 510.*

⁷ Акт состоит из 9 статей. Первые 8 статей (так называемые сопроводительные статьи – *covering clause*) определяют общие положения, касающиеся Акта, Короны и Союза, а сама Конституция содержится в ст. 9.

⁸ Конституция Австралии (ст. 128) может быть изменена простым большинством голосов каждой палаты парламента с последующим одобрением большинством избирателей в большинстве штатов. Обе палаты имеют равные полномочия при принятии поправок. В случае разногласий между палатами при рассмотрении поправки предусмотрена процедура повторного принятия ее одной из палат. В таком случае генерал-губернатор передает поправку на референдум.

бирателей, и штатов) защищает права австралийских штатов и позволяет им выразить свою позицию.

В Канаде вследствие обостренных проблем взаимодействия федерации и провинций первоначально преобладала тенденция переложить внесение поправок в Конституцию на английский парламент⁹.

Несмотря на наличие писаных конституций, юристы данных стран все больше говорят, что писанный текст составляет только часть национальной конституции. Другая ее часть содержится в неписаной форме. Это подтверждается решениями Верховного суда Канады по трем делам, в которых он обосновывал свою позицию, основываясь на идее неписаного права как основного права¹⁰. В этих решениях Верховный суд Канады признал, что Конституция Канады состоит не только из писаной, но и из неписаной частей. В известном деле *Reference re the Secession of Quebec* (1998)¹¹ он рассматривал принципы федерализма и господства права как части неписаной конституции. В решении по этому делу было отмечено, что Конституция Канады, в первую очередь писаная, является плодом 130-летней эволюции. Однако авторитет писаной конституции основывается на неписаной конституции. Она остается востребованной для обоснования развития действующих конституций, особенно тех их положений, которые ранее не получили необходимой разработки или требуют обновления. За писаными словами стоит историческая связь времен, которая помогает рассматривать основополагающие конституционные принципы. Обращение к неписаной конституции является подтверждением возрождения естественно-правовых идей в ряде стран «общего права».

Неписаная составляющая конституций формируется также прецедентами толкования. Толкование судами конституции становится прецедентом. Введение абстрактных норм требует конкретизации в правовой системе, основанной на казуальных нормах. На язык конституций обращают внимание ученые-юристы во всех странах «общего права». Абстрактный язык Конституции Австралии дает возможность судьям выбирать альтернативные толкования, отмечают австралийские исследователи¹².

Таким образом, в странах «общего права» складывается ситуация, когда в неписаных конституциях усиливается писаная составляющая, в то время как писаные конституции активно дополняются неписаными нормами. Данные тенденции, по мнению американских ученых, требуют пересмотра отношения к различию между

⁹ В Вестминстерском статуте 1931 г. оговаривалось, что Канада не может вносить изменения в Акт о Британской Северной Америке (ныне – Конституционный акт 1867 г.). Тем самым создавалась дополнительная гарантия, что Конституционный акт 1867 г. может быть изменен только английским парламентом.

По сложившемуся конституционному соглашению обе палаты канадского парламента принимали резолюцию, в которую включался текст акта, и обращались к английскому парламенту с просьбой его принять. Постепенно складывалась практика получения предварительного согласия всех провинций на внесение любой поправки в Конституцию. Такое положение действовало вплоть до принятия Конституционного акта 1982 г., предусматривающего иные процедуры поправок к Конституции Канады.

¹⁰ *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia* (1993) 1S.C.R.319; *Manitoba Provincial Judges v. Manitoba (Minister of Justice)*. 1997. 3.S.C.R.; *Reference re the Secession of Quebec*. 1998. 2.S.C.R.217.

¹¹ *Reference re the Secession of Quebec*. 1998. 2.S.C.R.217 at 247. Para. 49.

¹² См.: *Wynes W.* Legislative, Executive and Judicial Powers in Australia. Sydney, 1970. P. 11.

писаными и неписаными конституциями¹³. Несомненно, что характер неписаных и писаных конституций продолжает различаться. Вместе с тем, можно согласиться и с другим выводом: между писаной Конституцией США и неписаной английской Конституцией больше общего, чем между американской и, скажем, французской, не говоря уже о польской или чешской¹⁴. Такое суждение подтверждает сохраняющуюся общность правовых культур.

Конституции как верховное право страны

Вопрос о месте конституции в системе источников права стран «общего права» также не имеет столь однозначного решения, как в странах романо-германского права. Конституция была признана верховным правом, но это положение, повторяемое в писаных конституциях и признанное неписаными конституциями, устанавливает, что конституция является источником права, но не определяет ее места в системе источников.

Особенность правовой семьи «общего права» заключается в признании (в разной степени) идеи особого характера неписаной конституции как верховного права. Как отмечает американский юрист Л. Картер, естественное право «предполагает, что за письменным текстом, за каждой человеческой попыткой создать позитивное право стоит неписаный и высший текст»¹⁵. Развивая положения Г. Харта о признании неписаной конституции правилом признания, канадский ученый-юрист М. Уолтерс предлагает различать основное и фундаментальное¹⁶ значение неписаного (общего) права. В первом случае писаное право имеет верховенство над неписаным. Во втором – неписаное право признается верховным над писаным. Однако М. Уолтерс не предлагает критериев для разграничения обоих случаев, а ссылается только на правило признания.

Ключевым положением, определившим положение английской неписаной Конституции, стал принцип парламентского верховенства. Он установил, что никакие акты парламента не могут иметь большей юридической силы, чем другие. Парламент может отменить любой принятый им акт или внести в него поправки. Такой подход сказался как на неписаных, так и на писаных конституциях тех стран, в которых также был воспринят принцип парламентского верховенства (Канада, Австралия).

Конституционные реформы заставляют пересматривать данный принцип. Английские юристы обеспокоены тем, что обсуждаемая возможность принятия писаной конституции приведет к полному отказу от принципа парламентского верховенства или к его существенному пересмотру. Вопрос о сохранении данного принципа находится в центре дискуссии между сторонниками и противниками конституционных реформ.

С точки зрения одних юристов, происходящие изменения не нарушают принципа парламентского верховенства. Американские исследователи предлагают, что

¹³ См.: *Strauss D.A.* Op. cit. P. 896.

¹⁴ См.: *Easterbrook F.* Abstraction and Authority // *The University of Chicago Law Review*. 1992. Vol. 59. P. 348.

¹⁵ *Carter L.* Contemporary Constitutional Law-Making. N.Y., 1985. P. 113.

¹⁶ См.: *Walters M.* The Common Law Constitution in Canada: Return of *lex scripta* // *University of Toronto Law Journal*. 2001. Spring. P. 490.

необходимо посмотреть на него с другой стороны, отказаться от исключительно-го стремления наполнить данный принцип формально-логическим содержанием. «Конституционалисты, — замечает Р. Вайль, — в XX в. ошибочно строили исследования исходя из юридического содержания принципа парламентского суверенитета, а не исторического и фактического анализа действия британской конституции. Сущность и практика конституционного права не менее важна, чем формально-юридический подход»¹⁷.

Защитники традиционного подхода (прежде всего английский юрист В. Уэйд) отстаивают неизменность данного принципа. Для обоснования такой позиции В. Уэйд предложил различать основные и не основные принципы в праве. Принцип парламентского верховенства является не просто правилом, содержащимся в судебных прецедентах, а правилом, стоящим во главе всех правил. Такое положение данного принципа основано на его историческом признании, а не на юридическом обосновании, и обеспечивает признание статута источником права. Это положение может быть пересмотрено только «революционным» путем — путем переосмысления отношения к принципупарламентского верховенства; статут не может изменить его содержание. Такой ход рассуждений в определенной степени соответствует кельзенской трактовке основной нормы и правилу признания Г. Харта.

Позицию В. Уэйда разделяет новозеландский юрист Дж. Голдсворт¹⁸, который также выстраивает аргументы в поддержку принципа парламентского верховенства. По его мнению, этот принцип исторически был воспринят всеми тремя ветвями власти. Открыто следуя за Г. Хартом, он полагает, что принцип парламентского верховенства представляет собой центральный компонент правила признания, которое суды не создавали и, следовательно, не могут его ни отменять, ни изменять.

Содержание данного принципа и его юридическая природа до сих пор не имеют однозначной оценки как в английской правовой литературе, так и в правовой литературе других стран «общего права». По мнению английского ученого Т. Аллана, не существует большего свидетельства силы и гибкости позитивизма в современной правовой мысли, чем споры среди конституционалистов по поводу природы парламентского суверенитета¹⁹.

Одни сторонники конституционной реформы утверждают, что принцип парламентского верховенства имеет доктринальное происхождение, поэтому он может быть пересмотрен или даже не приниматься во внимание в целях создания более рациональной системы. Другие юристы полагают, что для утверждения этого принципа важен был факт его признания судами, которые развили его содержание в судебных прецедентах. В таком случае парламент может пересмотреть данный принцип, поскольку его акты имеют большую юридическую силу, чем судебные прецеденты.

В отличие от английской неписаной Конституции Конституция США устанавливает, что она является верховным правом страны наряду со статутами и международными договорами (ст. VI Конституции США). В дальнейшем этот принцип стал толковаться широко — как верховенство федеральной Конституции над федеральными актами и актами субъектов федерации. Верховенство конституции в системе

¹⁷ *Weil R. We the British People // Public Law. Summer. 2004. P.405.*

¹⁸ См.: *Goldsworthy J. The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy. Oxford, 1999. P. 236–239.*

¹⁹ См.: *Allan T.R. Limits of Parliamentary Sovereignty // Public Law. 1985. Winter. P. 614.*

источников права поддерживается конституционным контролем, который вслед за США восприняли и другие страны с писаными конституциями.

Кок в деле Бонхама (Dr. Bonham's case) высказал идею, согласно которой акты парламента, противоречащие общему праву и разуму, могут быть признаны судами недействительными. В самой Великобритании позиция Кока не была поддержана и не получила развития. Современный английский ученый-юрист Дж. Финнис, анализируя точку зрения Кока, отмечает, что естественное право все же не рассматривалось как «тест на действительность» актов парламента²⁰. В практике не обнаружено дел, в которых они признавались недействительными на основании их противоречия естественному праву. Несколько веков спустя другой английский юрист А. Дайси категорически утверждал, что никакой орган не может признать недействительным акт парламента²¹.

В североамериканских колониях Англии идея «высшего права» была не только воспринята, но и получила практическую реализацию. Судья штата Массачусетс Дж. Отис в деле *Writs of Assistance Case (1761 г.)* высказался за то, чтобы действительность статутов оценивалась с позиции соответствия высшему праву. Его позицию разделили судьи еще пяти колоний (из 13): Нью-Хэмпшира, Северной Каролины, Род-Айленда, Нью-Джерси, Нью-Йорка.

Существенный шаг в утверждении верховенства конституции был сделан Верховным судом США в известном деле *Marbury v. Madison* в 1803 г., в котором он пришел к выводу, что при противоречии между статутом и Конституцией последняя имеет большую юридическую силу, чем статут²². Было установлено, что в обязанность судей входит определять, что представляет собой право. Дело *Marbury v. Madison* оказало значительное влияние на практику других стран «общего права», принявших писаные конституции. В австралийском деле *Victoria v. The Commonwealth (1975)*²³ подтверждено, что положения решения по делу *Marbury v. Madison* были восприняты австралийскими судами²⁴. Канадские суды также приняли аргументы, подобные сформулированным Дж. Маршаллом в деле *Marbury v. Madison*, для обоснования своих полномочий по контролю над действительностью актов канадских законодательных органов.

Вместе с тем ситуация в Канаде и Австралии несколько отличалась от той, которая сложилась в США. В странах Содружества обсуждаются разные пути совмещения принципа парламентского верховенства и писаной конституции в силу того, что конституции Канады и Австралии содержатся в актах английского парламента. Судебный комитет Тайного совета, выступавший длительное время высшей судебной инстанцией, воспринял аргументацию Верховного суда США, изложенную в деле *Marbury v. Madison*. Но статуты признавались недействительными, поскольку они противоречили имперскому акту. Согласно английскому Акту о действительности колониальных законов колониальное законодательство, противоречившее

²⁰ См.: *Finnis J.* Natural Law and Natural Rights. Oxford, 1981. P. 17.

²¹ См.: *Dicey A.V.* Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis, 1962. P. 3–4.

²² См.: *Pfander J.E.* Marbury, Original Jurisdiction and the Supreme Court's Supervisory Powers // *Columbia Law Review*. Vol. 101. № 7. 2001. P. 1515.

²³ 7 QALR 277, 312-313.

²⁴ См.: *Lindell G.* Duty to Exercise Judicial Review / *Commentaries on the Australian Constitution*. Sydney, 1977. P. 166.

имперскому статуту, распространяющемуся на колонию, признавалось недействительным. После того как в Канаде был создан Верховный суд, а в Австралии — Высший суд (высшие судебные инстанции), к ним, соответственно, перешли полномочия Судебного комитета Тайного совета.

В Канаде ситуация юридически была изменена только в 1982 г., когда Конституция Канады была признана верховным правом страны (ст. 52(1) Конституционного акта Канады 1982 г.). Конституционный акт Канады 1982 г. непосредственно установил, что любой статут, не соответствующий Конституции, не действует или не имеет силы. Данное положение привело к тому, что статуты²⁵, которые ранее были приняты в обычном порядке, после их включения в перечень, предусмотренный ст. 52, входят в Конституцию Канады и обладают большей юридической силой, чем обычные статуты. Ст. 52 Конституционного акта Канады 1982 г. устанавливает, что любой статут, не соответствующий Конституции, не действует или не имеет силы.

Как отмечает канадский юрист П. Хогг, верховенство конституции означает, что она обязательна как для центральной, так и для региональных властей²⁶. Его позиция соответствует утвердившемуся американскому подходу. Верховный характер Конституции, по мнению канадских юристов, означает, что она должна иметь обязательный характер как для федеральной власти, так и властей провинций, а также особый порядок ее изменения, поскольку в противном случае власти смогут легко перераспределять полномочия. Верховные полномочия принадлежат той власти, которая уполномочена вносить поправки в Конституцию. Таким образом, признание Конституции верховным правом, по сути, подтверждало ее юридическую силу, но не устанавливало ее верховенства в системе источников права.

Суды активно стали контролировать статуты, что позволило юристам называть суды при осуществлении конституционного контроля не «негативным законодателем», а «суперзаконодателем»²⁷.

Эволюция конституций стран «общего права»

Форма конституций определяет характер их эволюции. Неписанные конституции, прежде всего английская, как справедливо отмечает российский ученый-юрист В.В. Маклаков, постепенно эволюционируют²⁸. Иные эволюционные процессы наблюдаются в странах, в которых действуют писанные конституции. Примером может служить Канада, принявшая в 1982 г. Конституционный акт, дополнивший Конституцию страны. Писанные конституции стран «общего права» относятся к «жестким», для их изменения предусмотрен особый механизм. Поскольку механизм внесения поправок сложен, то и их количество в целом незначительно. В Соединенных Штатах за все время существования Конституции было

²⁵ В эту группу входят 8 канадских статутов: три создают провинции Манитобу, Альберту и Саскачеван, а остальные пять — поправки к Конституционному акту 1867 г.

²⁶ См.: *Hogg P. Op. cit.* P. 93.

²⁷ См.: *The Canadian and American Constitutions in a Comparative Perspective / Ed. by M. McKenna.* Calgary, 1993. P. 164.

²⁸ См.: Конституции зарубежных государств. М., 1997. С. 60.

принято только 27 поправок. Вместе с тем американские юристы отмечают, что на самом деле Конституция США больше, чем непосредственно ее писанный текст.

Попытки внести поправки в Конституцию Австралии предпринимались 44 раза, но в результате удалось принять только 8 поправок. Конституция Канады в силу ее многоактного характера долго развивалась посредством принятия новых актов. Однако после закрепления в 1982 г. норм о порядке внесения поправок²⁹ стало очевидно, что на практике этот механизм трудно реализовать.

Особенность конституций стран «общего права» выражается в предмете конституционного регулирования, в частности в конституционном закреплении института прав и свобод человека. На этапе принятия Конституции США господствовала мысль, что должная организация государственной власти выступает лучшей конституционной гарантией прав и свобод. Предполагалось, что конституция, основанная на принципе разделения властей, закрепляет такую организацию власти, при которой нет необходимости предусматривать защиту от злоупотребления ею. Такой подход формировался, в том числе, и под влиянием естественно-правовых идей. Они повлияли на то, что права и свободы не подлежали непосредственному включению в текст писанных конституций. В результате первоначально ни Конституция США, ни Конституционный акт Канады 1867 г., ни Конституция Австралии не содержали разделов о правах и свободах.

Однако последующее развитие не только США, но и других стран «общего права» пошло по пути определения места прав и свобод в конституции, «конституционализации прав» (constitutionalization of rights). Современные конституции, как заметил американский судья Дж. Уилкинсон, строятся на балансе полномочий государственных органов и прав и свобод личности³⁰. Тем не менее, в правовой литературе продолжают дискуссии, должны ли права и свободы регулироваться на конституционном уровне.

В самих Соединенных Штатах в 1791 г. были приняты 10 поправок к Конституции (так называемый Билль о правах). Суды признали, что Билль о правах посредством инкорпорации в XIV поправку распространяется не только на федеральную власть, но и на власть штатов.

Наибольший прогресс в конституционном регулировании прав и свобод продемонстрировала Канада, в Конституцию которой в 1982 г. была включена Хартия прав и свобод канадцев. Вместе с тем правовая доктрина не рассматривает Хартию как исключительную гарантию прав и свобод. Наоборот, ей отводится место после демократических и правовых традиций. Только демократические устои государства и правовые традиции дадут возможность полной реализации прав, в противном

²⁹ В настоящее время поправки в Конституцию Канады могут быть внесены на основе ч. V Конституционного акта Канады 1982 г. Она предусматривает несколько способов изменения Конституции: 1) общую процедуру принятия поправок, требующую согласия федерального парламента и легислатур 2/3 провинций, представляющих 50% населения; 2) «единогласную» процедуру, предусмотренную для 5 видов поправок, требующих согласия федерального парламента и всех провинций; 3) процедуру «для некоторых провинций», которая предусмотрена для поправок, касающихся отдельных провинций, для принятия которых требуется согласие федерального парламента и легислатур тех провинций, которых данная поправка касается; 4) процедуру, по которой поправки, касающиеся исполнительной власти и палат парламента, может вносить федеральный парламента; 5) процедуру, по которой провинциальные легислатуры могут вносить поправки в конституции провинций.

³⁰ См.: *Wilkinson J.H.* Our Structural Constitution // *Columbia Law Review*. 2004. Vol. 104. № 6. P. 1688.

случае Хартия может остаться лишь на бумаге³¹. Несомненно, что Хартия прав и свобод канадцев оказала влияние на все процессы, которые активизировались в странах «общего права». Она, в свою очередь, разрабатывалась и принималась под влиянием Конституции США и входящего в нее Билля о правах.

В конце XX в. акты о правах человека стали составными частями неписаных конституций (Акт о правах человека 1998 г., принятый в Великобритании; Билль о правах 1990 г., принятый в Новой Зеландии³²). Хотя неписаные конституции не имеют высшей юридической силы, акты о правах человека содержат соответствующие механизмы, позволяющие контролировать действующее законодательство на предмет соответствия им. Новозеландский Билль о правах (ст. 6) устанавливает, что законодательство должно толковаться и применяться так, чтобы ему не противоречить. И английский, и новозеландский акты устанавливают систему контроля над законопроектами с точки зрения их соответствия правам и свободам.

Только Конституция Австралии по-прежнему не содержит соответствующего раздела. В австралийской правовой мысли продолжает господствовать идея, высказанная в середине прошлого века сэром Р. Мэнзисом: система ответственного правительства не предполагает необходимости принятия Билля о правах³³.

Таким образом, во второй половине XX в. в странах «общего права» произошли существенные изменения в определении места института прав и свобод в конституции. Страны пошли разными путями — одни путем конституционного закрепления института прав и свобод, другие предпочли регулировать права и свободы на законодательном уровне. Они не только совершили прорыв в данной сфере, но и изменили сам характер института прав и свобод.

Кроме формальных процедур в странах «общего права», развитие писаных конституций обеспечивают судьи. «Конституция — это то, что считают судьи»³⁴, — это известное выражение американского судьи Ч.Э. Хьюза выражает суть подхода к конституции. По мнению другого американского юриста, «конституции были преобразованы, поскольку все пробелы были восполнены обычаями, формальными поправками и особенно судебным толкованием. В этом отношении конституции со временем стали иметь меньше значения, чем положения, разработанные судьями»³⁵. «Конституция, — писал австралийский юрист В. Виндейер, — не обыкновенный, а фундаментальный закон; это основное право. В любой стране, где дух прецедентного права поддерживает господство провозглашаемых судами конституционных принципов на основании толкования писаной конституции, они могут меняться и развиваться с изменениями обстоятельств»³⁶. «Необходимо помнить, —

³¹ См.: *Hogg P.* Op. cit. P. 629.

³² Сэр Кеннет Кейт определил Билль о правах, принятый в Новой Зеландии, как «половинчатый». *Sir Kenneth Keith.* A Bill of Rights: Does it Matter? A Comment // *Texas International Law Journal.* Vol. 32. 1997. P. 393, 395.

³³ Тем не менее, в Австралии предпринималось несколько попыток принять Билль о правах в 1973, 1983, 1985 гг., однако они не увенчались успехом.

³⁴ Цит. по: *The Canadian and American Constitutions in Comparative Perspective / Ed. by M. McKenna.* Calgary, 1993. P. 179.

³⁵ *Carter L.* Contemporary Constitutional Law-Making. The Supreme Court and Art of Politics. N.Y., 1985. P. 28.

³⁶ *Zines L.R.* The High Court and the Constitution: the Search for Objective Criteria // *Law-Making in Australia.* Melbourne, 1980. P. 210.

пишет канадский исследователь П. Хогг, — что конституция отличается от обычного закона и поэтому не может быть легко дополнена, когда устаревает, так что ее приспособление к меняющимся условиям в значительной мере возлагается на суды»³⁷.

Со временем суды пересмотрели свои позиции и отошли от принятых прецедентов толкования. Верховный суд США придерживается позиции, что возможно ошибочное толкование, и суд должен иметь возможность исправлять ошибки.

Прецеденты толкования являлись той гибкой формой, которая позволяла изменять и, по существу, создавать конституционные нормы. Прецедентное право создавало преемственность в конституционном развитии стран «общего права». Идеи, заложенные в английской неписаной Конституции и в писаной Конституции США, оказали влияние на последующие конституционные процессы в этой правовой семье и за ее пределами. Конституция Новой Зеландии в силу ее неписаного характера заметно ближе к английской Конституции. Конституции Канады и Австралии в той или иной степени испытали влияние английской (поскольку содержатся в актах английского парламента) и американской моделей (поскольку США первыми предложили модель писаной конституции). При этом Конституция Австралии по ряду положений ближе к Конституции США, а Конституция Канады, как отмечается в ее преамбуле, в принципе сходна с Конституцией Соединенного Королевства. Американские судьи также не раз подчеркивали, что Конституция США восприняла многие положения английской Конституции.

Прецеденты толкования являются тем каналом, который использовался для обращения к зарубежной практике, поскольку судьи часто обращаются к судебным прецедентам, установленным при толковании конституции судами других стран. Например, для австралийских судей важны решения их американских и английских коллег. До 1920 г. австралийские судьи при толковании Конституции ориентировались на американскую практику, часто безоговорочно применяя принципы, установленные в прецедентах толкования Конституции США. В *Engineers' Case* была высказана точка зрения, что американские прецеденты не должны безоговорочно применяться австралийскими судами при толковании своей Конституции. Однако и после *Engineers' Case* австралийские судьи продолжали обращаться к американской практике.

Прецедентное право оказывает большое влияние на адаптацию конституций стран «общего права» к изменяющимся условиям. В значительной степени благодаря прецедентному праву продолжают оставаться актуальными конституции США и Австралии, а разрозненные акты канадской Конституции действуют как единый акт. Прецедентное право позволяет не только полностью не обновлять конституцию или принимать новую, как это происходит в странах Европы, но и сравнительно редко вносить в нее поправки.

³⁷ Hogg P. Constitutional Law of Canada. Toronto, 2007. P. 9.