



МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ МИД РОССИИ

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

СБОРНИК НАУЧНЫХ СТАТЕЙ

LIBER AMICORUM

В ЧЕСТЬ
ДОКТОРА ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОРА
Ю.И. ЛЕЙБО

Составитель и научный редактор
кандидат юридических наук, доцент
И.А. Ракитская



издательство
«ЮРЛИТИНФОРМ»

**МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ МИД РОССИИ**

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА**

Сборник научных статей

LIBER AMICORUM

**В честь
доктора юридических наук, профессора
Ю.И. Лейбо**

**Составитель и научный редактор
кандидат юридических наук, доцент
И.А. Ракитская**

**Издательство «Юрлитинформ»
Москва
2018**

УДК 342(082)
ББК 67.400я43
А43

А43 **Актуальные вопросы конституционного права: сборник научных статей /**
сост. и науч. ред. канд. юрид. наук, доц. И.А. Ракитская. — М.: Юрлит-
информ, 2018. — 352 с.

ISBN 978-5-4396-1731-9

Данное издание составлено в жанре *liber amicorum*. Оно выпущено в честь юбилея профессора кафедры конституционного права МГИМО МИД России, доктора юридических наук, видного специалиста в области конституционного права зарубежных стран и конституционного права ФРГ Ю.И. Лейбо.

Сборник подготовлен представителями кафедры конституционного права МГИМО МИД России и предназначен для юристов, занимающихся вопросами конституционного права, учёных, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов.

УДК 342(082)
ББК 67.400я43

ISBN 978-5-4396-1731-9

© Коллектив авторов, 2018
© Издательство «Юрлитинформ», 2018

ИЕРАРХИЯ НОРМ В ТЕКСТЕ КОНСТИТУЦИИ

Автор. *Карпенко Константин Викторович*. Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права МГИМО МИД России. Email: kvk_1973@mail.ru

Аннотация. Статья посвящена вопросу о предполагаемой иерархии норм внутри конституционного текста. Как писал в своё время Г. Кельзен, в любой правовой системе нормы права выстраиваются в пирамиду, на вершине которой находится конституция. Логично предположить, что такая же соподчиненность присутствует в самом конституционном акте. Автор приходит к выводу, что в конституции действительно есть опорные положения, которые могут быть как неизменными предписаниями, так и «духом» конституции.

Ключевые слова: конституция, иерархия норм, опорные положения, неизменные нормы, конституционные поправки, конституционный контроль.

SUBORDINATION OF NORMS IN THE CONSTITUTIONAL TEXT

Author. *Konstantin V. Karpenko*. Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor at the Department of Constitutional Law, MGIMO-University MFA Russia. Email: kvk_1973@mail.ru

Abstract. The article deals with the presupposed hierarchy of legal norms in the text of constitution. As H. Kelsen has said any legal order has got a pyramid of provisions and constitution is on its top. It is possible to assume that the same subordination of norms exists within a constitutional text. The author comes to the conclusion that such an assumption is true indeed. The constitution has really got a basic structure that consists of its eternity clauses as well as of its spirit.

Keywords: constitution, subordination of norms, basic structure, eternity clauses, amendments, constitutional review.

Континентальная наука и практика конституционного права, как известно, уверенно держится доктрины Г. Кельзена, изображающей всю совокупность правовых предписаний в отдельно взятой системе как пирамиду норм. Её венчает конституция государства — метанорма (*Grundnorm*) текущего правопорядка. Как следствие, правовое регулирование на нижестоящих уровнях легального воздействия строится на

том же принципе: каждая последующая норма получает своё бытие от предыдущей. Последняя, таким образом, обуславливает первую, придаёт ей действенность и действительность¹²³. Данный принцип лежит в основе любой правовой системы. Можно даже предположить, что в истории права он присутствовал всегда, задолго до того счастливого момента, когда основатель нормативизма сумел доказать научно его существование. Эта догадка в данном случае опирается на логику разума, которая требует, чтобы любой порядок покоился на некотором руководящем начале, собственно и создающем этот порядок. Не будет исключением и правопорядок, складывающийся из соподчинённых нормативных предписаний, вытекающих из общего для них источника. Таковым должна быть признана известная основная норма, дающая бытие всем прочим.

Не стоит здесь углубляться в подробности формирования отдельных правовых систем. Вопрос о том, насколько уместно говорить о наличии основной нормы в древних правовых массивах лежит за пределами поставленной задачи. Будет достаточно повторить вслед за великим австрийцем, что существование такой нормы должно презюмироваться. В противном случае совокупность правовых норм предстанет как нагромождение бессмысленных запретов и абсурдных дозволений либо как плод субъективного, хотя и авторитетного, веления. Научный же подход требует упорядоченности, классификации и систематизации, ибо разум стремится к единичности, к безусловности высшего начала, каковое и позволяет познавать окружающую действительность, в том числе и правовую.

Поскольку в правовой системе имеется иерархия норм, представляется, что будет допустимым предположить наличие оной в отдельно взятом нормативном тексте. Ведь то, что верно для целого, должно быть верно и для части этого целого. Едва ли можно сегодня отрицать существование пирамиды норм в правовой системе. Такая пирамида не только обеспечивает воспроизводство нормативных предписаний на всех уровнях правового регулирования. Она ещё и делает возможным проверку этого воспроизводства юридическими средствами. Речь, разумеется, идёт о конституционном контроле, чье влияние на современное право трудно переоценить¹²⁴. Именно этот правовой институт

¹²³ См.: Kelsen H. General theory of law and state. Cambridge, 1949. P. 111.

¹²⁴ См.: Конституционный контроль в зарубежных странах: коллективная монография / Ю.И. Лейбо и др.; под ред. Е.Я. Павлова, Е.А. Кремянской. М.: МГИМО-Университет, 2015.

обеспечивает применение высших принципов и норм в масштабах правовой системы. Высшие принципы и нормы — это предписания конституции, которая создаёт и поддерживает текущий правопорядок. При помощи конституционного контроля принципы конституции способны проникать в мельчайшие подробности юридического быта. Отсюда очевидно, что конституция является, хоть и главной, но все же частью правовой системы. Именно в ней представляется возможным отыскать внутреннюю иерархию норм. Иными словами, в тексте основного закона должна быть своя пирамида предписаний, своеобразный микрокосм, отражающий макрокосм, как сказал бы Платон.

Настоящее краткое исследование будет состоять из двух частей. Прежде всего необходимо выявить те положения конституционного текста, которые окажутся выше прочих по формальным признакам. Эти признаки должны быть указаны в самой конституции. Вторую часть работы необходимо посвятить такому «неуловимому» и, может быть, даже не очень правовому понятию, как «дух конституции». Можно попытаться предложить возможные пути его поиска, опираясь в рассуждениях на яркие вехи судебной практики конституционной юстиции. Как можно догадаться, эмпирической базой исследования станут конституции отдельных государств, выбранных случайным образом. Это делается намеренно, чтобы не зависеть от критериев правовых семей, а также от исторических особенностей формирования права у разных народов и в разных регионах планеты.

В качестве методологической основы настоящего исследования избран метод сравнительного правоведения. Он даст возможность соотнести опыт конституционного строительства в разных правовых системах разных государств. Разумеется, невозможно в рамках ограниченного объёма произвести сопоставление всех действующих конституционных текстов. В этом смысле исследование будет носить ограниченный характер. Однако думается, что научная ценность достигнутых результатов будет всё же достаточной для оправдания предпринятых усилий. Рассмотрев известное количество конституционных актов, можно сделать ряд предварительных выводов, которые, хочется надеяться, станут стартовой площадкой для дальнейших изысканий.

Помимо сравнительного метода, как видно из вышеизложенного, стоит прибегнуть и к общенаучным путям поиска истины, а именно дедукции и индукции. Отправляясь от предположения, что иерархия норм в правовой системе должна повториться в отдельном документе, мы, очевидно, движемся от общего к частному. Прилагая знание о целом к части этого целого, мы уверены, что последняя (то есть часть)

подтвердит догадку. Соответственно мысль направлена от достоверного к достоверному. Но далее, исследуя ограниченное количество национальных конституций, будем продвигаться в направлении от достоверного к вероятному. Обнаружив соподчинённость норм в нескольких конституционных актах, можно предположить, что данное явление, по-видимому, свойственно и всем прочим текстам. Результат исследования, таким образом, можно полагать индуктивным, дающим прирост знания, хотя и требующим верификации.

Итак, в тексте любой конституции имеются предписания, чья юридическая сила представляется более значимой по сравнению с иными её положениями. Такие предписания являются результатом воли первичной учредительной власти и нередко отражают внеправовые предпочтения, которыми она руководствуется. Отсюда очевидно, что содержание подобных предписаний будет очень различным, зависящим от политико-социальной ситуации, в которой разрабатывалась и принималась конституция. В то же время различия могут показаться и не столь существенными, если принять во внимание общие идеи конституционализма, свойственные многим современным государствам. В любом случае важно помнить, что первичная учредительная власть, творящая новое право, ничем не связана. Она действует, опираясь исключительно на своё усмотрение, и вольна придать особую юридическую силу любым предписаниям конституции. От этого они (предписания) становятся более защищёнными по сравнению с другими. А защищённость применительно к конституционным предписаниям означает, по всей видимости, их незыблемость.

Часто конституционные акты объявляют отдельные свои положения неизменными в рамках действующего правового порядка. Иногда их называют «вечными положениями» (*eternity clauses*), но это лишь метафора¹²⁵. В прямом смысле слова «вечными» они быть не могут. Однако образное их обозначение подчёркивает их сугубую ценность для общества и государства. Так, отечественная Конституция не допускает пересмотра положений глав 1, 2 и 9. Они являются нашими *eternity clauses* в рамках того политико-правового режима, который был установлен в 1993 г. Более того, ст. 16 закрепляет повышенную правовую защиту предписаний главы 1, так как никакие прочие положения нашей Конституции не могут им противоречить. Теоретически это означает,

¹²⁵ См.: Dixon R., Landau D. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment // International journal of constitutional law. 2015. № 13 (3). P. 606–638.

что Конституционный Суд РФ мог бы проверить любое из положений Основного закона на соответствие первой главе. Думается, что такая проверка едва ли допустима, коль скоро Конституция РФ принималась одновременно и целиком. Но применительно к возможности проверки на соответствие конституции поправок к ней норма ст. 16 могла бы помочь Суду в определении содержательного критерия такого контроля. Известные шаги в этом направлении уже сделаны, и правовые позиции Конституционного Суда намечают будущую тенденцию¹²⁶. Как бы то ни было, для нашей задачи имеет смысл подчеркнуть высшее значение 1, 2 и 9 глав. Их невозможно изменить без искажения фундаментальных устоев российской общественной и государственной жизни.

Конституция Франции 1958 г. называет неизменными положения о республиканской форме правления и о территориальной целостности государства¹²⁷. Республика для Франции есть наследие революции 1789 г. Это исторический источник легитимности власти, позволяющий ей принимать важнейшие политические решения от имени нации. Но республика также означает и известное видение организации этой власти, основанное на выборности, обособлении публичных органов, независимости судебных учреждений. Наконец, республика в правовой культуре современной Франции немыслима без провозглашения и гарантий прав и свобод личности¹²⁸. Отсюда ясно, что отмена республиканской формы правления будет равносильна «отмене» самой Франции в её нынешнем правовом, политическом и социальном измерении. Территориальная целостность Франции, со своей стороны, тесным образом связана с республиканским режимом, так как лишь в ходе революции страна избавилась, наконец, от пережитков феодального партикуляризма. И хотя, строго говоря, единство территории было закреплено в первой монархической конституции 1791 г., данный принцип не сумел спасти ветхое здание «наихристианнейшего» королевства Европы¹²⁹. Напротив, территориальное единообразие стало отличительной чертой «новой» Франции, родившейся в горниле рево-

¹²⁶ См.: Троицкая А.А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: как распахнуть приоткрытую дверь // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2 (111). С. 107–113.

¹²⁷ См.: Constitution de 1958, art. 89 Electronic resource // URL: <http://www.legifrance.gouv.fr>

¹²⁸ См.: Monera F. L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Paris, 2004. P. 135–155.

¹²⁹ См.: Бочкарев С.В. Начало французского конституционализма: Конституция 1791 г. // Правовая инициатива. 2014. № 4. С. 13.

люционных страстей. На протяжении всего XIX в., особенно в период III Республики, принципы государственного устройства постоянно становились предметом не только политико-правовых дискуссий, но и правового регулирования¹³⁰. Значение вышеназванных двух неизменных положений Конституции Франции было подтверждено и в практике Конституционного совета. Для него эти принципы представляют собой безусловное ограничение вторичной учредительной власти в лице Конгресса¹³¹.

Итальянская конституция 1947 г. аналогично французской провозглашает «республику» высшей ценностью и не подлежащей изменению. Без сомнения, это также связано с предшествующей историей страны, когда авторитарные режимы разной степени жёсткости могли принимать, быть может, не всегда легитимные решения. Нас же интересует в данном случае придание этому положению Основного закона повышенной защиты. Утверждая неизменность республиканской формы правления, учредительная власть предохраняет свою явно выраженную волю от принципиальных отклонений в будущем. В то же время, очевидно, что республиканский режим выступает фундаментом текущего конституционного правопорядка в Италии. Как и во Франции, всё, что подразумевает под собой этот режим, находится за пределами не только обычной законодательной деятельности парламента, но и его полномочий по изменению конституции¹³². В то же время уместно подчеркнуть, что территориальная целостность не является в Италии неизменным конституционным предписанием. Взаимоотношения центрального правительства и административных единиц могут корректироваться в зависимости от предпочтения национального или регионального интереса¹³³. Конституционная реформа 2001 г. превратила Италию в «региональное» государство, близкое к испанскому

¹³⁰ См.: Бочкарев С.В. Особенности французского конституционализма: на примере конституционно-правовых институтов Третьей республики // Евразийский юридический журнал. 2012. № 12. С. 107–111.

¹³¹ См.: Décision № 92-312 DC du 02.09.1992 Electronic resource // URL: <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

¹³² О роли парламента в целом, а также о его полномочиях по изменению конституции см.: Депутат зарубежного парламента: коллективная монография / Ю.И. Лейбо и др.; под ред. А.Г. Орлова, Е.А. Кремянской. М.: МГИМО-Университет, 2014.

¹³³ См.: Кремянская Е.А. Распределение предметов ведения в современных государствах и особенности правового статуса регионов // Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / Г.П. Толстопятенко и др.; под ред. И.А. Ракитской; МГИМО-Университет. М., 2017. С. 114–136.

образу¹³⁴. При этом республиканская форма правления сохраняется по-прежнему¹³⁵.

В Основном законе ФРГ незыблемыми положениями признаются нормы ст.ст. 1 и 20, что и указано в ч. 3 ст. 79. Тем самым неотъемлемость прав и свобод, равно как и связанность ими органов власти предстают в качестве основополагающих принципов правопорядка. В статье 20 помимо прочего утверждается германский федерализм, чьим важнейшим проявлением следует полагать участие земель в законодательстве. Эти предписания Основного закона 1949 г. образуют ядро конституционных положений, изъятых из области парламентского законодательства. Как и в названных выше странах, неизменность этих положений имеет своей целью защитить волю первичной учредительной власти. Интересно отметить, что политические мотивы такого решения в Германии в конце 1940-х годов были иными, нежели, например, во Франции. Однако результат в обоих государствах вполне сопоставим: иерархия норм присутствует как в одном, так и в другом конституционном тексте.

Применительно к ФРГ необходимо добавить, что закреплённая в ч. 3 ст. 79, неизменяемость ряда предписаний конституции активно используется Федеральным конституционным судом при проверке международных договоров¹³⁶. Суд оценивает их содержание с точки зрения соответствия высшим ценностям государства. А в решении о проверке Маастрихтского договора 1992 г. суд постановил, что предписания ч. 3 ст. 79 непосредственно направлены на сохранение конституции. Парламент лишен права их изменить, это возможно лишь вне рамок права. Как представляется, роль конституционного суда, в данном случае германского, следует подчеркнуть особо. Выбирая из всего текста именно эти предписания, он придаёт им повышенное юридическое значение. Ясно, что в данном случае имеет место избирательное применение положений конституции, обусловленное потребностями судебной практики и, без сомнения, политических целей. Но важно то, что при по-

¹³⁴ См.: Groppi T., Scattoni N. Italy: the subsidiarity principle // *International journal of constitutional law*. 2006. № 1. Vol. 4. P. 131–137.

¹³⁵ О новой форме государственного устройства, именуемой «региональным» государством см.: Молчаков Н.Ю. Регионалистские государства в Европе: к вопросу о новой форме территориально-политического устройства // *Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / Г.П. Толстомятенко и др.; под ред. И.А. Ракитской; МГИМО-Университет. М., 2017. С. 82–113.*

¹³⁶ См.: Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law // *International journal of constitutional law*. 2016. № 14. P. 428–430.

мощи суда абстрактная конституционная норма служит практическим интересам, как принято говорить в таких случаях, она «апробируется» и вводится в повседневный юридический быт межгосударственного общения.

Конституция Эстонии запрещает изменять содержание индивидуальных прав и свобод¹³⁷. Это означает, что допускается лишь ограничение в их применении. При этом органы власти должны обосновать такое ограничение и указать его пределы как в отношении сроков, так и степени его сужения.

Конституционный акт Чехии препятствует отказу от атрибутов демократического государства, связывая с их сохранением будущее существование государства и общества¹³⁸. В Конституции Португалии перечислены материальные границы её изменения¹³⁹. Они сдерживают парламент, обеспечивая стабильность текущего правопорядка.

Любопытный образец предполагаемой неизменности представляет ст. V Конституции США. Будучи старейшей из действующих, она не содержит прямых указаний на свою «вечность». Однако в ней присутствует норма, которая может быть истолкована как предел материальному изменению Основного закона. Речь идёт о невозможности лишить штат равного с другими представительства в Сенате, кроме как при наличии согласия. Ряд американских конституционалистов отмечает, что единогласное мнение всех штатов может привести к отмене или изменению этого предписания. Но иные держатся мнения, что такой вывод стал бы извращением сущности американского правопорядка, основанного во многом на равновесии полномочий союза и штатов. В любом случае не стоит настаивать на высказанном чуть выше предположении о неизменности данной нормы. Ведь ни основной текст Конституции США, ни действующие поправки не говорят прямо о невозможности их отмены, каковое правило имеет место в перечисленных ранее европейских конституционных актах. Норма ст. V может рассматриваться и на самом деле рассматривается как «вечная» лишь в доктрине, и здесь нет недостатка в разнообразии высказываемых мнений¹⁴⁰.

¹³⁷ См.: Конституция Эстонии, ст. 11 Electronic resource // URL: <https://www.president.ee/ru>

¹³⁸ См.: Конституция Чехии, ст. 9 Electronic resource // URL: <https://www.parliament.am>

¹³⁹ См.: Constitution of Portuguese republic, art. 288 Electronic resource // URL: <http://www.en.parlamento.pt>

¹⁴⁰ См.: Wright R.G. Could a constitutional amendment be unconstitutional? // Loyola Un. Chicago law journal. 1991. Vol. 22. № 4. P. 741–764.

Формальная неизменность отдельных положений конституционных актов современных государств демонстрирует их заботу предотвратить частую смену политико-правового режима, а равно и обеспечить безопасность субъектов права. Правовое регулирование для своей эффективности нуждается в предсказуемости дальнейших действий. Оно должно быть не просто понятно участникам правоотношений, но и позволять им прогнозировать последствия своих поступков. Это касается в одинаковой степени и граждан, и организаций, и органов власти. Отсутствие предсказуемости открывает широкую дорогу произволу и карательному применению законов. Несмотря на очевидность вышесказанного, не все государства включили в свои конституции неизменные предписания.

Если в конституционном тексте отсутствуют «вечные» положения, это, однако, не означает, что отсутствует и иерархия норм. Последняя может, как кажется, быть изложена с использованием иной юридической техники. Так, многие современные конституции выделяют группы норм, которые могут быть изменены в рамках действующего правового порядка, но делается это в соответствии с усложнённой процедурой. Например, Конституция Испании 1978 г. гласит, что предписания, посвящённые Короне, изменяются квалифицированным большинством в каждой палате парламента и обсуждаются дважды разными составами народных избранников¹⁴¹.

Конституция Дании устанавливает, что возрастной ценз может быть изменён только посредством референдума. Логично заключить, что прочие положения Основного закона не обладают столь повышенной защитой и не требуют непосредственного участия населения для их корректировки¹⁴². Схожие положения можно отыскать в Конституции Эстонии. Выше уже отмечалась неизменность материального содержания статуса личности в этой стране. Здесь же можно добавить, что правка предписаний глав I и XV подлежит обязательному народному утверждению¹⁴³. Большой перечень положений, изменяемых в усложнённом порядке, имеет Конституция Латвии. Референдум предписан для внесения поправок в положения о государственной независимости, о суверенитете народа, о территориальной целостности, о свободных выборах в Сейм¹⁴⁴. Точно так же с согласия народа изменению

¹⁴¹ См.: Spanish constitution, art. 168 Electronic resource // URL: <http://www.congreso.es>

¹⁴² См.: The Constitutional act of Denmark, sec. 29 Electronic resource // URL: <http://www.thedanishparliament.dk>

¹⁴³ См.: Конституция Эстонии, ст. 162 Electronic resource // URL: <https://www.president.ee/ru>

¹⁴⁴ См.: Конституция Латвийской республики, ст.ст. 1, 2, 3, 6, 77 Electronic resource // URL: <https://www.cvk.lv>

подлежит положение о независимой и демократической республике в Литве¹⁴⁵. При этом положительных голосов должно быть не менее 3/4.

Таким образом, рассмотрев некоторое, хотя и далеко не полное, количество современных конституций, можно сделать вывод, что внутренняя иерархия норм в тексте Основного закона в действительности имеет место. Такая пирамида может быть оформлена в качестве неизменных положений либо изменяемых в усложнённом порядке. В первом из этих случаев запрет конституционных исправлений направлен на сохранение изначально задуманного правопорядка. В политическом смысле это означает, по всей видимости, резкое неприятие предшествующего опыта государственного строительства. Основатели нового режима стремились не допустить в какой бы то ни было форме возврата к отвергнутому и нередко осуждённому прошлому. Иными словами, речь идёт о защите первичной учредительной власти в том виде, в котором она существовала на момент принятия конституции. Во втором же случае, когда отдельные положения конституционного текста изменяются в более сложном порядке, имеет место не запрет, а ограничение. Основной закон можно корректировать, но с соблюдением процедуры, оберегающей от скоропалительного, ситуативного решения. В то же время данное ограничение учитывает изменчивость окружающей действительности и позволяет конституции реагировать на новые вызовы. Благодаря этому, Основной закон государства способен динамично развиваться, обеспечивая, в известной степени, преемственность эпох и поколений. Стоит добавить, также, что эволюция через поправки свойственна, скорее, континентальному правопониманию, как и видно из выбранного перечня стран. Англосаксонский же мир, как кажется, склонен отдавать предпочтение конституционной эволюции посредством толкования. Обильная практика Верховного суда США будет в этом случае ярчайшим примером.

Здесь были рассмотрены некоторые конституции, в которых высшее юридическое значение отдельных их положений закрепляется формальным образом. Нельзя, однако, полностью исключать наличие существенных характеристик учредительного акта, пронизывающих его ткань и образующих то, что принято называть «духом» конституции. Такой «дух» никогда не будет записан в тексте, его невозможно втиснуть в «прокрустово ложе» структуры правовой нормы. Но его присутствие ощущается в общей политико-идеологической направленности Основного закона.

¹⁴⁵ См.: Constitution of Lithuanian republic, art. 148 Electronic resource // URL: <http://www.lituanus.org>

Конституция, вне всякого сомнения, выполняет как политическую, так и идеологическую функции. Несмотря на это, едва ли будет корректно отождествить так называемый дух конституции с идеями, которые исповедывали её основатели. При всём уважении к таким идеям, они не укладываются в строгий юридический анализ, не говоря уже о том, что они всегда несут на себе отпечаток субъективного восприятия их авторов. Кроме того, политические идеи имеют свойство устаревать: актуальные 100–200 лет назад сегодня они кажутся нелепыми, а то вредными. Можно вспомнить, например, что изначальный текст Конституции США 1787 г. не только допускал рабство, но и предписывал розыск и возвращение беглых рабов¹⁴⁶. Расовая дискриминация была узаконена в американском праве до 1954 г.¹⁴⁷, а принцип равенства полов получил законодательную санкцию лишь в 1980–1990-е годы. Всё это тем не менее не помешало Конституции 1787 г. действовать вот уже более 230 лет. С трудом верится, что политико-идеологический «дух» американской Конституции эпохи отцов-основателей остался прежним в начале XXI в., и более того, приспосабливается к новым либеральным ценностям.

Стоит высказать догадку, что «дух» конституции должен всё же быть юридически определяем. Иными словами, он должен быть объективно присущ конституционному тексту независимо от конъюнктурных пристрастий эпохи. Как представляется, «дух» конституции коренится в её цельности, связанности между собой всех её предписаний. Он трансцендентен, то есть пронизывает все её нормы и каждую в отдельности. Благодаря своему «духу», конституция приобретает качество завершенной вещи, её самодостаточность и полнота становятся внутренней причиной её верховенства. Учредительная же власть лишь узаконивает этот факт, закрепляя верховенство формально. Следовательно, если в конституцию вносятся изменения, нарушающие её целостность, приводящие к разногласию отдельные её положения, то можно констатировать искажение «духа» Основного закона. Например, если конституция устанавливает выборность органов власти, то

¹⁴⁶ US constitution, art IV Electronic resource // URL: <https://www.archives.gov/founding-docs>

¹⁴⁷ Доктрина «separate, but equal» была установлена решением Верховного суда в 1896 г., по делу *Plessy v. Ferguson*, в котором оспаривался закон штата Луизиана, предписывавший раздельный проезд белых и чёрных в железнодорожных вагонах. Как известно, этот закон был признан конституционным. Смысл этой доктрины состоял в том, что разное отношение к людям разных рас не означало ущемления их прав, при условии предоставления им одинаковых возможностей. Иными словами, и белые и чёрные могут ездить в поездах, но в разных вагонах. Отмена доктрины произошла решением Верховного суда по делу *Brown v. Board of education*, в 1954 г. Это было одно из самых ярких изменений в его практике.

не только формальное ограничение этого принципа, но и фактическое отсутствие альтернативности следует квалифицировать как нарушение её «духа». Разве что в первом случае «виноват» будет законодатель, а во втором — нравственное обнищание общества, неспособного жить в состоянии осознанной свободы.

«Дух» конституции, понятый как её самодостаточность и цельность, имеет ту сложность, что приходится ждать какого-либо нарушения, чтобы убедиться в его («духа») наличии. Поэтому важно не столько выявить уже совершившееся отступление, сколько предотвратить его. И сделать это может и должно специальное учреждение, чьей первейшей задачей является охрана конституции. Именно Конституционный суд располагает средствами для недопущения таких поправок, которые приводят к ущербу Основного закона. Задача суда, конечно, не из лёгких, но она усложнится ещё больше, если заметить, что для защиты «духа» конституции надо бы прежде выявить его содержание. Это необходимо уже для того, чтобы знать, что именно нуждается в защите. Для иллюстрации можно взять практику Верховного суда Индии, поскольку в своей деятельности он, как представляется, значительно продвинулся в деле выявления «духа» конституции. Поэтому, думается нам, изучение его опыта могло бы оказаться полезным и для других стран, не исключая Россию.

Конституция Индии является, пожалуй, самой объёмной из существующих на сегодняшний день. Помимо 395 статей, она включает в себя несколько Приложений и Дополнений с законами, посвящёнными разным предметам регулирования. Такая масштабность конституционно-правовой тематики объясняется необходимостью проводить социальные реформы в стране с крайне сложной и многоуровневой общественной структурой. При этом в тексте Конституции нет «вечных» положений. Никакое предписание не защищается особо, не выделяется из всей совокупности учредительных норм. Поэтому верные британской традиции всевластия парламента, индийские законодатели никогда не сомневались в своём праве изменять любые положения Основного закона.

Со своей стороны Верховный суд Индии несколько раз подтверждал убеждённость парламента. Так, в 1951 г. в решении, которое станет первым в череде столкновений двух ветвей власти, суд постановил, что закон о конституционной поправке не может быть отвергнут по причине несоответствия основным правам личности¹⁴⁸. Дело в том, что

¹⁴⁸ См.: Shankari Prasad Singh Deo v. Union of India 1951 AIR 458 Electronic resource // URL: <https://indiankanoon.org>

ст. 13 индийской Конституции гласит, что законы, противоречащие её ч. III, являются недействительными. Однако конституционный текст не уточняет, какие именно законы подпадают под действие этой нормы. Следовательно, можно было бы предположить, что под этим термином разумеются любые законы, принятые парламентом. Верховный суд разъяснил, что законы о поправках сюда не относятся. Практическая значимость этого решения заключалась в том, что парламент мог отныне лишать крупных землевладельцев частной собственности, хотя их право было закреплено в Конституции. Для нас же важно то, что суд признал за законодателями неограниченное право вносить поправки в любые положения Основного закона. В 1964 г. Верховный суд повторил свою правовую позицию в новом деле¹⁴⁹.

Изменение сложившейся практики случилось в 1967 г., когда суд посчитал, что даже соблюдение формальной процедуры внесения изменений в Конституцию не освобождает законодателя (на самом деле, вторичную учредительную власть) от соблюдения основополагающих прав¹⁵⁰. В решении отмечалось, что права и свободы обладают трансцендентным значением в действующей Конституции и вследствие этого выходят за пределы деятельности парламента. Данное постановление можно считать первой попыткой сформулировать теорию «опорных положений» конституции (*basic structure*)¹⁵¹. Права и свободы личности, таким образом, становятся мерилom правомерности конституционных изменений и образуют первый, наверно, важнейший элемент среди опорных положений Основного закона.

Высказанная в 1967 г. правовая позиция получила в дальнейшем дополнительное развитие. В 1973 г. Верховный суд опять подтвердил право парламента менять конституционный акт, но в то же самое время объявил себя компетентным проверять на соответствие Конституции законы, вносящие поправки в главу о руководящих принципах государственной политики (ч. IV Конституции Индии)¹⁵². Эти принципы, очевидно, стали следующим элементом опорных положений, изменить которые парламента не в силах. Продолжая развивать свою

¹⁴⁹ См.: Sajjan Singh v. State of Rajasthan 1965 AIR 845 Electronic resource // URL: <https://indiankanoon.org>

¹⁵⁰ См.: I.C. Golaknath and Others v. State of Punjab 1967 AIR 1643 Electronic resource // URL: <https://indiankanoon.org>

¹⁵¹ См.: Jacobsohn G.J. An unconstitutional constitution? A comparative perspective // International journal of constitutional law. 2006. Vol. 4. № 3. P. 472–473.

¹⁵² См.: Kesavananda Bharati v. State of Kerala, W.P.(C) 135, 1973 Electronic resource // URL: <https://indiankanoon.org>

новую теорию, суд в 1975 г. признал неконституционными две поправки, внесённые тогдашним премьер-министром И. Ганди, по причине их противоречия базовым ценностям Конституции¹⁵³. Представляется, что имеет смысл уточнить, что эти поправки, во-первых, изымали из-под контроля Верховного суда законы, принятые в период действия чрезвычайного положения (38-я поправка), а, во-вторых, исключали проведение расследования по результатам выборов премьер-министра (39-я поправка). Пикантность ситуации заключалась в том, что как раз инициатора этих поправок обвиняли в нарушении законодательства о выборах. В любом случае, к опорным положениям индийской Конституции можно добавить право Верховного суда проверять соответствие ей предлагаемых поправок.

Наконец, в 1980 г. Верховный суд постановил, что Конституция представляет собой ценное наследие и как таковое не может быть уничтожена¹⁵⁴. Годом позже, в 1981 г., произошло ещё более существенное для охраны Конституции уточнение позиции высшего судебного учреждения. Верховный суд пришел к заключению, что все поправки к Конституции, внесённые после 1973 г., подлежат конституционному контролю. Данное право суда распространяется и на законы, включённые в Дополнение № 9 Конституции. Существование этого Дополнения представляет особенность индийского конституционного права. Оно появилось в 1951 г. в соответствии с первой поправкой, когда правительство задумало крупную социальную реформу, направленную на перераспределение земельной собственности. Для ускорения реформы законы, вносимые в Дополнение № 9, не могли быть проверены судом на соответствие Конституции. Но в 1981 г. ситуация изменилась. Дискреционные полномочия парламента значительно сузились, в то время как роль Верховного суда укрепились.

В приведённых выше решениях немалое значение имели особые мнения судей, причём отнюдь не расходящиеся с общей позицией суда. Излагая свои взгляды на рассмотренные дела, судьи брали на себя смелость сформулировать собственное видение опорных положений Конституции. Если суммировать высказанные предложения, то получится, что Основной закон Индии покоится на следующих опорных предписаниях:

¹⁵³ См.: Indira Gandhi v. Raj Narain, 1975 AIR 2299 Electronic resource // URL: <https://indiankanoon.org>

¹⁵⁴ См.: Minerva Mills Ltd. v. Union of India, 1980 AIR 1789 Electronic resource // URL: <https://indiankanoon.org>

- верховенство Конституции;
- республиканская форма правления;
- светский характер Конституции;
- сохранение обособления властей;
- федерализм;
- ограничение права парламента вносить поправки;
- равновесие между индивидуальными правами и руководящими принципами государственной политики;
- конституционный контроль;
- неизменность отдельных положений Конституции.

Сразу нужно оговориться, что приведённый перечень не является исчерпывающим. Ничто не может помешать Верховному суду добавить в него новые принципы.

Цель теории опорных положений Конституции (*theory of basic structure of the constitution*) состоит, как можно догадаться, в ограничении полномочий парламента вносить поправки в Основной закон. Перечисленные выше, они, разумеется, не выглядят необычными. Такие же положения или очень похожие можно найти в любой конституции современного типа, так как конституция сама по себе и является взаимным ограничением государства и общества. Она устанавливает грань, пересекать которую не могут ни властные субъекты, ни граждане. Иными словами, опорные положения конституции необязательно должны подчёркивать самобытность отдельного государства. Их смысл заключается в другом: во взаимной связанности и обусловленности друг другом. Все вместе они составляют фундамент конституции, в данном случае индийской. Все вместе они придают конституционному тексту полноту и всеохватность. Отмена или изменение одного или нескольких из опорных положений делают конституцию ущербной, неспособной к адекватному регулированию правоотношений. В ней самой тогда появляются внутренние противоречия, препятствующие её непосредственному применению. В этом случае, по-видимому, потребуются принятие дополнительных законов, согласующих её отныне расходящиеся предписания. Такой выход не может быть признан удовлетворительным, так как конституция окажется тогда фактически в «плёну» текущих законов. В подобной ситуации и конституционный контроль будет парализован. Его осуществление натолкнётся на противоречивость предписаний Основного закона, поскольку суд не сможет выявить однозначный критерий соответствия. Возникнет «инфляция» конституционных ценностей.

С другой стороны, признание за парламентом неограниченного права менять Основной закон равносильно поставлению его выше конституции. Он превратится из учреждённого ею органа в орган учреждающий. Иными словами, подменит собой учредительное собрание, орган во многом специфический, с исключительной, но при этом временной властью. Оно лишь потому обладает ничем не ограниченной властью, что таковая касается создания нового правопорядка. Парламент же, формируемый впоследствии на основе норм учредительной власти, призван скорее сохранять конституцию путём её повседневного применения и, быть может, корректировки, но отнюдь не полного её извращения. Поэтому едва ли будет правомерно и, следует подчеркнуть, безопасно предоставить законодателям бесконтрольные возможности перекраивать Основной закон.

Завершая краткий обзор иерархии конституционных норм, можно сказать, что теория опорных положений конституции имеет большой научный и практический потенциал. Её дальнейшая теоретическая разработка позволит вскрыть новые грани конституционного регулирования, доселе обойдённые вниманием исследователей. Выделение из текста конституции норм, обладающих повышенной защитой и в силу этого стоящих выше иных предписаний, даст возможность расширить представление о кельзеновской пирамиде правопорядка. Ведь предложенная им метанорма, будучи неопровержимой презумпцией¹⁵⁵, рискует обратиться в фикцию. Теория опорных положений способна уберечь её от такой перспективы, снабдив собственным основанием действительности.

Практическая же значимость опорных положений едва ли нуждается в доказательствах. Такие положения необходимы для предотвращения неоправданных изменений конституции, искажающих её сущность. Они способны препятствовать эволютивной трансформации Основного закона страны путём проверки на конституционность законов о поправках.

Литература

1. Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / Московский гос. ин-т междунар. отношений (Ун-т) Мин-ва иностр. дел Российской Федерации, каф. конституционного права; науч. ред. И.А. Ракитская; отв. ред. Н.Ю. Молчаков. М.: МГИМО-Университет, 2017. 674 с. (Научная школа МГИМО / ред. совет серии: А.В. Торкунов /пред./ и др.).

¹⁵⁵ См.: Kelsen H. General theory of law and state. Cambridge, 1949. P. 115.

2. Бочкарев С.В. Начало французского конституционализма: Конституция 1791 г. // Правовая инициатива. 2014. № 4. С. 13.
3. Бочкарев С.В. Особенности французского конституционализма: на примере конституционно-правовых институтов Третьей республики // Евразийский юридический журнал. 2012. № 12. С. 107–111.
4. Депутат зарубежного парламента: коллективная монография / Ю.И. Лейбо и др.; под ред. А.Г. Орлова, Е.А. Кремянской. М.: МГИМО-Университет, 2014.
5. Конституционный контроль в зарубежных странах: коллективная монография / Ю.И. Лейбо и др.; под ред. Е.Я. Павлова, Е.А. Кремянской. М.: МГИМО-Университет, 2015.
6. Кремянская Е.А. Распределение предметов ведения в современных государствах и особенности правового статуса регионов // Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / Г.П. Толстопятенко и др.; под ред. И.А. Ракитской; МГИМО-Университет. М., 2017. С. 114.
7. Молчаков Н.Ю. Регионалистские государства в Европе: к вопросу о новой форме территориально-политического устройства // Актуальные проблемы сравнительного, зарубежного и российского конституционного права: сб. науч. трудов / Г.П. Толстопятенко и др.; под ред. И.А. Ракитской; МГИМО-Университет. М., 2017. С. 82–113.
8. Троицкая А.А. Российский Конституционный Суд и проверка поправок к Конституции: как распахнуть приоткрытую дверь // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2 (111). С. 107–113.
9. Dixon R., Landau D. Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment // International journal of constitutional law. 2015. № 13 (3). P. 606–638.
10. Groppi T., Scattone N. Italy: the subsidiarity principle // International journal of constitutional law. 2006. № 1. Vol. 4. P. 131–137.
11. Jacobsohn G.J. An unconstitutional constitution? A comparative perspective // International journal of constitutional law. 2006. Vol. 4. № 3. P. 460–487.
12. Kelsen H. General theory of law and state. Cambridge, 1949.
13. Monera F. L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel. P., 2004.
14. Polzin M. Constitutional identity, unconstitutional amendments and the idea of constituent power: the development of the doctrine of constitutional identity in German constitutional law // International journal of constitutional law. 2016. № 14. P. 411–438.
15. Wright R.G. Could a constitutional amendment be unconstitutional? // Loyola Un. Chicago law journal. 1991. Vol. 22. № 4. P. 741–764.

**АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА**

Сборник научных статей

LIBER AMICORUM

**В честь
доктора юридических наук, профессора Ю.И. Лейбо**

**Составитель и научный редактор
кандидат юридических наук, доцент И.А. Ракитская**

Компьютерная верстка — Птицына И.Н.

Лицензия ЛР № 066272 от 14 января 1999 г.
Сдано в набор 05.09.2018. Подписано в печать 21.09.2018
Формат 60×88/16. Бумага офсетная. Усл. печ. л. 22
Тираж 3000 экз. (1-й завод — 1000 экз.) Заказ № 215

ООО Издательство «Юрлитинформ»
119019, г. Москва, ул. Волхонка, д. 6
<http://www.urlit.ru>; e-mail: post@urlit.ru

Отпечатано в типографии ООО «Галлея-Принт»
111024, г. Москва, ул. 5-я Кабельная, д. 2Б
<http://galleyaprint.ru>