



Страсбург, 19 января 2010 г.

CDL-AD(2010)001

Исследование № 469/2008

Оригинал: английский
Неофициальный перевод*

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО
(Венецианская комиссия)

ДОКЛАД

О КОНСТИТУЦИОННЫХ ПОПРАВКАХ

**Принят Венецианской комиссией
на 81-м пленарном заседании
(Венеция, 11-12 декабря 2009 г.)**

на основе комментариев

**Г-жи Грет ХАЛЛЕР (член, Швейцария)
Г-на Фредрик СЕЙЕРСТЭД (Альтернативный член, Норвегия)
Г-на Каарло ТУОРИ (член, Финляндия)
Г-на Ян ВЕЛАЕРС (член, Бельгия)**

* Перевод любезно предоставлен Институтом законодательства и сравнительного права при Правительстве Российской Федерации

СОДЕРЖАНИЕ

I. Введение	3
II. Предварительные замечания	3
III. Обзор существующих конституционных положений о внесении поправок в национальные конституции	8
А. Инициатива.....	8
В. Парламентские процедуры.....	10
В. Референдумы.....	12
Г. Специальные ограничения для конституционных поправок	14
Е. Полный пересмотр и принятие новой конституции	15
Ж. Участие Конституционного суда	15
IV. Общие замечания по конституционной поправке	15
V. Цель конституционной обязательности	18
VI. Механизмы конституционного обязывания	21
VII. Достижение баланса между жесткостью и гибкостью	24
А. Поиски конституционной стабильности	24
Б. Формальное и неформальное изменение конституции	26
С. Происхождение и характеристики национальной конституции	28
Д. Внесение изменений в различные категории конституционных положений.....	31
Е. Парламентская процедура внесения поправок и всенародные референдумы....	41
Е. Обязательное участие Конституционного суда	44
Г. Существуют ли особые правила внесения поправок в государствах с переходной демократией?.....	45
Ж. Прозрачность и демократическая легитимность процесса внесения поправок ...	46
VIII. Неизменные положения и принципы	47
А. Общие размышления о неизменности.....	47
Б. Судебный контроль неизменности.....	51
IX. Выводы по конституционным поправкам	55

I. Введение

1. В своей Рекомендации 1791 (2007) о состоянии прав человека и демократии в Европе Парламентская ассамблея Совета Европы (ПАСЕ) рекомендовала Комитету Министров разработать руководящие принципы по устранению пробелов в функционировании демократических учреждений, принимая во внимание существующие в Совете Европы правовые инструменты. Среди вопросов, отправленных на экспертизу, были вопросы: «являются ли нынешние конституционные положения демократическими?» и «соответствуют ли нынешние национальные механизмы для изменения конституции достаточно высокому уровню предотвращения злоупотреблений демократией?» (§17.19 и §17.20).

2. На сессии 2007 года «Форум для будущего демократии» Совет Европы призвал Венецианскую комиссию отразить данные вопросы. Исходя из этого, подкомиссия по демократическим институтам Венецианской Комиссии решила провести исследование конституционных положений о внесении поправок в национальные конституции.

3. В качестве предварительного шага, Венецианская комиссия провела компиляцию соответствующих национальных конституционных положений о конституционных поправках государств-членов Совета Европы и ряда других государств. С полученными результатами можно ознакомиться в отдельном документе по конституционным положениям о внесении поправок в конституции (CDL (2009) 168add1). Полные тексты конституций можно найти в базе данных Венецианской комиссии CODICES¹.

4. Г-жа Haller, господа Sejersted, Tuori и Velaers были выдвинуты в качестве докладчиков. В настоящем докладе исследуются и описываются существующие процедуры и параметры для внесения национальных конституционных поправок в отдельных государствах. В заключительной части отражены показатели, которые могут быть использованы для последующей оценки действующего законодательства или проектов правил о внесении конституционных поправок.

Предварительное обсуждение предыдущих проектов состоялось в подкомиссии по демократическим институтам в октябре 2008 г., июне и октябре 2009 г. Доклад был принят на 81-й пленарной сессии Комиссии (Венеция, 11-12 декабря 2009 г.).

II. Предварительные замечания

5. Вопрос о конституционных поправках лежит в основе конституционной теории и практики. Конституционализм означает, что основные правила эффективного осуществления государственной власти и защиты индивидуальных прав человека должны быть стабильными и предсказуемыми, и не должны подлежать легкой смене. Это очень важно для легитимности конституционного строя. В то же время, даже вполне фундаментальное изменение конституции иногда необходимо для того, чтобы улучшить демократическое управление или приспособиться к политическим, экономическим и социальным преобразованиям.

При условии, что общество формируется в соответствии с его писаной конституцией, процедура изменения этого документа приобрела большое значение. Внесение

¹ <http://www.codices.coe.int>.

изменений не является юридической формальностью, а представляет собой нормативное установление, которое может существенно повлиять или даже определить основные политические процессы.

6. Фундаментальным свойством всех писанных конституций (в отличие от обычных законодательных актов), является то, что они содержат положения о порядке внесения в них изменений. Почти во всех конституциях такие процедуры изменения являются более сложными, чем для обычного законодательства и, как правило, требуют квалифицированного большинства в парламенте, множественности решений, специальных временных ограничений или даже совокупность таких факторов. В некоторых государствах требуется ратификация изменений на всенародном референдуме, а в федеративных государствах иногда - ратификация субъектами.

7. Это общие фундаментальные элементы механизмов осуществления конституционных изменений, они объединены в такое количество способов, как и количество конституций. Даже в Европе существует большое разнообразие, варьирующееся от государств, в которых конституционные изменения осуществляются довольно легко, к государствам, где на практике это почти невозможно. Не существует единой Европейской «лучшей модели» по принятию поправок к конституции, и тем более каких-то общих обязательных правовых требований. До сих пор даже не было попытки формулирования каких-либо общих европейских стандартов.

8. При построении и применении правил по осуществлению конституционных поправок, фундаментальной задачей является нахождение правильного баланса между жесткостью и гибкостью.

9. С этой точки зрения могут возникнуть две потенциальные проблемы. Первая, которая упомянута в рекомендациях ПАСЕ, когда необходимо рассмотрение вопроса о том, «требуют ли нынешние национальные механизмы для изменения конституции достаточно высокого уровня утверждения, чтобы предотвратить злоупотребления демократией». Другими словами, являются ли конституции государств-членов достаточно жесткими для создания стабильных условий для демократического развития?

10. В то время как этот вопрос может возникнуть в любом государстве-члене, это является самым важным в отношении стран, в которых сравнительно недавно прошли демократические реформы, и которые все еще находятся в процессе разработки нового конституционного строя и культуры.

11. Вторая – противоположная проблема о том, что конституция может быть слишком строгой и жесткой. Эта проблема может возникнуть в государствах как с устоявшейся, так и с молодой демократией. В старых и устоявшихся демократиях соответствующие конституции со временем могут стать менее подходящими, блокируя необходимые реформы. И, как и для новых демократий, их конституции по-прежнему несут на себе следы бывших недемократических режимов, или они были приняты во времена перехода, устанавливая и вводя строгие правила, которые были разумными в то время, и в меньшей степени, при созревающей демократии.

12. На основании этого, Венецианская комиссия считает, что существует два подводных камня:

1. Правила проведения конституционных изменений являются слишком жесткими. Процедурные и / или существенные правила слишком строгие и создают блокировку, застывание неподходящих процедур управления,

затрудняют проведение необходимых изменений. Это представляет собой ограничение демократического развития и бесправие большинства, которое хочет реформ.

2. Правила проведения конституционных изменений являются слишком гибкими. Процедурные и / или существенные правила слишком мягкие, создают нестабильность, непредсказуемость и конфликты. Демократические процедуры, основные ценности и интересы меньшинств не достаточно защищены. Вопрос конституционной реформы сам по себе становится предметом постоянных политических дебатов, политические деятели длительное время проводят в спорах об этом, вместо того, чтобы наладить деятельность по управлению в рамках существующих границ.

13. Обе эти проблемы будут обсуждаться в настоящем докладе. Анализ основан на систематической компиляции положений о поправках в конституциях государств-членов Совета Европы и ряда других государств (см. выше, § 3). Компиляции наглядно иллюстрируют большое разнообразие и богатство европейской конституционной традиции.

14. Венецианская комиссия на протяжении многих лет имела возможность поразмышлять о конституционных поправках и процедурах, но до сих пор только в контексте конкретных мнений по конституционным реформам в определенной стране, которые не приводили к возникновению дискуссии о более общих стандартах и принципах. Комиссия была приглашена для изучения вопроса в целом и абстрактно впервые.

15. В общем, в дополнение к гарантии конституционной и политической стабильности, положения о квалифицированных процедурах для внесения поправок в конституцию, направлены на обеспечение широкого консенсуса, а также легитимности конституции и, через нее, политической системы в целом.

16. Актуальность такого исследования является наиболее очевидной для государств, которые находятся в процессе разработки совершенно новых конституций или изменений в процедуру внесения поправок в существующие конституции. Кроме того, это также может представлять интерес при оценке удовлетворительного функционирования существующих положений о поправках, либо для того, чтобы попытаться реформировать их, или, по крайней мере, для того, чтобы определить конституционные проблемы, которые можно было бы решить с помощью иных средств.

Наконец, настоящее исследование может представлять интерес для стран за пределами Европы, которые находятся в процессе конституционных реформ и поиске решений.

17. Настоящий доклад является, прежде всего, описательным и аналитическим текстом, и не будет пытаться сформулировать какую-либо европейскую «лучшую модель» или стандарты для конституционных изменений. Это невозможно и не желательно. Также не будет критически оценивать существующие национальные конституционные процедуры внесения поправок. Отчет направлен на выявление и анализ некоторых основных характеристик и проблем конституционных поправок, а также предлагает некоторые нормативные размышления.

18. Пределы исследования ограничиваются формальными конституционными поправками, что означает, изменения, вносимые в писанные конституционные документы, посредством официальных решений, следуя предписанным процедурам внесения поправок. Существенное содержание конституции, конечно, может быть изменено многими другими способами - судебным толкованием, новыми конституционными конвенциональностями, политической адаптацией, утратой силы, или нерегулярными (неправовыми и антиконституционными) средствами. Исследование не будет детально рассматривать эти вопросы, но будет в какой-то степени учитывать взаимосвязь между официальным внесением поправок и другими формами конституционных изменений.

19. В то время, как Комиссия не проводит эмпирическое исследование о том, как в течение долгого времени формулы внесения поправок фактически функционируют в государствах-членах Совета Европы, существует различная литература по данной теме в политической науке, на которую будут сделаны ссылки². Проведенные исследования показывают, что формальная жесткость или гибкость конституции не обязательно определяет фактический порог конституционных изменений, количество использований процедуры внесения поправок на практике или важность каждой реформы (грандиозная или незначительная)³. Политические, экономические и иные социальные факторы также являются важными, как и национальная «конституционная культура».

20. Тем не менее, при нормальных политических условиях обычно будет иметься значительное соответствие между тем, как формальные правила внесения поправок истолковываются и как часто в конституции вносятся изменения. Официальные правила имеют значение.

21. Исследование рассматривает изменение действующих конституции и принятие новых конституций в порядке, установленном в предыдущих. Это случаи, когда сохраняется Конституционная преемственность. Напротив, исследование не рассматривает создание совершенно новых конституций, заменяя старую систему новыми порядками, конституционным переворотом или революцией. С формальной точки зрения различия легко идентифицировать, в зависимости от того, были ли применены существующие процедуры внесения поправок⁴. С более существенной точки зрения различия являются менее четкими. Во-первых, существует возможность того, что ограниченные конституционные реформы могут быть предложены в форме совершенно новой конституции⁵. Во-вторых, существует много примеров новых

² См., например, A. Roberts *The politics of constitutional amendment in post communist Europe*, *Const. Polit. Econ* (2009) 20:99-117, and Rasch and Congleton, *Amendment Procedures and Constitutional Stability*, in Congleton and Swedenborg (eds.), *Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Design*, Cambridge 2006. Earlier empirical studies have been made by D.S. Lutz, cf. *inter alia* *Toward a Theory of Constitutional Amendment*, in Sanford Levinson (ed.) *Responding to Imperfection, The Theory and Practice of Constitutional Amendment* (Princeton University Press 1995) pp 237-274. This volume contains a number of articles on the subject, including S. Holmes and C. Sunstein, *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe* (pp. 275-306). In political theory, constitutional amendment has been discussed in detail by J. Elster in *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge University Press 2000.

³ Венецианская комиссия обозначила наличие пробела между формулировкой конституции и политической реальности в ряде случаев, в частности, в своем заключении по Беларуси (CDL-INF (96) 8 § 74), а затем Союзной Республики Югославия (CDL-AD (2001) 023 § 5).

⁴ Некоторые конституции предполагают различные процедуры внесения поправок для частичной и полной редакции, такие как конституция Испании. Тем не менее, в таких системах, даже общая редакция не будет являться формально «новой» Конституцией, как это берет основу из процедуры внесения поправок, изложенной в старом порядке.

⁵ Потенциальная проблема возникает, если это будет сделано для того, чтобы обойти требования по поправкам, например требование квалифицированного большинства в парламенте. Подробнее см. в разделе VII.E.

политических порядков, которые были введены в силу совершенно новых конституций путем конституционной преемственности, соблюдая положения о поправках, предусмотренные в старых конституциях. Это способ, в котором конституционные изменения имели место практически во всех новых демократиях Центральной и Восточной Европы в 1990-х гг.

22. Исследование, однако, не затрагивает вопрос легитимности конституционных изменений, до тех пор, пока это осуществляется конституционными средствами (кроме неправовых и антиконституционных). Иногда даже незаконные конституционные реформы или революционные действия могут считаться легитимными, и необходимы, например, для того, чтобы ввести режим демократического управления в недемократических странах или преодолеть другие препятствия для демократического развития. Первоначальные неконституционные действия по внесению изменений могут со временем быть приняты и считаться законными⁶ также, как и демократически прекрасно созданные конституции со временем могут потребовать проведение радикальных реформ. К тому же, Венецианская комиссия хотела бы подчеркнуть в качестве общего принципа, что любые крупные конституционные изменения следует проводить в соответствии с установленными официальными процедурами по внесению поправок. Действительно, одной из центральных задач строгих процедур является гарантия легитимности конституционных изменений.

23. Отсюда следует, что исследование не будет углубляться в вопрос о происхождении конституций, даже если это будет тесно связано с вопросом о реформе. Возраст сегодняшних писаных европейских конституций находится в диапазоне почти двухсот лет, что значительно усложняет сравнительный анализ на основе демократического происхождения⁷.

24. В отчете конкретно не рассматривается вопрос о неписаных конституционных системах (Великобритании), и конституциях, которые являются результатом международных соглашений. С другой стороны, это относится к тому, что во многих странах в последние годы процесс европейской интеграции, а также основные правила и принципы, разработанные международными и европейскими судами и организациями, послужили не только косвенным вдохновением, но и даже прямой движущей силой национальным конституционным реформам. В то время, как конституционные поправки традиционно считаются национальным и внутренним вопросом (с некоторыми исключениями после Второй мировой войны), сегодня он стал

⁶ Например поправка Де Голля 1962 г. к Конституции Франции 1958 года, устанавливающая всеобщее избирательное право для выборов президента Франции. Де Голль вынес предлагаемую поправку на всенародный референдум, не обращая внимания на положения Конституции о внесении поправок. Это было принято политическим сообществом и не было отклонено Конституционным Советом, который заявил, что не обладает компетенцией для рассмотрения данного вопроса. Является ли это примером для подражания, конечно спорно.

⁷ Древнейшие конституции еще действуют в Европе - Голландская и Норвежская, обе с 1814г. (они являются вторыми старейшими в мире, после конституции США 1787 г.). Норвежская Конституция, однако, претерпела поправки более чем двести раз, и только примерно 1/3 из 112 статей остаются полностью в их первоначальном виде. В Голландскую Конституцию были внесены поправки 24 раза; в 1983 г. ее текст был тщательно модернизирован, не оставив практически никаких положений нетронутыми. Элементы и остатки прежних конституционных норм можно найти во многих ныне действующих конституциях, таких как - ссылки в преамбуле Конституции Франции 1958 г. на Декларацию 1789 г.

Необходимо сказать, что самыми старыми являются несколько положений английской Великой хартии вольностей (Magna Charta) (1215г.), которые все еще в силе - она может рассматриваться в качестве конституционного документа. Самой молодой конституцией в Европе можно считать Конституцию Черногории 2007г.

также Европейским вопросом, в отношении стандартов демократии, верховенства права и прав человека.

25. Доклад будет, где это уместно, опираться на выводы и рекомендации, сделанные в предыдущих заключениях и отчетах Венецианской комиссии.

III. Обзор существующих конституционных положений о внесении поправок в национальные конституции

26. Для целей настоящего исследования Венецианская комиссия изучила процедуры внесения поправок в писанных конституциях государств-членов Совета Европы и ряда других государств (см. выше, § 3). Общая картина представляет собой большое разнообразие, хотя основные элементы, создающие специальные препятствия для конституционных изменений, по большей части совпадают: квалифицированное большинство, множественность решений, временные ограничения, референдумы или совокупность данных факторов. Они, однако, сформулированы и объединены различными способами для того, чтобы выявить такое количество формул для внесения поправок, сколько государств в мире.

27. Конкретные процессуальные модели разных конституций не будут подробно рассматриваться в данном исследовании. В следующих разделах будет представлен описательный, общий обзор текущих конституционных процедур в государствах, рассматриваемых в настоящей работе. Обзор основан на текстах положений, которые не обязательно представляют полное впечатление о том, как они толкуются и применяются. Тем не менее, представляют полезную основу для дальнейшего анализа.

28. Различные процедуры внесения конституционных поправок рассматриваются с точки зрения инициативы о внесении поправок (а), парламентской процедуры (б), участия других сторон помимо парламента (в), процедуры полного пересмотра и принятия новой конституции (г), и ограничения на внесение конституционных поправок (д). Некоторые повторы и пропуски неизбежны.

А. Инициатива

29. Предложения по внесению конституционной поправки могут быть внесены различными способами, как более распространенным способом - снизу или как политический проект - сверху, спонтанно или как запланированный процесс. Это должно быть обращено в формальную институциональную процедуру, и все конституции содержат правила о праве инициативы для внесения конституционных поправок. В некоторых странах порог низкий, в других достаточно высокий. Во многих странах существует два или более параллельных пути для начала процедуры внесения поправок, которые предоставляют ряд полномочий всем участникам.

30. Во всех исследуемых конституциях парламент имеет право инициировать процедуру внесения поправок. Некоторые конституции предоставляют право внести предложение об изменении конституции индивидуальным членам парламента⁸. Другие требуют наличие поддержки инициативы конкретным процентом лиц. Обычно

⁸ В том числе в Бельгии, Кипре, Франции, Исландии, Люксембурге, Нидерландах, Норвегии, Португалии и Швейцарии.

требование квалифицированного меньшинства составляет одну шестую⁹, одну пятую¹⁰, одну четвертую¹¹, или одну треть¹².

Но некоторые конституции требуют большинства¹³, или даже квалифицированного большинства в две-третьих¹⁴ членов для инициирования процедуры внесения поправок. В других странах установлено требование об определенном количестве (а не процентного соотношения) парламентариев¹⁵.

31. Может потребоваться большее количество членов парламента, если изменение затрагивает наиболее важные конституционные положения. Так, например, Конституция Украины требует две трети голосов депутатов для инициирования изменений в положения об общих принципах, выборах, референдуме и самой процедуре внесения поправок. В Швейцарии, общий пересмотр Федеральной конституции может быть предложен народом или одной из палат, или указом федерального парламента.

32. Некоторые конституции также предоставляют право инициировать процедуру внесения поправок правительству¹⁶, главе государства¹⁷, и органам местного самоуправления¹⁸.

33. Несколько конституций предусматривают возможность для граждан¹⁹, имеющих право голосовать, вносить предложения о конституционной поправке.

34. Даже если формальное право на инициативу всегда находится исключительно у национальных политических деятелей, текущая инициатива может иногда возникнуть из-за рубежа²⁰. В последние годы это стало довольно распространенным для государств Европы вносить поправки в свои конституции для того, чтобы соответствовать требованиям, необходимым для того, чтобы присоединиться, например, к ЕС или Совету Европы. В рамках процесса мониторинга соблюдения обязательств, принятых государствами-членами, Совет Европейской Парламентской

⁹ например, в Греции.

¹⁰ В том числе в Албании, Хорватии, Эстонии, Польше, России (одну пятую от общего числа одной из палат).

¹¹ например, в Болгарии, Литве, Румынии, «бывшей югославской Республике Македония».

¹² например, в Андорре, Молдове, Сербии, Украине и Турции.

¹³ В том числе в Армении, Азербайджана, Грузии, Кореи.

¹⁴ например, Японии, Соединенных Штатов (обеих палат).

¹⁵ В Черногории (25 членов от всех 81 в однопалатном парламенте) и Словении (20 депутатов от общего количества в 90 однопалатного Национального собрания).

¹⁶ В том числе в Бельгии, Хорватии, Кипре, Казахстане, Лихтенштейне, Молдове, Черногории, Нидерландах, Сербии, Словении, «бывшей Югославской Республике Македонии», России и Швейцарии.

¹⁷ Например в Армении, Азербайджане, Болгарии, Хорватии, Кипре, Франции (по предложению ПМ), Грузии, Кореи, Кыргызстане, Монако, Черногории, Румынии (по предложению правительства), России, Сербии, «бывшей югославской Республики Македонии» и Украине. В Конституции Республики Казахстан, поправки могут быть внесены только путем референдума, который должен проводиться в соответствии с решением Президента по собственной инициативе, или по рекомендации Парламента или Правительства.

¹⁸ В Лихтенштейне (по крайней мере, четыре коммуны).

¹⁹ Например, в Грузии (по крайней мере, 200.000 избирателей), в Кыргызстане по некоторым положениям только (300.000 избирателей), в Латвии (не менее одной десятой части избирателей), в Лихтенштейне (1500 избирателей), в Литве (300.000 избирателей), в Молдове (200.000), в Румынии (500.000, при определенных условиях), в Сербии (150.000 избирателей), в Словении (30.000 избирателей), в Швейцарии (100.000 избирателей), в «бывшей югославской Республике Македония» (150.000 избирателей).

²⁰ В некоторых случаях, международное влияние может быть таким, что контроль над процессом и содержанием конституционной реформы находится в руках международных участников (например, в Боснии и Герцеговине, Ираке и Судане).

Ассамблеи и Комитет Министров часто требует от государств проведения конституционных реформ для того, чтобы соответствовать обязательствам, взятым при вступлении в члены организации²¹.

В. Парламентские процедуры

35. В большинстве стран парламент служит как обычным, так и конституционным законодателем²². К его деятельности в качестве конституционного законодателя почти всегда предъявляются особые процедуры и требования. Наиболее общими чертами являются: временной промежуток между инициативой и первым чтением, требование проведения нескольких чтений, специальные требования для проведения голосования, а иногда и объявление выборов должностных лиц парламента.

36. Некоторые конституции требуют определенного промежутка времени между внесением инициативы и первым чтением в парламенте. Он может быть в рамках одного месяца²³, между тремя и шестью месяцами²⁴ и между шестью и двенадцатью месяцами²⁵.

37. В ряде стран конституционные поправки требуют проведения нескольких чтений в парламенте²⁶. При условии, что промежуток времени между чтениями составляет от трех²⁷ до шести месяцев²⁸; В Норвегии конституционная поправка представляется в парламент за год до следующих выборов; и это является задачей последующего парламента принять решение по этому предложению после выборов.

38. Достижение консенсуса и степень защиты интересов меньшинства чаще увеличивается за счет явных требований голосования. Почти во всех европейских странах существует требование квалифицированного большинства в парламенте для принятия конституционных поправок²⁹.

²¹ Например, в отношении Армении, Черногории, Турции и Украины.

²² В некоторых странах, однако, должен быть избран или создан специальный орган для проведения конституционных изменений. Болгарская Конституция требует избрания специального органа, Великого Национального Собрания, для принятия новой конституции или внесения поправок в конкретные положения. Создание этого специального органа приводит к роспуску парламента. После того, как Великое национальное собрание осуществила свою функцию - принятие конституционных поправок, проходят новые парламентские выборы. Согласно Российской конституции, Конституционная ассамблея «либо подтверждает неизменность Конституции Российской Федерации, либо разрабатывает проект новой Конституции».

²³ например, в Грузии, Польше.

²⁴ Конституции Болгарии гласит о том, что законопроект не может быть рассмотрен в парламенте раньше, чем через месяц и не позднее чем через три месяца с момента его формирования. Законопроекты впоследствии должны быть представлены в Болгарское Великое Национальное Собрание и не могут рассматриваться до истечения двух месяцев, но не позднее, чем за пять месяцев с момента их внесения в Национальное Собрание.

²⁵ например, в Молдове.

²⁶ два чтения необходимо, например, в Азербайджане, Дании, Италии, Литве, Нидерландах, Черногории и Турции. Три чтения требуются, например, в Болгарии, Хорватии, Эстонии, Финляндии, Греции, Грузии, Исландии, Латвии, Сербии и бывшей югославской Республики Македонии.

²⁷ например в Эстонии, Италии, Литве.

²⁸ В Азербайджане (точнее, только при дополнении Конституции конституционным законом требуют два чтения для их принятия, в то время как в этом нет необходимости при внесении изменений в текст Конституции).

²⁹ Есть, однако, несколько стран, в которых достаточно обычного большинства в парламенте, например, в Дании, Исландии, Ирландии, Израиле, Мальте (кроме случаев, когда они влияют на положения Конституции, перечисленные в разделах 2 и 3 ст. 169 Конституции), и Швеции. Обычно это дополняется другими требованиями, такими как референдум (Дания, Ирландия). В Исландии и Швеции существует требование, что поправка должна быть повторно рассмотрена следующим парламентом, после выборов - но оба раза простым большинством, что представляет собой низкий порог для внесения изменений.

39. В однопалатных системах, количество необходимых голосов составляет от трех пятых³⁰, двух третей³¹ до трех четвертей³² членов парламента.

40. При двухпалатных системах, обычно, но не исключительно, требуются отдельные согласования обеих палат законодательного органа. Количество требуемых голосов колеблется между большинством принявших участие в голосовании³³, абсолютным большинством членов каждой палаты³⁴, двумя третьими голосов в каждой палате³⁵, совокупности двух предыдущих условий³⁶, тремя пятими членов каждой палаты³⁷, двумя третьими голосов только одной из двух палат³⁸ или тремя пятими большинства³⁹. В России, конституционные поправки должны быть приняты в соответствии с процедурой для принятия федеральных конституционных законов, т.е. большинством в три четвертых от общего числа депутатов Совета Федерации и две третьих от общего числа количества депутатов Государственной Думы.

41. Большинство, которое должно принять поправку, может отличаться от чтений между собой, для некоторых положений конституции или между палатами. Например, Конституция Испании требует большинства в две трети членов каждой палаты при общем пересмотре Конституции, или частичный пересмотр, который затрагивает преамбулу, положения о правах и свободах человека или испанских граждан и иностранцев⁴⁰. Для принятия поправок, касающихся прав членов общин, Конституция «бывшей югославской Республики Македонии» требует большинства в две трети голосов всех депутатов, которое должно включать в себя большинство голосов от общего числа депутатов, принадлежащих к общинам, не составляющим большинство в населении страны.

³⁰ В том числе в Эстонии, Греции, Словакии и Турции.

³¹ Например, в Албании, Андорре, Австрии (при участии не менее половины членов Национального Совета), Хорватии, Финляндии, Грузии, Венгрии, Корею, Латвии, Литве, Люксембурге (при обязательном участии трех четвертых членов палат), Мальте, Молдове, Черногории, Норвегии, Португалии, Сан-Марино, Сербии, Украине, «бывшей югославской Республике Македония». Конституция Финляндии требует большинства в две трети голосов. В Хорватии, парламент абсолютным большинством голосов членов должен решить следует ли продолжать процедуру внесения поправок. Проект поправки впоследствии должен быть утвержден абсолютным большинством членов до представления для принятия. Сама поправка для принятия, требует поддержки большинства в две трети.

³² например в Болгарии, Лихтенштейне, Швеции.

³³ В Швейцарии (в каждой палате).

³⁴ В Италии.

³⁵ В Бельгии (требуется также участие двух третьих членов, представляющих каждую палату), Германии, Японии, Нидерландах, Польше, Румынии (но обе палаты также могут проголосовать совместно и поправка принимается, если поддерживается большинством в три четверти от общего числа депутатов и сенаторов), России.

³⁶ В Польше необходимо большинство по крайней мере в две трети от половины членов нижней палаты и абсолютное большинство голосов от не менее половины членов верхней палаты. В Испании, если поправка не принимается необходимым квалифицированным большинством в три пятых голосов в обеих палатах, проект поправки может быть передан абсолютному большинству в верхней палате, с двумя третьими голосов в нижней палате).

³⁷ В Испании, Словакии.

³⁸ В Боснии и Герцеговине требуется квалифицированное большинство в единственной Палате представителей для присутствующих и участвующих в голосовании членов. Кипр, требует большинства голосов, составляющих две трети от общего числа представителей, принадлежащих к греческой общине, и две трети от общего числа представителей, принадлежащих к турецкой общине. В Словении, чья конституция требует одобрения квалифицированным большинством, в единственной нижней палате (Национальной Ассамблее).

³⁹ В Чехии, Франции (когда Президент представит законопроект в парламент, созванный на пленарную сессию), Испании.

⁴⁰ Для других поправок требуется большинство в три пятых членов каждой палаты.

42. В некоторых странах, Конституция требует проведения референдума, с согласия двух парламентов – одного, избранного до, и одного после следующих выборов⁴¹. Это может быть как обычной процедурой, так и процедурой, предназначенной лишь для внесения поправок в некоторые особенно важные положения. В одном случае, когда представлен проект конституционной поправки, парламент распускается без участия в голосовании по предложенной поправке⁴².

43. По крайней мере, в двух государствах поправка может быть принята в течение того же законодательного периода при определенных условиях⁴³, в частности, в экстренных случаях.

44. Некоторые конституции также требуют созыва специального органа с целью внесения поправок в конкретные положения или принятия новой конституции⁴⁴.

45. В большинстве стран исполнительная власть не имеет прямой роли в парламентской процедуре внесения конституционной поправки, хотя, конечно, представители правительства могут принимать участие в дебатах, в соответствии с обычными процедурами. В нескольких странах, однако, главе государства предоставлена формальная роль в компетенции вносить предложения по проекту поправок⁴⁵. В Нидерландах, правительство в целом играет основную роль в законодательном процессе; таким образом, правительство вносит предложения изменить Конституцию.

В. Референдумы

46. Во многих европейских странах в целом процесс внесения конституционных поправок происходит в парламенте. В ряде стран, однако, есть также требование проведения всенародного референдума, который может быть как обязательным, так и необязательным.

47. Анализ конституций отдельных стран показывает, что при внесении поправок может потребоваться референдум:

- в обязательном порядке для любой поправки, принятой парламентом⁴⁶;
- в обязательном порядке, как усложненная процедура внесения поправок в основные положения, пользующиеся особой защитой⁴⁷;
- в обязательном порядке для «полного пересмотра» или принятия новой конституции⁴⁸;

⁴¹ В Бельгии, Дании, Эстонии, Финляндии, Греции, Исландии, Люксембурге, Нидерландах, Норвегии, Испании, Швеции.

⁴² В Люксембурге.

⁴³ В Финляндии, она может быть принята при условии, что пять шестых членов парламента объявят ее необходимой (экстренной) и в Эстонии, предложение о поправке может быть принято в течение того же законодательного периода если парламент признает ее срочной четырьмя пятими голосов.

⁴⁴ В Болгарии и России.

⁴⁵ Например, в Армении (в пределах 21 дня после получения проекта поправок Президентом Республики) и в Турции (когда проект поправок представляются Президенту для обнародования).

⁴⁶ Так, например, в Андорре, Армении, Азербайджане, Дании, Франции (однако, президент может принять решение представить предложение в парламент, созванный на пленарную сессию, и не проводить референдум), в Ирландии, Японии, Корее, Румынии, Швейцарии и Турции (если поправка принимается тремя пятими или менее чем двумя третьими голосов от общего числа членов парламента).

⁴⁷ Например в Эстонии, Исландии, Латвии, Литве, Мальте, Молдове, Черногории, Польше, Сербии, Испании и Украине.

⁴⁸ В Австрии, России, Испании и Лихтенштейне.

- в качестве дополнительной меры, по требованию парламента⁴⁹, по народной инициативе⁵⁰, по требованию местных органов власти⁵¹ или по решению главы государства⁵².

48. Существует установленный срок для организации референдума после решения парламента о внесении изменений в Конституцию. Обычно он колеблется от трех месяцев после решения парламента о проведении референдума⁵³, до пятнадцати⁵⁴, тридцати⁵⁵, шестидесяти⁵⁶, девяноста⁵⁷ дней, шести⁵⁸ или двенадцати месяцев⁵⁹ после того, как поправка была принята парламентом⁶⁰.

49. Некоторые конституции обстоятельно устанавливают большинство, необходимое для принятия поправок, которые должны быть утверждены на референдуме⁶¹ или большинство определяется специальным законом⁶². Требуемое большинство, как правило, больше, чем половина действительных голосов⁶³ или поданных голосов⁶⁴. В Армении, проект поправки считается одобренным, если более половины участников голосования, но не менее одной четверти зарегистрированных граждан, проголосовали за него. Конституция Черногории требует большинства более чем в три пятых от поданных голосов. Шведское Правительство устанавливает, что предложение о внесении поправки считается отклоненным до представления на утверждение второму парламента, если большинство тех, кто принимает участие в референдуме проголосовали против него, и если количество проголосовавших против, превышает половину от числа тех, кто уполномочен голосовать на выборах.

50. Некоторые конституции требуют минимального участия избирателей в референдуме. Например, только половины участвующих избирателей⁶⁵. Конституция Дании требует большинства поданных голосов, но только при участии более 40% избирателей. Литовская Конституция требует большинства более чем в три четвертых

⁴⁹ В Албании (по запросу двух третей членов), в Австрии, Эстонии, Италии (одной пятой членов палаты), Лихтенштейне, Словении, Испании (по запросу одной десятой членов каждой из палат) и Швеции (по требованию одной десятой членов, при условии, что, по крайней мере, одна треть членов согласны его поддержать).

⁵⁰ В Италии (500.000 избирателями, когда поправка была принята не менее чем двумя третями голосов в обеих палатах при повторном голосовании), и Лихтенштейне (при условии, что, по крайней мере, четыре коммуны запросят его проведение).

⁵¹ В Италии (пятью региональными советами, когда поправка была принята не менее чем двумя третьими голосов в обеих палатах) и в Лихтенштейне (если, по крайней мере, четыре коммуны признают его необходимость).

⁵² В Турции.

⁵³ В Эстонии.

⁵⁴ В Испании.

⁵⁵ Например, в Корее и Румынии.

⁵⁶ Например, в Албании, Польше, Сербии.

⁵⁷ В Италии.

⁵⁸ В Дании, Мальте.

⁵⁹ В Швейцарии.

⁶⁰ Что касается периода проведения референдума, Конституционный суд Молдовы признал положение об организации референдумов неконституционным, потому что временные ограничения для его проведения были избыточными и, следовательно, препятствовали людям осуществлять свое конституционное право (решение Конституционного суда 7 / 12/2000, MDA 2000-3-10 (CODICES)).

⁶¹ В Австрии, Дании, Ирландии, Италии, Японии, Казахстане, Корее, Латвии, Лихтенштейне, Литве, Мальте, Черногории, Польше, Российской Федерации, Сербии, Словении, Швейцарии, Турции.

⁶² В Албании, Кыргызстане.

⁶³ В Италии, Лихтенштейне, Мальте, Турции.

⁶⁴ В Армении, Австрии, Ирландии, Италии, Японии, Казахстане, Корее, Латвии, Лихтенштейне, Польше, Сербии, Словении, Швейцарии (большинство принявших участие в голосовании, и большинство в кантонах должны одобрить поправку), и Турции.

⁶⁵ В Казахстане, Корее, Латвии, Российской Федерации и Словении.

избирателей, если в статью 1 Конституции вносится изменение («Литва является независимой демократической республикой»).

Г. Специальные ограничения для конституционных поправок

51. Общие требования по внесению поправок в конституции в большинстве стран весьма строгие. Во многих конституциях есть, однако, специальные ограничения для некоторых форм поправок, которые делают их внесение еще более сложным процессом. Они обычно двух основных типов: постоянные и временные.

52. Некоторые конституции явно выделяют ограниченное число положений или принципов, неизменных ни при каких условиях и обстоятельствах⁶⁶. Это, как правило, относится к таким вопросам, как территориальная целостность, основные права, форма правления, или федерализм.

53. В других конституциях присутствуют различия между разными наборами конституционных положений, осложняя внесение в них изменений, с помощью специальных процедур⁶⁷. Такие процедуры могут потребовать усиления квалифицированного большинства в парламенте, проведения референдума, роспуска парламента или созыва специального органа (собрания) для принятия поправок. В зависимости от строгости специальных процедур, это может в некоторых случаях привести практически к неизменности данных положений.

54. К наиболее распространенным временным ограничениям относятся чрезвычайные ситуации такие, как период войны, применение военного права, осадное или экстренное положение⁶⁸.

55. Различного рода временные ограничения представляют собой определенный период времени, в течение которого Конституция не может быть изменена⁶⁹ и обычно имеют своей целью предотвращение частого изменения конституции⁷⁰. Ряд конституций также специально предусматривают, что отклоненное предложение о конституционной поправке не может быть повторно представлено в тот же законодательный орган⁷¹ или в течение определенного периода времени. Этот период колеблется от двух, пяти месяцев⁷² и до одного года⁷³.

⁶⁶ В Азербайджане, Бельгии, Чехии, Кипре, Германии, Франции, Италии, Люксембурге, Молдове, Румынии, России, Турции и Украине. Конституция Португалии также содержит ряд основополагающих принципов, которые не могут быть изменены путем внесения поправок. Вопрос «неизменности» обсуждается ниже в разделе VIII.

⁶⁷ Это можно найти в конституциях Албании, Австрии, Бельгии, Болгарии, Канады, Чехии, Эстонии, Греции, Израиля, Казахстана, Латвии, Литвы, Молдовы, Черногории, Польши, России, Сербии, Южной Африки, Испании, Швейцарии (только в отношении обязательных положений международного права), Украины и «бывшей югославской Республики Македония».

⁶⁸ Например, в Албании, Бельгии, Эстонии, Франции, Грузии, Литве, Люксембурге (при правлении, с учетом положений, касающихся конституционных прерогатив Великого Герцога, его статуса и порядка наследования), Молдове, Черногории, Португалии, Румынии, Сербии, Испании, Украины.

⁶⁹ В Греции и Португалии. Обе предусматривают, что Конституция может быть изменена только по истечении пяти лет с момента последнего пересмотра. Тем не менее, в Португалии Парламент может принять решение о внесении изменений в Конституцию на более раннем этапе времени большинством в четыре пятых членов.

⁷⁰ См. CDL-DEM(2008)002 add, A.

⁷¹ В Украине (поправки по одному и тому же положению и связанные с главой I - об общих принципах, главой III - о выборах и референдуме, или главой XIII - о порядке внесения поправок).

⁷² В Болгарии. Тем не менее, то же самое предложение может быть вновь подано, если оно получило меньше, чем три четверти, но больше, чем две трети голосов в Национальной Ассамблее.

⁷³ Например, в Албании (три года, если поправки были отклонены путем референдума), Эстонии, Киргизии, Литве, Черногории, Сербии и Украине.

Е. Полный пересмотр и принятие новой конституции

56. В большинстве конституций процедура внесения поправок является одинаковой, независимо от того, относится ли поправка только к одному положению, большим разделам, или даже ко всему тексту. Некоторые конституции, однако, прямо предусматривают особую, усиленную процедуру полного пересмотра конституции⁷⁴ или принятия новой конституции⁷⁵. Что касается последнего, то следует подчеркнуть, что это не означает разрыв конституционной преемственности.

Ж. Участие Конституционного суда

57. В некоторых странах Конституционный Суд играет формальную роль в процедуре внесения конституционных поправок⁷⁶. В Молдове, например, предложение о конституционной поправке может быть представлено на рассмотрение Парламента, только если оно получило поддержку не менее четырех судей Конституционного суда⁷⁷. В Украине, мнение Конституционного Суда о соответствии предлагаемой конституционной поправки положениям Конституции является предварительным условием для рассмотрения предложения о поправке Парламентом.

58. Вмешательство Конституционного суда в процедуры внесения поправок допускается при определенных условиях⁷⁸.

IV. Общие замечания по конституционной поправке

59. Обзор положений о конституционных поправках иллюстрирует богатое европейское конституционное наследие, которое само по себе является наследием демократии и верховенства закона, по которому Венецианская комиссия часто представляет свои комментарии.

60. Важность достижения баланса между конституционной жесткостью и гибкостью, а также должное внимание к требованиям конституционной законности является общим для всех демократических государств. В большинстве государств, это было достигнуто за счет положений, которые усложняют внесение конституционных поправок, хотя и не делают их невозможными, чем изменение обычного законодательства.

61. В рамках этой общей традиции, однако, существует большая разница в деталях – действует столько формул по внесению поправок, сколько государств.

⁷⁴ Например, в Австрии, Испании, Швейцарии (обе палаты распускаются если граждане требуют принятия новой конституции).

⁷⁵ Например, в Болгарии, Черногории, Словакии, Испании и России.

⁷⁶ Например, в Азербайджане, Кыргызстане, Молдове, Турции и Украине.

⁷⁷ Конституционный суд состоит из 6 судей.

⁷⁸ Например, в Азербайджане Конституционный суд должен дать свое заключение до голосования по предложению, если изменение в текст Конституции предлагается Парламентом или Президентом. В Турции, Конституционный суд вмешивается в процесс только по запросу Президента или одной пятой членов Парламента. Он может проверять соответствие с процессуальными требованиями, а не содержание конституционной поправки.

62. Несколько государств отличаются от остальных, как имеющие особенно строгие или гибкие правила, но большинство европейских государств находятся где-то в середине. Если считать, что нет «лучшей модели», то есть, по крайней мере, довольно широко распространенная модель - которая, как правило, требует определенного квалифицированного большинства в парламенте (чаще 2/3), а затем одно или более дополнительное препятствие - либо несколько решений в парламенте (с временным ограничением), либо дополнительное решение от иных участников процесса (нескольких участников), чаще всего в виде ратификации путем референдума.

63. Различия между правилами внесения поправок в значительной степени уходят глубоко к писанным конституционным системам Европы, которые, как правило, датируются концом 18-го или началом 19-го вв. Ранняя конституционная теория не придерживалась единой формулы внесения поправок - и каждая нация разработала свои собственные, иногда вдохновленные другими, но всегда под влиянием внутреннего политического контекста и компромиссов. Данные формулы часто старше, чем возраст нынешних конституций, так как многие из них были заменены в 20-м веке новыми конституциями.

64. В той степени, как можно определить общие Континентальные (западноевропейские) традиции конституционных поправок, это сбалансированный подход, который является более гибким по сравнению, например, с довольно строгими правилами статьи V Конституции США. Это может быть проиллюстрировано немецкими и французскими процедурами. В Германии необходимо большинство в 2/3 голосов в каждой из двух палат (Бундестаге и Бундесрате), без каких-либо других внешних требований и каких-либо временных ограничений, за исключением того, что принципы, воплощенные в некоторых положениях, неизменны, и являются предметом только судебного рассмотрения. Во Франции существуют две альтернативные процедуры - либо решение простого большинства в каждой палате с последующим всенародным референдумом, либо предложение Президента с большинством в 3/5 голосов в Парламенте, но без референдума. Республиканская форма правления не может быть изменена, и это не является предметом даже судебного рассмотрения. Имея совершенно различный характер, и немецкие, и французские процедуры внесения поправок достаточно гибкие для значительных возможностей по внесению изменений при наличии необходимого политического консенсуса.

65. Даже европейские страны, которые политически, исторически и культурно близки, могут иметь различные конституционные культуры и правила внесения поправок. Это, например, относится к трем соседним скандинавским странам - Дании, Норвегии и Швеции, которые имеют очень разные процедуры и правила по конституционным изменениям - от сравнительно простых в Шведской Конституции 1975 г. до сравнительно сложных в Конституции Дании 1953 г. и Конституцией Норвегии 1814 г., находящейся где-то в середине. То, что эти три страны, имеют совершенно схожие политические системы, является напоминанием о преувеличения важности формальных конституционных разногласий.

66. Во время процессов создания конституций в Центральной и Восточной Европе в 1990-е годы велось много споров о том, каким должен быть правильный порог для будущих поправок. Доминирующим мнением стало то, что новые демократии должны принять жесткие конституции, со строгими правилами по внесению поправок, для того, чтобы защитить новый демократический порядок и сдерживать исполнительную власть. Другие, однако, утверждали, что конкретные аспекты этого важнейшего перехода к демократии требуют более гибкой формы конституционализма, с

относительно легким доступом к внесению поправок, для того, чтобы приспособиться к происходящим фундаментальным изменениям⁷⁹.

67. Результатом стали различные правила внесения поправок, хотя большинство новых демократий выбрали средний уровень, как правило, с требованием в 2/3 парламентского большинства и некоторым временным ограничением, но без иных строгих препятствий. Есть, однако, страны, в которых порядок внесения поправок является более жестким, чем в большинстве (в том числе в Болгарии, Румынии и России) и страны, где это относительно легче (в Чехии, Эстонии и Словении).

68. Важным элементом конституционных процессов в Центральной и Восточной Европе в 1990-х гг. является разработка и принятие совершенно новых конституционных режимов, в большинстве случаев, следуя существующим официальным процедурам внесения поправок, содержащимся в ранних конституциях (см. выше, § 21)⁸⁰. Эта процедура была поддержана Венецианской комиссией в качестве инструмента мирной реформы, которая также содействовала укреплению принципа верховенства права. В целом, Комиссия решительно поддерживает принцип «конституционной преемственности», при котором даже новые конституции должны приниматься в соответствии с предписанными процедурами внесения поправок, содержащимися в старых - таким образом, укрепляя стабильность, законность и легитимность новой системы. Референдумы, непредусмотренные Конституцией, не должны использоваться для того, чтобы обойти конституционные процедуры внесения поправок, изложенные в Конституции.

69. Как уже упоминалось, существует определенное соответствие между жесткостью/гибкостью формальных правил внесения конституционной поправки, и тем, как часто они будут применяться на практике. Тем не менее, другие факторы, могут быть не менее важными (см. выше, §19).

70. Это, похоже, имеет отношение в частности, к поправкам, принятым в странах Центральной и Восточной Европы после введения новых конституций. В недавнем исследовании по конституционным изменениям в 17 посткоммунистических странах обсуждалось, что политический и социальный контекст был гораздо более важен для ряда поправок, чем формальные правила внесения поправок⁸¹. Демократическое развитие и влияние европейской интеграции были основными движущими силами, что привело к изменениям даже в государствах с весьма жесткими правилами по внесению поправок. Данное исследование также показывает, что в странах Центральной и Восточной Европы в среднем было принято меньше поправок с момента введения новых конституций, чем в странах Западной Европы⁸².

71. Что касается конституционных изменений в Центральной и Восточной Европе в последние годы, Венецианская комиссия отмечает, что они, в значительной степени были направлены на уменьшение роли исполнительной власти (и усилении роли парламента), укреплении прав человека, и поддержание интеграции в европейские и международные органы. Это является положительной тенденцией, которая отчасти объясняется довольно широким внутренним политическим консенсусом во многих

⁷⁹ Это было, в частности, обосновано С. Холмсом и К. Санстеином, соч. примечание 2, стр. 275-306.

⁸⁰ То же самое относится, например, к мирному переходу Испании к конституционной демократии в середине 1970-х гг., который продолжался без перерыва в законности, и закончился принятием Конституции 1978 г., которая также позже несколько раз претерпела существенные изменения.

⁸¹ См. A. Roberts, cit., note 2, pp. 99-117.

⁸² Есть, однако, отклонения от этой общей тенденции, как в Восточной, так и в Западной Европе, это демонстрирует тот факт, что Конституция Македонии претерпела 31 поправку с 1991 г., в то время как Конституция Дании не изменилась с 1953 г.

странах в целях поощрения и повышения либеральной конституционной демократии, и частично международным и европейским влиянием (в том числе деятельностью Венецианской комиссии). Тем не менее, Венецианская комиссия отмечает, что есть также примеры менее положительных процессов конституционных реформ, но иногда и успешных попыток укрепить президентские полномочия вредным для демократического развития способом⁸³.

V. Цель конституционной обязательности

72. Для того, чтобы понять механизмы внесения конституционных поправок, в первую очередь, необходимо рассмотреть, почему конституции являются и должны быть менее гибкими, чем обычное законодательство. Эта проблема рассматривается с позиции следующего вопроса: Почему демократическое общество предварительно самоограничивает себя в том смысле, что оно закладывает конституционные нормы, которые не могут быть изменены большинством, при возникновении необходимости, даже следуя демократическим процедурам?

73. По мнению некоторых теоретиков, этот вопрос лежит в сердце «конституционализма». Принципиальным моментом является то, что конституции являются «средствами, предварительно учитываемыми или самоограничивающимися, созданными политическими органами в целях защиты себя от собственной предсказуемой тенденции принять неразумные решения» (Elster).

74. В то же время было отмечено, что «конституции представляют собой цепи, которыми люди связывают себя, находясь в здравомыслии, которые не могут умереть от самоубийственной руки в день их исступления» (Stockton), и что «Конституция это галстук введенный Петром, отрезвляющий его, когда он пьян» (Науек). Довольно широко используется метафора о том, что Улисс приказал своему народу привязать его к мачте, чтобы не быть искушенным песнями Сирены⁸⁴. Таким же образом, общество, приняв жесткие конституции «привязывает себя к мачте», для того, чтобы не быть искушенным краткосрочными политическими выгодами и страстями.

75. Другой связанной с этим перспективой является то, что конституция должна быть выше «обычной политики». Конституция должна быть «основой для политических действий, но не инструментом для них» (Elster). И по мере того, насколько разрешено изменение конституции, этот процесс должен быть более медленный и постепенный, и следовать иным процедурам, чем повседневная политика.

76. Среди наиболее важных перечисленных причин, почему политическая система должна войти в такую конституционную «предварительность» являются следующие:

- Политическая и экономическая стабильность и предсказуемость;
- защита демократических процедур;
- защита политической оппозиции;
- защита человека и прав и интересов меньшинств;

⁸³ В ряде случаев это было сделано, обращаясь непосредственно к избирателям на всенародном референдуме таким способом, который Венецианская комиссия раскритиковала, см. подробнее ниже, в разделе VII.E.

⁸⁴ Метафора Улисса была использована многими конституционными наблюдателями, но это было, в частности изучено политологом Дж. Эльстером в двух книгах: *Ulysses and the Sirens*, Cambridge University Press, 1984 и *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*. Cambridge University Press, 2000.

- защита независимости отдельных институтов;
- повышение легитимности конституционного порядка.

77. Эти причины являются дополнительными и в определенной степени взаимосвязаны. Политическая стабильность и предсказуемость в демократических системах должны рассматриваться как самоцель, но это также будет способствовать эффективности в принятии и упрощении долгосрочного планирования. Предсказуемая политическая система пойдет, в свою очередь на пользу экономике, созданию стабильных условий для инвестиций и развития. Экономическое процветание будет также извлекать выгоду из конституционных гарантий верховенства права и защиты собственности, - а также конституционной защиты независимости таких институтов, как суды и центральный банк. Легитимность конституционного порядка будет зависеть от реализации других элементов, и повышение легитимности, в свою очередь, будет этому способствовать.

78. Возможно, наиболее важной функцией конституционных обязательств при демократии, является защита самой демократии - недопущение любых попыток прямо или косвенно подорвать ее. При закреплении правил о демократических выборах и представительстве, конституция осуществляет функцию по защите нынешнего и будущего демократического правления большинства против злоупотреблений от временной власти. Это, в частности, относится к правилам, регулирующим отношения между законодательной и исполнительной властью. Многие из конституционных норм по вопросам управления служат и для защиты политической оппозиции, обеспечивая представительство и право голоса, и, таким образом, гарантируют возможность оппозиции конкурировать за большинство власти на будущих выборах.

79. Что не менее важно, так это то, что конституции служат обеспечением защиты меньшинств, прав и интересов личности. Почти все демократические конституции сегодня включают в себя список основных прав, которые, как правило, подлежат рассмотрению в судебном порядке, и которые блокируют или, по крайней мере, уменьшают способность большинства нарушать основные права человека.

80. Данный список показывает, что в принципе существует несколько веских и дополнительных причин, почему общество должно «привязывать себя к мачте», и придерживаться определенных правил и стандартов, которые не могут быть отменены и изменены в одночасье, даже демократически легитимным большинством.

81. В то же время, есть и аргументы против строгого конституционного ограничения. Во-первых, историческое и эмпирическое наблюдение показывает, что конституционные ограничения иногда просто не возможны. Если силы, призывающие к политической реформе, достаточно сильны, то изменения будут произведены, независимо от формальных конституционных правил. В таких случаях, как правило, будет крайне желательно, чтобы эти изменения произошли с помощью формальных конституционных поправок, а не революций и потрясений, разрушая слишком строгие формальные конституционные цепи с огромными потерями для общества⁸⁵.

82. Во-вторых, даже если альтернативой является не революция или другие формы неконституционных изменений, все еще будет множество ситуаций, когда

⁸⁵ Или, как уже отмечал Токвиль: «Я долго думал о том, что вместо того, чтобы сделать наши формы правления вечными, мы должны обратить внимание на создание упрощенных методических изменений. Учитывая все обстоятельства, я считаю, что это менее опасно, чем противоположный вариант. Я думал, надо принимать французов, как сумасшедших, которые заботятся о том, чтобы власть в бешенство от ограничений» (Цитата по Elster, стр. 95).

формальные конституционные поправки являются весьма желательными. Основные причины включают в себя:

- демократию в традиционном смысле (правление большинства);
- совершенствование процедур принятия решений;
- проведение преобразований в обществе (политических, экономических, культурных);
- осуществление международного сотрудничества;
- гибкость и эффективность в принятии решений;
- гарантии, поддержание и обеспечение реализации основных прав.

83. Они являются одними из основных причин, почему почти все конституции содержат нормы о своих поправках, хотя очень разной строгости. Это отражает широкое понимание того, что это просто не возможно для создателей конституции, создать текст, который вечен, и который может служить обществу при процессах развития и трансформации.

84. В то время как имеется широкий консенсус о том, что конституции не могут и не должны быть полностью неизменными, существует широкое обсуждение того, насколько гибкими они должны быть.

Это тесно связано с вопросом о том, чем является Конституция и чем, как указал Холмс и Санстеин, она должна быть в их различии между положительным и отрицательным конституционализмом:

«Конституция не просто инструмент для предотвращения тирании. Она имеет также несколько другие функции. Например, конституции не только ограничивают власть и предотвращают тиранию; они также создают и направляют власть и предотвращают анархию. Более понятно, либеральные конституции призваны помочь решить целый ряд политических проблем: тиранию, коррупцию, анархию, неподвижность, проблемы коллективных действий, отсутствие обсуждений, близорукость, отсутствие подотчетности, нестабильность и глупость политиков. Конституции являются многофункциональными. [...] Поэтому теоретики должны уделять больше внимания положительному конституционализму. Задача заключается в создании ограниченного правительства, которое, тем не менее, вполне способно управлять⁸⁶.

85. В то время как отрицательное видение конституционализма, как правило, подразумевает нежелание конституционных изменений, более позитивный взгляд признает, что поправки могут часто быть необходимыми или желательным в целях содействия эффективному демократическому управлению и обеспечению легитимности.

86. На более глубоком уровне, она также может существовать, для того, чтобы законность данного конституционного строя опиралась на предпосылки о том, что на сегодняшний день избиратели могут внести изменения в нее. Это было подчеркнута Холмсом и Санстеином, которые утверждают, что «политическая легитимность в либеральных системах, в конечном счете, зависит от возможности внести изменения. Легитимность либеральной конституции имеет аналогичную основу, как это ни парадоксально, в ее подверженности пересмотру. Ее принимают или она заслуживает быть принятой, отчасти потому, что может быть изменена»⁸⁷.

⁸⁶ Cf. Holmes and Sunstein, cit., note 2, pp. 302-3.

⁸⁷ Там же, стр. 279, а также стр. 301 о том, как осуществляется демократическая легитимность «обозримой возможности «выбрасывать мошенников».

87. Кроме того может быть оспорено то, что, хотя метафора Улисса охватывает важный элемент конституционализма, это не совсем точно, в том смысле, что конституционное ограничение иногда является актом «само-ограничения». Скорее всего, это часто ограничивание других. Иногда конституции вводятся политическими режимами, для того, чтобы защитить свои интересы от демократической воли их преемников. И даже если это не так, то все конституции в определенной зрелости отражают не предварительный учет настоящего поколения, а, скорее, ранних поколений. Критики отмечают, что слишком большое сопротивление поправкам и реформам предполагает демократически сомнительный принцип, позволяющий обществу быть «правлящим в темноте», предоставляя (иногда мифическую) возможность «отцам-основателям», в интерпретации судей и ученых, определить политические проблемы и вызовы современности.

88. Комиссия отмечает, что существуют веские причины, почему конституции должны быть относительно жесткими и должны быть возможности для внесения в них поправок. Задача состоит в том, чтобы сбалансировать эти два набора требований, таким образом, чтобы позволить проведение необходимых реформ, не подрывая стабильность, предсказуемость и защиту, предусмотренных конституцией, слишком трудно достижимым или практически невозможным путем принятия конституционных поправок⁸⁸. Окончательный акт балансировки может быть найден только в рамках каждого конституционного строя, в зависимости от конкретных его характеристик. Но уравнивание может быть более или менее успешным, в зависимости от общего понимания используемых механизмов и принципов.

VI. Механизмы конституционного обязывания

89. Как показано в обзоре национальных положений о поправках, существует ряд различных правовых механизмов, которые могут быть использованы для создания препятствий на пути к конституционным изменениям.

Они могут быть классифицированы по-разному. Хороший список определен Эльстером⁸⁹, который выделил шесть основных препятствий «для конституционных поправок»:

- абсолютное закрепление (неисправимые положения или принципы);
- принятие решения квалифицированным большинством в парламенте («сверхквалифицированное большинство»);
- требование высшего кворума, чем для обычного законодательства;
- временные ограничения;
- ратификация штатами (в федеративных системах);
- ратификация на всенародном референдуме (в том числе на референдумах штатов в федеративных системах).

90. В то время как некоторые конституции используют только один из этих механизмов, большинство содержат комбинации двух или более, которые могут быть объединены совокупным количеством или более сложными способами. В целом, чем больше этих инструментов применяются, тем сложнее процедура внесения поправок.

⁸⁸ См. мнение Венецианской комиссии по конституционной реформе в Румынии (CDL-AD (2002) 012), в Украине (CDL-AD (2004) 030) и в Сербии (CDL-AD (2007) 004).

⁸⁹ Cf. J. Elster, 2000, cit., note 85, p. 101.

91. Каждый из шести механизмов может быть более или менее строгим. Абсолютное закрепление может распространяться на большие или маленькие части конституции. Требование квалифицированного парламентского большинства может варьироваться, начиная от 2/3, как наиболее широко используется в Европе. Продолжительность временных ограничений также варьируется от относительно короткого периода в два чтения одного и того же парламента до требования о том, что повторное голосование может состояться только после новых всеобщих выборов. Ратификация субъектами в федеративных системах может потребовать единогласного принятия или принятия определенным большинством субъектов. И, в то время как общее требование о принятии на всенародном референдуме, как правило, требует простого большинства, данное требование может быть гораздо строже, например, о наличии обязательного определенного процента электората (см. выше, раздел III).

92. Дважды наиболее широко используемыми механизмами в европейских конституциях являются: (1) квалифицированное большинство в парламенте и (2) временные ограничения. Большинство конституций содержат два данных механизма в их процедуре внесения поправок, хотя и объединенных в целый ряд различных способов. В большинстве конституционных систем это считается достаточным и без каких-либо других требований. Это фактически регулирует процесс внесения поправок в рамках парламентской системы. В целом ряде стран, однако, также требуется ратификация вне парламента, например, на всенародном референдуме, - которые могут быть обязательными или необязательными.

93. Все перечисленные механизмы могут иметь эффект укрепления существующего конституционного строя, и таким образом обеспечивать политическую и экономическую стабильность демократической гибкостью и эффективностью. Но, кроме этого, они могут иметь весьма различные функции.

94. Основными целями эффективности требования квалифицированного большинства являются: (1) обеспечение широкого политического консенсуса (и тем самым укрепление законности и долговечности поправки), и (2) защита интересов и прав политических оппозиций и меньшинств. Такое требование предоставляет меньшинству (определенного размера) право вето на поправки к конституции.

95. Что касается цели и эффективности временных ограничений (между чтениями или множествами решений), то они предоставляют большинству время передумать и пересмотреть свое решение⁹⁰. Они также обеспечивают время для более тщательного процесса принятия решений, а также для общественных обсуждений. В системах, которые требуют принятия второго решения после всеобщих выборов, электорату предлагается рассмотреть предлагаемую поправку, - хотя на практике это может сильно различаться в зависимости от вопросов их значимости на выборах⁹¹.

96. Фактическая строгость каждого механизма может часто зависеть от внешних факторов, помимо содержания самого положения. Это, в частности, относится к требованиям о квалифицированном парламентском большинстве. Будь то требование, например, в 2/3 членов парламента, строгое или гибкое - зависит от избирательной системы. Избирательные системы с пропорциональным

⁹⁰ См. мнение Венецианской Комиссии о нормативной концепции Конституции Венгерской Республики (CDLINF (1996) 002), §.17.

⁹¹ Такая система существует, например, в Швеции, которая имеет сравнительно гибкие правила по внесению конституционной поправки, требуя только - простого большинства в парламенте, но при условии соблюдения требования в два решения, с парламентскими выборами между ними. Кроме того, поправки могут быть приняты парламентом в одном решении, но только при большинстве в 5/6.

представительством и с низким порогом, как правило, дают большое представительство партий в парламенте, которое, по сути, может сделать квалифицированное большинство очень трудно достижимым. В отличие от этого, в избирательных системах с одномандатными округами «первая набравшая наибольшее число голосов»⁹² правящая партия, как правило, имеет удобное большинство в парламенте, которое может часто быть достаточно большим для квалифицированного большинства. В таких системах, это может являться не очень строгим требованием.

97. В двухпалатных парламентских системах существует требование о том, что конституционные поправки проходят в обеих палатах, либо обычным, либо квалифицированным большинством. Если состав обеих палат избирается исходя из различных критериев (которые, как правило, бывают), то, даже требование простого большинства в обеих палатах должно отражать более широкий основной политический консенсус⁹³. Также, если квалифицированное большинство необходимо в обеих палатах, как, например, в парламенте Германии, то это может в действительности быть более строгим требованием, чем необходимость 2/3 в однопалатной системе. В Нидерландах, обе палаты должны согласовать поправки два раза, до и после выборов, простым большинством в первом чтении и 2/3 во втором. В Ирландии действует требование простого большинства в обеих палатах и последующее простое большинство на всенародном референдуме, но даже это в действительности отражает более широкий консенсус.

98. Довольно широко распространенный традиционный взгляд о том, что квалифицированное большинство в парламенте является самым важным механизмом в положениях о конституционных поправках, который необходим и достаточен для достижения стабильного и умеренного темпа внесения поправок. Эта точка зрения, однако, была поставлена под сомнение в последних эмпирических исследованиях, которые показывают, и утверждают, что более важны другие факторы для определения фактической жесткости или гибкости данного конституционного строя, и количество изменений конституций. Во-первых, это зависит от национальной конституционной традиции, конкретного политического контекста и движущих сил, призывающих к переменам. Во-вторых, также может быть, что парламентское требование квалифицированного большинства часто не такое строгое, как это может показаться потому, что существует широкий консенсус по конституционным вопросам в парламенте или потому, что правящая партия может иметь широкую поддержку.

99. Недавнее исследование Раша и Конглтона указывает на ряд решений и число участвующих субъектов, («позиции вето» и «участников вето»), как двух наиболее важных элементов для определения фактической жесткости или гибкости конституционной процедуры внесения поправок⁹⁴. Их эмпирические данные показывают, что существует небольшое соответствие между строгостью парламентского требования квалификационного большинства и числа фактически принятых поправок. Напротив «заметным фактором является множественность решений с привлечением избирателей». Это может быть либо система с двумя

⁹² Парламенты также могут быть **фрагментированы** по иным причинам, чем избирательные системы, как правило, если демократическая система все еще является новой, то устоявшаяся партийная система еще не успела закрепиться. В зависимости от политической ситуации это может функционировать в обоих направлениях - что позволяет легким или трудным способом собрать квалифицированное большинство, необходимое для прохождения конституционной поправки.

⁹³ См., например, мнение Венецианской Комиссии о проекте пересмотра Конституции Румынии (CDL-AD (2002) 012), § 7.

⁹⁴ См. Раш и Конглтон, прим. 2. Foundations of Constitutional Stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures, paper 2008.

парламентскими решениями и всеобщими выборами между ними, либо парламентское решение с последующей ратификацией на всенародном референдуме (или субъектами в федеративных системах). В целом, это кажется на сегодняшний день наиболее жесткими конституционными системами, хотя в какой-либо одной стране текущая степень жесткости будет также зависеть от других факторов.

100. В некоторых странах парламент должен быть распущен после первого принятия конституционных поправок решением, принятым новоизбранным парламентом. Если такое требование фактически означает, что внеочередной роспуск парламента нужен для того, чтобы изменить конституцию, то необходимость в этом будет взвешена политическими партиями в отношении ряда других видов соображений, - которые могут иметь эффект серьезного ограничения возможностей изменения.

101. Когда правила проведения референдума требуют не только большинство поданных голосов, но и согласия определенного процента электората, то результат будет зависеть от необходимой явки избирателей, - что может во многих странах быть практически невозможным на практике. Так, например, в Дании, где существует требование о проведении референдума по внесению изменений в конституцию и необходимость наличия большинства голосов, которые также должны представлять позицию 40% избирателей. Даже в такой небольшой и политически зрелой демократии, как Дания, с традициями относительно высокой явки избирателей на выборах, это в действительности является очень высоким препятствием для конституционной реформы.

102. Результат различных механизмов внесения поправок является сложно достижимым и будет зависеть от ряда факторов, в дополнение к самим формальным положениям. Препятствия на пути к изменениям, которые на бумаге выглядят строго, иногда на практике оказываются не такими. С другой стороны, казалось бы, такие простые требования, как всенародный референдум, могут в действительности оказать очень ограниченный эффект (или нет).

103. Комиссия хотела бы подчеркнуть, что при разработке и применении формальных положений о конституционной поправке, существует необходимость в исследовании потенциальных последствий и функций таких правил, которые требуют проведения общего и сравнительного анализа, так и доскональных познаний национальных конституционных и политических контекстов⁹⁵. Если это не будет сделано правильно, то могут получиться в конечном итоге очень разные фактические пороги для конституционных изменений, чем первоначально планировалось и предусматривалось.

VII. Достижение баланса между жесткостью и гибкостью

A. Поиски конституционной стабильности

104. Настоящее исследование рассмотрело причины конституционных обязательств, аргументы против слишком строгих правил, и различные правовые механизмы, которые могут быть использованы при проектировании правил внесения поправок. Это приводит к фундаментальной проблеме, появившейся ранее, при достижении надлежащего баланса между конституционной жесткостью и гибкостью, которое также соответствует требованиям конституционной законности. В идеале,

⁹⁵ См. CDL-AD(2007)004, Заключение по Конституции Сербии, § 99 и др.

этот баланс позволит проведение необходимых реформ, в то же время, обеспечивая конституционную предсказуемость и защиту.

105. Удалось ли представленному конституционному строю достичь хорошего конституционного баланса может быть оценено на основе конкретных случаев. Даже в старых и устоявшихся конституционных демократиях баланс не является оптимальным, хотя такие системы, как правило, в течение долгого времени разрабатывают механизмы для компенсации дисбаланса, так или иначе - либо путем восстановления слишком строгих правил внесения поправок гибким толкованием или дополнением слишком гибких правил внесения поправок консервативными политическими конвенциональностями. Если это не достигается, рано или поздно неизбежно возникает требование радикальной конституционной реформы.

106. При столкновении с вопросом о конституционных процедурах внесения поправок, Венецианская комиссия уже несколько раз выражала свою обеспокоенность по поводу чрезмерно жестких процедур и сложности проведения конституционных реформ⁹⁶. В других случаях, Комиссия столкнулась с противоположной проблемой о том, что слишком частые поправки (или попытки изменить) конституции могут негативно повлиять на конституционную и политическую стабильность⁹⁷. Она подчеркивает, что в конституцию не могут быть «внесены изменения в связи с каждым изменением политической ситуации в стране или после формирования нового парламентского большинства»⁹⁸.

107. Пытаться сформулировать абстрактно лучшую модель конституционной поправки и невозможно, и нежелательно. Точка равновесия между жесткостью и гибкостью, может отличаться от одного государства к другому, в зависимости от политического и социального контекста, конституционной культуры, возраста, деталей и характеристик конституции и ряда других факторов. Кроме того, этот баланс не является статичным, но может со временем меняться, отражая политические, экономические и социальные преобразования.

108. Однако возможно выявить факторы, которые могут иметь отношение к оценке данного конституционного строя, и которые могут быть использованы при анализе того, насколько строгой является формула поправки на самом деле, и должна ли она быть изменена или компенсироваться другими средствами. Некоторые из этих факторов могут быть актуальными при оценке того, является ли законным данное предложение по конституционным изменениям.

⁹⁶ См., например, CDL-AD (2007) 004, Заключение по Конституции Сербии, §§ 15, 100 и 104; CDLINF (2001) 023, Промежуточный отчет о Конституционной ситуации Федеративной Республики Югославия, § 19; CDL Д. (2005) 025, Окончательное мнение о конституционной реформе в Республике Армения, где Венецианская комиссия приветствовала снижение с 1/3 до 1/4 минимального числа зарегистрированных избирателей для действительности конституционного референдума, § 42.

⁹⁷ См., например, CDL-INF (2001) 015, Заключение о внесении изменений от 9 ноября 2000 года и 28 марта 2001 года в Конституцию Хорватии, пункт 4 и заключение, в котором Венецианская комиссия выразила сожаление о том, что в Конституцию были внесены изменения два раза в течение очень короткого промежутка времени (5 месяцев), и предупредила о том, что подавление второй палаты не должно сделать будущие конституционные изменения слишком легкими и ослабить стабильность; CDL-AD (2007) 047, Заключение по Конституции Черногории, § 126; CDL-AD (2008) 015, Заключение по проекту Конституции Украины, § 105.

⁹⁸ CDL-INF (2001) 003, Доклад о сотрудничестве между Венецианской комиссией и Республикой Молдова по конституционной реформе, § 26.

Б. Формальное и неформальное изменение конституции

109. Формальная поправка не единственная форма конституционного изменения, и в некоторых системах даже не самая важная. Оставляя в стороне революционные или незаконные действия, двумя самыми важными альтернативными способами законного конституционного изменения являются: судебное толкование и неписанные политические конвенциональности, дополняющие или противоречащие писанному тексту. То, как это действует в конкретной конституционной системе влияет на необходимость официальной поправки.

1. Судебное толкование

110. Хорошо известно из многих конституционных систем, что даже весьма существенные изменения могут происходить без изменения текста, с помощью судебного толкования. Классическим примером является способ, в котором Верховный суд США годами разрабатывал содержание конституции 1787 г., были внесены 27 официальных поправок. В то время, как европейские примеры судов, играющих довольно выдающуюся роль в формировании конституции, отсутствуют, в Европе действуют определенные суды, которые внесли существенный вклад в развитие их конституций динамичной интерпретацией и применением. Это, в частности, относится к странам, имеющим «конституционные суды» - модель, которая в последние годы была принята почти во всех странах Центральной и Восточной Европы.

111. Степень, в которой суды считают себя компетентными, чтобы развивать свои конституции путем толкования явно отличается между юрисдикциями, в зависимости от национальной доктрины, традиций и контекста. Со временем это может взаимодействовать с уровнем жесткости конституционных процедур внесения поправок. Чем труднее изменить конституцию, тем, более вероятно, призывы к изменению будут выражены в юридических действиях, и, скорее всего суды будут следовать таким призывам. Это, в свою очередь, снизит потребность в официальных изменениях. С другой стороны, в системе с гибкими правилами о внесении поправок необходимость в динамичном судебном толковании будет меньше и легитимнее. Взаимодействие и возможная взаимная выгода сложна и четко варьируется от страны к стране.

112. Венецианская комиссия неоднократно приветствовала и одобряла модель наличия «конституционных судов», которые в настоящее время широко распространены в Европе. Это модель, которая в целом является благоприятной для судебного конституционного толкования. Такие суды могут законно способствовать развитию своих национальных конституционных систем. Тем не менее, Венецианская комиссия считает, что для крупных конституционных изменений, предусмотренная совещательная и демократическая политическая процедура для проведения конституционной реформы является предпочтительнее чисто судебного подхода.

113. Роль конституционных судов при проведении конституционных изменений также может быть сравнима с ролью несудебных органов, участвующих в конституционном пересмотре таких, как, комитет конституционного права Парламента Финляндии.

114. Изменение конституции через судебное толкование является наиболее распространенным, согласно положениям об основных правах, которые по своей природе гораздо чаще оспариваются в судах, чем институциональные и другие положения. Эти положения, как правило, сформулированы открытым способом и,

следовательно, нуждаются в непрерывной интерпретации и уточнениях. Для государств-членов Совета Европы национальные конституционные основные права дополняются правами, изложенными в Европейской конвенции по правам человека (ЕСПЧ), и развиваются через динамическое прецедентное право Европейского суда по правам человека, которое является обязательным для национальных органов власти. Суд, конечно, не интерпретирует национальные конституционные положения как таковые. Но его толкование прав, закрепленных в ЕКПЧ не только дополняет, но и во многих странах также непосредственно влияет на интерпретацию положений о национальных конституционных фундаментальных правах (например, в Бельгии). Таким образом, прецедентное право Суда в Страсбурге, играет важную роль в формировании единой европейской конституционной традиции о защите основных прав человека⁹⁹.

2. Конституционный обычай и конвенциональности

115. Другая законная и достаточно распространенная форма конституционных изменений - вовлечение политических обычаев в рамках законодательных и исполнительных органов. Во многих системах статус таких обычаев отражается и признается в установленном определении термина «конвенциональность», или даже «конституционная конвенциональность». Это особенно ясно выражено в Великобритании, но может быть и в ряде стран с писаными конституциями. Конституционная конвенциональность является «неписаной» в том смысле, что она не изложена в каком-либо официальном документе, но может быть признана судом, хотя редко рассматривается как «жесткое право». Такие общепризнанные традиции (конвенциональности) не создаются судами, и они не «принятые» или «решенные», а появившиеся с течением времени и отражающие действия и нормативные представления политических участников.

116. Как бы ни было национальная система признает «конвенциональность» в качестве части конституционного строя, как и критерии, используемые для их идентификации, а также их относительную силу и значение. Но во многих странах, особенно в странах со старыми или очень жесткими конституциями, они играют важную роль. Как правило, они будут дополнять положения писаной конституции, или призывать к тому, что положения должны толковаться и применяться способом, отличающимся от указанного в текстовой формулировке. В некоторых случаях конвенциональности, возможно, даже прямо противоречат и отодвигают в сторону писанные положения. В других случаях они могут привести к неприменению отдельных статей, которые могут быть юридически признаны «неупотребительными /устаревшими». Таким же образом, как и для судебного толкования, существование и признание термина конституционная «конвенциональность» влияет на необходимость и возможность официальной поправки. Роль конституционных конвенциональностей особенно важна, как дополнение к институциональным положениям конституции.

117. Комиссия считает, что конвенциональность является неотъемлемой и важной частью конституционного строя в ряде европейских государств, что способствует гибкости и адаптивности национальной системы. Тем не менее, предпочтительную позицию имеет то, что основные конституционные изменения должны проходить в порядке, предписанном в процедурах, а не в результате действий государственных органов и, если появляются обязательные конвенциональности, то их предпочтительно проверить на соответствие с формальной кодификацией, чтобы увидеть соответствуют ли они требованиям.

⁹⁹ Для стран-членов ЕС это особенно относится к динамичному прецедентному праву Европейского Суда (ЕС) в той степени, что это прямо или косвенно влияет на национальное конституционное право.

3. Конституционная культура

118. В дополнение к судебному толкованию и политически признанными нормам способ, согласно которому положения о формальных функциях поправки, также зависит от более расплывчатого понятия «конституционная культура». Под этим подразумевается, как национальные нормы по конституционному толкованию (строгие или гибкие), неписанные нормы, регулирующие в какой степени изменения считаются легитимными, символическое значение конституционного текста, консерватизм или динамичность ведущих конституционных участников (политики, судьи, преподаватели, ключевые государственные служащие), так и другие соответствующие факторы.

119. В некоторых государствах существует культура «конституционного консерватизма», которая ограничивает изменения, даже если формальные процедуры не очень жесткие. Или, как сказал Эльстер: «В странах с глубокой конституционной традицией, неписанные устоявшиеся конвенциональности также могут отпугнуть политиков от постоянных попыток изменить конституции для реализации краткосрочных или партизанских целей». Наоборот, в других странах, конституционные поправки могут рассматриваться как обычные действия, не очень сильно отличающиеся от изменений обычного законодательства. Это может быть в странах с относительно новыми конституционными системами, в которых «отцы-основатели» (и матери) до сих пор политически активны. Но это также может быть в уже устоявшихся системах, таких как, Швеция, где правила о конституционных поправках являются гибкими и часто применяются.

120. Конституционная культура развивается и переходит с течением времени в национальный контекст, различаясь от страны к стране. Это важный элемент общего европейского конституционного наследия, и попытки ее гармонизации не являются желательными и возможными. Это, однако, означает, что конкретная система конституционных поправок может быть адекватно оценена только в своем собственном контексте - с учетом ряда других факторов в дополнение к формальным правилам.

121. Судебное толкование конституционных «конвенциональностей» и общенациональная конституционная культура и содержание ясно влияют на то, как применяются формальные положения о поправках. Эти факторы также могут служить для ликвидации дисбаланса в системе внесения поправок. В системах со слишком гибкими правилами внесения поправок, это может быть компенсировано консервативной конвенцией. В системах со слишком жесткими правилами, это может быть компенсировано традициями судебного толкования или неписаными конвенциональностями, дополняя, минуя или игнорируя неизменные конституционные положения при проведении необходимых реформ.

С. Происхождение и характеристики национальной конституции

122. Соответствующий баланс между конституционной жесткостью и гибкостью в значительной степени зависит от характера и содержания самого писаного текста конституции, например, его происхождения, демократической легитимности, формы, возраста, размера, способа формулировки, степени детализации, уровня рассмотрения в судебном порядке. Здесь также существуют большие различия между конституциями в Европе.

1. Происхождение

123. В любой конституционной системе невозможно оценить необходимость внесения поправок, не обращаясь к происхождению национальной конституции. Здесь должно быть отмечено фундаментальное различие между конституциями, которые являются результатом широких демократических процессов с высокой степенью легитимности и конституциями, которые были первоначально введены недемократическими средствами, или режимами для того, чтобы скрепить определенные правила и интересы перед ожидаемым переходом к демократии. Стало ли конституционное предварительное ограничение результатом законного «самообязывания» или ограничения другими интересами, чем те, которые есть в настоящее время у демократического большинства? Очевидно, конституции могут быть и такими и другими, но различия имеют важное значение для легитимности призывов к переменам и, таким образом, для нахождения правильного баланса между жесткостью и гибкостью.

124. В нескольких мнениях конкретных стран Комиссия отметила, что процедура принятия конституционных поправок или, возможно, новых конституций должна соблюдать действующие положения Конституции¹⁰⁰. Это, однако, не означает, что все конституции, которые были первоначально приняты путем недемократических процедур, автоматически нуждаются в замене. Такие конституции со временем могут проявить себя как подходящие для демократического и эффективного правительства и, таким образом, получить легитимность, которой им изначально не хватало, также, как и прекрасно демократически созданные конституции со временем могут потребовать необходимость радикальных реформ. Но Комиссия считает, что такие конституции не должны быть слишком жесткими, и что в течение переходного периода, они должны быть относительно открытыми для дискуссий по конституционным изменениям в таких системах, которые затем могут привести либо к реформе, либо к обновлению существующих правил, тем самым укрепляя их легитимность.

2. Возраст

125. Возраст нынешних конституционных документов в Европе значительно варьируется, начиная с Норвежской и Голландской конституций 1814 г. до Конституции Черногории 2007г. Большинство конституций датируются после 1945 г., но многие из них содержат элементы, которые являются прямым продолжением намного старших конституций (19 века). Настоящие конституции Центральной и Восточной Европы являются с содержательной точки зрения новыми, и были по большей части, приняты в 1990-е гг., хотя некоторые из них формально рассматриваются, как продолжение старых текстов.

126. Возраст конституционного документа может влиять на поправки разными способами. С одной стороны, можно утверждать, что чем старше текст, тем больше он будет нуждаться в гибких процедурах внесения поправок для того, чтобы приспособиться к фундаментальным преобразованиям в политике и обществе. С другой стороны, очень старые конституционные тексты могут с течением времени иметь конкретное символическое значение, создавая конституционную культуру, при которой внесение поправок очень усложнено. Если это так, то основное содержание конституционной системы будет, тем не менее, предположительно развиваться через судебное толкование и политические конвенциональности.

¹⁰⁰ См., например, CDL-INF (2001) 003, cit. not 96.

127. Комиссия отмечает, что большой возраст не является отрицательной чертой национальной конституции. Напротив, конституционная стабильность со временем может быть значительно полезной для демократического управления, и символическое значение старого конституционного текста может служить положительной и важной функцией. В то же время, однако, старым конституционным текстам, в частности, необходимо быть более гибкими для того, чтобы приспособиться к преобразованиям в обществе, если они хотят сохранить свое значение в качестве актуальной и оперативной основы для политических действий.

3. Уровень детализации

128. В конкретной системе необходимость внесения поправки зависит от длины и уровня детализации конституционного текста. Здесь также существуют большие различия. Большинство европейских конституций содержат где-то от 100 до 200 статей¹⁰¹, но в значительной степени различаются по длине и детализации, и, конечно, имеют очень разную степень значимости. Длинный и более действенный конституционный текст, больше напоминает обычное законодательство, и более подвержен внесению относительно частых поправок¹⁰². Некоторые европейские конституции различаются по двум отдельным категориям конституционных положений, с разными порогами для поправки - одна, которая включает в себя самые основные правила и принципы, и которые очень трудно изменить и другая, которая содержит более подробные правила об органах управления, которые легче изменить. В некоторых государствах, например, правила парламентской процедуры включены в наиболее гибкую часть конституции, в то время как в большинстве других эти правила формально вообще не являются частью конституции, но опираются на более низкий уровень в иерархии норм.

4. Возможность рассмотрения в судебном порядке

129. С давних времен, конституции европейской традиции (в отличие от США), не рассматривались как «жесткое право», в том смысле, что на них не ссылались в судах, чтобы установить применимый закон и вынести административные решения. Конституционные положения были, конечно, по-прежнему важными в качестве основы для политических действий, но они не рассматривались в судебном порядке, и их сила, в конечном счете, устанавливалась политическим принятием. Интересно отметить, что в Нидерландах, даже сегодня, существуют акты Парламента, которые являются недоступными для судов и их конституционность не может контролироваться. Этот пример, однако, остается исключительным. В наше время, конституционная традиция Европы существенно «ужесточилась», и конституции сегодня подпадают под прямое применение, судебную защиту и толкование, как обычными судами и / или (в большинстве государств) специальными конституционными судами. Это также влияет на необходимость внесения поправок. В общем, может сказать, что чем более юридически действителен конституционный текст, тем более гибким он должен быть¹⁰³. В то же время, чем чаще конституция будет предметом исследования в судах, тем больше возможностей для реформы через судебное толкование, что требует меньше потребности в официальной поправке.

¹⁰¹ В своем недавнем исследовании по конституционным поправкам в 17 странах Центральной и Восточной Европы, А. Робертс обнаружил, что среднее число статей - 143 (cit., note 2).

¹⁰² Хорошим примером является конституция Швеции 1975 г., которая была скомбинирована из четырех конституционных текстов, три из которых имеют относительно большую длину и слишком подробны, и которые имеют достаточно гибкие правила по внесению поправок, которые часто применяются.

¹⁰³ Если в первичный символический конституционный текст внести или не внести изменения, возможно, он будет иметь меньшее значение.

Д. Внесение изменений в различные категории конституционных положений

130. При анализе конституционной поправки, следует выделить различие между категориями положений, содержащимся в большинстве конституций. Двумя наиболее важными являются:

- Институциональные положения – об «органах управления»- избирательной системе, компетенции и процедурах основных государственных органов, разделении и балансе полномочий, законодательном процессе, бюджете, контроле, судебной системе, и прочем.
- Билль о правах - перечень прав человека, который защищает его и регулирует фундаментальные отношения между государством и частными лицами.

131. В большинстве конституций существуют также некоторые положения, которые прямо не подпадают под одну из этих двух категорий, такие как положения о национальном суверенитете, делегировании полномочий международным организациям, национальных символах, языках. В федеративных системах институциональные правила будут также включать положения о разделении полномочий между федеральным уровнем власти и уровнем власти штатов, и других федеральных вопросах.

132. Различные категории конституционных положений регулируют разные вопросы, и часто требуют довольно различных подходов в отношении толкования, применения и потенциальной поправки. В то время как формальные процедуры внесения поправок и требования, как правило, (хотя и не всегда) будут одинаковыми для всех категорий, правовой и политический контекст часто довольно разный.

133. В то время, как «билли о правах» на сегодняшний день относительно (и более) универсальные, с более или менее тем же основным содержанием, положения об органах управления варьируются. Существует фундаментальная модель конституционной демократии с некоторой формой разделения и баланса власти между исполнительной, законодательной и судебной ветвями власти, но, помимо этого, существует настолько много их вариаций, сколько есть конституций. Таким образом, существует соблазн постоянного «совершенствования» системы – получая более или менее актуальное вдохновение из различных национальных решений, предлагаемых сравнительным конституционным правом.

134. Положения об органах и правах также различаются типичным механизмом неформального изменения. Первые дополняются конституционными конвенциональностями, в то время как последние толкованием и разъяснениями судов и других органов, участвующих в конституционном пересмотре.

135. Институциональные положения являются, как правило, более ясными и негибкими, в отличие от тех, которые регулируют права, которые сформулированы как правовые стандарты, открытые для толкования и правовой эволюции. Институциональная процедура, как правило, устанавливает особый управленческий порядок или компетенции, которые должны быть четкими, для того, чтобы поддерживать политическую стабильность и предсказуемость. То же самое нельзя сказать об основных правах - где содержится то, что имеет значение. Поэтому аргументы за и против изменения конституции отличаются между двумя видами положений.

136. Что касается внесения изменений в положения об органах государственного управления, каждое государство имеет право на их осуществление настолько, насколько оно исполняет фундаментальные демократические требования международного права. Вариаций огромное множество и не существует «лучшей модели» универсального применения. Всегда будет более или менее непрерывный поток предложений по реформе, значительной или нет, даже в развитых демократиях, так как это всегда, по крайней мере, в теории, может дополнительно усовершенствовать систему управления. Основными факторами, на чашах весов будет, с одной стороны, необходимость политической стабильности и предсказуемости и, с другой, предполагаемые преимущества изменений, будь то в плане эффективности, демократии или других перспектив. По сравнению с положениями о «правах», более трудно осуществить изменения в порядке судебного толкования, поскольку эти правила редко подлежат рассмотрению в судах¹⁰⁴. Изменение «конституционными конвенциональностями» является более распространенным так, как политические нормы и процедуры развиваются посредством дополнения или регулирования текстов писанных конституций.

137. В отношении изменений национальных конституционных положений о правах человека, контекст отличается. Во-первых, эти положения, как правило, сформулированы в общем и абстрактном виде, и открыты для юридического толкования. Во-вторых, они постоянно являются предметом рассмотрения в судах, и, таким образом, развиваются на основе прецедентного права. Наконец, национальные конституционные законопроекты дополняются нормами международного права (в частности, договорами ООН по правам человека, в Европе - ЕСПЧ и Хартией ЕС об основных правах (в настоящее время усиленной Лиссабонским договором). Защита, предоставляемая международным правом, дополняет национальный перечень - особенно в отношении европейских стран, где решения ЕСПЧ могут использоваться непосредственно в судах.

138. В следующих разделах будут рассматриваться более конкретные вопросы о внесении изменений в положения об органах государственного управления, правах человека и национальном суверенитете.

1. Внесение поправок в положения об управлении

139. В то время как все конституции содержат фундаментальную структуру органов управления, степень детализации значительно варьируется. В некоторых конституциях содержатся очень подробные положения о компетенциях и процедурах государственных органов, в то время как в других только устанавливаются фундаментальные принципы, а остальные аспекты регулируются обычным законодательством (или в некоторых системах «органическими законами») или правилами процедуры органов (парламента, правительства, судов).

140. Необходимость принятия поправок к конституции, естественно, соответствует этому. Чем более подробными являются институциональные положения, тем больше будет необходимость периодических или даже непрерывных реформ. Еще одним важным фактором является степень гибкости положений, определяющих, в какой степени их применение может регулировать политические перемены. Третьим фактором является вопрос о том, что представляет собой формальная национальная конституционная культура, и в какой степени она признает законным развитие институциональных процедур посредством «конвенциональностей», на основе

¹⁰⁴ Тем не менее, в некоторых странах конституционные суды имеют право рассматривать споры, касающиеся организации и функционирования государственных органов, и, таким образом, вносить свой вклад в развитие институциональных положений конституции.

нормативных представлений и фактической деятельности основных политических участников.

141. Многие конституционные нормы об органах управления прямо или косвенно служат в большей или меньшей степени для защиты прав и интересов политической оппозиции. Это имеет отношение как к фундаментальным избирательным положениям, которые часто, закреплены в конституции, и правилам фундаментальных парламентских процедур, которые гарантируют, что оппозиция (и отдельные члены парламента) имеют право участвовать в процессах, дебатах, и критиковать решения и действия большинства и правительства. Конституционные поправки таких правил должны быть предметом особого внимания; учитывать то, что интересы законных политических меньшинств защищены.

142. Наиболее важными предложениями о внесении поправок в конституционные нормы об органах управления обычно являются те, которые стремятся так или иначе изменить баланс сил между законодательной и исполнительной ветвями власти. Они также должны быть предметом особого внимания и рассмотрения. В целом, поправки укрепляющие полномочия парламента, как правило, предназначены для того, чтобы сделать систему более демократичной, в то время как поправки, усиливающие исполнительную власть, предназначены для того, чтобы сделать ее более эффективной и действенной. Но могут быть и скрытые или более индивидуальные мотивы, которые являются менее легитимными¹⁰⁵.

143. Поскольку новые конституции впервые были приняты в большинстве стран Восточной и Центральной Европы в середине 1990-х гг., в нескольких странах в них были внесены поправки что, в дальнейшем укрепило национальные парламента. В этой связи, Комиссия неоднократно заявляла, что выбор между президентской и парламентской системой является политическим и свободным для каждого государства. Тем не менее, выбранная система должна быть как можно более четкой, а положения не должны создавать возможность для ненужных осложнений и политических конфликтов. В парламентской системе следует уважать основные требования, вытекающие из принципа разделения властей. Если выбрана президентская система, то, в свою очередь, должны быть выполнены определенные минимальные требования парламентского влияния и контроля¹⁰⁶.

144. Почти во всех странах с избираемым президентом существуют конституционное ограничение о том, сколько сроков подряд он может осуществлять деятельность. В таких странах может время от времени возникать соблазн для правящего президента, предложить поправку к конституции, чтобы получить еще один срок, или вообще отменить такое ограничение. Венецианская комиссия в последние годы оценивала две такие поправки - в Беларуси в 2004 г. и Азербайджане в 2009 г. и оба раза оценка была весьма критическая¹⁰⁷. В последнем мнении, было сказано, в частности, что «как правило, можно сказать, что отмена существующих ограничений,

¹⁰⁵ См., например, CDL-AD (2009) 024 Заключение по проекту Закона Украины о внесении изменений в Конституцию, представленному Президентом Украины; CDL-INF (2001) 003 Сотрудничество между Венецианской комиссией и Республикой Молдова о конституционной реформе; CDL-INF (1996) 002, Заключение по нормативной концепции Конституции Венгерской Республики.

¹⁰⁶ См., например CDL-AD (2003) 019 Мнение о трех законопроектах, предлагающих поправки к Конституции Украины; CDL-AD (2005) 016 Второе промежуточное мнение о конституционных реформах в Армении, §§ 6-8; CDLAD (2002) 033 Заключение по проекту поправок к Конституции Кыргызстана, §§ 45-47.

¹⁰⁷ Cf CDL-AD (2004) 029 по Беларуси, и CDL-AD (2009) 010 по Азербайджану.

препятствующих неограниченному переизбранию президента является шагом назад с точки зрения демократических достижений¹⁰⁸».

145. В той степени, что при предложении конституционных поправок, укрепляющих или продлевающих полномочия высоких государственных служащих, мотивация должна быть нацелена на улучшение органов государственного управления как таковых, а не на личную власть и интересы конкретного должностного лица. Поэтому законным принципом будет являться то, что такие поправки (в случае их принятия) должны иметь силу только для будущих должностных лиц, а не для действующих в момент их принятия. Конституции Кореи является примером конституционной системы, которая применяет этот вид ограничений¹⁰⁹. Венецианская комиссия считает, что это может общим положительным стандартом для измерения демократических последствия таких изменений.

2. Внесение поправок в положения об основных правах

146. Правовой и политический контекст для внесения поправок в конституционные положения об основных правах отличается от изменения институциональных правил несколькими аспектами. Во-первых, отличаются нормативная база и содержание прав человека. Во-вторых, существуют различия между взаимоотношениями европейского и международного права. И в-третьих, суды играют гораздо более важную роль в развитии фундаментальных прав, чем институциональных правил.

147. В некоторых странах, все положения конституции, в принципе, могут быть открыты для внесения поправок. В других странах, определенные права считаются настолько фундаментальными (такие, как право на человеческое достоинство в Германии или достоинство и равенство в Южной Африке), что они не являются предметом внесения поправок, как предусматривает конституция.

148. Тем не менее, в целом, основные права должны постоянно быть предметом обсуждения и развития. Аргументом, представляемым в пользу этой необходимости, является то, что кодификация прав человека часто в какой-то степени, представляет отрицательный исторический опыт, излагающий прошлые человеческие страдания, как результат коллективного процесса изучения. В этом свете, права человека отражают предыдущую несправедливость и страх. И кодификация таких уроков в позитивное должна «быть способна наконец дополнить и расширить новый опыт, несправедливость и страх должны быть ликвидированы, а новые аспекты минувших идей обнаружены и признаны»¹¹⁰. По мере того, как история человечества развивается, так права человека должны непрерывно изучаться.

149. Для лиц любого политического и конституционного сообщества, непрерывная дискуссия об основных правах человека также гарантирует то, что эти права будут уважаться и приниматься как само собой разумеющееся действие. Дебаты по вопросам фундаментальных прав сами по себе имеют «значение в стимулировании

¹⁰⁸ Cf CDL-AD (2009) 010 § 13. См. также § 16, где Венецианская комиссия постановила, что «Явные конституционные ограничения на последовательные сроки президента, являются особенно важными в странах, где демократические структуры и их культурные предпосылки еще не консолидированы. По мнению Венецианской комиссии, ликвидация данного ограничения в статье 101 (V) Конституции может стать серьезным шагом назад на пути к консолидированной демократии Азербайджана».

¹⁰⁹ В соответствии со статьей 128 (2) Конституции Кореи, «внесение изменения в Конституцию о продлении срока Президента или изменения, позволяющего переизбрание президента не будет распространяться для действующего Президента в период подачи данного предложения о таких изменениях Конституции».

¹¹⁰ K. Günther, Was kann „Universalität der Menschenrechte“ heute noch bedeuten?, in: Evelyn Schulz /Wolfgang Sonne, Kontinuität und Wandel. Geschichtsbilder in verschiedenen Fächern und Kulturen, Zürich 1999, p.177/178.

людей признавать себя и друг друга, в качестве самоуверенных носителей прав, равноправных членов правозащитного сообщества, которые будут продолжать существовать только до тех пор, пока есть потребность у носителей осуществлять свои права»¹¹¹. В то же время следует подчеркнуть, что непрерывные демократические обсуждения содержания и последствий основных прав, никоим образом не препятствуют их закреплению в конституции или в международных договорах. В этой связи следует также иметь в виду, что, по крайней мере, в странах, где конституционные положения о фундаментальных правах, не очень подробны, регулирование и интерпретация основных прав в какой-то степени передается обычному законодателю. Дискуссии по этим вопросам будут, следовательно, более часто приводить к законодательным изменениям, чем к конституционным поправкам. Конституционные и договорные положения нуждаются в непрерывной интерпретации и уточнениях, и здесь демократическое обсуждение играет важную роль, даже там, где решение в конкретном случае, находится в руках конституционного суда или соответствующего органа по пересмотру конституции.

150. Большинство конституций сегодня содержат значительное количество положений, касающихся основных прав, в большинстве случаев, содержащихся в специальных разделах, в таких, как национальный «билль о правах», или рассредоточенных по всему тексту. Эти положения регулируют основные взаимоотношения между человеком и государством, обеспечивая правовую определенность и предсказуемость, и защищая интересы человека и меньшинств от злоупотреблений власти со стороны большинства. Они также могут защитить людей от других физических или юридических лиц.

151. В некоторых конституциях содержались положения об основных фундаментальных правах в течение длительного времени, как, например, в Конституции США 1787 г. и Французской Декларации 1789 г., хотя они часто не попадали под судебную защиту (американская стала, французская не так давно). Модель закрепления подробного перечня прав в качестве позитивного (жесткого) права в национальных конституциях является относительно недавней традицией, которая постепенно стала широко распространяться в Европе после 1945 г.

152. В последние десятилетия наблюдается большое развитие объема прав человека в национальных конституциях в Европе, и при разработке новых конституций и при внесении изменений в старые¹¹².

153. Один из часто возникающих в этом контексте вопросов - должны ли конституционные положения о правах человека, быть сформулированы в той же или аналогичной манере, как и в соответствующих договорных положениях о правах человека. Венецианская комиссия ранее выразил мнение, что такая лингвистическая гармония может увеличить «склонность судов и административных органов, относится

¹¹¹ Там же., стр.194.

¹¹² Почти все новые конституции Восточной и Центральной Европы включают обширные положения об основных правах. То же самое относится и к большинству стран Западной Европы. Например, Конституция Германии 1949 г. начинается с первой главы об «основных правах» (статьи 1-19), а так же Конституция Голландии (статьи с 1 по 23), в то время как в Конституции Бельгии это вторая глава (статьи 8-32). Недавняя Конституция Финляндии 2000 г. содержит первый раздел об «основных положениях», а следующий об «основных правах и свободах», перечисляя 17 прав (статьи 6-23), которые стали большим шагом в вопросах защиты прав человека по сравнению с предыдущей конституцией. Еще одним знаком является комиссия, созданная Парламентом Норвегии в 2009 г. для разработки надлежащего билля о правах, для включения в Конституцию 1814 г., которая сегодня имеет только ограниченное число положений об основных правах, рассредоточенных по всему тексту.

с уважением к действующим прецедентам и общим замечаниям международных надзорных органов».

154. Однако, в качестве контраргумента, не должно быть забыто то, что язык договора о правах человека, не обязательно должен быть перемещен в конкретную правовую систему или стиль, который гармонирует с правовой культурой страны.

155. Международные договоры в области прав человека почти всегда предназначены для установки минимальных стандартов. Государства должны, и это даже поощряется, предусмотреть более широкие права в своих конституциях, до тех пределов, пока это не нарушает минимальные международные стандарты. Государства также имеют право, в пределах своего усмотрения достигать баланс между различными конкурирующими правами, которые наилучшим образом соответствуют их конституционным традициям и культуре. Международные договоры, которые были предназначены в качестве вторичной системы защиты основных прав, не обязательно должны быть закреплены в первичной системе защиты прав.

156. Венецианская комиссия ранее рассматривала эти вопросы, и выразила мнение о том, что «государство, выходя из периода авторитарного правления, с ограниченными традициями значимых конституционных прав, а также с необходимостью быстро установить соответствующий список прав поймет, что гармонизированный подход может быть особенно полезным. Тем не менее, для государства с относительно устоявшейся демократической традицией, которое подчеркивает преемственность конституционного развития и которое имеет перечень прав, в значительной степени, предшествующий принятию международных обязательств, согласованный подход может быть менее привлекательным и практическим (...)».

157. В общем, введение новых прав и расширения сферы и защиты существующих представляло собой односторонний процесс. Этот процесс все еще продолжается. Но есть признаки того, что в будущем может возникнуть больше необходимости для регулирования, или ограничения или даже снижения правового охвата некоторых конституционных прав; либо потому, что они должны быть сбалансированы с другими конкурирующими правами, либо в некоторых случаях они оценивались как идущие слишком далеко, излишне ограничивая законные демократические полномочия парламента и правительства.

158. Конституционные поправки положений о фундаментальных правах могут служить либо расширению (которое, как правило, бесспорно) либо ограничению сферы защиты, предоставляемой личности¹¹³, которое вместо этого, вероятно, поднимет дискуссию¹¹⁴.

159. Необходимость внесения поправок в конституцию для того, чтобы достичь желаемого результата с учетом развития общества зависит, главным образом, от двух факторов (не считая политических элементов): уровня детализации конституционных положений и отношения национальных судов. Например, если положения сформулированы в очень широких и общих терминах, может возникнуть

¹¹³ Примером является внесение изменений в статью 16а Основного закона Германии в 1993 г., которое представило более подробные положения, нацеленные на подготовку очень широкой формулировки предыдущей статьи 16 II 2.

¹¹⁴ 29 ноября 2009 г., более 57% швейцарских избирателей поддержали предложение о запрете строительства минаретов при мечетях. Предложением было изменение одной строки швейцарской Конституции, устанавливающее, что строительство минаретов запрещено. За предложением последовал референдум, выдвинутый Швейцарской народной партией, крупнейшей партией в Парламенте Швейцарии.

необходимость введения ограничений путем конституционной поправки, если они широко толкуются национальными судами. Очень подробные конституционные положения, (фиксирующие, например, временные ограничения для предварительного содержания под стражей или обвинительного акта) неизбежно могут потребовать изменений для сокращения и повышения уровня или защиты.

i. Взаимодействие национальных и европейских основных прав

160. Наибольшей разницей между внесением изменений в положения национальных конституций об управлении и положения о фундаментальных правах является то, что последняя категория дополняется международным и европейским правом, предоставляющим физическим лицам ряд прав, которые должны применяться на национальном уровне, в случае рассмотрения в национальных судах.

161. Интернационализация позитивного права в области прав человека является относительно новым явлением, которое берет свое начало после 1945 г. Но это тенденция в последние годы развивается драматично. На уровне ООН и иных международных уровнях основополагающие договоры о правах человека достигли высокого значения и на сегодняшний день дополняются рядом более конкретных договоров – о проведении пыток, дискриминации, правах детей, гендерном равенстве, национальных меньшинствах, правах трудящихся и др.

162. На европейском уровне события еще более радикальны. Содержание и охват Европейской конвенции по правам человека (ЕСПЧ) 1950г. в последние десятилетия резко расширились, отчасти благодаря новым протоколам и ввиду динамичной интерпретации осуществляемой Европейским судом по правам человека в Страсбурге. Географический охват этих правил был значительно расширен после демократизации Восточной и Центральной Европы. Сегодня на подробные правила ЕСПЧ можно ссылаться в национальных судах во всех европейских странах¹¹⁵, в дополнение к национальным конституционным правам. В 27 государствах-членах ЕС, кроме того, они дополняются Хартией Европейского Союза об основных правах 2000 г., которая становится жестким правом после вступления в силу Лиссабонского договора в конце 2009 г. Лиссабонский договор также гласит о том, что ЕС присоединится к ЕСПЧ, добавив к ней наднациональные эффекты законодательства ЕС. Кроме того, ЕСПЧ непосредственно применима.

163. Возникновение и растущее значение положительных и непосредственно применимых европейских фундаментальных прав, как утверждается, часто имеющих верховенство над национальным законодательством, естественно, имеет последствия для роли и функций национальных конституционных положений о фундаментальных правах. Основные права теперь законодательно защищены на двух уровнях. Правовое содержание во многом то же самое¹¹⁶. Перечень основных прав, содержащихся в международных договорах часто воспроизводится в национальных конституциях, особенно в тех, которые приняты после 1990 г., которые содержат не только гражданские и политические права, но также социальные и экономические. Данные конституции часто закрепляют их в более подробном виде, в отличие от

¹¹⁵ За исключением Беларуси.

¹¹⁶ Оно отличается так или иначе тем, что европейские и национальные основные права могут рассматриваться в качестве одного целого или как две (или более) отдельные правовые системы. В некоторых странах они отделены друг от друга, в том смысле, что национальные суды будут интерпретировать и исследовать их по-отдельности. В других странах, как принято национальной доктриной, что международные или европейские правила могут непосредственно влиять на интерпретацию национальных конституционных положений, так что эти две системы являются более или менее смешанными в одну.

международных договоров (которые на самом деле устанавливают минимальные требования, которое государства могут расширять).

164. Уровень защиты, предоставляемой на национальном уровне, действительно может быть высоким, особенно, когда конституционный Билль о правах широко интерпретируется Конституционным судом, при его наличии, и национальными судами, в том числе со ссылкой на прецедентное право соответствующих международных судов - в частности, Европейского суда по правам человека. В этом случае, международные механизмы дополняют национальную систему путем субсидиарности. В Европе, право на индивидуальное обращение, в соответствии с Европейской конвенцией о правах человека, стало уникальной гарантией для физических лиц.

165. В некоторых странах, однако, уровень защиты, предоставляемой на национальном уровне, ниже, чем на международном. Это может быть из-за не совершенности конституционного Билля о правах, и будет чаще объясняться недостаточным или ненадлежащим его толкованием. В этом случае, возможность обращения в Европейский суд по правам человека представляет собой более чем вспомогательную возможность для отдельных лиц и, скорее становится необходимым компонентом защиты прав человека, предоставляемым им. Защита может быть получена даже в соответствии с национальным законодательством, и, в принципе, более предпочтительна, и, как правило, более эффективна (см. ниже).

166. Усиление национальных основных прав правами человека на международном уровне широко рассматривается ввиду проблематичности и нецелесообразности изменения национальных конституционных билей о правах таким образом, который может ослабить защиту личности¹¹⁷. В любом случае, если государство должно это сделать, то правовые последствия будут ограничены до тех пор, пока ЕСПЧ или другие договоры, имеющие законную силу будут гарантировать такие же права и соответствующий уровень защиты¹¹⁸. Возможность осуждения ЕСПЧ, конечно, остается, но для большинства стран это только на уровне теории, и не освобождает государство от фундаментальных прав, которые сегодня рассматриваются как принадлежащие к *ius cogens*.

167. Возможность уменьшения уровня конституционной защиты основных прав также связана с уровнем детализации соответствующих конституционных положений. Несколько посткоммунистических конституций не сформулированы в общих терминах, как положения международных договоров по правам человека, но вместо этого являются очень подробными, порой даже чрезмерно. В таких случаях, возможное снижение уровня защиты, предоставляемой в соответствии с конституцией, не обязательно вступит в противоречие с международным или европейским правом. В подобных ситуациях, Венецианская комиссия ранее предупреждала о возможных последствиях замораживания конституционных положений, ограничивающих или

¹¹⁷ Разработка другим способом, усилением защиты и расширением перечня, конечно, не так проблематична, и была широко распространена в последние годы (Конституция Италии (статья 111) была, например, изменена в 1999 г. с тем, чтобы явно гарантировать право на справедливое судебное разбирательство в течение разумного срока).

См. Совместное заключение по предложению Конституционного закона о внесении изменений и дополнений в Конституцию Грузии, CDL-AD (2005) 003, § 112, который напоминает о необходимости иметь в виду актуальность договоров в области прав человека в этом контексте.

¹¹⁸ См. Совместное заключение по предложению Конституционного закона о внесении изменений и дополнений в Конституцию Грузии, CDL-AD (2005) 003, § 112, который напоминает о необходимости учитывать актуальность договоров в области прав человека в этом контексте.

запрещающих конституционные поправки, которые могли бы снизить уровень защиты основных прав, предоставляемых конституцией¹¹⁹.

168. В то время как международное измерение защиты прав человека умаляет практическое значение внесения поправок в национальные конституционные положения о фундаментальных правах, степень важности таких изменений остается высокой ввиду целого ряда причин. Во-первых, как было указано выше, национальные конституционные нормы могут по-прежнему во многих областях права (в частности социальных и экономических правах) быть шире, чем международные и европейские нормы, предлагая лучшую защиту личности. Во-вторых, национальные конституционные нормы во многих странах могут иметь большую юридическую и фактическую силу, чем европейские правила, обеспечивая тем самым соответствующее исполнение и высокий уровень принятия. В-третьих, важное символическое значение возможно придает тот факт, что основные права находятся не только под защитой европейского права, но и национальной конституции.

169. К этому можно добавить, что основа для демократического дискурса и развития основных прав, является на сегодняшний день лучшей на национальном уровне. На международном и европейском уровнях участники переговоров и формирования положений в области прав человека осуществляют лишь косвенную и ограниченную демократическую легитимность¹²⁰.

170. В этом отношении, демократические дебаты по конституционной поправке положений об основных правах на национальном уровне, могут нести в себе две функции, также учитывая европейский (и международный) уровень. Во-первых, они могут способствовать увеличению заинтересованности граждан в таких вопросах, которые также могут внести соевой вклад в осознание европейского права в области прав человека и повышения его легитимности. Во-вторых, взаимоотношения между национальным и европейским правом не должны представлять собой односторонний процесс, им необходимо развиваться через взаимодействие, при котором поправки в положения национальных конституций об основных правах также могут влиять на дальнейшее развитие и интерпретацию ЕКПЧ и других договоров.

ii. Роль судебных органов в развитии основных прав

171. Роль судов в развитии конституционных прав человека явно больше, чем когда дело доходит до институциональных правил. Другими словами, это является частью национального конституционного строя, где судебный пересмотр обычно играет активную роль в обеспечении развития и гибкости. В отличие от конституционного законодателя, суды в состоянии оценить, насколько положения об основных правах работают на практике и скорректировать их, где это необходимо (см. выше, § 117).

172. Действительно, во многих европейских странах национальные суды в значительной степени способствуют конституционному развитию динамичным толкованием и применением положений об основных правах. Особенно в странах, имеющих конституционные суды. И, тем более на европейском уровне, где Европейский суд по правам человека явно преследует динамический режим интерпретации с учетом положений ЕКПЧ - распространяя их далеко за пределы их первоначального содержания. То же самое относится и к Европейскому суду, находящемуся в Люксембурге, в отношении основных прав в праве ЕС.

¹¹⁹ См. CDL-AD (2003) 003, пункт 112.

¹²⁰ Некоторый элемент косвенной демократии был добавлен также на европейском уровне в системе Совета Европы Парламентской Ассамблеей (ПАСЕ) и в ЕС - Европейским Парламентом.

173. Нормативная легитимность таких судебных действий, как на европейском, так и на национальном уровнях, представляет собой большой и сложный вопрос, который выходит за рамки настоящего доклада, и по которому существуют противоречивые мнения. Для этого исследования достаточно сказать, что она существует, и явно влияет на потребности и возможности национальной конституционной реформы.

174. Комиссия отмечает, что когда дело доходит до конституционной реформы основных прав, существует важное различие между первой трансформацией предоставленного «права» в положение позитивного конституционного права («позитивизация»), и последующей интерпретацией и применением тех же положений¹²¹. Первый шаг предпочтительно должен быть сделан с помощью демократических процедур, в то время как второй, законно принадлежит судам. Тем не менее, конституционный контроль осуществляемый судами, должен сопровождаться широкими общественными дискуссиями, в которых также участвует гражданское общество.

175. Когда основные конституционные права развиваются судебным прецедентным правом, это может быть предметом обсуждения, и в свою очередь стать призывом к конституционной поправке, для того, чтобы изменить или скорректировать новые правила, созданные судом. На практике это происходит не очень часто и, когда происходит, то в некоторых случаях может быть проблематичным. Но в целом возможность конституционного законодателя изменить новые права, разработанные судами посредством предписанных процедур внесения поправок является законной, если поправки не противоречат конституционному праву высокого уровня (неизменяемым положениям или принципам), а также служит для укрепления легитимности основных прав. Часто результатом демократического дискурса также будет то, что решения суда не изменились, а вместо этого подтвердились повышенной легитимностью.

176. На европейском уровне, регулирующее прецедентное право Европейского Суда по правам человека о толковании положений ЕКПЧ посредством поправок новых договоров не совсем подходящий вариант. Данной судебной системе, в какой-то степени не хватает дополнительной демократической легитимности, предоставленной возможностью демократических поправок к конституции на национальном уровне. Некоторые могут возразить, что это должно сдерживать Страсбургский суд от того, чтобы зайти слишком далеко в динамичной и активной интерпретации. Другие могут утверждать, что именно потому, что на практике государству-члену невозможно изменить условия договора, делает более важным для суда обеспечение гибкости за счет динамичной интерпретации.

Выводы о внесении изменений в национальные конституционные положения об основных правах

177. На основании вышеизложенного, Венецианская комиссия считает, что конституционные положения об основных правах человека, должны быть принципиально открыты для обсуждения и внесения поправок, будь то в целях расширения, подтверждения или даже в некоторых случаях ограничения их границ и содержания. Это, однако, должно быть сделано с большой осторожностью и, в соответствии со строгими требованиями, чтобы не ослабить функцию защиты интересов индивидуальных и национальных меньшинств против воли и желаний большинства. Кроме того, такие национальные процессы принятия поправок должны

¹²¹ Это различие между созданием новых юридических прав и расширением старых путем толкования, конечно, не всегда очевидно. Но обычно оно есть. И является полезной точкой отправления.

учитывать международно-правовые обязательства, а также роль национальных и международных судов в развитии и защите прав человека.

3. Внесение поправок в положения о «суверенитете» и международное сотрудничество

178. Небольшой, но важной категорией конституционных положений являются те, которые регулируют участие страны в международных и европейских отношениях и интеграции. С одной стороны, конституционные положения о «суверенитете» или «неделимости» национального государства могут быть использованы в целях ограничения международных обязательств. С другой стороны, существуют положения, явно позволяющие делегирование полномочий международным и европейским организациям, и устанавливающие процедуры такого сотрудничества. Многие страны в последнее время внесли изменения в такие положения, в частности, с целью членства в Европейском Союзе, НАТО или ратификации Римского статута.

179. Международное сотрудничество и европейская интеграция представляют собой средство продвижения демократии, верховенства права и прав человека. В этом контексте, Комиссия отмечает, что такие понятия, как национальный «суверенитет» являются динамичными и сложными, с различными значениями в разных юрисдикциях и развивающимися с течением времени как на международном, так и на национальном уровнях. То же самое относится к понятию делегирования национальной компетенции международным организациям. Комиссия считает важным для национального конституционного права признание того, что это динамические понятия и необходимо толковать и применять их в качестве таковых¹²². Кроме того, в той степени, что динамичная интерпретация не представляется возможной, национальные конституционные системы должны быть достаточно гибкими, чтобы позволить поправкам обеспечить необходимое содействие европейскому и международному сотрудничеству.

Е. Парламентская процедура внесения поправок и всенародные референдумы

180. Почти во всех европейских государствах фундаментальной ареной для проведения конституционной реформы является парламент. В некоторых странах это единственный орган, участвующий в конституционных изменениях.

181. Исполнительная власть может быть вовлечена в конституционную процедуру внесения поправок в той или иной степени. Во-первых, исполнительная власть часто разделяет право инициативы с парламентом. Во-вторых, она может иметь полномочия выбирать между различными процедурами для внесения поправки (Франция), или

¹²² См., например, CDL (2008) 096, по конституционным вопросам, поднятым в связи с ратификацией Римского статута. Смотрите также недавнее обсуждение, проведенное немецким Федеральным конституционным судом понятия «суверенитет» в немецком Основном Законе в своем решении по Лиссабонскому договору 28 июня 2009 г. пункты 222 и след. Суд настоятельно подчеркнул, что принцип суверенитета является совместимым с целью интеграции Германии в международную и европейскую правовую систему. В то же время, суд заложил ограничения того, насколько еще Германия может участвовать в дальнейшей интеграции, прежде чем нарушить национальный конституционный порядок.

конституционная поправка должна быть санкционирована главой государства, прежде чем может быть принята¹²³.

182. В некоторых системах компетенция парламента принимать конституционные поправки подлежит требованию множественности решений, принимаемых до и после общих парламентских выборов (см. выше, раздел III)¹²⁴. Другими словами, два различных парламента должны принять поправку - в некоторых государствах простым большинством в обоих чтениях, в других квалифицированным большинством в одном или двух чтениях. Процесс голосования означает, что электорату предлагается рассмотреть поправки, хотя, конечно, может отличаться, в какой степени это действительно вопрос важности в кампании.

183. Комиссия придерживается мнения о том, что национальный парламент является наиболее подходящей ареной для конституционной поправки, в соответствии с современной идеей демократии¹²⁵.

184. Как уже стало понятно легитимность конституционной поправки может быть усилена путем прямого участия народа в процедуре внесения поправок посредством референдума (см. выше, раздел III.C). В связи с этим, Комиссия считает, что для конституционной реформы, в равной степени законно включать либо нет всенародный референдум в качестве части процедуры¹²⁶.

185. Необходимо подчеркнуть, что использование референдумов должно соответствовать национальному конституционному строю в целом. В качестве основного правила, референдум по конституционной поправке, не должен проводиться, если конституция явно не предусматривает этого¹²⁷. В некоторых странах он является общепринятой и неотъемлемой частью процедуры внесения поправок. Но в конституционных системах, не предусматривающих референдум, парламент является легитимным конституционным законодателем, и должен признаваться таковым. Представительная демократия, конечно, легитимна, как и прямая демократия по таким вопросам, как эти, и часто может быть более подходящей процедурой для углубленного обсуждения и оценки.

186. Национальная традиция проведения референдума может способствовать демократической легитимности конституции. По мнению Комиссии, при определенных обстоятельствах, это может также уменьшить риск того, что политические деятели могут попытаться в одностороннем порядке изменить «правила игры»¹²⁸. Референдумы могут также способствовать укреплению демократической легитимности конституционной защиты прав человека.

¹²³ В устоявшихся монархиях, где конституция до сих пор гласит, что требуется королевское согласие, это, однако, по большей части, прежде всего, формальное требование, где монарх более или менее конституционно обязан.

¹²⁴ В большинстве стран обычные парламентские выборы проходят в установленный срок, что означает, что принятие конституционной поправки будет отложено до момента наступления этой даты - это может привести к различным временным задержкам, в зависимости от времени парламентского периода. Альтернативой является роспуск парламента, с тем, чтобы ускорить процесс принятия поправок в конституцию. Если действующий парламент должен быть распущен для того, чтобы принять конституционную поправку это будет еще одним (потенциально высоким) препятствием для изменения - делая это также зависимым от того, кто имеет полномочия назначить новые выборы (парламент, исполнительная власть, или оба).

¹²⁵ См., например, CDL-INF (1996) 002, § 17 cit.; CDL-INF (2000) 013 Мнение о конституционных поправках, касающихся выборов в законодательные органы в Республике Словении; CDL-INF (2001) 003, § 25.

¹²⁶ 126 См. CDL-INF (2001) 003, § 24.

¹²⁷ См. Руководящие принципы конституционных референдумов (CDL-INF (2001) 010) Глава II.B.3.

¹²⁸ См. CDL (1996) 020 Заключение по проекту Конституции Украины (Заключение).

187. В то же время, требование о том, что все конституционные поправки должны представляться на референдум, приводят к риску чрезмерной жесткости Конституции, и расширение прямой демократии на национальном уровне может создать дополнительные угрозы для политической стабильности¹²⁹.

188. Проведение референдумов должно быть тщательно разработано, а не навязано извне. В то же время, следует держать открытой возможность начать и развивать процессы обучения, например, путем повышения осведомленности о роли референдумов в обеспечении конституционной законности.

189. Комиссия также хотела бы подчеркнуть, что обращение к референдуму не должно использоваться органами исполнительной власти для того, чтобы обойти парламентские процедуры внесения поправок¹³⁰. Опасность и потенциал такого искушения состоит в том, что в то время как конституционная поправка в парламенте в большинстве стран требует квалифицированного большинства, на референдуме, как правило, достаточно простого большинства. Таким образом, для правительства, которому не хватает необходимого квалифицированного большинства в парламенте, это может быть весьма заманчивым решением вместо того, чтобы поставить вопрос непосредственно перед избирателями. В ряде случаев Венецианская комиссия подчеркнула опасность, что это может иметь эффект обхода правильных процедур внесения поправок в конституционные положения¹³¹. Она настаивала на том, что в демократической системе, отстаивающей разделение властей, законодательный орган должен всегда сохранять силу для рассмотрения законодательной деятельности исполнительной власти и решать вопрос о степени его полномочий в этом отношении¹³².

190. Венецианская комиссия также напоминает, что в последние 15 лет она столкнулась с несколькими референдумами по конституционной реформе в странах Центральной и Восточной Европы и Центральной Азии, которые имели в качестве основной цели укрепление полномочий главы государства и ослабление позиции парламента - в частности, в таких странах, как Беларусь, Украина, Кыргызстан, Азербайджан и Молдова. Во всех этих случаях Комиссия выразила критику обоих текстов, представленных на народное голосование и процедуры¹³³. Кроме того,

¹²⁹ См. CDL-AD (2009) 024 § 136; CDL-AD (2004) 044, Промежуточное мнение о конституционных реформах в Армении, §§ 69-70.

¹³⁰ Мнение о внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Беларусь, §§ 42-44; CDLAD(2008)015, Мнение по проекту Конституции Украины §§ 106-107; CDL-AD(2009)007, краткое Заключение Amicus curiae для конституционного суда Албании о приемлемости референдума об отмене конституционных поправок, §§ 8, 15-16; CDL-INF(2001)023, Промежуточный доклад о конституционной ситуации в Федеральной Республике Югославия, §§ 16-17 (в контексте провозглашения независимости).

¹³¹ См. Мнение о внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Беларусь, (CDLINF (1996) 008), §§ 42-44; Мнение по проекту Конституции Украины (CDL-AD (2008) 015) §§ 106-107; краткое Заключение Amicus curiae для конституционного суда Албании о приемлемости референдума об отмене конституционных поправок, (CDL-AD (2009) 007) §§ 8, 15-16; в контексте провозглашения независимости, также см. Промежуточный доклад о конституционной ситуации в Федеральной Республике Югославия, (CDL-INF (2001) 023) §§ 16-17.

¹³² См. CDL-INF (2001) 003, §§24-25.

¹³³ Эти случаи охватывают конституционные предложения по поправкам, успешно представленные президентом Лукашенко в Беларуси на референдум в 1996 г. (CDL-INF (96) 8) и 2004 (CDL-AD (2004) 029), конституционный референдум в Украине 14 апреля 2000 г. (CDL-INF (2000) 011), который никогда не был реализован, новая версия Конституции Кыргызской Республики принята на референдуме 21 октября 2007 г. (CDL-AD (2007) 045) и поправки к Конституции Азербайджана утверждены на референдуме 18 марта 2009 г. (CDL-AD (2009) 010). Консультативный референдум созданный президентом Молдовы Лучинским в июне 1999 г. также стал результатом, благоприятным для укрепления полномочий президента, но не был реализован (см. Промежуточный доклад о конституционной реформе в Республике Молдова - CDL (99) 88).

Комиссия также критиковала поправки к Конституции Лихтенштейна, вынесенные на референдум Княжеским домом в 2002 г.¹³⁴

191. Эти случаи показывают, что существует большой риск, в частности, в новых демократиях того, что референдумы по конституционной поправке превращаются в плебисцит за руководство страной, и что такие референдумы используются в качестве средства для обеспечения легитимности авторитарных тенденций. В результате, процедуры внесения конституционных поправок, позволяющих принятие конституционных изменений путем референдума без предварительного одобрения парламента, на практике довольно проблематичны, по крайней мере, в новых демократиях.

192. В этой связи, важно также, что соответствующие правила по референдуму должны быть довольно четкими и ясными¹³⁵. Более того, если проводится всенародный референдум большое значение имеет тот факт, чтобы он проводился должным образом, обеспечивая ясность и прозрачность, и представляя электорату четкие и точные альтернативы.

193. Почти во всех конституциях, содержащих положения о всенародном референдуме, содержится требование об обычном большинстве голосов¹³⁶. В некоторых странах существуют также дополнительные требования об участии определенного процента электората или о том, что определенный процент электората должен проголосовать «за»¹³⁷. Первая альтернатива является сомнительным критерием, так как представляет возможность для противников реформы повлиять на исход, просто оставаясь дома. Что касается последнего, следует иметь в виду, что, если национальные традиции явки не очень высокие, такое требование может легко стать почти непреодолимым препятствием на пути к практическим конституционным изменениям. Это может быть проблематичным, когда отсутствует альтернативное полномочие у парламента для принятия поправки.

Е. Обязательное участие Конституционного суда

194. Довольно редкий процессуальный механизм, который, однако, можно найти в некоторых новых демократиях, должен включать в себя обязательную и систематическую проверку, проводимую национальным Конституционным судом,

¹³⁴ См. CDL-AD (2002) 32, Мнение о внесении изменений в Конституцию Лихтенштейна, предложенных Княжеским домом Лихтенштейна, который Венецианская комиссия предупредила о том, что предложения будут представлять собой «серьезный шаг назад».

¹³⁵ См., например, CDL-AD (2007) 047, Мнение по Конституции Черногории, § 127; CDL-AD (2003) 002, Мнение по проекту Конституции Чеченской Республики, § 36; CDL-INF (2001) 26, Мнение по проекту конституционного закона Азербайджанской Республики о «гарантиях для востума доверия кабинету министров Милли Меджлиса, §§ 5 и 18; CDL-AD (2009) 010, Заключение по проекту поправок в Конституцию Азербайджанской Республики, § 7. Споры о допустимости использования процедуры референдума вместо обычной процедуры внесения поправок также возникли в устоявшихся демократических государствах, как, например, Франция в 1962 г., когда Де Голль ввел прямые выборы президента после референдума, организованного на основе статьи 11 Конституции, а не через процедуру внесения поправок, в соответствии со статьей 89 Конституции.

¹³⁶ По Украине см. ссылки на решения конституционного суда в Заключении по процедуре внесения поправок в Конституцию Украины, CDL-AD (2004) 030.

¹³⁷ В Швейцарии, например, референдум о внесении поправок в конституцию требует простого большинства голосов и, кроме того большинства кантонов (штатов). Исходя из этого швейцарская конституция формально довольно жесткая. На практике, однако, оказалось, достаточно гибкой: с 1848 г. конституция была изменена 172 раза, в среднем более чем один раз в год. В общей сложности было 379 референдумов по конституционным поправкам, 207 из которых не были приняты. Из них было всего 8 случаев (2% от общего количества), в которых поправки были поддержаны большинством населения, но не большинством кантонов. Требование большинства кантонов, на практике менее значительно, чем часто предполагается.

прежде чем предложение о конституционной поправке может быть принято парламентом¹³⁸. Такое требование можно увидеть, в частности, в Азербайджане, Киргизской Республике, Молдове и Украине¹³⁹. В Украине Конституционный Суд должен проверить соблюдение конституционных положений о внесении изменений в Конституцию. В других странах, задачи суда не так четко определены.

195. Насколько Венецианская комиссия может судить, опыт такого обязательного предварительного судебного рассмотрения предложений о конституционной поправке, очень разнообразен. С одной стороны, существуют примеры того, что конституционные суды внесли полезный вклад, который улучшил и послужил примером для последующих парламентских и общественных дебатов¹⁴⁰. С другой стороны, существуют также примеры о том, что предварительное участие суда внесло чрезмерную жесткость в процесс внесения поправок. Это особенно так, если любое (даже самое незначительное) изменение, внесенное предложением о поправке после решение суда, будет означать то, что пересмотренный вариант должен быть представлен обратно в суд. Можно также утверждать, что такого рода предварительный судебный контроль является довольно жестким ограничением парламента – представляя риск того, что некоторые предложения будут исключены, даже не имея шансов на демократическое обсуждение.

196. Венецианская комиссия также имела возможность наблюдать, что требование о предварительном судебном контроле предложений о конституционной поправке может иметь непредвиденные последствия. Это произошло при конституционным обсуждении реформы в Молдове в 2000 г., в ходе которого возникло сильное соперничество между Парламентом и Президентом. При участии Венецианской комиссии можно было бы создать совместную парламентско-президентскую комиссию, которая смогла бы договориться о компромиссном тексте¹⁴¹. Тем не менее, отчасти потому, что компромиссное предложение должно было быть отправлено обратно в конституционный суд для очередного рассмотрения, парламентское большинство решило наоборот принять текст, который ранее был раскритикован судом. Таким образом, компромисс о совместной комиссии был сорван, и поправка была принята против воли Президента, который позже оказался источником значительной политической нестабильности.

Г. Существуют ли особые правила внесения поправок в государствах с переходной демократией?

197. Холмс и Санстеин утверждают, что переход к демократии, происходящий в Центральной и Восточной Европе требует более гибкой формы конституционализма, чем в установленных конституционных демократиях (см. выше, § 70)¹⁴².

¹³⁸ Такой предварительный контроль предложений по поправкам в Конституционном суде не стоит путать с гораздо более широко распространенным последующим контролем того, были ли соблюдены соответствующие процедуры принятия поправок к конституции. В некоторых конституционных систем, Конституционный Суд может также проводить основную последующую проверку того, чтобы принятая поправка не являлась нарушением «неизменных» положений или принципов, смотрите ниже в разделе VIII В.

¹³⁹ См. ст. 153 Конституции Азербайджана, ст. 98 Конституции Кыргызской Республики, ст.141.2 Конституции Молдовы, и ст. 159 Конституции Украины.

¹⁴⁰ По Украине см. ссылки на решения конституционного суда в Заключении по процедуре внесения поправок в Конституцию Украины, CDL-AD (2004) 030.

¹⁴¹ См. документ CDL-INF (2001) 3: Сотрудничество между Венецианской комиссией и Республикой Молдова о конституционной реформе.

¹⁴² S.Holmes and C.Sunstein, cit., note 2, pp. 275-306.

198. Аргумент за данную позицию был, в частности, в том, что изменения в Центральной и Восточной Европе произошли достаточно быстро, не дав новым демократиям время на развитие своих собственных конституционных традиций, основанных на собственных потребностях и особенностях. Кроме того происходящие преобразования, будут требовать конституционного регулирования в течение многих лет. Это должно быть сделано политически, путем демократических процедур внесения поправок, нежели посредством судебного толкования или другими, более неформальными способами. Холмс и Санстеин утверждали это «с некоторой двойственностью», заявив, что «в лучших условиях, был бы предпочтительнее острый раскол между конституционным правом и обычным правом».

199. Что на самом деле произошло, так это то, что новые демократические государства в течение 1990-х гг. приняли различные модели конституционных поправок, начиная с довольно строгих до относительно гибких, с необходимым большинством, сбалансированным посередине. Что касается количества поправок, то оно ниже, чем в среднем по Западной Европе. По мере того, как поправки были приняты, движущими силами, по большей части были в основном политические и социальные факторы, в том числе европейская интеграция, и они были достаточно сильны, чтобы обеспечить реформу даже в системах с достаточно жесткими правилами по принятию поправок (см. выше, § 75).

200. Комиссия отмечает, что следует быть осторожным в пропаганде различных правил внесения поправок в старых и новых демократиях. Во-первых, все демократические государства в какой-то период истории были «новыми», и для большинства из них это происходило в период радикального перехода. Для конституционной системы довольно не просто изменить свои правила о внесении поправок после окончания первого периода изменений и, могут быть довольно разные взгляды о том, когда, он закончился. К чему новая демократия должна стремиться, так это скорее к формуле поправки, разработанной для применения в течение некоторого времени. Во-вторых, новым демократическим государствам необходима не только особая гибкость, но, вероятно, конституционная стабильность и жесткость, чем более установленная демократическая система. В-третьих, даже старые и зрелые конституционные системы могут нуждаться в основной конституционной реформе для того, чтобы улучшить эффективное и демократическое управление.

201. Комиссия считает, что всем конституционным системам желательно иметь достаточно гибкие правила внесения поправок для того, чтобы приспособиться к фундаментальным изменениям в политике и обществе, и достаточно жесткие, чтобы обеспечить требование конституционной законности.

Ж. Прозрачность и демократическая легитимность процесса внесения поправок

202. Конституционные процедуры внесения поправок должны быть разработаны в ясной и простой форме, и применяется открытым, прозрачным и демократическим способом. Это, пожалуй, так же важно, как и мелкие детали и требования самих правил.

203. Во многих странах компетенция официально предлагать поправки к конституции, и инициировать процедуры, предоставляется нескольким участникам - например, парламенту (одному члену квалифицированного меньшинства) и исполнительной власти. Это может привести к ситуациям, при которых может возникнуть ряд конкурирующих предложений, которые могут осложнить процесс. В

таких ситуациях особенно важно иметь структурированные и сбалансированные процедуры с участием всех политических участников, а также гражданского общества, что Венецианская комиссия наблюдала несколько раз¹⁴³.

204. В этом смысле, правильно проведенные процедуры внесения поправок, предоставляют время для общественной и институциональной дискуссии, могут внести существенный вклад в легитимность и осознание владения конституцией, и развитие и консолидацию демократических конституционных традиций в течение долгого времени. В отличие от этого, если правила и процедуры изменения конституции открыты для толкования и споров, или, если они применяются слишком поспешно или без демократического дискурса, то это может подорвать политическую стабильность и, в конечном счете, законность самой конституции.

205. В этом смысле, Комиссия неоднократно подчеркивала, что проведение должным образом, открыто, информировано и со своевременным вовлечением всех политических сил и гражданского общества в процессе реформирования может сильно способствовать достижению консенсуса и обеспечения успеха конституционного пересмотра, даже если это неизбежно требует времени и усилий¹⁴⁴. Для того чтобы это произошло, позитивные обязательства государства должны в равной степени обеспечивать беспрепятственную реализацию свободы мирных собраний, свободу выражения мнений, а также справедливую, адекватную и обширную трансляцию аргументов со стороны средств массовой информации¹⁴⁵.

VIII. Неизменные положения и принципы

A. Общие размышления о неизменности

206. Наиболее жестким и надежным механизмом конституционного обязывания является объявление конституции или определенных ее частей неизменяемыми (обозначаемого иногда как «абсолютное закрепление»).

207. В то время как важные законы объявляются «вечными» и не подлежат изменению, что не было редкостью в прошлом, но на сегодняшний день нет никаких конституций, которые провозглашают себя полностью неизменными. Скорее, обеспечение более строгих процедур поправок рассматривается как важная и неотъемлемая часть конституционализма (см. выше, раздел V).

208. Существуют, однако, конституции, которые объявляют свои определенные части - отдельные положения и принципы - непоправимыми или неизменными. Это старый элемент конституционализма в некоторых системах¹⁴⁶. Но данная ситуация ни

¹⁴³ См., в частности, мнения по конституционной реформе в Украине в 2004 г. (CDL-AD (2004) 030) и в Армении в 2004 г. (CDL-AD (2004) 044).

¹⁴⁴ См., например CDL-AD (2007) 045, Мнение по конституционной ситуации в Кыргызской Республике, § 57; CDLINF (2001) 023, Промежуточный отчет о Конституционной ситуации Федеративной Республики Югославии, § 5; CDLAD (2009) 010, Мнение по проекту поправок в Конституцию Азербайджанской Республики, § 6; CDLAD (2004) 029, Мнение по референдуму 17 октября 2004 г. в Беларуси, § 14; CDL-AD (2007) 004, Мнение по Конституции Сербии, § 103-104; CDL-AD (2005) 016, Второе промежуточное мнение о конституционных реформах в Армении, § 31; CDL-INF (2001) 015, Мнение о внесении изменений от 9 ноября 2000 г. и 28 марта 2001 г. в Конституцию Хорватии, пункт 4 и выводы.

¹⁴⁵ См. Окончательное мнение о конституционной реформе в Республике Армения, (CDL-AD (2005) 025), § 42.

¹⁴⁶ Статья V Конституции Соединенных Штатов 1787 г. позволяет изменение (при соблюдении очень строгих процедур) всех частей конституции, за исключением того, что «ни один из штатов, без его

в коем случае не доминирует. Большое количество европейских конституций не имеют каких-либо правил о неизменности, и многие из тех, которые ограничивают небольшую часть конституции, или принципов, которые являются настолько расплывчатыми и общими и не навязывают каких-либо фактических ограничений. Кроме того, неизменность подпадает под юрисдикцию в некоторые из этих конституционных систем, которые имеют такие правила (см. раздел 8.2). В других системах, такие положения служат больше как политические заявления, чем в качестве юридических ограничений конституционного законодателя.

209. При анализе правил неизменности, следует проводить различие между положениями и принципами. Относительно небольшое число конституций содержат правила о том, что определенные положения, не могут быть изменены - это означает, что любая предложенная поправка к формулировке положения является неприемлемой. Более широкое распространенным методом, однако, является закрепление того, что определенные принципы в конституции не могут быть изменены. Это гораздо более гибкий подход, который позволяет в определенной степени проводить изменения до тех пор, пока поддерживаются основные элементы охраняемых принципов.

210. Примером конституции, которая объявляет некоторые положения, абсолютно неизменными является турецкая Конституция, которая гласит, что «Положение статьи 1 Конституции, устанавливающей форму государства как Республику, положения статьи 2 о характеристиках Республики и положения статьи 3 не могут быть исправлены, и при этом не могут вноситься предложения об их изменении» (статья 4)¹⁴⁷. Подобные примеры можно найти в некоторых других конституциях¹⁴⁸.

211. Среди специальных принципов, охраняемых посредством неизменности, можно выделить следующие: фундаментальная демократическая (или республиканская) форма правления, федеративная структура, суверенитет, территориальная целостность и некоторые основные права и свободы. Например, в последнем пункте статьи 89 Конституции Франции, говорится о том, что: «республиканская форма правления не может быть предметом пересмотра». Это не означает, что положения о форме правления являются неизменными, а значит, что реформы не должны быть настолько радикальны, чтобы изменить основную республиканскую форму правления. Аналогичные положения можно найти в нескольких конституциях, как, например, в

согласия не может быть лишен равного с другими штатами права голоса в Сенате. Статья 112 Конституции Норвегии 1814 г. позволяет изменение всех положений, но при условии соблюдения требования о том, что «такие изменения никогда не должны противоречить принципам данной Конституции, а быть лишь модификациями определенных положений, которые не изменяют дух Конституции». Это, скорее всего, было предусмотрено отцами основателями в 1814 г., в качестве ограничительной меры, а в 19 веке стало действовать в определенной степени, хотя и не ограничивало принятие каких-либо поправок. В ходе прошлого века не существовало запретительной функции, и норвежская конституционная система претерпела ряд важных изменений.

¹⁴⁷ Об истории и применении этих положений, см., например, E. Ozbudun, *Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey*; in *European Public Law* 2009.

¹⁴⁸ См., например, Конституция Греции гласит, что: «Положения Конституции могут подлежать пересмотру, за исключением определяющих основу и форму государственного строя страны как президентской парламентской республики, а также положений пункта 1 статьи 2, пунктов 1, 4 и 7 статьи 4, пунктов 1 и 3 статьи 5, пункта 1 статьи 13 и статьи 26 (Статья 110 (1), Конституция Румынии гласит, что «Положения настоящей Конституции, касающиеся национального, независимого, единого и неделимого характера румынского государства, республиканской формы правления, территориальной целостности, независимости юстиции, политического плюрализма и официального языка, не могут являться предметом пересмотра» (статья 148 (1)), и статья 148 (2), что «Кроме того, не может производиться никакой пересмотр, если его результатом явится отмена основных прав и свобод граждан или их гарантий». Статья 158 Конституции Азербайджана гласит: «Не может быть предложено внесение дополнений в Конституцию Азербайджанской Республики в связи с положениями, отраженными в первом разделе настоящей Конституции».

статье 139 Конституции Италии: «республиканская форма не может стать предметом конституционного пересмотра», и в статье 9 (2) Конституции Чехия «Изменение основных атрибутов демократического правового государства не допускается».

212. В статье 79 (3) Конституции Германии закреплено, что «Изменения настоящего Основного закона, затрагивающие разделение Федерации на земли, принципы участия земель в законодательстве или принципы, закрепленные статьями 1 и 20, не допускаются». Это положение было введено в качестве реакции на рост тоталитарного нацистского режима, который был установлен формально конституционным путем, но полностью разрушил бывшую немецкую конституционную сущность. Его обоснованием было, по крайней мере, выявление конституционного переворота и лишение его конституционной законности, и даже полное его предотвращение. Статья 1 Основного закона Германии гласит: «Достоинство человека неприкосновенно». Статья 20 включает в себя принцип «демократического и социального федеративного государства» и принцип верховенства закона. Это не мешает изменению формы федерации, например сокращению числа федеральных земель, или изменению разделения власти между землями и федеральным правительством. Конституционные поправки ограничиваются только в той степени, что они влияют на «принципы», изложенные в статье 1 (1) и 20. Это оставляет место для конституционного законодателя (хотя подлежит проверке Федеральным Конституционным Судом).

213. Статья 288 Конституции Португалии содержит список, состоящий из 14 принципов, которые конституционные поправки «должны уважать», начиная от (а) Национальной независимости и единства государства, (в) прав граждан, свобод и гарантий, до (о) политико-административной автономии Азорских островов и Мадейры. Список достаточно длинный и подробный, но степень, в которой он функционирует в качестве юридического ограничения, является очень спорной, и никогда не был использован в целях того, чтобы отклонить предложенную поправку к конституции¹⁴⁹.

214. Статья 157 (1) Конституции Украины гласит о том, что: «Конституция Украины не может быть изменена, если изменения предусматривают упразднение либо ограничение прав и свобод человека и гражданина или если они направлены на ликвидацию независимости либо на нарушение территориальной целостности Украины». Аналогичные положения можно найти в ряде новых конституций в Центральной и Восточной Европе.

215. Среди специальных принципов, охраняемых неизменностью обычно можно найти один или несколько следующих: фундаментальная демократическая (или республиканская) форма правления, федеративная структура, суверенитет, территориальная целостность и некоторые основные права и свободы.

216. Некоторые конституции не содержат абсолютно неизменяемые положения, но обеспечивают усиленно строгую процедуру внесения изменений в конкретные охраняемые положения, что представляет собой почти «неизменяемость» на практике¹⁵⁰.

¹⁴⁹ С момента утверждения новой Конституции Португалии в 1976 г. она претерпела семь пересмотров (в 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 и 2005 гг.). Ни один из них не был оспорен на основе принципа «неизменности», согласно ст. 288.

¹⁵⁰ Например, в статье 157 Конституции Черногории говорится о том, что для изменения девяти указанных положений требуется проведение всенародного референдума, на котором 3/5 от общего числа избирателей должны проголосовать за реформы. Возможно ли это на практике, будет зависеть от национальной политической культуры и контекста, а также от содержания предложенной реформы. Это,

217. Комиссия не придерживается какой-либо общей точки зрения относительно того, следует ли национальной системе включать положения о неизменяемости. С одной стороны, это не является необходимым элементом конституционализма, как подтверждается тем, что ряд конституционных систем успешно функционируют и при их отсутствии. С другой стороны, в системах, которые содержат такие положения, это часто может быть объяснено законными историческими причинами, и, как правило, является неотъемлемой частью национальной конституционной системы.

218. Однако Комиссия считает, что неизменяемость является сложным и потенциально спорным конституционным инструментом, который должен использоваться с особой осторожностью, и применяться только для основных принципов демократического порядка. Конституционная демократия должна, в принципе, позволять открытое обсуждение реформы даже самых ее основных принципов и структур управления. Кроме того, если конституция содержит строгие правила о поправках, то это, как правило, обеспечивает надлежащую гарантию против злоупотребления - и если требуется большинство, следуя предписанным процедурам, хочет принять реформу, то это является демократическим решением, которое в целом не должно быть ограничено.

219. Все исторические доказательства свидетельствуют о том, что для конституций, которые действуют в течение любого периода времени, абсолютное закрепление никогда на практике не будет абсолютным. Если обстоятельства меняются или если политическое давление становится слишком сильным, то даже «неизменные» правила так или иначе будут меняться. В таких ситуациях, конституционная неизменность может даже иметь отрицательный эффект излишнего затягивания конфликтов и тем самым создаст давление и в конечном итоге увеличит ущерб для общества от необходимых реформ.

220. Основываясь на этом, Венецианская комиссия в качестве общего принципа будет пропагандировать ограничительный и тщательный подход к толкованию и применению «неизменных» положений.

221. В свете вышеизложенного, принципы, понятия, и защищенные неизменностью положения должны в определенной степени, быть открытыми для динамического толкования. Такие понятия, как «суверенитет», «демократия», «республиканизм», «федерализм» или «основные права» на протяжении многих лет являются предметом постоянного развития, как на международном, так и на национальном уровне, и должны такими оставаться в ближайшие годы. Понятия «демократия» и «демократические принципы», например, не подлежат такому пониманию в 21-м веке, как это было в 19-м или 20-м веке. То же самое касается таких понятий, как «суверенитет» и «территориальная целостность», которые на сегодняшний день в рамках международного права и в большинстве европейских государств имеют иной смысл, чем был всего лишь несколько десятилетий назад.

222. Является ли конституционное положение о неизменности само по себе изменяемым, будет зависеть от национального конституционного права. Несколько таких статей явно включают себя в список положений, которые не могут быть

конечно является очень важным препятствием, которое может быть почти равносильно принципу неизменяемости. Для сравнения, положение статьи 88 Конституции Дании, требующее согласия, по крайней мере, 40% избирателей на всенародном референдуме для всех конституционных поправок, является менее строгим, но до сих пор способствовало тому, что ни одна конституционная поправка не была принята с 1953 г. В 2009 г. впервые была использована процедура, предусмотренная в статье 88, но только, чтобы внести изменения в Положение о царском доме, а не в саму конституцию. Смотрите также, ст. 158 Конституции Болгарии и ст. 44.3 Конституции Австрии.

изменены, но большинство нет, и это может быть вопросом толкования (и потенциального конфликта). Комиссия считает, что вопрос о неизменяемости желателен сам по себе регулироваться национальным конституционным законодателем.

223. Если специальные положения о неизменности отсутствуют, то обычно можно предположить, что все части конституции могут быть изменены¹⁵¹. В ряде национальных конституционных систем, некоторые основные принципы подлежат защите в том смысле, что их изменение было бы «неконституционным». Этот вопрос зависит от толкования национального конституционного права, и не существует общего решения данного вопроса, хотя можно утверждать, что есть правовые принципы, которые настолько фундаментальны, что даже конституционному законодателю не должно быть позволено, нарушить их. Это может иметь особое значение в период кризиса и нестабильности, или в странах, где демократическая законность конституционного законодателя может быть поставлена под сомнение, даже если вопрос о том, какие основные принципы следует рассматривать, как достаточно важные для установления скрытых ограничений для внесения конституционных изменений, является спорным и, в некоторой степени, субъективным. С другой стороны, предложения о неприемлемых конституционных поправках должны подлежать открытой дискуссии и критике по существу (а также на основе обязательного международного права и европейских стандартов) - не формально ссылаясь на неписаные и неясные принципы абсолютной неизменности.

224. Значительное число конституций содержат положения, ограничивающие внесение конституционных поправок во время войны, чрезвычайного положения или подобных ситуаций (см. выше, раздел III, § 52-53). В то время как данные обстоятельства представляют собой ограничение на внесение конституционных поправок, это по природе временное явление и его обоснование очень отличается от существенной неизменности. В этой связи, Комиссия хотела бы подчеркнуть, что непосредственно для конституционного законодателя должно быть предпочтительно определить, когда такая чрезвычайная ситуация существует. Это может быть проблематичным, если такие правила приводят к предоставлению исполнительной власти возможности блокировать законно предлагаемую реформу, объявив чрезвычайное положение. Так, например, понятие «война» следует понимать ограниченно, например, не включая период участия государства в международных военных конфликтах.

Б. Судебный контроль неизменности

225. Один вопрос, содержит ли Конституция положения или принципы о неизменности. Другой вопрос, имеет ли такая неизменность законную силу, в том смысле, что она подлежит правовому контролю со стороны судов или специального конституционного суда.

226. Здесь нет ни автоматической связи, ни необходимости логической корреляции. Даже если неизменность не подлежит судебному контролю, такие правила могут по-прежнему нести политическую и практическую функцию, как декларации, которые могут иметь сдерживающее влияние. Другими словами, положения о неизменности обычно не являются «жестким правом». Их соблюдение передается на практическое

¹⁵¹ Ирландская Конституция придерживается этой точки, о чем прямо говорится в статье 46, что « Любое положение настоящей Конституции может быть изменено путем поправки, дополнения или отмены ...»

усмотрение, как и многие другие политические вопросы, по которым нет источников формальных процедур для решения споров.

227. В европейских конституционных традициях, фундаментальной является модель, при которой многие конституции не содержат неизменных положений или принципов - и те, которые имеют, часто незаконны. Но есть страны, в которых они предусмотрены¹⁵².

228. Даже в конституциях, содержащих неизменные положения или принципы, не часто явно указано, является ли это предметом судебного контроля, и если да, то при каких условиях. Решение этого вопроса и толкование будет тогда на усмотрение национальной конституционной системы. В некоторых странах это еще не было проверено, и правовая ситуация остается неясной. В других странах, судебный контроль был отклонен, основываясь на том, что суды не могут поставить себя выше конституционного законодателя. В других странах, судебный анализ конституционных поправок в теории возможен, но никогда не применялся на практике¹⁵³. И даже в тех странах, которые время от времени осуществляют судебный контроль конституционных поправок, это происходит крайне редко, или вообще рассматривается, как нарушение неизменных принципов или положений.

229. Система, которая решительно отвергает судебный контроль конституционных поправок - французская, в соответствии с которой это не считается компетенцией Конституционного совета (или любого другого суда). Впервые это было заявлено самим Конституционным советом в 1962 г., где он заявил о том, что конституционные положения, предоставляя ему компетенции по рассмотрению законодательных актов не охватывают конституционные поправки, и что он, следовательно, не имеет юрисдикции осуществлять такой контроль¹⁵⁴. Та же самая позиция озвучивалась в нескольких более поздних решениях¹⁵⁵. Но Совет также утверждал, что конституционный законодатель является суверенным, поэтому конституционные поправки не могут быть предметом рассмотрения в других органах (учрежденных конституцией)¹⁵⁶.

230. Среди европейских государств, осуществляющих судебный контроль конституционных поправок, самой известной является модель Германии. В

¹⁵² Для сравнительного исследования, см. Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments*, Ekin Press 2008. Страны, которые имеют законно неизменяемые положения, включают Австрию, Болгарию, Германию и Португалию.

¹⁵³ В соответствии с конституцией США, можно оспорить, были ли новые конституционные поправки приняты, следуя правильным процедурам (формальный контроль). Но нет ни одного примера правовых действий по существу в отношении любой из 27 поправок, принятых с 1787 г. Основания для таких действий будут так или иначе лимитированы, так как неизменяемое содержание статьи V очень ограничено. В Норвегии формальное требование статьи 112 о том, что новые конституционные изменения не должны «противоречить принципам, предусмотренным в данной конституции» в принципе подлежит правовому контролю, осуществляемому обычными судами («Конституционный суд» не предусмотрен), но на практике за период почти в двести лет это никогда не применялись судами для отклонения конституционных поправок, хотя Конституция 1814 г. была изменена более двухсот раз, включая проведение нескольких крупных реформ. На практике это чрезвычайно трудно представить, что Верховный суд Норвегии признает недействительной конституционную поправку, которая была должным образом принята 2/3 парламентского большинства, потому что она противоречит основным «принципам» конституции.

¹⁵⁴ См. Решение Конституционного совета Франции № 1962-20DC, 6 ноября 1962 г., которое гласит, в частности о том, что. «Учитывая, что компетенция Конституционного совета строго ограничивается Конституцией [...] Конституционный совет не может быть принимать решения по вопросам, кроме ограниченного числа тех, которые предусмотрены текстами».

¹⁵⁵ См. среди прочего, Решение Конституционного совета Франции № 2003-469DC, 26 марта 2003 г.

¹⁵⁶ См. Решение Конституционного совета Франции № 92 - 312 от 2 сентября 1992 г., § 34: «*Considérant que, dans les limites précédemment indiquées, le pouvoir constituant est souverain; qu'il lui est loisible d'abroger, de modifier ou de compléter des dispositions de valeur constitutionnelle dans la forme qu'il estime appropriée*».

соответствии со статьей 79 (3) Конституции Германии поправки являются неприемлемыми, если они затрагивают разделение Федерации на земли, законодательные полномочия земель или «принципы, установленные статьями 1 и 20». Это является предметом рассмотрения Федеральным Конституционным Судом (Bundesverfassungsgericht), и было оценено в ряде случаев¹⁵⁷. Контроль часто строгий. Тем не менее, нет ни одного примера о том, что Федеральный конституционный суд фактически отклонил конституционные поправки, сославшись на нарушение статьи 79 (3), даже когда в двух случаях были особые мнения меньшинства, призывающие к этому¹⁵⁸. Такие примеры, однако, можно найти и в других странах, в том числе в Австрии и Болгарии, где конституционные суды признавали недействительными конституционные поправки¹⁵⁹.

231. При оценке конституционных поправок, кажется, что даже в системах с установленным правовым судебным контролем, как правило, уважают определенную свободу конституционного законодателя. В немецкой системе, большинство в Федеральном конституционном суде в деле 1970 г. подчеркнули, что, хотя статья 79 (3) гласит о том, что принципы, изложенные в статьях 1 и 20 не могут быть затронуты конституционным пересмотром, это не означает, что текущий способ их применения не может быть изменен законодателем в соответствии с конституцией¹⁶⁰.

232. В своем недавнем решении о совместимости Лиссабонского договора с Основным Законом, Федеральный конституционный суд рассмотрел конституционные поправки, внесенные в связи с этим (в статьи 23, 45 и 93) и признал их находящимися в соответствии со статьей 79 (3). Суд, однако, воспользовался возможностью, чтобы выразить в некоторых деталях характер и содержание «вечности положений» в статье 79 (3) и пределов, которые они устанавливают для интеграции Германии в ЕС, даже если это делается посредством конституционной поправки¹⁶¹.

233. Еще одна страна, в которой осуществляется судебный контроль конституционных поправок - Турция. В статье 4 Конституции Турции говорится, что статьи 1, 2 и 3 не могут быть изменены, и представляют собой широкие положения, охватывающие ряд принципов, в том числе унитарного, светского характера

¹⁵⁷ BVerfGE (Official Digest) 1, 14 – Southwestern State (1951); 3, 225 – Equality of rights (1953); 4, 157 – Saar Statute (1955); 30, 1 – Eavesdropping (1970); 34, 9 – Standardization of remuneration (1972); 84, 90 – Expropriations before 1949 (1991); 87, 181 – Financing of broadcasting (1992); 89, 155 – Maastricht (1993); 94, 12 – Exclusion of restitution (1996); 94, 49 – Safe Third Countries (1996); 95, 48 – Restitution and avoidance of transactions (1996); 102, 370 – Jehovah's Witnesses (2000); 109, 279 – Acoustic Surveillance (2004); 113, 273 – European Arrest Warrant Act (2005); Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, 2267 - Lisbon Treaty (2009).

¹⁵⁸ См. BVerfGE 30, 1 (33 *et seq.*) – Eavesdropping and BVerfGE 109, 279 (382 *et seq.*) – Acoustic Surveillance.

¹⁵⁹ Для австрийского примера, см. Решение Конституционного суда G 12/00 и др., 11 октября 2001 г. (Бюллетень 2001/1, AUT-2001-1-003). Для болгарского примера, см. Решение Конституционного суда 03/04 от 5 июля 2004 г. (Бюллетень 2004/2, BUL -2004-2-001) и решение 06/06 от 13 сентября 2006 года (Бюллетень 2006/3, BUL -2006-3-002). Здесь есть также пример из Южной Африки, который может быть упомянут.

¹⁶⁰ См. 30 BVerfGE 1 (1970), где Конституционный суд заявил, в частности, что: "Целью ст. 79, п. 3, о проверке изменений в Конституцию, осуществляемых законодателем, является предотвращение отмены содержания или основания существующего конституционного строя, по формальным юридическим средствам внесения поправок [...] и злоупотребления Конституции легализовать тоталитарная режим, это положение таким образом, запрещает фундаментальный отказ от принципов, упомянутых в нем. Принципы от самого начала не «оказывают влияния», как «принципы», если они учитываются в общем, и изменяются только для, очевидно, соответствующих причин при особых случаях в соответствии с их особым характером ... [...] Ограничение законодателя о внесении изменений в Конституцию [...] не должны, однако, препятствовать законодателю осуществлять модификацию посредством конституционной поправки, даже фундаментальных конституционных принципов систематическим образом».

¹⁶¹ См. Решение от 30 июня 2009 года, §§ 401-404, ср §§ 216-218 и 261-264.

государства. Эти понятия были также интерпретированы достаточно широко, что степень «неизменности» в соответствии с турецким конституционным правом очень широка по сравнению с европейскими традициями. Кроме того, они могут быть предметом пересмотра в судебном порядке Конституционным Судом, хотя в соответствии со статьей 148 (1) только в отношении формы: «Конституционные поправки рассматриваются и проверяются только с точки зрения их формы». Кроме того, статья 148 ограничивает юрисдикцию суда до трех конкретных процессуальных точек, т.е. было ли подписано предложение и принято достаточным количеством депутатов, и состоялись ли дебаты дважды. В решении 2008 г. Суд, тем не менее, проводил существенный пересмотр принятых конституционных поправок, которые позволили бы ношение платков в университетах, заявив, что это будет в нарушение неизменных положений о светском характере государства статьи 2. Это привело к большому политическому и правовому противоречию¹⁶².

234. Комиссия считает, что турецкий пример иллюстрирует потенциальные проблемы, которые могут возникнуть, если суд должен на самом деле использовать «неизменяемые» положения чтобы признать недействительными поправки, которые были приняты конституционным законодателем, следуя строго предписанным демократическим процедурам. Комиссия также делает акцент на том, что судебный пересмотр конституционной поправки не следует путать с судебным рассмотрением обычного законодательства. Это две совершенно разные вещи, и, в принципе, и на практике. Во-первых, существует принцип, соблюдаемый в некоторых странах о том, что конституционный законодатель должен быть хозяином конституции, и она не подлежит рассмотрению другими государственными органами, созданными той же конституцией. Во-вторых, тот факт, что почти во всех странах процедуры внесения конституционных поправок значительно строже, чем для обычного законодательства, как правило, устанавливая требования квалифицированного демократического большинства, временных ограничений, а иногда и нового голосования или всенародного референдума, как описано выше. Такие требования обычно будут представлять собой надежную гарантию от злоупотреблений. Конституционные решения, принятые после таких процедур, будут в целом пользоваться очень высокой степенью демократической легитимности, - которые суд должно быть крайне неохотно отменит.

235. Основываясь на этом Комиссия считает, что основной судебный пересмотр конституционных поправок является проблематичным инструментом, который должен применяться только в тех странах, которые уже следуют прозрачным и установленным доктринам, и даже там с осторожностью, позволяя усмотрение конституционному законодателю.

236. Кроме того, Венецианская комиссия считает, что до тех пор, пока специальные требования для внесения поправок в конституции Европы соблюдаются, они являются и должны быть достаточной гарантией против злоупотреблений. В большинстве стран такие решения требуют квалифицированного большинства избранных представителей в парламенте, а также других требований. Конституционные решения, принятые в соответствии с такими процедурами будут в целом пользоваться очень высокой степенью демократической легитимности, - которые суд крайне неохотно отменит.

237. То, что сказано до сих пор относится к основному судебному рассмотрению конституционных поправок, на основании «неизменности». Совсем другое дело чисто формальный контроль для того, чтобы проверить и убедиться в том, что поправки

¹⁶² См. Решение Конституционного суда Турции от 5 июня 2008 г. отменяющее закон 5735. Турецкие ученые-юристы утверждали, что это было в нарушение статьи 148, и что суд нарушил свою юрисдикцию. См. *E.Özbudun*, cit., note 138.

были приняты в соответствии с предусмотренными конституционными процедурами. Венецианская комиссия настоятельно поддерживает все системы, которые осуществляют эффективный и демократический надзор за тем, как соблюдаются конституционные процедуры внесения поправок. И если есть основания полагать, что поправки были приняты в нарушение конституционных требований, то это становится вопросом, который может соответствующим образом рассматриваться в суде.

IX. Выводы по конституционным поправкам

238. Венецианская комиссия считает, что, наличие более строгих процедур принятия конституционных поправок, в отличие от изменения обычного законодательства являются важным принципом для демократического конституционализма, формирования политической стабильности, законности, эффективности и уровня принятия решений и защиты прав и интересов меньшинств.

239. Существуют веские причины, почему конституции должны быть как относительно жесткими, так и достаточно гибкими, для внесения изменений, если это необходимо. Задача состоит в том, чтобы сбалансировать эти требования, таким образом, который позволяет проведение необходимых реформ без подрыва конституционной стабильности, предсказуемости и защиты. Окончательный баланс может быть найден только в рамках конкретного конституционного строя, в зависимости от специфических характеристик. Но уравнивание может быть более или менее успешным, в зависимости от общего понимания механизмов и принципов.

240. Комиссия считает, что главной ареной для процедур внесения конституционной поправки должен быть национальный парламент, как орган, наилучшим образом подходящий для обсуждения и рассмотрения таких вопросов.

241. Соответствующая процедура внесения поправки, как правило, включает в себя (i) квалифицированное большинство в парламенте, которое не должно быть слишком строгим, и (ii) определенное временное ограничение, которое обеспечит период обсуждения и анализа.

242. Обращение к всенародным референдумам, для принятия решения о конституционной поправке должно ограничиваться теми политическими системами, в которых это требуется в соответствии с конституцией, применяется в соответствии с установленным порядком, и не должно быть использовано в качестве инструмента для того, чтобы обойти парламентские процедуры или подорвать фундаментальные демократические принципы и основные права человека.

243. При разработке положений о конституционной поправке существует необходимость осознания их возможных последствий; это требует проведения общего и сравнительного анализа, а также хорошего знания национального конституционного и политического контекста.

244. Правила и процедуры внесения конституционной поправки должны быть настолько это возможно ясными и простыми, не должны сами по себе стать предметом возникновения проблем и споров.

245. Конституционная реформа является процессом, который требует свободного и открытого общественного обсуждения, и достаточного времени для общественного мнения, чтобы рассмотреть все вопросы и повлиять на результат.

246. Конституционная поправка должна предпочтительно быть принята посредством официального внесения поправок, уважая демократические процедуры, предусмотренные Конституцией, а не через неформальное изменение. Если произошли основные неформальные (неписаные) изменения, то они, предпочтительно должны быть подтверждены последующей официальной поправкой.

247. Конституции, которые были первоначально приняты недемократическим режимом, должны быть открыты для демократических обсуждений, переоценки и относительно гибких поправок.

248. Должна существовать возможность обсуждать и вносить поправки не только в конституционные положения об управлении, но также и в положения об основных правах и во все другие части конституции.

249. Конституционные поправки, усиливающие позиции исполнительной власти должны быть предметом особого контроля и изменения, позволяющие более длительные периоды полномочия высших должностных лиц, должны предпочтительно иметь силу только для лиц, впоследствии занимающих эти должности.

250. «Неизменяемые» положения и принципы должны толковаться и применяться в узком смысле.

251. Если судебное рассмотрение конституционной поправки предусмотрено национальным конституционным строем, то это должно осуществляться с осторожностью и вниманием, предоставляя усмотрение национальному конституционному законодателю.