

Транснациональный конституционализм и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции*

Розалинд Диксон, Дэвид Ландау**

Во многих странах мира существует глубокое противоречие между приверженностью демократии и процедурами изменения конституции. Часто поправки, принятые в соответствии с формальными демократическими процедурами, преследуют антидемократические цели или направлены на то, чтобы «злоупотребить» нормами конституционного права, например помочь обладающему большой властью президенту продлить срок своих полномочий, устранить сдерживающие факторы, действующие в отношении исполнительной власти и основанные на принципах парламентаризма или федерализма, сузить или приостановить гарантии защиты прав человека. Ограничение власти в отношении изменений к конституции, следовательно, может дать явные демократические преимущества. Одним из способов обеспечить их является применяемая судами доктрина «неконституционного изменения конституции». Хотя эта доктрина не решает полностью проблему антидемократического использования полномочий по внесению в конституцию поправок, она все же может создать дополнительный барьер на пути подобных действий. Однако такого рода доктрина нуждается в уточнении, поскольку она способна также серьезным образом заблокировать легитимное использование процедур пересмотра как способа преодоления судебных решений, сочтенных большинством граждан неразумными или неприемлемыми. Чтобы поддерживать демократию, а не подрывать ее, любая доктрина неконституционных конституционных поправок должна иметь некие пределы. В данной статье обоснована мысль о том, что с учетом разнообразия угроз демократическому порядку, которые могут к тому же видоизменяться или быть использованы потенциально авторитарными политиками и политическими силами, ограничение доктрины до узкого набора институциональных положений или принципов, утвержденных *ex ante*, по-видимому, не может быть надежным решением. Вместо этого суды должны опираться на более широкую доктрину, применимую тем не менее только к конституционным поправкам, явно представляющим собой существенную угрозу ключевым демократическим ценностям. Статья также показывает, что эффективный способ ограничения использования такой доктрины заключается в ее привязке к транснациональным конституционным нормам. Обращение к транснациональному конституционному праву поможет очертить как круг принципов, рассматриваемых судами в качестве фундаментальных, так и виды институциональных изменений, полагаемых содержащими значимую угрозу обозначенным принципам. В статье продемонстрировано, каким образом использование транснациональных источников способно послужить эффективным сдерживающим фактором по отношению к доктрине неконституционного изменения конституции, позволяющей отделить случаи, когда боевая мощь этой доктрины должна быть введена в действие для защиты демократии, от случаев, когда ее применение чрезмерно.

→ Неконституционное изменение конституции; защита демократии; конституционный контроль; компаративизм в конституционном правосудии

DOI: 10.21128/1812-7126-2016-2-32-63

* © R. Dixon, D. Landau, 2015. Oxford University Press and New York University School of Law. All rights reserved. For permissions, please e-mail: journals.permissions@oup.org.

Dixon R., Landau D. Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment // International Journal of Constitutional Law. Vol. 13. 2015. No. 3. P. 606–638.

** Розалинд Диксон — профессор права юридического факультета Университета Нового Южного Уэльса, Австралия (e-mail: rosaling.dixon@unsw.edu). Дэвид Ландау — профессор кафедры имени Мэсона Лэнда и помощник декана в отделении международных прог-

рам Юридического колледжа Университета штата Флорида, США (e-mail: dlandau@law.fsu.edu). Перевод с английского А. А. Троцкой.

Статья была представлена на академическом симпозиуме Ассоциации американских школ права (AALS) 5 января 2014 года. Авторы выражают признательность Ричарду Олберту, Вен-Чен Чангу, Вики Джексон, Мадхаву Косле, Дэвиду Ло, Гэррику Парсли, Марку Ташнету и участникам симпозиума о конституционных изменениях за полезные комментарии к ранним версиям статьи, а также Амбер Дойл, Лии Грольман и Каре Гримслей за помощь в исследовательской работе.

1. Введение

Во многих странах мира процедуры изменения конституции часто используются для достижения явно антидемократических целей¹. Руководители, оказавшиеся на своих должностях не в результате выборов, принимают поправки для того, чтобы легализовать свое дальнейшее пребывание у власти; избранные правители используют поправки для устранения конституционных сдержек и противовесов — это относится в том числе и к ситуации, когда демократически избранные президенты используют процедуры изменения конституции, чтобы преодолеть пределы срока своих полномочий. Все эти меры способны подорвать приверженность конституционной демократии, то есть конституционной системе, основанной на свободных и честных выборах, уважении принципа верховенства права и основных прав человека.

Возьмем несколько недавних примеров. В Венгрии правящим режимом (сложившимся в результате прихода к власти партии Фидес (*Fidesz*), получившей требуемые две трети мест в парламенте, достаточные для изменения ею Конституции в одностороннем порядке) была принята серия конституционных поправок, направленных на размывание ограничений представительной власти, в особенности тех, которые были связаны с деятельностью Конституционного суда². В Турции доминирующая Партия справедливости и развития (*Adalet ve Kalkinma Partisi*, *AKP*) пытается упрочить свое положение у власти путем усиления позиций Президента и централизации системы назначения Конституционного суда³. В России Президент Путин инициировал изменение Конституции, направленное на то, чтобы подчинить арбитражные суды — которые были единственным реальным бастионом судебной независимости в стране — политически контролируемой под-

системе судов общей юрисдикции⁴. И в ряде недавних случаев президенты некоторых государств в Латинской Америке искали возможность выйти за пределы сроков своих полномочий и воспрепятствовать тому, чтобы оказаться отстраненными от власти⁵.

Ключевым вызовом и для разработчиков конституции, и для судей является задача укрепления позиций основного закона против таких угроз. Мы полагаем, что доктрина неконституционного изменения конституции подходит для этого. Обычно эта доктрина понимается как выражение идеи о том, что некоторые поправки к конституции неконституционны по своему содержанию, поскольку они подрывают основные принципы существующего конституционного порядка⁶. Как было показано отдельными исследователями, контроль за злоупотреблением демократическими институтами — это одна из важнейших потенциально возможных функций данной доктрины⁷. Примеры ее использования в Колумбии, а ранее и в Индии, показывают полезность ее как части решения против антидемократического изменения конституции. В Колумбии суд преуспел в том, чтобы остановить попытку Альваро Урибе продлить срок своих полномочий во второй раз; в Индии доктрина, по-видимому, сыграла определенную роль в прекращении мер, представляющих собой злоупотребление конституцией, принятых в середине 70-х годов XX века⁸. Доктрина далека от того, чтобы быть превосходным решением, но она, по крайней мере, ставит такой барьер на пути антидемократических поправок, который может сработать, а в некоторых случаях затормозить их или повисить связанные с ними издержки.

Очевидная трудность использования доктрины неконституционного изменения кон-

¹ См.: *Landau D. Abusive Constitutionalism // U.C. Davis Law Review. Vol. 47. 2013. No. 1. P. 189–260.*

² См., например: *Scheppele K.L. Constitutional Courts and Judicial Review: How Transnational Institutions Can Strengthen Peak Courts in Times of Crisis (with Special Reference to Hungary)*. Декабрь 2013 года, неопубликованная рукопись, в базе данных автора.

³ См.: *Benhabib S. Turkey's Authoritarian Turn // New York Times. 2013. 3 June. P. A25.*

⁴ См.: *Partlett W. Constitutionally Eroding the Rule of Law // International Journal of Constitutional Law Blog. 2014. 8 January. URL: <http://www.iconnectblog.com/2014/01/constitutionally-eroding-the-rule-of-law/> (дата обращения: 30.03.2016).*

⁵ Среди лидеров, только искавших или даже нашедших такую возможность, можно назвать глав Колумбии, Венесуэлы, Эквадора, Гондураса и Никарагуа.

⁶ См., например: *Barak A. Unconstitutional Constitutional Amendments // Israel Law Review. Vol. 44. 2011. No. 3. P. 321–341, 332–338.*

⁷ См. ниже: сноска 25.

⁸ См. далее разделы 3.1–3.2.

ституции заключается в том, что, понимаемая широко, она способна помешать и обычным запросам на конституционные перемены, а не только поправкам, представляющим собой серьезную угрозу демократии. Опыт стран, применяющих доктрину, подтверждает, что это реальная, а не просто гипотетическая проблема: существует много примеров того, как суды использовали доктрину чрезмерно, скажем, для того, чтобы защитить курс своей собственной практики, и это при том, что последняя, естественно, может встретить разумное несогласие⁹. Одна из основных функций, выполняемых процедурами изменения конституции, — это обеспечение средства, с помощью которого демократическое большинство может преодолеть или «побить козырной картой» судебную интерпретацию существующего конституционного текста¹⁰. Предоставление судам ничем не стесненного полномочия признавать поправки недействительными в связи с тем, что они не соответствуют более раннему прочтению конституции самими судами, будет означать явную угрозу или издержку для демократии¹¹.

Отсюда следует вывод, что доктрина является полезной, но должна иметь пределы. После обзора трех возможных моделей мы предложим обоснование того, что судам следует воспринять гибкий, но достаточно мягкий подход к применению доктрины: они обязаны быть готовы к защите широкого круга институциональных договоренностей и текстуальных положений, поскольку вызовы, вытекающие из злоупотребления конституционализмом, сложны и могут выражаться различным образом. Но при этом суды должны вмешиваться только тогда, когда они вполне уверены, что конкретное изменение конституции, взятое отдельно или в сочетании с дру-

гими переменами, означает серьезную угрозу основополагающим демократическим ценностям.

Наш центральный аргумент состоит в том, что, принимая свои решения, судам следует учитывать соображения относительно институтов и принципов, существующие в других конституционных системах. Опыт показывает, что суды часто переоценивают угрозу ввиду собственной практики или специфической конституционной истории данного государства. Обращение к транснациональному конституционализму полезно с точки зрения сдерживания подобных импульсов: рассмотрение более широкого множества различных случаев может зародить сомнение относительно вывода о том, что данная конституционная ценность или данный конституционный принцип действительно фундаментальны либо что данное институциональное изменение действительно представляет серьезную угрозу такой ценности или такому принципу. То есть наше предложение заключается в том, чтобы суды обосновывали свои решения, применяя доктрину, удерживаемую транснациональным якорем. Далее мы представим основанные на недавних решениях примеры того, как подобный якорь мог бы действовать на практике и ограничивать применение доктрины.

Последующее изложение состоит из четырех частей. Раздел 2 посвящен теоретической проблеме, очерчивающей наше исследование: использование доктрины выглядит обоснованным в тех случаях, когда изменение угрожает разрушить демократию, но также представляет собой реальный риск демократическому конституционализму, если применяется и в тех случаях, когда угрозы нет или она переоценивается. В разделе 3 представлен анализ решений, принятых в Индии и Колумбии (в двух странах, применяющих доктрину достаточно активно), чтобы проиллюстрировать, какое значение эта теоретическая проблема имеет на практике. В разделе 4 обозначены различные пути выработки пределов доктрины. В нем подчеркнута наша идея о необходимости воспринять более широкое понимание доктрины, тем не менее ограниченной условием обращения к сравнению и в особенности к транснациональному якорю. Здесь также показано, как такое обращение сработало в некоторых случаях и как оно могло бы сработать в качестве убедитель-

⁹ См. примеры в разделе 3.3.

¹⁰ См.: *Dixon R. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective // Comparative Constitutional Law / ed. by T. Ginsburg, R. Dixon. Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar, 2011. P. 96–111, 98.*

¹¹ См.: *Katz E. On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment // Columbia Journal of Law and Social Problems. Vol. 29. 1996. No. 2. P. 251–292; Mohallem M.F. Immutable Clauses and Judicial Review in India, Brazil and South Africa: Expanding Constitutional Courts' Authority // International Journal of Human Rights. Vol. 15. 2011. No. 5. P. 765–786, 767.*

ного ограничивающего принципа в других ситуациях, в которых доктрина была применена, возможно, без необходимости. И наконец, в разделе 5 представлены выводы нашего исследования.

2. Злоупотребление конституционализмом и доктрина неконституционного изменения конституции

В этом разделе мы представим обзор литературы, посвященной доктрине неконституционного изменения конституции, и объясним с теоретических позиций, почему доктрина может быть и легитимна, и полезна как ответ некоторым видам поправок, угрожающим демократическому порядку. Существующие работы подтвердили, что доктрина сопряжена со специфическими проблемами легитимности, не возникающими при обычном отправлении конституционного правосудия, и по этой причине требует дополнительного обоснования. В научной литературе присутствует также идея о том, что выступление именно против поправок, которые угрожают демократии, с помощью этой доктрины может обеспечить такое обоснование. Этим и определяется наше исследование: доктрина может быть одновременно полезна и легитимна в борьбе против особых видов поправок, которые угрожают демократическому порядку, но если суды используют ее чрезмерно — скажем, в результате придания излишнего значения угрозе, вызываемой тем или иным изменением, то их выход за рамки своих задач сам по себе становится проблематичным. Таким образом, существующая теория, с одной стороны, делает доктрину необходимой (по крайней мере в условиях «хрупких» демократий), а с другой — требует, чтобы она имела пределы.

2.1. Проблема обоснования доктрины

Любая доктрина неконституционного по своей сути конституционного изменения сталкивается с особой трудностью: она рискует породить своего рода «крайнюю» проблему противоречия воле большинства (*counter-majoritarian difficulty*)¹². В устойчивых демо-

кратиях поправки к конституции часто используются законодательным или народным большинством в демократических конституционных целях. В случае обычного конституционного контроля речь идет о направленности его против воли большинства, но демократическое большинство по крайней мере сохраняет возможность преодолеть судебное решение посредством изменения конституции. Доктрина неконституционного изменения конституции перекрывает этот предохранительный клапан, позволяя судам контролировать попытки использования соответствующих процедур¹³. Таким образом, ключевой аргумент против доктрины неконституционного изменения конституции состоит в том, что она может заблокировать любую дорогу для общества, стремящегося участвовать в установлении смысла конституционного текста и сделать это в том числе путем отклонения некоторых решений, принятых в рамках судебного конституционного контроля. Практически все теоретики в области конституционного права согласны с тем, что процедуры по изменению конституции играют достаточно важную роль в сохранении демократической легитимности конституционного текста¹⁴.

Конституционные положения и принципы по самой своей природе часто весьма широки и по этой причине открыты многим различным *разумным* трактовкам¹⁵. Демократиче-

№ 7. 2004. P. 1763–1818, 1799. В этой работе автор обращается к доктрине «наиболее экстремальных актов против воли большинства». Но см. также: *Murphy W.F.* An Ordering of Constitutional Values // *South California Law Review*. Vol. 53. 1980. No. 2. P. 703–760; *Barak A.* Op. cit. P. 336. Данные авторы отрицают такого рода возражение против доктрины как основанное на слишком узкой концепции конституционной демократии.

¹³ См., например: *Dixon R.* Op. cit. P. 98.

¹⁴ См.: *Jackson V.C.* The (Myth of Un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 13. 2015. No. 3. P. 575–605; *Dixon R.* Op. cit. P. 98–99.

¹⁵ См. по этой проблеме применительно ко всем видам судебного конституционного контроля: *Waldron J.* Law and Disagreement. Oxford : Oxford University Press, 1999; *Waldron J.* The Core of the Case Against Judicial Review // *Yale Law Journal*. Vol. 115. 2006. No. 6. P. 1346–1406, 1366. См. также: *Hübner Mendes C.* Judicial Review of Constitutional Amendments in the

¹² См., например: *Jacobsohn G.J.* The Permeability of Constitutional Borders // *Texas Law Review*. Vol. 82.

ские конституционные суждения имеют здесь большое значение: мнение большинства народа или законодательного органа может иметь более сильное притязание на уважение, чем мнение большинства в суде, в случае несогласия между ними. Соответственно, предоставление большинству граждан или парламентскому большинству полномочия преодолевать судебные решения, по крайней мере путем изменения конституции, является действием в пользу демократии. Это особенно верно для случаев, когда предлагаемое изменение имеет поддержку значительного большинства, а пределы, налагаемые на полномочие менять конституцию, являются скорее содержательными, нежели просто процедурными, по своему характеру¹⁶.

Когда такие пределы являются процедурными, законодатель всегда может попытаться вновь принять поправку. В некоторых случаях необходимо снова следовать процедуре, способная оказаться слишком обременительной для того, чтобы поправка была принята, но все же путь как таковой здесь сохраняется¹⁷. Напротив, если пределы полномочия по принятию поправок относятся к числу содержательных, а не процедурных, демократическому большинству будет гораздо труднее еще раз принять «провалившуюся» поправку. Чтобы сделать это, потребуются серьезные изменения содержания конкретной поправки, либо состава конституционного суда или его подходов, либо (возможно) замещение конституции в целом. Ни один из этих вариантов, в общем-то, не привлекателен. Первый вариант, по-видимому, способен привести к существенным искажениям выражаемого демократического конституционного мнения, второй — к значимому промедлению и, вероят-

но, сопутствующим издержкам для принципа верховенства права, а третий — к институциональной нестабильности¹⁸.

Таким образом, ключевой недостаток доктрины неконституционного с содержательной точки зрения изменения конституции заключается в том, что эта доктрина дает судам полномочие, практически не подлежащее проверке, определять значение широко сформулированных положений конституции, рамки которых в действительности открыты разумному несогласию. Она позволяет судьям, оказавшимся перед лицом такого несогласия, подменять — причем не один раз, а дважды — видение конституции, имеющееся у законодательного большинства и/или большинства граждан, своим собственным видением. Это означает передачу судьям своего рода *сверх-сильного* конституционного контроля, что идет совершенно вразрез с недавно наметившейся в конституционной теории и практике создания конституций тенденцией к *ослаблению* конституционного контроля с точки зрения его окончательности¹⁹.

2.2. Борьба со злоупотреблением конституционализмом как обоснование

Многие ученые из числа тех, кто защищает доктрину от обвинений в нелегитимности, утверждают, что она может быть полезна как способ сохранить так называемые хрупкие демократии от эрозии демократических институтов²⁰. Но, конечно, это не единственная задача доктрины. Как отмечает Гэри Якобсон, часто доктрина использовалась для защиты наиболее «выразительных» конституционных

¹⁸ См.: Dixon R. Op. cit. P.104.

¹⁹ См.: Gardbaum S. The New Commonwealth Model of Constitutionalism // American Journal of Comparative Law. Vol. 49. 2001. No. 4. P. 707–760. В работе представлены модели конституционного контроля, существующие в Соединенном Королевстве, Новой Зеландии и Канаде и допускающие демократическое преодоление некоторых принятых решений с целью примирения судебного контроля и демократии.

²⁰ См., например: Barak A. Op. cit. P.336 (как утверждает автор, применяя доктрину, «суд защищает демократию»); Issacharoff S. Constitutional Courts and Democratic Hedging // Georgetown Law Journal. Vol. 99. 2011. No. 4. P. 961–1012, 999–1001 (автор анализирует индийский опыт применения доктрины сквозь призму консолидирования и защиты демократии).

Brazilian Supreme Court // Florida Journal of International Law. Vol. 17. 2005. No. 3. P. 449–461, 459–461; O'Connell R. Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms // Journal of Civil Liberties. Vol. 4. 1999. P. 48–75, 50, 52.

¹⁶ См.: Jackson V.C. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Window into Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism // Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag / M. Bäuerle, P. Dann, A. Wallrabenstein (Hrsg.). Tübingen : Mohr Siebeck, 2013. S. 47–76, 62. Как утверждает автор, «процедурные формы контроля обосновать легче, чем содержательные».

¹⁷ Ibid. S. 61.

предписаний или различных аспектов конституционной идентичности нации²¹. Бывало, что она фокусировалась на прошлом и выступала в качестве средства защиты от возвращения к отринутому опыту, что само по себе необязательно является образцом авторитарности или иного нарушения демократического режима²². Как указывает Янив Рознай, по мере того как доктрина «мигрировала» из страны в страну, она обростала комплексом целей, для достижения которых применялась, и особенностей, проявившихся в ходе применения²³.

Далее, многие исследователи и суды для обоснования доктрины сосредотачивались на формальных или текстуальных взаимосвязях, обнаруженных в конституционных нормах и структурах. Эти ученые доказывают, например, что использование доктрины оправданно, если оно имеет явную опору в тексте, скажем, в виде «вечных» неизменяемых положений (*eternity clauses*)²⁴. Другие утверждают, что доктрина заслуживает поддержки

как способ защиты народного суверенитета, поскольку она ограничивает полномочие изменения конституции, находящееся в распоряжении политических институтов, оставляя возможной фундаментальную перемену, достигаемую замещением конституции народом, осуществляющим учредительную власть. Согласно этой теории, использование доктрины способствует продвижению демократии, так как фиксирует преобладание конечной власти «народа» над полномочиями ими избранных представителей²⁵.

Широко разделяемое интуитивное убеждение, в соответствии с которым нужно отстаивать доктрину, если она применяется для защиты демократии от разрушения, по-видимому, базируется на аналогичных посылаках. Если доктрина выдвигается только против мер, представляющих серьезную угрозу для демократии, конечная проблема противоречия воле большинства оказывается, по крайней мере, смягчена, причем по двум причинам: во-первых, такие поправки могут быть похожи больше на манипулирование демократической волей, нежели на подлинное ее осуществление, и, во-вторых, они способны уничтожить будущую возможность демократического принятия решений. В любом случае цель нашей работы состоит не в том, чтобы создать новое формальное обоснование доктрины, а в том, чтобы заостриться на позиции, в соответствии с которой угроза эрозии демократии является надлежащим случаем использования этого оружия. Мы задаемся вопросом о том, как должна быть применена доктрина, а не о том, *должна ли* она существовать.

Проблема таких изменений конституции, которые разрушают демократию, абсолютно реальна и получает все большее распростра-

²¹ См.: *Jacobsohn G.J.* The Permeability of Constitutional Borders. P. 1763.

²² Это объясняет, среди прочего, неприкосновенное положение, защищающее достоинство личности в германском Основном законе. См., например: *Kommers D.P., Miller R.A.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd ed. Durham : Duke University Press, 2012. P. 59; *Preuss U.* The Implications of "Eternity Clauses": The German Experience // *Israel Law Review*. Vol. 44. 2011. No. 3. P. 429–448, 445 (в данной работе проанализирована роль «вечных» положений в определении «самости» общественной организации и в сохранении «памяти и признательности учредительной власти»).

²³ См.: *Roznai Y.* Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea // *American Journal of Comparative Law*. Vol. 61. 2013. No. 3. P. 657–719.

²⁴ См., например: *Barak A.* Op. cit. P. 336. Автор различает «вечные» положения и ситуации, когда суды сами разработали доктрину в отсутствие текстуальных посылок для этого. Джексон также пишет о том, что доктрину проще защищать, если речь идет о переключении с одного (текстуально закрепленного) механизма на другой, предполагающий больше требований; она называет такой вид контроля «содержательно-процедурным». См.: *Jackson V.C.* The (Myth of Un) amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism. P. 60–62. О различении процедурных и содержательных требований см. также: *Samar V.J.* Can a Constitutional Amendment be Unconstitutional? // *Oklahoma City University Law Review*. Vol. 33. 2008. No. 3. P. 667–748, 678–687.

²⁵ См., например: *Colon-Rios J.* Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America // *Victoria University Wellington Law Review*. Vol. 44. 2013. No. 3–4. P. 521–534. По мнению автора, вариант доктрины, существующий в Латинской Америке, основан на сохраненном за учредительной властью народа полномочии производить определенные фундаментальные конституционные изменения. См. также: *Barak A.* Op. cit. P. 332–338 (здесь автор раскрывает мысль о том, что некоторые изменения находятся за рамками полномочий политических институтов и могут быть осуществлены только народом).

нение. На основе недавнего опыта мы получили примеры «злоупотребления конституционализмом» — случаи, когда потенциально авторитарные лидеры используют инструменты изменения конституции для подрыва демократического порядка²⁶. Эта практика была особенно воспринята в новых, или в «хрупких» демократиях, или в режимах, лишь недавно освободившихся от авторитаризма²⁷. Часто, вместо того чтобы продемонстрировать неуважение к существующим правилам или свергнуть гражданскую власть, склонные к авторитаризму правители предпочитают действовать в существующих правовых рамках, изменяя или замещая действующие конституции для перехода к заметно менее демократическому режиму. Подобные действия редко превращают государства в совершенно авторитарные или полностью возвращают их в авторитарное прошлое, но они в состоянии создать такой гибридный или соревновательный авторитарный режим, который сочетает в себе черты демократии и авторитаризма²⁸. Так, эти режимы могут сохранять институт выборов, но использовать некоторые механизмы, например контроль над такими институтами, как суды, избирательные комиссии, средства массовой информации, чтобы обеспечить преимущества для тех, кто уже находится у должностей, то есть уйти от честных выборов²⁹. Такой же подход к укомплектованию кадрами органов, призванных сдерживать должностных лиц, позволяет режимам снизить готовность к защите прав меньшинства³⁰. Как полагают современные политоло-

ги, различные степени соотношения демократичности или авторитарности режимов лучше всего могут быть представлены с помощью спектрального рисунка.

Таким образом, изменение конституции, сопряженное со злоупотреблением, может быть определено как изменение, направленное на то, чтобы режим стал заметно менее демократичным, нежели он был до этого. В сущности, речь идет об отступлении от демократии³¹. Изменение конституции часто играет центральную роль в построении гибридного или соревновательного авторитарного режима. Поправки к конституции могут позволить политическим лидерам усилить их власть или подорвать значение институтов, ранее призванных служить определенной сдержкой. В итоге в такой ситуации присутствует двоякая цель изменения конституции: затруднение смещения находящихся у власти лидера или партии и ослабление сдерживающих реализации ими этой власти. Определение точных контуров подобных мер, способных рассматриваться в качестве приносящих пользу или вред демократии, естественно, является предметом разногласий, поскольку и сама демократия представляет собой дискуссионный концепт³². Однако существуют некоторые свидетельства того, что во многих случаях различные аспекты демократии разрушаются одновременно: так, по мере того как стремящиеся к авторитарности лидеры ослабляют сдержки в рамках системы горизонтального разделения властей, чтобы усилить свое положение в этой системе, и делают выборы все менее честными, от них можно ожидать также, что они будут «подрезать крылья» институтам, в том числе судам, уполномоченным защищать права индивидов.

²⁶ См.: *Landau D. Abusive Constitutionalism*.

²⁷ См.: *Issacharoff S. Fragile Democracies // Harvard Law Review*. Vol. 120. 2007. No. 6. P. 1405–1467.

²⁸ См.: *Levitsky S., Way L. Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2010. В работе утверждается, что многие страны оказались между демократией и авторитаризмом, имея черты обоих этих режимов.

²⁹ См.: *Ibid.* P. 3. Данные авторы понимают под соревновательным авторитаризмом «гражданские режимы, в которых формальные демократические институты существуют и широко оцениваются как основные способы получения власти, но в которых должностные лица злоупотребляют своими позициями для получения существенного преимущества перед своими оппонентами».

³⁰ См.: *Ibid.* P. 5. Как отмечается в работе, в соревновательных авторитарных режимах «гражданские свобо-

ды номинально гарантированы и по крайней мере частично уважаются», но «часто нарушаются». Представители оппозиции, а равно независимых СМИ могут быть подвергнуты нападкам и арестованы. Органы, на которые возложена обязанность защиты гражданских свобод, такие как суды, часто комплетируются и контролируются правящим режимом.

³¹ См.: *Landau D. Abusive Constitutionalism*. P. 195.

³² О различных значениях понятия демократии см., например: *Posner R. A. Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge, MA : Harvard University Press, 2003. В частности, автор различает существенные и процедурные версии демократии.

2.3. Доктрина неконституционного изменения конституции как «решение» (или фактор сдерживания скорости)

Доктрина неконституционного изменения конституции имеет пользу как частичное решение обозначенных выше проблем. Она не является единственным возможным ответом: другой способ, которым улаживаются проблемы со злоупотреблением поправками к конституции, — это использование той или иной разновидности «разноразмерной» процедуры изменения³³. Система порогов нескольких уровней для изменения конституции стала частью правил в ряде стран: многие новые основные законы включают различные правила изменения различных своих частей³⁴. Особенностью этих схем являются повышенные требования к демонстрации воли народа для изменения некоторых элементов конституционного порядка и, следовательно, увеличенные издержки для опасных форм изменения конституции. Например, ограничения сроков президентских полномочий иногда получают специальную защиту именно по этим причинам³⁵.

Будет ли более подходящим решением проблемы злоупотреблений введение разных уровней защиты или доктрина неконституционного изменения конституции — это зависит от двух факторов. Один связан с распределением политической власти в момент принятия конституции. Чем больше концентрация политической власти, тем больше вероятность того, что стратегия разных уровней окажется уязвимой перед лицом возможностей доми-

нирующей партии или фракции. А чем более рассредоточена власть, тем менее вероятно преодоление увеличенного сверхбольшинства³⁶.

Второй фактор касается той степени, с которой специфические угрозы демократическому порядку могут быть предугаданы и заранее учтены разработчиками конституции. Часто разные уровни защиты конституционных положений появляются безотносительно проблемы злоупотребления конституционализмом, а вместо этого призваны выражать определенную идентичность³⁷. Защита отдельных норм — это не острое борьбы против реальных угроз демократии, а возвышение фундаментальных ценностей. Конституция ЮАР иллюстрирует именно указанное положение вещей: наиболее «укрепленная» ее часть имеет целью защиту таких ценностей, как принцип достоинства личности³⁸. Такого рода «оборона» вряд ли может эффективно предотвратить отступление от демократии, ассоциируемое со злоупотреблением конституционализмом: субъекты, пытающиеся создать гибридные режимы, действуют через подрыв особых институтов и усиление своей собственной власти, а не через оспаривание фундаментальных ценностей.

Таким образом, важным преимуществом доктрины неконституционного изменения конституции является то, что она дает судьям возможность реагировать на подобные проблемы *ex post* и в процедуре, позволяющей им внимательно оценить подлинную степень антидемократического характера такого изменения основного закона³⁹. Хотя далее в статье

³³ В качестве еще одного доступного механизма выступают меры, призванные препятствовать участию отдельных лидеров в таких процедурах. См., например, работу, в которой обсуждаются вопросы индивидуальной и коллективной амнистии в соотношении с сохранением ответственности в контексте перехода к демократии: Calleron-Alarson J. C. *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*. New York: Routledge, 2009.

³⁴ См. примеры конституций, пользующихся таким способом: Albert R. *Constitutional Handcuffs* // *Arizona State Law Journal*. Vol. 42. 2010. No. 3. P. 663–715, 709.

³⁵ См., например, статью 239 Конституции Гондураса 1982 года, которая требует отстранения от должности любого лица, предложившего изменить конституционные правила избрания Президента, и статью 374, устанавливающую невозможность внесения поправок в положение о сроке президентских полномочий.

³⁶ В рамках доминантной партийной системы (существующей, например, в ЮАР) может оказаться, что даже относительно высокие требования квалифицированного большинства не являются эффективным ограничением.

³⁷ См.: Albert R. *The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules* // *McGill Law Journal*. Vol. 59. 2013. No. 2. P. 225–281, 247.

³⁸ См. статью 74 Конституции ЮАР 1996 года, в соответствии с которой основные принципы Конституции, такие как «человеческое достоинство», «отсутствие расизма и дискриминации по половому признаку», особенно трудны для изменения, требующего согласия трех четвертей парламента, а не двух третей, как в других случаях.

³⁹ См.: Issacharoff S. *Constitutional Courts and Democratic Hedging*. P. 1002. Автор отмечает, что трудность определения *ex ante* того, что должно быть защище-

мы сосредоточимся на этой доктрине, мы тем не менее признаем, что она тесно связана с другими подходами к разработке конституции, такими как выстраивание разных уровней защиты ее положений, относительная привлекательность которых будет зависеть от специфических, определяемых контекстом факторов.

Отсюда следует, что угроза злоупотребления конституционализмом — это мощное потенциальное обоснование использования доктрины, но способность судов переоценивать или неверно понимать угрозу, стоящую за конкретной поправкой, представляет собой вызывающую беспокойство проблему легитимности этой доктрины. Иными словами, последняя играет определенную роль в защите «хрупких демократий», но и приносит с собой опасность чрезмерного ее использования. В следующем разделе мы проведем детальное изучение решений судов Колумбии и Индии для того, чтобы показать реальность этого конфликта.

3. Колумбия и Индия: анализ судебных решений в поисках перспектив доктрины и связанных с ней опасностей

В этом разделе мы подробно проанализируем судебные решения в двух названных государствах с целью показать, что, будучи использована корректно, рассматриваемая нами доктрина может быть эффективна против угрозы злоупотребления при изменении конституции, но что, однако, также присутствует и тенденция к чрезмерному обращению к ней. В Колумбии с помощью доктрины были предотвращены поправки к Конституции, которые могли бы позволить главе государства оставаться у власти неопределенно долго, что имело бы крайне проблематичные последствия для демократии. В Индии доктрина помогла прийти к пониманию антидемократических эффектов режима чрезвычайного положения. Хотя доктрина не относится к идеальным решениям, в некоторых условиях она может приносить успех, особенно если принять во внимание динамику развития гибридных или соревновательных авторитарных ре-

жимов. Другими словами, с учетом политики современного авторитаризма совсем не обязательно является верным утверждение о том, что «здравомыслящие люди, столкнувшись в какой-то момент с потребностью воспользоваться такой возможностью, усомнились бы в том, стоит ли продолжать это делать»⁴⁰.

Приведенные примеры вовсе не доказывают, что суд, действуя самостоятельно, всегда будет способен предотвратить злоупотребление конституционализмом. Во-первых, стремящиеся к авторитарному правлению лица могут полностью замещать конституции для достижения своих целей⁴¹. Во-вторых, политические акторы имеют возможность опереться на чрезвычайные полномочия, чтобы приостановить действие демократических конституционных ограничений. Следовательно, эффективное решение проблемы злоупотребления изменением конституции способно подтолкнуть потенциально авторитарных лидеров к использованию более серьезного инструмента для приостановления действия или замещения конституции. Больше того, вопрос о том, встретит ли конкретное судебное решение хотя бы частичные уступки, или вместо этого окажется проигнорированным, или вызовет негативную ответную реакцию против самого суда, требует сложного расчета, результаты которого зависят не только от силы суда, но и от природы и степени угрозы. Здесь мы говорим только о том, что доктрина является потенциально полезным средством повышения издержек антидемократических действий и может действовать в отношении последних как эффективный «лежачий полицейский», то есть ограничитель скорости.

Тем не менее опыт применения доктрины в Индии и Колумбии также подтверждает реальность опасности чрезмерного к ней обращения. В частности, в некоторых случаях в обеих странах, по-видимому, происходила

⁴⁰ *Jacobsohn G.* An Unconstitutional Constitution?: A Comparative Perspective // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 4. 2006. No. 3. P. 460–487, 487.

⁴¹ О том, как в Венгрии замещение последовало за поправками в рамках процесса, представляющего собой злоупотребление конституцией, см.: *Arato A.* Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, Now What? // *South African Journal on Human Rights*. Vol. 26. 2010. No. 1. P. 19–44, 43.

но, и есть обоснование доктрины неконституционного изменения конституции.

переоценка угрозы, приносимой конкретной поправкой демократическому порядку; либо суды стремились защитить отдельные линии собственной практики безотносительно того, насколько они были существенны для демократического конституционализма. То же самое происходило и в других странах, и некоторые примеры этого будут приведены в разделе 4. Вот почему существует настоятельная потребность ввести пределы применения доктрины, и к этой задаче мы еще вернемся.

3.1. Колумбия и неопределенное продление сроков полномочий

В Колумбии исторически сложилось так, что Конституция позволяла президентам оставаться в должности только один срок: для региона, много раз пережившего такую напасть, как нарушение всех сроков пребывания у власти лицами, именуемыми *caudillos*, это было важной сдержкой. В самой Колумбии военные диктатуры были редкими и короткими, и немногие их лидеры выходили за рамки установленного срока нахождения в должности⁴². Альваро Урибе, избранный Президентом в 2002 году, поставил под угрозу эту систему. Урибе, который победил как человек, покинувший традиционную систему политических партий, оказался необыкновенно популярным главой государства, в том числе в результате некоторых достижений, вызвавших много шума, в борьбе против групп герильерос⁴³. После того как прошла большая часть первого срока его полномочий, при сохранении очень высокого рейтинга поддержки, Урибе выдвинул идею о возможности для главы государства пребывать в должности в течение двух следующих друг за другом сроков, и соответствующая конституционная поправка была принята⁴⁴. Эта поправка была оспорена и по процедурным основаниям, и

как неконституционное «замещение Конституции», но Конституционный суд ее тем не менее поддержал⁴⁵. Позже, когда истекал и второй срок полномочий, сторонники сохранявшего популярность Президента Урибе провели через Конгресс новое положение, разрешавшее главам государств оставаться в должности три срока подряд. Это положение было заблокировано Судом как неконституционное изменение Конституции⁴⁶.

Выход за рамки одного срока полномочий был оспорен перед Конституционным судом Колумбии в первом деле о перевыборах в 2005 году. Еще и прежде Суд указывал, что некоторые изменения Конституции являются настолько широкими, что представляют собой замещение конституционного текста, а не поправку к нему, но он никогда до этого не использовал доктрину для того, чтобы воспрепятствовать конституционным изменениям⁴⁷. И в этом деле Суд поддержал поправку, но предупредил, что это касается только допустимости второго следующего за первым срока президентских полномочий.

В своей аргументации того, почему рассматриваемая поправка не является замещением Конституции, Суд отметил, что дозволение двух сроков дает на институциональную конфигурацию определенную нагрузку, но необязательно сокрушает ее. В соответствии с Конституцией 1991 года избираемые демократические институты, такие как Президент и Конгресс, сдерживаются рядом мощных судебных и несудебных органов. Как подчеркнул Суд, поскольку при формировании этих органов обычно используются сложные процедуры, минимизирующие способность любой политической фигуры и любого политического учреждения контролировать их, возможность Президента находиться в должности два срока подряд необязательно даст ему возможность влиять на состав органов, вы-

⁴² См.: *Bushnell D.* The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself. Berkeley : University of California Press, 1993. P.284–285.

⁴³ См.: *Weyland K.* Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity? // *Third World Quarterly*. Vol. 24. 2003. No. 6. P. 1095–1115, 1111.

⁴⁴ Колумбийская Конституция 1991 года не вводит разных уровней своей защиты: любое ее положение может быть изменено в результате голосования в ходе двух последовательных сессий Конгресса; при первом голосовании достаточно простого большинства, при

втором необходимо абсолютное большинство (ст. 375). Учитывая популярность Президента Урибе и слабость колумбийской партийной системы, ему не было особенно сложно получить требуемые голоса для изменения Конституции и продления срока своих полномочий.

⁴⁵ См.: Решение C-1040/2005.

⁴⁶ См.: Решение C-141/2009.

⁴⁷ См., например: Решение C-551/2003, § VI.30-VI.37 (обсуждение доктрины в связи с делом о проведении референдума).

ступающих по отношению к нему в качестве противовеса. Например, три разных органа — Верховный суд, Государственный совет и Президент — контролируют перечень из кандидатов для назначения одной трети состава Конституционного суда каждый, и Сенат отбирает судей из числа этих кандидатов на восьмилетний невозобновляемый срок (ст. 239 Конституции). Суд нашел, что согласие на дополнительный срок для Президента позволит последнему иметь «больше влияния» на состав некоторых институтов, но счел, что такая ситуация остается в рамках «баланса», устанавливаемого органами, ответственными за реформирование Конституции (§ 7.10.4.1(ii) решения C-1040/2005). Возможность того, что Президент «мог бы злоупотребить полномочиями», сама по себе не рассматривалась как достаточная для того, чтобы аннулировать поправку (§ 7.10.4.1(i)).

Однако несколько лет спустя Суд снова столкнулся с теми же вопросами в рамках второго дела о перевыборах, рассматриваемого по результатам выражения Конгрессом согласия на проведение референдума, на который должен был быть вынесен вопрос о дозволении Президенту Урибе сохранить должность на третий срок подряд. На этот раз большинство судей отклонили предложение о референдуме в связи с нарушением конституционных процедур при его назначении, а также по причине того, что запланированное изменение представляло собой замещение Конституции. Суд подчеркнул, что в свое время Конституционная Ассамблея выражала большую тревогу по поводу чрезмерной власти главы государства и особенно — власти, реализуемой им во время режимов осадного положения, часто вводимых в предшествующие принятию действующей Конституции десятилетия⁴⁸. Кроме того, Суд детально рассмотрел вопрос о том, как Президент, сохраняющий должность на протяжении 12 лет без перерыва, мог бы усилить свое положение по отношению к другим государственным институтам, включая те из них, которые должны слу-

жить сдержкой для него. Это происходило бы не только потому, что глава государства мог бы осуществлять свою часть полномочий по формированию других органов, имеющих более длительные сроки функционирования или сроки, не совпадающие с периодами нахождения его самого у рычагов управления, но также потому, что за такое время он получил бы влияние на многие другие институты, выполняющие функцию назначения (§ 6.3.6.1.1 решения C-141/2010). Далее, Президент, располагающий тремя сроками, мог бы занять доминирующее положение в информационном пространстве и тогда был бы способен использовать систему клиентелизма для аккумуляции еще большей власти⁴⁹. Суд пришел к выводу, что подобная реформа привела бы к «коллапсу принципа разделения властей» (§ 6.3.7).

Урибе и другие политики подчинились этому решению, выразив относительно немного неудовольствия. Причины этого, однако, сложны и в значительной степени определяются особенностями колумбийской политической системы. Во-первых, колумбийский Конституционный суд является достаточно мощным и уважаемым институтом⁵⁰. Во-вторых, политические партии в Колумбии в последние годы остаются слабыми и неинституционализированными; Урибе победил, выйдя за рамки партийной системы, и никогда не отстраивал собственной прочной партийной силы⁵¹. Многие из тех конгрессменов, кто поддерживал главу государства, ориентируясь на его популярность, покинули его, как только судебное решение было вынесено и стало ясно, что срок его президентства скоро подойдет к концу. Преемник Президента Хуан Сантос, бывший в числе его сторонников и

⁴⁹ По замечанию Суда, Президент, находящийся в должности 12 лет, на практике мог бы оказывать воздействие и на устройство Конгресса.

⁵⁰ См., например: *Landau D. Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law // Harvard International Law Journal. Vol. 51. 2010. No. 2. P. 319–377, 321.*

⁵¹ Об эволюции партийной системы в Колумбии и ее деинституционализации см.: *Pizarro Leongomez E. Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia // The Crisis of Democratic Representation in the Andes / ed. by S. Mainwaring, A. M. Bejarano, E. Pizarro Leongomez. Stanford, CA : Stanford University Press, 2006. P. 78–99.*

⁴⁸ Суд отметил также, что исторически президенты Колумбии были ограничены только одним сроком пребывания у власти и что попытка Рафаэля Рейеса изменить эту ситуацию в начале XX века путем изменения Конституции привела к его отставке (§ 6.3.5.1.3 решения C 141/2010).

занимавший при нем пост министра национальной обороны, после своего избрания очень быстро отошел от политики, проводимой Урибе, так что теперь Урибе является лидером оппозиции⁵². Таким образом, решение Суда позволило выиграть время и задержать антидемократические меры. В контексте существования в Колумбии слабых, ориентированных на конкретных лидеров партий этот выигрыш оказался решающим.

3.2. Индия и режим чрезвычайного положения

В Индии доктрина неконституционного изменения конституции имела более сложную историю. Она появилась здесь не как реакция на злоупотребление конституционализмом или соскальзывание к авторитаризму; возникла, она, скорее, из противостояния между индийским парламентом и Верховным судом по поводу аграрной реформы, национализации и права частной собственности⁵³. В деле *Голакнатх против штата Пенджаб*⁵⁴, в котором для Индии впервые была озвучена доктрина неконституционного изменения конституции, было рассмотрено полномочие парламента выводить отдельные элементы законодательства об аграрной реформе из-под судебного контроля. А дело *Кесавананда Бхарати против штата Керала*⁵⁵ 1973 года, в котором Суд переформулировал доктрину, чтобы сосредоточиться на «основной структуре» индийской Конституции, было связано со спором о действиях законов штата об аграрной реформе и попытками индийского парламента защитить эти законы от любой судебной проверки с помощью поправки к Конституции⁵⁶.

Однако решение по делу *Кесавананда* одновременно отражало и опасения относи-

тельно потенциала злоупотребления конституционализмом — или увеличения власти премьер-министра Индиры Ганди⁵⁷. После затяжного конфликта между социалистами и консерваторами в 1969 году от Индийского национального конгресса (ИНК), руководимого ею, откололась часть его прежних сторонников, оставив Ганди во главе куда более сплоченной партии⁵⁸. ИНК одержал уверенную победу на выборах в национальный парламент в 1971 году, и это дало ему возможность принять ряд поправок к Конституции, нацеленных на преодоление решения по делу *Голакнатх* и выведение аграрной реформы и политики национализации из-под судебного контроля⁵⁹. Вскоре после этого в ответ на противостояние с Пакистаном на территории Пенджаба Ганди провозгласила введение режима чрезвычайного положения⁶⁰. Поэтому некоторыми учеными решение по делу *Кесавананда* рассматривается и как форма приспособления к Ганди и ее крупной победе на парламентских выборах в 1971 году, и как предупреждение, сделанное для нее же, о пределах ее возможности править в отсутствие судебного контроля.

В краткосрочной перспективе это решение представляло собой слишком неэффективную попытку умерить или удержать Ганди в ее злоупотреблениях конституционно допускаемыми действиями⁶¹. Немедленный ответ Ганди заключался в том, чтобы обойти вниманием основанную на принципе старшинства

⁵² См., например: *Santos v. Uribe* // *Economist*. 2012. 7 April. URL: <http://www.economist.com/node/21552204> (дата обращения: 30.03.2016).

⁵³ См., например: *Bhandari M.K.* Basic Structure of the Indian Constitution. New Delhi : Deep & Deep, 1993. P.159.

⁵⁴ I.C. *Golaknath v. State of Punjab*, A.I.R. 1967 S.C. 1643.

⁵⁵ *Kesavananda Bharathi v. State of Kerala*, A.I.R. 1973 S.C. 1461.

⁵⁶ См.: *Neuborne B.* The Supreme Court of India // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1. 2003. No. 3. P. 476–510, 490.

⁵⁷ Со временем доктрина эволюционировала в сторону более явного фокуса на защите демократии и принципа верховенства права в целом. См., например: *Meh-ta P.B.* The Inner Conflict of Constitutionalism: Judicial Review and the “Basic Structure” // *India’s Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies* / ed. by Z. Hasan, E. Sridharan, R. Sudarshan. Delhi : Permanent Black, 2002. P. 179–206. В работе подчеркнуты продemократический характер доктрины, а равно и то обстоятельство, что иногда она применяется не в соответствии со своим предназначением.

⁵⁸ См.: *Ray A.* From a Constitutional to an Authoritarian System of Government: Interactions between Politics and the Constitution in India // *Journal of Commonwealth and Comparative Politics*. Vol. 25. 1987. No. 3. P. 275–291, 285–287.

⁵⁹ См.: *Neuborne B.* Op. cit. P. 490.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ См.: *Austin G.* Working a Democratic Constitution: A History of the Indian Experience. New Delhi ; New York : Oxford University Press, 1999. P. 276–277.

процедуру назначения председателя Суда⁶². Как отмечают некоторые исследователи, это оказало самое непосредственное влияние на готовность Суда непреклонно отстаивать сохранение судебного контроля в последующих делах⁶³. В 1975 году Ганди снова приняла меры для усиления своего положения, прибегнув к режиму чрезвычайного положения. Во время действия этого режима Верховный суд не выразил стремления применить доктрину неконституционного изменения конституции ни для защиты основного права *habeas corpus*, ни для ограничения возможностей Ганди оставаться у власти⁶⁴.

Тем не менее в долгосрочной перспективе доктрина была полезна тем, что смогла ограничить временные рамки для злоупотребления конституционализмом в Индии, поскольку воспрепятствовала манипулированию Ганди избирательным законодательством, к чему часто прибегают стремящиеся к авторитарному правлению лица, для того чтобы сохранить свою должность. В 1975 году Высокий суд одного из штатов признал Ганди виновной в различных нарушениях избирательного права, совершенных в ходе предшествующих выборов, и она оказалась под давлением требований покинуть парламент⁶⁵. В ответ Ганди приняла ряд мер для защиты своей позиции; в том числе, как указано выше, использовала режим чрезвычайного положения и инициировала поправки к законам о выборах, для того чтобы задним числом исключить из них соответствующие положения. Меры включали также принятие 39-й поправки к Конституции, направленной на признание избрания

Ганди действительным. Идея поправки заключалась в том, чтобы сделать предшествующие избирательные нормы неприменимыми к премьер-министру и разместить новые в Приложении IX к Конституции (выведенном из-под судебного контроля)⁶⁶. В деле о выборах 1975 года Верховный суд позволил Ганди остаться в должности, оставив в стороне изначальное признание ее вины, сделанное на основе ранее действовавшего избирательного кодекса⁶⁷.

Тем не менее в этом же решении Суд одновременно вынес важнейшее предупреждение, адресованное Ганди, относительно пределов ее *будущего* иммунитета на случай злоупотребления избирательным правом. Основа для решения Суда была очень узкой: оно определялось выводом о том, что Ганди и ее сподвижники с технической точки зрения не нарушили установленных ограничений на расходование средств в ходе избирательной кампании. Но в более широком контексте Суд явным образом отказался поддерживать действие 39-й поправки как способа прикрытия Ганди от правовых последствий любых злоупотреблений избирательным правом. В дополнение к возражениям более частного характера трое из пяти судей Верховного суда сочли 39-ю поправку нарушением основной структуры Конституции и, соответственно, неконституционной поправкой к Конституции⁶⁸. Таким образом, когда Ганди принимала решение об окончании действия режима чрезвычайного положения в 1977 году и о проведении новых выборов (считается, что это было сделано ею для упрочения своего

⁶² См.: *Neuborne B.* Op. cit. P.481–483; *Rao Ch. Mrs Indira Gandhi and India's Constitutional Structures: An Era of Erosion* // *Journal of Asian and African Studies*. Vol. 22. 1987. No. 3–4. P.156–175, 173.

⁶³ См.: *Rao Ch.* Op. cit. P.167.

⁶⁴ См.: A.D.M. *Jadapur v. Shiv Kant Shukla*, A.I.R 1976 S.C. 1207 (*habeas corpus*); *Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain*, A.I.R. 1976 S.C. 1207 (выборы); *Austin G.* Op. cit. P.323–343; *Neuborne B.* Op. cit. P.494; *Kalhan A.* *Constitution and "Extraconstitution"*: *Colonial Emergency Regimes in India and Pakistan* // *Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality* / ed. by V.V.Ramraj, A.K.Thiruvengadam. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2010. P.89–120, 113–116.

⁶⁵ См.: *Neuborne B.* Op. cit. P.492; *Rao Ch.* Op. cit. P.168–169.

⁶⁶ См., например: *Dasgupta J.* *A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development in Politics in Asia* // *Asian Survey*. Vol. 18. 1978. No. 4. P.315–349, 322–323.

⁶⁷ *Smt. Indira Gandhi v. Raj Narain*, A.I.R. 1976 S.C. 1207.

⁶⁸ Продуктивное обсуждение см.: *Aikman C.C.* *The Debate on the Amendment of the Indian Constitution* // *Victoria University of Wellington Law Review*. Vol. 9. 1978. P.357, 375–377; *Gandhi P.* *Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & the Coelho Case)* // *Indian Journal of Constitutional Law*. Vol. 4. 2010. P.47–70; *Neuborne B.* Op. cit. P.493; *Nanda V.P.* *The Constitutional Framework and the Current Political Crisis in India* // *Hastings Constitutional Law Quarterly*. Vol. 2. 1975. No. 3. P.859–872, 871–872.

положения⁶⁹), она уже имела предупреждение от Верховного суда относительно последствий любой очевидной попытки манипулировать избирательным процессом.

Доктрина основной структуры Конституции, подтвержденная и примененная в деле о выборах, означала, что никакой будущий парламент не сможет эффективно защитить Ганди от правовых последствий осуждения за нарушение избирательного права, даже путем принятия поправки к Конституции. В средствах массовой информации того периода также широко распространялись сведения о внимании, с которым Ганди следила за тем, чтобы избежать уголовного преследования и осуждения за действия, совершаемые ею, пока она находится в должности⁷⁰. Можно сказать, что в итоге выборы 1977 года прошли в обстановке примечательной свободы и честности; они привели к поражению Ганди и завершению двухлетнего периода ее авторитарного правления⁷¹.

Большое значение для демократии имел сам факт формирования правительства партией Джаната, победившей на выборах, поскольку с момента объявления независимости Индии это был первый случай, когда пост премьер-министра получил представитель не Индийского национального конгресса⁷². В первый же год своего пребывания у власти Джаната инициировала восстановление демократического конституционного правления, ликвидировав ключевые положения 42-й поправки к Конституции, нацеленной в свое время на концентрирование власти в руках премьер-министра в ущерб общегосударственному парламенту и органам власти штатов⁷³. В решении, принятом в 1980 году⁷⁴,

Верховный суд объявил большую часть сохранившихся положений 42-й поправки неконституционными, применив доктрину основной структуры Конституции⁷⁵. Хотя Ганди еще вернулась в парламент и на пост премьер-министра в 1980 году, она уже не возлагала больших надежд на антидемократическую тактику⁷⁶.

3.3. Опасность доктрины по следам применения в Индии и Колумбии

Хотя приведенные выше дела демонстрируют потенциальную пользу доктрины как способа реагировать на угрозу злоупотребления конституционализмом, многие другие случаи могли бы служить иллюстрацией риска ее применения к ситуациям обычной реализации полномочия по внесению изменений в конституцию. Применение доктрины колумбийским Конституционным судом в делах, не связанных с переизборами Президента, как раз обнаруживает этот риск. В знаменитом деле 1994 года Суд признал неконституционным закон, введший уголовную ответственность за простое владение наркотическими веществами, сославшись в своем решении на два конституционных принципа: право на «свободное развитие личности»⁷⁷ и «либеральный и демократический» характер колумбийского государства (§ 6.2.2–6.2.4 решения C-221/1994). Толкование Судом обоих этих принципов явно могло столкнуться с разумными возражениями, и в действительности это решение вызвало сопротивление со стороны политических ветвей, так что с самого 1994 года администрация Президента искала способ использовать Конституцию так, чтобы преодолеть мнение Суда в этом вопросе. Здесь может быть указано, в частности, на то, что ни один человек, зависимый от нарко-

⁶⁹ См., например: *Austin G.* Op. cit. P.394–395; *Rao Ch.* Op. cit. P.173.

⁷⁰ См.: *Indira Symbolizing Evil in Politics: EMS // The Times of India.* 1978. 15 October; *Indira Trying Backdoor Entry, Says Veerendra // The Times of India.* 1978. 26 October; *Dismissal of Morarji Warning to Others // The Times of India.* 1970. 14 January; *Ordinance to Amend Act Likely // The Times of India.* 1970. 11 February.

⁷¹ См.: *Kalhan A.* Op. cit. P.116; *Neuborne B.* Op. cit. P.494; *Ray A.* Op. cit. P.289.

⁷² См.: *Austin G.* Op. cit. P.393–395.

⁷³ См.: *Neuborne B.* Op. cit. P.494; *Rao Ch.* Op. cit. P.168.

⁷⁴ См.: *Minerva Mills v. Union of India,* (1980) 4 S.C.C. 222.

⁷⁵ См.: *Katz E.* Op. cit. P.272; *Neuborne B.* Op. cit. P.494; *Rao Ch.* Op. cit. P.168.

⁷⁶ Это верно, по крайней мере, в отношении выбора политики на общегосударственном уровне. О том, как Ганди использовала режимы чрезвычайного положения и президентского правления в отдельных штатах во время своего второго пребывания на посту премьер-министра, см.: *Ray A.* Op. cit. P.289.

⁷⁷ См.: статья 16 Конституции («Все индивиды имеют право на свободное развитие личности в отсутствие других пределов, кроме тех, которые налагаются правами других и правовым порядком»).

тиков, не может развивать свою личность без медицинского вмешательства и детоксикации. Аналогичным образом можно сказать, что демократические принципы скорее поддерживают криминализацию употребления наркотиков, нежели препятствуют ей, поскольку граждане, находящиеся под воздействием таких веществ, не способны адекватно воспринимать информацию о политическом процессе и на основе этой информации значимым образом участвовать в нем.

Подобные соображения, по крайней мере отчасти, предопределяли логику вынесения на референдум в 2003 году вопроса, отражающего стремление «обеспечить и защитить *эффективное* развитие личности» как основу для конституционной поправки, допускающей криминализацию владения наркотиками. Суд снял этот вопрос со ссылкой на процедурные нарушения (§ VI.304–VI.307 решения C-551/2003), побудив тем самым Конгресс предпринять еще несколько попыток изменить Конституцию. В 2009 году парламент принял новую поправку, направленную на запрет владения наркотиками, но на этот раз предусматривающую скорее обращение к административным мерам «в педагогических, профилактических и терапевтических целях», чем использование уголовного наказания, и требующую «информированного согласия зависимого лица» на применение таких мер. Эта поправка была оспорена, как имеющая целью замещение Конституции. Суд отказал в рассмотрении дела по техническим причинам (§ VI.6.11–VI.6.15 решения C-574/2011), но по его позиции можно предположить, что решение было бы другим, если бы государство вновь попыталось бы криминализировать простое владение наркотиками⁷⁸.

Далее, в серии дел, связанных с системой государственной гражданской службы, Суд пререкался с политическими ветвями власти относительно того, должны ли функционеры, временно назначенные на определенные посты, сдавать квалификационные экзамены, предусмотренные для гражданских служащих Конституцией 1991 года. Посредством принятия ряда законов Конгресс пытался вывести

временное замещение должностей из-под условий конкурса. Основываясь на конституционном положении о том, что все государственные служащие должны сдавать квалификационные экзамены (ст. 125), Суд пресек эти попытки, указав, что должностные лица исполнительной власти должны подчиняться порядку, установленному для гражданской службы⁷⁹. В 2008 году Конгресс ответил на это, приняв поправку к Конституции, направленную на создание временного положения, позволяющего утверждать лиц в должности гражданской службы на три года без прохождения конкурса. Суд признал эту поправку замещением Конституции, определив, что она противоречит ключевым принципам «равенства» и «компетентности» должностных лиц исполнительной власти, являющимся фундаментальными для конституционного порядка⁸⁰. Тем не менее конфигурация требований, определяющих компетентность и особенно их применение к должностным лицам, в действительности поднимает вопросы сложного балансирования ценностей, которое должно оставаться в рамках демократического обсуждения.

Похожую ситуацию можно наблюдать в Индии в связи с многочисленными решениями Суда относительно права собственности и попытками Народной палаты преодолеть их посредством конституционных поправок. В первоначальной редакции пункт 2 статьи 31 индийской Конституции предусматривал, что принудительное отчуждение имущества должно осуществляться «в публичных целях в соответствии с законом» и что «размеры» или «принципы возмещения» устанавливаются Народной палатой. Такая открытая формулировка была использована разработчиками Конституции, по-видимому, намеренно, для того чтобы сохранить за парламентом возможность гибко определять соответствующие стандарты компенсации как часть любой программы аграрной реформы. Тем не менее в ряде ранних дел и Верховный суд, и нижестоящие суды прочли слово «возмещение» как подразумевающее строго рыночно обоснованную компенсацию⁸¹. Это было сделано

⁷⁸ Как указал Суд, он столкнулся с «препятствием» к рассмотрению дела, потому что заявитель представил «частичное, неполное и несвязное» прочтение оспариваемых положений.

⁷⁹ См.: Решения C-037/1996 и C-901/2008.

⁸⁰ См.: Решение C-588/2009.

⁸¹ См., например: *State of West Bengal v. Bela Banerjee*, A.I.R. 1954 S.C. 170.

без учета как истории разработки самой статьи 31 в Индии, так и сведений из других стран, подтверждающих существование других способов толкования конституционного требования возмещения за принудительное отчуждение имущества. В ответ Народная палата приняла 1-ю поправку к Конституции, установившую, что «ни один закон, предусматривающий приобретение Государством какого-либо имущества или каких-либо прав на него или аннулирование или изменение таких прав, не считается недействительным на том основании, что он несовместим с каким-либо из прав, предоставляемых положениями данной части [части III Конституции], либо аннулирует или ограничивает такое право» (статья 31A), и что «без ущерба» для этого положения ни один акт, указанный в Приложении девятом к Конституции, «не считается недействительным» на том основании, что он несовместим с какими-либо правами, закрепленными этой же частью (статья 31B). Кроме того, 1-й поправкой к Приложению девятому было добавлено 13 статутах, включая те, которые регулировали аграрную реформу.

Однако Верховный суд Индии сохранил за собой последнее слово, высказавшись по поводу этих изменений. Сначала он представил очень узкое толкование статей 31A и 31B, а затем счел указанную поправку неконституционной, поскольку она не соответствовала прежним элементам Конституции⁸². В деле *Голакнатх против штата Пенджаб* Суд подтвердил, что все конституционные поправки являются законами в значении пункта 1 статьи 13 Конституции и, следовательно, скорее подчинены другим положениям части III Конституции, в том числе основным правам, нежели превосходят их. Основываясь на этих соображениях, Суд объявил недействительными статьи 31A и 31B в целом. Попытки Народной палаты противопоставить мнению Суда иное, вполне рациональное видение права собственности практически шли под откос в течение шести лет, до тех пор пока Верховный суд не сузил свое определение пределов конституционных изменений в деле *Кесавананда*.

Приведенные примеры показывают, что доктрина часто используется в ситуации, ко-

гда по поводу значения конституционных норм может возникать разумная дискуссия. В частности, суды способны обозначить ключевые линии собственной практики (по таким вопросам, как автономия личности, собственность или компетентность) в качестве центральных составляющих существующего конституционного порядка, даже если в действительности *правильность* самой практики может быть оспорена на разумных основаниях. Речь может идти о рациональной защите сферы своего влияния или об искренней переоценке судьями значения определенных ценностей для процесса принятия их решений. В любом случае следует предпринять некоторые усилия для ограничения или сдерживания доктрины, если она должна способствовать приверженности демократическому конституционализму, а не подрывать его. В следующем разделе мы рассмотрим некоторые решения этой задачи.

4. Обращение к транснациональному опыту и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции

Ничего нельзя сделать с тем обстоятельством, что вовлечение в процесс принятия решений доктрины неконституционного изменения конституции требует серьезных усилий со стороны высших судов. Безотносительно этого факта, мы утверждаем, что суды и ученые должны исследовать ограничивающие принципы, позволяющие сохранять пользу доктрины, защищая ее от критики и не допуская того, чтобы она становилась нарушением нормальных демократических процедур по изменению конституции. В этом разделе мы представим три возможных решения проблемы. Конечно, теоретически суды могут обращаться ко всем трем в разное время или по разным категориям дел, но мы предлагаем каждое из них как отдельное решение, способное самостоятельно служить основой для более последовательного применения доктрины.

Наиболее очевидной отправной точкой для исследования путей ограничения доктрины является предложение «сузить» ее, с тем чтобы применять ее только при защите многочисленных ключевых институтов или принципов. Но, как легко заметить, в этом

⁸² См.: *Neuborne B. Op. cit.* P.489.

случае доктрину можно обойти с помощью разных хитроумных стратегий или поэтапных антидемократических действий. Отдавая себе в этом отчет, судьи, вероятно, могли бы воспринять стандарт, позволяющий объявлять недействительным любое изменение, которое потенциально способно нарушить демократический порядок. Но в таком понимании доктрина окажется, скорее, слишком широкой и противодействующей вполне безобидным поправкам. В действительности речь идет о классическом конфликте между конституционными нормами и стандартами: конституционные нормы, как правило, в состоянии ограничить судебское усмотрение, но оказываются недостаточными или избыточными с сущностной точки зрения; в то же время конституционные стандарты оставляют судьям гораздо больше свободы усмотрения, но так, что это вызывает тревогу относительно сохранности принципов демократии или верховенства права⁸³.

Однако мы полагаем, что между этими двумя полюсами есть и третья возможность: суды должны вмешиваться только тогда, когда они уверены, что поправки (или серия поправок) представляют собой сущностную угрозу ряду ценностей, прочно ассоциируемых с демократическим порядком. Идентификация этих угроз с необходимостью привязана к контексту: суды должны понимать ситуацию в своей стране и отдавать себе отчет в том, какие угрозы в этой ситуации несут с собой те или иные поправки или политические изменения. Но мы полагаем, что рассмотрение транснационального опыта все же может быть полезно в качестве сдерживающего момента против чрезмерного использования доктрины. На наш взгляд, судам следует сверяться с транснациональным конституционным правом и для того, чтобы определять, какие ценности являются достаточно важными и нуждающимися в защите, и для того, чтобы выяснять, действительно ли конкретные поправки, если будут-таки приняты, окажутся сопряженными с серьезной угрозой этим ценностям.

4.1. Сужение подхода: проблемы уклонения и эффектов взаимодополнения

Отправной точкой в поисках ограниченной доктрины неконституционного изменения конституции является ее сужение. В этом случае ограничение может быть достигнуто двумя разными способами. Во-первых, и суд, и разработчики конституции могут попытаться определить и защитить небольшой набор конкретных институциональных положений. Например, неизменными могут быть объявлены нормы об отправлении правосудия, или о назначении судей, или о пределах сроков полномочий президента. На этапе создания конституции на самом деле используются и разноуровневые процедуры изменения ее текста, и абсолютно неизменные «вечные» положения (*eternity clauses*). Например, в Конституции Гондураса к числу «вечных» отнесены ключевые нормы, составляющие институт президентства, в том числе устанавливающие длительность срока его полномочий, невозможность переизбрания и запрет лицам, занимающим определенные высокие должности, впоследствии занимать пост президента⁸⁴. Эти положения призваны предотвращать сосредоточение власти в руках конкретного индивида, способного претендовать на то, чтобы оставаться главой государства. Сходные положения судьи могут относить к числу защищаемых в рамках доктрины неконституционного изменения конституции.

Во-вторых, ограничение, чаще встречающееся на практике, заключается в том, чтобы защищать от разрушения узкий круг конституционных принципов, имеющих основополагающее значение для демократии. Многие конституции, подобно Основному закону ФРГ, закрепляют всего несколько положений, не подлежащих изменению⁸⁵. Конституция Бразилии представляет собой пример та-

⁸³ См., например: *Sullivan K. The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards // Harvard Law Review. Vol. 106. 1993. No. 1. P. 22–123.*

⁸⁴ См.: статья 374 Конституции Гондураса («Предыдущая статья [определяющая процедуру внесения поправок], данная статья и конституционные статьи, регулирующие форму правления, национальную территорию, срок полномочий Президента Республики, запрет на повторное занятие должности Президента Республики лицом, которое уже осуществляло его полномочия... ни в коем случае не могут быть предметом изменения»).

⁸⁵ См.: абзац 3 статьи 79 Основного закона ФРГ, закрепляющий в качестве неизменяемых определенные фундаментальные ценности.

кого подхода к демократии: она запрещает поправки, «нацеленные на упразднение» «федеративной формы государства», «прямого, всеобщего, тайного и периодически проводимого голосования», «разделения властей», «личных прав и гарантий»⁸⁶. Аналогичный перечень может быть создан судом в контексте действия доктрины неконституционного изменения конституции, что восполнит отсутствие его в конституционном тексте. Например, как утверждает К. Берналь, доктрина может обосновать неизменность только небольшого количества принципов, являющихся либо существенными для демократического конституционализма (права человека, разделение властей, верховенство права), либо ключевыми с точки зрения конкретного нормативного конституционного проекта (демократия участия в случае Колумбии)⁸⁷. Другими словами, суд, воспринявший узкий подход к доктрине, может устранять только те поправки, которые уничтожают немногие ключевые институты или ценности.

К числу преимуществ такого подхода относится то, что он применим для широкой сферы изменения конституции и при этом обеспечивает опору на доктрину неконституционного изменения конституции только в экстраординарных случаях. Однако такой подход имеет и тот недостаток, что, как и в случае с равноуровневой защитой, вводимой разработчиками конституции *ex ante*, на практике могут возникнуть различные непредусмотренные ситуации, которые способны привести к злоупотреблению конституцией. Лица, имеющие антиконституционную ориентацию или испытывающие подобные настроения, в состоянии предпринять какие-то шаги, бьющие в одну точку, или совершить действия, которые дадут эффект злоупотребления только в результате интерференции с иными, параллельно проводимыми изменениями правовой системы.

Конституционные изменения, которые сами по себе не представляют сколько-нибудь значимой угрозы для демократии, могут стать куда более опасными в комбинации

или в результате «сложения»⁸⁸. В 2011 году в Венгрии партия Фидес отстаивала различные проводимые ею антидемократические изменения со ссылкой на то, что каждая из появляющихся в результате норм по отдельности может быть встречена в конституциях государств, отвечающих высоким стандартам демократии, и относится к обычным составным частям демократических режимов. Другими словами, партия Фидес ввела ряд элементов, таких как: ограниченная юрисдикция Конституционного суда по ряду вопросов, централизованная система судебных назначений, а равно назначений на иные должности в органы, которые, предположительно, должны быть независимыми, — каждый из которых, взятый самостоятельно, представлял бы лишь небольшую проблему для нормального функционирования демократического порядка. Многие политологи постулируют, что для сохранения легитимности демократии должна предусматривать некоторые формы независимого контроля за действиями государства⁸⁹. Но очень мало кто говорит о том, что этот контроль должен приобретать конкретную форму⁹⁰. Соответственно, суду в рамках узкого подхода будет очень сложно определить, нарушает ли то или иное изменение какой-либо из принципов, отнесенных к числу фундаментальных демократических ценностей.

В сумме, однако, такие изменения могут иметь серьезный антидемократический эффект. Как указывает К. Л. Шеппели, венгерские изменения в совокупности привели к появлению своего рода «государства-монст-

⁸⁸ Это вариация на тему аргумента, приводимого В. Джексон, об эффекте конституционного «набора», но примененного к комбинациям, направленным на злоупотребление конституцией. См.: *Jackson V.C. Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience* // *Duke Law Journal*. Vol. 51. 2001. No. 1. P. 223–287, 226.

⁸⁹ См.: *Michelman F.I. Is the Constitution a Contract for Legitimacy?* // *Review of Constitutional Studies*. Vol. 8. 2004. No. 2. P. 101–128; *Michelman F.I. Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System* // *Fordham Law Review*. Vol. 72. 2003. No. 2. P. 345–365; *Michelman F.I. Constitutional Legitimation for Political Acts* // *Modern Law Review*. Vol. 66. 2003. No. 1. P. 1–15.

⁹⁰ См.: *Tushnet M. The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review* // *German Law Journal*. Vol. 14. 2013. No. 12. P. 2249–2263, 2263.

⁸⁶ См.: часть 4 статьи 60 Конституции Бразилии.

⁸⁷ См.: *Bernal C. Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine* // *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 11. 2013. No. 2. P. 339–357.

ра»⁹¹. Так, хотя компетенция Конституционного суда была расширена в части проверки судебных решений, он был лишен практически всех возможностей контролировать конституционность законодательства, затрагивающего финансовые вопросы (то есть бюджетных и налоговых актов), пока государственный долг превышает 50 % ВВП⁹². Действовавшие ранее нормы были изменены таким образом, что процедура абстрактного нормоконтроля может быть теперь инициирована только *ex ante* парламентским большинством, а *ex post* — правительством, омбудсменом или четвертью членов парламента (при том что ни одна оппозиционная партия не имеет 25 % мест)⁹³. Изменения коснулись и численного состава Конституционного суда (теперь в него входит не 11, а 15 судей), и процесса его формирования (причем из этого процесса была исключена специально диверсифицирующая функция специального комитета по назначению)⁹⁴. Изменился и способ назначения независимых должностных лиц и органов (например, омбудсмена), призванных поддерживать систему сдержек и противовесов и способных инициировать процедуру проверки конституционности публичных актов в Конституционном суде. Возобладание практики внесения таких изменений, которые играют на комплексном характере институтов или эффекте взаимодополнения, означает, что попытка воспрепятствовать единичному изменению отдельно взятого конституционного положения, по-видимому, не остановила бы злоупотребления поправками к конституции.

4.2. Модель потенциального воздействия и проблема чрезмерности

Суды, настроенные слабостью по-настоящему узкого подхода, могут попытаться уси-

лить его, обратившись к модели потенциального воздействия: в рамках такого стандарта любая реформа, которая способна привести к антидемократической активности, должна быть признана недействительной⁹⁵. Целью такого нововведения является исключение возможности разрушения демократии посредством поэтапных мероприятий или вероятности того, что понимаемая узко доктрина не охватывает всего, что должна бы, и в результате не в состоянии препятствовать взаимодополняющему или суммарному эффекту различных поправок, направленных на злоупотребление конституционализмом.

Временами колумбийский Конституционный суд предлагал именно такой подход. В первом деле о перевыборах он поддержал поправку, объяснив это отчасти тем, что заявители были больше обеспокоены возможными последствиями разрешения на повторные выборы, чем конституционной структурой. По мнению Суда, тот факт, что второй срок может быть использован Президентом Урибе для концентрирования своей власти и ослабления системы сдержек, не означает, что предложенное изменение само по себе замещает Конституцию⁹⁶. Напротив, во втором деле о перевыборах Суд развернуто описал вероятные практические следствия поправки. Так, Суд отметил, что, поскольку Президент получит возможность конфигурировать парламентские выборы (а они проводятся каждые два года), Президент, находящийся в должности двенадцать лет, по всей видимости, приобретет заметный контроль над Конгрессом⁹⁷. Суд привел аналогичные аргументы и относительно формирования институтов, играющих сдерживающую роль: поскольку Президент будет в состоянии влиять на со-

⁹¹ См.: *Scheppele K.L.* The Rule of Law and the Frankenstein: Why Governance Checklists do not Work // *Governance*. Vol. 26. 2013. No. 4. P. 559–562.

⁹² См.: *Jakab A., Sonnevend P.* Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary // *European Constitutional Law Review*. Vol. 9. 2013. No. 11. P. 102–138, 123–124.

⁹³ См.: *Kovács K., Tóth G.A.* Hungary's Constitutional Transformation // *European Constitutional Law Review*. Vol. 7. 2011. No. 2. P. 183–203, 193.

⁹⁴ См.: *Jakab A., Sonnevend P.* Op. cit. P. 130.

⁹⁵ Это можно увидеть на примере того, как были истолкованы на практике «вечные» положения Конституции Бразилии. Бразильские суды поняли свое полномочие отменять любые действия, имеющие целью «упразднение... личных прав и гарантий» как дающее им возможность контролировать поправки, регулирующие детали налоговой политики. См., например: Решение о признании неконституционной поправки к Конституции № 03/93, ADI-MC 926 DE.

⁹⁶ См.: Решение C-1040/2005, § 7.10.4.1 (i), где отмечалось, что заявители ставили, скорее, «вопросы *практического* типа» о последствиях реформы и не оспаривали институциональную схему саму по себе.

⁹⁷ См.: Решение C-141/2010, § 6.3.6.1.1.

став судов и других органов, то, скорее всего, к концу двенадцатилетнего срока он будет контролировать большинство из них⁹⁸. Обращение Суда к модели потенциального воздействия способствовало признанию норм о третьем сроке недействительными.

Однако последствием применения судом модели потенциального воздействия является превращение узкой доктрины конституционной неизменяемости в чрезвычайно широкую. Если взять в качестве примера колумбийские решения относительно владения наркотиками и состава гражданских служащих, можно воспринять их как утверждения, что, хотя соответствующие поправки сами по себе не разрушают ключевых демократических принципов, потенциально могут иметь влияние на них. Так, готовность Конгресса ввести должности, занимаемые служащими на временной основе, не означала серьезного изменения демократического порядка. Но в сочетании с другими факторами она могла быть использована как часть антидемократической программы, потому что была способна служить элементом концентрированных усилий, направленных на подрыв дееспособности государства или совмещение бюрократии с политическими кругами. Настаивание Суда на том, что поправка нарушает фундаментальные принципы компетентности и равенства, следует воспринимать, скорее, как аргумент в пользу того, что изменение может представлять собой угрозу движения в направлении такого нарушения. Однако так можно сказать об очень широком круге дел, и поэтому модель потенциального воздействия способна привести к чрезмерному обращению к доктрине.

4.3. Широкая, но слабая модель: транснациональный конституционализм как ограничивающий принцип

Мы полагаем, что лучше было бы использовать широкую в понимании, но слабую в воздействии доктрину; широкую в том смысле, чтобы не пытаться определить узкий круг институтов или ценностей *ex ante*, поскольку мы можем учитывать, что субъекты, настроенные против демократического конституционализма, могут атаковать его разными спо-

собами; слабость сводится к тому, чтобы признавать недействительными только такие поправки к конституции, которые, взятые по отдельности или совместно с другими мероприятиями, действительно будут иметь существенное воздействие на демократический порядок. По-настоящему сложной задачей для разработчиков конституции и судей, поддерживающих такой подход, является поиск путей до некоторой степени ограниченного применения широкой доктрины⁹⁹. В основе такого подхода лежит готовность доверить судьям широкое поле усмотрения для обеспечения минимальных требований демократии или принятие позиции, продвигаемой ведущими судьями, такими как бывший председатель Верховного суда Израиля Аарон Барак, в соответствии с которой роль суда в любом демократическом государстве заключается в том, чтобы «защитить конституцию и демократию»¹⁰⁰. В то же время указанный подход означает поиски путей для отказа от чрезмерного использования этой свободы усмотрения в целях проведения в жизнь слишком туманных или оспариваемых взглядов на демократию.

Возрастание судебской сдержанности — это один из классических способов «ослабления» судебного контроля в ситуации формально широких полномочий суда¹⁰¹. Широкая и одновременно слабая доктрина неконституционного изменения конституции имеет также серьезное преимущество перед узким ее пониманием: она обеспечивает основу для признания недействительной любой поправки, какую суд сочтет направленной на злоупотребление в конкретном конституционном контексте. Широкая доктрина не может охранять абсолютно все положения существующей конституции, но она защитит фундаментальные ценности или принципы, стоящие за

⁹⁹ См.: *Thayer J. B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law // Harvard Law Review. Vol. 7. 1893. P. 129–156, 144.* Как утверждал автор работы, статут не должен быть признан недействительным в рамках доктрины судебного контроля, пока его недействительность не будет поставлена «под вопрос рациональным образом».

¹⁰⁰ См.: *Barak A. Op. cit. P. 126.*

¹⁰¹ См.: *Tushnet M. From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History // Georgia Mason Law Review. Vol. 19. 2012. No. 4. P. 1043–1051, 1043–1047.*

⁹⁸ См.: Решение C-141/2010, § 6.3.6.1.1.

всеми положениями конституции. Применяя такую доктрину, суд не будет ограничен отменной только тех поправок, которые прежде того разработчики конституции или судьи указали в качестве потенциальной угрозы демократии. Не будет он ограничен и тем, чтобы отменять только поправки, способные самостоятельно привести к подрыву демократии. Вместо этого суд будет свободен в том, чтобы оценить влияние определенной поправки на демократические нормы, соотносясь с контекстом, в котором она будет действовать, то есть текущими политическими условиями и реалиями, а также любыми прежними или параллельными изменениями, имеющими потенциал влияния на демократию. Таким образом, ни один акт, действительно направленный на злоупотребление конституцией, не сможет избежать проверки с точки зрения этого принципа.

В то же время ослабленная доктрина способна преодолеть другую опасность, ассоциируемую с узкой (но сильной) доктриной неконституционного изменения конституции, а именно ту, что доктрина будет применена настолько широко, чтобы охватить любые поправки и таким образом самой *потенциально* воздействовать на демократию. Ключевой вопрос, который должен задать судья, состоит в следующем: основываясь на реальном значении данной поправки, а также на событиях, происходивших до ее принятия или происходящих параллельно с ее принятием, причем именно в той стране, можно ли сказать, что это поправка явным образом представляет собой сущностную угрозу демократии или демократическому конституционализму? Иными словами, в духе сдержанного подхода к контролю обычного законодательства, доктрина ставит вопрос о том, придет ли любой разумный наблюдатель (независимо от собственной концепции демократии) к выводу, что сущностная угроза нависает над демократическим порядком как таковым¹⁰². И если ответ утвердительный, доктрина предполагает, что суд должен признать поправку недействительной. Но если на разумных основаниях на вопрос можно получить разные ответы, суд должен выбрать позицию самоограничения и отказать в применении доктрины.

Широкий, но одновременно слабый подход, по всей видимости, является наиболее близким к пониманию доктрины, реально существующему в таких странах, как Колумбия и Индия. Суды там не пытались заранее определить узкий или исчерпывающий перечень фундаментальных конституционных принципов; вместо этого они стремились использовать принципы применительно к каждому конкретному делу (*case-by-case basis*). Хорошим примером является относительно широкая доктрина, поддерживаемая Конституционным судом Колумбии: Суд рассматривает любую норму Конституции как «определяющую основу», если она может считаться «существенной и определяющей чертой Конституции, взятой как целое»¹⁰³. Различие в итогах первого и второго дел о перевыборах также может говорить о восприятии широкого и ситуативно обусловленного определения фундаментальных требований демократии: вывод Суда о том, что третий срок будет иметь такие последствия для независимых институтов, каких не имел бы второй, был основан на кумулятивном эффекте поправок. Похожим образом и колумбийский Конституционный суд, и индийский Верховный суд избрали тактику заметного самоограничения при использовании доктрины, для того чтобы не допустить ее превращения в инструмент судебного супердоминирования или консервирования существующего конституционного порядка¹⁰⁴.

Между слабостью доктрины, поддерживаемой судами, и широким ее использованием, которое можно увидеть на практике, существует разрыв. Доктрина неопределенна и с трудом поддается введению в действие на двух разных стадиях: 1) на стадии идентификации, какие принципы и ценности должны быть защищены от существенного влияния и 2) на стадии определения, действительно ли

¹⁰³ См.: Решение C-1040/2005, § 7.10.3.

¹⁰⁴ См., например: Там же. § 7.10.4.1, где было указано, что «[этот критерий] требует очень внимательного отношения со стороны конституционного судьи, который, хотя и имеет позицию защитника целостности Конституции, не может забывать, что в структуре, заложенной учредительной властью, полномочие наступающего с течением времени поиска баланса при изменении конституции, было передано без каких-либо содержательных ограничений власти, осуществляющей конституционные реформы».

¹⁰² См.: *Thayer J. B. Op. cit.*

данная поправка имеет существенное влияние. На обеих стадиях необходимо учитывать внутренний контекст. Например, колумбийский Суд в своих выводах по второму делу о перевыборах основывался и на истории Колумбии, и на вероятном эффекте дополнительных сроков для всего институционального порядка. В свете конституционной истории страны Суд указал, что ценности разделения властей, затронутые поправкой, являются фундаментальными для конституционного порядка и в особенности — что угроза слишком длительного нахождения Президента у власти была в фокусе национального конституционализма¹⁰⁵. Он также принял во внимание институциональную структуру государства и счел, что еще одно продление срока существенным образом заденет эти ценности. В частности, подобная поправка, по всей вероятности, позволит Урибе взять под контроль большинство институтов, которые были призваны сдерживать его власть¹⁰⁶.

Проблема заключается в том, что соображения, связанные только с внутренним контекстом, могут привести суд к ошибочному (чрезмерному) охвату ценностей и принципов, подлежащих защите, и преувеличению серьезности угрозы для этих ценностей и принципов, исходящей от конкретной поправки¹⁰⁷. Когда в стране долгое время существует специфическое институциональное установление, судьям иногда начинает казаться, что это установление является необходимым или определяющим для демократии. Если какой-либо институт или практика всегда или длительное время были частью демократических конструкций данной страны, может показаться естественным сделать вывод о том, что это происходило из-за важности

соответствующего института. Но такой вывод необязательно будет верным. В некоторых случаях институциональные соглашения сохраняются по воле случая или политических обстоятельств.

Для ограничения риска чрезмерного употребления доктрины полезным представляется обращение к транснациональному конституционному праву. Под обращением мы понимаем изучение судом институциональных конструкций и судебной практики ряда других демократических конституционных систем. Такого рода изучение должно служить «вторым взглядом» или сдержкой первоначального судебного импульса считать затрагиваемую изменением ценность фундаментальной для демократии или конкретную поправку к конституции — действительно угрожающей этой ценности.

Прежде всего, обращение к сравнению может быть полезным для определения того, действительно ли ценность является фундаментальной. Например, в случае с лицами, временно находящимися на государственной службе, колумбийский Суд счел, что «компетентность» относится к числу фундаментальных ценностей, замещения которых не следует допускать¹⁰⁸. Обращение к транснациональному конституционализму могло бы поставить этот вывод под сомнение. Хотя в большинстве правовых порядков установлен тот или иной вариант квалификационных экзаменов и регулирования сроков пребывания в должности и государственных служащих как способ оптимизировать и деполитизировать бюрократическую систему, мало где это рассматривается в качестве фундаментальной конституционной ценности. Напротив, в делах о перевыборах Суд был сосредоточен на принципе разделения властей. Рассмотрение других конституционных порядков, как в Латинской Америке, так и за ее пределами, подтвердило бы, что Суд обратил внимание на ценность действительно фундаментальную. Даже современные парламентарные системы стремятся к установлению сдержек для законодательной власти в виде судов или независимых омбудсменов¹⁰⁹.

¹⁰⁵ См.: Решение C-141/2010, § 6.3.5.1.3, в котором представлены исторические примеры того, как главы государств Колумбии стремились продлить свое пребывание у власти.

¹⁰⁶ См.: Там же. § 6.3.6.1.1.

¹⁰⁷ В контексте действия конституционного принципа светского государства заметным является пример решения Конституционного суда Турции по делу о ношении хиджаба. См., например: *Roznai Y., Yolcu S. An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision // International Journal of Constitutional Law. Vol. 10. 2012. No. 1. P. 175–207.*

¹⁰⁸ См.: Решение C-588/2009, § 6.2.2.

¹⁰⁹ См.: *Ackerman B. The New Separation of Powers // Harvard Law Review. Vol. 113. 2000. No. 3. P. 633–729, 663.* В работе отмечается, что большинство современ-

Далее, обращение к транснациональному праву поможет суду со вторым вопросом: действительно ли поправка к конституции, находящаяся на его рассмотрении, взятая одна или в сочетании с серией реформ, представляет собой существенную угрозу для фундаментальной ценности, выявленной судом? Например, в решении по делу *Голакнатх*, индийский Суд установил, что при любом изъятии имущества компенсация, основанная на рыночной стоимости, представляет собой сердцевину права собственности и, следовательно, образует неизменное положение Конституции Индии. До обретения страной независимости собственность защищалась комплексом норм британского общего и статутного права, в безальтернативном порядке предусматривавшего компенсацию по рыночной стоимости за любое отчуждение имущества¹¹⁰. Большинство судей, заседавших в составе Верховного суда в первые десятилетия его функционирования, были юристами, получившими образование и опыт работы в те времена, когда еще действовали эти нормы¹¹¹. Судьи вполне могли иметь ощущение, что компенсация, основанная на рыночной стоимости, так долго была частью британского конституционализма и принципа верховенства права, что она должна быть фундаментальной основой конституционализма как такового. Обращение к транснациональным источникам позволило бы увидеть, что демократические режимы во всем мире полагаются на различные механизмы защиты права собственности, и, следовательно, поставить под сомнение итоговый вывод Суда.

В 2000 году на Тайване Конституционный суд применил доктрину неконституционного изменения конституции, признав недействи-

тельными перемены в сроке полномочий и системе выборов Национального собрания, института, обладающего некоторыми полномочиями в сфере пересмотра Конституции и в рамках процедуры импичмента, но оставшегося слабее главной парламентской палаты страны — Законодательного Юаня¹¹². В своем решении Суд опирался на целый ряд процедурных и содержательных соображений¹¹³. Но по сути он указал, что движение к непрямым выборам — системе пропорционального представительства, основанного на количестве мандатов партии в Законодательном Юане, было нарушением «конституционного порядка демократии»¹¹⁴. Хотя против этих изменений имелись довольно важные возражения¹¹⁵, сами изменения могли быть признаны имеющими скорее продемократическую направленность, чем антидемократическую. Национальное собрание было институтом, унаследованным от Китая и призванным ограничивать возможность местных демократически избранных властей следовать своей повестке дня¹¹⁶. Соответственно, изменение статуса Национального собрания могло рассматриваться как движение в сторону усиления демократического самоуправления в Тайване¹¹⁷. (В 2005 году Собрание было полностью упразднено посредством дальнейшего изменения Конституции¹¹⁸.)

Тайваньский Суд рассматривал соответствующие изменения в качестве подрыва фундаментальных требований демократии, как ее понимают на Тайване. Но обращение к транс-

ных парламентских систем представляют собой тот или иной вариант «ограниченного парламентаризма»; *Albert R. The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism // American Journal of Comparative Law. Vol. 57. 2009. No. 3. P. 531–577.* Как пишет автор, в действительности было вполне возможно создать систему разделения властей в рамках парламентской системы, и в большинстве из них это было сделано.

¹¹⁰ См.: *Austin G.* Op. cit. P. 124. В работе обсуждаются предпосылки компенсации, основанной на рыночной стоимости, и британские нормы общего права, регулирующие ее.

¹¹¹ См.: *Gadbois G.H.* Indian Supreme Court Judges: A Portrait // *Law and Society Review. Vol. 3. 1968. No. 2–3. P. 317–336.*

¹¹² См.: J.Y. Interpretation No. 499 (2000/03/24).

¹¹³ См.: *ibid.*

¹¹⁴ См.: *ibid.*

¹¹⁵ См.: *Chu Y.-H.* Democratic Consolidation in the Post-KMT Era: The Challenge of Governance // *Taiwan's Presidential Politics: Democratization and Cross-Strait Relations in the Twenty-first Century / ed. by M. Alagappa.* Armonk, NY : M. E. Sharpe, 2001. P. 88–115, 90–93.

¹¹⁶ См., например: *Copper J.F.* Consolidating Taiwan's Democracy. Lanham, MD : University Press of America, 2005. P. 15.

¹¹⁷ Более подробно об этих тенденциях см.: *Ginsburg T.* Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2003. P. 106–113.

¹¹⁸ См.: *Constitutional Changes Approved in Taiwan // New York Times.* 2005. 8 June. URL: http://www.nytimes.com/2005/06/07/world/asia/07iht-taiwan.html?_r=0 (дата обращения: 30.03.2016).

национальной практике показало бы, что приверженность прямым выборам при формировании дополнительной палаты парламента или учредительных органов необязательно является существенным признаком демократии. Хотя нужно понимать, что Национальное собрание было более сложным институтом, нежели просто вторая палата законодательного органа, нельзя не заметить: в исследовании, проведенном в 2011 году и посвященном 190 парламентам мира, было выявлено, что из 78 бикамеральных систем только в 21 случае речь идет о строго прямых выборах второй палаты; в 17 случаях зафиксированы непрямые выборы, еще в 17 — назначение членов верхней палаты¹¹⁹. С учетом разнообразия избирательных систем Суд мог бы воздержаться от вывода о том, что формирование всего состава Национального собрания прямыми выборами является необходимым требованием демократии, хотя бы и в особом контексте Тайваня¹²⁰.

В решении по делу Никарагуа международный суд (Центральноамериканский суд справедливости) указал, что поправки к Конституции, которыми усиливалось положение Национального собрания по отношению к Президенту, были неконституционными, поскольку нарушали принцип разделения властей, превращая президентскую форму правления в парламентскую¹²¹. Поправками Собранию было предоставлено полномочие утверждения назначений, произведенных Президентом, на должности членов кабинета и некоторые иные. Назначение ряда других лиц, например суперинтенданта банков, было полностью передано законодательному органу. Наконец, квалифицированному большинству в 60 % членов Собрания было предо-

ставлено право отправления в отставку членов кабинета¹²². Вывод Суда о том, что подобные изменения образуют нарушение принципа разделения властей, не выдержал бы критики с позиций сравнительного конституционализма. Президентские системы охватывают широкий круг различных процедур назначения и смещения с должности. В некоторых президентских республиках, включая США, требуется одобрение со стороны законодателя на назначение должностных лиц администрации; в других такое согласие необходимо для занятия должностей квазинезависимых органов, в том числе и таких, как суперинтендант банков¹²³. Многие президентские системы допускают вынесение парламентом резолюции порицания или следование иным процедурам для отстранения должностных лиц исполнительной власти¹²⁴. В сравнительной перспективе предложенные поправки менее похожи на неконституционные изменения конституции, нежели взятые изолированно¹²⁵.

Напротив, дела о перевыборах, рассмотренные в Колумбии, подтверждают значение обращения к сравнению как принципу, ограничивающему доктрину. В обоих случаях Суд использовал сравнительный опыт как часть аргументов по вопросу о том, означает ли соответствующее увеличение срока полномочий

¹¹⁹ См.: *Russell M. Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey // Political Quarterly*. Vol. 83. 2012. No. 1. P. 117–129, 118–120.

¹²⁰ О том, в какой степени в решении имело место обращение к некоторым транснациональным источникам, причем в манере, совсем не типичной для Тайваня, см.: *Chang W.-Ch., Rong-Yeh J. Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan // The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges / ed. by T. Groppi, M.-C. Ponthoreau. Oxford ; Portland, OR : Hart Publishing, 2013. P. 373–392.*

¹²¹ См.: решение 69-01-03-01-2005 от 1 марта 2005 года. URL: <http://cendoc.cjg.org.ni/ExpedientesFichaLectura.aspx?id=92> (дата обращения: 30.03.2016).

¹²² О предпосылках дела см.: *Schnably S.J. Emerging International Law Constraints on Constitutional Structures and Revision: A Preliminary Appraisal // University of Miami Law Review*. Vol. 62. 2008. No. 2. P. 417–489, 466–67. Отметим, что Конституция Никарагуа различает «частичную» и «полную» реформы и устанавливает разные процедуры для них (ст. 193, 194).

¹²³ См.: раздел 2 статьи 2 Конституции США; статья 150 Конституции Колумбии (Конгресс наделен полномочием определять процедуры назначения суперинтенданта).

¹²⁴ См.: статья 101 Конституции Аргентины (глава кабинета министров может быть отстранен от должности абсолютным большинством голосов любой из палат Конгресса); статья 135 Конституции Колумбии (абсолютным большинством голосов обеих палат парламент вправе выразить вотум недоверия министрам, что влечет за собой их отставку).

¹²⁵ Данное дело в действительности поднимает также важные вопросы относительно рамок международного вмешательства в вопросы интерпретации национальной конституции. См.: *Schnably S.J. Op. cit. P. 459–460; Dixon R., Jackson V.C. Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests // Wake Forest Law Review*. Vol. 48. 2013. No. 1. P. 149–209.

президента существенную угрозу разделению властей. В первом деле Суд подчеркнул тот факт, что два последовательных срока, хотя и непривычны для Колумбии, все же получили распространение в других президентских системах мира, и в особенности что и в регионе нет «определенного консенсуса» относительно того, один или два срока лицо может находиться в должности президента¹²⁶. Он отметил также, что разный выбор отражает конкуренцию политических соображений, например поиск баланса между выигрышем от потенциально более последовательной политики и рисками злоупотребления властью. Во втором деле Суд очень кратко осветил влияние, которое оказывают ограничения по количеству сроков и по продолжительности (от четырех до восьми лет) президентских полномочий на нормальное течение политической жизни в президентских системах, в том числе данного региона¹²⁷. Это позволило ему прийти к выводу, что действующие конституционные установления относительно восьми лет образуют «объективный предел, за рамками которого существуют серьезные риски нарушения режима»¹²⁸. Сравнительное исследование в первом решении удержало Суд от заключения о том, что два срока, аномальные с учетом колумбийской конституционной истории, образуют существенную угрозу демократии. Сравнительное исследование во втором деле способствовало подтверждению того, что разрешение на двенадцать последовательных лет пребывания в должности может означать такую угрозу.

Наше предположение, согласно которому транснациональное конституционное право имеет большую пользу как принцип, ограничивающий доктрину, поднимает несколько важных вопросов. Прежде всего, это вопрос об общем знаменателе: какие страны, взятые по географическому, или историческому, или политическому принципу, должны служить надлежащей основой для сравнения? Мы полагаем, что ответ на этот вопрос следует давать, скорее, в каждом конкретном случае, а не абстрактно. Например, в делах о перевыборах Суд был сосредоточен на президентских системах и главным образом тех, которые су-

ществуют в Латинской Америке, хотя и не только на них. И то, и другое оправданно. Пределы сроков полномочий главы государства в президентской республике нельзя напрямую сравнивать с пределами таких сроков в парламентной или смешанной республиках; в первом случае президент располагает исключительными полномочиями и независимостью от других субъектов политической системы. Кроме того, проблема перекоса системы в пользу исполнительной власти имеет особое историческое значение для Латинской Америки, так что обращение Суда именно к этому региону совершенно разумно¹²⁹.

Однако за рамками этих замечаний процесс сравнения должен вовлекать относительно широкий круг конституционных демократий мира. В противном случае, если суды будут выбирать для сравнения какие-то особые страны, они столкнутся с опасностью предпочтения тех из них, которые имеют тенденцию к подтверждению предварительного мнения судей о фундаментальности для демократии той или иной характеристики¹³⁰. В действительности, если сравнение остается слишком узким или избирательным, это может подвинуть судей на применение доктрины в еще менее демократичном варианте — благодаря возможности создать ей дополнительную поддержку за счет тщательно отобранных сравнительных примеров¹³¹. Таким

¹²⁹ Хотя Суд мог бы рассмотреть также президентские системы с похожей традицией установления диктатуры, существующие за рамками региона, например на Филиппинах. См.: *Rose-Ackerman S., Desierto D.A., Voloshin N.* Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines // *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 29. 2011. No. 1. P. 246–333.

¹³⁰ Аналогичную критику в адрес Конституционного суда Чехии, очень ограниченно использующего иностранные источники, см.: *Williams K.* When a Constitutional Amendment Violates the “Substantive Core”: The Czech Constitutional Court’s September 2009 Early Elections Case // *Review of Central and East European Law*. Vol. 36. 2011. No. 1. P. 33–51, 48–50.

¹³¹ Конечно, эта опасность угрожает любому транснациональному сравнению, во всяком случае непродуманному или неискреннему. См.: *Young E.A.* Foreword—Comment: Foreign Law and the Denominator Problem // *Harvard Law Review*. Vol. 119. 2005. No. 1. P. 148–167; *Alford R.P.* In Search of a Theory for Constitutional Comparativism // *U.C.L.A. Law Review*. Vol. 52. 2005. No. 3. P. 639–714.

¹²⁶ См.: Решение C-1040/2005, § 7.10.4.1 (iii).

¹²⁷ См.: Решение C-141/2010, § 6.3.5.1.1.

¹²⁸ См.: Там же. § 6.3.5.1.3.

образом, надлежащий процесс сравнения, который мы предлагаем, лучше всего может быть понят как форма истинного обращения к транснациональным источникам, как обязательство «привязывать» решения о фундаментальном характере определенных институциональных установлений к существованию своего рода консенсуса среди большого количества демократических государств относительно уместности или важности этих установлений или, напротив, аргументировать выводы о неконституционности предлагаемых изменений *отсутствием* установлений, подобных вновь предложенным, в большинстве конституционных демократий.

Еще один важный вопрос касается взаимосвязи между внутрисоциальным и транснациональным конституционализмом. Опасность обращения к транснациональным источникам заключается в том, что оно может обесценить институциональные установления или конституционные принципы, значимые для данного порядка, несмотря на то что в других порядках их нет. Самое сильное из всех возможных требований транснационального подхода заключается в том, чтобы суды признавали недействительными конституционные поправки, *только* если они создают такие принципы или практику, каких нет больше ни в одном релевантном конституционном порядке.

Но это совсем не то сравнение, которое мы рекомендовали бы и которое большинство судов были бы готовы принять. Как пишет В. Джексон, кросс-национальное сравнение полезно отчасти тем, что позволяет прояснить, в чем состоит истинное различие и одновременно фундаментальность национальных конституционных ценностей или институтов¹³². Например, судья Федерального конституционного суда ФРГ, рассматривающий вопрос о важности запрета партий и значении других институтов воинствующей демократии в разных странах, может не обнаружить осо-

бенного консенсуса относительно того, должны ли подобные нормы существовать в демократическом порядке. Тем не менее в свете специфических черт конституционной истории Германии сохраняются достаточно серьезные аргументы в пользу того, что эти нормы являются фундаментальными для германского конституционализма¹³³. Все же транснациональный опыт может быть использован в качестве вспомогательного инструмента, заставляющего конституционных судей формулировать убедительные аргументы, почему та или иная ценность является фундаментальной, несмотря на то что не рассматривается в качестве основополагающей в других странах.

Дополнительное уточнение к нашим рекомендациям возникает в связи с поправками, составленными в сложный комплекс или особую последовательность специально с целью избежать конституционного контроля. Имеются в виду «государства-монстры» (о которых речь уже шла выше), где политические акторы на скорую руку собирают в единое целое различные элементы, обнаруженные ими в иных системах, в совершенно антидемократической манере. Такой эффект «дополненного влияния» представляет собой заметную трудность для доктрины неконституционного изменения конституции в любом ее понимании. Слишком жесткое применение привязок к транснациональному опыту может означать, что именно эта версия доктрины особенно уязвима перед лицом украинской трудности. Возьмем в качестве примера конституционные изменения в Венгрии в 2011 году. Рассматриваемые по отдельности, каждое из них имеет какой-нибудь прецедент или поддержку в других конституционных демократических системах: в демократических системах всегда присутствуют различные подходы к предоставлению полномочий органам, осуществляющим предварительный или последующий конституционный контроль, особенно в том, что касается бюджетных или экономических вопросов. Кроме того, для формирования конституционных судов в демократических системах существуют различные правила, предполагающие полномочия в этой области исключительно исполнитель-

¹³² См.: Jackson V.C. Constitutional Engagement in a Transnational Era. Oxford: Oxford University Press, 2009. P. 103–116. Джексон пишет в общем контексте конституционного толкования, но преимущества обращения к транснациональным источникам могут быть очень заметны в специфической сфере неконституционного изменения конституции, где стандарты использования доктрины особенно скудны, а риски чрезмерного ее использования особенно велики.

¹³³ См.: Miller R. A. Balancing Security and Liberty in Germany // Journal of Natural Security Law and Policy. Vol. 4. 2010. P. 369–396.

ной ветви, исключительно судебной или законодательной ветвей, или какое-либо сочетание этих механизмов¹³⁴. То же самое может быть сказано о формировании других независимых органов. Таким образом, механическое сравнение отдельных изменений Конституции Венгрии с глобальной конституционной практикой было бы способно привести к выводу, что никакое из этих изменений не угрожает конституционной демократии, в то время как в действительности есть серьезные доказательства того, что, взятые вместе, все эти положения не встречаются больше нигде в мире и на самом деле представляют собой серьезную угрозу¹³⁵.

Однако, если правило о привязке к транснациональному опыту применяется более сложным образом, оно может предложить по крайней мере частичный ответ на этот вызов. Даже если все элементы какой-либо стратегии, взятые по отдельности, можно встретить в мире, то некоей определенной комбинации этих элементов нигде в мире может и не быть¹³⁶. И даже если они есть в других странах, там они действуют совершенно в другом контексте отсутствия у политических акторов таких явно антидемократических устремлений или мотивов, связанных с их собственными интересами. Следовательно, достаточно гибкий и *учитывающий контекст* подход к транснациональным нормам может быть эффективен против такого рода угроз¹³⁷. Стороны конфликта и судьи должны уделять внима-

ние не только практике и принципам, затрагиваемым конкретной поправкой к конституции, но и контексту, в котором поправка предлагается. Та или иная практика может быть реализована где угодно, но только в сочетании с другими сильными институтами: например, слабые суды могут существовать в системе с иными органами, эффективно выполняющими роль сдержки, — омбудсменами или комиссиями по правам человека. Если стороны или суды видят, что какая-то практика существует в других странах, но только при поддержке, оказываемой прочими институтами, и таких институтов нет в стране конфликта или они сами подверглись упразднению, это говорит в пользу применения доктрины неконституционного изменения конституции. Напротив, если подобные институты в стране также присутствуют, выбор должен быть сделан в пользу судебской сдержанности (*judicial restraint*). Уточненный подход к доктрине имеет более серьезное воздействие на процесс принятия судом решения, но мы бы ожидали, что эти «издержки» приемлемы и для судей, и для сторон (обеспечивающих суд необходимой информацией) и станут привычными в рамках обращения к транснациональному опыту.

Наконец, необходимо отметить, что наше предложение напоминает то, которое было сделано Лехом и Зофией Гарлицкими, писавшими о том, что обязывающие или зарождающиеся принципы международного права могли бы быть использованы в качестве основы для решений о содержательной легитимности конституционных поправок, затрагивающих основные права¹³⁸. Однако есть и важные отличия между обращением к международным нормам и исследованием практики иностранных демократических конституционных систем. Наш подход, возможно, более реален с прагматической точки зрения, поскольку международное право само по себе не имеет своим предметом национальных структурных норм, подвергаемых эрозии. Поэтому во многих случаях релевантные международно-правовые нормы могут просто отсутствовать. Более того, наш подход более

¹³⁴ См.: Stone Sweet A. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford : Oxford University Press, 2000. P. 47–49.

¹³⁵ См., например, критику со стороны Европейского Союза: Hungary Court Says Judge Retirement Law Unconstitutional // Reuters. 2012. 16 July. URL: <http://uk.reuters.com/article/2012/07/16/uk-hungary-judges-court-idUKBRE86F0LS20120716> (дата обращения: 30.03.2016).

¹³⁶ Таким образом Венецианская комиссия дала более или менее ясный ответ на заявления партии Фидес о том, что элементы ее программы можно встретить где угодно. См.: Opinion on Act CLXII of 2011 on the Legal Status and Remuneration of Judges and Act CLXI of 2011 of the Organization and Administration of Courts of Hungary (документ принят Венецианской комиссией на 90-м пленарном заседании 16–17 марта 2012 г.). URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD\(2012\)001](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD(2012)001) (дата обращения: 30.03.2016).

¹³⁷ Мы признательны В. Джексон за ее замечания, приблизившие нас к этому рассуждению.

¹³⁸ См.: Garlicki L., Garlicka Z. External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference // *Israel Law Review*. Vol. 44. 2011. No. 3. P. 343–368.

явным образом сфокусирован на воспрепятствовании чрезмерному употреблению доктрины, поэтому мы сосредоточены на источниках, которые способны отражать транснациональное согласие или несогласие по определенному вопросу.

Как показал сделанный здесь обзор трудностей, с которыми сопряжен наш подход, было бы слишком сильно говорить о том, что обращение к транснациональному опыту представляет собой обязывающее *ограничение* для судей. Значение сравнения не в том, что оно строго обязывает или ограничивает судей. Сравнение имеет, скорее, способность создать стимул или сигнал для судей и показать им потенциальные расхождения между тем, что действительно является фундаментальным для демократии в их стране, и тем, что только кажется имеющим свои корни в долгой истории развития государства или в собственных субъективных установках судьи.

5. Заключение

Эта статья посвящена хорошо известной конституционно-правовой доктрине — доктрине неконституционного изменения конституции. Мы рассматривали ее с весьма выигрышной позиции особой заботы о демократии и учитывали способность такой доктрины поддерживать демократические конституционные ценности или отходить от них. Как было показано, демократические процедуры внесения изменений в конституцию часто реализуются с совершенно антидемократическими целями. Поэтому установление содержательных, обеспечиваемых судом пределов такого рода действий, направленных на злоупотребление конституцией, означает защиту демократии: это может помочь замедлить подобные акции или сделать их слишком затратными так, чтобы снизить их эффект и итоговую результативность. В то же время было продемонстрировано, каким образом обращение к этой доктрине интерферирует с вопросом о легитимных демократических ценностях и обычной практикой внесения в конституцию поправок. Сравнительный анализ применения доктрины подтверждает, что обычно она используется чрезмерно, против таких изменений, которые, по-видимому, не несут серьезной угрозы фундаментальным ценностям демократического порядка. В действительно-

сти вполне возможно, что в значительном множестве случаев обращение к доктрине в большей части стран, признающих ее, не было необходимым.

В статье была предпринята попытка примирить эти преимущества и недостатки с помощью поиска подхода, способного установить пределы для самой доктрины. Конституционное изменение должно быть признано судьями недействительным, только если они уверены, что это изменение, взятое в отдельности или в сочетании с другими реформами, несет существенную угрозу демократическому порядку. Подобный вывод определяется детальным знанием отечественной истории и конституционного устройства, но и обращение к транснациональному опыту может быть значимым сдерживающим моментом против чрезмерного использования доктрины. Сравнение с другими странами может помочь понять, является ли та или иная ценность на самом деле фундаментальной и действительно ли данное институциональное изменение серьезным образом угрожает этой ценности. Такой подход не является панацеей, но все же означает шаг к ограниченному и более обоснованному применению доктрины.

Использованное корректно, в «совещательной» или «рефлексивной» манере, практически любое конституционно-правовое сравнение способно обеспечить принятие решений национальными судьями на более рациональной основе или на основе, менее зависимой от их собственных предпочтений или предубеждений¹³⁹. Это один из ключевых аргументов в пользу обращения к сравнению при решении конституционных вопросов¹⁴⁰. То действие, которое мы подразумеваем под обращением к транснациональному опыту, должно в полной мере учесть «сдерживающую» функцию использования сравнения как средства выявления потенциальных судебных позиций относительно распространенно-

¹³⁹ См.: *Jackson V.C.* The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement // *Harvard Law Review*. Vol. 119. 2005. No. 1. P. 109—128; *Choudhry S.* Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // *Indiana Law Journal*. Vol. 74. 1999. No. 3. P. 819—892.

¹⁴⁰ См.: *Jackson V.C.* The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement.

сти национальной демократической практики среди демократий в целом. Наше предложение заключается в естественном расширении существующих идей конституционной компаративистики, но таком, которое соединяет их с новыми и продуктивными идеями о роли процесса сравнения в деятельности судей, стремящихся к принятию более обоснованных решений.

Предметом будущих исследований мог бы стать вопрос о том, каким образом следует применить эти идеи к попыткам конституционных судов ограничить замещение конституции, потенциально представляющее собой злоупотребление¹⁴¹. Как отмечает М. Ташнет, ни одна позитивная правовая норма не в состоянии полностью удержать процесс замещения конституции¹⁴². Тем не менее суды или иные субъекты могут использовать правовые доктрины, позволяющие замедлить или предотвратить некоторые формы антидемократического замещения. Важный вопрос заключается в том, может ли привязка к транснациональному опыту усилить роль правовых норм и институтов в процессе замещения или она, скорее, ограничивает эту роль. Изучив этот вопрос в будущем, мы надеемся также глубже раскрыть взаимосвязь между процессами замещения и эффективностью доктрины неконституционного изменения конституции.

Наконец, предлагая доктрину неконституционного изменения конституции, способную использовать транснациональные конституционные нормы, мы стремились также сделать вклад в более широкую дискуссию относительно конституционного устройства. Доктрина неконституционных поправок тесно связана с более формальными, предпринимаемыми загодя попытками создать явные формы «разных уровней» изменения отдельных частей конституции. Однако отличительной чертой доктрины является то, что она может быть введена не только на этапе создания конституции, ее разработчиками, но и позже, в процессе осуществления судебного толкования. То же самое верно и в отношении привязки доктрины к транснациональ-

ным нормам для ее ограничения: конституция может изначально предусмотреть, что решения относительно сущностной конституционности поправок должны учитывать транснациональные нормы. Одной из задач исследования доктрины является, следовательно, напоминание о том, что между процессами разработки конституции и ее толкования нет непроницаемых границ. Формальные акты, определяющие конституционное устройство, будут значить не так уж много без соответствующих актов судебного толкования и последующего законодательства¹⁴³. Равным образом, многие акты толкования конституции, особенно принятые вскоре после ее принятия, будут очень похожи на акты, устанавливающие конституционный строй: они включают комплекс правовых и политических суждений, творческих начал и лояльности деятелям прошлого, и все это — во имя создания и укрепления новой демократической организации общества и государства. Доктрина неконституционного изменения конституции представляет собой своего рода линзу, с помощью которой можно увидеть эти отношения. Поскольку доктрина сама является результатом решений, принятых в момент разработки конституции, и судебного толкования, она напоминает нам о прочных взаимосвязях, существующих между конституционным строем и толкованием в рамках проекта создания демократической конституции.

Библиографическое описание:

Диксон Р., Ландау Д. Транснациональный конституционализм и ограниченная доктрина неконституционного изменения конституции // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2. С. 32–63.

Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment

Rosalind Dixon

Professor of Law, University of New South Wales, Faculty of Law (e-mail: rosaling.dixon@unsw.edu.au).

David Landau

Mason Ladd Professor and Associate Dean for International Programs, Florida State University College of Law (e-mail: dlandau@law.fsu.edu).

¹⁴¹ См.: *Dixon R., Jackson V.C.* Op. cit.

¹⁴² См.: *Ташнет М.* Крестьяне с вилами и рабочие с твиттером: конституционные революции и конституирующая власть // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 2 (111). С. 15–31.

¹⁴³ См.: *Dixon R.* Partial Constitutional Codes. 2014, неопубликованная рукопись, в базе данных автора.

Abstract

A deep tension exists in many parts of the world between commitments to democracy and procedures for constitutional amendment. Amendments are frequently passed that follow formal democratic procedures but are aimed at achieving anti-democratic or "abusive" constitutional aims – i. e., to help powerful presidents extend their term in office, to remove parliamentary or federalism-based checks on executive power, and to narrow or suspend basic human rights protections. Limiting a power of constitutional amendment, therefore, can have clear democratic benefits. One way to do this is via a judicially enforceable doctrine of "unconstitutional constitutional amendment." While such a doctrine may not be a complete solution to anti-democratic uses of constitutional amendment powers, it can create an additional hurdle to change. But such a doctrine should be approached with caution from a democratic perspective, because it can also create a significant roadblock to the legitimate use of amendment procedures as a means of overriding courts decisions deemed unreasonable or unacceptable by a majority of citizens. In order to promote democracy rather than undermine it, any doctrine of unconstitutional constitutional amendment must be limited in scope. This article argues that because threats to a democratic order are so varied, and can be altered or staged by would-be authoritarian actors, limiting the doctrine to a narrow set of institutional provisions or principles defined ex ante is unlikely to be a stable solution. Instead, courts must rely on a broader doctrine that is nonetheless limited to constitutional amendments that clearly pose a substantial threat to core democratic values. This article also argues that an effective way to limit the use of such a doctrine is by tying its use to transnational constitutional norms. Engagement with transnational constitutional law will help to limit both the kinds of principles courts define as fundamental and the sorts of institutional changes that are alleged to pose a substantial threat to those principles. The article shows how engagement with transnational materials can serve as a workable check on a doctrine of unconstitutional constitutional amendment, helping to separate cases where the doctrine must be deployed to defend democracy from cases where its use is unnecessary. Key words: unconstitutional constitutional amendment, protection of democracy, constitutional review, comparative method in constitutional justice.

Keywords

unconstitutional change of the Constitution; protecting democracy; constitutional control; constitutional comparativism in justice.

Citation

Dixon R., Landau D. (2016) Transnational'nny konstitutsionalizm i ograničennaya doktrina nekonstitutsionnogo ismeneniya konstitutsii [Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment]. *Sravnitel'noe konstitutsionnoe obozrenie*, no. 2, pp. 32–63. (In Russian).

References

Ackerman B. (2000) The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, vol. 113, no. 3, pp. 633–729.

Aikman C. C. (1978) The Debate on the Amendment of the Indian Constitution. *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 9, pp. 357.

Albert R. (2009) The Fusion of Presidentialism and Parliamentarism. *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, no. 3, pp. 531–577.

Albert R. (2010) Constitutional Handcuffs. *Arizona State Law Journal*, vol. 42, no. 3, pp. 663–715.

Albert R. (2013) The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules. *McGill Law Journal*, vol. 59, no. 2, pp. 225–281.

Alford R. P. (2005) In Search of a Theory for Constitutional Comparativism. *U.C.L.A. Law Review*, vol. 52, no. 3, pp. 639–714.

Arato A. (2010) Post-Sovereign Constitution-Making in Hungary: After Success, Partial Failure, Now What? *South African Journal on Human Rights*, vol. 26, no. 1, pp. 19–44.

Austin G. (1999) *Working a Democratic Constitution: A History of the Indian Experience*, New Delhi; New York: Oxford University Press.

Barak A. (2011) Unconstitutional Constitutional Amendments. *Israel Law Review*, vol. 44, no. 3, pp. 321–341.

Bäuerle M., Dann P., Wallrabenstein A. (eds.) (2013) *Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

Benhabib S. (2013) Turkey's Authoritarian Turn. *New York Times*, 3 June, p. A25.

Bernal C. (2013) Unconstitutional Constitutional Amendments in the Case Study of Colombia: An Analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, no. 2, pp. 339–357.

Bhandari M. K. (1993) *Basic Structure of the Indian Constitution*. New Delhi: Deep & Deep.

Bushnell D. (1993) *The Making of Modern Colombia: A Nation in Spite of Itself*. Berkeley: University of California Press.

Calleron-Alarson J. C. (2009) *The Unfinished Transition to Democracy in Latin America*. New York: Routledge.

Chang W.-Ch., Rong-Yeh J. (2013) Judges as Discursive Agent: The Use of Foreign Precedents by the Constitutional Court of Taiwan. In: Groppi T., Ponthoreau M.-C. (eds.) *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, pp. 373–392.

Choudhry S. (1999) Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation. *Indiana Law Journal*, vol. 74, no. 3, pp. 819–892.

Chu Y.-H. (2001) Democratic Consolidation in the Post-KMT Era: The Challenge of Governance. In: Alagappa M. (ed.) *Taiwan's Presidential Politics: Democratization and Cross-Strait Relations in the Twenty-first Century*, Armonk, NY: M. E. Sharpe, pp. 88–115.

Colon-Rios J. (2013) Beyond Parliamentary Sovereignty and Judicial Supremacy: The Doctrine of Implicit Limits to Constitutional Reform in Latin America. *Victoria University Wellington Law Review*, vol. 44, no. 3–4, pp. 521–534.

Copper J. F. (2005) *Consolidating Taiwan's Democracy*, Lanham, MD: University Press of America.

Dasgupta J. (1978) A Season of Caesars: Emergency Regimes and Development in Politics in Asia. *Asian Survey*, vol. 18, no. 4, pp. 315–349.

Dixon R. (2011) Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. In: Ginsburg T., Dixon R. (eds.) *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar, pp. 96–111.

Dixon R., Jackson V. C. (2013) Constitutions Inside Out: Outsider Interventions in Domestic Constitutional Contests. *Wake Forest Law Review*, vol. 48, no. 1, pp. 149–209.

Gadbois G. H. (1968) Indian Supreme Court Judges: A Portrait. *Law and Society Review*, vol. 3, no. 2–3, pp. 317–336.

Gandhi P. (2010) Basic Structure and Ordinary Laws (Analysis of the Election Case & the Coelho Case). *Indian Journal of Constitutional Law*, vol. 4, pp. 47–70.

Gardbaum S. (2001) The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, no. 4, pp. 707–760.

- Garlicki L., Garlicka Z. (2011) External Review of Constitutional Amendments? International Law as a Norm of Reference. *Israel Law Review*, vol. 44, no. 3, pp. 343–368.
- Ginsburg T. (2003) *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Hübner M. C. (2005) Judicial Review of Constitutional Amendments in the Brazilian Supreme Court. *Florida Journal of International Law*, vol. 17, no. 3, pp. 449–461.
- Issacharoff S. (2011) Constitutional Courts and Democratic Hedging. *Georgetown Law Journal*, vol. 99, no. 4, pp. 961–1012.
- Issacharoff S. (2007) Fragile Democracies. *Harvard Law Review*, vol. 120, no. 6, pp. 1405–1467.
- Jackson V. C. (2009) *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press.
- Jackson V. C. (2001) Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience. *Duke Law Journal*, vol. 51, no. 1, pp. 223–287.
- Jackson V. C. (2005) The Supreme Court, 2004 Term—Comment: Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement. *Harvard Law Review*, vol. 119, no. 1, pp. 109–128.
- Jackson V. C. (2015) The (Myth of Un)amendability of the US Constitution and the Democratic Component of Constitutionalism. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, no. 3, pp. 575–605.
- Jackson V. C. (2013) Unconstitutional Constitutional Amendment: A Window on Constitutional Theory and Transnational Constitutionalism. In: Bäuerle M., Dann P., Wallrabenstein A. (eds.) *Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, pp. 47–76.
- Jacobsohn G. (2006) An Unconstitutional Constitution?: A Comparative Perspective. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, no. 3, pp. 460–487.
- Jacobsohn G. J. (2004) The Permeability of Constitutional Borders. *Texas Law Review*, vol. 82, no. 7, pp. 1763–1818.
- Jakab A., Sonnevend P. (2013) Continuity with Deficiencies: The New Basic Law of Hungary. *European Constitutional Law Review*, vol. 9, no. 1, pp. 102–138.
- Kalhan A. (2010) Constitution and “Extraconstitution”: Colonial Emergency Regimes in India and Pakistan. In: Ramraj V. V., Thiruvengadam A. K. *Emergency Powers in Asia: Exploring the Limits of Legality*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, pp. 89–120.
- Katz E. (1996) On Amending Constitutions: The Legality and Legitimacy of Constitutional Entrenchment. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, vol. 29, no. 2, pp. 251–292.
- Kommers D. P., Miller R. A. (2012) *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press.
- Kovács K., Tóth G. A. (2011) Hungary's Constitutional Transformation. *European Constitutional Law Review*, vol. 7, pp. 183–203.
- Landau D. (2013) Abusive Constitutionalism. *University of California Davis Law Review*, vol. 47, no. 1, pp. 189–260.
- Landau D. (2010) Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, vol. 51, no. 2, pp. 319–377.
- Levitsky S., Way L. (2010) *Competitive Authoritarianism: Hybrid Regimes after the Cold War*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Mehta P. B. (2002) The Inner Conflict of Constitutionalism: Judicial Review and the “Basic Structure”. In: Hasan Z., Sridharan E., Sudarshan R. (eds.) *India's Living Constitution: Ideas, Practices, Controversies*, Delhi: Permanent Black, pp. 179–206.
- Michelman F. I. (2003) Constitutional Legitimation for Political Acts. *Modern Law Review*, vol. 66, no. 1, pp. 1–15.
- Michelman F. I. (2003) Ida's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System. *Fordham Law Review*, vol. 72, no. 2, pp. 345–365.
- Michelman F. I. (2004) Is the Constitution a Contract for Legitimacy? *Review of Constitutional Studies*, vol. 8, no. 2, pp. 101–128.
- Miller R. A. (2010) Balancing Security and Liberty in Germany. *Journal of Natural Security Law and Policy*, vol. 4, pp. 369–396.
- Mohallem M. F. (2011) Immutable Clauses and Judicial Review in India, Brazil and South Africa: Expanding Constitutional Courts' Authority. *International Journal of Human Rights*, vol. 15, no. 5, pp. 765–786.
- Murphy W. F. (1980) An Ordering of Constitutional Values. *South California Law Review*, vol. 53, no. 2, pp. 703–760.
- Nanda V. P. (1975) The Constitutional Framework and the Current Political Crisis in India. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 2, no. 3, pp. 859–872.
- Neuborne B. (2003) The Supreme Court of India. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 1, no. 3, pp. 476–510.
- O'Connell R. (1999) Guardians of the Constitution: Unconstitutional Constitutional Norms. *Journal of Civil Liberties*, vol. 4, pp. 48–75.
- Partlett W. (2014) Constitutionally Eroding the Rule of Law. *International Journal of Constitutional Law Blog*, 8 January. Available at: <http://www.icconnectblog.com/2014/01/constitutionally-eroding-the-rule-of-law/> (accessed 03.03.2016).
- Pizarro Leongomez E. (2006) Giants with Feet of Clay: Political Parties in Colombia. In: Mainwaring S., Bejarano A. M., Pizarro Leongómez E. (eds.) *The Crisis of Democratic Representation in the Andes*, Stanford, CA: Stanford University Press, pp. 78–99.
- Posner R. A. (2003) *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Preuss U. (2011) The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience. *Israel Law Review*, vol. 44, no. 3, pp. 429–448.
- Rao Ch. (1978) Mrs Indira Gandhi and India's Constitutional Structures: An Era of Erosion. *Journal of Asian and African Studies*, vol. 22, no. 3–4, pp. 156–175.
- Ray A. (1987) From a Constitutional to an Authoritarian System of Government: Interactions between Politics and the Constitution in India. *Journal of Commonwealth and Comparative Politics*, vol. 25, no. 3, pp. 275–291.
- Rose-Ackerman S., Desierto D. A., Voloshin N. (2011) Hyper-Presidentialism: Separation of Powers Without Checks and Balances in Argentina and the Philippines. *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, no. 1, pp. 246–333.
- Roznai Y. (2013) Unconstitutional Constitutional Amendments—The Migration and Success of a Constitutional Idea. *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, no. 3, pp. 657–719.
- Roznai Y., Yolcu S. (2012) An Unconstitutional Constitutional Amendment—The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf Decision. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, no. 1, pp. 175–207.
- Russell M. (2012) Elected Second Chambers and Their Powers: An International Survey. *Political Quarterly*, vol. 83, no. 1, pp. 117–129.
- Samar V. J. (2008) Can a Constitutional Amendment be Unconstitutional? *Oklahoma City University Law Review*, vol. 33, no. 3, pp. 667–748.

- Scheppele K. L. (2013) The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists do not Work. *Governance*, vol. 26, no. 4, pp. 559–562.
- Schnably S. J. (2008) Emerging International Law Constraints on Constitutional Structures and Revision: A Preliminary Appraisal. *University of Miami Law Review*, vol. 62, no. 2, pp. 417–489.
- Sullivan K. (1993) The Supreme Court, 1991 Term—Foreword: The Justices of Rules and Standards. *Harvard Law Review*, vol. 106, no. 1, pp. 22–123.
- Stone Sweet A. (2000) *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press.
- Thayer J. B. (1893) The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, vol. 7, no. 3, pp. 129–156.
- Tushnet M. (2012) From Judicial Restraint to Judicial Engagement: A Short Intellectual History. *Georgia Mason Law Review*, vol. 19, no. 4, pp. 1043–1051.
- Tushnet M. (2013) The Relation Between Political Constitutionalism and Weak-Form Judicial Review. *German Law Journal*, vol. 14, no. 12, pp. 2249–2263.
- Waldron J. (1999) *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press.
- Waldron J. (2006) The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, vol. 115, no. 6, pp. 1346–1406.
- Weyland K. (2003) Neopopulism and Neoliberalism in Latin America: How Much Affinity? *Third World Quarterly*, vol. 24, no. 6, pp. 1095–1115.
- Williams K. (2011) When a Constitutional Amendment Violates the “Substantive Core”: The Czech Constitutional Court’s September 2009 Early Elections Case. *Review of Central and East European Law*, vol. 36, no. 1, pp. 33–51.
- Young E. A. (2005) Foreword—Comment: Foreign Law and the Denominator Problem. *Harvard Law Review*, vol. 119, no. 1, pp. 148–167.