

УДК 342.41

## ОСНОВНЫЕ МОДЕЛИ СОЗДАНИЯ (ИЗМЕНЕНИЯ) КОНСТИТУЦИИ И ИХ ВЛИЯНИЕ НА КОНСТИТУЦИОННУЮ ИДЕНТИЧНОСТЬ

Светлана СЕРЕГИНА,

доктор юридических наук, доцент, директор

Научно-исследовательского института государственного строительства и местного самоуправления  
Национальной академии правовых наук Украины

### SUMMARY

In the article have been disclosed general and particular features inherent in the constitutional process in different countries, identified the main model of constitutional changes, taking into account the so-called constitutional identity. Depending on the circumstances, which have become the basis for constitutional reforms, highlighted four main models of the Constitution: 1) the creation of a constitution as a result of the revolution, or “revolution-based model”; 2) the creation of a constitution after the war victors to the vanquished or “war-based model”; 3) a peaceful transition to a new constitution or “model based on the social contract”; 4) the creation of transnational (supranational) of the Constitution or “model based on the international treaty”.

**Key words:** constitution, constitutional process, constitution making, constitutional change, constitutional identity.

### АННОТАЦИЯ

Раскрываются общие и особенные черты, присущие конституционному процессу в разных странах мира, обозначаются основные модели конституционных изменений с учетом так называемой конституционной идентичности. В зависимости от обстоятельств, ставших основанием для проведения конституционных преобразований, выделено четыре основные модели создания конституции: 1) создание конституции в результате революции или «модель на революционной основе»; 2) создание конституции по окончании войны победителями для побежденных или «модель на военной основе»; 3) мирный переход к новой конституции или «модель на основе общественного договора»; 4) создание транснациональной (надгосударственной) конституции или «модель на основе международного договора». Отмечаются особенности каждой из этих моделей.

**Ключевые слова:** конституция, конституционный процесс, создание конституции, изменение конституции, конституционная идентичность, децентрализация.

**Постановка проблемы.** Все прошедшие годы независимости в Украине прошли под знаком конституционной реформы, превратившейся, по сути, в перманентный процесс. Отчасти это обуславливалось крайней позитивизмом правопонимания и, как следствие, слепой верой в то, что с помощью Основного Закона можно в одночасье установить демократическую, правовую государственность, отчасти – вполне осознанным стремлением создать надежный правовой фундамент для дальнейших преобразований. Как бы там ни было, проблематика конституционного правотворчества, в частности поиск оптимальных путей подготовки, принятия, а впоследствии и изменения конституции, традиционно является одной из ключевых в отечественном конституционно-правовом дискурсе. Однако практика проведения конституционной реформы отчетливо свидетельствует о недостаточности доктринальной базы в данной сфере.

**Актуальность темы исследования** обусловлена потребностью в более глубоком научном осмыслении основных моделей создания (изменения) конституции и их влияния на конституционную идентичность в аспекте продолжаемой конституционной реформы в Украине.

**Состояние исследования.** В украинской юридической науке попытки обобщить накопленный опыт создания и изменения конституции, причем опыт, накопленный не только в рамках одной страны или отдельного региона, но и в глобальном, мировом масштабе, и на этой основе осуществить определенную систематизацию имеющегося в этой сфере инструментария, начали предприниматься лишь в последние годы. Так, в частности, сами понятия

«конституционные преобразования», «конституционная реформа», «конституционный процесс» рассматривались в трудах Д. Белова, И. Куненко, О. Пересады, В. Тертычки и др. Вопросами сущности и содержания конституционно-правовых реформ в свое время занимались Ю. Бисага, В. Погорелко, П. Рудик, Ю. Тодыка, В. Федоренко, Ю. Шемшученко и др. В зарубежной конституционно-правовой и политологической литературе данная проблематика получила освещение несколько ранее в работах С. Авакьяна, М. Джениса, В. Киреева, И. Кравца, О. Кутафина, А. Медушевского, А. Робертсона, М. Розенфельда, Б. Сигана, К. Ульриха, В. Чиркина, А. Шайо и др. Однако, несмотря на имеющиеся в данной сфере разработки, в целом приходится констатировать, что исследование проблем «преобразования» конституций на сегодняшний день носит фрагментарный характер, а «преобразование» Конституции Украины в значительной степени лишено доктринальной основы, что вполне отчетливо проявилось в процессе работы Конституционной Ассамблеи 2012–2013 гг.

С учетом вышеизложенного целью статьи является выявление основных моделей создания (изменения) конституции с учетом влияния различных социально-правовых факторов на этот процесс, в том числе общественно-политических предпосылок осуществления и так называемой «конституционной идентичности».

**Изложение основного материала.** Приступая к исследованию, отметим, что в своей парадигматической форме создание конституции сводится к «creation ex-nihilo» (созданию из ничего) или тому, что Дж. Эльстер называет «начальной загрузкой» [1, с. 549], под которой подразуме-

вається повний розрив з предконституційним прошлым. Наприклад, якщо створення конституції слідкує по п'яти революції, свертнувшій старий режим, то новий конституційний строй не може оглядываться назад, чтобы получить от старого режима нормативную легитимность или преемственность. Новый конституційний строй всегда является нелегитимным с точки зрения дореволюционного нормативного порядка, поэтому любые претензии лиц, принимающих Конституцию Украины, к нормативной легитимности нового порядка, ими создаваемой, в известном смысле необоснованны. Не имея возможности ссылаться на старую легитимность, которая требуется новой конституции, она, следовательно, каким-то образом должна быть «перезагружена».

С точки зрения конституционной идентичности создание конституции требует как отрицания предшествующей конституционной идентичности, так и создания новой идентичности с использованием некоторого материала из предконституционного прошлого. Например, в случае Французской революции принятие конституции было сознательным актом отрицания (свержения и отказа от старого режима) с последующим установлением нового конституционного порядка: абсолютная монархия была заменена парламентской демократией. В итоге были востребованы и преобразованы, отчасти даже неосознанно, элементы и материалы из предшествующего конституционного опыта. Так, идея централизованного государства, реализованная абсолютной монархией, была востребована и при создании конституции, чтобы обеспечить единство и неделимость новой парламентской демократии.

Кроме того, создание конституции, как правило, влечет за собой изменение правового порядка, но в большинстве случаев не приводит к полной реконструкции самоидентификации народа. Так, в национальной идентичности французов существовала преемственность до и после революции, также как и у испанского народа во время диктатуры Ф. Франко и в период после нее, в эпоху конституционной демократии. Поскольку самоидентификация сохраняется (и до, и после создания конституции это тот же народ), вполне возможно, что важные изменения в содержании национальной идентичности произойдут уже после внедрения нового конституционного порядка. Французский народ как некая политико-правовая общность существовал и в дореволюционной Франции (в том числе благодаря достижениям абсолютной монархии в объединении и централизации), но он был разделен феодальной иерархией и сословным делением. В отличие от этого послереволюционная Франция стала страной равных граждан.

Для создания новой конституционной идентичности в связи с созданием конституции требуется, следовательно, отрицание как предшествующей конституционной идентичности, так и некоторых аспектов внеконституционной идентичности, а также повторное включение путем переработки или нового толкования особенностей предшествующего конституционного и внеконституционного порядка. Процесс отрицания и восприятия элементов прошлого является динамичным и диалектическим, временами он проходит периоды напряженности и противостояния, которые могут привести к новым конфликтам и, в свою очередь, к необходимости дальнейших изменений в конституционной идентичности.

Опыт США представляет собой хороший пример конституционной идентичности, формирование которой было начато с созданием новой конституции, развивалось в те-

чение длительного периода времени и требовало разрешения острых конфликтов для своего завершения. Один из важнейших компонентов американской конституционной идентичности был воплощен в знаменитой фразе, что «все люди созданы равными», содержащейся в Декларации независимости 1776 г. Эта фраза включает в себя как отрицание британской колониальной власти, против которой Американская революция успешно боролась, так и легитимности британского иерархического общества, а также утверждение либерального равенства в качестве основы нового конституционного строя.

Несмотря на это, Конституция США 1787 г. молчаливо признавала рабство как некий компромисс, чтобы избежать отхода практиковавших рабовладение штатов от конституционного договора. В то же время требовалась уверенность в том, что признание рабства не приведет к полному отрицанию либерального равенства в контексте нового конституционного порядка. Поэтому, например, Конституция США 1787 г. уничтожила все следы британской аристократии. Тем не менее, пока рабство оставалось конституционно допустимым, невозможно было построить внутренне целостную американскую конституционную идентичность. Потребовалось около восьмидесяти лет, испытание Гражданской войной, чтобы, наконец, рабство было отменено, и американская конституционная идентичность окончательно оформилась.

Чтобы новая конституция стала успешной, конституционная идентичность, формирование которой было начато с ее принятием, должна достичь пусть хрупкого, но баланса. С одной стороны, такая конституционная идентичность требует достаточного, хотя и не полного, отрицания предшествующих конституционных идентичностей: достаточного для того, чтобы дать начало новому конституционному строю, но не столь радикального, чтобы угрожать смыслу самоидентификации народа. С другой стороны, новая конституционная идентичность должна трансформировать и вновь включать достаточное количество предшествующего конституционного и внеконституционного материала, чтобы люди начали относиться к новой конституции как к своей собственной, и позволять интерпретаторам наделять ее ключевые положения таким содержанием, которое могло бы содействовать широкому распространению среди населения чувства легитимности по отношению ко всей политической системе.

При этом следует иметь в виду, что конституционная идентичность в значительной степени зависит от типа создания конституции, который привел к адаптации сложившейся конституционной идентичности. В самом деле, представляется логичным, что если созданию конституции предшествует насильственная революция, то новая конституционная идентичность будет более существенно отличаться от предконституционной, чем если бы переход к новой конституции был мирным. Имея это в виду, можно выделить четыре основные модели создания конституции: 1) создание конституции в результате революции или «модель на революционной основе»; 2) создание конституции по окончании войны победителями для побежденных или «модель на военной основе»; 3) мирный переход к новой конституции или «модель на основе общественного договора»; 4) создание транснациональной (надгосударственной) конституции или «модель на основе международного договора».

Если оставить в стороне своеобразный опыт Великобритании, который включает в себя процесс конституци-

онной аккреции (приращения), а не какого-либо создания конституции, все основные способы создания конституции могут быть отнесены к одной из четырех моделей, указанных выше, либо могут считаться производными от одной или нескольких из них.

Два наиболее известных примера «модели на основе революции» в конце XVIII века – американская и французская конституции, принятые, соответственно, после Американской революции и Великой французской революции. Революция основана на мощном и резком неприятии к существующему конституционному строю и дает четкое и ясное начало новому конституционному порядку. Серьезный отказ от предшествующего конституционного строя, однако, может быть столь радикальным, что способен препятствовать изменению конфигурации идентичностей, необходимых для того, чтобы новый конституционный строй начал функционировать. В этом отношении разница между Францией и Соединенными Штатами Америки весьма показательна. Как справедливо отмечает Х. Арендт, Французская революция и последовавший за ней террор повлекли столь радикальный разрыв с дореволюционным прошлым, что последующий проект конституции удавалось воплотить в жизнь с огромным трудом. В отличие от этого, Американская революция, которая была скорее освободительной войной против колониальной державы, не вызвала столь радикальный разрыв со своим доконституционным прошлым. Действительно, американская революция избавилась от британского колониального владычества, но в целом сохранила социальные и экономические структуры, существовавшие в колониальную эпоху [2, с. 165–166]. Как следствие, внедрение и существование американской Конституции оказались гораздо более спокойными, чем у ее французской коллеги.

«Модель на основе войны» включает в себя создание конституции по окончании войны победителями для побежденных. Это то, что случилось с Германией и Японией после их полной капитуляции по итогам Второй мировой войны. В обоих случаях был необходим решительный отказ от авторитарной идентичности в пользу конституционной, а в Германии – еще и полный отказ от нацистской идеологии. В обеих странах «модель на основе войны» успешно привела к эффективной конституционной демократии. Возможно, работа «модели на основе войны» была более успешной в Германии, потому что немцы усвоили необходимость перемен еще после начала боевых действий. Соответственно, сами немцы взяли на себя ведущую роль в создании нового конституционного порядка, который сводил на нет нацистское наследие и в то же время создавал новую идентичность на основе немецкой модели и с учетом донацистской идентичности страны.

«Модель на основе общественного договора» включает переход от авторитарного доконституционного режима к конституционной демократии путем переговоров между членами авторитарного режима или их последователями и реформаторами, которые обеспечивают переход к демократии. Лучшим примером договорной переходной модели является Испания, где после смерти генерала Ф. Франко в 1975 г. ни последователи Ф. Франко, ни демократическая оппозиция не были достаточно сильны, чтобы обеспечить свою победу путем войны или применения иного насилия по отношению к своим противникам, и обе стороны боялись неконтролируемых беспорядков и разгула насилия в стране. Это привело обе стороны за стол переговоров, и через переговорный процесс с использованием имевшихся

организационных инструментов и структур обеспечило перемены изнутри. Была достигнута договоренность, завершившаяся принятием Конституции 1978 г. в Испании. Другим примером данной модели могут служить договорные переходы после переговоров за круглым столом между коммунистическими лидерами, чьи позиции были серьезно ослаблены, и демократически настроенными диссидентами и реформаторами в различных странах Восточной и Центральной Европы в конце 80-х – начале 90-х гг. XX века, а также немного более поздний договорной переход, произошедший в Южной Африке.

Одна из опасностей договорных переходов заключается в том, что они не в состоянии привести к достаточному разрыву с предшествующим конституционным строем и однозначно поставить страну на путь к успеху в рамках новой конституции. В основе договора всегда лежит некий компромисс, приводящий в итоге к тому, что вновь созданный конституционный строй содержит в себе внутренне противоречивые элементы [3]. Этот тип опасности смягчается, однако, связанностью многих договорных конституций, в том числе в Испании и Восточной Европе, с международно-правовыми нормами с целью последующей интеграции в Европейский Союз или Совет Европы.

Наконец, «модель на основе международного договора» на сегодняшний день является преимущественно спекулятивной. Она основана на единственном примере недавнего договора по созданию Конституции для Европы, которому так и не было суждено осуществиться. Тем не менее эта модель достойна рассмотрения в ретроспективе, возможно, всех имеющихся договоров между членами Европейского Союза, таких как Маастрихтский Договор (1992 г.), Амстердамский договор (1997 г.), Нишский договор (2001 г.) и Лиссабонский договор (2007 г.), которыми де-факто уже создан действующий конституционный режим для Европейского Союза [4, с. 173, 176].

Концепция конституции на основе международного договора может показаться на первый взгляд нелепой. Действительно, международные договоры, как правило, используются для дальнейших внешних сношений между суверенными государствами, тогда как в конституциях традиционно регламентируются внутренние отношения между членами единого суверенного государства. Поэтому в своей парадигматической форме конституция устанавливает, изменяет или восстанавливает некую общность с собственной идентичностью, в то время как договор устанавливает дискретный общий проект между суверенными сторонами, сохраняющими собственную идентичность.

Однако при более пристальном рассмотрении, особенно в свете международных пактов о правах человека (таких как Европейская конвенция о защите прав и основополагающих свобод 1950 г.), выше названные различия между международным договором и конституцией становятся гораздо менее резкими. Например, Европейская конвенция охватывает внешние отношения между государствами, которые являются ее участниками, но эти отношения касаются сферы обеспечения прав человека, которая, как правило, является предметом внутренней юрисдикции государств. Кроме того, упомянутая конвенция учредила Европейский суд по правам человека и позволила гражданам государств-участников Конвенции подать в Европейский суд на свое государство в случае нарушения своих прав, предусмотренных Европейской конвенцией (после исчерпания всех национальных средств правовой защиты). В соответствии с этим вполне можно утверждать, что Европейская конвен-

ция является договором, который создает некую конституцию основных прав для всех подписавших ее государств.

Следует отметить, что создание конституции на основе международного договора создает множество проблем, связанных с конституционной идентичностью. Например, одной из острых проблем идентичности, которая возникает на транснациональном уровне, является проблема надлежащего соотношения между конституцией, созданной на основе международного договора, и конституциями государств-наций, являющихся участниками договора. Другими словами, помимо всех прочих возможных проблем, транснациональная конституционная идентичность, как представляется, неизбежно столкнется со всеми национальными конституционными идентичностями, на которые она оказывает влияние. В целом потенциал столкновений между национальными (внутригосударственными) и транснациональными (международными) нормами создает проблемы идентичности не только в контексте конституции, создаваемой на основе международного договора, но и в том, что создание национальной конституции предполагает включение транснациональных норм для имплементации в пределах национального государства.

В целом проведенное исследование дает возможность сформулировать следующие выводы.

1. Конституционная реформа имеет широкий спектр, простирающийся от постепенного изменения конституции и эволюции в процессе аккреции (накопления нормативного материала) до конституционной революции.

2. С формальной точки зрения можно различать конституционные поправки, юридический пересмотр конституции, конституционные реформы, а также создание новой конституции, заменяющей старую. Однако с содержательной точки зрения и с точки зрения оценки последствий этих формальных различий может быть недостаточно. Например, с формальной точки зрения США отменили рабство и закрепили конституционное равенство путем внесения двух конституционных поправок (13-й и 14-й) по окончании гражданской войны. Однако с содержательной точки зрения эти две поправки ознаменовали собой осуществление настоящего конституционного переворота с глубокими и далеко идущими последствиями для конституционной идентичности народа, поскольку привели к признанию всеобщности гражданских прав и радикальной трансформации американского федерализма.

3. В зависимости от обстоятельств, ставших основанием для проведения конституционных преобразований, можно выделить четыре основные модели создания конституции: 1) создание конституции в результате революции или «модель на революционной основе»; 2) создание конституции по окончании войны победителями для по-

бежденных или «модель на военной основе»; 3) мирный переход к новой конституции или «модель на основе общественного договора»; 4) создание транснациональной (надгосударственной) конституции или «модель на основе международного договора».

4. Исходя из предыдущих соображений, представляется более плодотворным акцентировать внимание на содержании происходящих изменений, а не на их форме. С содержательной точки зрения конституционная реформа подразумевает определенную преемственность, которая является менее рискованной, чем постепенное изменение через процесс аккреции (наслоения). В то же время она предполагает меньшую степень изменений по сравнению с теми, которые осуществляются в результате конституционных революций. Кроме того, потребность в конституционной реформе может прийти сверху или снизу. Если она приходит сверху, субъекты политической системы стремятся осуществить конституционные изменения, не заходя слишком далеко, чтобы не вызвать конституционный переворот. С другой стороны, потребность в конституционной реформе происходит снизу, когда конституционная идентичность и/или внеконституционные идентичности развились до такой степени, что в них развивается чувство несоответствия между официальной (формальной) конституцией и ее материальным содержанием.

5. Независимо от того, откуда исходит потребность конституционной реформы – сверху или снизу, чтобы предполагаемая реформа была успешной, она должна стремиться «уровнять» формальные признаки реформированной конституции с соответствующими изменениями в конституционной и внеконституционных идентичностях. Конституционная реформа, кроме того, в некоторой степени сродни созданию конституции; она менее разрушительна для конституционного порядка, предшествующего реформе, хотя и создание конституции, как бы то ни было, начинается именно с него.

#### Список использованной литературы

1. Elster J. Constitutional bootstrapping in Philadelphia and Paris / J. Elster // *Cardozo law review*. – 1993. – Vol. 14. – P. 549–575.
2. Arendt H. On revolution / H. Arendt. – NY : Viking Press, 1963. – 352 p.
3. Серёгин В. А. Конституция Украины: компромисс на пути к цивилизованному обществу / В. А. Серёгин // *Бизнес Информ*. – 1996. – № 24. – С. 6–11.
4. Weiler J. On the power of the word: Europe's constitutional iconography / J. Weiler // *International Journal of Constitutional Law*. – 2005. – Vol. 3. – № 2–3. – P. 173–190.

**„JURNALUL JURIDIC NAȚIONAL:  
TEORIE ȘI PRACTICĂ” S.R.L.**

**Publicație științifico-practică de drept  
„НАЦИОНАЛЬНЫЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ:**

**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА” O.O.O.  
Научно-практическое правовое издание**

**„NATIONAL LAW JOURNAL:  
THEORY AND PRACTICE” L.L.C.**

**Scientific and practical Publication in law**

**Certificat de înregistrare nr.1013600031111 din 30.09.2013  
eliberat de Camera Înregistrării de Stat**

**ISSN 2345-1130**

Revistă inclusă în Registrul Național al revistelor științifice de profil prin hotărârea comună nr. 270 din 31.10.2013 a Consiliului Suprem pentru Știință și Dezvoltare Tehnologică și a Consiliului Suprem pentru Acreditare și Atestare al AȘM

Журнал включен в Национальный реестр профильных научных журналов совместным решением № 270 от 31.10.2013 Высшего совета по науке и технологическому развитию и Высшего Совета по аккредитации и аттестации Академии наук Молдовы

The magazine included in the national register of scientific magazines profile of joint decision nr. 270 of 31.10.2013 of the Supreme Council for science and technological development and the Supreme Council for accreditation and attestation of Academy of Sciences of Moldova

**Fondatori:**

**Instituția Privată de Învățământ  
Institutul de Științe Penale și Criminologie Aplicată  
Întreprinderea cu capital străin «Demsta» S.R.L.**

**Se editează din martie 2013**

**Nr. 1(11) 2015**

**Redactor-șef L. Arsene**

**Redactor științific O. Bejan, doctor în drept**

**Colegiul de redacție:**

*G. Alecu*, doctor în drept, prof. univ., (Constanța, România); *P. Biriucov*, doctor în științe juridice, profesor (Voronej, Federația Rusă); *V. Bujor*, doctor în drept, prof. univ.; *G. Costachi*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *N. Egorova*, doctor în științe juridice, profesor (Volgograd, Federația Rusă); *N. Karpov*, doctor în științe juridice, profesor (Kiev, Ucraina); *M. Gheorghiuță*, doctor habilitat în drept, prof. univ.; *I. Guceac*, doctor habilitat în drept, prof. univ., membru corespondent al AȘ RM; *V. Guțuleac*, doctor în drept, prof. univ.; *E. Haritonov*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Odesa, Ucraina); *V. Șepitko*, doctor în științe juridice, profesor, membru corespondent al AȘ din Ucraina (Harkov, Ucraina).

Adresa redacției: Casa Presei et. 5, of. 512,  
str. Pușkin 22, mun. Chișinău, MD-2012, Republica Moldova  
Tel.: 022-233790

E-mail: jurnaljuridic@mail.ru

Pagina Web: jurnaljuridic.md

**СОДЕРЖАНИЕ**

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА,  
ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

Віталій ГАЙТАН. Інвестиції як корпоративна політика економічної модернізації пострадянського простору.....5

Андрей КУЧУК. Правовой полицентризм как предмет юридической науки.....9

Христина МАШТАЛІР. Державно-правові погляди Є. Петрушевича в 20–30-х рр. ХХ ст. ....14

Оксана МЕЛЕНКО. Особенности методологического аспекта научно-правового творчества Б.А. Кистяковского и его плюралистический подход к познанию права .....20

Віктор САВЕНКО. Закон як форма відображення юридичної природи суспільних відносин у державі.....25

Тетяна ТЄЛЬКІНСНА. Лобіювання в Російській імперії права підданих на мирні зібрання (на прикладі Катеринославського губернського земського зібрання) .....29

КОНСТИТУЦИОННОЕ  
И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Оксана ВАСИЛЬЧЕНКО. Трансформація ідеї рівності людей у принцип рівності прав і свобод людини та громадянина .....34

Ксенія НАУМОВА. Місце правових актів органів і посадових осіб місцевого самоврядування в системі законодавства України.....39

Светлана СЕРЕГИНА. Основные модели создания (изменения) конституции и их влияние на конституционную идентичность .....43

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

Sergiy BODNAR. Features of formation of administrative court decisions on protection of rights and freedoms of foreign citizens .....47

Олеся МАРЧЕНКО. Роль административных актов в обеспечении предоставления рекламных услуг в Украине .....51

Anton MONAIENKO. Das neue Konzept der staatlichen migrationspolitik in der Ukraine.....55

Роман ОПАЦКИЙ. Механизм координации деятельности субъектов ювенальной политики в Украине.....61