

**КОНЦЕПЦИЯ «ЖИВАЯ КОНСТИТУЦИЯ» КАК ОСНОВНАЯ
ДОКТРИНА КОНСТИТУЦИОННОГО РАЗВИТИЯ США В XX ВЕКЕ****С.Э.МУРАДОВ****Бакинский Государственный Университет****smuradov@inbox.ru**

В статье рассматриваются генезис, развитие и основное содержание концепции «живая конституция». Данная концепция сыграла роль теоретической основы конституционного развития США в XX веке, доктринально обосновывая внеконституционные способы развития Конституции, не предполагающие изменений в ее тексте. Наряду с изложением содержания концепции, идей составляющих ее основу, в статье также анализируются теоретические и практические проблемы, связанные с применением данной концепции.

Последние десятилетия XX – начала XXI века характеризуются как для Азербайджана, так и зарубежных стран (особенно постсоветского региона) резкими изменениями во всех областях общественной жизни. Это утверждение справедливо и в отношении правовой системы. Современное конституционное законодательство Азербайджана, как и национальное законодательство в целом, представляет собой динамично развивающееся явление. В то же время, государство и общество заинтересованы в стабильности конституционных норм. Конституция, независимо от ее разновидностей, является своеобразным атрибутом государственности, и в то же время она символизирует соотношение социально-политических сил, состояние, условия и тенденции развития данного общества и государства. Конституции как основному закону государства, закрепляющему существующие или складывающиеся общественно-экономические устои и принципы, имманентно присуща определенная стабильность, без признания и наличия которой просто теряются ее характер и специфика.

Однако стабильность Конституции не адекватна неизменности ее положений, особенно отдельных статей и правовых норм, консервации конституционно-правового регулирования общественных отношений. Необходимость внесения изменений и дополнений в конституцию носит объективный характер, что не может не учитывать государство, органы законодательной власти.

Конституция США была официально ратифицирована в 1789 г. и за длительную историю своего существования формально подверглась процедуре внесения поправок только 27 раз. Чем объяснить столь незначительное число поправок? Совершенно ясно, что поправки к Конституции поведают нам ничтожно мало о конституционной истории США в XX веке и, соответственно, о современной системе государственного управления. Для исследования следует обратиться к иным источникам информации, к иным источникам права. Получить адекватное представление о конституционном развитии США возможно

лишь обратившись к прецедентам Верховного суда и актам Конгресса и президента [1, 1750].

Эволюция американского общества и государства отразилась и на конституционном развитии США. Формально текст Конституции остался почти прежним, хотя ее повседневное действие, организация и методы функционирования политической системы в рамках традиционной конституционной структуры существенно изменились. Лоуренс Фридмен, рассматривая двойственный характер Конституции США, отмечает, что Конституция сама по себе является только клочком бумаги. В ее словах и фразах нет ничего магического. Могущественна не сама американская Конституция, а американская конституционная система, вообще. Эта система состоит, во-первых, из отношения общества к конституции, а во-вторых, из образцов поведения и институтов, взращенных вокруг Конституции. Конституция, несмотря на то, что она важна и хорошо сделана, сама по себе не могла бы и не может объяснить конституционную систему [10, 150]. Б. Шварц характеризует подобную ситуацию в конституционной системе США следующим образом: «Главные направления конституционной системы все еще остаются теми же, которые были намечены вначале; существует преемственность в системе правления, что является уникальным в постоянно меняющемся мире. Но система доказывает свою действенность только потому, что она постоянно приспосабливается к меняющимся требованиям двух веков» [8,108].

Причины стабильности Конституции некоторые американские юристы и политологи усматривают в мудрости и дальновидности отцов-основателей, которые, предвидя будущие изменения, сделали этот документ юридически конкретным и одновременно политически гибким для того, чтобы приспособиться к изменяющейся социальной среде.

Объяснение парадокса можно найти и в том, что в ходе длительного существования Конституции практиковалось использование альтернативных поправок способов изменения конституции. Оригинальная модель американского конституционализма основана на сочетании чрезвычайно жесткой конституции и очень гибких механизмов ее внеконституционного изменения. Система разрешения конституционных конфликтов является уникальной, поскольку основана на лавировании между принципиально различными источниками права (прежде всего конституционного и обычного), представляя собой в известном смысле синтез между ними. Правовая доктрина, легитимировавшая подобные способы конституционного развития и тем самым обеспечивавшая компромисс между стабильностью конституции и общественным развитием, получила название «живая конституция».

Тот факт, что толкование, в частности судебное, в гораздо большей степени является источником «жизни» для Конституции США, чем процесс внесения в нее поправок, подчеркивался многими американскими правоведами. Стабильность формальной юридической конституции, по их мнению, обусловлена прежде всего характером существующей наряду с ней постоянно изменяющейся под воздействием исторической обстановки реальной, живой конституции и степенью несовпадения их друг с другом.

Для объяснения и доктринального обоснования этого несовпадения ученым пришлось перейти рамки формально-юридического определения консти-

туции. Наряду с нормативной системой конституционного регулирования политической системы, современная наука конституционного права признает и важную роль норм и институтов, не имевших конституционно-правового характера с формально-юридической точки зрения.

«Живая конституция», таким образом, ассоциируется с реальной политической практикой, а в число компонентов, ее образующих, включаются решения Верховного суда, деятельность законодательной и исполнительной властей и другие институты, реально сложившиеся в ходе развития политической системы. Одни ученые относят к источникам живой конституции, кроме указанных, нормы, создаваемые судебными решениями, законодательными статутами, административными актами, обычаями, а также доктрины влиятельных государственных деятелей и правоведов. Другие считают, что понятие живой конституции включает в себя понятие конституции как документа плюс окончательное толкование Верховным судом ее положений [8,109].

Отмечается, что наряду с Верховным судом важная роль в процессе приспособления конституционных положений к потребностям современного времени путем их толкования в ходе политической деятельности принадлежит и Конгрессу, и президенту.

По итогам XX века можно сказать, что концепция живой конституции является доктринальной основой конституционного развития США. Возникновение и развитие доктрины имеет исторические и политические особенности, существенно повлиявшие на ее современное понимание.

Дискуссии относительно свойств Конституции, способствующих ее выживанию без вмешательства в текст конституции, появились еще в конце XIX века и были связаны с применением принципов общего права к конституционному праву, но достигли своей кульминации во время конституционных споров о «Новом курсе» Ф.Д.Рузвельта. Администрация Ф.Д.Рузвельта в целях вывода страны из кризиса разработала программу, именуемую «новый курс», чьим основополагающим вектором было «обуздание» частнокапиталистической, индивидуалистической рыночной стихии. Суть нового курса состояла в новом отношении государства к экономической и социальной жизни, которое выразилось в расширении регулирующих функций и социальной ответственности государства за благосостояние граждан.

Осуществление этого плана требовало оперативной трансформации государственного механизма в структуру, которая радикально отличалась от закрепленной в тексте Конституции 1787 года. В результате этого политически актуальным стал целый ряд теоретических направлений, неизвестных поколению отцов-основателей, таких как дарвинизм, историзм и прагматизм, которые убеждали в том, что Конституция США обладает возможностями адаптации к изменяющимся социальным условиям и целям.

В период с 1936, после «Нового курса», по 1990 гг. все теоретики права использовали в своих учениях различные толкования доктрины «живая конституция».

До этого периода, с момента ратификации и на протяжении почти всего XIX века, существовало неоспоримое убеждение в том, что единственным методом толкования Конституции является буквальный метод, который должен иметь целью уяснение смысла, вложенного отцами-основателями непосредст-

венно в текст Конституции, что изменить установленные ими правила можно только путем внесения поправок. Говард Гилман предполагает, что основной причиной такого единодушия явилось просто отсутствие иного понимания этой проблемы. В этот период не существовало масштабных критических концепций о толковании конституции. Были лишь разногласия по поводу того, что говорит Конституция [6, 3].

Можно согласиться с Г.Гилманом лишь отчасти, так как уже при первых президентах страны шли острые споры относительно толкования Конституции и полномочий федерального правительства. Хотя в том, что единственной доктриной толкования Конституции в тот период был именно «оригинализм», сомневаться не приходится.

Оригинализм – своеобразная американская правовая теория и одновременно важная доктрина в деятельности Верховного суда, основанная на принципах однозначности и неизменности текста Конституции, а также принятия решений судьями на основе исключительно толкования текста Основного закона без учета его временного конъюнктурного понимания и личных политико-социальных и экономических представлений.

Достаточно привести мнения авторитетных ученых-юристов того времени. Так, Дж.Стори считал, что Конституция должна иметь четко определенную форму и структуру, быть недостижимой для людских деяний и далекой от партийных страстей и веяний времени. Быть сегодня такой же, как вчера, а завтра такой же, как сегодня [6, 3].

Томас М.Кули писал, что основным правилом работы с письменным инструментом является его однозначность и, что интерпретироваться он должен в единой форме. Конституция создавалась не для того, чтобы иметь одно значение в это время и иное в последующем, когда обстоятельства изменятся, и будет казаться, что правило можно понять иначе, если необходимо и выгодно. Смысл конституции определяется при ее ратификации и неизменен в любое последующее время. Конституция утратит главное свое достоинство и преимущество письменной конституции, если правила, которые установлены будут столь гибкими, что поддадутся новым обстоятельствам или изменившемуся общественному мнению [6, 4].

Судьи XIX века в вопросе о методе толкования проявляли полное единодушие – толковать Конституцию следовало только по тексту, составленному отцами – основателями.

С началом усиления федерального правительства, которое объяснялось необходимостью решать проблемы, с которыми ни страна, ни Конституция доселе не сталкивались, возникла острая необходимость в новом конституционном порядке. И казалось благоразумным, что Конституция была в состоянии стать адекватной этим вызовам, без вторжения в ее текст.

Представители теории живой конституции считали, что Конституция уже отделилась от своих создателей, начала свою реальную жизнь и многие ее нормы должны толковаться и применяться не адекватно представлениям тех, кто сформулировал те или иные статьи. Подобные тезисы были положены в основу суждения о том, что смысл Конституции должен адаптироваться к изменяющимся социальным условиям.

Развитие теории живой конституции и превращение ее в основную док-

трину конституционного развития пришлось на XX век. Одним из основоположников этой доктрины считается Оливер Венделл Холмс. В противоположность нормативистски ориентированным теориям права, он подчеркивал значение правосознания общества для адекватного функционирования норм права. В связи с этим ученый обращал внимание на такие факторы, как насущные потребности эпохи, осознанные или не осознанные доминирующие моральные и политические теории, институты публичной политики, даже предрассудки, которые судья разделяет со своими современниками. Все они оказывают, согласно его утверждению, большее влияние на право, чем силлогизмы, определяющие правила, по которым надо управлять человеком. Право выступает одновременно как продукт истории развития нации за столетие и результат современных трактовок законодательства. На пересечении этих двух линий возникает, так называемое, общепризнанное понимание права, характерное для каждой конкретной эпохи и наделенное своей спецификой. Поэтому на разных исторических этапах своего развития право при сохранении известной общей преемственности различается по форме, устройству, а главное – по способности достичь желаемых результатов. Холмс считал, что правовые нормы – не математические формулы, смысл которых можно понять, взяв в руки словарь, что жизнь права есть не логика, а опыт. В контексте такой релятивистской и прагматической трактовки права Холмс сформулировал новый подход к интерпретации Конституции. Ввиду того, что в Конституции можно было увидеть только структуры управления и несколько общих принципов права, необходимо было выявить фундаментальные принципы общего права, изложенные в конституции в измененном виде, и раскрыть их и ценности конституции в принимаемых судебных решениях [9,70].

Свой вклад в развитие доктрины живой конституции внесли Чарльз Бирд и Карл Ллевеллин. По мнению Бирда, лишь малая часть Конституции является зафиксированным и точно выраженным правом. Конституция это, прежде всего, деятельность граждан, судей, управленцев, законодателей и всех остальных, кто имеет отношение к реализации права, направленная на изменение существующих межличностных и имущественных отношений, либо на их сохранение [2,99]. Выступая против понимания конституции как сугубо правового документа, К. Ллевеллин, например, использовал понятие живой конституции применительно к многочисленным традициям, обычаям и политическим институтам американской системы правления. По его мнению, живая конституция охватывает все те базовые атрибуты правления, которые являются упорядоченными в своих функциях, а также рассматриваются политическими участниками как обладающими бесспорной стабильностью [8,111].

В качестве основного аргумента этой доктрины выступает тезис о том, что подлинная живая конституция не только повседневно воспроизводится в писаной форме различными статутами, судебными решениями и комментариями, но и подобно живому организму имеет собственное существование и обладает потенциальной способностью к изменению. Это один из основных аргументов для обоснования фактического наличия в США действующей, живой конституции.

Современные сторонники доктрины живой конституции, развивая суждения в этом русле, отрицают необходимость механизма поправок, и считают, что

конституционное развитие США соответствовало бы осуществленному на деле и в случае отсутствия положений V статьи Конституции. [3, 248].

Недопустимо упрощать живую конституцию до разновидности неписаной конституции; доктрина легитимирует больше чем конституционные обычаи и правила, отсутствующие в тексте Конституции. Учреждается механизм конституционного развития, не предусмотренный Конституцией. Происходит узаконение, придание конституционности целому собранию институтов, которые были оправданы временем и, которым было оказано всеобщее признание. Среди этих, основанных на толковании Конституции адаптаций, находится администрация президента. Хотя Конституция просто говорит о главном должностном лице в каждом подразделении исполнительной власти, президенты всегда истолковывали это понятие должностных лиц как коллектив, подобно кабинету, хотя у последнего и отсутствуют все черты «классического» кабинета, ответственного перед законодательным органом. Система постоянных комитетов в Конгрессе, в корне изменившая законодательный процесс, также не имеет санкционирования со стороны Конституции, но прочно внедрилась в институциональную структуру Конгресса, в законодательный и политический процессы. Наиболее весомым, с точки зрения значимости для политической системы, из всех внеконституционных адаптаций было развитие политических партий. Фундаментальным по своему значению способом развития Конституции принято считать ее социально-политическую эволюцию (образование двухпартийной системы, развитие полномочий президентской власти, усиление регулирующей роли государства и т.п.).

Преобразование Конституции осуществляется, главным образом, через развивающее ее предписания федеральное законодательство и практику Верховного суда, которые часто основаны на новом толковании традиционной конституционной доктрины. Подобные конституционные преобразования, осуществленные Верховным судом, Брюс Акерман называет не иначе, как «юридической революцией», и говорит об этом процессе как об одном из способов преобразования живой конституции [1, 1742]. Например, в 1971 г. Верховный Суд сделал одно из своих периодических открытий: XIV-я поправка к Конституции была обращена на запрет дискриминации на основе половой принадлежности. Такое решение Суда вызвало бы величайшее удивление творцов Поправки (ее пронегроидный характер подчеркивался и тем, что ее положения в первой четверти XX века не применялись к иммигрантам из Азии [5, 124]), но действия судей демонстрируют эволюционный характер Конституции – живого, дышащего, изменяющегося документа [4, 534].

Под живой конституцией не следует понимать только свойство Конституции 1787 года, как, например, живучесть биологического организма. Так как по сути это конгломерат нормативно-правовых актов, различных по своей юридической природе и силе, регулирующий конституционно-правовые отношения в США. Но если предпринять попытку составить список источников конституционного права, мы столкнемся с определенными трудностями: нет критерия, по которому можно было бы бесспорно отнести тот или иной акт к живой конституции. И если признать тот факт, что Конституция «живет», эволюционирует, то каковы принципы и направления этой эволюции? В тексте Конституции не разглядеть и малой части проделанного пути, что, естественно, весьма за-

трудняет правоприменительную деятельность.

Некоторые авторы в данном случае и вовсе задаются вопросом: а не разучились ли американцы писать конституции? [1, 1743] В действительности эта проблема немаловажна для страны с писаной конституцией, и, более того, в состоянии вызвать кризис доверия к праву. Система американского права в целом, и конституционное право, в частности, сложно и трудно поддаются усвоению. Несмотря на наличие многочисленных доступных публикаций, баз данных нормативных актов и судебных решений, процесс применения права требует больших усилий. Конгломерат нормативного материала грозит превратиться в нагромождение правовых предписаний, лабиринт, что неминуемо приведет к утрате основного блага - правовой определенности.

Живая конституция также противопоставляется конституционализму представительной демократии. Критики живой конституции акцентируют внимание на отстранении избирателей от конституционного процесса, и вовлечении в него, не избираемого Верховного Суда. Для того, чтобы «живая конституция» продолжала существовать, гражданам необходимо бездействовать, делает вывод Энтони Скалиа [7, 47].

Механизм конституционного развития США не может интерпретироваться исключительно в категориях жесткого и гибкого конституционализма. Доктрина «живая конституция» позволила совместить различные источники конституционного права, на первый взгляд, не ставя под сомнение фундаментальные правовые ценности. Сохранив динамизм системы, эта доктрина позволяет апеллировать как к позитивному праву, так и к «живому праву», искать различные возможности соотношения между ними. Безупречность конституции не может быть достигнута на стадии составления и ратификации проекта, а достигается через реализацию конституции и стимулируется практикой последующей модификации. Причинами появления вышеохарактеризованного механизма преобразования Конституции США являются сложность текстуальной модификации на фоне необходимых оперативных и существенных изменений и традиции общего права.

ЛИТЕРАТУРА

1. Ackerman B. The living constitution. *Harvard Law Review*. 2007, v. 120, № 7. 1737-1812 p.
2. Belz H.A living constitution or fundamental law? *American constitutionalism in historical perspective*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1998, 277 P.
3. Denning B.P. Vile J.R. The relevance of constitutional amendments: a response to David Strauss. *Tulane Law Review*, Vol. 77, 2002. 247-282 P.
4. Friedman L.M. A history of American law. N.Y.: A Touchstone book, 2005. 640 P.
5. Friedman L.M. American law in the 20th century. New Haven. Yale University Press, 2002. 722 P.
6. Gillman Howard «Political Development and the Origins of the «Living Constitution»» (2006). Schmooze tickets. Paper 53, 9 P. http://digitalcommons.law.umaryland.edu/schmooze_papers/53
7. Scalia Antonin. A matter of interpretation: federal courts and the law. Princeton: Princeton University Press, 1998. 172 P.
8. Егоров С.А. Современная наука конституционного права США. М.: Наука, 1987, 191 с.
9. Медушевский А.Н. Теория конституционных циклов. М.: ГУ ВШЭ, 2005, 574 с.
10. Фридмэн Л. Введение в американское право. М.: Прогресс, 1993, 286 с.

“CANLI KONSTITUSIYA” KONSEPSİYASI ABŞ-ın XX ƏSRDƏ KONSTITUSIYA İNKİŞAFININ ƏSAS DOKTRİNASI KİMİ

S.E.MURADOV

XÜLASƏ

Məqalədə “canlı konstitusiya” konsepsiyasının genezisi, inkişafı və əsas məzmunu nəzərdən keçirilir. Konstitusiyanın mətnində düzəlişləri nəzərdə tutmayan, konstitusiyadan kənar olan inkişaf üsullarını əsaslandırان konsepsiya, XX əsrdə ABŞ-ın konstitusiya inkişafının doktrinal əsası olub. Konsepsiyasının məzmununa və əsasını təşkil edən ideyalarına nəzər salmaqla bərabər, onun tətbiqi ilə əlaqəli nəzəri və təcrübi problemlər də təhlil olunur.

THE CONCEPT OF "LIVING CONSTITUTION" AS THE BASIC CONSTITUTIONAL DOCTRINE OF THE UNITED STATES IN THE XX CENTURY

S.E.MURADOV

SUMMARY

This article discusses the genesis, development and the basic content of the concept of "living constitution". This concept was of great significance as theoretical foundation of the constitutional development in the United States in the XX century, doctrinally justifying extra-constitutional means of developing the Constitution, which do not involve changes in its text. Besides outlining the core content of the concept, as well as ideas forming its foundation, the article also analyzes the theoretical and practical problems associated with the use of the concept.