

Л.Г. Берлявский

## ВКЛАД Л.Д. БРАНДАЙЗА В РАЗВИТИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА СОЕДИНЕННЫХ ШТАТОВ АМЕРИКИ

**Аннотация.** Статья посвящена исследованию конституционно-правовой концепции Луиса Брандайза — видного американского правоведа, члена Верховного Суда США. Его считают одним из четырех величайших судей XX столетия. Л. Брандайзу удалось добиться успеха в отстаивании социальных и трудовых прав работников, прямо не закрепленных Конституцией США. «Brandeis Brief» стал существенным вкладом в процессуальное право США. Брандайз был сторонником концепции «живой Конституции», которая базируется на идее социальных изменений, эволюции правовой системы и Основного закона.

**Ключевые слова:** сравнительное правоведение, Луис Брандайз, конституционно-правовая концепция, Верховный Суд, США, социальные права, трудовые права, процессуальное право, неприкосновенность частной жизни, права человека.

В современных условиях, когда происходит разработка и реализация нового социального законодательства, закладываются правовые основы реформ пенсионного обеспечения и медицинского страхования в США и других странах актуален вопрос о соответствии данных новелл Основным законам. В этом плане представляют интерес взгляды и деятельность одной из самых ярких фигур американской конституционной юриспруденции — Л. Брандайза.

При этом современная российская юриспруденция испытывает стремительно возрастающий интерес к классике американской философии права, долгое время остававшейся вне поля зрения отечественных исследователей<sup>1</sup>.

Между тем, конституционно-правовая концепция Брандайза практически не исследована в отечественном правоведении. Луис Д. Брандайз (1856-1941) — видный американский правовед, член Верховного Суда США. Изучению его конституционно-правовых взглядов в американском правоведении посвящена целая библиотека научной и биографической литературы, в том числе, работы последнего времени<sup>2</sup>. Научную литературу, по-

священную этому юристу, в американском государственном ведении называют «книжная полка Брандайза».

Редко кто из американских юристов удостоивался такого внимания ученых, как он. Один из первых его биографов А. Мэйсон назвал свою монографию «Жизнь свободного человека». В исследовании, посвященном первой поправке к Конституции США, В. Блэйзи утверждал, что для Брандайза, как и для Т. Джефферсона успешность демократии зависит от духовных качеств, жизненности, мужества и энергии граждан<sup>3</sup>. В недавнем обобщающем сочинении по конституционному праву США он представлен как последовательный защитник 4-й, 5-й, 8-й поправок к Конституции США, всего комплекса прав и свобод человека<sup>4</sup>. Его считают одним из четырех величайших судей XX столетия<sup>5</sup>.

В 20-летнем возрасте Брандайз окончил юридический факультет Гарвардского университета. Он был признан самым выдающимся студентом за все время

<sup>1</sup> Архипов В.В. Концепция права Лона Л. Фуллера: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009. С. 3.

<sup>2</sup> Berk G. Louis Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900-1932. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; Urofsky M. Louis D. Brandeis: A Life. N.Y.: Pantheon, 2009; Urofsky M. Louis D. Brandeis: advocate before and on the bench // Journal of Supreme Court History. 2005. № 30. P. 31-46; Purcell E. Brandeis and the Progressive Constitution: Erie, the Judicial Power, and the Politics of the Federal Courts in Twentieth-Century America. New Haven: Yale University Press, 2000; Grennan J. Brandeis & Frankfurter: A Dual Biography. N.Y.: Harper & Row, 1984; Bickel A. The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis. Cambridge: Harvard University Press, 1957; Brandeis and America / Ed. Nelson L. Dawson. Lexington: University Press of Kentucky, 1989; De Haas J. Louis D. Brandeis, A Biographical Sketch / Ed. Felix Frankfurter. New Haven: Yale University Press, 1932; Konefsky S. The Legacy of Holmes & Brandeis: A Study in the Influence of Ideas. N.Y.: Macmillan Co., 1956; Lief A. Brandeis: The Personal History of an American Ideal.

N.Y.: Stackpole Sons, 1936; The Social & Economic Views of Mr. Justice Brandeis / Ed. Alfred Lief. N.Y.: The Vanguard Press, 1930; Jacob R. Marcus. Louis Brandeis. N.Y.: Twayne Publishing, 1997; Mason A.T. Brandeis: A Free Man's Life. N.Y.: The Viking Press, 1946; Mason A.T. Brandeis & The Modern State. N.Y.: Princeton University Press, 1933; McCraw T. Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn. Cambridge: Harvard University Press, 1984; Mersky R. Louis Dembitz Brandeis 1856-1941: Bibliography. N.Y.: Fred Rothman & Co, 1958; Murphy B. The Brandeis/Frankfurter Connection: The Secret Activities of Two Supreme Court Justices. N.Y.: Oxford University Press, 1982; Lewis J. Paper, Brandeis: An Intimate Biography of one of America's Truly Great Supreme Court Justices. N.Y.: Englewood Cliffs, 1983; etc.

<sup>3</sup> Blasi V. The First Amendment And The Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney v. California* // Wm. & Mary Law Review. 1988. № 29. P. 653, 686.

<sup>4</sup> Keeping faith with the Constitution / Goodwin L., Karlan P., Schroeder C.N.Y., Wash., 2009. P. 26, 27, 110.

<sup>5</sup> Walker J.M. jr. Judicial tendencies in Statutory Construction: Differing views on the role of the Judge // NYU Annual Survey of American Law. 2001. Vol. 58. P. 205.

существования факультета. Свою адвокатскую практику в Бостоне Л. Брандайз посвятил резонансным делам, защищая интересы широкого круга лиц. Именно в Бостоне он получил общественное признание и неофициальный титул — «защитник народа». При его жизни журнал «Economist» назвал Брандайза «Робин Гудом права». Альберт Эйнштейн утверждал, что «подлинный прогресс человечества основывается не на изобретательном уме, а на сознании таких людей, как Брандайз»<sup>6</sup>. По словам великого физика, он не знал другого человека, который бы сочетал подлинные интеллектуальные дарования с самопожертвованием в служении обществу (письмо А. Эйнштейна судье Брандайзу от 11 ноября 1936 г.).

Как активный сторонник и советник президента США В. Вильсона Л. Брандайз сыграл ключевую роль в разработке Акта о Федеральной резервной системе, а также законодательства об учреждении Федеральной торговой комиссии. Именно он был одним из первых, кто попытался применить антитрестовский закон Шермана, в частности, против железнодорожной монополии Дж.П. Моргана. Это было весьма значимо, поскольку видный олигарх — глава империи Морганов — фактически не считался с предписаниями государственных органов. На предложение президента Т. Рузвельта посетить его и дать объяснение своим действиям предприниматель ответил, что «у него нет вопросов к обитателю Пенсильвания-авеню, 1600», где расположена резиденция президента США. После этого президент применил против корпорации Морганов меры административного воздействия, однако только Брандайзу удалось воздействовать против олигарха юридические механизмы и антитрестовское законодательство. При этом, выступая адвокатом по социально значимым делам, Л. Брандайз принципиально отказывался от гонораров, чтобы избежать обвинений в ангажированности.

В особом мнении по делу *Liggett Co. v. Lee*, 1933 он утверждал, что рост размеров и концентрация экономического могущества частных корпораций в руках немногих лиц создали возможности для их доминирования над государством. Собственность оказалась отделенной от контроля, что устранило сдержки и противовесы, прежде задействованные для ограничения злоупотреблений властью и собственностью. Результатом этого стал рост неравенства доходов — главная причина тогдашней экономической депрессии. Только ответственность многих лиц за развитие бизнеса способна обеспечить моральное и интеллектуальное развитие американцев, которое существенно для прав и свобод<sup>7</sup>. По его словам, возможны

либо демократия, либо концентрация богатства в руках немногих, оба варианта невозможны.

Наряду с этим, Л. Брандайзу удалось добиться успеха в отстаивании социальных и трудовых прав работников, прямо не закрепленных Конституцией США. В этом плане показательным является дело *Muller v. Oregon*, 1908<sup>8</sup>, которое считается знаковым в истории Верховного Суда этой страны. Согласно ему были приняты практически первые решения, связанные с запретами дискриминации по признаку пола и ограничением рабочего дня трудящихся женщин.

Именно на основании решения Верховного Суда по данному делу утверждался принцип государственного регулирования в социальной сфере. Брандайз защищал интересы штата Орегон, власти которого применили штрафные санкции против работодателя — владельца прачечных, нарушавшего права женщин-работниц. При обосновании своей позиции Л. Брандайз внес существенный вклад в процессуальное право США. Вместо представления суду кратких формально-юридических тезисов адвоката ответчика Л. Брандайз на основании методов социологии права составил весьма убедительное обширное исследование (на 113 стр.), в котором широко использовались статистические, медицинские данные, экспертные оценки. На их основании автор сделал вывод, что женщины являются слабой стороной в трудовых правоотношениях, при этом «их тела являются общественным достоянием, что требует правовой защиты против чрезмерного труда». В связи с этим государственный интерес в общественном благополучии должен иметь приоритет над свободой договора, гарантированной 14-й поправкой к Конституции США.

Данный метод до настоящего времени именуется *Brandeis Brief*, он стал моделью для последующих обращений в Верховный Суд по делам, связанным с причинением ущерба здоровью и социальному благополучию индивидуальных и коллективных субъектов. Этот метод впоследствии был удачно использован в деле *Brown v. Board of Education*, 1954<sup>9</sup> для обоснования неблагоприятного психологического воздействия системы сегрегированного обучения на детей афро-американцев<sup>10</sup>.

В этой связи необходимо отметить, что Л. Брандайзу во всей своей деятельности удавалось облечь в правовые формы, добиться государственной защиты,

<sup>8</sup> 208 US 412.

<sup>9</sup> 347 U.S. 483

<sup>10</sup> Evans S., Scott J. Social Scientists as Expert Witnesses: Their Use, Misuse, and Sometimes Abuse // *Law & Policy Quarterly*. 1983. № 5(2). P. 181–214; Garfinkel H. Social Science Evidence and the School Segregation Cases // *Journal of Politics* (Cambridge University Press). № 21(1). P. 37–59; Tomkins A., Oursland K. Social and social scientific perspectives in judicial interpretations of the Constitution: A historical view and an overview // *Law and Human Behavior*. 1991. № 15(2). P. 101–120.

<sup>6</sup> Albert Einstein: *The Human Side*. Princeton: Princeton University Press, 1981. P. 85.

<sup>7</sup> 288 U.S. 517, 565-567, 580.

дать наиболее адекватное юридическое толкование социальных интересов не только американского среднего класса, но и простых тружеников — лиц наемного труда. В своих «Канонах конституционного права» Дж. Балкин и С. Левинсон утверждают, что члены профсоюза «Индустриальные рабочие мира» понимали значение 14-й поправки «не меньше, чем Оливер Уэнделл Холмс или даже Луис Брандайз»<sup>11</sup>.

Правовую концепцию Брандайза в отечественной литературе относят к социологическому направлению в юриспруденции США. В одной из публикаций последнего времени в нем выделены два основных течения: умеренное, представленное гарвардской школой права во главе с Р. Паундом, и более радикальное реалистическое, (К. Ллевеллин, Д. Фрэнк, О. Холмс и др.). В числе представителей второго направления упоминается Л. Брандайз<sup>12</sup>.

При этом школа правового реализма рассматривается как теоретическая оппозиция школе юридического позитивизма. Представители школы правового реализма скептически относятся к «нормам на бумаге». Право для них состоит не из правил (закон и прецедент — это всегда правила), а представляет собой деятельность лиц по разрешению конфликтов, а также решения судей и других администраторов по конкретным делам<sup>13</sup>. Идеиные разногласия между реалистами и сторонниками социологической юриспруденции проявились при обсуждении вопроса о том, какое место в правовом регулировании занимают нормативные предписания и правоприменительная деятельность. Если Паунд рассматривал эти категории в их взаимосвязи, как равноценные элементы многоаспектного понятия права, то реалисты, не отрицая значения правовых норм, стремились переориентировать юридическую науку на изучение судебной и административной практики<sup>14</sup>. Реалисты в правоведении были восприняты настоящими возмутителями академического спокойствия, когда во всеоружии методов современной психологии и социологии стали фиксировать внимание на том, что суды и представители юридической профессии делают в действительности<sup>15</sup>.

Между тем, в американской научной литературе вклад Брандайза в развитие течения правового реализма

определяется достаточно четко и конкретно. Г. Паркс утверждает, что в конце XIX в. четыре человека развивали идею о том, что право — это больше, чем о нем пишут в книгах, обосновывали расширительное понимание ценности права. Они пришли к выводу о том, что неправовые факторы углубляют наше понимание права. Это были члены Верховного Суда США Оливер Уэнделл Холмс мл., Луис Брандайз и Бенджамин Кордозо, а также бывший декан Гарвардской школы права Роско Паунд. Каждый из них стал основоположником правового реализма — направления в юриспруденции, которое стало преобладать в середине XX столетия<sup>16</sup>.

Вклад Брандайза в правовой реализм носил методологический характер. Он был первым адвокатом, который использовал данные общественных наук в судебном процессе как составную часть стратегии защиты социальной политики от атак, предпринятых с использованием конституционных норм. В своем заключении по делу *Muller v. Oregon* Брандайз применил статистические данные в обоснование своего утверждения о том, что удлинение рабочего дня губительно сказывается на здоровье женщин и, в конечном счете, — на самом обществе. Работы Холмса, Брандайза, Кордозо и Паунда открыли дорогу новому пониманию исследования права. Их идеи — о том, что право следует применять как средство достижения определенных целей, о полезности достижений социальных наук для правоведения, о том, что право не столько логическая система, сколько реальный опыт — нашли отклик у профессоров права Колумбийского и Йельского университетов<sup>17</sup>.

Правовой реализм не был монолитным научным направлением. В нем определились три течения: 1) критически-оппозиционное, которое стремилось продемонстрировать противоречия классического правового формализма; 2) социологическое, использовавшее эмпирические методы; 3) практико-политическое, которое обосновывало и реализовывало реформистскую политику. «Реалистическая» юриспруденция более всего известна как функционализм — попытка понять право в его собственном фактическом контексте, а также с учетом его экономических и социальных последствий<sup>18</sup>.

Вместе с тем, были основные точки соприкосновения взглядов правовых реалистов. Одно из лучших их описаний дал К.Н. Ллевеллин:

1) концепция права в развитии, в движении и судебном правоприменении;

2) право не как самоцель, а как средство достижения социальных целей;

<sup>11</sup> Balkin J.M., Levinson S. The Canons of Constitutional Law // Harvard Law Review. 1998. Vol. 111. P. 1020.

<sup>12</sup> Хочоян А.Г. Основные направления правопонимания в советской юридической науке 20-х-30-х гг. XX в.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 20.

<sup>13</sup> Мачин И.Ф. История политических и правовых учений. М., 2007. С. 199–200.

<sup>14</sup> История политических и правовых учений / под ред. О.Э. Лейста. М., 2006. С. 543.

<sup>15</sup> История политических и правовых учений / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М., 2004. С. 746.

<sup>16</sup> Gregory Scott Parks. Toward a Critical Race Realism // Cornell Journal of Law and Public Policy. 2008. Vol. 17. P. 689.

<sup>17</sup> Gregory Scott Parks. Op. cit. P. 689–690, 691.

<sup>18</sup> Ibid. P. 692.

3) концепция более быстрого развития общества по сравнению с правом;

4) временной разрыв между сущим и должным с целью изучения;

5) недоверие к традиционным правовым нормам и понятиям, которые якобы отражают то, что реально делают суды и люди;

6) недоверие к теории, согласно которой традиционные предписывающие нормативные формулировки являются реально действующим фактором при вынесении судебных решений;

7) уверенность в целесообразности группировать судебные дела и правовые ситуации в более узкие категории;

8-9) настойчивое требование оценки последствий каждой части права и непрерывной программной атаки на правовые проблемы по всем указанным направлениям<sup>19</sup>.

В 1916 г. президент США Вудро Вильсон назначил Брандайза членом Верховного Суда, несмотря на то, что в Сенате многие (при голосовании 47 — за, 22 — против) не поддержали назначения на этот пост юриста, известного своими радикальными взглядами по социальным вопросам<sup>20</sup>. Именно радикализм Брандайза — автора книги «Чужие деньги и как их используют банки» (1914 г.) — не позволил В. Вильсону представить кандидатуру бостонского «защитника народа» для назначения генеральным прокурором либо министром торговли.

В соответствии с разд. 2 ст. 3 Конституции, «судебная власть Соединенных Штатов осуществляется Верховным Судом и теми низшими судами, которые будут время от времени учреждаться Конгрессом». Как судьи Верховного Суда, так и судьи низших судов сохраняют свои должности до тех пор, пока их поведение является безупречным. При этом «судебная власть распространяется на все дела, решаемые по закону и праву справедливости», которые возникают на основе Конституции, законов Соединенных Штатов и заключаемых Соединенными Штатами договоров. Статья 6 устанавливает, что судебная власть распространяется на все дела, возникающие на основе Конституции, и что она является верховным правом страны, а федеральные законы принимаются в исполнение основного закона страны, судьи обязаны поддерживать Конституцию<sup>21</sup>.

В компетенцию Верховного Суда входит судебный конституционный контроль, который берет начало с

решения по делу *Marbury v. Madison*, 1803<sup>22</sup>. Толкование конституционных установлений осуществляется в соответствии с доктринами, разработанными в науке конституционного права США. Так концепция оригинализма (формализма, текстуализма) требует интерпретации положений Конституции с точки зрения смысла и значения, которые вкладывались в нее отцами-основателями США. Видный государствовед Э. Чемерински считает, что оригинализм сводится к тому, что судьи, разрешающие конституционные вопросы, должны быть ограничены нормами, установленными либо непосредственно вытекающими из писаной конституции<sup>23</sup>. Последовательными защитниками оригинализма являются современный судья Верховного Суда А. Скалия и другие американские конституционалисты.

В отличие от них, Д. Страус уверен в том, что конституционное право базируется преимущественно на системе общего права. Текст Конституции США играет значительную роль, однако самые важные принципы установлены не им, а судебными решениями, которым следуют в течение многих лет, а также практикой либо институтами, которые вследствие длительного применения стали незыблемыми<sup>24</sup>.

К данной позиции примыкает доктрина «юридического активизма», которая по определению, данному «Black's Law Dictionary», сводится к тому, что в процессе принятия решений по делам о соответствии Конституции судьи могут позволить себе высказывать личные взгляды как по вопросам публичной политики, так и о разрешении судебных дел.

З.И. Голдобинной высказано мнение о том, что на правовое мышление судей и на конечный результат их деятельности — решения по делам, — оказывали существенное влияние определенные политико-правовые теории. Так активизм как метод деятельности судей Верховного Суда теоретически поддерживала школа правового реализма, считающая судебское сообщество законодателем, чей житейский опыт, знания, а также существующие социальные, политические факторы позволяют создавать нормы права в ходе судопроизводства, а не только применять их, что дает Верховному Суду, с точки зрения реалистов, особо значительную власть, в то время как оригинализму близка естественно-правовая теория с ее пониманием сущности нормы права и при-

<sup>19</sup> Извлечения из трудов К.Н. Ллевелина. Немного реализма о реализме // Правоведение. 2009. №2. С. 193–194; Адыгезалова Г.Э. Карл Никерсон Ллевелин // Правоведение. 2009. №2. С. 186.

<sup>20</sup> Brandeis Named for Highest Court // New York Times. 1916. January 29.

<sup>21</sup> Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова. М., 1993. С. 37–38, 40.

<sup>22</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137.

<sup>23</sup> Chemerinsky E. Two Cheers for State Constitutional Law // Stanford Law Review. 2010. Vol. 62. P. 1695–1710; Chemerinsky E. The Assault on the Constitution: Executive Power and the War on Terrorism // Davis Law Review. 2006. Vol. 40. P. 2–20; Chemerinsky E. Real Discrimination? // Journal of Law & Policy. 2004. Vol. 16. P. 97–127.

<sup>24</sup> Strauss D.A. Common Law Constitutional Interpretation // The University of Chicago Law Review. 1996. Vol. 63. P. 877–935.

верженностью к буквальному толкованию законодательных актов<sup>25</sup>. С последним утверждением согласиться сложно, т.к. теоретическим фундаментом оригинализма, как представляется, является юридический позитивизм, воплотившийся в XX в. в течение нормативизма<sup>26</sup>.

Сам Л. Брандайт был сторонником концепции «живой Конституции», которая базируется на идее социальных изменений, эволюции правовой системы и Основного закона<sup>27</sup>. «Живой конституционализм» требует, чтобы споры по конституционным вопросам, по словам О.У. Холмса, «разрешались с учетом целостного опыта, а не только на основании того, что было сказано по этому поводу сто лет назад»<sup>28</sup>.

Член Верховного Суда США Брандайт в выступлении на судебном процессе *Burnet v Coronado Oil and Gas Co.*, 1932 г., утверждал, что прецедентный принцип *stare decisis* является более мудрой политикой, нежели применение законодательства. По делам, касающимся федеральной Конституции, где коррекция посредством законодательного процесса практически невозможна, суд пересматривает вынесенные ранее прецеденты. «Члены суда покорно извлекают уроки из практического опыта и смиренно склоняют головы перед силой более убедительных доводов», признавая, что метод проб и ошибок, столь плодотворный в физике и естествознании, применим и в отправлении правосудия<sup>29</sup>.

По мнению О.А. Жидкова, фактически действующая («живая») Конституция США представляет собой, прежде всего, синтез конституционного текста с целой серией судебных прецедентов, выстроенных в виде конституционных доктрин, дающих Основному закону, трудно поддающемуся формальным изменениям, необходимые для социального маневра гибкость и динамизм. Характерно, что в сфере толкования Конституции Верховный Суд в меньшей степени, чем в других сферах законодательства, придерживается принципа прецедента и неоднократно, если этого требовали об-

стоятельства, отказывался от сформулированных ранее конституционных доктрин. В XX в. он открыто пересмотрел около 150 таких доктрин, многие прецеденты были уточнены или изменены<sup>30</sup>.

В особом мнении по делу *Gilbert v. Minnesota*, 1920 Л. Брандайт утверждал, что «полная и свободная реализация прав человека является, как правило, его обязанностью, поскольку это более важно для государства, чем для него самого». Свободное выражение альтернативных мнений является залогом мудрости при принятии государственных решений, подавление этой свободы он считал величайшим злом<sup>31</sup>. Брандайт отстаивал конституционные принципы равенства и правового государства, ему приписывают изречение о том, что самая важная государственная должность — это обычный гражданин.

В совпадающем мнении по делу *Whitney v. California*, 1927 Брандайт выступил против узкой трактовки оригинализма, утверждая, что «те, кто завоевал независимость, не были трусами. Они не боялись политических изменений». Исключительно страх причинения серьезного вреда не может оправдать подавления свободы слова и собраний. Люди боялись ведьм и сжигали женщин. Функция свободы слова состоит в избавлении свободных людей от иррациональных страхов. Величайшей опасностью для свободы, по его мнению, стали инертные люди. Публичная дискуссия является политической обязанностью, она должна быть фундаментальным принципом американского государства<sup>32</sup>.

Как считал судья Верховного Суда Брандайт, авторы Конституции США признавали значимость духовной природы людей, их чувств и интеллекта. «Они знали, что в материальной сфере сосредоточена только часть удовольствий и страданий человека. Они пытались защитить веру, мысли и чувства американцев. Они наделили их правом оставаться наедине с собой, быть вне государства — наиболее понятным и более других ценным цивилизованными людьми».

В период действия «сухого закона» (*Prohibition-era*), введенного 18-й поправкой к Конституции США (1919 г.), контрабандисты алкоголем использовали новейшие по тем временам автомобили и средства телефонной связи для доставки своего товара заказчикам. Для противодействия им федеральные агенты прибегли к собственным новым технологиям — подслушиванию телефонных переговоров. В Сиэтле на основании доказательств, полученных подобным путем, было предъявлено обвинение местному полицейскому Рою Олм-

<sup>25</sup> Голдобина З.И. Активизм и оригинализм в деятельности Верховного суда США и американской политико-правовой доктрине: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С. 10–11.

<sup>26</sup> Подробнее см.: Берляевский Л.Г. Теории конституционной интерпретации в США // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 77–78.

<sup>27</sup> Bruce Ackerman. *The Living Constitution* // *Harvard Law Review*. 2007. № 7. P. 1796, 1797, 1801.

<sup>28</sup> Quot.: Winkler A. *A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and The «Living Constitution»* // *New York Law Review*. Vol. 76. P. 1456, 1463. Оливер Холмс, представленный членом Верховного Суда в 1902 г. президентом Теодором Рузвельтом, менее чем через два года после этого на основании собственного убеждения при рассмотрении важнейшего дела на проголосовал против позиции президента.

<sup>29</sup> 285 U.S. 393.

<sup>30</sup> Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова. С. 16.

<sup>31</sup> 254 U.S. 325, 338.

<sup>32</sup> 274 U.S. 357.

стеду. В своей апелляции он указал, что уличающие его доказательства были добыты федеральными агентами без ордера, что нарушает его права, предусмотренные 4-й поправкой к Конституции. Верховный Суд подтвердил приговор, осуждающий Олмстеда, поскольку государственные органы физически не нарушали неприкосновенность его жилища. В 4-й поправке к Конституции США установлены гарантии «неприкосновенности личности, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов»<sup>33</sup>.

К этому времени Л. Брандайз уже внес значительный вклад в разработку концепции неприкосновенности частной жизни, опубликовав совместно с С. Уорреном об этом программную статью в «Harvard Law Review»<sup>34</sup>. Будучи судьей Верховного Суда, он использовал дело Олмстеда для толкования фундаментальных прав человека, предусмотренных 4-й и 5-й поправками к Конституции.

В особом мнении по делу *Olmstead v. United States*, 1928 он настаивал на том, что благопристойность, безопасность и свобода как принципы поведения одинаково значимы как для граждан, так и для государственных служащих. Л. Брандайз называл государство «вездесущим учителем», обучающим добру и злу на своем собственном примере. Если государство совершает преступление, это порождает презрение к праву, побуждает каждого становиться законодателем для самого себя, приводит к анархии. Провозглашать, что цель оправдывает средства в сфере уголовного права равносильно тому, что государство может совершать преступления с целью преследования конкретного преступника. По его мнению, это чревато ужасными последствиями, против подобной пагубной доктрины он призывал выступить Верховному Суду. «Отцы-основатели стремились защитить веру, мысли и чувства американцев. Они даровали право на неприкосновенность частной жизни, в том числе, от воздействия государства». Брандайз назвал это право самым универсальным из прав человека<sup>35</sup>.

Биограф Брандайза, видный правовед Мелвин Урофски назвал данное особое мнение одним из самых ярких и самых цитируемых в американском праве, «вехой в конституционной истории»<sup>36</sup>. Анализируя эту же позицию, адвокат — специалист по конституционному праву США С. Род в своей недавней статье в «Los Angeles Lawyer» пришел к выводу, что Брандайз как юрист, реформатор, судья Верховного Суда заслу-

живает того, чтобы его считали великим американцем. Этот автор назвал его «монументальной фигурой в американском праве», чей прагматический идеализм вдохновляет современных адвокатов и судей<sup>37</sup>.

Помимо этого, Луис Брандайз внес значительный вклад в обоснование и защиту конституционной свободы слова и выражения мнения (*Whitney v. California*, 1927; *Packer Corporation v. Utah*, 1932). Прецедентные решения Верховного Суда, принятые с его участием, являются действующими до настоящего времени. В этой связи видный представитель социологического направления в американской юриспруденции Роско Паунд высказал мнение, что Л. Брандайз «вписал, как минимум, целую главу в наше право».

Современные приверженцы концепции «живой конституции», ставшие на позиции ноноригинализма<sup>38</sup>, выдвигают следующие аргументы для обоснования своей позиции:

- «отцы-основатели» Соединенных Штатов на Филадельфийском конвенте не обозначили особых намерений осуществлять контроль со стороны законодателя в процессе конституционной интерпретации;
- ни одна писаная Конституция не может предвидеть все те средства, при помощи которых исполнительная власть способна подавлять граждан. В связи с этим судьи для защиты прав человека должны иметь возможность при необходимости восполнять пробелы в законодательстве;
- различные намерения «отцов-основателей» США носили неустойчивый характер, зачастую их трудно определить. Юридический текст нередко носит двусмысленный характер, поэтому для обоснования своей позиции возможно прибегнуть к судебному прецеденту;
- ноноригинализм позволяет судьям избежать критических ситуаций, причиной которых может быть неадекватное толкование норм Конституции, которое не соответствует изначальной цели принятия

<sup>37</sup> Rohde S.F. *Louis D. Brandeis* // Los Angeles Lawyer. 2010. January. P. 45.

<sup>38</sup> Posner R. 1) *Pragmatic Adjudication* // 18 *Cardozo Law Review* 1 (1996); 2) *The Federal Trade Commission* // 37 *University Chicago Law Review* 47 (1969); 3) *A Theory of Negligence* // 1 *Journal Legal Studies* 29 (1972); 4) *The Economics of the Baby Shortage: A Modest Proposal* // 7 *Journal Legal Studies* 323 (with E.M. Landes) (1978); 5) *Statutory Interpretation - In the Classroom and in the Courtroom* // 50 *University Chicago Law Review* 800 (1983); 6) *The Problematics of Moral and Legal Theory* // 111 *Harvard Law Review* 1637 (1998); 7) *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis* // 54 *Stanford Law Review* 737 (2002); 8) *Transaction Costs and Antitrust Concerns in the Licensing of Intellectual Property* // 4 *J. Marshall Review of Intellectual Property L.* 325 (2005); 9) *Foreword: A Political Court (The Supreme Court, 2004 Term)* // 119 *Harvard Law Review* 31 (2005); etc.

<sup>33</sup> Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова. С. 41.

<sup>34</sup> Brandeis L., Warren S. *The Right to Privacy* // *Harvard Law Review*. 1890. № 4. P. 193–220.

<sup>35</sup> 277 U.S. 438.

<sup>36</sup> Urofsky M. *Louis D. Brandeis: A Life*. N.Y.: Pantheon, 2009.

последних. Процесс внесения поправок в Конституцию слишком затруднителен;

- ноноригиализм сориентирован на эволюцию Конституции, что дает больше возможностей применения принципа равенства в отношении темнокожих, женщин, представителей меньшинств;
- оригиналисты теряют из виду цель более высокого порядка — осознание духа Конституции, пронизанного идеей защиты свободы и прав человека;
- в нацистской Германии судьи, стоявшие на оригиналистских позициях, не использовали свои полномочия для противодействия антигуманной политике фашистов.

Л. Брандайз состоял членом Верховного Суда вплоть до своей официальной отставки в 1939 г. Находясь на этом посту, он отдал много сил борьбе за реализацию нового социального законодательства, направленного на защиту интересов широких кругов на-

селения США. Вместе с тем, судья Брандайз оспаривал многие из нормативных актов, вводивших «Новый курс», считая их чрезмерно этатистскими, нарушавшими принципы конкуренции в экономике, принятыми на основании расширительно толкуемых дискреционных полномочий президента США Ф.Д. Рузвельта (Louisville v. Radford, 1935<sup>39</sup>; Schechter Brothers v. The United States, 1935<sup>40</sup>; Erie Railroad Co. v. Tompkins, 1938<sup>41</sup>). Несмотря на его непримиримую позицию по данным вопросам, весьма скупой на похвалы президент Рузвельт, упоминая Брандайза, сравнивал его с библейским пророком Исайей.

Можно согласиться с помощником Л. Брандайза Дином Ачесоном, ставшим впоследствии государственным секретарем США, который считал, что во время моральной и интеллектуальной анархии этот выдающийся юрист поддерживал великую традицию веры в мысль и духовное начало в человеке.

#### Библиографический список:

1. Архипов В.В. Концепция права Лона Л. Фуллера: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2009.
2. Берлявский Л.Г. Теории конституционной интерпретации в США // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 77-78.
3. Голдобина З.И. Активизм и оригинализм в деятельности Верховного суда США и американской политико-правовой доктрине: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007.
4. Мачин И.Ф. История политических и правовых учений. М., 2007.
5. Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / под ред. О.А. Жидкова. М., 1993.
6. Хочоян А.Г. Основные направления правопонимания в советской юридической науке 20-х-30-х гг. XX в.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009.
7. Berk G. Louis Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900-1932. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
8. Urofsky M. Louis D. Brandeis: A Life. N.Y.: Pantheon, 2009; Urofsky M. Louis D. Brandeis: advocate before and on the bench // Journal of Supreme Court History. 2005. № 30. P. 31-46.
9. Evans S., Scott J. Social Scientists as Expert Witnesses: Their Use, Misuse, and Sometimes Abuse // Law & Policy Quarterly. 1983. №5(2). P. 181-214.
10. Keeping faith with the Constitution / Goodwin L., Karlan P., Schroeder C. N.Y., Wash., 2009.

#### References (transliteration):

1. Arkhipov V.V. Kontseptsiya prava Lona L. Fullera. Avtoref. diss... kand. yurid. nauk. SPb, 2009.
2. Berlyavskiy L.G. Teorii konstitutsionnoy interpretatsii v SShA // Konstitutsionnoe i munitsipal'noe pravo. 2011. № 10. S.77-78.
3. Goldobina Z.I. Aktivizm i originalizm v deyatel'nosti Verkhovnogo suda SShA i amerikanskoj politiko-pravovoy doktrine: dis. ... kand.yurid. nauk. Ekaterinburg, 2007.
4. Machin I.F. Istoriya politicheskikh i pravovykh ucheniy. M., 2007.
5. Soedinennye Shtaty Ameriki. Konstitutsiya i zakonodatel'nye akty /pod red. O.A.Zhidkova. M., 1993.
6. Khochoyan A.G. Osnovnye napravleniya pravoponimaniya v sovetskoy yuridicheskoy nauke 20-kh-30-kh gg. 20 v. Avtoref. diss... kand. yurid. nauk. Saratov, 2009.

<sup>39</sup> 295 U.S. 555.

<sup>40</sup> 295 U.S. 495 (1935).

<sup>41</sup> 304 U.S. 64.