

«КНИЖНАЯ ПОЛКА Л. Д. БРАНДАЙЗА»:
ИСТОРИОГРАФИЯ ЖИЗНИ И ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДЬИ
ВЕРХОВНОГО СУДА США

Л. Г. БЕРЛЯВСКИЙ*



Берлявский Леонид Гарриевич,
доктор исторических наук,
кандидат юридических наук,
профессор кафедры
конституционного
и муниципального права
Ростовского государственного
экономического университета
«РИНХ»

Статья посвящена историографии жизни и деятельности Луиса Д. Брандайза — одной из самых ярких фигур американского конституционного правосудия. Высокая профессиональная квалификация была приобретена им в процессе овладения юридической специальностью в условиях реформирования преподавания права под руководством К. Лэнгделла в Гарвардской школе права. Основанное Брандайзом и С. Уорреном в Бостоне адвокатское партнерство скоро стало одной из первых в США многопрофильных юридических фирм. Партнеры не только занимались практикой и юридической деятельностью в общественных интересах (*pro bono*), но и активно изучали и развивали конституционно-правовую науку. В их статье «Право на неприкосновенность частной жизни» (1890) впервые получило теоретическое обоснование одно из фундаментальных личных прав человека — право на неприкосновенность частной жизни. Л. Брандайзу удалось добиться успеха в отстаивании социальных и трудовых прав работников, непосредственно не закрепленных Конституцией США. Модель заключения Брандайза (*Brandeis brief*)

стала существенным вкладом в процессуальное право США. Брандайз был сторонником концепции «живой Конституции», которая базируется на идее социальных изменений, эволюции правовой системы и Основного закона. Изучению жизни и деятельности Брандайза в американской юриспруденции посвящена целая библиотека научной и биографической литературы. Научную литературу, посвященную этому юристу, в американском государствоведении называют «книжная полка Брандайза». Редко кто из американских юристов удостоивался такого внимания ученых, как он. Весьма интересными, однако недостаточно изученными являются публикации, автором которых непосредственно был Брандайз и которые недостаточно известны российским ученым-правоведам.

* Leonid G. Berlyavsky — doctor of historical sciences, candidate of the legal sciences, professor of the Department of the Constitutional and Municipal Law, Rostov State Economic University RINH.

E-mail: berlg@yandex.ru
© Берлявский Л. Г., 2016

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: американское правоведение, конституционно-правовая концепция, Луис Д. Брандайз, социальные и трудовые права, концепция «живой Конституции», «книжная полка Брандайза».

BERLYAVSKY L. G. "BRANDEIS'S BOOKSHELF": HISTORIOGRAPHY OF THE LIFE AND ACTIVITY OF THE ASSOCIATE JUSTICE OF THE SUPREME COURT OF THE USA

The paper is devoted to the historiography of the life and activity of Louis D. Brandeis, one of the brightest figures of the American constitutional justice. He has acquired high professional qualification in the process of mastering the legal profession in the context of reforming the teaching of law under the leadership of K. Langdell at Harvard Law School. Founded by L. Brandeis and S. Warren in Boston, a lawyers' partnership soon became one of the first multifunctional law firms in the US. The partners were not only engaged in practice and legal activity in the public interests (pro bono), but also actively studied and developed the constitutional and legal science. Their article "The Right to Privacy" (1890) provided for the first time a theoretical justification of one of the fundamental personal human rights, namely the right to privacy. L. Brandeis managed to become successful in upholding the social and labour rights of workers that have not been directly established by the US Constitution. The model of Brandeis's conclusion (Brandeis brief) became an essential contribution to the US procedural law. Brandeis supported the concept of a "living Constitution" that is based on the idea of social changes, evolution of a legal system and of a fundamental law. An entire library of scholarly and biographical literature studies the life and activity of Brandeis in American jurisprudence.

In the American constitutional law, the scholarly literature devoted to this lawyer is called a "Brandeis's bookshelf". Few American lawyers have been honored with such an attention of scientists as Brandeis. The publications written directly by Brandeis are rather interesting, however insufficiently studied and little known to the Russian legal scientists.

KEYWORDS: American jurisprudence, constitutional legal concept, Louis D. Brandeis, social and labour rights, concept of a "living Constitution", "bookshelf of Brandeis".

Луис Д. Брандайз (1856–1941) — выдающийся американский юрист, судья Верховного суда Соединенных Штатов в 1916–1939 гг. По итогам опроса профессоров права, истории и политических наук, проведенного Американской ассоциацией адвокатов (*American Bar Association*), Л. Брандайза считают одним из четырех самых выдающихся судей наряду с Дж. Маршаллом, Оливером У. Холмсом и Роджером Б. Тони¹.

В этом списке самых блестящих американских юристов Брандайз оказался в одном ряду с Р. Тони, который был председателем Верховного суда США времен президента Авраама Линкольна и приобрел известность как одна из самых противоречивых фигур в юриспруденции этой страны².

¹ Иностранные сноски приводятся в авторской редакции.

The Oxford companion to the Supreme Court of the United States / editor in chief, Kermit L. Hall; editors, James W. Ely, Jr., Joel B. Grossman. Oxford New York, Oxford University Press, 2005, p. 1000.

² См.: Abraham, Henry J. (1992). *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*. N.Y.: Oxford University Press; Cushman, Clare (2001). Frank, John P. (1995). Friedman, Leon; Israel, Fred L., eds. *The Justices of the United States Supreme Court: Their Lives and Major Opinions*. Chelsea House Publishers; Hall, Kermit L., ed. (1992). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press; Huebner, Timothy S.: 1) (2003). *The Taney Court, Justice Rulings*

Именно под председательством Тони Верховный суд принял консервативное (прорабовладельческое) решение по делу Дреда Скотта³.

В отличие от подобных правоведов Л. Брандайзу удалось добиться успеха в отстаивании социальных и трудовых прав работников, непосредственно не закрепленных Конституцией США. Модель заключения Брандайза (*Brandeis brief*) стала существенным вкладом в процессуальное право США. Брандайз был сторонником концепции «живой Конституции», которая базируется на идее социальных изменений, эволюции правовой системы и Основного закона.

Заслуженный профессор Университета Южной Алабамы д-р Лерри Ю. Холмс отмечает, что судья Верховного суда США Л. Д. Брандайз занимает совершенно особое место в развитии американского конституционализма. Редко кто из деятелей судейского и адвокатского сообщества удостоивался такого общественного признания, как Брандайз, которого называли «Робин Гудом права» и «защитником народа». Интеллект и профессиональные навыки Л. Д. Брандайза сформировались в атмосфере реформирования преподавания права под руководством К. Лэнгделла в *Harvard Law School*. Основанное Брандайзом и С. Уорреном в Бостоне адвокатское партнерство скоро стало одной из первых в США многопрофильных юридических фирм. Молодые адвокаты не только занимались практикой и юридической деятельностью в общественных интересах (*pro bono*), но и активно изучали и развивали конституционно-правовую науку. О последнем свидетельствует их знаковая статья «*The Right to Privacy*» (1890), впервые посвященная обоснованию права на неприкосновенность частной жизни. В качестве судьи Верховного суда США в 1916–1939 гг. Л. Д. Брандайз прилагал большие усилия для развития концепции «живой Конституции», утверждения конституционного принципа равенства, гарантий трудовых и социальных прав граждан, защиты конституционных прав женщин. Неоценим его вклад в формирование американской социологической юриспруденции, в частности правового реализма⁴.

and Legacy. Santa Barbara, Calif.: ABC-Clio; 2) “*Roger Taney and the Slavery Issue: Looking Beyond — and Before — Dred Scott*”. *Journal of American History* 97: 39–62. Simon, James F. (2006). *Lincoln and Chief Justice Taney: Slavery, Secession, and the President’s War Powers* (Paperback ed.). New York: Simon & Schuster; Urofsky, Melvin I. (1994). *The Supreme Court Justices: A Biographical Dictionary*. New York: Garland Publishing.

³ *Scott v. Sanford*, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857). — В данном решении, написанном лично Р. Тони, устанавливалось, что лица, которые «будучи ниже по рождению и полностью неспособными образовать союз с представителями белой расы на момент написания Конституции, не могут считаться гражданами». Как справедливо считали отечественные исследователи, «это постановление по существу делало рабство законным на всей территории Соединенных Штатов» (см.: История США: в 4 т. Т. 1 / отв. ред. Н. Н. Болховитина. М., 1983. С. 365). Сторонники политики расовой сегрегации в небольшой степени питались аргументацией, почерпнутой у Тони. Даже в 60-х годах XX в. ссылки на прецедент, созданный делом Д. Скотта, фигурировали в официальных суждениях (мнениях) верховных и иных судей Америки. По мнению Л. Фридмана, «ни одно из решений Суда за всю его долгую историю не было столь оскорбительно ни тогда, ни теперь» (см.: Черниловский З. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного Суда США. М., 1982. С. 66; Фридман Л. Введение в американское право. М., 2008. С. 155).

⁴ Холмс Лерри Ю. Предисловие // Берлявский Л. Г. Луис Брандайз и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки. М., 2016. С. 3.

Лерри Ю. Холмс уверен в том, что идеи Л. Брандайза пережили своего создателя, большинство его правовых позиций находили применение на практике: «Как активист движения за расовое равноправие на Юге США в 70-е годы XX в. могу свидетельствовать, что восстановление меня в гражданских правах состоялось благодаря прямому действию Конституции и независимому федеральному суду. В своей деятельности в качестве председателя Ученого совета Университета Южной Алабамы я и мои коллеги исходили из конституционного права на выражение мнения при отстаивании профессиональных прав профессоров и преподавателей»⁵.

Взгляды Л. Брандайза, которые базировались на концепции социального либерализма, ограничения господства монополий, защиты людей труда, интересов потребителей, необычайно актуальны сегодня. По словам видного российского экономиста Р. Гринберга, «более чем тридцатилетнее господство рыночного фундаментализма с его демонстративным игнорированием интересов общества как такового привели не только к повсеместному увеличению неравенства и чреватой взрывами социальной поляризации»⁶.

В российской и советской науке жизнь и деятельность судьи Брандайза затрагивалась в трудах юристов, историков, политологов. В частности, в многотомной «Истории США», вышедшей у нас в стране в середине 80-х годов XX в., Л. Брандайз назван в ряду тех, кто исповедовал «буржуазно-реформистские социально-политические теории»⁷. При этом он всегда считал себя практиком юриспруденции, а не социологом и социальным философом. З. М. Гершов пришел к выводу, что Брандайз был «главным творцом программы Вильсона»⁸.

С. В. Батов, Л. Н. Попкова, Л. Старченко рассмотрели некоторые аспекты деятельности Л. Брандайза, установки «социологической школы» права в США⁹. Социологический подход к пониманию права дает возможность применить достижения социологии к праву в целом и правовым явлениям в частности, что ведет к междисциплинарному обмену между науками и расширению возможностей в сфере познания права¹⁰.

Отечественные ученые-государствоведы (И. А. Алебастрова, С. В. Боботов, Г. Г. Бойченко, И. Ю. Жигачев, З. И. Голдобина, О. А. Жидков, Ж. И. Овсепян, Э. Л. Нитобург, В. А. Туманов и др.) исследовали основы американского конституционализма, правовую и политическую систему США, активизм и оригинализм в деятельности высшей судебной инстанции, однако упоминали Л. Д. Брандайза исключительно как члена Верховного

⁵ Там же. С. 3–4.

⁶ Гринберг Р. Найти выход из мировоззренческого тупика // Академия. Ежегодник науки и образования Юга России. 2013. 11 мая. С. 4.

⁷ История США: в 4 т. Т. 2 /отв. ред. Г. П. Куропятник. М., 1985. С. 282.

⁸ Гершов З. М. Вудро Вильсон. М., 1983. С. 60.

⁹ Батов С. В. Буржуазная социология права. М., 1978; Попкова Л. Н. Социально-политические взгляды Л. Д. Брандейса // Американский ежегодник. М., 1983. С. 254–270; Старченко Л. Философия права и принципы правосудия в США. М., 1969.

¹⁰ Петухова А. Н. Социологическая концепция права в России: историко-теоретический подход (XIX–XX вв.): автореф. дис... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2012. С. 4.

суда. Е. А. Петрова отмечала вклад этого юриста в развитие теории судебного прецедента, в частности в обоснование принципа *stare decisis*; ею же выделены особенности и значение прецедентов толкования американской Конституции¹¹.

Определенные аспекты проблемы освещены такими отечественными правоведами, как В. Г. Каленский¹², А. А. Мишин, В. А. Власихин¹³, О. А. Жидков¹⁴. По словам З. М. Черниловского, невольно думается, что оппозиция Холмса и Брандайза «органически вписывается в общую картину американского правосудия как ее непрменный компонент, как семя надежды, как провозвестник будущего, на которое людям свойственно уповать. Так невозможна пьеса, в которой действуют одни отрицательные персонажи. Нужен герой, пусть даже и неудачливый»¹⁵.

Как справедливо указывал В. И. Лафитский, «к сожалению, российские исследователи традиционно обращались к изучению воздействия на американское право главным образом экономических и политических факторов. Это позволяет объяснить те или иные явления правовой действительности, но не дает целостного представления о системе права. Во многих случаях игнорирование внутренних закономерностей развития права ведет к неверной или неточной оценке правовых явлений и институтов. Поэтому необходимо уделить особое внимание вопросам теории американского права, месту и роли источников права и механизму их действия»¹⁶.

Изучению жизни и деятельности Брандайза в американской юриспруденции посвящена целая библиотека научной и биографической литературы, а именно работы таких авторов, как Филиппа Струм, Мелвин Урофски, Эдвард А. Парселл, Джералд Берк, Льюис Пейпер, Рональд Коллинз, Дэвид Сковер, Эван Б. Брандес, Бредли С. Бобец, Клайд Спиллинджер, Нэнси Уолоч, Дэниел А. Фарбер, Стефен Баскервиль, Нэнси Эриксон, Томас Маккроу, Дженнифер Фризен, Брюс А. Мэрфи, Нельсон Л. Доусон, А. Л. Тодд, Джин Тейтельбаум, Эллен Н. Стерн, Кэтрин О. Пир, Бен Халрерн, Дэвид С. Гросс, Эллон Гел, Леонард Бейкер, Александр М. Бикел, Клемент Воуз, Пол А. Фройнд, Дж. Конефски и др.¹⁷.

¹¹ Петрова Е. А.: 1) Статуты и прецеденты в системе источников американского права. М., 2007. С. 74, 95; 2) «Живая» Конституция: конституционные доктрины Верховного Суда США // Проблемы теории современной российской права: сб. науч. тр. Сер. Право / под ред. Н. В. Щербаковой. М.; Ярославль, 2004. Вып. 1. С. 59–67.

¹² Каленский В. Г. Билль о правах в конституционной истории США (историко-критическое исследование). М., 1983.

¹³ Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 1996. С. 265–316; Мишин А. А., Власихин В. А. Конституция США: политико-правовой комментарий. М., 1985.

¹⁴ Жидков О. А. Верховный суд США: право и политика. М., 1985.

¹⁵ Черниловский З. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного Суда США. М., 1982. С. 111.

¹⁶ Лафитский В. И. Основы конституционного строя США. М., 1998. С. 78.

¹⁷ 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

Научную литературу, посвященную этому юристу, в американском государствоведении называют «книжная полка Брандайза». В целом, редко кто из американских юристов удостоивался такого внимания ученых, как он. В частности, изданы библиографии сочинений о Л. Брандайзе¹⁸. Весьма интересными, однако недостаточно изученными являются публикации, автором которых был Брандайз и которые недостаточно известны российским ученым — правоведам и политологам¹⁹. Изданы многотомные собрания писем Л. Д. Брандайза²⁰.

Один из первых его биографов А. Мэйсон назвал свою монографию «Жизнь свободного человека»²¹. В исследовании, посвященном первой поправке к Конституции США, В. Блэйзи утверждал, что для Брандайза, как и для Т. Джефферсона, успешность демократии зависела от духовных качеств, жизненности, мужества и энергии граждан²². В недавних обобщающих сочинениях по американскому конституционному праву Л. Брандайз

Supreme Court History. 2005. N 30. P. 31–46; 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.

¹⁸ Mersky M., Louis Dembitz Brandeis, 1856–1941; a Bibliography (New Haven: Yale Law School, 1958.); Gene Teitelbaum, Justice Louis D. Brandeis: a Bibliography of Writings and Other Materials on the Justice. (Littleton: Fred B. Rothman & Co., 1988.).

¹⁹ Louis Brandeis & Samuel Warren The Right to Privacy, 4 Harvard Law Review 193–220 (1890–91); Brandeis L. D.: 1) The Opportunity in the Law, 39 American Law Review 555 (1905); 2) Other People's Money, and How the Bankers Use It. (New York: Frederick A. Stokes Co, 1914); 3) Business — A Profession. (Boston: Small, Maynard & Co., 1914); 4) The Living Law, 10 Illinois Law Review 461 (1916); 5) The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis. New York: Viking Press. 1934; 6) The Brandeis Guide to the Modern World. Alfred Lief, editor (Boston: Little, Brown & Co., 1941); 7) The Words of Justice Brandeis. Solomon Goldman, editor (New York, N.Y.: Henry Schuman, 1953); The Unpublished Opinions of Mr. Justice Brandeis; the Supreme Court at Work. Edited by Alexander M. Bickel. (Cambridge: Belknap Press, 1957); etc.

²⁰ The Letters of Louis D. Brandeis. Melvin I. Urofsky; David W. Levy (editor). University of New York Press. 1971, 1972, 1973, 1975. (4 vols.); Melvin I. Urofsky; David W. Levy (editor). Half Brother, Half Son: The Letters of Louis D. Brandeis to Felix Frankfurter. University of Oklahoma Press. 1991; David W. Levy; Melvin I. Urofsky (editor). The Family Letters of Louis D. Brandeis. University of Oklahoma Press. 2002.

²¹ Mason A. T. Brandeis: A Free Man's Life. N.Y.: The Viking Press, 1946.

²² Blasi V. The First Amendment And The Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney v. California*, *Wm. & Mary Law Review*. 1988. N 29. P. 653, 686.

представлен как последовательный защитник 4-й, 5-й и 8-й поправок к Конституции США, всего комплекса прав и свобод человека.

Вместе с тем в сочинениях Мэйсона, Блэйзи и др. имеет место целый ряд пробелов. Прежде всего, они в большей степени имели обзорный, биографический характер. Авторы исследовали главным образом социально-экономические взгляды Брандайза, его интеллектуальный портрет, прогрессистскую тенденцию в его деятельности, отношения с Национальной лигой потребителей, его вклад в осуществление реформ в США, регулирование конкуренции и другие аспекты. Конституционно-правовые вопросы описывались исключительно как факты жизни Брандайза.

В современных научных исследованиях деятельности Верховного суда США значимость Л. Д. Брандайза определена следующими факторами: его обращение к фактической стороне судебных дел базировалось на философских основах социологической юриспруденции; его симпатии к слабым и обездоленным, противодействие крупным корпорациям и государственному контролю способствовали оформлению политической реакции как на расширение влияния американских корпораций, так и на посягательство государства на личные права и свободы²³.

Обстоятельные сочинения, затрагивающие политико-правовые аспекты деятельности Л. Д. Брандайза, принадлежат перу ведущего научного сотрудника Центра Вудро Вильсона в Вашингтоне, д-ра Филиппы Струм²⁴. Данный автор обосновала вывод о том, что нецелесообразно вести речь об эволюционных изменениях правовых взглядов Брандайза, поскольку на всем протяжении его деятельности они, с ее точки зрения, отличались постоянством.

Почетный профессор Нью-Йоркской школы права Эдвард Парселл исследовал роль Брандайза в развитии конституционного права эры прогрессизма, его место в «конституционной революции» периода Нового курса²⁵. Э. Парселл уверен в том, что нынешний состав Верховного суда США не разделяет той концепции конституционной интерпретации, которой придерживался Луис Брандайз. Это заставляет вспомнить слова А. Пуанкаре, который считал, что «не нужно думать, что вышедшие из моды теории были бесплодны и не нужны»²⁶.

Исследование начального периода становления Л. Брандайза как юриста связывается с Гарвардом, куда он поступил в 1875 г. В это время

²³ The U. S. Supreme Court / ed. by Thomas Tandy Lewis (Magill's choice). Pasadena, 2007, p. 146.

²⁴ Philippa Strum: 1) *Louis D. Brandeis: Justice for the People*. (Cambridge: Harvard University Press, 1984, 1988); 2) *Brandeis: Beyond Progressivism* (Lawrence: University Press of Kansas, 1993); 3) *Brandeis on Democracy* (Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1995); etc.

²⁵ Edward A. Purcell: 1) "Litigation & Inequality: Federal Diversity Jurisdiction in Industrial America, 1870–1958". Oxford University Press, 1992; 2) *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); 3) *Brandeis, Erie, and the New Deal "Constitutional Revolution."*, 26 *Journal of Supreme Court History* 257–278 (2001); etc.

²⁶ Пуанкаре А. О науке. М., 1990. С. 203.

юридический факультет Гарварда (*Harvard Law School*) переживал подлинную революцию в преподавании права, инициированную его деканом Кристофером К. Лэнгделлом. Причины реформ коренились в критической ситуации с обучением юриспруденции, сложившейся в 1860-х годах и хорошо описанной классиком американского права Оливером У. Холмсом. В статье, опубликованной в 1870 г. в *American Law Review*, Холмс охарактеризовал гарвардское правоведение как «мешок деталей», а условия обучения на факультете он назвал позорящими штат Массачусетс и способными разочаровать настоящих студентов. Хорошо осознавая это, Лэнгделл провозгласил право «наукой, состоящей из определенных принципов и доктрин. Для того чтобы овладеть правом, следует научиться применять его с легкостью и уверенностью к самым запутанным человеческим отношениям. В этом состоит задача юриста и цель каждого серьезного студента-правоведа»²⁷.

Реформы в преподавании права в Гарварде стали предметом изучения историков американской юриспруденции²⁸. Конкретно преобразования заключались в следующем:

- механическое заучивание на память, зубрежка статей законов и «мертвой буквы» судебных прецедентов была заменена интерактивными методиками обучения, в частности методом Сократа, дискуссиями, критическим анализом юридических казусов и реальных судебных дел;
- к обучению стали привлекаться видные практики судопроизводства, например, бывший председатель Верховного суда штата Род-Айленд Чарльз Смит Брэдли, сочетавший обучение принципам общего права с юриспруденцией, основанной на естественно-правовых основах (“natural justice”);
- поощрялось участие студентов в учебных судебных процессах (moot courts), в которых Л. Брандайз получил первый опыт исполнения роли судьи²⁹.

В 1878 г. Л. Брандайз поступил в коллегию адвокатов штата Миссури и через некоторое время принял предложение своего однокашника по Гар-

²⁷ Urofsky, Melvin I. *Louis D. Brandeis: A Life* (New York: Pantheon Books, 2009). Ch. 1.

²⁸ Arthur E. Sutherland, *The Law at Harvard: A History of Ideas and Men, 1817–1967* (Cambridge, Mass., 1967), chap. 6; Charles Warren, *History of the Harvard Law School, and of Early Legal Conditions in America*, 2 vols. (New York, 1908), chap. 43; Robert Stevens, *Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s* (Chapel Hill, N. C., 1983), chaps. 2–4.

²⁹ Vile, John R. *Great American Judges: An Encyclopedia*, ABC-CLIO (2003): 122. — В западном юридическом сообществе смысл «мута» состоит в том, чтобы в рамках вымышленного спора успешно представить интересы одной из спорящих сторон. Для этого необходимо, во-первых, разработать выигрышную стратегию, исходя из применимого права и имеющихся в деле фактов; во-вторых, изложить свои аргументы в письменном виде для оппонентов и суда (как правило, в виде меморандумов); в-третьих, представить свою позицию в устных прениях с представителями противоположной стороны в судебном заседании (см.: Вайпан Г. «Мутный» лик юридического образования // Международное правосудие. 2011. № 11. С. 128).

варду С. Уоррена основать собственную юридическую фирму в Бостоне³⁰. Свою адвокатскую практику в Бостоне Брандайс во многом посвятил резонансным делам, защищая интересы широкого круга лиц. Именно здесь он получил общественное признание и неофициальный титул — «защитник народа».

Как указывает А. Мэйсон, приступая к своей деятельности в качестве бизнес-адвоката, Брандайс настаивал, чтобы партнеры по юридической фирме достигли согласия по поводу двух важнейших принципов организации деятельности: во-первых, никогда не следует иметь дела с посредниками, а только с лицами, имеющими непосредственное отношение к делу; во-вторых, адвокат должен иметь право давать консультации по любым аспектам дел, находящихся в производстве адвокатской конторы. Луис рассматривал себя в большей степени как юридического советника, нежели стратега в судебных процессах. Свою задачу он видел в том, чтобы превентивные советы адвоката помогали клиентам избегать судебных тяжб, забастовок, кризисов. Брандайс разъяснял, что предпочитал бы работать с клиентами, нежели выступать в роли адвоката в судебном споре³¹.

Судя по одной из записей, найденных в бумагах бостонского адвоката, следовало «давать советы клиенту относительно того, как ему нужно поступать, а не исходить из его желаний»³². Брандайса интересуют проблемы возможности в праве, пределов и ограничений в деятельности юриста. В 1911 г. он утверждал, что «значительный объем времени юристов отводится судебным процессам, которые проводятся в огромных масштабах. Однако несомненно, что большая часть деятельности адвокатов протекает не в судах, а в процессе консультирования по важным вопросам, в том числе по вопросам предпринимательства... Поэтому лучшие из американских юристов нашего поколения, поработав в качестве профессиональных консультантов крупных корпораций, в конечном счете становятся их менеджерами»³³. При этом достаточно противоречивая роль крупных корпораций в американском обществе постоянно привлекает его внимание.

В отличие от своих коллег Брандайс часто отказывался от ведения адвокатских дел по этическим соображениям. Не будучи уверен в правоте одного из своих клиентов, он настаивал на том, что условием продолжения ведения дела должно быть непредвзятое, справедливое отношение к каждому участвующему в нем³⁴. Понятие «непредвзятое, справедливое отношение» (*square deal*) нередко встречается в записях Брандайса данного периода применительно к юридической профессии. Примечательно, что этот же термин использовался для обозначения внутриполитической доктрины Президента США Теодора Рузвельта в 1901–1909 гг., получившей название «Справедливый курс».

³⁰ Данная юридическая фирма, основанная в 1879 г., существует до настоящего времени под названием «Nutter McClennen & Fish».

³¹ Mason, Thomas A. *Brandeis: A Free Man's Life*, Viking Press (1946): 86.

³² Mason, Thomas A. *Brandeis: A Free Man's Life*, Viking Press (1946): 20.

³³ Brandeis, Louis. *The Opportunity in the Law*, Harvard University Press (1911).

³⁴ Mason, Thomas A. *Brandeis: A Free Man's Life*: 233.

Практическая деятельность Брандайза как публичного адвоката, начальный период формирования его взглядов на роль юриспруденции в обществе, его общественно-политическая публицистика неразрывно связаны с возникшим в США на рубеже веков социально-политическим и литературным течением *Muckrakers* — «разгребателей грязи».

В многотомной «Истории литературы США» сделан вывод о том, что «разгребатели грязи» были, прежде всего, детьми своего времени — противоречивой «прогрессистской» эры, которую можно с полным правом назвать и эрой журналистики, во многом определявшей ее сущность. Явление это достаточно аморфно и трудно поддается классификации, ведь «разгребателей» не связывала какая-либо общая программа, и их никак нельзя назвать сложившейся школой или движением. Разные авторы относят к «разгребателям» около 40 различных фигур — от журналистов и общественных деятелей до писателей и художников. Деятельность многих из них имеет весьма опосредованное отношение к «разгребательству», представляя собой скорее иные, параллельные аспекты осмысления противоречивой «прогрессистской» эры³⁵.

Американские авторы называют Луиса Брандайза в числе 17 наиболее видных представителей течения «разгребателей» раннего периода его существования, отдавая должное его книге «Чужие деньги и как их используют банки» («*Other People's Money And How the Bankers Use*») 1916 г., в которой он выразил свое весьма критическое отношение к крупным монополиям и банкирским домам. В отличие от иных представителей данного течения Брандайз не останавливался на хлесткой, расследовательской публицистике (*watchdog, investigative journalism*), а стремился в юридической практике воплотить свои политико-правовые воззрения.

Л. Брандайз утверждал, что закон всегда имеет тенденцию к отставанию от жизненных обстоятельств. По мнению исследователя американского реформизма С. Пайотта, Брандайз стремился преодолеть подобный разрыв. Он не исходил из презумпции неизменности принципов права, старался отойти от традиционного подхода в правовом мышлении и гармонизировать закон с потребностями общества³⁶.

В 1911 г. в книге «Возможность в праве» Брандайз разъяснил философско-правовые основы деятельности публичного адвоката: «Юридический советник, приглашенный для представительства важных частных интересов, обладает обычно достаточно обширными возможностями. При этом общественные интересы в его деятельности зачастую представлены недостаточно либо не представлены вообще, что несправедливо с точки зрения общества. Следствием этого является ситуация, когда многие законопроекты, внесенные в законодательные органы, не становятся законами... Те из Вас, кто чувствует тягу к профессии, могут быть уверены в том, что получают возможность принести пользу, не соизмеримую ни с чем.

³⁵ История литературы США. Т. 5 / отв. ред. Е. А. Стеценко. М., 2009. С. 453–454.

³⁶ Piott, Steven L. *American Reformers, 1870–1920*, Rowman & Littlefield (2006).

В этом состоит вызов юристов-профессионалов — делать большую работу для своей страны»³⁷.

В своем памфлете «Порочность гигантов» («*The Curse of Bigness*») Л. Брандайс писал, что «эффективность означает более высокую производительность при меньших усилиях и затратах, что сопровождается устранением ненужных ресурсов — человеческих и материальных. Как при этом мы надеемся достичь наших социальных идеалов?»³⁸. Подобные политико-правовые идеи бостонского адвоката закладывали основы достаточно популярного в США, Британии и других странах в начале XX в. «движения за эффективность» («*Efficiency Movement*»), отраженного в зарубежной научной литературе³⁹.

Как считает видный исследователь Мелвин Урофски, Л. Брандайс стал одним из лидеров прогрессистского движения, который использовал закон как инструмент социальных изменений. С 1897 по 1916 год Луис находился в центре многочисленных реформистских инициатив. В Бостоне он боролся за честные муниципальные транспортные контракты, в 1907 г. он возглавил борьбу против попыток банкира Дж. П. Моргана монополизировать железные дороги в Новой Англии. После разоблачения махинаций в сфере страхования в 1906 г. он разработал для штата Массачусетс план создания сберегательного банка, посредством которого можно было бы осуществлять страхование жизни лиц с невысокими доходами. Брандайс поддержал движение за защиту окружающей среды и в 1910 г. стал главным действующим лицом при расследовании дела Пинчота — Баллинджера. Брандайс считал, что развитие индустриализации ведет к созданию гигантских компаний, угрожающих благосостоянию миллионов американцев⁴⁰.

Несколько иная точка зрения обоснована Филиппой Струм в монографии «Брандайс: за рамками прогрессизма»⁴¹. По ее мнению, несмотря на то что сторонники «Нового курса» президента Ф. Рузвельта считали оппозицию Брандайза крупному бизнесу ностальгической и наивной, его прагматический подход к социальным проблемам оставался вполне обоснованным. Для него был характерен переход от экономического консерватизма к эгалитарным тенденциям. Понимание им конституционного права на жизнь включает в себя признание минимальных гарантий свободы от нужды. В качестве судьи дальновидный Брандайс акцентировал внимание на важности таких личных прав, как свобода слова и право на неприкосновенность частной жизни. Ф. Струм заключает, что хотя источником мировоззрения Брандайза был «американский опыт индустриализации», его

³⁷ Brandeis, Louis. *The Opportunity in the Law*, Harvard University Press (1911).

³⁸ Louis Brandeis, *The Curse of Bigness: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis* ed. by Osmond Kessler Fraenkel and Clarence Martin Lewis, (1965): 51.

³⁹ Daniel T. Rodgers, *Atlantic Crossings: Social Politics in a Progressive Age* (2000); Samuel Haber, *Efficiency and Uplift: Scientific Management in the Progressive Era, 1890–1920* (1964); Jennifer K. Alexander, *The Mantra of Efficiency: From Waterwheel to Social Control* (2008); etc.

⁴⁰ Melvin I. Urofsky, *Louis D. Brandeis and the Progressive Tradition* (1981): 300–326.

⁴¹ Philippa Strum, *Brandeis: Beyond Progressivism* (Lawrence: University Press of Kansas, 1993).

идеи были главным образом обращены к вопросам экономики и гораздо меньше к проблемам гендерного и расового равенства.

В отличие от большинства исследователей государственного строительства в США, которые уверены в том, что «Прогрессивная эра» означала либо наступление на крупные корпорации, либо их государственное регулирование, Э. Берк настаивает на том, что принятые тогда меры реально привели к регулируемой конкуренции. Луис Брандайз разработал концепцию регулируемой конкуренции и сделал ее предметом публичных обсуждений. Члены Конгресса воплотили многие предложения Брандайза в законодательные акты. Созданная тогда Федеральная торговая комиссия осуществляла регистрацию бизнеса и профессиональных ассоциаций, чтобы сделать их работоспособными. Многие предложения Брандайза базировались на идеях научного управления общественными процессами и инновационных техниках расчета издержек производства, реализация которых могла бы повести развитие американского капитализма по другому пути⁴².

В американской научной литературе констатируется поддержка Луисом Брандайзом программы «Новой свободы» В. Вильсона, разделявшего концепцию «регулируемой конкуренции», обоснованной бостонским адвокатом⁴³. По сведениям А. Гекшера, Вильсон часто обращался к советам Брандайза по вопросам экономической политики в части государственного регулирования трестов, поскольку предвыборная кампания президента была сфокусирована на устранении монополий во всех формах. Вильсон был уверен, что реформы в банковском секторе и снижение тарифов на услуги монополий способны улучшить функционирование свободного рынка⁴⁴.

На страницах «Журнала юридического образования» (*Journal of Legal Education*) Р. Гордон отмечал, что непосредственно для юристов Луис Брандайз стал провозвестником и символом той модели юридической практики, которая до сих пор имеет ценность и достойна подражания. Еще до назначения судьей Верховного суда он получил известность как «адвокат для народа», стал одним из основоположников юриспруденции «в публичных интересах», который выступал на стороне обычных людей, не организованных и не облеченных властью. Его имя символизировало особый стиль практики, известный как «советник для конкретной ситуации», который отражал разочарование в том, что адвокат участвовал исключительно в разрешении конфликтов. Деятельность Брандайза как судьи была выдержана в консервативном ключе, он был сторонником «юридического ограничения»⁴⁵.

В коллективной монографии советского периода «США: политическая идеология и история» указано, что известный противник трестов юрист

⁴² Berk G. *Louis Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900–1932*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

⁴³ Mason, Thomas A. *Brandeis: A Free Man's Life*, Viking Press (1946): 375–377; Piott, Steven L. *American Reformers, 1870–1920*, Rowman & Littlefield (2006): 139.

⁴⁴ August Heckscher, ed., *The Politics of Woodrow Wilson: Selections from his Speeches and Writings* (1956): 256–257.

⁴⁵ Robert W. Gordon, Book Review: Melvin I. Urofsky, *Louis D. Brandeis: A Life*, 60 *Journal of Legal Education* 549 (2011): 549.

Л. Брандайс «в конце августа 1912 г. в разгар предвыборной кампании предложил Вильсону антитрестовскую тему в качестве привлекательного предвыборного сюжета». Хотя Вильсон, уступая давлению Брандайза, Брайана и других выразителей мелкобуржуазных настроений, и пошел на создание Федеральной промышленной комиссии, наделенной весьма широкими полномочиями по ограничению деятельности монополий, он же, по выражению его биографа А. Линка, «убил ее своими назначениями»⁴⁶.

После президентских выборов в ноябре 1912 г. Вудро Вильсон, который в письме Л. Брандайзу признал «огромный вклад» последнего в победу на выборах, рассматривал его кандидатуру на пост генерального прокурора либо министра торговли. Однако от этой идеи пришлось отказаться, так как президент встретил мощную оппозицию со стороны глав корпораций, против которых Брандайс выступал в судебных баталиях⁴⁷. В 1916 г. президент представил Л. Д. Брандайза в качестве кандидата в судьи Верховного суда Соединенных Штатов.

Конституционно-правовая концепция Брандайза сравнительно недавно стала предметом специального исследования в отечественном правоведении⁴⁸. При этом в российской и зарубежной юридической науке проблемы конституционной интерпретации в сочинениях и практической деятельности Брандайза как целостная проблема не изучены. Представляется необходимым исследовать его теоретические взгляды, в особенности связанные с течением правового реализма, философско-правовые основы его демократических воззрений.

Данный подход позволит проанализировать в целом дискурс, связанный с деятельностью Верховного суда США, понять не только различия (на которых обычно делается акцент), но и сходство между различными конституционными интерпретациями. Оригиналистская и ноноригиналистская концепции конституционной интерпретации оформились в процессе толкования американской Конституции. Сторонники каждой из концепций используют различные виды источников конституционного права, обосновывают свои выводы на разных типах правопонимания: позитивистском (нормативизм) и неопозитивистском («живая конституция»). При этом обе концепции применяются членами высшего судебного органа страны, дополняя друг друга и обеспечивая, в конечном счете, целостную интерпретацию Основного закона государства⁴⁹.

⁴⁶ США: политическая идеология и история / под ред. Н. Н. Яковлева. М., 1974. С. 331, 332.

⁴⁷ Lief, Alfred. Brandeis: *The Personal History of an American Ideal*, Stackpole Sons (1936): 257–258.

⁴⁸ Берлявский Л. Г.: 1) Вклад Л. Д. Брандайза в развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 2. С. 313–320; 2) Конституционно-правовая концепция Луиса Брандайза (1856–1941) // Государство и право. 2014. № 7. С. 74–80; 3) Политико-правовая концепция Луиса Брандайза // Политическая концептология: журнал метадисциплинарных исследований. 2014. № 3. С. 60–69; 4) Луис Брандайс и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки. М., 2016.

⁴⁹ Берлявский Л. Г. Классификация теорий конституционной интерпретации в США // Правоведение. 2015. № 2. С. 64–87.

На основании данных, приведенных в американской юридической литературе⁵⁰, представляется возможным содержательно классифицировать позиции судьи Верховного суда США Л. Брандайза по следующим вопросам:

- ограничение расширительного толкования функций государственных органов — по делам *Myers v. United States*, 272 U. S. 52 (1926 г.), *Louisville v. Radford*, 295 U. S. 555 (1935 г.);
- регулирование деятельности монополий — по делам *Bedford v. Journeymen*, 274 U. S. 37 (1927 г.), *Quaker City Cab v. Pennsylvania*, 277 U. S. 389 (1928 г.);
- расширение прав штатов в социально-экономической сфере — по делу *Liggett v. Lee*, 288 U. S. 517 (1933 г.);
- обоснование юридического ограничения (*judicial restraint*) в конституционном судебном процессе — по делу *Ashwander v. TVA*, 297 U. S. 288 (1936 г.);
- регламентация права на неприкосновенность частной жизни — по делу *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438 (1929 г.);
- обеспечение конституционной свободы слова — по делу *Whitney v. California*, 274 U. S. 357 (1927 г.);
- сохранение демократических основ конституционного строя (*Schaefer v. U. S.*, 251 U. S. 466; *Pierce v. U. S.*, 252 U. S. 239; *Gilbert v. Minnesota*, 254 U. S. 325); и др.

Важным условием изучения конституционно-правовой концепции Брандайза является анализ исторического и социально-политического контекста ее формирования. Последний в данном случае включает в себя материалы, связанные с правовыми реалиями и судебными делами (*Muller v. Oregon*, 1908; *Gilbert v. Minnesota*, 1920; *Whitney v. California*, 1927; *Burnet v. Coronado Oil and Gas Co.*, 1932; *Packer Corporation v. Utah*, 1932 и т. д.), а также конституционно-правовые концепции, развиваемые в конкретно-исторических условиях.

В. Г. Каленский справедливо отмечал, что с социологической юриспруденцией и школой правового реализма связаны некоторые прогрессивные тенденции в развитии конституционной доктрины гражданских свобод. Брандайз, например, еще в 1900 г. выступил в защиту личности от беззастенчивого вмешательства бульварной прессы в интимную жизнь человека, сформулировав принцип «права прайвеси» (*right of privacy*). Холмс и Брандайз были ярыми сторонниками «инкорпорации» Федерального Билля о правах, т. е. распространения его гарантий на взаимоотношения граждан с властями штатов. С именем Брандайза связано и такое, несомненно, прогрессивное нововведение, как использование данных социологии, психологии, экономики и других общественных наук в адвокатской и судебной практике. Брандайз ввел это с целью защиты фабричного законодательства, направленного против злоупотреблений хозяйской

⁵⁰ *Encyclopedia of the Supreme Court of the United States* / David S. Tanenhaus, editor in chief, vol. 1 (2008 Gale, a part of Cengage Learning): 189–190.

властью. Видный представитель школы правового реализма Карл Н. Левелин горячо осудил вопиющие факты нарушения законности в деле Сакко и Ванцетти. Б. Кардозо сформулировал доктрину, известную в литературе как принцип «двойного стандарта» («*Double Standard*»)⁵¹.

В частности, в деле *Muller v. Oregon* (1908 г.) Л. Брандайс представил заключение, впоследствии названное «*Brandeis brief*» («заключение Брандайса», по З. М. Черниловскому⁵²), из более чем 100 страниц, основанное на данных отчетов социальных работников, фабрично-заводских инспекторов, заключений экспертов, которые в своей совокупности обеспечили перевес доказательств в пользу того, что «чрезмерный по времени труд женщин оказывает деструктивное влияние на их здоровье и моральное состояние».

Ориентация Л. Брандайса на социологическое правопонимание была своеобразной реакцией на так называемый правовой классицизм — течение в американской юридической науке и практике, возникшее в конце XIX в. и утратившее свое влияние во время конституционного кризиса 30-х годов XX в. Высшей точкой проявления правового классицизма считается деятельность Верховного суда США под председательством У. Г. Тафта (1921–1930), который ранее был 27-м президентом Соединенных Штатов Америки (1909–1913)⁵³.

Конкретно методологическая позиция Л. Брандайса сводилась к следующему:

- признание аналитического, рационального подхода к анализу государственно-правовых явлений. В особом мнении по делу *New State Ice Co. v. Liebmann* (1932 г.) он утверждал, что «если мы хотим руководствоваться светом разума, нужна смелость мышления»⁵⁴. Судья Брандайс никогда не исходил из метафизических спекуляций либо следования интуиции, он занимался беспристрастным, критическим изучением фактов⁵⁵;
- развитие концепции «живого права» на базе исследования всей совокупности фактических обстоятельств конкретных юридических дел. В работе «Живое право» Л. Брандайс сделал вывод: «Ни один писанный или неписанный закон нельзя понять без исчерпывающего изучения фактов, на основании которых он принят и к которым он применим»⁵⁶;

⁵¹ Каленский В. Г. Билль о правах в конституционной истории США. С. 108.

⁵² Черниловский З. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного Суда США. С. 104.

⁵³ Правовой классицизм (правовой фундаментализм) был юридическим отражением интересов промышленников и финансистов эпохи домонополистического капитализма («Золотой эры» по американской терминологии) и базировался на следующих принципах: всемерная юридическая защита права собственности, ограничение государственного вмешательства в рыночные отношения в какой-либо форме, пренебрежение к интересам трудящихся и правам этнорасовых меньшинств.

⁵⁴ Brandeis L. Dissent, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U. S. 262 (1932).

⁵⁵ Henry J. Friendly, *Mr. Justice Brandeis: The Quest for Reason*, 108 U. Pa. L. Rev. 985, 999 (1960).

⁵⁶ Brandeis L. *The Living Law*, 10 Illinois Law Review 461, 467 (1915–16).

- социологическое понимание права: «общий смысл права состоит в том, что самые благородные изобретения человечества — знание, установление истины, концепции и идеи — стали возможны как результат свободного взаимодействия между людьми»⁵⁷;
- вывод о том, мнение судьи должно базироваться на основе последовательного применения принципа: исследование обстоятельств дела — толкование — вынесение судебного решения⁵⁸.

Л. Д. Брандайз был непосредственным предтечей такого влиятельного направления американской юриспруденции, как экономический анализ права. Именно *Brandeis brief* назван в энциклопедическом справочнике «*Law and Economics*» под редакцией Ю. Бэксауза⁵⁹ предвестником данного направления.

На базе данного подхода оформилась конституционная экономика, которая представляет собой «научное направление, изучающее принципы оптимального сочетания экономической целесообразности с достигнутым уровнем конституционного развития, регламентирующих экономическую и политическую деятельность в государстве. Одним из первооткрывателей этого научного направления стал американский экономист Джеймс Бьюкенен, удостоенный в 1986 г. Нобелевской премии по экономике»⁶⁰.

Квинтэссенция государственно-правовой концепции Брандайза была определена им в 1922 г. следующим образом: «Наша Конституция — не смиренная рубашка. Это живой организм. В таком качестве она способна к развитию и приспособлению к новым условиям. Развитие означает изменения: политические, экономические и социальные. Такое развитие в большей мере проявляет себя в интеллектуальных и этических концепциях, нежели в материальной сфере. Поскольку наша Конституция способна адаптироваться, она остается Основным законом в развивающемся обществе»⁶¹.

⁵⁷ Brandeis L. Dissent, *International News Service v. Associated Press*, 248 U. S. 215 (1918).

⁵⁸ Paul A. Freund, *Proceedings in Memory of Mr. Justice Brandeis*, 317 U. S. ix, xix–xx (1942).

⁵⁹ Brandeis L. “*True Americanism*” (1915). — В 20–40-е гг. XX в. в США экономический подход в правовых исследованиях стал применяться для анализа законодательства в областях, явно регулирующих экономические отношения: антимонопольное и налоговое законодательство, корпоративное право, рынок ценных бумаг, торговая политика, проблемы предоставления коммунальных услуг. Правовые реалисты считали, что для понимания права необходимо использовать другие общественные науки, в первую очередь экономику, так как эти сферы в наибольшей степени воздействуют друг на друга. Они первыми применили некоторые экономические категории для объяснения правовых феноменов (например, трансакционные издержки), но основное направление их исследований — роль права в экономической жизни (см.: Шахов А. Н. Экономический анализ права: предпосылки, становление, сущность // Вестник АмГУ. 2011. Вып. 52. С. 2; Познер Р. Экономический анализ права: в 2 т. Т. 1. СПб., 2004. С. 841–844).

⁶⁰ Конституционная экономика / отв. ред. Г. А. Гаджиев. М., 2010. С. 10.

⁶¹ Brandeis L. (proposed dissent to *United States v. Moreland*. 258 U. S. 433 (1922), quoted in A. Bickel. *The Least Dangerous Branch* 107 (1962).

В статье «Брандайс и живая конституция» Ф. Струм заключает, что он верил в динамичную, развивающуюся Конституцию. Его конституционная философия была диаметрально противоположна концепции «подлинного намерения» (*original intent*), которая рассматривает Конституцию как остаток прошлого, а не как живой организм. Конституционализм Брандайза был рационален и смел, что позволило ему разработать «основы юридической интерпретации, соответствующие как демократической политической системе, так и изменяющейся Конституции»⁶².

В период реализации «Нового курса» развернулась конфронтация сторонников реформистской традиции «живой Конституции» и приверженцев стабильности в толковании Основного закона, которые подобно судье Верховного суда США Дж. Сазерленду настаивали на том, что законные конституционные изменения должны осуществляться исключительно в форме поправок к Конституции, а не обновленных интерпретаций ее⁶³.

Вместе с тем в последующие периоды видные американские конституционалисты разделяли версию «живой Конституции» Луиса Брандайза. Среди них американские государствоведы называют председателя Верховного суда США Уильяма Ренквиста, судей Верховного суда Феликса Франкфуртера и Уильяма Бреннана, видного философа права Рональда Дворкина, государствоведа Александра Бикела и др.⁶⁴. По словам председателя Верховного суда США У. Ренквиста (1994–2005), на слушаниях в Юридическом комитете Сената по поводу назначения судей Верховного суда соискателям часто задавался вопрос о том, верят ли они в «живую Конституцию»⁶⁵. В этом плане справедлив вывод К. Хелм о том, что наследие Брандайза продолжает жить⁶⁶.

Завершая статью, попытаемся выделить существенные черты юридической концепции Л. Д. Брандайза:

⁶² Philippa Strum, *Brandeis and Living Constitution, Brandeis and America* / ed. by Nelson L. Dawson. University Press of Kentucky (1989): 129.

⁶³ *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 U. S. 398 (1934).

⁶⁴ См.: Corwin, E. S. 1987 *Corwin on the Constitution*, Vol. Two: The Judiciary, ed. with an introduction by Richard Loss. Ithaca, N.Y. and London, England: Cornell University Press; Gillman, H. 1997 *The Collapse of Constitutional Originalism and the Rise of the Notion of the "Living Constitution" in the Course of American State-Building*. *Studies in American Political Development* 11:191–247; Hamburger, P. 1989 *The Constitution's Accommodation of Social Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism*. *Harvard Law Review* 107:30–117; Kammen, M. 1994 *A Machine That Would Go of Itself*. New York: St. Martin's Press; Kyvig, D. E. 1996 *Explicit and Authentic Acts: Amending the U. S. Constitution, 1776–1995*. Lawrence: University Press of Kansas; Rakove, J. N., ed. 1990 *Interpreting the Constitution: The Debate Over Original Intent*. Boston, Mass.: Northeastern University Press; Renquist, W. H. 1976 *The Notion of a Living Constitution*. *Texas Law Review* 54:693; Siegel, S. A. 1990 *Historicism in Late Nineteenth Century Constitutional Thought*. *Wisconsin Law Review* 1990: 1431–1547; Various authors 1936 *The Constitution in the Twentieth Century*. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 185:1–200; White, G. 1997 *The "Constitutional Revolution" as a Crisis in Adaptivity*. *Hastings Law Journal* 48:867–912.

⁶⁵ William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976). — См.: Richard W. Garnett, "Chief Justice Rehnquist's Enduring, Democratic Constitution", *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29 no.2 (2006): 395–400.

⁶⁶ Katherine A. Helm. 2009 'What Justice Brandeis taught us about conflicts of interests' in *The Journal of the Legal Profession* vol. 35 no. 1: 22.

1. Брандайз отстаивал конституционные принципы равенства граждан и правового государства; известно его изречение о том, что самая важная государственная должность — это обычный гражданин⁶⁷.

2. Цель развития доктрины прав и свобод человека он видел в действии гармонизации политических и социальных противоречий в обществе. В особом мнении по делу *Gilbert v. Minnesota* (1920 г.) судья Верховного суда США утверждал, что «гармония в политической жизни является результатом борьбы соперничающих сил. Свободное выражение противоположных мнений является надежнейшей предпосылкой разумности деятельности государства. Их подавление, как правило, становится величайшим злом»⁶⁸. На вопрос о сущности американской идеи Брандайз отвечал, что «это развитие индивидуума как для собственной пользы, так и для общего блага; это развитие индивидуума посредством свободы; это достижение общего блага через демократию и социальную справедливость»⁶⁹.

3. Направленность правозащитной деятельности состоит в том, чтобы заставить жителей «понять, что самая важная обязанность, которую всем нам следует исполнять, — это быть гражданином, частным лицом. При республиканской форме правления пренебрежение обязанностями гражданина грозит серьезными опасностями для общества»⁷⁰. Как отметил несколько лет назад С. Род на страницах *Los Angeles Lawyer*, для Брандайза конституционные права настолько важны, что для их обоснования невозможно приводить какие-либо технические либо несущественные аргументы⁷¹.

4. В основе гражданских свобод лежит принцип, отрицающий исключительное положение государственных должностных лиц перед законом и подчиняющий их тем же правилам поведения, что и обычных граждан⁷².

5. В правозащитной сфере и государственном строительстве Брандайз допускал применение метода эксперимента. По его словам, «открытия в естественных науках, триумф изобретательства свидетельствуют в пользу метода проб и ошибок. Эксперименты являются источником подобных достижений»⁷³. В этом плане принцип прецедентного права *stare decisis* он считал весьма полезным, поскольку «в делах, затрагивающих федеральную Конституцию, где практически невозможна коррекция посредством изменения законодательства, Верховный суд зачастую отменяет ранее принятые решения». Верховный суд отдает должное результатам

⁶⁷ Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты / под ред. О. А. Жидкова. М., 1991. С. 41.

⁶⁸ См.: *Gilbert v. Minnesota*, 254 U. S. 325, 338 (dissenting) (1920).

⁶⁹ Brandeis L. "True Americanism" (1915).

⁷⁰ Brandeis L.: 1) Statement to a reporter in the *Boston Record*, 14 April 1903. (quoted in Alpheus Thomas Mason, *Brandeis: A Free Man's Life* (1946), p. 122); 2) dissenting opinion in *Olmstead v. United States*, 277 U. S. 438 (1928).

⁷¹ Rohde S. F. 'Louis D. Brandeis', *Los Angeles Lawyer*. January 2010: 45.

⁷² См.: *Burdeau v. McDowell*, 256 U. S. 465, 477 (dissenting) (1921).

⁷³ См.: *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U. S. 262 (dissenting) (1932).

опыта и лучшей аргументации, признавая, что метод проб и ошибок применим также в юриспруденции⁷⁴.

6. Отношение Брандайза к конституционным установлениям зависело от того места, которое они занимали в его концепции «живой Конституции». Он уделял приоритетное внимание 1-й поправке к Конституции США, гарантировавшей свободу выражения мнения и свободу средств массовой информации. При этом он достаточно настороженно относился к 14-й поправке, поскольку Верховный суд использовал ее как механизм отмены экспериментального экономического законодательства, принятого в ряде штатов⁷⁵.

Его понимание каталога прав и свобод человека по степени приоритетности выглядело следующим образом:

- свобода слова;
- право на образование;
- свобода выбора профессии;
- свобода передвижения.

Литература

Берлявский Л. Г. Луис Брандайз и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки. М.: Юрлитинформ, 2016. 240 с.

Берлявский Л. Г. Вклад Л. Д. Брандайза в развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2013. № 2. С. 13–320.

Берлявский Л. Г. Конституционно-правовая концепция Луиса Брандайза (1856–1941) // Государство и право. 2014. № 7. С. 74–80.

Берлявский Л. Г. Политико-правовая концепция Луиса Брандайза // Политическая концептология. 2014. № 3. С. 60–69.

Фридмэн Л. Введение в американское право. М.: Прогресс, 1992. 286 с.

Черниловский З. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного Суда США. М.: Юридическая литература, 1982. 224 с.

Berk G. Louis Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900–1932. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 282 p.

Brandeis Louis. The Opportunity in the Law. Harvard University Press, 1911. URL: <https://www.milestonedocuments.com/documents/view/louis-d-brandeis-the-opportunity-in-the-law> (дата обращения: 04.03.2017).

Edward A. Purcell. 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. 432 p.

Louis Brandeis & Samuel Warren. The Right to Privacy // Harvard Law Review. N 4. P. 193–220 (1890–91).

Philippa Strum. Brandeis on Democracy. Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1995. 272 p.

The Oxford companion to the Supreme Court of the United States /editor in chief Kermit L. Hall; editors James W. Ely, Jr., Joel B. Grossman. Oxford New York, Oxford University Press, 2005. 428 p.

Urofsky M. Louis D. Brandeis: A Life New York: Pantheon, 2009. 953 p.

⁷⁴ См.: *Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U. S. 393, 406–08 (dissenting) (1932).

⁷⁵ *Philippa Strum, Brandeis and Living Constitution: 124.*

Urofsky M. Louis D. Brandeis: advocate before and on the bench // Journal of Supreme Court History. 2005. N 30. P. 31–46.

References

Berk G. *Louis Brandeis and the Making of Regulated Competition, 1900–1932*. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. 282 p.

Berlyavsky L. G. Brandaiza v razvitie konstitutsionnogo prava Soedinennykh Shtatov Ameriki [Contribution by L. D. Brandeis to the development of Constitutional Law of the United States of America]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniia* [Journal of Foreign Legislation and Comparative Law], 2013, no. 2, pp. 313–320. (in Russian)

Berlyavsky L. G. Konstitutsionno-pravovaia kontseptsii Luisa Brandaiza (1856–1941) [Constitutional and legal concept by Louis Brandeis (1856–1941)]. *Gosudarstvo i pravo* [State and Law], 2014, no. 7, pp. 74–80. (in Russian)

Berlyavsky L. G. *Luis Brandaiz i razvitie konstitutsionnogo prava Soedinennykh Shtatov Ameriki* [Louis Brandeis, and the development of Constitutional Law of the United States of America]. Moscow, Urlitinform Publ., 2016. 240 p. (in Russian)

Berlyavsky L. G. Politiko-pravovaia kontseptsii Luisa Brandaiza [Political and legal concept by Louis Brandeis]. *Politicheskaia kontseptologiya* [Political Conceptology], 2014, no. 3, pp. 60–69. (in Russian)

Brandeis Louis. *The Opportunity in the Law*. Harvard University Press, 1911. Available at: <https://www.milestonedocuments.com/documents/view/louis-d-brandeis-the-opportunity-in-the-law> (accessed: 04.03.2017).

Chernilovsky Z. M. *Ot Marshalla do Uorrena. Ocherki istorii Verkhovnogo Suda SShA* [From Marshall to Warren. Essays on the history of the US Supreme Court]. Moscow, Uridicheskaya literatura Publ., 1982. 224 p. (in Russian)

Edward A. Purcell. *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. 432 p.

Friedman L. *Vvedenie v amerikanskoe pravo* [Introduction to American Law]. Moscow, Progress Publ., 1992. 286 p. (in Russian)

Louis Brandeis & Samuel Warren. The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, no. 4, pp. 193–220 (1890–91).

Philippa Strum. *Brandeis on Democracy*. Lawrence, KS, University Press of Kansas, 1995. 272 p.

The Oxford companion to the Supreme Court of the United States. Editor in chief Kermit L. Hall; editors James W. Ely, Jr., Joel B. Grossman. Oxford New York, Oxford University Press, 2005. 428 p.

Urofsky M. *Louis D. Brandeis: A Life*. New York, Pantheon, 2009. 953 p.

Urofsky M. Louis D. Brandeis: advocate before and on the bench. *Journal of Supreme Court History*, 2005, no. 30, pp. 31–46.