

УДК 341

ТЕОРИИ КОНСТИТУЦИОННОЙ ИНТЕРПРЕТАЦИИ В СОЕДИНЕННЫХ ШТАТАХ АМЕРИКИ

© 2024 г. Л. Г. Берлявский

*Ростовский государственный экономический университет «РИНХ»;
Донской государственный технический университет, г. Ростов-на-Дону*

E-mail: berlg@yandex.ru

Поступила в редакцию 24.08.2023 г.

Аннотация. В статье обосновано суждение о том, что применительно к изучению теорий конституционной интерпретации в США парадигм, построенных по типу бинарной оппозиции (оригинализм — концепция естественного права), явно недостаточно. Поэтому частные юридические теории, каковыми являются теории конституционной интерпретации США, должны учитывать базовые принципы и институты, доктрины отрасли конституционного права Соединенных Штатов Америки: концепцию «живой конституции», теорию судебного прецедента, процессуальные аспекты конституционного права, структуралистские теории.

Ключевые слова: конституционная интерпретация, США, парадигма, «живая конституция», теория судебного прецедента, процессуальные аспекты, конституционное право, структурализм.

Цитирование: Берлявский Л. Г. Теории конституционной интерпретации в Соединенных Штатах Америки // Государство и право. 2024. № 7. С. 179–189.

DOI: 10.31857/S1026945224080183

THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN THE UNITED STATES OF AMERICA

© 2024 L. G. Berlyavsky

*Rostov State University of Economics “RINH”;
Don State Technical University, Rostov-on-Don*

E-mail: berlg@yandex.ru

Received 24.08.2023

Abstract. The article substantiates the judgment that in relation to that in relation to the theories of constitutional interpretation in the United States, paradigms constructed according to the type of binary opposition (originalism — the concept of natural law), are clearly insufficient. Therefore, private legal theories, which are theories of constitutional interpretation of the United States, should take into account the basic principles and institutions, doctrines of the branch of Constitutional Law of the United States: the concept of a “living constitution”, the theory of judicial precedent, procedural aspects of Constitutional Law, structuralist theories.

Key words: constitutional interpretation, USA, paradigm, “living constitution”, theory of judicial precedent, procedural aspects, Constitutional Law, structuralism.

For citation: Berlyavsky, L. G. (2024). Theories of constitutional interpretation in the United States of America // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 8, pp. 179–189.

Конституционная интерпретация занимает промежуточное положение между типами конституционного правопонимания¹ и способами толкования конституционных норм (грамматическим, логическим, историко-правовым, телеологическим и пр.). Используя терминологию известного методолога Р. Мертон, их можно назвать теориями среднего уровня. Именно подобные теории способны дать надежный инструментарий для познания объекта изучения, в нашем случае — конституционного права Соединенных Штатов Америки².

В то же время теории конституционной интерпретации являются исследовательскими программами в сфере изучения конституционного права США. Под научной (исследовательской) программой понимается устойчивая интеллектуальная конструкция, заключающая в себе не только характеристики предмета исследования, но и связанные с ними органично подходы к разработке методов и принципов его познания, предпосылки построения теории предмета, перспективы его развития. Маршрут изучения права, задаваемый этой программой, направляет познающую мысль на выявление детерминант и специфики правового в пределах общества, истории, социального взаимодействия, культуры³.

В научной литературе обосновано разнообразное подразделение теорий конституционной интерпретации в США. В частности, при «механистическом» подходе к толкованию Конституции на первый план выходят проблемы выявления истинного намерения отцов-основателей и построения юридических конструкций, жестко увязываемых с «буквой» Конституции. При «конструктивном» толковании «буква» Конституции служит лишь отправной точкой для дальнейших логических построений. «Конструктивное» толкование пережило две волны. Первая была связана с позитивистским, вторая — социологическим подходом к праву⁴.

Концептуальные подходы к интерпретации Конституции в «*Oxford companion to the Supreme Court of the United States*» именуются «модальностями конституционной аргументации»⁵.

Иной подход связан с подразделением концепций интерпретации на формализм и функционализм. При этом формализм полагается исключительно на букву, а не на цель или дух Конституции, тем самым принимая наиболее консервативную форму правового толкования. Функционализм, напротив, старается вникнуть в цель и дух Конституции, учитывает реальное положение вещей и стремится обеспечить эффективное управление государством⁶.

Авторы монографии «Американское конституционное право» О. Стефенс и Дж. Шеб, анализируя концепции конституционной интерпретации, делают акцент на «искусстве толкования конституции». К числу теорий конституционной интерпретации ими отнесены интерпретивизм, нонинтерпретивизм, концепция естественного права, а также судебный

активизм (максимализм) и сдержанность (минимализм). При этом Верховный Суд никогда не придерживался какой-либо одной судебной философии или теории толкования Конституции США. Скорее, многочисленные конституционные решения Суда отражают продолжающийся философский, теоретический диалог как внутри Суда, так и вне его⁷.

С точки зрения В. Н. Сафонова, основное разделение по вопросу о методологии толкования Конституции США происходит в течение столетий, со времени Суда Дж. Маршалла, по линии «интерпретивизм» — «нонинтерпретивизм». Интерпретивисты выступают против создания судьями в процессе толкования юридических конструкций, прямо не вытекающих из анализируемых на предмет принятия судебного решения фрагментов Конституции. Второе направление связано с признанием новых прав на основе расширенного толкования конституционных принципов. Нонинтерпретивизм эволюционирует параллельно с концепцией «живой конституции»⁸.

Помимо этого предлагается разграничивать следующие подходы к интерпретации Конституции США: судебное самоограничение, естественное право и мораль как основание интерпретации, интерпретация на основе баланса интересов (*representation—reinforcing*), оригинализм, эклектизм⁹.

В докладе «Модели конституционной интерпретации» для Исследовательской службы Конгресса за авторством Б. Мюррилла приведена оригинальная классификация¹⁰. В число моделей конституционной интерпретации включены:

- 1) текстуализм (среди наиболее характерных решений Верховного суда для данной модели выделены судебные решения: *Trop v. Dulles*¹¹, *Dennis v. United States*¹², *Griswold v. Connecticut*¹³);
- 2) оригинализм (*Myers v. United States*¹⁴, *District of Columbia v. Heller*¹⁵);
- 3) юридический прецедент (*Planned Parenthood v. Casey*¹⁶, *Miranda v. Arizona*¹⁷, *Plessy v. Ferguson*¹⁸);
- 4) прагматизм (*United States v. Leon*¹⁹, *United States v. Comstock*²⁰, *Baker v. Carr*²¹);

⁷ См.: Otis H. Stephens, John M. Scheb. American Constitutional Law. Vol. 1. Sources of Power and Restraint. Belmont, 2008. Pp. 47–49.

⁸ См.: Сафонов В. Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. Историко-правовое исследование. М., 2018. С. 105, 106.

⁹ См.: там же. С. 108–111.

¹⁰ См.: Murrill B.J. Modes of Constitutional Interpretation (CRS Report No. R45129). Congressional Research Service. 2018. P. 3.

¹¹ См.: 356 U.S. 86, 100–04 (1958) (plurality opinion).

¹² См.: 341 U.S. 494 (1951).

¹³ См.: 381 U.S. 479 (1965).

¹⁴ См.: 272 U.S. 52 (1926).

¹⁵ См.: 554 U.S. 570 (2008).

¹⁶ См.: 505 U.S. 833 (1992) (plurality opinion).

¹⁷ См.: 530 U.S. 428, 431–32 (2000).

¹⁸ См.: 163 U.S. 537 (1896).

¹⁹ См.: 468 U.S. 897, 926 (1984).

²⁰ См.: 560 U.S. 126 (2010).

²¹ См.: 369 U.S. 186 (1962).

¹ См.: Четвернин В. Российская конституционная концепция правопонимания // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 4. С. 28.

² См.: Берлявский Л. Г. Концепция «живой конституции» в Соединенных Штатах Америки // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 2. С. 17.

³ См.: Кленнер Г. От права природы к природе права. М., 1988. С. 10.

⁴ См.: Лафитский В. И. Конституционный строй США. М., 2007. С. 101.

⁵ Oxford companion to the Supreme Court of the United States / editor in chief, Kermit L. Hall; editors, J.W. Ely, Jr., Joel B. Grossman. Oxford University Press, 2005. P. 212.

⁶ См.: Лобов М. Верховный суд США и проблема разделения властей: пределы правового подхода // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2004. № 2. С. 80.

5) моральное обоснование (*Lawrence v. Texas*²², *Bolling v. Sharpe*²³, *Brown v. Bd. of Educ.*²⁴);

6) опора на национальную идентичность (этос) (*Moore v. City of East Cleveland*²⁵, *Board of Education v. Barnette*²⁶);

7) структурализм (*Immigration and Naturalization Service v. Chadha*²⁷, *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*²⁸, *McCulloch v. Maryland*²⁹, *Morrison v. Olson*³⁰);

8) использование исторических практик (*National Labor Relations Board v. Canning*³¹, *Zivotofsky v. Kerry*³², *Marsh v. Chambers*^{33, 34}).

Дж. Финн дополнительно акцентирует внимание на подходах, основанных на анализе баланса интересов, доктринализме; судебное ограничение он называет пруденциализмом (*prudentialism*)³⁵.

Как представляется, предложенные классификации не отличаются четкостью и способностью к демаркации. Прежде всего «механистическое» толкование совпадает с интерпретивизмом и оригинализмом. «Конструктивное» толкование представляет собой нонинтерпретивизм и во многом сходно с концепцией «живой конституции». Подход на основе баланса интересов, как правило, заявляется Верховным судом США при рассмотрении конкретных дел. За основу толкования им берутся самые разные концепции конституционной интерпретации, поэтому последний подход представляет собой скорее метод, а не концепцию интерпретации. То же можно сказать и об эклектизме — методе сочетания разных концепций конституционной интерпретации, примененных в одном решении Верховного суда, включая прагматизм, доктринализм и иные. При этом моральное обоснование и опора на национальную идентичность представляют собой элементы естественно-правовой концепции конституционной интерпретации.

Стоит обратить внимание на конструктивистскую концепцию конституционной интерпретации американского исследователя Р. Фаллона, который, проанализировав мнения судей о том, из чего следует исходить при толковании конституции, установил пять исходных оснований: первое — текст конституции; второе — намерение основателей; третье — гипотетические цели, которые преследовали «отцы-основатели» США при принятии конкретного нормативного положения; четвертое — прецедентное право; пятое — ценностные представления о справедливости и социальной политике. Подобное

толкование конституции дает возможность более гибкого подхода³⁶.

Если взять за основу разграничения такие критерии, как формы систематизации правового знания, полученного в процессе конституционно-интерпретационной деятельности, принципы и методы толкования, а также членение теорий конституционной интерпретации, принятое в разделе «Конституционная теория» фундаментальной «Энциклопедии американской конституции»³⁷, то классификация теорий конституционной интерпретации выглядит следующим образом.

Концепция оригинализма (формализма, текстуализма), которая базируется на интерпретации положений Конституции США с точки зрения смысла и значения, которые вкладывались в нее при ее создании и принятии. 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 конституции³⁸.

Оригинализм представляет собой широкий спектр концепций, нацеленных на уяснение подлинного понимания, значения конституции либо намерений ее «отцов-основателей»³⁹. Данная концепция рассматривает Конституцию США как жесткую, стабильную с момента вступления ее в юридическую силу, содержание которой может быть изменено только путем процедуры, установленной в ст. V Конституции.

Следует заметить, что термин «оригинализм» вошел в словарь американских конституционалистов в середине 80-х годов XX в. в период дебатов между тогдашним судьей Верховного суда США У. Бреннаном и Генеральным прокурором США Э. Мизом. Последний резко критиковал Верховный суд за игнорирование подлинных намерений «отцов-основателей». Опонируя ему, в широко разрекламированной речи в Джорджтаунском университете в 1985 г., судья У. Бреннан утверждал, что «было бы наглостью притворяться, что с нашей точки зрения мы можем точно оценить намерения “отцов-основателей” относительно применения конституционного принципа к конкретным, современным вопросам». Бреннан настаивал на том, что судьи должны «читать конституцию единственным возможным способом: как американцы двадцатого века»⁴⁰.

В обзоре теорий конституционной интерпретации, подготовленном Исследовательской службой Конгресса США за авторством К. Томаса, оригинализм выделен как одно из ведущих направлений⁴¹.

Приверженцами оригинализма были 3-й президент США Т. Джефферсон, 4-й президент Дж. Мэдисон, председатель Верховного суда Дж. Маршалл, судья

²² См.: 539 U.S. 558, 578 (2003).

²³ См.: 347 U.S. 497 (1954).

²⁴ См.: 347 U.S. 483 (1954).

²⁵ См.: 431 U.S. 494, 506 (1977).

²⁶ См.: 319 U.S. 624 (1943).

²⁷ См.: 462 U.S. 919 (1983).

²⁸ См.: 514 U.S. 779 (1995).

²⁹ См.: 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

³⁰ См.: 487 U.S. 654 (1988).

³¹ См.: 573 U.S. No. 12-1281, slip op. at 1 (2014).

³² См.: 576 U.S. No. 13-628, slip op. at 1 (2015).

³³ См.: 463 U.S. 783 (1983).

³⁴ См.: *Murrill B.J.* Op. cit. Pp. 5–24.

³⁵ См.: *John E. Finn*. Part I: Lecture 4: The Court and Constitutional Interpretation. Civil Liberties and the Bill of Rights. The Teaching Company. 2006. Pp. 52–54.

³⁶ См.: *Fallon R.* A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation // 100 Harvard Law Rev. 1987. No. 6. Pp. 1189, 1190.

³⁷ Encyclopedia of the American Constitution / ed. by Leonard W. Levy and Kenneth Karst. 2nd ed. / Adam Winkler, associate editor for the second edition. NY, 2000. Pp. 655–657.

³⁸ См.: *Chemerinsky E.* 1) Two Cheers for State Constitutional Law // Stanford Law Review. 2010. No. 62. Pp. 1695–1710; 2) The Assault on the Constitution: Executive Power and the War on Terrorism // Davis Law Review. 2006. No. 40. Pp. 2–20; 3) Real Discrimination? // Journal of Law & Policy. 2004. No. 16. Pp. 97–127.

³⁹ *Gerard J. Clark*. An Introduction to Constitutional Interpretation // Suffolk University Law School Faculty Publications. 2002. No. 1. Pp. 2–10; *Schultz D.A.* Encyclopedia of the United States Constitution. NY, 2009. P. 379.

⁴⁰ Newsweek, October 28, 1985. Pp. 97, 98.

⁴¹ См.: *Kenneth R. Thomas*. Selected Theories of Constitutional Interpretation // Congressional Research Service. February 15, 2011. Pp. 4–8.

Верховного суда США А. Скалия и другие видные американские конституционалисты⁴².

Именно те государствоведы, которые опираются главным образом на источники, признаваемые в конституционном праве США как первичные (текст конституции, намерения «отцов-основателей»), считают себя оригиналистами. Наиболее видными фигурами среди них являются входившие в разное время в состав Верховного суда США либо высших судебных инстанций штатов Хуго Блэк, Кларенс Томас, Роберт Борк и др. Среди них выделяются два течения: текстуалисты и интенционалисты. Оригиналисты объединены главным образом в Американском конституционном обществе (*American Constitution Society*).

Исследование подлинных намерений «отцов-основателей» предполагает изучение таких документов, как Декларация независимости, а также в широком контексте концепций классического либерализма, воплощенного в Конституции США. Споры по поводу того, может ли уяснение подлинных намерений «отцов-основателей» лежать в основе конституционного толкования, обострились как реакция на судебский активизм в деятельности Верховного суда США 1960–1970 гг. Его критики считали, что высшая судебная инстанция зашла слишком далеко в признании неконституционности законов, что уже не действовала этика самоограничения судебной власти делами, отнесенными к ее компетенции, что Верховный суд узурпировал властные полномочия законодательных (представительных) органов, основывая свои решения на юридическом субъективизме, приспосабливая их к интересам большинства своего состава⁴³.

В то же время Верховный суд США сыграл большую роль в переориентации социально-экономической политики федерального правительства в начале 20-х годов XX в. Большинство членов этой высшей судебной инстанции Соединенных Штатов Америки упорно противились всяким сколько-нибудь либеральным веяниям, превратившись в «консервативную и законсервированную фалангу». В своих решениях Верховный суд США неизменно руководствовался в те годы старыми правовыми доктринами «свободы контракта» и «надлежащей правовой процедуры», отвергая любые посягательства на «священные» принципы частной собственности. Опираясь на эти правовые доктрины, большинство Верховного суда США давало узко легалистскую интерпретацию Конституции США, отстаивало принцип максимального ограничения полномочий федерального правительства и блокировало любые попытки позитивной социальной деятельности государства⁴⁴.

Как считает Т. Сандефур, «оригинализм выработал устойчивый подход в значительной степени потому, что он представляет собой объективную интерпретацию конституции, которая не подвержена субъективному, политически мотивированному, непредсказуемому решению, подрывавшим репутацию “живого конституционализма”»⁴⁵.

На практике дебаты между оригиналистами и ноноригиналистами зачастую затрагивают вопрос о том, следует ли подвергать детальному судебному исследованию (*judicial scrutiny*)

фундаментальные права человека, которые в явной форме не получили правовой защиты в тексте Конституции США.

По общему правилу, консервативно настроенные юристы разделяли доктрину подлинных намерений (*original intent*), а либералы либо прогрессисты выступали против нее. Консерваторы предпочитали, чтобы суды были ограничены в реализации своих полномочий признавать законы неконституционными. Толкуя Конституцию США в духе подлинных намерений «отцов-основателей», судьи с необходимостью должны иметь пределы в процессе конституционного надзора. Однако связь между концепцией подлинных намерений и практикой юридического самоограничения не является такой уж явной. Имели место случаи, когда Верховный суд США, разделяя позиции судебного активизма в процессе признания законов неконституционными, принимал решения на основе концепции подлинных намерений. Это было характерно для председателя Верховного суда США Джона Маршалла, который обосновал полномочия конституционного надзора в знаменитом решении по делу *McCulloch v. Maryland*⁴⁶.

Отталкиваясь от основных постулатов оригинализма, в исследовании, изданном Американским конституционным обществом, была предпринята попытка обосновать подход, названный «верностью конституции» (*“constitutional fidelity”*). Он строится на уважении писаной конституции, объясняя, что ее текст и принципы сохраняют авторитет и легитимность на протяжении десятилетий и веков. Сохранение значимости и демократической легитимности конституции требует толкования ее с учетом условий и вызовов, с которыми сталкиваются последующие поколения⁴⁷.

Оригинализм не является застывшей теорией конституционной интерпретации, не подверженной эволюции. Основными направлениями его развития являются:

семантический оригинализм Р. Дворкина и его последователей, которые делают акцент не на буквальном истолковании конституционных норм, а на заложенных в них смыслах. В частности, Дворкин и семантические оригиналисты настаивают, что если достижения моральной философии свидетельствуют о том, что смертная казнь на самом деле «жестока и необычна», то первоначальный смысл Поправки VIII подразумевает неконституционность этого вида наказания. Тем не менее судья А. Скалия претендовал на то, чтобы следовать семантическому оригинализму, хотя и признавал, что Дворкин не разделял его взгляды⁴⁸.

«рамочный оригинализм» (*Framework Originalism*) или «живой оригинализм», который представляет собой попытку синтезировать две основные теории конституционной интерпретации: оригинализм и концепцию «живой конституции». Данный подход был разработан профессором права Йельской школы права Дж. Балкиным. «Рамочные оригиналисты» рассматривают Конституцию как «первоначальную структуру управления, которая приводит политику в движение». По сути, процесс построения конституции поверх рамок первоначального смысла — это «живой конституционализм», изменение и развитие конституционного права с течением времени для решения конкретных вопросов. Полномочия судебной власти и других ветвей власти участвовать в конституционном строительстве проистекают из их «совместного реагирования

⁴² См.: *Otis H. Stephens, John M. Scheb*. Op. cit. P. 47. Подробнее о конституционно-правовой теории А. Скалия см.: *Сафонов В.Н.* Указ. соч. С. 151–156.

⁴³ См.: *Schultz D.A.* Op. cit. P. 380.

⁴⁴ См.: История США: в 4 т. Т. 3 / отв. ред. Г.Н. Севостьянов. М., 1985. С. 21, 22.

⁴⁵ *Timothy Sandefur*. Clarence Thomas's Jurisprudence Unexplained // *New York University Journal of Law & Liberty*. 2009. No. 4. P. 555.

⁴⁶ См.: 17 U.S. 316 (1819).

⁴⁷ См.: *Keeping faith with the Constitution* / Goodwin L., Karlan P., Schroeder C. NY, Wash., 2009. P. 25.

⁴⁸ См.: *Barnett Randy*. Restoring the Lost Constitution. Princeton U. Press, 2013. P. 95; *Scalia Antonin*. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1998. P. 144.

на общественное мнение» на протяжении длительного времени, действуя в основных рамках первоначального смысла⁴⁹.

Прецедентно-ориентированные конституционные теории связаны не столько с актуальным толкованием конституции, сколько с изучением, обобщением и методиками применения действующих судебных решений, принятых на основе конституционных норм. По словам бывшего Генерального прокурора США Р. Кларка, «история Америки может быть пересказана языком судебных дел»⁵⁰.

Решения Верховного суда США являются реальным элементом не только правовой, но и государственно-правовой (т.е. политической) жизни США, изучение американского конституционного права невозможно без изучения судебных прецедентов⁵¹.

Согласно определению В.И. Лафитского, в процессе правоприменения происходит «поглощение» статутного права общим (в данном контексте — судебным) правом. Конституционные и законодательные нормы подменяются прецедентами, ориентированными на разрешение конкретных споров и дел⁵². Видный российский государствовед высказал достаточно радикальное суждение о том, что конституции в процессе правоприменения обретают особую прецедентную форму, что девальвирует ценность конституционной нормы и свидетельствует о наличии надконституционного права, которое стоит выше основного закона. В правовой системе США оно основывается на принципах общего права, которое запрещает, а при невозможности запрещения ограничивает вмешательство государства в частноправовую сферу⁵³.

Следует заметить, что в американском конституционном праве действуют не только судебные прецеденты Верховного суда США. В частности, Палата представителей Конгресса руководствуется в своей деятельности многотомным сборником «Прецеденты Палаты представителей»⁵⁴.

Прецеденты толкования представляют собой решения судов, основанных на толковании соответствующих норм писаного права. Их можно разделить на две группы: прецеденты толкования конституционных положений (*caselaw based on constitutional provisions*) и прецеденты толкования статутных (*caselaw based on statutory provisions*). Данное разграничение объясняется тем, что интерпретация конституции как основного закона государства, обладающего наивысшей юридической силой, имеет свою специфику и особое значение⁵⁵.

Используя стандартные техники правового обоснования (*legal reasoning*), суды используют прецеденты для разрешения конституционных вопросов, с которыми они ранее не сталкивались.

Д. Страус в своем исследовании «Конституционная интерпретация на основе общего права» исходит из того, что американское конституционное право базируется преимущественно на системе прецедентов. Текст Конституции США играет значительную роль, однако самые важные принципы установлены не им, а судебными решениями, которые принимаются в течение многих лет, а также практикой либо институтами, которые вследствие длительного применения стали незыблемыми⁵⁶. В то же время, как считает Дж. Балкин, концепция «живой конституции» коренится именно в системе общего права⁵⁷.

Касаясь применения конституционных норм в прецедентном праве, Марк Ташнет пришел к выводу, что «наиболее интересные случаи связаны с применением конституционных норм к праву, вырабатываемому или интерпретируемому судами»⁵⁸.

Механизм судебного правотворчества сложился в США в процессе самого формирования американской правовой системы под непосредственным влиянием унаследованного из английской практики правила прецедента *stare decisis* («стоять на решенном»), что и сделало возможным превращение судебных решений в важнейший источник права и расцвет на американской почве «казуального» права⁵⁹.

Правило *stare decisis* получило обоснование и развитие в целом ряде решений Верховного суда и особых мнениях его судей. В частности, в решении по делу *Citizens United v. FEC* (2010) установлено, что «величайшая цель (*stare decisis*. — Л.Б.) состоит в том, чтобы служить конституционному идеалу — верховенству закона. Из этого следует, что в необычных обстоятельствах, когда верность какому-либо конкретному прецеденту наносит больший ущерб этому конституционному идеалу, чем его продвижение, мы должны быть готовы отойти от этого прецедента»⁶⁰.

В решении по делу *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey* (1992) сделан акцент на том, что «сама концепция верховенства права, лежащая в основе нашей Конституции, требует такой преемственности с течением времени, что уважение к прецеденту, по определению, необходимо»⁶¹.

Нормативный характер приобретают лишь те элементы мнения суда, которые выступают в качестве непосредственного обоснования его решения по делу *ratio decidendi*, или, как его называют в американской литературе, *holding*, тогда как часто включаемые судьями в текст мнения побочные рассуждения, отступления, замечания, прямо не относящиеся к делу, — «попутно сказанное» (*obiter dictum*) — не рассматриваются как имеющие обязательную властную силу⁶².

О масштабах пересмотра конституционных прецедентов Верховным судом США свидетельствует специальный доклад Исследовательской службы Конгресса, в приложении

⁴⁹ См.: *Balkin Jack M. Framework Originalism and the Living Constitution* (October 23, 2008) // Northwestern University Law Review. 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1290869> (дата обращения: 08.08.2023).

⁵⁰ Цит. по: *Филиппов С.В. Судебная система США*. М., 1980. С. 4.

⁵¹ См.: *Чудаков М.Ф. Конституционное право Соединенных Штатов Америки. Основные институты*. Минск, 2003. С. 119, 120.

⁵² См.: *Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права*. М., 2010. Т. 1. С. 371, 372.

⁵³ См.: *Лафитский В.И. Конституционный строй США*. С. 151, 152.

⁵⁴ *Власихин В.А., Мишин А.А. Конституция США: политико-правовой комментарий*. М., 1985. С. 39.

⁵⁵ См.: *Петрова Е.А. Статуты и прецеденты в системе источников американского права*. М., 2007. С. 64.

⁵⁶ См.: *Strauss D.A. Common Law Constitutional Interpretation* // The University of Chicago Law Review. 1996. No. 63. Pp. 877–935.

⁵⁷ См.: *Jack M. Balkin. The Roots of the Living Constitution* // Boston University Law Review. 2012. No. 92. Pp. 1129–1160.

⁵⁸ *Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту»* // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 31.

⁵⁹ *Петрова Е.А. Указ. соч.* С. 71, 73; *Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. М., 1985; Тонков Е.Н. Английская доктрина толкования закона: история и современность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013; и др.*

⁶⁰ См.: 558 U.S. 310.

⁶¹ См.: 505 U.S. 833.

⁶² См.: *Петрова Е.А. Указ. соч.* С. 101.

к которому приведено 141 решение высшей судебной инстанции, пересмотренное с 1851 по 2018 г. Наиболее ранний подвешенный реверсивный прецедент в этом списке *Anderson v. Dunn*⁶³ датируется 1821 г.⁶⁴

Концепция «живой конституции» базируется на идее социальных изменений, эволюции правовой системы⁶⁵. «Живая конституция», или судебный прагматизм, исходит из утверждения, что Конституция Соединенных Штатов имеет динамический характер, она развивается и адаптируется к новым обстоятельствам даже если она официально не изменена. Данная идея связана со взглядами, которых современное общество должно придерживаться в конституционном толковании⁶⁶.

Теория «живой конституции» базировалась на концептуальных положениях конституционного надзора, изложенных в статьях А. Гамильтона в «Федералисте», которые были развиты будущим председателем Верховного суда США О. Элсвортом.

Видный сторонник прогрессизма Вудро Вильсон в своей монографии «Конституционное правление в Соединенных Штатах» (1908) обосновал вывод о том, что «живые политические конституции должны быть дарвиновскими по структуре и на практике»⁶⁷. Вильсон сформулировал основы концепции «живой конституции», подчеркивая, что «общество является живым организмом и должно подчиняться законам жизни, а не механики; оно должно развиваться. Все, что прогрессисты просят или желают, это разрешение — в эпоху, когда «развитие», «эволюция» являются научными понятиями — интерпретировать конституцию в соответствии с дарвиновским принципом. Все, что они просят, это признание того факта, что нация является живым существом, а не машиной»⁶⁸.

«Живой конституционализм» требует, чтобы споры по конституционным вопросам, по словам Оливера У. Холмса, «разрешались с учетом целостного опыта, а не только на основании того, что было сказано по этому поводу сто лет назад»⁶⁹. Им было представлено следующее понимание «живой конституции»: «Когда мы имеем дело с набором слов, из которых состоит акт, подобный Конституции Соединенных Штатов, мы должны понять, что они вызвали к жизни явление, развитие которого не могли предвидеть даже наиболее одаренные из его создателей. Им достаточно было понимания либо надежды, что ими был создан живой организм»⁷⁰.

Судья Верховного суда США Дж. Сазерленд относительно дела *Village of Euclid v. Ambler* (1926) пришел к выводу о том, что, поскольку значение конституционных гарантий никогда не меняется, сфера их применения должна расширяться или

сужаться, чтобы соответствовать новым и различным условиям, которые постоянно находятся в сфере их действия⁷¹.

В докладе Американскому конституционному обществу «Политическое развитие и происхождение “живой конституции”» Говард Гиллман пришел к выводу, что к 20-м годам XX века традиционной концепции конституции, которая базировалась на ее неизменности, был брошен вызов со стороны различных версий концепции «живой конституции»⁷².

В это время к ноноригиналистам примкнул видный правовед, а впоследствии судья Верховного суда США Б. Кардозо, который в своей монографии «Природа юридического процесса» обосновал положение о том, что «содержание и значение фундаментальных положений Конституции изменяются от поколения к поколению»⁷³. Десятилетие спустя подобный взгляд стал преобладающим среди судей Верховного суда США, что отразило решение по делу *Home Building & Loan Assoc. v. Blaisdell* (1934)⁷⁴. Политическое поражение консерваторов в 1937 г. отразило триумф концепции «живой конституции».

Историк конституционного права США Чарлз Бирд писал, что «конституция на практике является живым существом»⁷⁵. По мнению, Артура Миллера, конституция — «живой документ»⁷⁶. Дж. Тайлер характеризовал конституцию в качестве рганической⁷⁷. Прогрессисты популяризировали данную концепцию⁷⁸. Современные теоретики конституционного права, в частности К. Виттингтон, склонны ее поддерживать⁷⁹.

В 1958 г. в знаковом решении по делу *Trop v. Dulles* Верховный суд постановил, что конституционная поправка должна черпать свое значение из меняющихся стандартов поведения, которые отмечают прогресс зрелого общества⁸⁰.

В более широком контексте рассматривает «живую конституцию» видный американский конституционалист Брюс Акерман, который склонен вести речь о «живой конституционной реальности». С его точки зрения, «живая конституция» базируется на операциональном каноне, который не имеет какого-либо первенства либо исключительности по отношению к официальному канону. Цель конституционной интерпретации состоит в том, чтобы понять подлинные конституционные устремления американского народа на протяжении его истории, а не в том, что об этом думает тот или иной философ. В настоящее время оригинализм и «живой

⁷¹ См.: 272 U.S. 365.

⁷² Howard Gillman. Political Development and the Origins of the “Living Constitution” // American Constitution Society (ACS). September 2007. P. 6.

⁷³ Benjamin N. Cardozo. The Nature of the Judicial Process. 1921. P. 17, cited in: Morton J. Horwitz. Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism, HARV. L. REV. 1993. Vol. 107. P. 54.

⁷⁴ См.: Home Building & Loan Assoc. v. Blaisdell, 290 U.S. 398, 442–443 (1934).

⁷⁵ Charles Beard. The Living Constitution. ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 1936. Vol. 185. Pp. 29, 31.

⁷⁶ Arthur Selwyn Miller. Notes on the Concept of the “Living” Constitution. GEO. WASH. L. REV. 1963. Vol. 31. Pp. 881, 884.

⁷⁷ См.: James B. Thayer. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. HARV. L. REV. 1893. Vol. 7. P. 129.

⁷⁸ См.: Howard Gillman. The Collapse of Constitutional Originalism. STUD. AM. POL. DEV. 1997. Vol. 11. Pp. 191, 215.

⁷⁹ См.: Keith E. Whittington. It’s Alive! The Persistence of the Constitution. GOOD SOC. 2002. Vol. 11. No. 2. Pp. 8–9.

⁸⁰ См.: 356 U.S. 86 (1958).

⁶³ См.: 19 U.S. (6 Wheat.) 204.

⁶⁴ См.: *Murrill B.J.* The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent (CRS Report No. R45319). Congressional Research Service. 2018. Pp. 27–50.

⁶⁵ См.: Bruce Ackerman. The Living Constitution // Harvard Law Review. 2007. No. 7. Pp. 1796, 1797, 1801.

⁶⁶ См.: Winkler Adam. A Revolution too Soon: Woman Suffragists and the “Living Constitution”. NYU. Law Review. 2001. Vol. 76. Pp. 1456–1463.

⁶⁷ Wilson Woodrow. Constitutional Government in the United States. 1908. P. 57.

⁶⁸ Цит. по: Pestrutto Ronald J. Woodrow Wilson: The Essential Political Writings. 2005. P. 121.

⁶⁹ Цит. по: Winkler A. Op. cit. Pp. 1456, 1463.

⁷⁰ См.: 252 U.S. 416 (1920), 433.

конституционализм» предполагают разграничение политических позиций по широкому кругу ключевых вопросов⁸¹.

Как утверждается в фундаментальной «Энциклопедии американской конституции», на формирование концепции «живой Конституции» оказали влияние следующие факторы: влияние дарвинизма и философии прагматизма на традиционную конституционную теорию; недовольство консервативной и сохраняющей свое влияние ориентацией на «подлинное намерение» (*original intent*), заложенное в конституции; вызванное индустриализацией в начале XX в. растущее стремление населения к политическим реформам, которое выливалось в недовольство институтами, свойственными XVIII в.⁸²

Квинтэссенция концепции «живой конституции» была определена судьей Верховного суда США Л. Брандайзом 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»⁸³.

Таким образом, концепция Конституции США представляет собой теорию конституционной интерпретации, которая основывается на соблюдении духа и буквы Конституции США, а также на эволюционном развитии конституционных норм путем восполнения пробелов действующего законодательства в прецедентах Верховного суда США как органа конституционного надзора, в формулировании им оригинальных правовых позиций в процессе толкования Конституции США.

Естественно-правовое направление конституционной интерпретации. В западном правоведении обосновано положение о том, что в теории толкования конституции на смену оригинализму и текстуализму придет рационализм в праве, основывающийся на правах человека⁸⁴. Данный вывод представляется слишком оптимистичным и неконкретным с учетом того, что концепция юснатурализма включает в себя как минимум четыре исторически сменявшие друг друга редакции естественного права⁸⁵.

По словам весьма популярного на юридических факультетах американских университетов видного сторонника классического либерализма и одного из основоположников неоконсерватизма Лео Штрауса, отказаться от естественного права — все равно, что утверждать, что всякое право есть позитивное право, а это значит признать, что право определяется исключительно законодателями и судами разных стран. Но ведь вполне допустимо, а иногда даже необходимо говорить о «несправедливых» законах или «несправедливых» приговорах⁸⁶.

По мнению американских конституционалистов, естественное право часто ассоциируется с религией, в частности

с моральными и этическими ценностями иудео-христианской традиции. Хотя иногда на естественное право ссылаются отдельные судьи, данная концепция, по большей части, игнорируется современным Верховным судом. Однако следует помнить, что естественное право и связанная с ним концепция прав человека с ее акцентом на неотъемлемые свободы внесли значительный вклад в интеллектуальные основы Американской республики⁸⁷.

Вместе с тем, как считает М. Ташнет, современные версии естественно-правовых теорий разрабатываются консервативными либертарианцами, которые подчеркивают важность защиты частной собственности как фундамента свободы личности, а также либеральными сторонниками теории «государства всеобщего благоденствия». Последние делают упор на борьбе с дискриминацией и обеспечении основных жизненных потребностей человека, чтобы он был способен вести «морально приемлемый образ жизни». Скептицизм в отношении естественно-правовых теорий связан с обоснованием видов прав человека, на которые они опираются, а также способности судей, в отличие от законодателей, идентифицировать конкретные права человека⁸⁸.

В целом решения Верховного суда США, вынесенные на основе естественно-правовой теории конституционной интерпретации, можно классифицировать следующим образом:

равенство прав граждан: *Palmore v. Sidoti* (1984)⁸⁹, *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett* (2001)⁹⁰, *Griffin v. Illinois* (1956)⁹¹ и др.;

свобода слова: *Abrams v. U.S.* (1919)⁹², *Whitney v. California* (1919)⁹³, *Gitlow v. New York* (1925)⁹⁴, *United States v. Eichman* (1990)⁹⁵, *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942)⁹⁶ и др.;

свобода прессы: *New York Times Co. v. U.S.* (1971)⁹⁷, *Nebraska Press Assn. v. Stuart* (1976)⁹⁸, *Snepp v. U.S.* (1980)⁹⁹, *Heig v. Agee* (1981)¹⁰⁰ и др.;

право на объединение: *Buckley v. Valeo* (1976)¹⁰¹, *NAACP v. Alabama* (1958)¹⁰², *New York State Board of Elections v. Lopez Torres* (2008)¹⁰³ и др.;

⁸⁷ См.: Otis H. Stephens, John M. Scheb. Op. cit. P. 48.

⁸⁸ См.: Encyclopedia of the American Constitution / ed. by Leonard W. Levy and Kenneth Karst. 2nd ed. / Adam Winkler, associate editor for the second edition. P. 656.

⁸⁹ См.: *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984).

⁹⁰ См.: *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett* (No. 99-1240, 21.02.2001).

⁹¹ См.: *Griffin v. Illinois*, 351 U.S. 12 (1956).

⁹² См.: *Abrams v. U.S.*, 250 U.S. 616 (1919).

⁹³ См.: *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1919).

⁹⁴ См.: *Gitlow v. New York*, 268 U.S. (1925).

⁹⁵ См.: *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

⁹⁶ См.: *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

⁹⁷ См.: *New York Times Co. v. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971).

⁹⁸ См.: *Nebraska Press Assn. v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976).

⁹⁹ См.: *Snepp v. U.S.*, 444 U.S. 507 (1980).

¹⁰⁰ См.: *Heig v. Agee*, 453 U.S. 280 (1981).

¹⁰¹ См.: *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).

¹⁰² См.: *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958).

¹⁰³ См.: *New York State Board of Elections v. Lopez Torres*, 128 S.Ct. 791, 797–798 (2008).

⁸¹ См.: Bruce Ackerman. Op. cit. Pp. 1748, 1752, 1754, 1756.

⁸² См.: Encyclopedia of the American Constitution / ed. by Leonard W. Levy and Kenneth Karst. 2nd ed. / Adam Winkler, associate editor for the second edition. Pp. 1632, 1633.

⁸³ Brandeis L. (proposed dissent to *United States v. Moreland*, 258 U.S. 433 (1922), quoted in *Bickel A. The Least Dangerous Branch*. 1962. P. 107.

⁸⁴ См.: Алекси П. Существование прав человека // Правоведение. 2011. № 4. С. 22.

⁸⁵ См.: Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. СПб., 2005. С. 39–41.

⁸⁶ См.: Штраус Л. Естественное право и история. М., 2007. С. 8, 9.

свобода собраний, митингов и шествий: *De Jonge v. Oregon* (1937)¹⁰⁴, *Perry Education Assn. v. Perry Local Educators Assn.* (1983)¹⁰⁵, *Gregory v. City of Chicago* (1969)¹⁰⁶;

право на неприкосновенность личности: *Warden v. Haiden* (1967)¹⁰⁷, *McDonald v. United States* (1948)¹⁰⁸, *Griswold v. Connecticut* (1965)¹⁰⁹ и др.;

свобода вероисповедания: *Everson v. Board of Education* (1947)¹¹⁰, *Wolman v. Walter* (1977)¹¹¹, *Welsh v. United States* (1970)¹¹² и др.

Теория юридического процесса пытается поставить конституционный надзор на службу большинству населения и минимизировать применение так называемых «контрмажоритарных практик».

Так, Роско Паунд противопоставлял судебный процесс — гибкий и чуткий к потребностям жизни приверженности судей «механической юриспруденции», которая предпочитает логическую дедукцию из заранее определенных правовых понятий, игнорируя современную действительность индустриального общества. Значительно сильнее, чем абстрактные правовые нормы, на фактическое поведение людей воздействуют судебские решения, принимаемые в зале судебных разбирательств¹¹³.

В частности, Поправка V Конституции США запрещает лишать гражданина «жизни, свободы или собственности без надлежащей правовой процедуры». Концепция «надлежащей правовой процедуры» является одним из важнейших доктринальных элементов правовой системы США, а объем содержания данной процедуры во многих отношениях определяет состояние политико-правового режима в государстве.

Верховным судом США данные конституционные установления были истолкованы расширительно с учетом того, что V и XIV Поправки Конституции обеспечивают три формы процессуальной защиты:

надлежащую процессуальную процедуру в гражданском и уголовном судопроизводстве (*procedural due process*);

надлежащую правовую процедуру по существу (*substantive due process*) в виде запрета на принятие законов с неопределенным объектом правового регулирования (*vague laws*) с целью защиты ряда основных прав человека от вмешательства государства;

в качестве средства инкорпорации Билля о правах в состав источников конституционного права.

Надлежащая правовая процедура по существу базируется на концепции «фундаментальной справедливости». Так, в 1934 г. Верховный суд США постановил, что надлежащая правовая процедура нарушается, «если какая-либо практика или правило нарушают какой-либо принцип справедливости,

настолько укоренившийся в традициях и сознании нашего народа, что его причисляют к основополагающим»¹¹⁴.

В решении по делу *United States v. Carolene Products Co.* (1938) Верховный суд определил три типа прав человека, подлежащих защите в соответствии с надлежащей правовой процедурой по существу, установленной XIV Поправкой. К их числу отнесены первые восемь поправок, включенные в Билль о правах; ограничения политических прав, например, права голоса, ассоциации и свободы слова; права «отдельных и изолированных меньшинств»¹¹⁵.

Концепция «надлежащей правовой процедуры» (*due legal process*) была развита Верховным судом в ряде судебных решений:

Murray v. Hoboken Land (1855)¹¹⁶;
Hurtado v. California (1884)¹¹⁷;
Bolling v. Sharpe (1954)¹¹⁸;
Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Company of Puerto Rico (1986)¹¹⁹;
Examining Board v. Flores de Otero (1976)¹²⁰;
Noble v. Union River Logging (1893)¹²¹;
Zadvydas v. Davis (2001)¹²²;
Bucklew v. Precythe (2019)¹²³ и др.

Сама же «надлежащая правовая процедура», как она понимается американской юриспруденцией, адекватна понятию «законность», укоренившемуся в правовых системах других стран. Концепция «надлежащей правовой процедуры» не имеет четко очерченных границ, их определение оставлено на свободное усмотрение судебной власти¹²⁴.

Критики «надлежащей правовой процедуры» утверждают, что применение этой доктрины началось на федеральном уровне с печально известного дела о рабстве *Dred Scott v. Sandford* (1857).

Видный сторонник правового реализма О. Холмс был обеспокоен тем, что Верховный суд США выходит за границы своей компетенции, применяя «надлежащую правовую процедуру», урезая конституционные права штатов¹²⁵.

Оригиналисты, судьи Верховного суда США К. Томас и А. Скалиа ставили под сомнение легитимность данной доктрины, называя ее «судебной узурпацией» или «оксюмором»¹²⁶. В оригиналистском по сути решении по делу *University of Michigan v. Ewing* (1985) Верховный суд постановил, что материально-правовое содержание клаузулы «о надлежащей правовой процедуре» не предполагается ни ее формулировкой, ни предысторией; это содержание есть не что

¹⁰⁴ См.: *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353 (1937).

¹⁰⁵ См.: *Perry Education Assn. v. Perry Local Educators Assn.*, 460 U.S. 37 (1983).

¹⁰⁶ См.: *Gregory v. City of Chicago*, 394 U.S. 111 (1969).

¹⁰⁷ См.: *Warden v. Haiden*, 387 U.S. 294 (1967).

¹⁰⁸ См.: *McDonald v. United States*, 335 U.S. 451 (1948).

¹⁰⁹ См.: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹¹⁰ См.: *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

¹¹¹ См.: *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977).

¹¹² См.: *Welsh v. United States*, 398 U.S. 333 (1970).

¹¹³ См.: Мачин И. Ф. История политических и правовых учений. М., 2007. С. 198.

¹¹⁴ См.: *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 105 (1934).

¹¹⁵ См.: 304 U.S. 144 (1938).

¹¹⁶ См.: 59 U.S. 272 (1855).

¹¹⁷ См.: 110 U.S. 516 (1884).

¹¹⁸ См.: 347 U.S. 497 (1954).

¹¹⁹ См.: 478 U.S. 328 (1986).

¹²⁰ См.: 426 U.S. 572 (1976).

¹²¹ См.: 147 U.S. 165 (1893).

¹²² См.: 533 U.S. 678, 693 (2001).

¹²³ См.: 587 U.S. (2019).

¹²⁴ См.: Власихин В. А., Мишин А. А. Указ. соч. С. 242, 244.

¹²⁵ См.: *Baldwin v. Missouri*, 281 U.S. 586, 595 (1930).

¹²⁶ См.: *Chicago v. Morales*, 527 U.S. 41 (1999); *U.S. v. Carlton* 512 U.S. 26 (1994).

иное, как накопленный продукт судебного толкования V и XIV Поправок¹²⁷.

Многие ноноригиналисты критиковали «надлежащую правовую процедуру по существу», утверждая, что она дает судебным органам слишком много власти в управлении страной и ограничивает компетенцию избранных ветвей власти¹²⁸.

Структуралистские концепции конституционной интерпретации. Определенное воздействие на их формирование оказал так называемый лингвистический поворот (*“linguistic turn”*), связанный с распространением идей основателя аналитической философии права, профессора юриспруденции Оксфордского университета Г.Л. Харта¹²⁹.

Помимо разработки чисто лингвистических методов толкования норм конституционного права, в США развивались структуралистские концепции конституционной интерпретации, которые исходят из того, что суды являются составной частью правовой структуры общества и могут быть ограничены в своих действиях иными ветвями государственной власти. Сторонники этих теорий обращают внимание на законные ограничения судебной власти, предусмотренные конституцией, в частности, полномочия конгресса ограничивать юрисдикцию судов, инициировать импичмент в отношении судей, вносить поправки в конституцию¹³⁰.

Во второй половине XX в. сложился постструктурализм (постмодернизм), идеи которого весьма отчетливо выражены школой критических исследований права, которая выступает с критикой либеральной концепции «правления права». Социальная реальность либеральных государств, по мнению участников движения критико-правовых исследований, отвергает возможность обеспечения свободы через принцип «правления права»¹³¹.

Не без влияния школы критических исследований права Верховный суд США принял целый ряд достаточно спорных решений в пользу меньшинств. В частности, запрет однополых браков был признан неконституционным решением Верховного суда по делу *Obergefell v. Hodges* от 26 июня 2015 г., в соответствии с которым равенство брака является фундаментальным правом гражданина, гарантированным XIV Поправкой к Конституции США. Председатель Верховного суда США Дж. Робертс в особом мнении по данному делу согласился с тем, что основные права были защищены с помощью оговорки о надлежащей правовой процедуре, но предупредил, что с течением времени ею злоупотребляли для расширения предполагаемых основных прав, особенно в деле *Dred Scott* и *Lochner*. При этом Робертс пришел к достаточно противоречивому выводу о том,

что запрет однополых браков не нарушает положения о надлежащей правовой процедуре¹³².

Подобные решения стимулировали неоправданные и спорные с социально-биологической и морально-философской точек зрения эксперименты по смене пола, произвольному определению гендерной идентичности, а также в определенной мере — ущемление прав большинства в пользу различного рода меньшинств.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Алексеев П. Существование прав человека // Правоведение. 2011. № 4. С. 22.
2. Берлявский Л.Г. Концепция «живой конституции» в Соединенных Штатах Америки // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 2. С. 17.
3. Власихин В.А., Мишин А.А. Конституция США: политико-правовой комментарий. М., 1985. С. 39, 242, 244.
4. История США: в 4 т. Т. 3 / отв. ред. Г.Н. Севостьянов. М., 1985. С. 21, 22.
5. Кленнер Г. От права природы к природе права. М., 1988. С. 10.
6. Кросс Р. Прецедент в английском праве / пер. с англ. М., 1985.
7. Лафитский В.И. Конституционный строй США. М., 2007. С. 101, 151, 152.
8. Лафитский В.И. Сравнительное правоведение в образах права. М., 2010. Т. 1. С. 371, 372.
9. Лобов М. Верховный суд США и проблема разделения властей: пределы правового подхода // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2004. № 2. С. 80.
10. Макаренко В.П. Аналитическая философия права: концепции и проблемы // Правоведение. 2002. № 6. С. 10–33.
11. Мачин И.Ф. История политических и правовых учений. М., 2007. С. 198.
12. Оглезнев В.В., Суровцев В.А. Аналитическая философия, юридический язык и философия права. Томск, 2016.
13. Петрова Е.А. Статуты и прецеденты в системе источников американского права. М., 2007. С. 64, 71, 73, 101.
14. Поляков А.В., Тимошина Е.В. Общая теория права. СПб., 2005. С. 39–41.
15. Сафонов В.Н. Конституционное правотворчество в деятельности Верховного суда США. Историко-правовое исследование. М., 2018. С. 105, 106, 108–111, 151–156.
16. Сметанников Д.С. Школа критических правовых исследований: автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб., 2000.
17. Ташнет М. Соотношение судебного контроля над нормотворчеством и толкования законов применительно к «горизонтальному эффекту» // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 2. С. 31.
18. Тонков Е.Н. Английская доктрина толкования закона: история и современность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013.
19. Филиппов С.В. Судебная система США. М., 1980. С. 4.
20. Харт Г.Л.А. Философия и язык права. М., 2017.
21. Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012.
22. Четвернин В. Российская конституционная концепция правопонимания // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. 2003. № 4. С. 28.

¹³² См.: 576 U.S. (2015).

¹²⁷ См.: *University of Michigan v. Ewing*, 474 U.S. 214 (1985).

¹²⁸ См.: *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494, 543 (1977); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹²⁹ См.: Харт Г.Л.А. Философия и язык права. М., 2017; Макаренко В.П. Аналитическая философия права: концепции и проблемы // Правоведение. 2002. № 6. С. 10–33; Оглезнев В.В., Суровцев В.А. Аналитическая философия, юридический язык и философия права. Томск, 2016.

¹³⁰ См.: *Bickel A. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis, Ind., 1962. *Ely J.H. Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass., 1980; *Tushnet M. Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law*. Cambridge, Mass., 1988; etc.

¹³¹ Яркова Е.Н. История и методология юридической науки. Томск, 2012. С. 251, 255; *Ward Ian. An introduction to legal theory*. London, 1998; Сметанников Д.С. Школа критических правовых исследований: автореф. дис... канд. юрид. наук. СПб., 2000; Честнов И.Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012.

23. Чудаков М. Ф. Конституционное право Соединенных Штатов Америки. Основные институты. Минск, 2003. С. 119, 120.
24. Штраус Л. Естественное право и история. М., 2007. С. 8, 9.
25. Яркова Е. Н. История и методология юридической науки. Томск, 2012. С. 251, 255.
26. Arthur Selwyn Miller. Notes on the Concept of the "Living" Constitution. GEO. WASH. L. REV. 1963. Vol. 31. Pp. 881, 884.
27. Balkin Jack M. Framework Originalism and the Living Constitution (October 23, 2008) // Northwestern University Law Review, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1290869> (дата обращения: 08.08.2023).
28. Barnett Randy. Restoring the Lost Constitution. Princeton U. Press, 2013. P. 95.
29. Benjamin N. Cardoso. The Nature of the Judicial Process. 1921. P. 17, cited in: Morton J. Horwitz. Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism, HARV. L. REV. 1993. Vol. 107. P. 54.
30. Bickel A. (1962). The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis, Ind.
31. Ely J.H. (1980). Democracy and Distrust. Cambridge, Mass. 1988.
32. Bruce Ackerman. The Living Constitution // Harvard Law Review. 2007. No. 7. Pp. 1748, 1752, 1754, 1756, 1796, 1797, 1801.
33. Charles Beard. The Living Constitution, 185 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 29, 31 (1936).
34. Chemerinsky E. 1) Two Cheers for State Constitutional Law // Stanford Law Review. 62 (2010). Pp. 1695–1710; 2) The Assault on the Constitution: Executive Power and the War on Terrorism // Davis Law Review. 40 (2006). Pp. 2–20; 3) Real Discrimination? // Journal of Law & Policy. 16 (2004). Pp. 97–127.
35. Encyclopedia of the American Constitution / ed. by Leonard W. Levy and Kenneth Karst. 2nd ed. / Adam Winkler, associate editor for the second edition. NY, 2000. Pp. 655–657, 1632, 1633.
36. Fallon R. A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation // 100 Harvard Law Rev. No. 6 (1987). Pp. 1189, 1190.
37. Gerard J. Clark. An Introduction to Constitutional Interpretation // Suffolk University Law School Faculty Publications. 2002. No. 1. Pp. 2–10.
38. Howard Gillman. Political Development and the Origins of the "Living Constitution" // American Constitution Society (ACS). September 2007. P. 6.
39. Howard Gillman. The Collapse of Constitutional Originalism, 11 STUD. AM. POL. DEV. 191, 215 (1997).
40. Jack M. Balkin. The Roots of the Living Constitution // Boston University Law Review, 92 (2012). Pp. 1129–1160.
41. James B. Thayer. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).
42. John E. Finn (2006). Part I: Lecture 4: The Court and Constitutional Interpretation. Civil Liberties and the Bill of Rights. The Teaching Company. Pp. 52–54.
43. Keeping faith with the Constitution / Goodwin L., Karlan P., Schroeder C. NY, Wash., 2009. P. 25.
44. Keith E. Whittington. It's Alive! The Persistence of the Constitution, 11 GOOD SOC'Y 8, 9 (2002).
45. Kenneth R. Thomas. Selected Theories of Constitutional Interpretation // Congressional Research Service. February 15, 2011. Pp. 4–8.
46. Morton J. Horwitz. Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism, 107 HARV. L. REV. 54 (1993).
47. Murrill B.J. (2018). Modes of Constitutional Interpretation (CRS Report No. R45129). Congressional Research Service. Pp. 3, 5–24.
48. Murrill B.J. (2018). The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent (CRS Report No. R45319). Congressional Research Service. Pp. 27–50.
49. Otis H. Stephens, John M. Scheb. American Constitutional Law. Vol. 1. Sources of Power and Restraint. Belmont, 2008. Pp. 47–49.
50. Pestritto Ronald J. (2005). Woodrow Wilson: The Essential Political Writings. P. 121.
51. Scalia Antonin. A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1998. P. 144.
52. Schultz D.A. Encyclopedia of the United States Constitution. NY, 2009. Pp. 379, 380.
53. Strauss D.A. Common Law Constitutional Interpretation // The University of Chicago Law Review. No. 63 (1996). Pp. 877–935.
54. Timothy Sandefur. Clarence Thomas's Jurisprudence Unexplained // New York University Journal of Law & Liberty 4 (2009). P. 555.
55. Tushnet M. (1988). Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law. Cambridge, Mass.
56. Ward Ian. An introduction to legal theory. London, 1998.
57. Wilson Woodrow. (1908) Constitutional Government in the United States. P. 57.
58. Winkler Adam. A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the "Living Constitution". 76 NYULR 1456, 1463.

REFERENCES

1. Alexi R. The existence of human rights // Jurisprudence. 2011. No. 4. P. 22 (in Russ.).
2. Berlyavsky L.G. Concept of the "living constitution" in the United States of America // Constitutional and Municipal Law. 2014. No. 2. P. 17 (in Russ.).
3. Vlasikhin V.A., Mishin A.A. Constitution of the USA: politico-legal comment. M., 1985. Pp. 39, 242, 244 (in Russ.).
4. History: in 4 vols. Vol. 3 / res. ed. G.N. Sevostyanov. M., 1985. Pp. 21, 22 (in Russ.).
5. Klenner G. From the law of nature to the nature of law. M., 1988. P. 10 (in Russ.).
6. Cross R. Precedent in English law / transl. from English. M., 1985 (in Russ.).
7. Laftitsky V.I. Constitutional system of the United States of America. M., 2007. Pp. 101, 151, 152 (in Russ.).
8. Laftitsky V.I. Comparative jurisprudence in the formation of rights. M., 2010. Vol. 1. Pp. 371, 372 (in Russ.).
9. Lobov M. The U.S. Supreme Court and the problem of divided power: the ultimate legal approach // Constitutional Law: European perspective. 2004. No. 2. P. 80 (in Russ.).
10. Makarenko V.P. Analytic Philosophy of Law: concepts and problem. 2002. No. 6. Pp. 10–33 (in Russ.).
11. Machin I.F. History political and legal scholar. M., 2007. P. 198 (in Russ.).
12. Ogлезnev V.V., Surovtsev V.A. Analytic philosophy, juridical language and philosophy of rights. Tomsk, 2016 (in Russ.).
13. Petrova E.A. Status and precedent in the Eastern American law system. M., 2007. Pp. 64, 71, 73, 101 (in Russ.).
14. Polyakov A.V., Timoshina E.V. General theory of law. SPb., 2005. Pp. 39–41 (in Russ.).
15. Safonov V.N. Constitutional law-making in the activities of the U.S. Supreme Court. Historical and legal research. M., 2018. Pp. 105, 106, 108–111, 151–156 (in Russ.).
16. Smetannikov D.S. School of critical jurisprudence and research: abstract ... PhD in Law. SPb., 2000 (in Russ.).
17. Tashnet M. Co-operation has a lot of control over the rule of law and so much legal primacy in the "horizontal effect" // Comparative Constitutional Review. 2006. No. 2. P. 31 (in Russ.).

18. *Tonkov E.N.* English doctrine so much law: history and time: abstract ... PhD in Law. M., 2013 (in Russ.).
19. *Filippov S.V.* The US judicial system. M., 1980. P. 4 (in Russ.).
20. *Hart G.L.A.* Philosophy and the language of law. M., 2017 (in Russ.).
21. *Chestnov I.L.* Postclassical theory of rights. SPb., 2012 (in Russ.).
22. *Chetvermin V.* Russian constitutional concept spelling // Constitutional Law: a strict European review. 2003. No. 4. P. 28 (in Russ.).
23. *Chudakov M.F.* Constitutional Law in the United States. The main institutions. Minsk, 2003. Pp. 119, 120 (in Russ.).
24. *Straus L.* Natural law and history. M., 2007. Pp. 8, 9 (in Russ.).
25. *Yarkova E.N.* History and methodology legal Sciences. Tomsk, 2012. Pp. 251, 255 (in Russ.).
26. *Arthur Selwyn Miller.* Notes on the Concept of the "Living" Constitution. GEO. WASH. L. REV. 1963. Vol. 31. Pp. 881, 884.
27. *Balkin Jack M.* Framework Originalism and the Living Constitution (October 23, 2008) // Northwestern University Law Review, 2009. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1290869> (accessed: 08.08.2023).
28. *Barnett Randy.* Restoring the Lost Constitution (Princeton U. Press 2013). P. 95.
29. *Benjamin N. Cardozo.* The Nature of the Judicial Process. 1921. P. 17, cited in: *Morton J. Horwitz.* Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism, HARV. L. REV. 1993. Vol. 107. P. 54.
30. *Bickel A.* (1962). The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis, Ind.
31. *Bobbs-Merrill; Ely, J.H.* (1980). Democracy and Distrust. Cambridge, Mass.; Tushnet. M., 1988.
32. *Bruce Ackerman.* The Living Constitution // Harvard Law Review. 2007. No. 7. Pp. 1748, 1752, 1754, 1756, 1796, 1797, 1801.
33. *Charles Beard.* The Living Constitution, 185 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 29, 31 (1936).
34. *Chemerinsky E.* 1) Two Cheers for State Constitutional Law // Stanford Law Review. 62 (2010). Pp. 1695–1710; 2) The Assault on the Constitution: Executive Power and the War on Terrorism // Davis Law Review. 40 (2006). Pp. 2–20; 3) Real Discrimination? // Journal of Law & Policy. 16 (2004). Pp. 97–127.
35. Encyclopedia of the American Constitution / ed. by Leonard W. Levy and Kenneth Karst. 2nd ed. / Adam Winkler, associate editor for the second edition. NY, 2000. Pp. 655–657, 1632, 1633.
36. *Fallon R. A.* Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation // 100 Harvard Law Rev. No. 6 (1987). Pp. 1189, 1190.
37. *Gerard J. Clark.* An Introduction to Constitutional Interpretation // Suffolk University Law School Faculty Publications. 2002. No. 1. Pp. 2–10.
38. *Howard Gillman.* Political Development and the Origins of the "Living Constitution" // American Constitution Society (ACS). September 2007. P. 6.
39. *Howard Gillman.* The Collapse of Constitutional Originalism, 11 STUD. AM. POL. DEV. 191, 215 (1997).
40. *Jack M. Balkin.* The Roots of the Living Constitution // Boston University Law Review, 92 (2012). Pp. 1129–1160.
41. *James B. Thayer.* The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 HARV. L. REV. 129 (1893).
42. *John E. Finn* (2006). Part I: Lecture 4: The Court and Constitutional Interpretation. Civil Liberties and the Bill of Rights. The Teaching Company. Pp. 52–54.
43. Keeping faith with the Constitution / Goodwin L., Karlan P., Schroeder C. NY, Wash., 2009. P. 25.
44. *Keith E. Whittington.* It's Alive! The Persistence of the Constitution, 11 GOOD SOC'Y 8, 9 (2002).
45. *Kenneth R. Thomas.* Selected Theories of Constitutional Interpretation // Congressional Research Service. February 15, 2011. Pp. 4–8.
46. *Morton J. Horwitz.* Foreword: The Constitution of Change: Legal Fundamentality Without Fundamentalism, 107 HARV. L. REV. 54 (1993).
47. *Murrill B.J.* (2018). Modes of Constitutional Interpretation (CRS Report No. R45129). Congressional Research Service. Pp. 3, 5–24.
48. *Murrill B.J.* (2018). The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent (CRS Report No. R45319). Congressional Research Service. Pp. 27–50.
49. *Otis H. Stephens, John M. Scheb.* American Constitutional Law. Vol. 1. Sources of Power and Restraint. Belmont, 2008. Pp. 47–49.
50. *Pestritto Ronald J.* (2005). Woodrow Wilson: The Essential Political Writings. P. 121.
51. *Scalia Antonin.* A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law. Princeton University Press, 1998. P. 144.
52. *Schultz D.A.* Encyclopedia of the United States Constitution. NY, 2009. Pp. 379, 380.
53. *Strauss D.A.* Common Law Constitutional Interpretation // The University of Chicago Law Review. No. 63 (1996). Pp. 877–935.
54. *Timothy Sandefur.* Clarence Thomas's Jurisprudence Unexplained // New York University Journal of Law & Liberty 4 (2009). P. 555.
55. *Tushnet M.* (1988). Red, White, and Blue: A Critical Analysis of Constitutional Law. Cambridge, Mass.
56. *Ward Ian.* An introduction to legal theory. London, 1998.
57. *Wilson Woodrow.* (1908) Constitutional Government in the United States. P. 57.
58. *Winkler Adam.* A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the "Living Constitution". 76 NYULR 1456, 1463.

Сведения об авторе

БЕРЛЯВСКИЙ Леонид Гарриевич — кандидат юридических наук, доктор исторических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Ростовского государственного экономического университета «РИНХ»; 344022 г. Ростов-на-Дону, ул. М. Горького, д. 166; профессор Донского государственного технического университета; 344003 г. Ростов-на-Дону, пл. Гагарина, д. 1

Authors' information

BERLYAVSKY Leonid G. — PhD in Law, Doctor of History, Professor of Law Faculty, Constitutional and Municipal Law Department of Rostov State Economic University "RINH"; 166 M. Gorky str., 344022 Rostov-on-Don, Russia; Professor of the Don State Technical University; 1 Gagarin Square, 344003 Rostov-on-Don, Russia