

В ФОКУСЕ: БАЛАНС И ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТЬ

Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни*

Моше Коэн-Элия, Иддо Порат

В данной статье проводится сравнение таких методов принятия судебного решения, как взвешивание (*balancing*) и тест на пропорциональность с точки зрения причин их возникновения, исторических условий формирования, идеологических, политических и философских коннотаций и особенностей анализа, проводимого в рамках каждого из них. Авторы отмечают, что в последнее время, при всех различиях между этими двумя методами, наблюдается тенденция к их постепенному сближению (в соответствии с более общей современной тенденцией к глобализации конституционного права).

→ *Тест на пропорциональность; метод взвешивания интересов; европейское конституционное право; американское конституционное право; формалистический подход; прогрессивизм; либерализм; права человека*

Введение

Конституционное право в настоящий момент переживает глобализацию. Оно становится

* © M. Cohen-Eliya, I. Porat, 2010. Oxford University Press and New York University School of Law. All rights reserved. For permissions, please e-mail: journals.permissions@oxfordjournals.org.

Cohen-Eliya M., Porat I. American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins // International Journal of Constitutional Law. Vol. 8. 2010. No. 2. P. 263–286.

Данная статья была представлена в качестве доклада на Международном молодежном форуме Гарварда и Стэнфорда в Стэнфордском университете в 2008 году, на факультетском семинаре в Университете Калифорнии в Лос-Анджелесе в 2009 году и на Ежегодной конференции Израильской ассоциации права и общества в Еврейском университете в Иерусалиме в 2009 году. Авторы выражают благодарность участникам этих форумов за их полезные замечания, особо — Уильяму Олфорду, Дэвиду Битти, Тино Селльяру, Стивену Гардбауму, Дитеру Гримму, Лоренсу Фридману, Серхио Лопесу Айльону и Марку Ташнету. На ранних этапах данному исследованию финансовую поддержку любезно оказал Институт сравнительного публичного права и международного права им. Макса Планка в Хайдельберге.

общим делом, выходящим за границы суверенных государств¹. По всему миру судьи верховных судов собираются на конференции, вступают в диалог по поводу своих судебных мнений и используют опыт друг друга². Кроме того, во многих странах конституционное право все больше и больше приближается к одной и той же модели. Эта модель, которую Лорен Вайнриб назвала «послевоенной парадигмой»³, включает в себя примерную схему судебного контроля и двухэтапную систему защиты прав человека, состоящую из положения о защите прав и основанной на стандартах доктрины разрешения конфликтов вокруг прав человека, а именно доктрины пропорциональности. Распространение ее в правовых системах различных государств было особенно быстрым, что привело к возникновению общих правил глобального конституционализма, которые Дэвид Лоу назвал обобщенным конституционным правом⁴. Дэвид Битти даже утверждает, что принцип пропорциональности — это «пре-

дельное верховенство права»⁵, предполагая, что согласие с этим принципом положит конец давним спорам вокруг интерпретации конституции и завершит историю конституционного права.

Хотя во многих отношениях Соединенные Штаты Америки — родина конституционализма и движущая сила его мирового успеха, американское конституционное право не следует этой общей модели. Судьи Верховного суда США неохотно заимствуют конституционные положения и модели, возникшие в иных правовых системах, в частности принцип пропорциональности⁶. Вместо этого американское конституционное право, опираясь на абсолютный статус текста Конституции США, выступает за категориальный конституционный анализ, в котором конституционный контроль начинается и заканчивается на стадии установления нарушения права. Американские конституционные доктрины сосредоточены на разработке сложных категорий и подкатегорий для выделения типов нарушения прав, заслуживающих конституционного контроля, и уровня рассмотрения, применимого к каждому из этих типов. Недавно Фредерик Шауэр в связи с этим утверждал, что американское конституционное право в гораздо большей степени основано на правилах, чем неамериканское (в основном европейское), указывая на отсутствие в нем стандартизированного теста на пропорциональность. Он также выдвинул смелую мысль о том, что европейское конституционное право, формируясь с течением времени, выработает в будущем такую же основанную на правилах структуру, как и в более зрелой американской конституционной системе⁷. Таким образом, разница между европейским и американским конституционным правом подается как разница между правилами и стандартами⁸. Однако стандарты есть и в Соединенных Штатах Америки. Ведь это — родина антиформалистического движения, избегающего правил и предпочитающего стандарты, это явление не обошло стороной и конституционное право. Антиформализм присущ концепции взвешивания интересов, которая во многих отношениях напоминает принцип пропорциональности и также основана на стандартах⁹.

Эти два метода — взвешивание интересов и тест на пропорциональность — напомина-

ют друг друга в некоторых важных чертах и часто обсуждаются в одном и том же контексте. Однако в американском конституционном праве, в отличие от европейского, концепция взвешивания интересов никогда не получала статуса официально принятой. Более того, метод взвешивания интересов всегда подвергался жесткой критике и до сих пор является крайне спорным понятием в конституционном праве Соединенных Штатов Америки. Начиная с 1950-х годов XX века метод взвешивания интересов находился в центре оживленной дискуссии в Верховном суде США¹⁰. Как недавно сформулировал Ричард Фаллон, «применение [метода] взвешивания интересов часто вызывает бурный протест несогласных судей, утверждающих, что суд отступил от строгой приверженности защите индивидуальных прав»¹¹. Поскольку названные методы кажутся близкими с аналитической точки зрения, уместно задаться вопросом, почему отношение к принципу пропорциональности столь различно в Европе и в Соединенных Штатах Америки. Почему в Европе принцип пропорциональности почти не подвергается критике, а концепция взвешивания интересов вызывает столько возражений и сопротивления в Америке? Европейских сторонников принципа пропорциональности это сопротивление ставит в тупик. Они утверждают, что в конечном счете та или иная форма двухуровневого теста на пропорциональность является неизбежной и основанной на требованиях здравого смысла. Почему бы не воспользоваться тем, что метод взвешивания интересов знаком американскому правоведению, и не увеличить его роль в конституционном дискурсе вместо его маргинализации и использования для подчеркивания различий между американским и европейским конституционным правом?¹² Подобный подход иногда объясняют американским изоляционизмом и односторонностью представлений¹³. Разумеется, можно отрицать, что у процедуры взвешивания интересов и теста на пропорциональность есть что-либо общее, и утверждать, что, несмотря на их поверхностное сходство, они различаются характером анализа. Однако мы полагаем, что различия все же недостаточно существенны, чтобы оправдать различие в подходах к двум этим методам, как будет показано в части 1 настоящей статьи. Можно обнаружить дру-

гие, более перспективные объяснения не-сходства правовой и политической культуры Соединенных Штатов Америки и Европы¹⁴ в их различных аспектах. В настоящей статье мы предлагаем иное, ранее в значительной степени недооценивавшееся объяснение разницы между методом взвешивания интересов и тестом на пропорциональность, которое основывается на исторических различиях между этими методами. Поскольку тест на пропорциональность возник в Германии, имеет смысл рассмотреть различные пути развития двух методов в Германии и Соединенных Штатах Америки соответственно. Мы полагаем, что это сопоставление в значительной степени поможет объяснить различное отношение к этим двум концепциям в Европе и в Америке.

Рассматривая историю понятий взвешивания интересов и пропорциональности, мы обнаруживаем, что между ними есть принципиальные различия, которые действительно настолько велики, что «перевешивают» сходства. Так, например, понятие пропорциональности первоначально развивалось в рамках административного права и имело разве что косвенное отношение к праву частному, в то время как понятие взвешивания интересов зародилось в частном праве и лишь потом распространилось на публичное. Более того, тест на пропорциональность был создан как одна из попыток защитить индивидуальные права в условиях их слабой законодательной поддержки, в то время как метод взвешивания интересов был создан с прямо противоположной целью — для контроля за излишне ревностной (либертарианской) защитой прав человека со стороны Верховного суда США, основанной на чрезмерно буквальной интерпретации текста Конституции США. Наконец, тест на пропорциональность развивался в процессе формалистической и доктринальной практики немецких административных судов и не имел связи с антиформалистическим направлением в философии права, в то время как вокруг метода взвешивания было сосредоточено движение американских прогрессивистов, направленное против формализма в судопроизводстве. Таким образом, мы полагаем, что исторический подход позволяет наблюдать интересное явление: две правовых концепции, возникшие в очень разных условиях, сблизились настоль-

ко, что сейчас кажется естественным обсуждать их в едином контексте.

В главе 1 мы рассмотрим и опровергнем три основных аргумента, связанных с различным характером анализа при использовании теста на пропорциональность и метода взвешивания. Затем мы обратимся к созданию теста на пропорциональность в Германии (в части 2) и появлению его в Соединенных Штатах Америки (в части 3), отмечая отношение соответствующих концепций к правам человека, а также их правоведческую характеристику как формалистических или антиформалистических. В заключение, в части 4, мы обсудим последствия исторического подхода постольку, поскольку они связаны с различным отношением Европы и Америки к взвешиванию и пропорциональности; мы поставим также вопрос о правомерности отождествления этих двух понятий.

1. Различия в особенностях анализа при использовании метода взвешивания интересов и теста на пропорциональность

В данном разделе мы кратко обсудим аналитическую сущность пропорциональности и взвешивания с целью определить, отличаются ли методы друг от друга характером анализа. Всюду, где вводится тест на пропорциональность, он имеет одну и ту же основную двухэтапную структуру. На первом этапе следует установить, что действиями правительства оказалось ограничено некоторое право. На втором этапе правительство должно показать, что оно преследовало некоторую легитимную цель и что ограничение было пропорционально этой цели. Тест на пропорциональность включает в себя три критерия: во-первых, средство, предназначенное для достижения цели правительства, должно подходить для достижения этой цели (*уместность*); во-вторых, из всех подходящих должно быть выбрано то средство, которое в наименьшей степени ограничивает право частного лица (*необходимость*); в-третьих, ущерб частному лицу от ограничения его права должен быть пропорционален выгоде правительства в отношении достижения поставленной цели (*пропорциональность в узком смысле*)¹⁵. Например, в израильском деле Хорев против Министерства транспор-

та¹⁶ об объездной дороге, которой следовало по решению иерусалимского муниципалитета пользоваться для того, чтобы во время субботы машины ни в коем случае не проезжали через квартал ультраортодоксальных иудеев, Верховный суд Израиля провел анализ следующим образом. Во-первых, установил ограничение права на свободу передвижения и определил законную цель правительства как защиту религиозных чувств. Затем он применил три критерия теста на пропорциональность: а) способствует ли средство, выбранное правительством (объезд), достижению поставленной им цели (защите религиозных чувств) — тест на уместность; б) действительно ли избранное средство в наименьшей степени ограничивает право, о котором идет речь — тест на необходимость; в) пропорционально ли ограничение права на свободу передвижения выгоде от защиты религиозных чувств — тест на пропорциональность в узком смысле. Применив эти три критерия, Верховный суд Израиля пришел к выводу, что объезд должен быть обязательным только во время субботней молитвы.

Как и тест на пропорциональность, метод взвешивания интересов применяется в случае, когда имеет место ограничение или обременение некоторого конституционного права или иного конституционного положения, и, как и тест на пропорциональность, он использует сравнение между ограничением или обременением права и интересом правительства¹⁷. Так, в первом деле о свободе слова, где была применена эта процедура (Шнейдер против штата Нью-Джерси¹⁸), в решении по которому муниципальный запрет на распространение рекламных листовок был оспорен как неконституционный, Верховный суд США сопоставил право на свободу слова с заинтересованностью муниципалитета в чистоте улиц и вынес решение, согласно которому в данном конкретном случае запрет нарушал право на свободу слова.

Существует по крайней мере три отдельных аргумента в пользу того, почему эти два метода — взвешивание интересов и тест на пропорциональность — отличаются с точки зрения проводимого в их рамках анализа. Мы рассмотрим теперь эти аргументы и проблемы каждого из них; наш общий вывод — аналитические различия сами по себе не помогают объяснить разницу в подходах к этим двум

понятиям в Соединенных Штатах Америки и других странах. Во-первых, немецкие и канадские исследователи часто утверждают, что тест на пропорциональность лучше структурирован и является более научным, чем процедура взвешивания интересов, поскольку делится на три аналитически отдельных теста, которые логически связаны и дополняют друг друга, в то время как метод взвешивания интересов является расплывчатым, чересчур общим и неструктурированным¹⁹. На основании этого можно утверждать, что тест на пропорциональность имеет большую ценность, чем взвешивание интересов, а именно: он лучше помогает судьям структурировать свои решения и приходиться к правильным заключениям, делает судебный процесс более прозрачным, придавая судебным решениям больше легитимности, и оказывает лучшее регулирующее и воспитательное влияние на общество и правительство. Напротив, процедура взвешивания интересов, будучи лишена четкой структуры, предоставляет судьям большую свободу усмотрения и скорее может позволить им поддержать нарушение прав человека со стороны правительства. Возможно, исследователи, придерживающиеся такого мнения, переоценивают нормативный аспект принципа пропорциональности. Однако важнее то, что, сопоставляя между собой метод взвешивания интересов и критерии теста на пропорциональность, они проводят некорректное сравнение взвешивания и пропорциональности. Лишь применение последнего из трех критериев — «пропорциональности в узком смысле» — аналогично процедуре взвешивания интересов. Первые два представляют собой тесты целей и средств, не затрагивающих взвешивания — по крайней мере в том смысле, как оно обычно понимается в американской судебной практике²⁰. Первые два подтеста — на уместность и на необходимость — не требуют сопоставления между целью и правом. В них требуется всего лишь лучшее соответствие между средством и целью — такое, которое причиняет праву наименьший ущерб. В этом смысле первые два критерия теста функционируют как Парето-оптимальные решения²¹. Кроме того, американское конституционное право использует тесты, очень похожие на первые два критерия теста на пропорциональность, хотя и не на стадии взвешивания интересов в

конституционном анализе. Например, тест на наименее ограничивающее средство, занимающий важное место в американском конституционном праве, очень схож со вторым критерием — необходимости²², а первый критерий — уместности — внутренне присущ каждому из трех уровней судебного рассмотрения, даже в наиболее «осторожном» и рациональном тесте.

Во-вторых, некоторые сторонники пропорциональности утверждают, что тест на пропорциональность более объективен и надежен, поскольку его аналитическая структура делает его неуязвимым для одной из главных проблем, неизбежно присущих процедуре взвешивания интересов — проблемы несоизмеримости. В отличие от метода взвешивания, тест на пропорциональность даже в третьем своем критерии (пропорциональности в узком смысле) не требует сравнения двух несоизмеримых ценностей. Вот удачный пример, которым можно проиллюстрировать это утверждение²³. Представим себе собаачью выставку с несколькими конкурсами: лучший бульдог на выставке, лучший шнауцер и т. п. Однако существует в том числе и финальный конкурс на самую лучшую собаку. Сравнение одного шнауцера с другим оправдано, но как сравнивать между собой бульдогов и шнауцеров? Согласно этому аргументу, тест на пропорциональность позволяет нам найти решение: мы берем бульдога — победителя среди бульдогов и шнауцера — победителя среди шнауцеров, и задаемся вопросом, насколько каждый из них близок к идеальному бульдогу или шнауцеру с точки зрения стандарта соответствующей породы. Аналогичным образом и тест на пропорциональность рассматривает каждую ценность с точки зрения ее собственных критериев, не нуждаясь в сопоставлении несоизмеримого, и лишь потом задает вопрос по каждому из них, в какой мере нарушение правила затрагивало сущность этой ценности. Очевидно, Дэвид Битти прибегает к схожему аргументу для объяснения того, почему при вынесении решения по израильскому делу Хорев против Министерства транспорта не был применен метод взвешивания интересов — тогда Верховному суду Израиля пришлось бы сравнивать между собой несоизмеримые ценности. По мнению Битти, не следовало сопоставлять важность свободы передвижения с важностью защиты

религиозных чувств. Вместо этого Верховный суд Израиля оценил степень ущерба, нанесенного каждой ценности, *согласно критериям каждой из них* и начал искать решение, которое бы принципиально сократило степень ущерба для одной из этих ценностей (религиозные чувства) и в то же время минимально затронуло другую (свободу передвижения). Таким и является решение об обязательном объезде квартала в субботу лишь в течение нескольких минут во время молитвы. Эта ситуация, в представлении Битти, также подчеркивает преимущества теста на пропорциональность, сосредотачивающего внимание на обстоятельствах дела, а не на ценностных суждениях, и тем самым способствующего большей легитимности и меньшей субъективности судебных решений²⁴. Мы можем противопоставить такой аргументации два основных возражения. Во-первых, этот аргумент верен по отношению к методу взвешивания в той же мере, что и по отношению к тесту на пропорциональность. Иными словами, если возможно применить третий критерий этого теста таким образом, чтобы при этом не требовалось сравнивать несоизмеримые ценности, то возможно точно так же применить и процедуру взвешивания интересов. Этого ни разу не было сделано не из-за структурных ограничений метода взвешивания аргументов, а из-за специфики подхода американских судей. Что еще более важно, данный аргумент, по сути, пренебрегает тем, насколько при любом проведении теста на пропорциональность или процедуры взвешивания обязательны и неизбежны нормативные оценки. Нужно учитывать относительную важность конфликтующих прав и интересов. Так, например, в деле Шнайдер против штата Нью-Джерси существенный ущерб для оправданного государственного интереса — чистоты улиц — не имел приоритета над менее существенным ущербом для свободы слова, учитывая большую относительную важность последней в демократическом обществе.

И наконец, в-третьих, сторонники теста на пропорциональность часто полагают, что метод взвешивания интересов обеспечивает правам человека меньшую степень защиты по сравнению с ним. Они утверждают, что понятие пропорциональности основано на представлении о том, что защита прав чело-

века — нормальная ситуация, а нарушение их — это исключение, и может быть поддержано лишь в случае несомненной его оправданности²⁵. Данный аргумент, однако, основывается не на каком бы то ни было различии между процедурами анализа в рамках взвешивания интересов и проведения теста на пропорциональность, а, скорее, на допущении существования в конституционной культуре тех правовых систем, где принято использовать тест на пропорциональность, традиционных установок, заведомо придающих больший «вес» защите прав человека. В понятии взвешивания интересов нет ничего такого, что препятствовало бы появлению схожей ситуации в США. Например, тест на детальное рассмотрение даже в самой мягкой форме, которую Фаллон назвал «взвешиванием с гириями», «отличается от других процедур взвешивания своими предпосылками, согласно которым “вес” прав человека чрезвычайно высок, и потому правительственный интерес должен быть достаточно “весом”, чтобы одержать [над ними] верх»²⁶. Кроме того, даже в основанной на понятии пропорциональности правовой системе (такой, как канадская) подход, отдающий приоритет правам человека согласно прецедентному делу Оукса²⁷, с течением времени оказался размытым²⁸. Таким образом, некорректно преподносить тест на пропорциональность как средство, которое, в отличие от метода взвешивания интересов, по самой своей сути (а не в связи с культурными условиями) защищает права человека.

Этот краткий обзор приводит нас к выводу о том, что различия в характере анализа этих двух методов не могут здесь играть решающей роли и, следовательно, не могут создавать существенных различий между этими двумя понятиями. Проследим теперь историю появления теста на пропорциональность в Германии и метода взвешивания интересов в Соединенных Штатах Америки.

2. Корни принципа пропорциональности в германском административном праве

Принцип пропорциональности впервые возник в Германии. Он стал важным инструментом введения индивидуальных прав в правовую систему авторитарного режима, форму-

лировки норм которой, с исторической точки зрения, создавали лишь ограниченную базу для таких прав. Использование теста на пропорциональность, требовавшего, чтобы правительство выбирало лишь такие средства, которые минимально затрагивали бы индивидуальные права, способствовало установлению формальных ограничений для полицейских властей и включению понятия прав человека в немецкое позитивное публичное право.

В этой главе анализируются исторические корни принципа пропорциональности в Пруссии, политически и интеллектуально доминировавшей среди немецких земель в XVIII и XIX веках. Как будет описано ниже, между 1882 и 1914 годами правовая доктрина пропорциональности широко применялась судьями прусских административных судов. Итак, начнем с краткого введения в основы прусского административного права.

2.1. Принцип пропорциональности и правовое государство

Начиная со второй половины XVIII века Пруссия постепенно эволюционировала от авторитарного государства, в котором король был высшим и единственным источником власти, к государству, управляемому законом — правовому государству (*Rechtsstaat*). В это время Пруссия была военной и экономической державой во главе с Фридрихом Великим. Хорошо знакомый с принципами просвещенного абсолютизма, испытывавший влияние первых ростков либерального учения об общественном договоре и рационализма (на которых основывались идеологии Великой Французской революции и борьбы Соединенных Штатов Америки за независимость от британской короны), Фридрих Великий полагал, что монарх — не обладатель неограниченной власти, а, скорее, «первый слуга своего государства»²⁹. Таким образом, он стремился построить правовую систему Пруссии на базе принципов рационализма, религиозной терпимости и защиты индивидуальных прав.

При его преемнике Фридрихе Вильгельме II³⁰ завершилась кодификация права Королевства Пруссии. Статья 10(2) Всеобщего земельного права (*Allgemeines Landrecht*) 1794 года наделила правительство полномо-

чениями осуществлять полицейский надзор с целью обеспечить общественное спокойствие, но ограничивая эти полномочия лишь необходимыми для достижения данной цели мерами. Статья гласила, что «полиция должна принимать *необходимые* меры для поддержания общественного спокойствия, безопасности и порядка»³¹. Это стало законодательной базой первого критерия теста на пропорциональность. Как из формулировки данного положения, так и из его внутренней логики очевидно, что оно ломает традицию, в соответствии с которой, наоборот, действия государства в рамках публичного права Германии легитимизировались. Если ранее действия государства считались законными, даже если сами по себе не допускались правом, то теперь законность любого действия зависела от эксплицитной дозволенности его законом. В этом была и остается вплоть до современности суть принципа правового государства в немецком публичном праве. Хотя точное значение и внутренняя логика понятия «правовое государство» (*Rechtsstaat*) остаются спорными, этот принцип сыграл в Германии роль, схожую с ролью британского принципа «верховенства права», налагая ограничения на правительственные действия и наделяя граждан гораздо большей степенью свободы, чем это было бы в противном случае³². С функциональной точки зрения требование пропорциональности (а именно, чтобы использование полицейских мер было пропорционально целям, установленным законом) соответствовало требованию правового государства и дополняло его. Оба принципа представляют собой способы обуздать систему, в которой полицейские власти формально слабо ограничены. Понятие правового государства позволило правительству ограничивать индивидуальные права граждан, но лишь в том случае, когда такое вторжение открыто разрешалось законом. Принцип пропорциональности ограничил эти полномочия еще сильнее, позволив правительству осуществлять только те меры, которые необходимы для достижения его легитимных целей. Иными словами, требование четкой правовой базы для использования полицейских мер и пропорциональности таких мер целям имели целью расширить автономию отдельной личности в рамках правовой системы, не имеющей конституционного билля о правах.

2.2. Судебный контроль и развитие принципа пропорциональности

Представления о правовом государстве и о пропорциональности мер легитимным целям требовали создания институционального механизма для проведения их в жизнь. Это и стало основой формирования чрезвычайно влиятельных административных судов в Пруссии во второй половине XIX века. Поскольку прусский парламент — ландтаг — был реакционным органом, исполнявшим распоряжения правительства, он не требовал такой важной меры по предотвращению злоупотребления полицейской властью, как ответственность министров. Таким образом, в середине XIX века, после того как германские либералы утратили иллюзии относительно возможности создания эффективной парламентской системы управления, их требования ответственности министров сменились требованиями судебной ответственности. Иными словами, теперь, вместо того чтобы министры и их подчиненные отвечали перед парламентом, либералы требовали, чтобы государственные чиновники несли ответственность перед судом³³. Сторонники такой реформы рассматривали судей как лучших гарантов индивидуальных прав в случае угрозы административного посягательства³⁴.

В итоге возникла отдельная система административных судов³⁵. Эти суды имели полномочия контроля над полицейскими властями³⁶. Между 1882 и 1914 годами Высший административный суд Пруссии постоянно прибегал к тесту на пропорциональность как методу исследования легитимности вмешательства правительства в экономическую и социальную жизнь. Не провозглашая нового правового принципа эксплицитно³⁷, Высший административный суд Пруссии установил в целом ряде важных решений, что использование полицейских мер, приводящее к ограничению политических и экономических прав, должно быть пропорционально и подлежит узкому толкованию. В прецедентном решении по делу Кройцберга (1882) Высший административный суд Пруссии отменил решение берлинских властей, запрещавшее строительство зданий, загораживавших вид на национальный памятник, на тех основаниях, что правительство может действовать лишь для предотвращения угрозы общественной

безопасности и не вправе навязывать гражданам собственные эстетические взгляды. По другому делу было вынесено решение, согласно которому ограничения на свободу собраний и манифестаций для социал-демократов должны быть основаны на конкретных фактах. Такие факты должны показывать подлинную опасность этих собраний для общественного порядка, и ограничения не могут быть основаны лишь на предположениях полиции о том, что распитие алкоголя представителями политической оппозиции неизбежно повлечет за собой нарушение общественного порядка³⁸. Особенно строгий тест был проведен в процессе принятия ряда решений, касавшихся пьесы «Ткачи», вызвавшей неоднозначную реакцию; в этой пьесе усматривали мятежные мотивы и даже подстрекательство к народному восстанию против капиталистов-эксплуататоров. Высший административный суд Пруссии решил, что полиция не может запретить постановку пьесы, основываясь лишь на слабой вероятности того, что она приведет к мятежу. Вместо этого полиции нужно было доказать «действительную, близкую и неотвратимую опасность» наступления подобных последствий, чтобы оправдать применение цензуры³⁹.

2.3. Принцип пропорциональности, естественное право и формализм

В отсутствие эксплицитной защиты конституционных прав, для оправдания введения нового механизма их защиты в публичное право Германии многие либералы прибегли к риторике, свойственной сторонникам теории естественного права, пронизывавшей сочинения либеральных прусских правоведов этой эпохи. Двое ведущих ученых, внесших вклад в развитие принципа пропорциональности — Отто Майер и Гюнтер Генрих фон Берг — прямо связывали принцип пропорциональности и понятие естественных прав. Так, например, фон Берг писал, что «полицейское право может ограничивать естественную свободу субъекта, но лишь постольку, поскольку этого требует легитимная цель»⁴⁰. Согласно Майеру, «естественные права требуют, чтобы применение правительством полицейских мер было пропорциональным»⁴¹. Следует также помнить, что в это время естественные права воспринимались в Гер-

мании как либертарианские, накладывающие ограничение на применение правительственных полномочий и расширяющие политические и экономические свободы. Таким образом, либеральная буржуазия была экономически и политически сильно заинтересована в продвижении подобных правовых изменений⁴².

Однако следует отметить, что, несмотря на связь между принципом пропорциональности и теорией естественного права и на ассоциацию пропорциональности с судебным активизмом, методы вынесения решений, применяемые судьями прусских административных судов, оставались, в сущности, формалистическими и никогда не менялись в сторону реализма или прагматизма. Судьи Высшего административного суда Пруссии считали, что действуют в рамках формалистической традиции германского права, позиционировавшей себя как автономную, полную и логическую систему понятий и правил, содержащую в себе решения для всех возможных случаев⁴³. Прусские судьи административных судов, как правило, воздерживались от анализа в терминах здравого смысла тех выгод и затрат, которые влечет за собой то или иное их решение. Хотя в прусских традициях судопроизводства внутри теста на пропорциональность не выделялось трех критериев (как это теперь принято в немецком публичном праве), по-видимому, одним из основных факторов, влиявших на принятие судебных решений, был формальный анализ средств и целей (установление рациональной связи между целью и средствами и выбор наименее радикальных средств), а не более содержательная контрольная процедура (взвешивание интересов), которая, с нашей точки зрения, обычно проводится в рамках теста на пропорциональность в узком смысле⁴⁴. Немецкие либералы начала XX века, такие как Макс Вебер и Ганс Кельзен, рассматривали формалистический анализ указанного типа, с одной стороны, как средство гарантировать принципиально более эффективную правительственную систему, с другой — как важное средство максимального расширения индивидуальной свободы, поскольку оно установило четкие границы действий государства и тем самым предоставило более широкое пространство для деятельности индивидууму⁴⁵. Тенденция прусских административных судов

сосредоточиваться на формальном анализе пропорциональности тех или иных мер их целям развивалась в рамках магистрального формалистического направления тогдашнего немецкого правоведения (*Rechtswissenschaft*)⁴⁶.

Немецкие правоведы того времени во главе с Фридрихом Карлом фон Савиньи часто заимствовали понятия из естественных наук для иллюстрации логики права и описания системы создания и функционирования правовых норм. Так, они утверждали, что аналогично тому, как из длины одной стороны треугольника можно вывести длины двух других его сторон, можно и из существующих правовых норм вывести все отсутствующие⁴⁷. В рамках той же тенденции некоторые сравнивали правоведение с химией: если в химии можно создать вещество из определенных основных элементов, то в праве можно создать новые правила из основных правовых норм. На то, как себя подавала немецкая юриспруденция, повлияла даже дарвинистская теория эволюции: развитие права сравнивалось с развитием организма.

Уже упомянутую формальную трактовку принципа пропорциональности в решениях Высшего административного суда Пруссии следует противопоставить другому понятию, развивавшемуся в немецком праве параллельно, хотя и независимо — понятию взвешивания интересов. В этот период в германском правоведении выросло радикальное антиформалистическое движение — *Freirechtsschule* («школа свободного права») — которое критиковало формализм и концептуализм (в основном в сфере частного права)⁴⁸. Его сторонники рассматривали право как область, предназначенную для решения конфликтов между конкурирующими интересами путем взвешивания. Правовой формализм критиковал и фон Йеринг, и в его влиятельных работах ключевую роль играло понятие взвешивания интересов⁴⁹.

На первый взгляд, между понятиями взвешивания интересов и пропорциональности мер в немецком праве прямой связи не было; более того, в некотором смысле они ассоциировались с противоборствующими течениями в правовой науке. Во-первых, метод взвешивания интересов восходит к германскому частному праву, а тест на пропорциональность возник в публичном праве. Во-вторых, во-

преки влиянию представителей американской школы правового реализма, направленные *Freirechtsschule* декларировало свой радикальный разрыв с доминирующей формалистической традицией тогдашнего немецкого права и потому не имело реального влияния на германскую юриспруденцию. Очевидно, административные суды не ассоциировали себя с этим радикальным движением, оставаясь в рамках магистрального для Германии формалистического движения. Наконец, идеи *Freirechtsschule* среди либеральных формалистов, таких как Макс Вебер, считались реальной угрозой принципам либерализма и демократии. Итак, идеи *Freirechtsschule* были противопоставлены формалистическим установкам, на которые опирались принципы правового государства (*Rechtsstaat*) и пропорциональности. Соответственно, они не проникли и в практику Высшего административного суда Пруссии.

2.4. Заключение

Для нашей аргументации из истории развития принципа пропорциональности в германском публичном праве можно сделать несколько выводов. Во-первых, посредством принципа пропорциональности в немецкое право вошла идея прав человека. Следовательно, принцип пропорциональности в Германии признан основным инструментом защиты этих прав. Во-вторых, он должен был обеспечить защиту политических и экономических прав, которые в то время принято было относить к «естественным» правам. Очевидно, что либеральная буржуазия была принципиально заинтересована в гарантии таких правовых реформ. В-третьих, правовая доктрина пропорциональности не была связана с реалистическими или прагматическими правовыми теориями, такими как отстаиваемые направлением *Freirechtsschule* и школой правового реализма в Соединенных Штатах Америки. Ее истоки лежат в формалистических подходах, глубоко укорененных в немецкой правовой традиции. Принцип пропорциональности был предварительным условием повышения эффективности правосудия, которого можно было достичь, сосредоточившись на связи между целью и средствами, а не на взвешивании противоположных интересов *ad hoc*. Наконец, доктрина пропорцио-

нальности возникла не в частном праве, а в административном.

3. Происхождение метода взвешивания интересов в американском конституционном правосудии

В то время как в Германии при помощи идеи пропорциональности в систему, предусматривавшую ограниченную формальную защиту прав человека, был введен такой инструмент защиты, в Соединенных Штатах Америки метод взвешивания применялся для преодоления противоположной проблемы. Здесь имела сильная поддержка защиты прав человека в формулировках закона, а для ограничения прав такой законодательной базы было недостаточно. Таким образом, метод взвешивания интересов стал важным инструментом интерпретации правовых норм с целью избежать абсолютного характера защиты прав; такая интерпретация достигалась путем сопоставления прав человека с другими важными интересами. Кроме того, в отличие от теста на пропорциональность в Германии, метод взвешивания интересов возник в рамках антиформалистского движения, причем в частном праве, а не публичном. Наконец, теория естественных прав, ассоциирующаяся с принципом пропорциональности, с методом взвешивания интересов не связывалась. Напротив, прогрессивисты, применявшие этот метод в американском конституционном праве, подтверждали теорию естественных прав критике.

3.1. Метод взвешивания интересов в рамках критики формализма и лэнгделлианства

3.1.1. Лэнгделлианство

Идея взвешивания интересов проникла в американскую правовую мысль через работы Оливера Уэнделла Холмса-младшего, критиковавшего формализм и лэнгделлианство в американском частном праве. Кристофер Коламбус Лэнгделл, декан Гарвардской школы права в последние десятилетия XIX века, был одним из главных защитников формализма в американском правоведении. Испытывая влияние движения немецкой правовой науки и стремясь пропагандировать роль права как академической дисциплины, он решил

поднять право на уровень серьезного и точного научного предприятия, по образцу физики или геометрии⁵⁰. Лэнгделлианская концепция права, таким образом, приписывала сфере права следующие три научные характеристики:

а) определенность (правовые выводы можно получать с уверенностью, они лишь незначительно зависят от чьего бы то ни было индивидуального усмотрения);

б) систематизированность (право основывается на связанном и ограниченном наборе абстрактных принципов);

в) автономия (право обособлено от других сфер культуры, таких как общество, политика или нравственность)⁵¹.

Лэнгделлианский подход также подчеркивал принципиальные различия между разными областями права и различными его понятиями скорее, чем различия в степени проявления того или иного признака; абсолютные права и понятия — скорее, чем относительные; понятийное значение прав — скорее, чем их социальную функцию⁵². Эти утверждения о праве применялись Лэнгделлом в основном в сфере частного права. Формулируя тезисы о праве как о правовой науке, он имел в виду абстрактное частное право. Конституционное право он считал, напротив, «мягким» правом, а не полем деятельности для серьезной научной правовой мысли⁵³. Одним из знаменитых примеров лэнгделлианской юриспруденции является «правило почтового ящика». Перед Лэнгделлом стоял вопрос: является ли страховой договор действительным с момента его помещения в почтовый ящик или с того момента, когда его получила страховая компания? Он разрешил его через процесс логической дедукции, основанной на правовых понятиях предложения и договора. Чтобы некоторое предложение имело обязательную силу и стало договором, лицо, которому делается предложение, должно отреагировать на него ответным предложением. Но предложение по самой своей сути нуждается в передаче. Таким образом, пока письмо о принятии предложения не получено и не прочтено, нет ни ответного предложения, ни действительного договора. Такие соображения, как общепринятая практика и практические сложности, названные Лэнгделлом «взвешиванием условностей», признавались нерелевантными с правовой точки зрения⁵⁴.

3.1.2. Концепция взвешивания интересов как элемент антилэнгделлианства

Начиная с сочинений Оливера Уэнделла Холмса-младшего, лэнгделлианский подход к праву попал под критический огонь со стороны представителей движения прогрессивизма. Важным концептуальным элементом этой кампании стала идея взвешивания интересов. Например, Холмс считал, что право не должно дедуктивно выводить результаты из абстрактных значений прав и принципов; право следует рассматривать как средство достичь некоторой социальной цели, и методология создания лучшей правовой нормы должна включать в себя взвешивание различных социальных интересов, которые затрагивает эта норма. Таким образом, проблему «почтового ящика» следует разрешать, основываясь на балансе интересов страховщика и страхователя, учитывая принятые обычаи делового оборота и рыночные отношения⁵⁵. Еще в 1870 году Холмс писал в своей работе «Общее право», что, «когда два права вступают в конфликт... нужно провести черту», и что решение должно быть основано на «различии в степени», а не на «логической дедукции» из абсолютных понятий прав⁵⁶. В работе «Путь права» Холмс написал, что «судьям... не удалось адекватно признать своим долгом взвешивание соображений социальной выгоды»⁵⁷. Холмс не рассматривал права и правовые принципы как дискретные единицы; он считал, что они находятся в конфликте друг с другом и в то же время имеют зоны схождения и пересечения. Так, Холмс писал, что «граница, на которой конфликтующие интересы уравниваются, не может быть заранее определена какой бы то ни было общей формулой; однако отдельные точки этой границы (или точки, помогающие провести ее) устанавливаются решениями, за рамки которых выходит или не выходит данное дело»⁵⁸. Другим сторонником метода взвешивания интересов был Бенджамин Кардозо, писавший, что судебные решения зависят «в значительной степени от *сравнительной важности* или ценности социального интереса, который будет такими решениями подкреплен или ущемлен»⁵⁹. Роско Паунд также горячо поддерживал «взвешивание социальных интересов» и утверждал, что право — это «попытка удовлетворить, примирить, гармо-

низировать, урегулировать... пересекающие и часто конфликтующие [между собой] претензии и требования»⁶⁰.

Прогрессивистское движение испытало влияние философских концепций как в Соединенных Штатах Америки, так и за их пределами. Внутри страны главными направлениями мысли, повлиявшими на него, стали прагматизм и концепции Уильяма Джеймса и Джеймса Дьюи, создавших философскую базу как прогрессивизма, так и метода взвешивания интересов. Прагматизм рассматривал истину как социальный конструкт; единственным основанием истинности какого-либо понятия стала его практическая польза для человеческой деятельности. Прагматизм, в отличие от метафизики, ищущей ответов на общие вопросы, требовал определить реальные интересы человека и общества и для того, чтобы установить истину, прибегал к методу взвешиванию интересов⁶¹. За рубежом на прогрессивистов влияние оказало немецкое движение *Freirechtsschule*, о котором говорилось выше. Можно провести прямую линию от идеи взвешивания интересов, за которую ратовали фон Йеринг и движение *Freirechtsschule*⁶², само явившееся ответом на правовую метафизику Савиньи, саркастически охарактеризованную фон Йерингом как «рай правовых понятий»⁶³, к юриспруденции, основанной на «взвешивании социальных интересов», за которую выступал Паунд.

Проследивая историю формирования принципа пропорциональности в Германии, надо учитывать, что интеллектуальная почва, на которой «вырос» метод взвешивания интересов в американском праве (еще до вхождения этого метода в конституционное право), существенно отличалась от нее. Метод взвешивания интересов ассоциировался с антиформализмом и прагматизмом, в то время как тест на пропорциональность носил гораздо менее претенциозный с интеллектуальной точки зрения характер и стремился быть только механизмом, применяемым в рамках общей формалистической концепции права. Как было сказано выше, немецкие ученые, повлиявшие на американское взвешивание интересов, — фон Йеринг и другие представители движения *Freirechtsschule* — не имели никакого отношения к формулированию принципа пропорциональности в Германии.

3.2. Прогрессивистская концепция взвешивания интересов в конституционно-правовом контексте: метод взвешивания интересов и антиформализм в конституционном праве

Антиформалистская кампания прогрессивистов, начавшаяся как критика лэнгделлианства в частном праве, скоро распространилась и на конституционное право, приняв форму атаки на локнеризм. Прогрессивисты использовали антиформалистский арсенал для критики формалистских методов, при помощи которых Верховный суд США интерпретировал конституционные права. В борьбе сторонников прогрессивизма за использование метода взвешивания интересов в конституционном праве можно выделить два этапа. Первый был ознаменован борьбой с Локнером и привел к поддержке метода взвешивания аргументов в практике судопроизводства по Четырнадцатой поправке к Конституции США. Второй был связан с отстаиванием метода взвешивания интересов в судопроизводстве по Первой поправке в эпоху маккартизма. Но обе фазы борьбы за применение взвешивания аргументов имели одинаковые задачи: они поддерживали невмешательство судей и предлагали рассматривать права человека как социальные интересы, подлежащие сопоставлению с другими социальными интересами.

3.2.1. Локнеризм

«Локнеровский суд» — название, принятое для обозначения Верховного суда США приблизительно в 1900—1937 годы. Решение по делу Локнера⁶⁴, давшее имя целой эпохе в правосудии, является примером как формалистической методологии Верховного суда США, так и его идеологических либертарианских склонностей. Решением по этому делу был признан неконституционным и отменен закон штата Нью-Йорк, ограничивавший рабочий день пекарей десятью часами, а рабочую неделю — шестьдесятю. Было решено, что право на свободу, гарантированное Четырнадцатой поправкой, включает в себя и право на свободу договора и что это право пользуется абсолютной защитой от вмешательства со стороны законодательства, кроме как в ограниченном контексте «полицейских полномочий государства»⁶⁵. Это реше-

ние носило двоякий формалистический характер. Во-первых, в нем Верховный суд США искал (и нашел) решение правового вопроса о значении конкретного понятия — «свободы» — путем логической дедукции из собственного значения этого понятия. Во-вторых, в нем судебное решение было достигнуто без обращения к социальной действительности трудовых отношений, в которых у рабочих не было никакой осмысленной «свободы» принимать или отвергать условия труда, по сути, навязанные им работодателями. Кроме того, это решение также обнаружало идеологический контекст «локнеровского суда» и его философскую ориентацию на теорию естественных прав. Право на свободу интерпретировалось в рамках концептуальной системы, в которой государство могло вмешаться в осуществление индивидуальной свободы только ради защиты некоторого ограниченного набора принципиальных интересов, обозначенных как «полицейские полномочия государства»⁶⁶. В общем, индивидуальная свобода считалась частью неотъемлемых прав личности — права на жизнь, свободу и собственность. Эта теория естественных прав имела очевидные либертарианские следствия, когда речь шла о вмешательстве государства в рыночную экономику⁶⁷. Такой подход противостоял государственному вмешательству с целью перераспределения благ или обеспечения социального равенства; основываясь на этих принципах, суды отменяли законодательные попытки регулирования экономики, такие как инициативы Рузвельта, предпринятые в рамках «Нового курса».

3.2.2. Метод взвешивания интересов, направленный против локнеризма

Понятие взвешивания интересов стало неотъемлемой частью прогрессивистской критики локнеризма и формализма в конституционном праве. Во-первых, как и в случае с лэнгделлианством, метод взвешивания интересов стал альтернативой формализму. При этом процедура взвешивания уже не представляла собой просто логическую дедукцию судебного решения из содержания права на свободу, а предполагала, что решение должно быть основано на балансе конфликтующих интересов. Так, Холмс в своем знаменитом особом мнении по делу Локнера написал, что

«общие положения» не могут разрешать конкретных дел и что слово «свобода» извращено интерпретацией Верховного суда США, поскольку он понимает «свободу» как непосредственно обуславливающую достигнутое судебное решение⁶⁸. Холмс предположил, что Верховный суд США фактически опирался на результат собственного взвешивания интересов (в данном случае — предпочтение либертарианской экономики *laissez-faire* социальному равенству), прикрыв его фиговым листком формализма⁶⁹. Во-вторых, для прогрессивистов обсуждение метода взвешивания интересов стало способом сообщить о том, что некоторые права представляют собой социальные интересы и что риторическое использование Верховным судом США понятия прав человека привело к несправедливому акценту на частных интересах — в основном обеспеченных слоев населения — и предпочтению их иным интересам. Это весьма четко сформулировал Паунд. В «Обзоре социальных интересов»⁷⁰, наиболее всесторонней его работе о методе взвешивания, Паунд отвечает на попытку судьи Джозефа Маккенны защитить право на свободу договора от законодательных ограничений. Судья Маккенна утверждал, что «судебное рассмотрение всех прав человека может быть опасным, когда они без ограничений подчинены понятиям публичной политики»⁷¹. Паунд считал иначе, критикуя преувеличенную озабоченность Верховного суда США защитой частных прав в ущерб публичным: «Лишь двусмысленность термина “право”... позволяет подобным образом думать об обсуждаемом решении... “Права”, о которых говорил судья Маккенна, — это... индивидуальные желания, индивидуальные претензии, *индивидуальные интересы*, которые, как представлялось, должны гарантироваться посредством юридических прав или некоторого другого правового механизма... Таким образом, *публичная политика*, о которой говорил судья Маккенна, рассматривается как нечто по крайней мере *не ниже уровня так называемых прав... В одном случае политики ровно столько же, сколько и в другом*»⁷² (курсив наш. — М. К.-Э., И. П.).

Концепция прав человека как особой формы интересов противостояла идее естественных прав, использовавшейся «локнеровским судом». Ничего «естественного» в предпоч-

тении охраны частной собственности защите публичных интересов не было. Эти два интереса, вступившие в конфликт друг с другом, нуждались во взвешивании. Таким образом, опора на «естественные права» была разоблачена как манипуляция в пользу одного из интересов. Методология взвешивания интересов была также интегрирована в более общую концепцию толкования норм Конституции США, рассматривавшую права как стандарты, а не как категорические и абсолютные ограничения деятельности правительства. Так, эта интерпретация поддерживала предоставление законодательной власти известной свободы ограничения прав человека и требовала от судебной власти невмешательства в сопоставимой мере. И снова первое выступление в этой кампании принадлежит Холмсу: он заявил, что «все права стремятся объявлять себя абсолютными до логического предела. Но фактически они все ограничены содействующими с ними принципами политики, отличными от тех, на которых основывается конкретное право; эти принципы к определенному моменту становятся достаточно сильными, чтобы отстаивать себя»⁷³. Аналогично, Паунд писал, что Четырнадцатая поправка является обязательной лишь как стандарт для законодателя: «Поправка говорит законодателю, что, если он посягнет на эти индивидуальные *интересы*, он не должен делать этого произвольно. Его действия должны иметь ту или иную рациональную основу. Утверждается, что этой основой должно быть то, к чему всегда стремилось общее право, что подразумевается самим термином “должная процедура”, а именно *взвешивание или балансирование* различных интересов, пересекающихся или вступающих в конфликт, и рациональное примирение или урегулирование»⁷⁴ (курсив наш. — М. К.-Э., И. П.). Более поздние представители прогрессивизма, такие как Харлан Фиск Стоун и Лернед Хэнд, выступали в поддержку взвешивания интересов в рамках своей более общей позиции, согласно которой все конституционные положения, в сущности, являются стандартами, а не точными правилами, налагающими конкретные ограничения на действия правительства. Харлан Фиск Стоун писал: «Великие конституционные гарантии личной свободы... — всего лишь утверждения о стандартах... Главный и высший стандарт, к которому

они обязывают — это рациональность официальных действий и отсутствие произвольных и угнетающих требований... [Они не подвергают] правительство неумолимым требованиям, навязанных ему в прежние времена. [Они должны] позволить правительству, “в условиях любого возможного кризиса человеческих дел”, продолжать функционировать и выполнять предписанную задачу в пределах разумного»⁷⁵.

Таким образом, прогрессивистская концепция взвешивания интересов была враждебна конституционным правам в двух важных, связанных друг с другом отношениях. Во-первых, она стремилась приравнять права к интересам. Права для сторонников прогрессивизма были не более чем конкретными социальными интересами и, таким образом, их предстояло сопоставить с другими интересами. В частности, попытки поставить права как отдельную категорию выше интересов считались риторическим или манипуляционным приемом, используемым лишь с целью ускорить достижение идеологических целей Верховного суда США. Во-вторых, прогрессивисты полагали, что взвешивание останется делом законодательной власти. Профессор Хорвиц поясняет эту точку зрения: «Если право — всего лишь поле боя, на котором сталкиваются социальные интересы, то законодательные органы — это подходящий институт для взвешивания и измерения конкурирующих интересов». Он добавляет, что «к тому времени, как был написан “Путь права”, акцент холмсовского дарвинизма сместился с судов на законодательные органы»⁷⁶.

3.2.3. Прогрессивистская концепция взвешивания интересов в эпоху маккартизма

В эпоху маккартизма (1950-е годы) взвешивание интересов по-прежнему ассоциировалось с критикой формалистической и абсолютистской концепций прав человека и с судебным невмешательством. Судьи, применявшие метод взвешивания интересов в этот период, по праву должны быть отнесены к прогрессивистскому движению, и их действия должны быть включены в обзор исторических корней обсуждаемого метода. Разделение между либералами и консерваторами в этот период происходило иначе, чем во времена дела Локнера. На сей раз консерватив-

ными и реакционными выступали законодательная и исполнительная власть, а не Верховный суд США. Однако те судьи, которые считали себя последователями представителей раннего прогрессивизма, оставались верны методу взвешивания аргументов, применяя его таким же образом, как Холмс и Панд⁷⁷.

Мнение судьи Феликса Франкфуртера по делу Денниса⁷⁸ — главный пример применения взвешивания аргументов в эпоху маккартизма. Это дело, рассмотренное на пике маккартистской антикоммунистической кампании, касалось апелляции членов Коммунистической партии США по поводу их осуждения по «Закону о подстрекательстве к мятежу». Истцы ссылались на положение Конституции США о свободе слова. Судья Франкфуртер в своем совпадающем мнении применял процедуру взвешивания к гарантированной Первой поправкой свободе слова во многом так же, как прогрессивисты предыдущих лет применяли его к свободе договора в соответствии с Четырнадцатой поправкой. Он утверждал, что право на свободу слова не следует трактовать формалистически, в абсолютных терминах: «Есть те, кто усматривает в Конституции [США] полностью неограниченное право на высказывание. Подобный буквализм обходится со словами Конституции [США] так, как если бы они были найдены на истертом куске пергамента»⁷⁹. Вместо этого, по мнению судьи Франкфуртера, данное право следует трактовать как стандарт, воплощающий один из нескольких интересов общества, которые сталкиваются и подлежат взвешиванию: «Требования свободы слова в демократической стране, так же как и требования национальной безопасности, лучше всего удовлетворить путем честного и учитывающего все обстоятельства взвешивания конкурирующих интересов, в рамках судебного процесса, а не путем декларирования догм, слишком негибких для решения неевклидовых задач»⁸⁰. Как до него прогрессивисты, Франкфуртер также утверждал, что взвешивание интересов следует доверить законодательной власти и что от Верховного суда США ожидается невмешательство в этот процесс: «Первичная ответственность за урегулирование интересов, конкурирующих в данной ситуации, принадлежит Конгрессу»⁸¹.

Вслед за делом Денниса последовал ряд дел, в которых взвешивание интересов применялось аналогичным образом⁸². Эти дела отражают все три характерных черты прогрессивистской концепции взвешивания интересов, рассмотренных выше: его антиформализм и антиабсолютизм, связь с судебным невмешательством и, что важнее всего, враждебность по отношению к стратегии предпочтения прав интересам и к представлению о том, что права имеют иммунитет против соображений общественного интереса. Не случайно дело Денниса до настоящего времени является примером риска, связанного с использованием метода взвешивания интересов — опасности капитуляции судей перед законодателями во времена, когда существует угроза национальной безопасности. Неудивительно, что Верховный суд США в то время, когда его председателем был придерживавшийся либеральных взглядов Эрл Уоррен, полностью отмежевался от идеи взвешивания интересов, в частности, вследствие «стигматизации» дела Денниса⁸³. В период председательства Уоррена в большинстве своих конституционных решений Верховный суд США избегал использования терминологии взвешивания интересов⁸⁴. Некоторые решения этого периода даже прямо отвергали этот метод⁸⁵.

3.3. Заключение

Исторические корни метода взвешивания интересов в американском конституционном праве сильно отличались от исторических корней теста на пропорциональность в германском праве; более того, формирование их шло противоположными путями. Во-первых, в отличие от теста на пропорциональность, метод взвешивания интересов появился в системе, где конституционные гарантии уже существовали, а судебный активизм, защищающий права человека, был утвердившейся нормой. И в отличие от теста на пропорциональность, выступавшего гарантией того, что права не будут ограничиваться без необходимости, метод взвешивания интересов был призван гарантировать, что права не будут защищаться без необходимости от любых ограничений, но будут взвешиваться и сопоставляться с публичным интересом. Во-вторых, метод взвешивания интересов поя-

вился в рамках антиформалистического движения, отрицавшего категорические различия между правами и интересами, и возражал против того, чтобы уделять правам больше внимания, чем интересам. Напротив, принцип пропорциональности в контексте правового государства сводился к тому, чтобы найти конкретные пути ограничения деятельности правительства, обосновав их уникальным статусом прав человека и необходимостью того, чтобы государство специально обосновывало ограничения этих прав.

Наконец, как с точки зрения юриспруденции, так и с точки зрения идеологии обстоятельства возникновения обоих этих понятий были неодинаковы. Принцип пропорциональности складывался в рамках хорошо организованной и формалистической практики Высшего административного суда Пруссии, ничуть не претендовавшего на создание всеобъемлющей теории права. С другой стороны, метод взвешивания интересов стал частью революционной антиформалистической концепции права, стремившейся подорвать основы господствовавшей тогда философии права и в итоге изменившей облик американской правовой системы. В идеологическом смысле принцип пропорциональности основывался на либеральной теории «естественных прав» и либертарианстве, в то время как метод взвешивания интересов стремился разрушить теорию «естественных прав» и противопоставить ей либертарианскую концепцию прав на собственность и на свободу.

4. Послесловие: обзор изменений, произошедших после Второй мировой войны

В то время как процедура взвешивания интересов и тест на пропорциональность рассматриваются как две стороны одной медали, историческое исследование их происхождения показывает, что они не связаны друг с другом, возникли в разных обстоятельствах, обращаются к разным проблемам и выполняют диаметрально противоположные функции. Генеалогически у них нет общего предка — скорее, они происходят от двух разных линий. Важнее всего то, что *Freirechtschule* — немецкое правовое движение, внесшее вклад в формирование понятия взвешивания интересов в американской юриспруденции, —

находилось в оппозиции к существовавшей тогда в Германии концепции пропорциональности. Соответственно, в той мере, в какой можно в этой области установить какие бы то ни было «трансатлантические» генеалогические связи, их можно обнаружить между немецким движением *Freirechtsschule*, выступавшим за использование метода взвешивания интересов, и сторонниками этого метода в Америке, но никак не между тестом на пропорциональность и методом взвешивания аргументов. Тем не менее можно представить себе аргументацию, согласно которой этот исторический очерк разницы между американской концепцией взвешивания интересов и немецким принципом пропорциональности уже не уместен в контексте современного конституционного права, поскольку после Второй мировой войны эти понятия, судя по некоторым признакам, сближаются.

Одним из последствий принятия в послевоенной Германии Основного закона стало перенесение принципа пропорциональности с уровня административного права на конституционный уровень⁸⁶. То, что права человека в Германии теперь обеспечены конституционными гарантиями, как в Соединенных Штатах Америки, означает, что тест на пропорциональность может использоваться и для наложения ограничений на права человека, а не только для их поддержки, как в прошлом. И действительно, при рассмотрении некоторого числа дел Федеральный конституционный суд Германии применял тест на пропорциональность к абсолютным конституционным правам, как это делалось в американском судопроизводстве⁸⁷. Федеральный конституционный суд Германии также сосредоточил свое внимание при проведении этого теста вместо первых двух критериев (уместности и необходимости), касающихся логических и эмпирических связей между средствами и целями, на третьем (пропорциональность в узком смысле)⁸⁸. Это изменение означает усиление со стороны Федерального конституционного суда Германии (по сравнению с Высшим административным судом Пруссии) тенденции к более содержательному, а не формальному сопоставлению интересов⁸⁹. В связи с этим представляется также, что налицо сближение между немецкой концепцией пропорциональности и американской концепцией взвешивания аргументов.

Напротив, в Соединенных Штатах Америки метод взвешивания аргументов ассоциируется не только с размытием прав, но и с их защитой, как и тест на пропорциональность. Либеральная и прогрессивистская юстиция открыли потенциал метода взвешивания интересов как средства защиты прав. Это случалось, как правило, в решениях, утверждавших прогрессивистский либерализм и понятие «субстантивной» юстиции в таких областях, как позитивная дискриминация, высказывания, выражающие ненависть (*hate speech*), высказывания, содержащие рекламу (*commercial speech*), и финансирование избирательных кампаний⁹⁰. Кроме того, метод взвешивания интересов уже больше не отождествляется автоматически с судебным невмешательством. В то время как в эпоху прогрессивизма те, кто поддерживали концепцию взвешивания интересов, ассоциировали ее с судебным невмешательством (всякое сопоставление конкурирующих ценностей, согласно этой точке зрения, должно быть прерогативой законодательной власти), сейчас такая ассоциация почти исчезла. Когда метод взвешивания аргументов используется как инструмент принятия судебных решений, оно обычно ассоциируется с судебным активизмом. Иными словами, это шаг в направлении сближения с тестом на пропорциональность, который ассоциировался с судебным активизмом всегда.

Несмотря на эти шаги, сделанные с обеих сторон в сторону сближения методов, мы все еще очень далеки от модели, в которой метод взвешивания интересов и тест на пропорциональность функционировали бы одинаково. Взвешивание интересов в Соединенных Штатах Америки, возможно, и получило некоторое признание как метод, позволяющий защищать права; однако это — все еще спорное и неоднозначное понятие, отчасти сохраняющее свою антиформалистическую направленность. Что еще более важно, против этого метода по-прежнему выдвигаются аргументы, согласно которым его использование равносильно узурпации судебной власти, поскольку оставляет судьям слишком большую свободу усмотрения в процессе принятия решений. В свою очередь, тест на пропорциональность занимает совсем иное место в системе европейского, и особенно немецкого конституционного права, чем метод

взвешивания интересов в Соединенных Штатах Америки. Он не вызывает такой настороженности со стороны правозащитников, как метод взвешивания аргументов, и, что даже более важно, завоевал статус ключевой и общепринятой доктрины, которой не приходится отстаивать свою легитимность. Несомненно, отчасти такое положение дел обусловлено историческими причинами.

Моше Козн-Элия — сотрудник Центра этических исследований Эдмонда Дж. Сафры в Гарвардском университете (2009–2010), старший преподаватель Академического центра права и бизнеса (Израиль).

mcohen@clb.ac.il

Иддо Порат — преподаватель Академического центра права и бизнеса (Израиль).

porat@clb.ac.il

Перевод с английского Д. Сичинавы

¹ См.: Choudhry S. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation // Indiana Law Journal. Vol. 74. 1999. No. 3. P. 819; Ackerman B. The Rise of World Constitutionalism // Virginia Law Review. Vol. 83. 1997. No. 4. P. 771–798; Henkin L. A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects // Cardozo Law Review. Vol. 14. 1993. No. 3–4. P. 533–549; Walker N. Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation // European Constitutionalism Beyond the State / Ed. by J. H. H. Weiler, M. Wind. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2003. P. 27.

² См.: Slaughter A.-M. Judicial Globalization // Virginia Journal of International Law. Vol. 40. 2000. No. 4. P. 1103–1124, 1116–1120; Slaughter A.-M. A Global Community of Courts // Harvard International Law Journal. Vol. 44. 2003. P. 191.

³ Weinrib L. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism // The Migration of Constitutional Ideals / Ed. by S. Choudhry. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2006. P. 84.

⁴ См.: Law D. Generic Constitutional Law // Minnesota Law Review. Vol. 89. 2005. No. 3. P. 652. Алек Стоун Сунт отмечает распространение

концепции пропорциональности во всех странах континентальной Европы, а также в Канаде, Израиле, Южно-Африканской Республике, Восточной Европе, Латинской Америке и в международных судах, таких как Европейский Суд по правам человека и Апелляционная комиссия ВТО. См.: Stone Sweet A., Mathews J. Proportionality, Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. No. 47. 2008. No. 1. P. 72–164 (http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=alec_stone_sweet).

⁵ Beatty D. The Ultimate Rule of Law. Oxford; New York: Oxford University Press, 2004. Подробную критику подхода Битти см. в работе: Jackson V. C. Being Proportional about Proportionality // Constitutional Commentary. Vol. 21. 2004. No. 3. P. 803–860.

⁶ См.: Printz v. United States, 521 U.S. 898, 921 п. 11 (1997). Судья Скалиа высказал по этому делу точку зрения, согласно которой «сравнительный анализ несвойствен задаче интерпретации конституции», а «наш федерализм — не европейский». Мнение о том, что подход Скалиа не отражает общего подхода Верховного суда США, см. в работе: Jackson V. C. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement // Harvard Law Review. Vol. 119. 2005. No. 1. P. 109. См. также две очень хорошие недавние работы о теории американской исключительности: American Exceptionalism and Human Rights / Ed. by M. Ignatieff. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2005; European and US Constitutionalism / Ed. by G. Nolte. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2005. P. 49. О сопротивлении Соединенных Штатов Америки применению теста на пропорциональность в конституционном праве из-за наличия у этой процедуры «темной стороны» («это подход, который налагает меньшие ограничения на политические ветви власти») см.: Jackson V. C. Being Proportional about Proportionality. P. 857; см. также: Fallon R. Strict Judicial Scrutiny // UCLA Law Review. Vol. 54. 2007. No. 5. P. 1267–1338, 1333.

⁷ См.: Schauer F. Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture // European and US Constitutionalism / Ed. by G. Nolte. P. 49–69, 68; Schauer F. The Exceptional First Amendment // American Exceptionalism and Human Rights / Ed. by M. Ignatieff. P. 29–56, 32.

- ⁸ См.: *Schauer F.* The Convergence of Rules and Standards // *New Zealand Law Review*. 2003. No. 3. P. 303. См. также ответ на эту работу Шауэра: *Evans S., Stone A.* Balancing and Proportionality: A Distinctive Ethics?: Draft for discussion at the VII World Congress of the International Association of Constitutional Law, Athens, June 2007. Рукопись этой работы была предоставлена авторам настоящей статьи.
- ⁹ О распространении концепции взвешивания интересов в американском конституционном праве см.: *Aleinikoff A.* Constitutional Law in the Age of Balancing // *Yale Law Journal*. Vol. 96. 1987. No. 5. P. 943–1005; см. также: *Fallon R.* Op. cit. P. 1306–1308, 1328 (в данной работе дело, решение по которому было принято с применением «режима строгого рассмотрения», подается как образец взвешивания интересов). Недавний пример применения метода взвешивания интересов в практике Верховного суда США см. в работе, посвященной применению взвешивания в делах по позитивной дискриминации: *Ayres I., Foster S.* Don't Tell, Don't Ask: Narrow Tailoring After *Grutter and Gratz* // *Texas Law Review*. Vol. 85. 2007. No. 3. P. 517.
- ¹⁰ Пример подобной дискуссии в научной литературе см.: *Frantz L. B.* The First Amendment in the Balance // *Yale Law Journal*. Vol. 71. 1962. No. 8. P. 1424–1450 (аргументация против применения метода взвешивания интересов в делах, касающихся Первой поправки); *Mendelson W.* The First Amendment and the Judicial Process: A Reply to Mr. Frantz // *Vanderbilt Law Review*. Vol. 17. 1964. P. 479 (аргументация в пользу его применения).
- ¹¹ *Fallon R.* Op. cit. P. 1307.
- ¹² См.: *Grimm D.* Proportionality in Canadian and German Constitutional Law Jurisprudence // *University of Toronto Law Journal*. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 383–397; *Barak A.* Proportional Effect: The Israeli Experience // *University of Toronto Law Journal*. Vol. 57. 2007. No. 2. P. 369–382.
- ¹³ См.: *Weinrib L.* The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. P. 85. Об односторонности (унилатерализме) американской традиции см.: *Rubinfeld J.* Commentary: Unilateralism and Constitutionalism // *New York University Law Review*. Vol. 79. 2004. No. 6. P. 1971.
- ¹⁴ В другой работе авторы настоящей статьи развивают культурологический подход, объясняющий разницу между американской концепцией взвешивания интересов и немецким принципом пропорциональности. См.: *Cohen-Eliya M., Porat I.* The Hidden Foreign Law Debate in Heller: Proportionality Approach in American Constitutional Law // *San Diego Law Review*. Vol. 46. 2009. No. 2. P. 367. В этой статье делается предположение о том, что попытка судьи Брайера ввести тест на пропорциональность в американское конституционное право может столкнуться с препятствиями, так как она пренебрегает разницей тех культурных значений, которые ассоциируются с принципом пропорциональности в Германии и методом взвешивания интересов в Соединенных Штатах Америки.
- ¹⁵ Литература о принципе пропорциональности очень обширна. Отметим несколько недавних теоретических и аналитических работ на эту тему: *Beatty D.* The Ultimate Rule of Law; *Jackson V. C.* Being Proportional about Proportionality; *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights. Oxford; New York: Oxford University Press, 2002; *Rivers J.* Proportionality and Variable Intensity of Review // *Cambridge Law Journal*. Vol. 65. 2006. No. 1. P. 174–207; *Kumm M.* What Do You Have in Virtue of a Constitutional Right? On the Place and Limits of the Proportionality Requirement // *Law, Rights, Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy* / Ed. by G. Pavlakos. Oxford; Portland, OR: Hart Publishing, 2007. P. 131–166; *Stone Sweet A., Mathews J.* Op. cit.; *Grimm D.* Op. cit.; *Barak A.* Op. cit.; *Lowell J., Lester A.* Proportionality: Neither Novel Nor Dangerous // *New Directions in Judicial Review* / Ed. by J. L. Jowell, D. Oliver. London: Stevens & Sons, 1988. P. 51–72.
- ¹⁶ H CJ 5016/96 Horev v. Minister of Transportation (http://elyon1.court.gov.il/files_eng/96/160/050/A01/96050160.a01.htm).
- ¹⁷ Определения процедуры взвешивания в конституционном праве Соединенных Штатов Америки см. в работе: *Aleinikoff A.* Op. cit. См. также: *Porat I.* The Dual Model of Balancing // *Cardozo Law Review*. Vol. 27. 2006. No. 3. P. 1393–1448; *Porat I.* On the Jehovah Witnesses Cases, Balancing Tests, Indirect Infringement of Rights and Multiculturalism: A Proposed Model for Three Kinds of Multicultural Claims // *Law and Ethics of Human Rights*. Vol. 1. 2007. No. 1. P. 429.
- ¹⁸ *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939).
- ¹⁹ Критику Верховного суда Канады за несоблюдение аналитических этапов теста на пропорциональность и за проведение неотработанной процедуры взвешивания интересов на стадии применения критерия необходимости см. в работе: *Grimm D.* Op. cit. P. 395; см. также: *Weinrib L.*

- The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. P.96 (в работе подчеркивается структурная и аналитическая сущность анализа на пропорциональность); *Beatty D.* The Ultimate Rule of Law. P.172 (в работе сделан акцент на нейтральных характеристиках пропорциональности). Роберт Алексис идет еще дальше: с его точки зрения, все три критерия теста на пропорциональность логически вытекают из концепции прав как принципов. См.: *Alexy R.* Op. cit. P.XXIX.
- ²⁰ См.: *Regan D.H.* Judicial Review of Member-State Regulation of Trade Within a Federal or Quasi-federal system: Protectionism and Balancing. Da Capo // *Michigan Law Review*. Vol.99. 2001. No.8. P.1853. Сноска 1 гласит: «В чистом виде ни “рациональный контроль”, ни “менее ограничивающий альтернативный анализ” не являются формой взвешивания в том смысле, в котором я использую это слово. Оба эти способа контроля исходят из того, есть ли какая-либо выгода от регулирования как такового или в противовес какой-либо альтернативе. И один из них не предусматривает сопоставления выгоды и убытков». Иногда утверждают, что судьи действительно занимаются взвешиванием интересов даже на стадии применения первых двух критериев. См.: *Grimm D.* Op. cit. P.395; *Davidov G.* Separating Minimal Impairment from Balancing: A Comment on R. v. Sharpe (B.C.C.A.) // *Review of Constitutional Studies*. Vol.5. 2000. No.2. P.195. Но постольку, поскольку взвешивание проникает в процедуру применения этих критериев, перед нами образец «контрабандного» привнесения третьего критерия в первые два.
- ²¹ См.: *Beatty D.* The Ultimate Rule of Law. P.110; *Rivers J.* Op. cit. P.198.
- ²² См.: Less Drastic Means and the First Amendment // *Yale Law Journal*. Vol.78. 1969. No.3. P.464–474, 468; *Struve G.M.* The Less Restrictive Alternative Principle and Economic Due Process // *Harvard Law Review*. Vol.80. 1967. No.7. P.1463–1488.
- ²³ Идеей этого примера авторы обязаны профессору Брюсу Чэпмену.
- ²⁴ См.: *Beatty D.* The Ultimate Rule of Law. P.169. Битти опирается на работу: *Luban D.* Incommensurable Values, Rational Choice and Moral Absolutes // *Cleveland State Law Review*. Vol.38. 1990. Nos. 1–2. P.65, 75. Он утверждает, что по делу Хорева Верховный суд Израиля в соответствии со здравым смыслом вынес решение, основанное на компромиссе.
- ²⁵ Описание пропорциональности как метода защиты прав человека см. в работах: *Weinrib L.* The Supreme Court of Canada and Section 1 of the Charter // *Supreme Court Review*. Vol.10. 1988. P.469; *Weinrib L.* Constitutional Conceptions and Constitutional Comparativism // *Defining the Field of Comparative Constitutional Law* / Ed. by V.C.Jackson, M.V.Tushnet. Westport, CT: Praeger Publishers, 2002; *Beatty D.* Constitutional Law in Theory and Practice. Toronto; Buffalo: University of Toronto Press, 1995.
- ²⁶ *Fallon R.* Op. cit. P.1306.
- ²⁷ R. v. Oakes, 1 S.C.R. 103 (1986).
- ²⁸ Строгий «тест», предложенный в решении по делу Оукса, весьма быстро был резко ослаблен в связи с делом R. v. Edward Books and Art [1986] 2 S.C.R. 713, 772, в решении по которому Верховный суд США признал логику правительства по поводу применения критерия необходимости. Очень хорошую трактовку ослабления теста по делу Оукса см. в работе: *Choudhry S.* So What is the Real Legacy of Oakes?: Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 // *Supreme Court Law Review*. (2d) Vol.34. 2006. P.501–535. См. также: *Dassios Ch.M., Prophet C.P.* Charter Section 1: The Decline of the Grand Unified Theory and the Trend towards Deference in the Supreme Court of Canada // *Advocates' Quarterly*. Vol.15. 1993. P.289, 291; *Elliot R.* The Supreme Court of Canada and Section 1 – The Erosion of the Common Front // *Queen's Law Journal*. Vol.12. 1987. P.277, 281; *La Forest G.* The Balancing of Interests under the Charter // *National Journal of Constitutional Law*. Vol.2. 1993. P.133; *Colker R.* Section 1, Contextuality and the Anti-Advantage Principle // *University of Toronto Law Journal*. Vol.42. 1992. P.77.
- ²⁹ *Ritter G.* Frederick The Great: A Historical Profile / Transl. with introduction by P.Paret. Berkeley: University of California Press, 1968. P.166.
- ³⁰ В оригинале ошибочно: «Фридрих Вильгельм III». В 1794 году царствовал Фридрих Вильгельм II, непосредственный преемник Фридриха Великого. — *Примеч. пер.*
- ³¹ *Stone Sweet A., Mathews J.* Op. cit. P.19.
- ³² Принцип правового государства не сводится к принципу верховенства права, несмотря на либерализирующие последствия обоих. Согласно англо-американской концепции естественных прав, мужчины и женщины имеют права еще до возникновения государства, в то время как германский принцип *Rechtsstaat* сильнее ориенти-

рован на государство. Так, Леонард Кригер в своей классической работе (*Krieger L. The German Idea of Freedom. Boston: Beacon Press, 1957*) утверждает, что правовое государство нельзя «определить как такое государство, которое разрешило человеку иметь права отдельно от себя. Теперь это просто такой тип государства, власть которого воплощается в правовых способах действия, то есть в тех мерах, которые соответствуют общим правилам» (Р.460). Кригер обрисовывает консервативную и даже авторитарную концепцию правового государства. О восприятии же государства в Германии не только как институционализированной гарантии защиты индивидуальных прав, но и как «отечества» (*Vaterland*) см.: *Rosenberg H. Politische Denkströmungen im deutschen Vormärz. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1972*.

³³ См.: *Ledford K.F. Formalizing the Rule of Law in Prussia: The Supreme Administrative Law Court (1876–1914) // Central European History. Vol. 37. 2004. No. 2. P. 203–224, 222*.

³⁴ См.: *Ibid. P. 210*.

³⁵ Компромиссом между бюрократами, поддерживавшими внутренний административный контроль, и либералами, предпочитавшими внешний судебный контроль администрации, стало создание системы административных судов, состоящих из равного количества юристов и бюрократов. См.: *Ibid. P. 212*.

³⁶ Раздел 127 «Закона о государственной администрации» (1883) прямо наделил Высший административный суд Пруссии полномочиями по пересмотру любого решения правительства после исчерпания всех административных апелляций.

³⁷ См.: *Hirschberg L. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Göttingen: Schwartz, 1981. P. 3*.

³⁸ См.: *Lidtkje V.L. The Outlawed Party: Social Democrats in Germany, 1878–1890. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1966. P. 241–262*.

³⁹ См.: *Ledford K.F. Op. cit. P. 220*.

⁴⁰ Цит. по: *Stone Sweet A., Mathews J. Op. cit. P. 17*.

⁴¹ *Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895. S. 267*.

⁴² См.: *Blackbourn D. The Discreet Charm of the Bourgeoisie: Reappraising German History in the Nineteenth Century // Blackbourn D., Eley G. The Peculiarities of German History: Bourgeois Society and Politics in Nineteenth-Century Germany. Oxford; New York: Oxford University Press, 1984. P. 159*. Автор этой работы отмечает, что

принцип правового государства был необходим для создания устойчивого общества среднего класса и способствовал капиталистической модернизации в Германии XIX века.

⁴³ Превосходный обзор радикальных формалистических характеристик германской правовой мысли в XIX веке см.: *Reimann M. Nineteenth-Century German Legal Science // Boston College Law Review. Vol. 31. 1990. P. 837–897*.

⁴⁴ Хотелось бы подчеркнуть: мы не утверждаем, что Высший административный суд Пруссии не опирался на то, что мы теперь называем принципом пропорциональности в узком смысле. Однако ясно, что риторика взвешивания интересов не преобладала в его решениях и что правовой анализ сосредоточивался, скорее, на эмпирических и логических связях между средствами и целями. Подробнее об этом см.: *Schwarze J. European Administrative Law. London: Sweet & Maxwell, 2006. Ch. V. C5*.

⁴⁵ Вебер рассматривал формальный рационализм практически как «брата-близнеца свободы», поскольку он предотвращает произвол в действиях правительства. См.: *Weber M. Diskussionsrede zu dem Vortrag von H. Kantorowicz Rechtswissenschaft und Soziologie // Weber M. Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik. Tübingen: Mohr, 1924. S. 477–481; частичный перевод на английский язык см.: Weimar: A Jurisprudence of Crisis / Ed. by A. J. Jacobson, B. Schlink. Berkeley, CA: University of California Press, 2000. P. 50, 53*. По схожим причинам Ганс Кельзен возражал против включения в немецкую конституцию билля о правах. Поскольку права формулируются не в окончательной жесткой форме, включение прав в конституцию дало бы судьям слишком большую свободу их интерпретации. См.: *Stone Sweet A., Mathews J. Op. cit. P. 16*.

⁴⁶ См.: *Reimann M.W. Free Law School // Encyclopedia of Law and Society: American and Global Perspectives / Ed. by D. S. Clark. Los Angeles: Sage Publications, 2007. Vol. 1. P. 605*. В этой работе показано, что движение «*Freirechtsschule*» не относилось к магистральному направлению немецкой юриспруденции.

⁴⁷ См.: *Reimann M.W. Nineteenth-Century German Legal Science. P. 876–883*.

⁴⁸ Вдумчивое сопоставление *Freirechtsschule* и американского реализма см. в работе: *Harget J., Wallace S. The German Free Law Movement as the Source for American Legal Realism // Virginia Law Review. Vol. 73. 1987. No. 2. P. 399–455*.

- ⁴⁹ См.: *Reimann M. W.* Free Law School. P.605.
- ⁵⁰ См.: *Kennedy D.* Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850–1940 // *Research in Law and Sociology*. Vol. 3. 1980. P.3; *Grey T. O.* Langdell's Orthodoxy // *University of Pittsburgh Law Review*. Vol. 45. 1983. P. 1–53, 50. Fn. 180. См. также: *Duxbury N.* Patterns of American Jurisprudence. New York: Oxford University Press, 1995. P. 10.
- ⁵¹ См.: *Grey T. C.* The New Formalism: Stanford Law School, Public Law and Legal Series, Working Paper No. 4. September 6, 1999. P.5 (<http://ssrn.com/abstract=200732>). См. также: *Pildes R.* Forms of Formalism // *University of Chicago Law Review*. Vol. 66. 1999. No. 3. P.607–621. В этой работе утверждается, что в соответствии с формалистической концепцией правильные ответы «выводятся из автономной, логической работы системы».
- ⁵² См.: *Grey T. C.* The New Formalism. См. также: *Horwitz M. J.* The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy. New York: Oxford University Press, 1992. P. 17–19, 198–199.
- ⁵³ См.: *Grey T. C.* The New Formalism. См. также: *Horwitz M. J.* Op. cit.
- ⁵⁴ См.: *Grey T. C.* The New Formalism. P.3–4.
- ⁵⁵ Холмс писал в связи с доктриной встречного предложения, определившей подход Лэнгделла к «праву почтового ящика»: «Доктрина встречного предложения носит чисто исторический характер... Встречное предложение — простая формальность. Полезна ли эта формальность? Если она полезна, то почему она не должна требоваться во всех договорах?.. Почему любому чисто историческое различию можно влиять на права и обязанности деловых людей?» (*Holmes O. W.* The Path of the Law // *Harvard Law Review*. Vol. 10. 1897. No. 8. P. 457, 465).
- ⁵⁶ *Holmes O. W.* Privilege, Malice, and Intent // *Collected Legal Papers*. New York : Harcourt, Brace and Co., 1920. P. 122.
- ⁵⁷ *Holmes O. W.* The Path of Law // *Collected Legal Papers*. P. 184.
- ⁵⁸ *Hudson County Water Co. v. McCarter*, 209 U.S. 349, 355 (1908).
- ⁵⁹ *Cardozo B.* The Nature of the Judicial Process. New Haven, CT: Yale University Press, 1921. P. 122.
- ⁶⁰ *Pound R.* A Survey of Social Interests // *Harvard Law Review*. Vol. 57. No. 1. P. 1–39, 4.
- ⁶¹ См.: *Summers R. S.* Instrumentalism and American Legal Theory. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1982.
- ⁶² Описание происхождения понятия права как арены взвешивания конфликтующих социальных интересов начиная с Огюста Конта и Рудольфа фон Йеринга см. в работе: *Kelly J. M.* A Short History of Western Legal Theory. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1992. P.330; см. также: *Harget J. E., Wallace S.* Op. cit.; ср.: *Friedrich C. J.* The Philosophy of Law in Historical Perspective. Chicago, IL: University of Chicago Press, 1963. P. 156–157. В последней работе утверждается, что прогрессивисты, приняв немецкую концепцию взвешивания интересов, изменили первоначальное содержание этого понятия.
- ⁶³ *Von Jhering R.* In the Heaven of Legal Concepts (transl.) // *Cohen M. R., Cohen F. S.* Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy. Boston, MA: Little, Brown, 1951. P.678–688.
- ⁶⁴ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- ⁶⁵ Ibid. P.53.
- ⁶⁶ Ibid.
- ⁶⁷ См.: *Horwitz M. J.* Op. cit. P. 10.
- ⁶⁸ См.: 198 U.S. P.75–76.
- ⁶⁹ См.: Ibid.
- ⁷⁰ *Pound R.* Op. cit.
- ⁷¹ *Arizona cooper co. v. Hammer*, 250 U.S. 400 (1919) (особое мнение судьи Маккенны).
- ⁷² *Pound R.* Op. cit. P.4.
- ⁷³ *Hudson County*, 209 U.S. 355.
- ⁷⁴ *Pound R.* Op. cit.
- ⁷⁵ *Stone H. F.* The Common Law in the United States // *Harvard Law Review*. Vol. 50. 1936. No. 1. P.4–26, 23–24.
- ⁷⁶ *Horwitz M. J.* Op. cit. P. 142.
- ⁷⁷ Общий обзор применения взвешивания в эпоху маккартизма и **возражения по поводу деятельности** Верховного суда США см. в работе: *Urofsky M. I.* Division and Discord: The Supreme Court under Stone and Vinson, 1941–1953. Columbia, SC: University of South Carolina Press, 1997. См. также: *Frantz L. B.* Op. cit.; *Mendelson W.* Op. cit.
- ⁷⁸ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).
- ⁷⁹ Ibid. P.524.
- ⁸⁰ Ibid. P.524–525.
- ⁸¹ Ibid. P.525–526.
- ⁸² Основными делами, связанными с этой дискуссией, стали: *American Communications Ass'n v. Douds*, 339 U.S. 382 (1950); *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 109 (1959); *Königsberg v. State*

- Bar, 366 U.S. 36 (1961); Communist Party of the United States v. Subversive Activities Control Bd., 367 U.S. 1 (1961).
- ⁸³ См.: *Horwitz M.J.* Op. cit. P.68: «В результате этой грубой ошибки процедура взвешивания интересов в тяжбах по гражданским свободам заслуженно приобрела плохую репутацию среди либеральных судей, и решения “суда Уоррена” полны **бурных заявлений о его неправомерности**»; *Ely J.H.* Flag Desecration: A Case Study in the Roles of Categorization and Balancing in First Amendment Analysis. Harvard Law Review. Vol. 88. 1975. No. 7. P.1482–1508, 1490–1491: «[Взвешивание интересов] едва ли было принято в “суде Уоррена” — по крайней мере, в его поздние годы. Во время [этого периода Верховный] суд [США] ясно выражал свое разочарование в концепции взвешивания интересов...».
- ⁸⁴ См.: 347 U.S. 483 (1954). См. также: *Aleini-koff A.* Op. cit. P.998. Автор этой работы утверждает, что основные конституционные дела «суда Уоррена» не были связаны со взвешиванием интересов. В связи с делом *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) он пишет: «**Разумеется...** на кону были конкурирующие интересы. Но [Верховный] суд [США], как и общество, основал свое решение не на взвешивании этих интересов, а на нетерпимости по отношению к расовой дискриминации».
- ⁸⁵ См., например, мнение председателя Верховного суда США Эрла Уоррена по делу *United States v. Robel*, 389 U.S. 258 (1968): «Предлагалось разрешить это дело путем “взвешивания” интересов правительства... по сравнению с правами, гарантируемыми Первой поправкой... Мы отказываемся это делать» (Ibid. P.268. п. 20).
- ⁸⁶ Интересно, что новый Федеральный конституционный суд Германии решил, что принцип пропорциональности является конституционным принципом, хотя в тексте Основного закона 1949 года формулировки, которые обосновали бы такое заключение. Федеральный конституционный суд Германии вывел принцип пропорциональности из другого конституционного принципа, а именно принципа правового государства (см. часть 2.1 настоящей статьи), но не останавливался подробно на связи между ними. Возможно, как предположил Дитер Гримм, потому, что Федеральный конституционный суд Германии не предвидел той важной роли, которую тест на пропорциональность будет в дальнейшем играть в конституционном праве Германии, и, как только его важность стала очевид-
- ной, он сразу стал считаться закрепленным в законе принципом, а его происхождение осталось невыясненным. См.: *Grimm D.* Op. cit. P.386.
- ⁸⁷ Например, Федеральный конституционный суд Германии считал, что, хотя право на художественное высказывание и свободу совести закреплены в Основном законе 1949 года в абсолютных формулировках, они могут быть ограничены в тех случаях, когда государство решает защитить иную конституционную ценность. См.: *Grundgesetz: Kommentar / M.Sachs* (Hrsg.). München: C.H.Beck, 1996. S.94, 96; *Grundgesetz: Kommentar / H.Dreier* (Hrsg.). Tübingen: Mohr Siebeck, 1996. S.83. См. также: решение Федерального конституционного суда Германии по делу о религиозной клятве (33 BverfGE 23 (1972)). Решение **частично переведено на английский язык**: *Kommers D.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd ed., rev. and expanded. Durham, NC: Duke University Press, 1997. P.453.
- ⁸⁸ Это главный аргумент, выдвинутый в работе: *Grimm D.* Op. cit. P.393–395. См. также: *Stone Sweet A., Mathews J.* Op. cit. P.97–98 (в этой работе отмечено, что европейские конституционные суды, в частности Федеральный конституционный суд Германии, регулярно прибегают к методу взвешивания интересов).
- ⁸⁹ Это связывали с фундаментальными изменениями в конституционном праве Германии — от процедурной модели демократии к субстантивной, с большой ролью активизма в этом процессе. См.: *Rubinfeld J.* Op. cit.; *Stone Sweet A., Mathews J.* Op. cit. Более того, вопреки почти навязчивой сосредоточенности американского конституционного права на антимажоритарной проблеме судебного контроля, мало кто в Германии станет утверждать, что участие Федерального конституционного суда Германии во взвешивании конкурирующих ценностей нелегитимно. Идеологическую (либертарианскую) критику практики Федерального конституционного суда Германии см. в работе: *Böckenförde E.W.* Grundrechte als Grundsatznormen // *Böckenförde E.W.* Staat, Verfassung, Demokratie. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. S.167. Критику с точки зрения юриспруденции см.: *Denninger E.* Freiheit — Wertordnung — Pflichtordnung: Zur Entwicklung der Grundrechtjudicatur des Bundesverfassungsgericht // *Juristenzeitung*. 30. Jg. 1975. S.545; *Goerlich H.* Wertordnung und Grundgesetz: Kritik einer Argumentationsfigur des Bundesverfas-

sungsgerichts. Baden-Baden: Nomos, 1973. S. 140; *Stern K.* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Bd. III. Hbd. 1: Allgemeine Lehren der Grundrechte. München: C. H. Beck, 1988. S. 913; *Zeidler W.* Grundrechte und Grundentscheidungen der Verfassung im Widerstreit // Deutschen Juristentages. No. 53. 1980. S. 133; *Schmitt C.* Die Tyrannei der Werte // Säkularisierung und Utopie. Erbacher Studien: Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag. Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz: Kohlhammer, 1967. S. 37, 45.

⁹⁰ В последние годы консервативные судьи Верховного суда США опирались на категорическую формулировку Первой поправки, чтобы отменить прогрессивистские законодательные шаги как неконституционные. Подробнее об этом см.: *Balkin J. M.* Some Realism about Pluralism: Legal Realist Approaches to the First Amendment // Duke Law Journal. 1990. No. 3. P. 375–430, 384; *Schauer F.* The Political Incidence of the Free Speech Principle // University of Colorado Law Review. Vol. 64. 1993. P. 935–956, 942.