

Революція з людським обличчям*

Брюс Акерман†

Є (щонайменше) чотири методи моделювання змін.

Перший апелює до «невидимої руки»: групи діячів, кожен з яких має на меті власні інтереси, взаємодіє з іншими, отримуючи на виході те, чого жоден з них особисто не бажав і не передбачав. Завдання полягає в тому, аби ретельно описати процеси «невидимої руки», які генерують цей неочікуваний результат – і оцінити його бажаність.

Другий метод спирається на «видиму руку» свідомих еліт. Будуючи модель елітарного проводу, дослідник прислуховується до дискусії серед еліт, аби встановити й критично осмислити спосіб, у який вони визначають цілі. Потім, перш ніж дати остаточну причинно-наслідкову та нормативну оцінку, він розглядає чинники, які сприяють або зводять нанівець зусилля еліт із формування соціальної реальності.¹

Третій метод вивчає звичаї громади. Від моделей елітарного проводу цей метод відрізняється акцентом на тому, як пересічні люди вирішують проблеми повсякденного життя, а від моделей «невидимої руки» – акцентом на свідомому запровадженні змін. У кожній сфері життя наявні схеми поведінки піддаються безперервному вогню критичних пересудів та випробувань, що нашоухується на палке засудження й екзистенційні страждання людей, глибоко прив'язаних до старих звичаїв. Під ударами цієї постійної діалектики реформування й консерватизму центральні норми належної поведінки потрохи змінюються. Аналітичне завдання – відслідкувати еволюцію звичаїв (які, звісно, можуть різнитися в різних субгромадах) і розглянути, як право може й повинно взаємодіяти з новими моделями поведінки – підтримуючи одні та опираючись іншим у динамічній взаємодії із громадським життям.

Насамкінець, існує можливість революційних перетворень. Вони також є свідомими, але не є продуктом ані елітарного проводу, ані адаптації громади. На історичній сцені панують масові рухи, які мобілізують людей в ім'я великих ідеалів, а еліти борються за право говорити від імені своїх мобілізованих співгромадян. Завдання дослідника полягає в тому, аби розглянути, яким чином ці рухи досягають успіху або зазнають невдачі у трансформації засад політико-правової системи, а також оцінити легітимність таких зусиль.

Йдеться про ідеальні моделі. Адекватний причинно-наслідковий аналіз часто спирається на всі чотири моделі, як і на продумані спроби нормативної оцінки. Але оскільки люди є вельми недосконалими істотами, то їхнє розуміння є вибіркоvim, з надмірним наголосом на тій чи іншій комбінації моделей. У конституційному праві наголос зроблено на моделі елітарного проводу, а існування еволюції звичаїв і дії «невидимої руки» щонайбільше ввічливо визнається. Навіть незважаючи на проведення таких досліджень цей проект сприйняли виключно в елітарному ключі.

* Ця робота Брюса Акермана є внеском до симпозіуму «Моменти зміни: трансформація в американському конституціоналізмі» – збірнику статей різних авторів, опублікованих у журналі *The Yale Law Journal* (Vol. 108, No. 8, Jun., 1999). До перекладу не увійшов останній розділ, присвячений імпічменту Білла Клінтона, як такий, що втратив актуальність із часу написання. (Прим. перекл.).

† Стерлінгський професор права й політології Єльського університету.

¹ Екстремальним випадком елітарного проводу є застосування грубої сили військовими або таємною поліцією. Але навіть у цьому випадку терористичні цілі еліт часто відхиляються ледь помітними формами народного опору. Див. JAMES SCOTT, DOMINATION AND THE ARTS OF RESISTANCE: HIDDEN TRANSCRIPTS (1990).

Не приділивши належної уваги конституційним тлумаченням політичних і громадських лідерів, науковці безкінечно занурюються в думки дев'яти чоловіків і жінок, що засідають у Верховному суді.

Усі ключові нормативні та емпіричні питання ставилися з позиції цієї невеликої групи: чи повинні члени Верховного суду намагатися удосконалювати засадничі принципи людської гідності, максимізувати загальний добробут, тлумачити й так зрозумілий смисл тексту, чи задовольнитися винесенням рішень у дуже специфічних і контекстуалізованих справах? Наскільки уся ця елітарна структура не відповідає демократичному духу Америки? Чи справді судді впливають на суспільну реальність так сильно, як вони це собі уявляють?

Ця зосередженість на Верховному суді не є неминуchoю, і її домінування було предметом безкінечної критики² – зовсім недавно з боку прибічників «невидимої руки», які не можуть збагнути, як так сталося, що конституційне право, ця цариця юридичних наук, уникнула їхньої залізної хватки?³ Моя праця «Ми, Народ»⁴ долучається до цього критичного хору, але співає іншу пісню. Ця книга має на меті поставити революційний досвід американського народу в центр конституційної думки. Я не заперечую, що ми можемо багато чого дізнатися з міркувань судової еліти, еволюції звичаїв суспільства та роботи «невидимої руки». Але тільки якщо ми не відокремлюватимемо ці сили від безперервних зусиль американського народу, спрямованих на мобілізацію колективної енергії для революційного перетворення засад свого Союзу.

XX століття не було люб'язним до моєї пропозиції. На рівні народної свідомості американську революційну традицію було піддано сумніву епохальними історичними подіями, найкритичніша з яких – захоплення влади більшовиками в 1917 р. Тимчасом як революція з-за кордону хвиля за хвилею била по американських інтересах та ідеалах, багато хто почав сумніватися, чи була наша «революція» чимось справжнім. Може, марксисти й фашисти мали рацію, стверджуючи, що істинними були саме їхні революції?

Це запитання ознаменувало великий зсув порівняно з XIX століттям, коли Америка пишалась собою як революційною гаванню прихистку від декадентських імперій Англії та Європи. Утім, з плином часу у XX столітті, тільки дурень міг би заперечувати, що Америка тіснила Англію з позиції великої держави, яка захищає статус-кво так званого Вільного Світу від сил революційних змін. Ми справді були тим самим Народом, який переміг у першій великій колоніальній революції сучасності?

Академічна спільнота мала сумніви щодо цього. Починаючи від Бірда й Даннінга, професійні історики з'їли зуби на розвінчанні революційних претензій федералістів-засновників і реконструкціоністів-республіканців. Те саме, хоча тонкіше, робили покоління політологів. Магістраль їхніх наукових розвідок пересунулася від плюралізму до біхевіоризму й далі до суспільного вибору, але систематично уникала один пункт призначення: тривкий зв'язок з революційними витоками Америки. І те саме робили філософи, які приділяли головну увагу правам особистості, а не народному суверенітету.

Та, може, настав час для переоцінки? Починаючи з 1989 р., ми дедалі більше усвідомлюємо, що «революція» – складна ідея, яка вимагає значної інтелектуальної розбірливості. Скептицизм запевне є доречним, коли ми чуємо новини про якийсь великий переворот в іноземній країні – цілком можливо, що пишні обіцянки революційного прориву стануть предметом глузування в наступні роки через сумне повернення до бюрократичної тиранії. Утім, ми вже не вважаємо, що всі революційні сценарії написані в Москві. Натомість вони можуть вести до справжнього відродження свободи. Революційними героями нашого часу є Нельсон Мандела, Вацлав Гавел і Лех Валенса – попри всю

² Нещодавній приклад, вартий уваги – див. GERALD N. ROSENBERG, THE HOLLOW HOPE: CAN COURTS BRING ABOUT SOCIAL CHANGE? 9-10 (1991).

³ Див., напр., Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N.Y.U. L. REV. 1 (1998).

⁴ 2 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998).

свою людську недосконалість, вони без сумніву є політичними діячами нашої доби, що найбільше надихають.

І цей збірник по-своєму просуває схожу ідею. Волтер Дін Бернем, наприклад, пропонує політичну науку, яка в цілому підтверджує мій погляд на американську конституційну історію як на низку «дискретних рівноважних станів».⁵ Історики в багатьох доповідях намагаються більшою мірою збагатити мій виклад ключових фактів, ніж спростувати їх. Декілька провокативних статей виходять за межі Заснування, Реконструкції та Нового курсу і розглядають модель революційних змін, розроблену в «Трансформаціях»*, у світлі інших епох американської історії та подій за кордоном.

Почну з деяких базових ідей. Якщо ми збираємося відновити центральне становище революційного досвіду в американському праві, нам слід прояснити значення цього терміну, який дуже постраждав від зловживання. Тому перша частина має на меті виправити цю ситуацію; у цій частині я намагаюся виокремити концепцію «революції з людським обличчям», якою послуговуватимуся, з тоталітарних прагнень ХХ століття та встановити зв'язок цієї концепції з виразною формою американської конституційної практики – я називаю її неконвенціональною адаптацією – яка перебуває в центрі уваги «Трансформацій». Потреба в концептуальному проясненні стала для мене очевидною, коли я читав відмінні доповіді, подані до цього збірника. Коментатори часто робили вагомі зауваження, з якими я цілковито погоджувався – але іноді я з подивом дізнавався, що при цьому вони вважали, що підважують, а не підтверджують мій основний аргумент. Я дійшов висновку, що так могло статися лише тому, що мені не вдалося достатньо чітко викласти свої засадничі ідеї.

У будь-якому разі, моя концептуальна вправа у першій частині допоможе виразно розгорнути конкретне обговорення Заснування, Реконструкції та Нового курсу в другій, третій і четвертій частинах: наскільки критичні думки авторів збірника підтверджують, а не заперечують центральне місце «революції з людським обличчям» в американському досвіді? Наскільки вони репрезентують справжню історичну незгоду з моєю інтерпретацією подій?

П'ята частина завершується деякими міркуваннями щодо зв'язку між конституційною теорією та юридичною практикою. Чи буде помилкою сподіватися, що ревізійні звіт, представлений у «Трансформаціях», може зрештою змінити те, як конституційне право насправді практикують у цій країні? Як засобом для пошуку відповідей на ці запитання я скористаюся нещодавнім імпічментом Клінтона.

I. ПРАВО І РЕВОЛЮЦІЯ

Сильний вплив на мене справило есе Ганни Арендт «Про революцію».⁶ Як вона зазначає, класична грецька думка послідовно негативно ставиться до ідеї раптових змін. Утім, послідовники Мойсея, Ісуса та Магомета мали іншу ідею. Семітські релігії розуміли цих лідерів як таких, що несуть у цей світ щось істинно нове – правду, яка поділяє час на До і Після та вимагає від усіх правовірних революціонізувати свої дотихчасові переконання й практики. Всупереч поглядам Платона й Аристотеля, розрив у часі проголошував новий початок для людства.

Революції стали більш світськими завдяки американському та французькому досвіду XVIII століття. Хоча буде помилкою ігнорувати релігійне відродження як сучасну силу, наголос було зроблено переважно на революційних можливостях змін, здійснених людиною – і той, хто говорив від імені «нас, Народу», претендував на право здійснити прорив у політичному значенні цього слова шляхом побудови нового конституційного ладу. Ця ідея, щойно вона вирвалася на волю, стала однією з

⁵ Див. Walter Dean Buruham, *Constitutional Moments and Punctuated Equilibria: A Political Scientist Confronts Bruce Ackerman's We the People*, 108 YALE L.J. 2237, 2237(1999).

* Назва другого тому трилогії Брюса Акермана «Ми, Народ». (Прим. перекл.)

⁶ HANNAH ARENDT, ON REVOLUTION (1963).

найбільших статей експорту сучасного Заходу, породжуючи безліч зловживань і досягнень як у світі ідей, так і у звичайному житті.⁷

Моя мета – очистити революційну ідею від тоталітарних надмірностей XX століття. Для більшовиків і фашистів сутність «революції» полягала в насильстві, а її мета – аж ніяк не менш ніж тотальна трансформація всіх сфер життя. Але це тоталізоване звеличення насильства абсолютно спотворює виразні риси американської революційної традиції. Якщо ми хочемо повернути собі ідею революції для серйозного аналізу, ми маємо зменшити її масштаб до людських вимірів, надавши їй людське обличчя, але не знищуючи її виразного характеру.

А. Деякі означення

Назвемо це *революцією з людським обличчям* та означимо її як свідоме зусилля мобілізувати відповідну спільноту, аби відкинути поточні панівні переконання й практики в тій чи іншій сфері життя. Такі революції досягають успіху, коли фундаментально реорганізують панівні переконання й практики протягом відносно короткого періоду часу. Радикальна реорганізація в одній сфері може (хоча це не обов'язково) вести до аналогічних перетворень в інших сферах.

1. Самосвідомість

Моє означення відводить самосвідомості почесне місце. Не можна бути революціонером, якщо не представляти себе носієм певної великої і такої жаданої істини, яка вимагає розриву з поточними панівними ідеями й практиками. Загалом кажучи, революційні реформатори можуть розповідати собі три види історій для виправдання своїх претензій. Перша з них зорієнтована на майбутнє: якщо тільки Народ поверне собі контроль над своїм урядом, він підштовхне історичний процес до нової стадії та започаткує нову еру людського розвитку. Друга історія посиляється на певні позачасові засади легітимності, які можна досягнути за допомогою чистого світла розуму (та/або одкровення). Ми більше не можемо мирно співіснувати з монархією чи рабством, бідністю, упередженістю, коли ці умови порушують принципи справедливості та можуть бути – або мали б бути – раціонально очевидними будь-якій розумній людській істоті. Будь-яка людина із самоповагою не може погодитись на щось менше, ніж різкий розрив з несправедливістю, глибоко вкоріненою в статус-кво. Третя історія кидає погляд у минуле, в золоті часи – давним давно був час, коли американці були на правильному шляху, але потім вони застрягли в болоті корупції та несправедливості. Нам би тільки повернути стару істину, і ми зможемо порвати з нещодавнім минулим і відродити Золоту добу.⁸

Ці революційні способи самопрезентації контрастують з іншим знайомим типом: *еволюціоністським*, який заперечує, що робить щось нове, і скромно описує себе як такий, що пропонує кілька

⁷ Я розвиваю цю тему детальніше в BRUCE ACKERMAN, THE FUTURE OF LIBERAL REVOLUTION 5-24 (1992).

⁸ Професор Бенедикт проникливо коментує видатне місце, яке займає ця тема «золотої доби» а англо-американському конституціоналізмі, але ставиться до цього так, наче це не відповідає моїм ідеям революції з людським обличчям. Див. Michael Les Benedict, *Constitutional History and Constitutional Theory: Reflections on Ackerman, Reconstruction, and the Transformation of the American Constitution*, 108 YALE L.J. 2011, 2032-34 (1999). Навпаки, оскільки наявний режим розуміють як такий, що репрезентує занепад порівняно з гіпотетичною «золотою добою», міф про золоту добу може з легкістю служити мотивуючою силою для революційного прориву. Див. ARENDT, виноска 6 вище, сс. 34–40.

Революційні апологети «золотої доби» різко контрастують із жанром марксизму – який виходить із *майбутньої* утопії, якої можна досягнути революційним втручанням в історичний процес. Але це аніскільки не робить «золотодобізм» менш потужною формою революційної ідеології. Припустити протилежне означає припустити, що марксистські «революції» є єдиними, вартими цієї назви.

Одна з моїх головних цілей – дезавувати це уявлення. Лише поверненням собі ідеї революції, забравши її в марксизму, ми зможемо з користю розгорнути її для дослідження американського конституційного розвитку – в якому безкомпромісні марксистки якщо й грали якусь роль, то незначну. Хоча зміст кожного із трьох революційних сюжетів, а також їхня відносна важливість змінюється під час Заснування, Реконструкції та Нового курсу, усі вони можуть слугувати для обґрунтування революційної вимоги: Ми, народ, маємо порвати з певними засадничими принципами нещодавнього минулого, якщо вони стоять на заваді американській мрії.

невеличких змін до статус-кво. Звісно, і революціоністи, і еволюціоністи можуть себе обманювати: «скромна зміна» останніх може зрештою призвести до набагато більших наслідків у реальному світі, ніж «велике зречення» перших. Але це лише свідчить про наявність великої кількості різноманітних способів змінити світ – включно з тими, що описані моделями елітарного проводу, еволюції звичаїв і невидимої руки. І це не є свідченням, що революціоністи незмінно безуспішні.

Немає сумніву, що невдача дійсно є найпоширенішим революційним результатом – невелика група правовірних гірко проживає своє життя на маргінесі суспільства, байдужого до їхніх ідей. Але конституційна політика, як я її розумію, виникає тоді, коли такий рух починає торувати шлях серед пересічних американців – які, цілком передбачувано, не приймуть чи відкинуть революційні пропозиції цього руху без надто пристрасних дебатів і тривожних коливань.

Протягом цього періоду насильство не є тим, що робить процес «революційним». Таким його робить та смілива впевненість, з якою агенти змін описують себе як людей, що замінюють старий порядок новим, який зрікається центральних елементів статус-кво. Звісно, цей спосіб самопрезентації може спричинити насильство – ті, хто багато вклав у старий режим можуть із жахом реагувати на те, що вони сприймають як революційне божевілля. Коли обидві сторони мобілізували свої сили, кожній з них дуже легко демонізувати іншу, розкручуючи ескалацію недоброзичливості, яка, якщо її не стримати, може призвести до катастрофи.

Ось чому так важливо досліджувати конституціоналізм: як попередні інституції спрямовують бурхливу дискусію, якщо взагалі роблять це? Конституція забезпечує опонентів спільною мовою, якою вони можуть скористатися, щоб визначити критичні питання так, аби це було зрозуміло *обом* сторонам, чи вона дезорганізує дебати, залишаючи сторонам лише боротьбу наосліп? Вона пропонує процедури вирішення критичних питань, прийнятні (хоча б мінімально) для обох сторін, чи просто дає дозвіл одній розчавити іншу? Зрештою, чи конституційний лад мотивує сторону, яка програла, визнати, що *Народ сказав своє слово*, яку б відразу вона не мала до цього результату?

Можливо, так. Можливо, ні. Я ось що хочу сказати: «конституційна революція» – не оксиморон, а серйозна можливість, яка має всі підстави для історичних розвідок в Америці й деінде.

2. Ефективність

Самої лише самосвідомості для революції недостатньо. Рух мусить досягти реального успіху в засадничій реорганізації тієї чи іншої сфери суспільного життя. Назвемо це потребою в ефективності, що порушує деякі очевидні питання: наскільки *значними* мають бути досягнуті зміни до того, як успішну реорганізацію вважатимуть «революційною»? Наскільки *великою* «сфера суспільного життя»?

Повторюю, деякі погані тоталітарні ідеї можуть заважати змістовним відповідям. Знайомі нам типи фашистів, марксистів, а пізніше – ісламістів та інших релігійних ривайвелістів не задовольняються нічим меншим за тотальну революцію. Жодна революція, варта цієї назви, не може припинитися, поки всі сфери життя радикально не трансформовано: не тільки політика та економіка, але й буржуазна сім'я і навіть «буржуазна наука» мають бути розгромлені у світлі великої революційної правди.

Це – божевільна ідея. Лише Бог міг би так перетворити світ; будь-якій групі людських істот годі й замахуватися на такий радикальний розрив з минулим – і спроба це зробити перетворить їх на монстрів. Якщо ми наполягаємо на тотальній революції, жодна трансформація в реальному світі не здаватиметься достатньо революційною – так само, як і правильною.

Консерватори хотіли б, аби ми прийняли цю безглузду ідею тотальної революції, оскільки вона дозволяє легше переконувати всіх адекватних людей зосередитися лише на еволюційних змінах. Але якщо ми бажаємо визволити цю ідею з її тоталітарних ексцесів, ми мусимо йти іншим шляхом: мусимо відкрито наполягати на тому, що всі революційні зміни є та мають бути частковими, і нам

потрібно формувати критерії революційного досягнення, маючи це на увазі. Наприклад, я би не заперечував проти застосування терміну «революційні» до трансформацій, викарбуваних Альбертом Ейнштейном, хай навіть його теорія відносності впливає безпосередньо лише на відносно невеликий сектор суспільного життя, який складають фахові фізики. Достатньо того, що Ейнштейн зі своїми однодумцями свідомо намагались відкинути вкорінені парадигми наукової думки та практики, і за відносно короткий час їм удалося трансформувати те, як їхні колеги розуміли себе. Навіть сімдесят п'ять років по тому ця велика наукова трансформація так і не справила глибокого впливу на сприйняття часу й простору пересічними людьми: $E=mc^2$ залишається таємничою формулою для переважної більшості. Але через це ми не маємо відмовляти Ейнштейну в тому, що він був революціонером у своїй обмеженій, але важливій царині думки та діяльності.

Те саме справедливо й для конституційних революцій, досягнутих американцями в часи Заснування, Реконструкції та Нового курсу. Жодна з них не вела до тотальної зміни домінуючих принципів і практик політичного життя Америки, не кажучи вже про повну трансформацію економіки, сім'ї, релігії чи чого там іще. Попри відхід Засновників від Статей Конфедерації, їхня нова Конституція мала багато схожого з попереднім режимом, і за якихось дванадцять років перемога Томаса Джефферсона на президентських виборах почала рухати американський конституційний розвиток шляхом дедалі більшого глузування зі сподівань Засновників на сильний, якщо й обмежений, національний уряд.⁹ Схожа доля чекала й на радикальних республіканців: шістнадцять років панування – і поступовий відхід від своїх ключових прагнень. Порівняно зі своїми попередниками, революція Нового курсу продемонструвала більшу витривалість – лише сьогодні деякі з її засадничих положень піддають сумніву самозвані революціонери на кшталт Ньюта Гінґріча, і жодне з них поки фундаментально не переглянуто.¹⁰ Але, як і в разі Заснування й Реконструкції, Новий курс не мав на меті нічого схожого на тотальну революцію.

Менше з тим, як це притаманно розумінню простими смертними, швидкі зсуви, що сталися протягом цих трьох періодів – від конфедерації до федерального союзу, від рабства до свободи, від обмеження повноважень уряду до держави загального добробуту, що активно втручається в ринок – репрезентують швидкі й болісні зміни. Назвемо їх революційними реформами.

3. Швидкість

Наскільки швидкою має бути зміна, аби вважатися революційною? Ось уявний експеримент. Уявіть, що ви можете подорожувати на машині часу назад до будь-якого року з 1776-го. Ви виходите з машини, аби поговорити із вдумливим конституційним правником того часу. Ви просите його зазирнути на десять років уперед і поміркувати над імовірними шляхами розвитку конституційного

⁹ Деякі із цих змін згадуються в есе Джоан Фрімен у цьому збірнику. Див. Joanne B. Freeman, *The Election of 1800: A Study in the Logic of Political Change*, 108 YALE L.J. 1959, 1989-93 (1999). Детальніше конституційний смисл Джефферсонівської революції я обговорюю у своїй книзі, що незабаром вийде, «Коріння президентського правління», тези в якій загалом узгоджуються з викладом Фрімен. BRUCE ACKERMAN, *THE ROOTS OF PRESIDENTIALISM* (вихід у 2001 р.) (рукопис у файлі автора).

¹⁰ Я погоджуюся зі скепсисом професора Бенедикта щодо твердження Девіда Ківіґа, буцімто зміни до Конституції, внесені згідно з процедурою п'ятої статті, є неодмінно тривкішими, ніж внесені іншими способами. Див. Benedict, виноска 8 вище, сс. 2026-28 (щодо DAVID E. KYVIG, *EXPLICIT AND AUTHENTIC ACTS: AMENDING THE U.S. CONSTITUTION, 1776-1995* (1996)). З наближенням 2000 року ми сягаємо 60-го року ери Нового курсу й можемо порівняти його витривалість із порівнянню революцією в расових відносинах, яку республіканці спробували здійснити в 1860-х роках. Якщо подивитись на ту революцію 60 років по тому й розглянути її долю в 1920-х, здається очевидним, що перетворення у сфері повноважень національного уряду Новим курсом залишаються набагато краще закріпленими в 2000 році, ніж була революція Реконструкції в расових відносинах в 1920-му. Разом з тим, республіканцям вдалося спакувати свою правову революцію у формі поправок, внесених у порядку, передбаченому ст. V Конституції, а демократам – ні. Стисло кажучи, ми мусимо дослідити тривалість різних конституційних рішень як серйозне питання без допомоги формалістських забобонів, які обумовлюють міцний зв'язок між п'ятою статтею і високою довговічністю. Щодо подальшого обговорення див. Bruce Ackerman, *A Generation of Betrayal?*, 65 FORDHAM L. REV. 1519 (1997).

права, якщо воно піде еволюційним курсом невеликих окремих кроків. Потім переміститься на десять років уперед і подивиться, чи справді наявні доктрини залишаються в цій еволюційній оболонці можливого. Якщо так, ви стали свідком десятиліття нормального еволюційного розвитку; але якщо вони вийшли далеко за її межі на багатьох доктринальних фронтах, то відбулась правова революція з людським обличчям. Назвемо це «десятирічним» тестом.

Для поточних цілей буде достатньо, якщо ви у своїй машині часу вирушите до 1781, 1860 і 1932 років. У 1781 р. наш конституціоналіст запевне багато говорив би про шанси досягти одностайної згоди усіх штатів на федеральний акциз у п'ять відсотків на весь імпорт; у 1860 р. – про можливість скасування Конгресом рабства на всіх територіях федерального підпорядкування; у 1932 – про те, якою мірою надзвичайна економічна ситуація може посилити обмежені повноваження федерального уряду щодо регулювання економіки.

Тепер переїжджаємо на десять років уперед і дивимось, наскільки далеко панівна конституційна доктрина вийшла за межі еволюційної оболонки можливого. Наш гіпотетичний конституціоналіст попереднього десятиліття з приголомшенням дізнався би про величезне розширення федеральної влади, якою уряд користувався в 1791 р., або про конституційні права, гарантовані колишнім чорним рабам у 1870 р., або про широкі повноваження щодо регулювання економіки, якими наділений федеральний уряд у 1942 р. Без драматичних успіхів конституційної політики в попередні десятиліття нормальний процес правової еволюції ніколи б не досягнув таких великих результатів за такий короткий період.

І навпаки, багато інших десятиліть не вилилися в революцію з людським обличчям. Конституційне право в 1999 р., загалом кажучи, надійно перебуває в оболонці можливого з погляду 1989 року, і таке ж співвідношення є вірним між 1989 і 1979 роками. Побачимо, що станеться між 1999-м і 2009-м, але я ставлю на продовження еволюції.

Цей десятирічний тест знаходить середину між двома крайнощами. З одного боку, він спростовує ідею, що болісна зміна має статися раптово й одразу. Ця формула – для Другого пришествя, а не революцій з людським обличчям. З іншого боку, він відокремлює революційну реформу від пересічної еволюції. Справді великі конституційні зміни, загалом, не стаються за такий короткий час, якщо багато людей не націляться на якісь великі ідеї і не будуть важко й наполегливо працювати над втіленням їх у життя (хоча, звісно, фактичні результати можуть бути далекими від мрій активістів). На відміну від цього, коли еволюційні процеси ведуть до великих змін, результат, як правило, досягається в довгостроковій перспективі. Наприклад, дивлячись десь із 2030 року в дев'яності, можливо, хтось побачить у рішенні, прийнятому п'ятьма голосами членів Верховного суду проти чотирьох у справі Лопеса,¹¹ початок величезного нового розвитку права федералізму*; аналогічно, мовчазна згода Президента Клінтона на «реформу соціального забезпечення» може виглядати із далекого майбутнього як початок кінця всієї держави загального добробуту, запровадженої Новим курсом.¹² Але, знов-таки, можна й не побачити цього – справа Лопеса може піти шляхом справи Національної ліги міст¹³; соціальне забезпечення може бути знову реформоване після наступного економічного спаду, і в зовсім іншому напрямку.

¹¹ *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

* У справі *United States v. Lopez* Верховний суд США визнав неконституційним федеральний закон, який забороняв носити зброю в межах шкільного подвір'я, оскільки дійшов висновку, що Конгрес вийшов за межі повноважень, якими наділені федеральні органи влади. Тим самим ВС перервав довгу традицію збільшення повноважень федерального уряду коштом компетенції окремих штатів внаслідок судових рішень. (Прим. перекл.)

¹² Див. *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996*, Pub. L. No. 104-193, 110 Stat. 2105 (має бути кодифікований зі змінами в окремих розділах титулу 42 Кодексу США).

¹³ *National League of Cities v. Usery*, 426 U.S. 833 (1976) – це рішення було подолано рішенням у справі *Garcia v. San Antonio Metro. Transit Auth.*, 469 U.S. 528 (1985).

4. *Справа-прецедент: революція Гінґріча*

Зрозуміло лише одне: якщо відмова від конституціоналізму Нового курсу відбудеться в наступному десятилітті, це станеться за більш революційним сценарієм. Професор Бернем висуває гіпотезу, що ми можемо стояти на порозі успішної широкомасштабної республіканської революції.¹⁴ Я залишаюся при своїх сумнівах, але припустимо, що він має рацію. Уявімо, наприклад, що невдача республіканців з імпічментом Білла Клінтона не веде до електоральної катастрофи, упевнено передбаченої знавцями істеблішменту, а зрештою призводить до такого народного збурення, про яке мріють Кеннет Старр і Генрі Гайд. На вітиху республіканським правим опитування починають виявляти, що виборці реагують – хай із запізненням – на триваючу кампанію проти Білла Клінтона та морального загнивання, з яким він асоціюється. З наближенням нового тисячоліття стає дедалі зрозуміліше, що громадська думка загалом і республіканські виборці зокрема повертаються спиною до старих поміркованих, як-от Джордж Буш-молодший, і жадають лідера, який приведе культурну війну до успішного консервативного завершення. Відчуваючи слушний момент, Ньют Гінґріч повертається з політичної периферії та отримує приголомшливу перемогу на президентських праймериз із допомогою фонду в п'ятдесят мільйонів доларів, зібраних від його багатих шанувальників.

Попри крики обурення з боку часопису *The New York Review of Books*, Гінґріч крокує далі до безумовного тріумфу проти приголомшеного Ела Ґора і веде республіканців до перемоги в Конгресі. Такий розвиток набирає обертів у 2002 р., і коли Гінґріч з розгромним рахунком перемагає на президентських виборах 2004 р., представництво республіканців в обох палатах сягає рівнів Нового курсу – в Сенаті залишається менше двадцяти демократів, і в Палаті представників – менше 100.

Ця ескалація перемог своєю чергою призводить до кардинальної зміни в характері призначень до Верховного суду – замість політичних нулів, як Девід Саутер, і компромісних поміркованих, як Стівен Бреер, Президент Гінґріч висуває безкомпромісних ідеологів типу Річарда Епштейна, і легко виграє їх затвердження в Сенаті. (Справді, до цього моменту підкреслено лібертаріанські переконання Епштейна можуть здаватися «поміркованими» порівняно з більш моралістичними й авторитарними принципами, які сповідує нова хвиля конституціоналістів.) Із набуттям фракції Антоніна Скалії більшості у Верховному суді його новий голова Кларенс Томас починає оголошувати майже одностайно ухвалені висновки, відправляючи сутнісні засади конституціоналізму Нового курсу на смітник історії. До 2009 р. справа Лопеса¹⁵ здаватиметься першим пострілом у могутній революції – хоча певна доктринальна тяглість збережеться попри величезне креативне нищення.

М'яко кажучи, ця фантазія не є моєю мрією. Але одне з найважливіших завдань теорії конституціоналізму полягає в тому, аби пробудити правничу еліту від її догматичного сну – і розглянути можливість того, що Народ ще може віддати їм новий наказ про похід до нової епохи. Справді, якщо «Трансформації» мають рацію, мій гіпотетичний сценарій призведе до відмови від Нового курсу завдяки тій самій моделі президентського лідерства, яка породила конституціоналізм Нового курсу.

Оцініть іронію — і я не розумів її, коли, як повідомляє професор Левінсон,¹⁶ записався добровольцем до армії правників, які захищали Президента Клінтона у баталіях, що точились навколо його імпічменту. Мені було зрозуміло, що успіх кампанії з усунення Президента цілком міг би слугувати прелюдією до мого страхітливого сценарію. Припустимо, наприклад, що кампанія республіканців щодо імпічменту не призвела б до відступу на листопадових виборах, але принесла вражаючі здобутки і в Палаті представників, і в Сенаті. З відкриттям процесу імпічменту в січні опитування громадської думки показали, що популярність Клінтона різко впала до найнижчих показників

¹⁴ Див. вище Burnham, виноска 5, с. 2269.

¹⁵ 514 U.S. at 549.

¹⁶ Див. Sanford Levinson, *Transitions*, 108 YALE L.J. 2215, 2233-36 (1999). Більш розгорнуте обговорення питань, порушених імпічментом Клінтона, див. у п'ятій частині (не входить до цього перекладу. – Перекладач).

Ніксона, змушуючи рештки демократів у Сенаті зайнятися тривожними критичними самокопаннями. Попри їхню гіпотетичну поразку в листопаді 1998 р., лишалося ще достатньо тих, хто захищав президента. Але, враховуючи рівень народної відрази до його історії з Левінські, чи не втратив Президент моральний авторитет як лідер? Чи не було в найкращих інтересах нації та партії усунути Президента за перешкоджання правосуддю?

Під оплески моральної більшості сенатори-демократи почали залишати Президента й голосувати за його засудження, що вело до безпрецедентного усунення Президента Клінтона з посади. Саме тоді, коли нація відсахнулася від демонстрації моралі зразка 1960-х у справі Левінські, хіба в когось є сумніви, що переможний спікер Гінґріч був би чільним кандидатом на президентство у 2000 році?

Утім, так не сталося. Використання республіканцями імпичменту може навіть вдарити по них бумерангом, якийсь час дискредитує правих радикалів. Коли я зазираю у свій магічний кристал, усе, що я бачу – тривалий період нормальної політики із вкрапленнями подальших невдалих спроб перевести систему в режим, придатний для трансформації з боку людей, які претендують на те, аби стати революціонерами.

Менше з тим, коли Народу вдасться спрямувати американський уряд на курс революційних реформ — це лише питання часу – хоча я не беру на себе сміливість передбачити, яким буде найбільш імовірний напрям. Коли наступна хвиля всенародних дебатів і мобілізації сягне найвищої точки, правнича еліта знову зіткнеться з безліччю болючих організаційних та інтерпретаційних викликів. Хоча припускати, що правники та державні діячі заздалегідь зможуть упоратися з цими викликами, буде безглуздо, так само нерозумно було б ігнорувати, як наші попередники протистояли аналогічним кризам у минулому.

В. Дисципліна міждисциплінарного діалогу

Утім правнича спільнота залишиться інтелектуально непідготовленою, якщо задовольнятиметься стандартними трактуваннями Заснування, Реконструкції та Нового курсу, щоденно повторюваними в судових залах і класних кімнатах. Панівний професійний наратив навіть не намагається зустрітися вічна-віч з процесами реального світу, через які американська Конституція виступала посередником у найвеличніші періоди революційних перетворень у нашій історії. Він представляє собою розповідь у стилі «так, а не інакше», яка не допускає, що американська історія могла колись злетіти з рейок, закладених у п'ятій статті нашими всеснаючими Творцями конституції. Рамки цього наративу не дають можливості кинути погляд на нешаблонні шляхи взаємодії конституційного права з революційними рухами, коли Народ раз по раз переробляв засадничі принципи Союзу. Не бажаючи чути дивовижну розповідь про злам та адаптацію, які і є американською історією, правники-конституціоналісти розставляють декорації для спокійнішого оповідання. Їхні збірники прецедентів і коментарі презентують розвиток права так, наче в ньому домінували судді, що обговорювали один з одним, як найбільш доречно адаптувати конституційні засади до еволюції звичаїв громади та діянь «невидимої руки».

Хоча політологам та історикам, мабуть, легко глузувати із цього провінційного наративу ззовні, «Ми, Народ», робить спробу критичного осмислити його зсередини. Ця книжка намагається продемонструвати, що професійний наратив не віддає належне *правовим матеріалам*, на узагальнення яких претендує. «Трансформації» спираються насамперед на класичні юридичні джерела, як-от «Федераліст», «Конгрешенел глоуб» і «Президеншл месиджез»,* маючи на меті

* «Федераліст» (The Federalist) – збірник із 85 статей на підтримку ратифікації Конституції США, опублікований «батьками-засновниками» США А. Гамільтоном, Дж. Медісоном і Дж. Джеєм між 27 листопада 1787 р. і 29 травня 1788 р. у газетах штату Нью-Йорк *The Independent Journal* та *The New York Packet*.

«Конгрешенел глоуб» (Congressional Globe) – збірка стенограм дебатів у Конгресі США.

«Президеншл месиджез» (Presidential Messages) – збірка послань американських президентів.

(Прим. перекл.)

запросити моїх колег-правників *насправді прочитати* розміщену там чудову полеміку. На цих сторінках Джеймс Медісон і Патрік Генрі, Джон Бінгем і Ендрю Джонсон, Франклін Рузвельт і Бертон Вілер не виглядають манерними консерваторами, які приховують свої інновації за ввічливими розмовами про еволюцію під проводом еліти. Вони викривають спроби один одного захопити революційну ініціативу та свідомо борються з проблемою легітимації різкого розриву зі статус-кво. Після того, як правнича спільнота ознайомиться з численними прикладами конституційної творчості у класичних юридичних джерелах, чи справді вона буде готова й надалі залишатись у невігластві сліпого поклоніння п'ятої статті?

Час покаже, бо це – не те питання, яке можна вирішити одним випуском *The Yale Law Journal*. (Чи нам слід застосовувати десятирічний тест?) Але я справді вважаю, що цей симпозіум підвищує імовірність серйозних юридичних дебатів. Зрештою, багато з його учасників є провідними істориками й політологами, які все життя вивчали речі, до яких я сподіваюся привернути увагу правників. І професійно їх не особливо цікавить доля моїх ідей. Хоча переклад їхніх доповідей на специфічну мову правників-конституціоналістів може вимагати певних корективів, їхні оцінки (як негативні, так і позитивні) заслуговують на дуже поважне ставлення.

Якщо почати з негативних, припустимо, що ці доповідачі засудили мою історію та політологію як фіктивні – типові продукти академічного правника-дилетанта, який не помітив, як вийшов за межі глибини своїх фахових знань. Тоді «Трансформації» заслуговують на те, аби їх викинути на смітник. Тим гірше для мене: кілька років життя коту під хвіст, особистий сором, але таке вже життя. Зрештою, я мав на увазі, що правники відійшли від революційної істини реального конституційного розвитку, і якщо я неправильно виклав факти, ця книжка не заслуговує на серйозне професійне сприйняття. Я не є постмодерністом: якщо я помиляюся, то помиляюся.

Але, на щастя, учасники симпозіуму не мають цієї негативної позиції – критичних зауважень на загальне напрочуд мало, і, як ми побачимо, вони ніяк не впливають на мої ключові аргументи. Тим важливішими це робить позитивні доповіді авторів. Як наочно показують їхні есе, моя книжка являє собою вкрай фрагментарну розповідь про конституційні зміни.

По-перше, у ній йдеться лише про три з двадцяти двох десятиліть, починаючи з 1776 року. Як щодо решти дев'ятнадцяти?

По-друге, я зосередився майже виключно на процесах, а не суті конституційних змін. Вочевидь це залишає без відповіді багато важливих конституційних питань.

По-третє, навіть моє трактування процесів на диво обрізане. Оскільки моєю головною ціллю є професійний наратив правників, я зосередився на текстах, які вже забезпечили собі місце в юридичному каноні, і спробував показати, що вони розповідають зовсім не те, що припускали мої колеги. Але ця традиційна зосередженість на класичних юридичних матеріалах означає, що голоси пересічних чоловіків і жінок дивно приглушені у книжці. Враховуючи всі мої розмови про «Ми, Народ», хіба правильно дозволити словам і справам медисонів, лінкольнів і рузвельтів монополізувати наше конституційне бачення?

Насамкінець, набагато більше треба сказати про нормативні виміри моєї ініціативи: чому стільки уваги приділено розумінню спільнотою правників конституційної історії, а не філософському сприйняттю наших традиційних ідеалів? Що такого великого є в революційній реалізації народом свого суверенітету?

Багато учасників симпозіуму більшість часу присвячують заповненню однієї чи більше з цих прогалин. Я аплодую цим зусиллям і планую розглянути їх у подальшій роботі.¹⁷ Але обсяг цього есе не

¹⁷ Нині я працюю над двома історичними проектами, які, сподіваюся, збагатять розповідь: один з них, у центрі уваги якого – Джефферсонівська революція 1800 року, вже існує у формі рукопису; другий, який перебуває на

дозволяє охопити їх без ризику кричущої поверховості. Тому я пропоную зосередитись на тих аспектах симпозіуму, які є ключовими для більш обмеженого переліку аргументів, справді присутніх у «Трансформаціях». Це уможливить певну завершеність розгляду Заснування, Реконструкції та Нового курсу і дозволить мені з чистою совістю перейти до інших вимірів мого більшого проекту в майбутньому.

С. Трихотомізація зміни права

«Трансформації» зосереджуються на характерному виді законотворчої практики, яка перебуває в тіні простої, але чіпкої дихотомії, що її часто використовують для класифікації зміни права. За цього відомого підходу якась нова ініціатива Х може стати законом в один із двох способів. Або Х приймають у суворій відповідності з правилами, принципами та практиками, що регулюють законодавчий і конституційний перегляд, і в такому випадку це вважають *звичайною* зміною у внутрішньодержавному праві, або Х набирає чинності попри свій розрив з цими нормами, і тоді він є частиною *революційної* зміни в усій правовій системі.

Не маю жодної проблеми з ідеєю звичайної зміни права, але заперечую імпліцитний погляд, що всі революції достатньо схожі для того, щоб виправдати дослідників, які складають їх до єдиної концептуальної шухляди. Так само, як можна відрізнити революції з людським обличчям від революцій тотального штибу, я пропоную аналогічне розрізнення для розгляду зв'язку революції з попереднім правопорядком. Тотальні революції мають на меті щонайменше повний розрив з *усіма* правилами, принципами та практиками, які попередньо регулювали зміну права. Натомість революції з людським обличчям спрямовані на більш селективний зв'язок. Хоча вони можуть відкинути ключові елементи попереднього правового укладу, вони також можуть спробувати зберегти якісь інші незмінними, а ще якісь адаптувати до нової системи революційної законності, яку намагаються запровадити. Я називаю це *неконвенціональною адаптацією*, і ставлю собі за головну мету наголосити на її важливості в американському конституційному розвитку. І справді, Конституція 1787 року ніколи не стала б найвищим актом права сьогодні, якби наступні покоління американців не піддавали її неконвенціональній адаптації у моменти серйозної кризи.

Цю тезу важко викласти, не кажучи вже про її оцінку, у рамках традиційної концептуальної дихотомії звичайної та революційної зміни права. Оскільки і неконвенціональна адаптація, і тотальний розрив включають відмову принаймні від деяких старих елементів, що визначають правомірну зміну, жодне з них не можна вважати *звичайним* переглядом права. Поки ми погоджуємося зі старою дихотомією, обидва види революції потраплятимуть до тієї самої концептуальної шухляди. Ще гірше те, що дослідники права можуть легко знехтувати значенням неконвенціональної адаптації, оскільки їхня увага прикута до більш мелодраматичних жестів тотального революціонера. Аби убезпечити себе від цього, я пропоную замінити прийнятну дихотомію більш адекватною трихотомією: звичайна зміна, неконвенціональна зміна і тотальна зміна.

Я не заперечую можливість тотальної зміни права. Більшовицька революція 1917 року є відповідним прикладом. До захоплення влади комуністами в жовтні попередній Тимчасовий уряд запланував вибори до Установчих зборів, завданням яких було сформувати нову конституцію. Більшовики дозволили цим виборам відбутися, але, як наслідок, самі отримали меншість місць. Саме в цей момент перед ними постало радикальне питання тотальної революції: розпустити Установчі збори й тим самим розірвати свої останні інституційні зв'язки з минулим?¹⁸

Це питання викликало вельми тривожну нерішучість. Менше з тим, Ленін переконав своїх товаришів використати Червону армію для розгону зборів і остаточно порвати з існуючим правопорядком.¹⁹

стадії дослідження – аналізує статус Революції громадянських прав 1950-х і 1960-х років як конституційного моменту.

¹⁸ Див. EDWARD HALLETT CARR, 1 THE BOLSHEVIK REVOLUTION, 1917-1923, на сс. 109-20 (1950).

¹⁹ Див. *те саме*, с. 115.

Замість того, щоб адаптувати попередньо існуючі конституційні ідеї та інституції задля більш широкої підтримки й досягти згоди, більшовики вибрали інший шлях. Доля нового режиму залежатиме від інституцій – особливо від Червоної армії та Комуністичної партії – які не мали жодного, навіть найвіддаленішого, конституційного зв'язку зі старим режимом.

Але такого не відбувалося в Америці під час усіх її великих періодів революційних реформ. Хоча учасники були абсолютно свідомими того, що порушують певні базові правові норми, вони не скористалися цим фактом як ліцензією на руйнування всієї попередньої системи. Натомість вони видобули з неї багато традиційних елементів, намагаючись створити нове вище право в ім'я Народу. Головною метою моєї книжки є пройти за кожним поколінням революційних реформаторів цим нетрадиційним шляхом, описуючи, як одна неконвенціональна адаптація генерувала інші в безперервній боротьбі за легітимність в очах народу, допоки вся система вищої правотворчості не була реорганізована на засадах, відмінних від засад попередніх систем.

Хоча розважлива історична реконструкція цих революційних перетворень вочевидь важлива, «Трансформації» мають на меті дещо більше, дещо інакше. Вони трактують неконвенціональні адаптації, досягнуті в рамках Заснування, Реконструкції та Нового курсу, як великі конституційні прецеденти, що заслуговують на такий самий уважний юридичний аналіз, як і прецеденти, встановлені суддями. Ці прецеденти, безумовно, вимагають від нас ставитися до слів і дій президентів, представників у Конгресі та інших лідерів нації так само шанобливо, як ми ставимося до слів і дій суддівської еліти. Але, якщо відкласти вбік цю відмінність, мета книги, зрештою, є аналогічною меті стандартного трактату з конституційного права. Так само, як звичайний трактат тлумачить конституційну доктрину, із часом вироблену суддями, «Трансформації» інтерпретують право, сформоване у процесі вищої правотворчості, на основі великих прецедентів, створених батьками Заснування, Реконструкції та Нового курсу в ім'я Народу Сполучених Штатів. Так само, як традиційний трактат намагається авторитетно заявити про доктринальну основу для майбутнього розвитку права, «Трансформації» роблять ідентичну спробу виробити принципи та практики, якими мають користатися правники для оцінки майбутніх зусиль зі створення вищого права в ім'я американського Народу.

Як зауважує Роджерс Сміт,²⁰ може здатися, що в такій спробі є щось парадоксальне: яким чином може існувати така річ як *право*, коли мова йде про революційне перетворення самої системи вищої законотворчості? Парадоксальність, про яку йдеться в цьому питанні, одразу зникне, якщо усвідомити різницю між тотальним розривом і неконвенціональною адаптацією. Право дійсно руйнується в інтерпретації повного розриву – оскільки, за припущенням, немає абсолютно нічого, що б зв'язувало систему правотворчості до та після революційного прориву. Але аналогічний парадокс відсутній у спробі дослідити переважні моделі неконвенціональної адаптації, досягнутої під час Заснування, Реконструкції та Нового курсу. Попри революційний характер тих періодів, певним базовим тягlostям вдалося зберегтись. Мабуть, тоді ми будемо в стані ідентифікувати системні імперативи, що формують ключові рішення щодо трансформації одних засадничих принципів і практик, *але не інших*? Безумовно, конституційний смисл елементів, що вижили, може сам трансформуватися внаслідок появи нових принципів і практик. Менше з тим, рефлексивне дослідження моделей правонаступництва в контексті революційної зміни може дати розуміння найбільш довготривалих елементів нашої конституційної мови та практики.

Навіть ці елементи не мають імунітету проти викликів у майбутньому. Але до того, як ми зможемо визначити, чи мають вони продовжувати користуватися нашою повагою, нам слід уважніше розглянути питання, як їх можна ідентифікувати, і чи це взагалі можливо.

²⁰ Див. Rogers M. Smith, *Legitimizing Reconstruction: The Limits of Legalism*, 108 YALE L.J. 2039, 2052-53 (1999). Іншу спробу виправити надто дихотомне розуміння зв'язку між правом і революцією див. у PAUL W. KAHN, *THE REIGN OF LAW: MARBURY V. MADISON AND THE CONSTRUCTION OF AMERICA* 69-74 (1997).

Есе професора Джека Ракове слугує зручним початком, оскільки намагається вирішити ті самі проблеми, які привели мене до трихотомізації зміни права на її звичайний, неконвенціональний та тотальний різновиди. Хоча мої заяви про нелегальність Заснування викликали полеміку серед академічної спільноти правників,²¹ Ракове каже нам, що професійні історики можуть їх легко прийняти.²² Він лише застерігає, що не варто перебільшувати їхнє значення. Стаючи на шлях нелегальності, федералісти не підтримували тотальний розрив зі своїм нещодавнім минулим або використання бруталної *Realpolitik**. Нелегальність Заснування – «лише половина ... історії».²³ Ще цікавіша половина стосується спроби федералістів «заснувати свою Конституцію на підвалинах, краще спроектованих і міцніших за ті, що були доступні в 1776 р.».²⁴

Я погоджуюсь. Якщо перекласти позицію Ракове мовою моєї трихотомії, нелегальність Заснування не перетворює федералістів на тотальних революціонерів. Вони радше слугують класичним прикладом неконвенціональної адаптації. Попри розрив федералістів з фундаментальними й добре вкоріненими правовими нормами, встановленими Статтями Конфедерації, їм вдалося адаптувати інші елементи попереднього конституційного словника та практики так, що це зрештою уможливило великий прорив в американському політичному самоусвідомленні.

²¹ Див., напр., Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 COLUM. L. REV. 457, 462-63 nn.12-14, 497 n.157 (1994).

²² Див. Jack N. Rakove, *The Super-Legality of the Constitution, or, a Federalist Critique of Bruce Ackerman's Neo-Federalism*, 108 YALE L.J. 1959, 1964, 1966 (1999). Утім, він схильний применшувати значення питання, запитуючи: «На якій підставі будь-який делегат до Філадельфії ... міг би бути звинувачений за участь у процесі? Хто міг би висунути звинувачення? У якому суді їх могли б розглядати? (Там само, с. 109.) Хоча професор Ракове, схоже, вважає, що на ці запитання немає відповідей, у мене є доволі пряма відповідь. Усі оспівувачі Конституції були, без сумніву, винні у злочині підбурювання до заколоту через намагання зруйнувати основу встановленої влади в кожному зі штатів і у Сполучених Штатах загалом. За тогочасним англійським визначенням, будь-яка особа, яка усно чи письмово висловлювалась проти уряду, «лаючи чи бажаючи [уряду] зла, поширюючи скандальні історії щодо [уряду] або роблячи будь-що, що може ... послабити [цей] уряд», була винна в підбурюванні до заколоту. 4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES *123. Загальне право було прийнято всіма американськими штатами або через їхні Конституції, або через акти законодавства, або через рішення їхніх судів. Див. See Ford W. Hall, *The Common Law: An Account of Its Reception in the United States*, 4 VAND. L. REV. 791, 797-800 (1951). Хоча конституції деяких штатів також проголошували право на свободу слова, судовий розгляд справ про підбурювальну діяльність продовжувався й у період після здобуття незалежності. Див. LEONARD W. LEVY, EMERGENCE OF A FREE PRESS 184-86 (1985).

Постає питання, чи міг якийсь штат на підставі загального права переслідувати громадян, які займалися підбурюванням до заколоту екстериторіально, як це зробили делегати Конституційного конвенту. Див. Rollin M. Perkins, *The Territorial Principle in Criminal Law*, 22 HASTINGS L.J. 1155, 1163 (1971). Але щонайменше Пенсильванія могла б переслідувати всіх делегатів, оскільки їхні заколотницькі збори відбулися в її юрисдикції. І кожен, хто поставив свій підпис під Конституцією, продовжував підбурювальну діяльність у своєму штаті після розпуску Конвенції.

Озираючись назад на події наступного десятиліття у зв'язку з прийняттям контрверсійного Закону про заколот, Медісон запитував: «Якби Закон про заколот ... був одноманітно застосований проти преси, чи не могло б бути так, що Сполучені Штати сьогодні томилися б від недуг хворої Конфедерації? THE MIND OF THE FOUNDER: SOURCES OF THE POLITICAL THOUGHT OF JAMES MADISON 259 (Marvin Meyers ed., 1981). Це риторичне запитання Медісона походить зі знаменитої Віргінської доповіді, прийнятої генеральною асамблеєю штату в 1800 р. як протест і проти федералістського Закону про заколот, і проти застосування англійського загального права стосовно заколоту в Америці. Погляди Медісона щасливо здобули перемогу через століття, але було б анахронічно вважати, що вони віддзеркалювали право так, як його загалом розуміли в 1787 р.

* *Realpolitik* (нім.) – політика або дипломатія, що ґрунтується передусім на врахуванні наявних обставин і чинників, а не прямих ідеологічних концептах чи етичних імперативах. *Realpolitik* часто називають просто «прагматизмом» у політиці. Іноді цей термін використовують як принизливий, маючи на увазі політику, яку сприймають як політику примусу, аморальну чи макіавелістську. (Прим. перекл.)

²³ Див. Rakove, виноска 22 вище, с. 1935.

²⁴ *Te same*.

Одним з їхніх ключових кроків було революційне переосмислення природи конституційних «конвентів». Як я пояснював у першому томі «Ми, Народ», англійська традиція визначала «конвенти» як юридично неповноцінні парламенти та ставилася до них як нижчих за статусом порівняно зі звичайними парламентами. Хоча Конвент 1688 року інтронізував короля на засадничо нових умовах, природа повноважень цього конвенту визначати умови Славетної революції була значною мірою піддана сумніву – настільки, що положення конституційного врегулювання були пізніше знову узаконені юридично бездоганним парламентом. На цьому тлі пізніша практика американських революціонерів виглядає різким контрастом: «Федералісти стверджували, що нелегальний конвент міг бути джерелом не тільки закону, але й вищого права».²⁵

Припускаючи, що я не знав про дивовижну трансформацію федералістами англійських прецедентів,²⁶ професор Ракове, здається, пропустив моє попереднє обговорення. (Така небезпека існує, коли роблять огляд другого тому серії!) Але хай там що, його есе збагачує моє попереднє обговорення цінною витонченістю та історичною глибиною.

Утім, я спантеличений думкою професора Ракове, що його доповідь суперечить моїй інтерпретації Заснування. Навпаки, вона підтримує всі мої основні твердження. Як і Ракове, я бачу, що федералісти пішли третім шляхом між абсолютною легальністю і тотальною революцією. Як і Ракове, я вважаю їхнє використання конституційних конвентів рішучим відходом від англійського прецеденту 1688 року. Як і Ракове, я бачу, що федералісти розвинули революційний досвід попереднього десятиліття для побудови дуже відмінного розуміння співвідношення між нелегальністю та народним суверенітетом. Як і Ракове, я вважаю, що геніальність федералістів певною мірою полягає у використанні *юридично проблемних* органів як інструментів для досягнення *суперлегальності*, якщо скористатися його терміном.

Ось чому мені хотілося б скористатися словом «конвенціональний» для опису аналогічних дій республіканців Реконструкції та демократів Нового курсу. Але минулі два століття позбавили слово «конвент» його конотації XVIII століття як формального браку легальності, тож я був змушений застосувати термін *неконвенціональний* для опису практики третього шляху, яку привели в рух федералісти. Якщо не чіплятися до слів, Ракове та я є одностайними в розумінні федералістів як тих, хто революціонував магістральну лінію англо-американської конституційної теорії та практики – революціонував у напрямку народного суверенітету.

Я підкреслюю цю конвергенцію, оскільки вона різко контрастує з відносинами між юридичним та історичним поглядами, які домінували впродовж більшої частини цього століття. Якби «Трансформації» було опубліковано півстоліття тому, професійні історики підняли б на глум моє представлення федералістів як серйозних революціонерів, рішуче налаштованих на неконвенціональну розробку конституційних форм, що виражають народний суверенітет. Історичну мудрість тоді формували Чарльз Бірд та інші історики-прогресивісти, які ставилися до революційних декларацій федералістів як до звичайної пропаганди для приховування своїх глибоко реакційних цілей.²⁷ Есе професора Ракове спирається на півстоліття ревізійної науки, яка дає нам можливість побачити людей як-от Вашингтона і Медісона такими, якими вони бачили себе самі – справжніми революціонерами, хай і без тоталітарних переконань.

Водночас «Трансформації» виходять за рамки наявної історичної літератури в одному конкретному питанні. Останнє покоління істориків заново відкрило культурний контекст для революційних ідей федералістів, але аналогічного масиву глибоких досліджень практики конституційного будівництва федералістів немає. Зрештою, звільнитися від кайданів цілковитої легальності в ім'я народного суверенітету не було дріб'язком для Засновників. Більше того, Конвент у Філадельфії збирався за

²⁵ 1 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS 216 (1991).

²⁶ Див. Rakove, виноска 22 вище, сс. 1937-38.

²⁷ Див. CHARLES A. BEARD, AN ECONOMIC INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES (1913).

зачиненими дверима, а їхня Конституція виявилася настільки суперечливою, що тільки тридцять дев'ять із п'ятдесяти п'яти делегатів насправді підписали її 17 вересня.²⁸ Якби федералісти ретельно не підготували ґрунт заздалегідь, вони ніколи не домоглися б поважного ставлення до своєї нової Конституції, не кажучи вже про їхній революційний заклик діяти в обхід легіслатур штатів і здійснити ратифікацію через інше коло аномальних з юридичної точки зору конвентів. Як їм вдалося реалізувати свою революційну ініціативу?

Хоча це питання є цікавим окремо в історичному аспекті, воно є абсолютно критичним для правників-конституціоналістів. Для нас Конституція є не лише ідеєю чи набором слів на папері, а безперервною практикою думки *та* дії – самобутньою традицією державного будівництва, підтримка вступу якої в її третє століття є нашим високим покликанням. Озираючись назад на досягнення Заснування, нам недостатньо прискіпливо вивчати конституційний текст, який залишили по собі федералісти; ми повинні дослідити цей конституційний прецедент, який вони створили, коли отримали згоду “нас, Народу” на свою революційну ініціативу.

Це – головна амбіція «Трансформацій». Книжка намагається виправити уривчасте розуміння моєї теорії, яке дуже буквально сприймає поняття «конституційний момент» та уявляє, що Народ висловлюється в якийсь *один* момент часу. Навпаки, федералістам вдалося досягти довіри до своїх вимог говорити від імені Народу лише завдяки тому, що вони організували розтягнутий в часі та інституційно складний процес, який давав опонентам широкі можливості кинути виклик їхньому революційному проекту в рамках цілої низки дорадчих асамблей та народних голосувань. Моєю метою було прослідкувати за тим, як федералісти протягували традиційні конституційні ідеї в нові моделі, аби *сигналізувати* про свої конституційні амбіції, потім *запропонувати* широку реорганізацію, потім *запустити* революційний процес ратифікації, потім *ратифікувати* свою Конституцію попри невдачу отримати одностайну згоду всіх тринадцяти штатів і насамкінець *консолідувати* свою перемогу, стимулювавши незгодні штати Північну Кароліну та Род-Айленд відмовитися від Статей Конфедерації та приєднатися до «більш досконалого Союзу», за їхнім новим революційним визначенням. На кожному з цих п'яти етапів процесу широкого обговорення й ухвалення рішень традиційні конституційні ідеї та структури одночасно стримували трансформативну практику федералістів і підкорялися їй – тим самим встановлюючи точку відліку для правового розуміння аналогічних прецедентів у революційній реформі та неконвенціональній адаптації в пізніших поворотних точках американської історії.

Що б ще не казали правники про мій аналіз Заснування, вони мали б право відкинути його як нікчемний, якби учасники симпозіуму забракували його як поганий з історичної точки зору. Фактично ж ніхто не піддає жодному сумніву історичну точність мого викладу конституційного будівництва федералістів, і всі троє видатних істориків, які досліджують той час, спрямовують свою увагу на інші теми. Їхнє мовчання вартує мільйону слів; можна бути впевненим, що вони б не посоромилися вказати на мої історичні помилки!²⁹ Натомість ми є свідками чогось цілком дивовижного. Замість

²⁸ Див. MAX FARRAND, THE FRAMING OF THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES 11-12 (1913).

²⁹ Єдиний виняток – заперечення професора Ракове мого тлумачення «Федераліста» (*The Federalist*). Хоча він погоджується, що революційні сентименти, висловлені Медісоном у «Федералісті» № 40, підтримують мою точку зору на нього як дуалістичного демократа, він вважає, що аргументи Медісона у «Федералісті» №№ 49 і 50 вказують на дуже відмінний напрямок – «радикального висновку ..., що за жодних обставин не можна намагатися апелювати до громадської думки для вирішення конституційних диспутів». Див. Rakove, виноска 22 вище, с. 1955.

Я згоден з професором Ракове, що аргументи в цих двох документах заслуговують на уважніше ставлення, ніж їм приділяли дотепер. Справді, коли я викладаю курс сучасної конституційної теорії, я присвячую дві академічні години їхньому аналізу в контексті більшого аргументу, що його презентує Медісон у чотирьох числах «Федераліста» від № 48 до № 51. Мої численні звернення до цих статей переконали мене, що вони слугують одним із найбільш різючих текстуальних підтверджень дуалістичної теорії. Тоді уявіть собі мій подив, коли я дізнався про думку професора Ракове: «Якщо читати буквально, у своєму аналізі Медісон, здається,

погляду на Засновників як на шляхетних консерваторів іншої епохи і правники, і історики сходяться на новому розумінні федералістів як революційних реформаторів, які легітимують зміни через неконвенціональну адаптацію попередніх конституційних традицій.

III. РЕКОНСТРУКЦІЯ

«Кого це обходить?» – уявляю я відповідь моїх друзів-правників, які дотримуються жорсткої лінії. Навіть якщо визнати, що згідно зі Статтями [Конфедерації] федералісти діяли нелегітимно, запропонувавши та ратифікувавши свою конституцію; навіть якщо визнати, що, звернувшись зі своїм революційним заклик до Народу, вони зайнялися складною практикою конституційного

висловлює думку, що конституційні диспути ніколи не можна безпечно віддати на розсуд народу». *Te same*, с. 1957.

Я абсолютно з цим не погоджуюся. Перед тим, як читати «буквально», слід мати на увазі загальну структуру аргументу у двох статтях. «Федераліст» № 49 розглядає пропозицію Джефферсона скликати конституційний конвент у будь-якому разі, коли необхідність цього бачать дві з трьох гілок влади. Натомість «Федераліст» № 50 розглядає питання бажаності конституційного положення, яке б передбачало скликання сесії конвенту за фіксованим графіком, скажімо, кожні десять років – як, наприклад, було запропоновано тогочасною практикою в Пенсильванії, Нью-Гемпширі та Массачусетсі. Отже, насамперед треба звернути увагу на те, що ці статті не стосуються загального питання Ракове: чи можна конституційні диспути безпечно віддати на розсуд народу. *Te same*. Вони розглядають більш вузьке але фундаментальне питання: чи є сенс припускати, що можна вигадати якийсь *хитромудрий правовий механізм*, який би надійно спрацьовував, коли дозріли умови для конституційної політики. Медісон каже, що ні, і ці дві статті дійсно віддзеркалюють глибокі роздуми про межі правової форми у структуризації конституційної політики. Основна теза Медісона – конституційну політику, що заслуговує на довіру, не можна мобілізувати через звернення до юридичного формалізму: сам мобілізований Народ є тим, хто створює умови для легітимної конституційної артикуляції, і закон не здатен створити такі політичні умови декретом. І справді, Медісон переконливо обстоює думку, що сама спроба створення правової форми, яка б дозволила двом гілкам влади скликати «конституційний конвент» або зобов'язувала регулярне скликання такого конвенту кожні кілька років, була б контрпродуктивною. Єдиним наслідком цього було б те, що зовнішні ознаки «конституційного конвенту» та його претензії на вищі правотворчі повноваження в ім'я народу були б дискредитовані егоїстичними фракційними міжусобицями, характерними для звичайної політики.

Проте Медісон чітко дає зрозуміти, що його занепокоєння щодо використання правових механізмів для скликання знебавзятих «конституційних конвентів», *не* означає, що *ніколи* не настане такий час, коли Народ знову буде зобов'язаний передати вище право до рук своїх обраних представників. Навпаки, на самому початку свого обговорення пропозиції Джефферсона Медісон недвозначно визнає, що основний момент у цій пропозиції щодо народного суверенітету має «велику силу ... і йому має бути дозволено довести, що конституційну дорогу до рішення народу *слід розмістити та тримати відкритою для певних великих і надзвичайних випадків*». THE FEDERALIST No. 49, с. 339 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed. 1961) (курсив мій – Б.А.). Однак «Федераліст» № 49 зосереджується на небезпеці дозволу «частого передання конституційних питань для ухвалення рішення всім суспільством», попереджаючи, що частим апелюванням зловживатимуть панівні фракції, які намагатимуться проштовхнути свої егоїстичні пропозиції через конституційний конвент. *Te same*, с. 340. Якщо слідувати рекомендації професора Ракове читати цей текст «буквально», Медісон робить саме те розрізнення, яке є ключовим для ідеї дуалістичної демократії, якій я сподіваюсь повернути центральне місце в американському конституціоналізмі. На жаль, Ракове не звертає уваги на ці уривки, які свідчать, що Медісон розрізнявав виняткові акти народного суверенітету та звичайні види фракційної політики. Замість цього він цитує вирваний з контексту довгий уривок з № 49, ігноруючи той факт, що Медісон там лише розмірковує над патологіями, які очікувано виникнуть, якщо Конституція передбачатиме, як пропонує Джефферсон, правовий механізм уповноваження двох гілок влади скликати новий конституційний конвент коли їм заманеться. *Див.* Rakove, виноска 22 вище, с. 1956.

Професор Ракове також посилається на лист Медісона Едмунду Рендолфу як на свідчення справжніх поглядів Медісона. *Див. te same*, сс. 1955–1956 (цитування Letter from James Madison to Edmund Randolph (Jan. 10, 1788), in 10 THE PAPERS OF MADISON, at 355–56 (Robert A. Turtland et al. eds., 1977)). З методологічної точки зору публічні заяви Медісона цікавлять мене набагато більше, ніж його приватне листування – особливо тоді, коли, як у цьому випадку, Медісон вочевидь має на першому плані важливу мету: переконати Рендолфа перешкодити скликанню другого конституційного конвенту. Враховуючи цю мету, зрозуміло, що Медісон вважав риторично ефективним наголосити на небезпеках ще одного кола конституційної політики. Але детальніше продумана й публічна презентація в «Федералісті» виражає більш комплексний та дуалістичний погляд.

будівництва; навіть якщо визнати, що цей п'ятиступеневий процес неконвенціональної адаптації був доконечним для досягнення широкої довіри до їхньої вимоги народного суверенітету – чому цей прецедент має вважатися абсолютно центральною частиною професійної освіти будь-якого правника?

Зрештою, існують тисячі потенційно доречних прецедентів, а правнича спільнота не має багато вільного часу, аби розглядати свою поточну ситуацію з історичної перспективи. Навіть у юридичній школі студентів знайомлять з напроцуд обмеженим конституційним каноном, який пропонує зосередити увагу на дециденті ключових прецедентів із часів ранньої Республіки: Марбері проти Медісона та Маккаллоу проти Меріленду, кількох інших справ з періоду до Громадянської війни, шматки «Федераліста» і, можливо, фрагменти з Фарранда.³⁰ Але так багато всього треба вчити, що навіть викладачі права змушені жорстко обмежувати обсяг юридичного матеріалу з раннього періоду, який отримує серйозну професійну увагу у XXI столітті. Хіба не краще було б принаймні відправити прецедент неконвенціональної адаптації під час Заснування до юридичної периферії, населеної кількома правниками-антикварами, які не відволікаються на актуальніші речі?

Я ставлюся до цього запитання дуже серйозно. Побудова професійного канону – не жарт. Якщо правники його не мають, ніхто нікого не чути, і саме поняття правопорядку розчиниться в какофонії голосів. Але якщо у нас є канон, варто добряче подумати, що до нього входить, а що ні. Те, що ми дозволяємо собі бачити в минулому, серйозно формуватиме те, як правова думка розумітиме сьогодення та майбутнє.³¹ То чому ж прецедент Заснування заслуговує на центральне місце в конституційному каноні XXI століття?

Почнемо з того, що він забезпечує необхідний контекст для розуміння наступного великого поворотного моменту нашої історії, ознаменованого [конституційними] поправками Реконструкції. Правники не усвідомлюють цього сьогодні, бо вважають, що можуть зрозуміти підстави Тринадцятої та Чотирнадцятої поправок простим формалістичним шляхом. Згідно з цією добре відомою точкою зору ці поправки є частиною Конституції з тієї ж причини, що й усі інші – їм надали законної сили в суворій відповідності із засадами та процедурами, передбаченими статтею V установчого тексту.

Ця точка зору є чистим невіглаством. Як би незручно не було юристам і суддям подивитися в обличчя фактам, але будь-хто, обізнаний з ними, визнає, що Тринадцята та Чотирнадцята поправки *не* були ратифіковані так, як припускають формалісти. Не вірте мені на слово. Це також вердикт деяких провідних американських істориків (професорів Бенедикта і Фонера) і політологів (професорів Бернема і Сміта). Замість спробувати спростувати моє базове твердження, вони з усіх сил нахваляють мене, словами Форнера, «за готовність сміливо зустрітися з неоднозначностями, які оточували ратифікацію поправок Реконструкції».³²

Утім, одна справа, коли історики й політологи визнають, що переважне юридичне розуміння є вкрай відірваним від історичної та політичної реальності, і зовсім інша – коли бика за роги мають взяти правники та судді. Як справедливо зауважує професор Сміт, правники-конституціоналісти мають справу з легітимацією: якщо якийсь громадянин запитує нас, чому Тринадцята та Чотирнадцята поправки є частиною Конституції, ми не можемо відповісти у стилі науковця-гуманітарія та похвалити його за хороше запитання!

Одне із завдань американських юридичних шкіл – давати конкретні відповіді. Зрештою, поправки Реконструкції були абсолютно ключовими для юридичної легітимації незліченних актів примусу, здійснених владою в цій країні за останні 125 років. Хіба професори права не винні своїм

³⁰ Див. FARRAND, виноска 28 вище.

³¹ Див. J.M. Balkin & Sanford Levinson, *Canons of Constitutional Law*, 111 HARV. L. REV. 963, 987-92 (1998).

³² Eric Foner, *The Strange Career of the Reconstruction Amendments*, 108 YALE L.J. 101, 2003, 2003 (1999); див. також Benedict, виноска 8 вище, сс. 2024-2025; Burnham, виноска 5 вище, сс. 2237, 2242; Smith, виноска 20 вище, с. 2051.

співгромадянам трохи більше за знизування плечима у відповідь на запитання про правові засади всієї цієї діяльності?

Якщо дивитись під цим кутом, можна зрозуміти страх, який змушує мандаринів правопорядку уникати стійкої конфронтації з фактами американського конституційного розвитку. Мабуть, формалістична відповідь на питання юридичної чинності є ненабагато кращою за фіговий листок. Та чи не є формалістичний фіговий листок кращим за відсутність відповіді взагалі?

Але це не є нашим єдиним вибором. Ми можемо також визнавати ці поправки з *тієї ж причини, з якої ми визнаємо продовження юридичної чинності оригінального тексту 1787 року*. Як і установчий текст, поправки Реконструкції є юридичними маркерами народної революції з людським обличчям, ще раз легітимованої неконвенціональною адаптацією попередніх конституційних ідей та практик на забезпечення народного суверенітету.

Такий напрямок думки сприяє вивченню процесів, а не тільки суті Заснування та Реконструкції, як складника професійного канону. Це дуже просто: якщо правники та судді сподіваються пояснити своїм співгромадянами, чому Тринадцята й Чотирнадцята поправки є частиною Конституції, вони мають бути в змозі пояснити, як республіканці не менше за федералістів *заслужили* конституційне повноваження говорити від імені Народу через неконвенціональну адаптацію інституцій, що існували раніше.

Почнемо з базової схожості ситуації федералістів Заснування та республіканців Реконструкції. І ті, і інші були відносно націоналістичним для свого часу й місця; перебували в конфронтації з попередньою системою перегляду конституції, яка надавала право вето невеликій меншості штатів (1 із 13 в 1787 р., 10 із 36 в 1868 р.); чудово усвідомлювали, що їхні революційні реформи ніколи б не досягли визнання в рамках чинної на той час системи.

Стисло кажучи, вони постали перед фундаментальним конфліктом між конституційним засобом і конституційним меседжем – вони сподівалися привести своїх співгромадян до нового розуміння себе як нас, Народу більш *Сполучених* Штатів, але зіткнулися з правотворчою системою, що виходила зі старішого й більш децентралізованого розуміння Ми, Народ *Сполучених Штатів*. В обох випадках відповідь була однаковою: скористатися попередніми ідеями та інституціями, аби посилити роль національного центру як провідного форуму для легітимних дебатів і рішень.

Як ми побачили, Засновники зробили це шляхом трансформації ідеї конституційного конвенту, успадкованої від англійської практики часів Славетної революції. Федералісти адаптували цю англійську ідею для створення нової інституційної платформи на національному рівні – для того, щоб представити трансформативну пропозицію та санкціонувати проведення другого раунду ратифікаційних конвентів для уповноваження штатів на розрив їхніх зв'язків зі Статтями Конфедерації. Республіканці ще більше націоналізували вищий правотворчий процес, але в цьому разі ключові інституційні ресурси були отримані не від англійських революціонерів 1688 року, а від американських революціонерів 1787 року, які залишили їм нову систему, що розподіляла повноваження між Президентом, Конгресом і Верховним судом.

Федералісти-засновники не мали наміру, аби ця система слугувала як головна машина вищої правотворчості; вони натомість вважали, що внесення конституційних змін відбуватиметься через повторення сценарію, шляхом якого вони самі досягли успіху. Саме так, як федералісти домоглися підтримки народних зборів і на національному рівні, і на рівні штатів, вони створили умови для аналогічних опцій своїм наступникам, запровадивши в конституційний текст п'яту статтю.

Але американці зійшли з цих формалістичних рейок під час і після Громадянської війни. Здійснивши не менш творчий революційний крок, ніж їхні попередники у XVIII столітті, вони перетворили розподіл державної влади на головну систему, за допомогою якої вони визначили, обговорили і нарешті затвердили конституційне значення своєї колосальної боротьби за долю Союзу. Тоді як Засновники

наростили національні повноваження через неконвенціональне використання конституційних конвентів, республіканці зробили те саме через неконвенціональне використання розподілу повноважень.

На щастя, жоден з коментаторів не критикує мій детальний аналіз цього великого перетворення. Але вони ставлять під сумнів, що деякі ключові учасники повністю усвідомлювали, якою мірою вони революціонізували попередні інституційні взаємозв'язки. Наприклад, професор Сміт запитує, чи Лінкольн цілковито розумів, наскільки сильно він перетворював посаду Президента на машину конституційних змін?³³

Важко сказати. Прокламація Лінкольна про звільнення рабів, його Геттісбурзька промова та рішення зробити Тринадцяту поправку центральним елементом його кампанії з переобрання сприяли тому, що громадськість почала сприймати посаду президента як конституційно легітимного провідника змін від імені Народу. Менше з тим, Джон Вілкс Бут обірвав життя Лінкольна в той момент, коли глибокі питання, порушені президентом як лідером нації у контексті Тринадцятої поправки, привернули загальну увагу. Хоча останнє публічне звернення Лінкольна демонструє, що він свідомо протистояв необхідності подальших дій президента для отримання згоди трьох чвертей штатів для ратифікації поправки про звільнення рабів,³⁴ тільки Ендрю Джонсон рішуче розв'язав проблему, про яку Лінкольн лише говорив.

Спираючись на прецеденти Лінкольна у президентському лідерстві, Джонсон неодноразово неконвенціонально використовував свою посаду, аби домогтися від Півдня ратифікації Тринадцятої поправки влітку та восени 1865 р. Коли його зусилля нарешті досягли успіху в грудні, новий Президент оголосив про свою перемогу в посланні «Про становище країни», в якому гордо роз'яснив надзвичайні заходи, яких він ужив, аби спонукати південні штати ратифікувати поправку «в ім'я всього народу».³⁵

Таке бачення посади президента шокувало б покоління Заснування. Останнє, чого вони хотіли – так це президента, який вдається до неконвенціонального судового процесу як представник «всього народу». Їх лякала така поведінка, яку вони асоціювали з великими руйнівниками республік, як Цезар і Кромвель.³⁶

Тим гірше для Засновників. Американці 1860-х дивились на це зовсім по-іншому, аплодуючи відкритим зізнанням Джонсона про неконвенціональне президентське лідерство у процесі вищої правотворчості. Конгресові лідери Республіканської партії були б найпалкішими прихильниками Джонсона, якби він продовжив розвивати цю неконвенціональну модель у боротьбі навколо Чотирнадцятої поправки. Але Джонсон відмовився, таким чином змусивши республіканців розробляти альтернативну модель неконвенціонального конгресового лідерства у сподіванні виграти конституційне повноваження для ухвалення Чотирнадцятої поправки.

Саме тут професор Бенедикт приєднується до професора Сміта у сумнівах щодо мого зображення республіканців як свідомих революціонерів. Великою мірою його сумніви мають розвіятися, якщо взяти до уваги, під яким кутом це питання розглядається у «Трансформаціях». На відміну від провідних праць останнього покоління (включно з працею професора Бенедикта³⁷) моя книга зосереджується не на суті Чотирнадцятої поправки, а на процедурі, через яку вона стала вищим правом. Проте більшість скептичних зауважень професора Бенедикта стосуються бачення республіканців по суті поправки. Категорично не погоджуючись з істориками, як-от Ерік Фонер,

³³ Див. Smith, виноска 20 вище, с. 2057.

³⁴ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, с. 137.

³⁵ Уривки та аналіз першого послання Джонсона «Про становище країни» див. *те саме*, сс. 151-53.

³⁶ Див. JAMES W. CEASER, PRESIDENTIAL SELECTION: THEORY AND DEVELOPMENT 51-57 (1979).

³⁷ Див. MICHAEL LES BENEDICT, A COMPROMISE OF PRINCIPLE: CONGRESSIONAL REPUBLICANS AND RECONSTRUCTION, 1863-1869 (1974).

Бенедикт наголошує на тому, наскільки республіканці, що дотримувались головної лінії партії, залишалися «поміркованими», відданими традиційним цінностям федералістів.

Це – ключова полеміка, що є доречною для продуманого розв’язання багатьох юридичних проблем. Менше з тим, я не вважав за необхідне вв’язуватися в суперечку у цій конкретній книжці. Навіть за більш «поміркованого» тлумачення Реконструкції Бенедиктом, 1860-і роки явно можна зарахувати як революцію з людським обличчям. Згадаємо мій уявний експеримент: ми зустрічаємо вдумливого правника 1860 року з магічним кристалом, який повідомляє йому, що за десять років чорні будуть проголошені громадянами, рівними білим, і отримають право голосу й конституційні гарантії належної правової процедури та рівного захисту законом. Хтось сумнівається, що від такої неймовірної новини в нього голова піде обертом?³⁸

Те, що професор Бенедикт описує таке досягнення як роботу «поміркованих», лише підкреслює, наскільки революційними вони виглядали б за десять років до того. Звісно, якщо відкинути погляд Бенедикта на користь більш радикальних інтерпретацій, наприклад, Фонера, революційний характер Реконструкції стає ще більш очевидним.

З урахуванням цього моменту, мені навряд чи варто було намагатися стати арбітром у диспуті між фонеріанцями та бенедиктинцями. Зрештою, це було неможливо зробити відповідально на кількох сторінках, а книжка вже й без того виявилась достатньо великою! Я просто задовольнився неконтроверсійно розпливчатими твердженнями, що описують сутнісні досягнення Реконструкції, аби зосередитись на своєму головному питанні. На відміну від широкого визнання революційної суті Реконструкції, сучасні праці не містять аналогічного визнання процедури, через яку сталися революційні зміни. Саме тут, вважав я, кілька сотень сторінок могли стати справді корисним внеском.

Варто лише чітко диференціювати мою тезу від тої, що живить полеміку між Бенедиктом і Фонером, як незгода з нею професора Бенедикта перестає бути очевидною. Так, він зауважує, що «республіканці ніколи не висловлювалися термінами, які використовує Акерман. Вони ніколи не допускали, що їхні дії зробили ратифікацію поправок Громадянської війни «неконвенціональною».³⁹ Але це не можна вважати серйозним запереченням. Очевидно, що республіканці не були у змозі використовувати неологізми, створені для збагачення збіднілої лексики ХХ століття, неспроможної охопити виразні характеристики революцій з людським обличчям. Утім, мій неологізм має на меті описати відмінний тип конституційної свідомості та практики. Щойно ми вийдемо за межі гри слів, то знайдемо незлічені свідчення того, що республіканці та їхні опоненти цілком усвідомлювали неконвенціональний характер боротьби за Чотирнадцяту поправку.

Розглянемо, наприклад, хвилю пристрасних дебатів та інституційної боротьби навколо рішення республіканців виключити сенаторів і членів Палати представників, обраних від південних штатів, із тридцять дев’ятого та сорокового скликань Конгресу. Одним тільки цим вчинком республіканці – якими б «поміркованими» вони не були в іншому – абсолютно ясно показали всім громадянам Республіки, що вони не дозволять звичайним правовим формам регламентувати їхні зусилля вийти за рамки Тринадцятої поправки в кодифікуванні значення Громадянської війни.⁴⁰ І якщо хтось не спромігся помітити, що зібрання на Капітолійському пагорбі було охвістям, Президент Джонсон неодноразово доводив це і у своїх посланнях з викладом причин ветоування законів і в політичних

³⁸ Див. KENNETH M. STAMPP, AMERICA IN 1857: A NATION ON THE BRINK (1990) (містить проникливий опис політико-правового світу на зорі кризи громадянської війни).

³⁹ Див. Benedict, виноска 8 вище, с. 2030.

⁴⁰ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 160-85.

виступах під час виборчої кампанії 1866 р. та продовжував це робити попри свою нищівну поразку на виборах до Конгресу того року.⁴¹

Республіканці болісно усвідомлювали шкоду, яку заподіював Президент їхній справі серед більш консервативних американців своїм постійним бубонінням про виключення південних штатів. Наприклад, згадайте, як вони проводили слухання з імпічменту Джонсона в Сенаті. Доля їхньої кампанії з усунення Президента зрештою була вирішена голосуванням статті про імпічмент, яка починалась такими словами:

Вищезгаданий Ендрю Джонсон ... дійсно ... у 18-й день серпня 1866 року в місті Вашингтон в Окрузі Колумбія шляхом публічного виступу проголосив і ствердив по суті, що Конгрес Сполучених Штатів тридцять дев'ятого скликання не був Конгресом Сполучених Штатів ... але, навпаки, був Конгресом лише частини Сполучених Штатів, тим самим заперечуючи та маючи намір заперечити повноваження вищезгаданого Конгресу Сполучених Штатів тридцять дев'ятого скликання пропонувати поправки до Конституції Сполучених Штатів.⁴²

Подібні свідчення спонукають мене називати це зібрання, в якому домінували республіканці, *Конвентом/Конгресом*, тим самим проводячи аналогію з Конвентом парламентарів, який приніс Англії Біль про права 1688 року. Аналогічно тому, як у Конвенті Славетної революції був порожній трон, на якому раніше сидів король, Конвент/Конгрес Реконструкції мав порожні крісла, в яких раніше сиділи представники Алабами, Вірджинії та дев'яти інших південних штатів поміж ними за абеткою.⁴³

Справи гучніші за слова: оскільки Конвент/Конгрес продовжував виключати південні штати, нічого із сказаного республіканцями не могло б змусити когось подумати, що їхній «Конгрес» був бездоганно легітимним зібранням. Звісно, як належить революціонерам, республіканці вважали свій розрив із конституційним статус-кво цілковито легітимним. Професор Бенедикт нагадує нам, наприклад, що для виправдання свого неконвенціонального ставлення до Півдня багато хто покладався на доктрину «хватки війни»*. Але республіканці ніколи б не відчували необхідності скористатися такою чудовою доктриною, якби припускали, що звичайні правові норми та принципи п'ятої статті були достатніми для легітимації їхньої кампанії в ім'я Чотирнадцятої поправки. Крім того, «хватка війни» аж ніяк не вичерпала республіканський репертуар неконвенціонального обґрунтування – *Congressional Globe* переповнений винахідливими спробами пояснити, чому республіканці мали рацію, вв'язуючись в одну неконвенціональну дію за іншою у своїй боротьбі за Чотирнадцяту поправку.

⁴¹ Враховуючи походження Джонсона з Теннессі, тривалі дебати навколо повернення до Конгресу саме цього штату є особливо пікантним прикладом цієї боротьби. Див. 2 *те саме*, сс. 166, 170, 189; ERIC L. MCKITTRICK, ANDREW JOHNSON AND RECONSTRUCTION 284-91 (1960).

⁴² CONG. GLOBE, 40th Cong, 2nd Sess. 1638-42 (1868) (процитовано і розлогіше обговорено у 2 ASKERMAN, виноска 4 вище, сс. 179-83).

⁴³ Професор Ракове заперечує мій опис Конвенту/Конгресу як чисто «риторичний» на тій підставі, що ніхто свідомо не озирався на Славетну революцію як прецедент. Див. Rakove, виноска 22 вище, с. 1948. Попри цей факт, термін є дуже зручним для тих, хто намагається визначити відмінні риси англо-американської революційної традиції – традиції, яка неодноразово оживала з 1688 р. до 1937 р. й надалі. Відомо, що професійні історики нині обмежуються дослідженням якогось одного із цих революційних періодів. Але це не повинно вести їх до відкидання як «риторичної» можливості, що ці періодичні англо-американські революційні спроби можуть проявляти глибокі історичні тягlosti. (Я кажу «можуть», а не «мусять» – відповідь на це питання можуть дати лише чутливі історичні дослідження, більш широкі за характером, ніж є зазвичай у сьогодишній академічній науці, оскільки це вимагає поглибленого порівняння різних періодів XVIII, XIX і XX століть. Утім, широта цього запиту не робить його риторичним. Лише складним.)

* «Grasp of war» – коли одна держава підкоряє іншу воєнним шляхом, держава-переможниця не йде з переможеної країни і не відмовляється від володіння нею через факт припинення бойових дій. Навпаки, вона тримає переможеного ворога у «хватці війни», доки не забезпечить усього, чого має право вимагати як переможець. (Прим. перекл.)

Очевидно, що більшість республіканців сторонилися тотальних поглядів Таддеуса Стівенса на революцію, яка просуне Америку набагато далі за параметри Чотирнадцятої поправки.⁴⁴ Але професор Бенедикт вводить в оману, коли називає антистівенсівську фракцію «поміркованими» – принаймні, якщо це слово застосовано в його стандартному неревольюційному значенні. Те, що «помірковані» Бенедикта просто сором'язливо сторонилися більш тотального бачення Стівенса, не завадило їм неодноразово нападати на глибоко вкорінені конституційні доктрини, які визначали інститути Президента й Верховного суду та роль штатів повсякчас, коли це було необхідно для підтримки інституційного імпульсу заради Чотирнадцятої поправки. Наприклад, лише за один день у березні 1867 р. Конвент/Конгрес позбавив Президента його ключових повноважень як головнокомандувача, змусив південні штати погодитися надати право голосу чорним і проголосив, що навіть чорно-білі політико-територіальні одиниці не зможуть повернутися до Конгресу, поки не ратифікують Чотирнадцяту поправку. Коли настав березень 1868 р., Конвент/Конгрес оголосив імпічмент Президенту та позбавив юрисдикції Верховний суд, аби той не приєднався до Джонсона в денонсуванні конституційності своїх попередніх ініціатив. Якщо професор Бенедикт вважає це «поміркованістю», то як тоді кваліфікувати «революційність»?

Я – остання людина у світі, яка засуджуватиме Бенедикта за розширене трактування слів англійської мови. Навпаки, я аплодую його небуквальному, піквіському використанню «поміркованості», оскільки вважаю, що це є віддзеркаленням тієї самої проникливості, яка вела мене до карбування терміну «неконвенціональність». Якщо викласти це так, аби підкреслити нашу спільну проникливість: я погоджуюся, що багато членів Республіканської партії були «поміркованими» в тому, що намагались знайти золоту середину між бездоганною легітимністю (такою, якої вимагав Джонсон) і більш тотальною версією революції (якої домагався Стівенс). Хоча їхні окремі теорії значно варіювалися, ці шукачі золотої середини (1) були готові порушити міцно встановлені конституційні правила й принципи, коли було необхідно рятувати своє бачення Союзу, кодифіковане Чотирнадцятою поправкою; але (2) не отримували радості від цих порушень і сподівались встановити нову конституційну рівновагу, щойно вони успішно зацементують нові засадничі принципи у фундамент Республіки. Інакше кажучи, «помірковані» Бенедикта займалися неконвенціональними діями, спрямованими на перемогу революції з людським обличчям.

І професор Бенедикт, і професор Бернем порушили ще одне питання, яке допомагає уточнити поточні терміни дискусії. Вказуючи на популярність теорій «хватки війни» серед республіканців, Бенедикт запитує, чому я не схвалюю «хватку війни» як істинне історичне підґрунтя поправок Реконструкції. Моя відповідь, знов-таки, потребує врахувати, що перенесення центру уваги «Трансформацій» із суті на процедуру вимагає компенсаторних зсувів і на інших методологічних фронтах. Якби я був зацікавлений у розробці значення Чотирнадцятої поправки по суті, то мав би багато чого сказати щодо уваги Бенедикта до того, як провід республіканців розумів її положення. Але ця зосередженість на оригінальному розумінні *республіканців* є набагато більш проблематичною, коли мова йде про оригінальне розуміння процесу, шляхом якого цій поправці вдалося домогтися визнання як юридично чинного вираження конституційної волі американського Народу.

Зрештою, якщо республіканці мали намір досягти ухвалення Чотирнадцятої поправки, було б недостатньо проголосити ту чи іншу неконвенціональну теорію з їхнього аванпосту на Капітолійському пагорбі. Кожен такий виступ супроводжувався б контр-теорією від Білого дому Ендрю Джонсона. Ключове питання полягало в тому, як американський Народ вирішить цю велику битву за їхні серця та уми. Якщо ми маємо відповісти на *це* питання, то буде недостатньо розглянути те, що певні прибічники Конвенту/Конгресу казали від його імені. Ми мусимо розглянути шляхи, якими *конституційна система в цілому* дала можливість Народу нарешті вирішити велику

⁴⁴ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 193-98.

суперечку, що точилася між опонентами, які протистояли один одному на Пенсильванія-авеню, апелюючи до мільйонів мобілізованих прибічників по всій країні.

Якщо це питання історичне, то теорії «хватки війни» спрямовують пошук відповіді хибним шляхом. Вони передбачають, що Південь – і особливо білий Південь – грав пасивну роль у процесі, який вирішив долю Чотирнадцятої поправки. Це вельми далеко від правди. Білі південці не були пасивними політичними жертвами, знерухомленими у «хватці війни» з Півночі. Їхні інтереси та ідеали енергійно представляв їхній захисник у Білому домі, який благав поміркованих по всій країні відкинути революційний націоналізм та егалітаризм Конвенту/Конгресу. Цей виклик із Півдня лихоманив Республіканську партію до самих підвалів, викликаючи серйозне занепокоєння серед її прибічників, які з невідомою тривогою очікували на вибори 1866 року. Тільки після того, як вони виграли ці вибори, республіканці почали здобувати конституційні повноваження, щоб продовжити процес ратифікації Чотирнадцятої поправки; але лише цієї електоральної перемоги було недостатньо для забезпечення поправці засадничого місця в новому режимі. Аби це сталося, буде потрібна набагато більша робота – і на електоральному фронті, і серед політичних та правничих еліт.

Коли ми розглядаємо це питання з історичної точки зору, «хватка війни» просто не описує революційний процес, через який Чотирнадцята поправка з'явилася як засадничий елемент американського врядування. Конституційна чинність Чотирнадцятої поправки стала наслідком не канонади гармат армії Союзу, а серії рішень, які пересічні виборці по всій країні включно з Півднем ухвалили з фундаментальних конституційних питань, запропонованих їм за допомогою розподілу повноважень між гілками влади.

Кажучи конкретніше, розподіл повноважень між Конвентом/Конгресом і Президентом (якого підтримував Верховний суд) одночасно підкреслював ключові конституційні питання, що стояли на кону, і заохочував обидві сторони докласти максимум зусиль для мобілізації своїх сил на електоральну боротьбу. Лише завдяки багаторазовій перемозі над своїми опонентами на цих виборах республіканці успішно інституційували ефект переможця, який зрештою затьмарив конституційні сумніви, породжені поведінкою їхнього Конвенту/Конгресу в критичні роки від 1865-го до 1868-го. Коли республіканці взяли під твердий контроль усі три гілки влади за адміністрації президента Ґранта, Верховний суд нарешті схилився до того, щоб відкинути всі обґрунтовані сумніви щодо дії поправок Реконструкції у «Справах боєнь» 1872 року.⁴⁵ Відтоді тільки найупертіші прибічники «Програної справи Конфедерації» продовжували заперечувати, що ці поправки заслуговують на визнання як обдуманий вибір американського Народу.⁴⁶

Розмірковуючи над цим викладом, і Роджер Сміт, і Джойс Епплбі висловлюють певну стурбованість його вігівським оптимізмом.⁴⁷ Чи я пародіюю Панглосса, створюючи конституційний наратив, у якому навіть Ендрю Джонсону відведено конструктивну роль? Хіба я не доводжу знаменитий афоризм Рональда Дворкіна до абсурдних крайнощів, коли представляю війну Президента проти Чотирнадцятої поправки «в найкращому світлі»?

Є віги, і є віги. Моя власна версія – як вона є – категорично відкидає будь-яку фантазію про лінійність конституційного розвитку, особливо вігівську пиху щодо того, що цей лінійний розвиток досягнув щасливої кульмінації 1999 року – якраз, аби ми всі привітали прихід другого тисячоліття як остаточний тріумф американської боротьби за свободу, рівність і справедливість. Навпаки, моя симпатія до Ендрю Джонсона (і пізніше до Старого суду 1930-х років) віддзеркалює мою більшу симпатію до всіх тих переконаних консерваторів, які приголомшено виявляли, що революційні реформатори

⁴⁵ 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1872).

⁴⁶ Есе професора Бенедикта радше підтримує багато з центральних тверджень цього викладу, ніж ставить його під сумнів. Див. Benedict, виноска 8 вище, с. 2025.

⁴⁷ Див. Joyce Appleby, *The Americans' Higher Law Thinking Behind Higher Lawmaking*, 108 YALE L.J. 1995, 1995 (1999); Smith, виноска 20 вище, сс. 2056-2057.

намагаються зруйнувати їхній політичний світ. Цей досвід не з приємних, тим більше, коли твій політичний світ справді розпадається приголомшливо швидко протягом кількох наступних років.

Звісно, тотальним революціонерам легко придушити ці консервативні тривоги розмовами про «передсмертний хрип старого порядку» або «необхідність розбити яйце, аби приготувати яєшню». Але для борців за революцію з людським обличчям виклик полягає зовсім в іншому: чи може Конституція замість придушувати консервативний опір спрямувати його енергію так, аби допомогти визначити та зрештою легітимувати революційні перетворення?

Мій вігізм полягає в припущенні, що в американській конституційній традиції є матеріали для ствердної відповіді. Є *можливим* включити пристрасну консервативну критику до самого процесу її кінцевого зникнення. Виявляється, що в цій динаміці легітимації вирішальну роль грають два конституційні механізми: по-перше, відокремлення та розподіл повноважень між різними гілками і рівнями влади; по-друге, конституційний календар, який фактично унеможлиблює одномоментне захоплення революційним рухом контролю над усіма рівнями влади. Взаємодія між цими механізмами означає, що революційні реформатори продовжуватимуть перебувати в конфронтації з консерваторами принаймні в кількох центрах влади навіть після однієї-двох перемог на виборах. Вирішувати консерваторам: продовжувати опір революційному натиску і ще раз звернутися до виборців у відчайдушній спробі вигнати негідників на наступних виборах або вже час визнати, що Народ сказав своє слово. Якщо конституційні правники та державні діячі добре управлятимуть цим процесом, революційний заклик до народного суверенітету може не тільки врахувати деякі (якщо не всі) з центральних інтересів консерваторів. Він може також допомогти консерваторам примиритися з поразкою через саму їхню участь у цьому процесі.

Уся ця динаміка втрачається в разі апелювання до концепту «хватки війни». Безсумнівно, мільйони незламних білих мешканців Півдня поклали свої життя, стверджуючи, що Реконструкція була нічим іншим, як брутальним наслідком військової диктатури Півночі. Але вже давно слід було визнати справедливість іншої точки зору, яка вказує на близьку схожість між Реконструкцією та Заснуванням. Джеймс Медісон іноді вдавався до міцних виразів – риторично еквівалентних «хватці війни» та інших подібних теорій – для пояснення, чому федералісти не збиралися ретельно дотримуватись правил внесення змін і поправок, закріплених у Статтях Конфедерації.⁴⁸ Такі розмови мало чого варті в час і в місці революційної дії. Але якщо ми хочемо зрозуміти, як федералістам і республіканцям насправді вдалося досягти загального визнання своєї претензії на те, аби говорити від імені Народу, то мусимо вийти за рамки їхніх розмов і розглянути їхній виразний бренд конституційного державництва. Федералісти не презентували свою конституцію як доконаний факт, а підготували ґрунт для своєї пропозиції через підтримку більшості доречних попередніх інституцій і потім домагалися організації низки ратифікаційних конвентів на рівні кожного штату. Ані перше, ані друге не відповідало правилам, проте змусило їх протидіяти протестам своїх опонентів як словесно, так і на виборчих дільницях. З приєднанням до них все більшої кількості штатів Засновники отримали можливість скористатися демократичним ефектом переможця і почати *переконливо* претендувати на те, що вони говорили від імені Народу попри порушення Статей Конфедерації.

Республіканці створили аналогічний демократичний ефект переможця під час Реконструкції, хоча з інших інституційних матеріалів. Їхній кінцевий успіх в легітимації Чотирнадцятої поправки завдячував не їхнім теоріям «хватки війни», а майстерності, з якою вони пройшли складну інституційну смугу перешкод, закладену поділом і розподілом влади. І тільки після того, як їхні заклики до Народу неодноразово винагороджувались перемогою на виборчих дільницях, вони змогли розвинути демократичний ефект переможця, який дозволив їм *заслужити* громадську довіру, необхідну для того, щоби поставити Конвент/Конгрес 1865-1868 років на такий самий рівень, що й Конституційний конвент 1787 року.

⁴⁸ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 54-55, і виноска 29 вище.

Модель елітарного проводу ніде не виставляють напоказ так наполегливо, як в академічному та професійному тлумаченні Революції Нового курсу. На цю думку наводять терміни вдумливого есе Лори Кальман. Вона цілком слушно розповідає про існування двох шкіл, які пропонують конкуруючі оцінки: «екстерналісти» кажуть, що політичні сили з-поза Верховного суду змусили суддів революціонізувати свої доктрини, тоді як «інтерналісти» це заперечують і відносять деякі чи всі зміни на рахунок постійних зусиль судової еліти підтримувати закон на поточному рівні розвитку звичаїв і динаміки «невидимої руки» ринкових сил.⁴⁹ Просторова образність професорки Кальман точно визначає центр суперечки: «внутрішній» простір зайнятий судом, який намагається керувати своїми взаєминами із «зовнішнім світом». За цієї моделі елітарного проводу ключове питання полягає в тому, чи зовнішній світ виявився занадто гострим для суддів, чи – попри те, що виглядає навпаки – судді, все ж, не керували процесом.

Я починаю з іншого місця – ескалації народної відмови від конституційних традицій необмеженої свободи підприємництва та обмежених повноважень національного уряду, які організовували життя Республіки протягом її перших 150 років. Моє перше завдання – зрозуміти, як узята в цілому конституційна система випробовувала демократичну надійність рузвельтівців, коли ті дедалі наполегливіше заявляли про своє право говорити голосом пересічних американців, вимагаючи революційного перегляду своїх взаємин з національною владою і ринковою економікою. З роками претензію прибічників Нового курсу виступати від імені Народу було легітимовано, і тут з'являється моє друге завдання: пояснити конституційні опції, відкриті для провідників Нового курсу, коли вони намагалися перекласти пристрасну риторику конституційної політики на стійку мову конституційного права. Лише в цій точці починається аналіз традиційних дебатів навколо інтерналістів-екстерналістів, хоча у змінній формі.

А. Реконструкція як прецедент Нового курсу

Моїм першим завданням є окреслити в загальних рисах процес, шляхом якого глибока й усе гостріша народна вимога революційного розриву зі статус-кво зрештою трансформувалася в новий набір конституційних домовленостей. Задля правової перспективи я піду шляхом загального права – шукаючи прецеденти в нашій конституційній історії, які можуть слугувати відповідною основою для професійного розуміння. Подібно до демократів Нового курсу, федералісти Заснування та республіканці Реконструкції були відносно націоналістичними як для свого часу й місця; вони так само стикалися з формальною системою внесення поправок, яка давала штатам вирішальний голос в ухваленні рішення щодо того, чи виступати від імені більш націоналістично визначеного Народу; вони так само пішли альтернативним інституційним шляхом, на якому для зміни конституції їх чекали інші смуги перешкод, ніж передбачені попередньою практикою; і все ж, попри всі легалістичні виклики, їм також вдалося заробити конституційний авторитет, необхідний для переформатування основних умов суспільного договору Америки. То як можна провести паралель між проявом народного суверенітету, реалізованим рузвельтівцями у XX столітті, і тими ранішими парадигмами революційних здобутків?⁵⁰

Особливо плідними є прецеденти з Реконструкції. Якщо скористатися ними як основою для порівняння, то виявиться, що з точки зору інституційного розвитку в революції Нового курсу було не так вже й багато нового, як могло б здатися на перший погляд. Саме Реконструкція, а не Новий курс відкрила те, як розподіл повноважень у поєднанні з усенародними виборами може перетворитися на потужний двигун вищої правотворчості, що дозволив президентам Лінкольну та Джонсону у випадку Тринадцятої поправки і Конвенту/Конгресу у випадку Чотирнадцятої конвертувати кількарізкові

⁴⁹ Laura Kalman, *Law, Politics, and the New Deal(s)*, 108 YALE L.J. 2165, 2168-85 (1999).

⁵⁰ Див. JED RUBENFELD, FREEDOM AND TIME (публікація запланована на 1999 р.) (рукопис подано до *The Yale Law Journal*) (містить опис методу парадигмальних випадків).

перемоги Республіканської партії на виборах у беззаперечний мандат від Народу. Те саме сталося під час Великої депресії – але цього разу розподілом влади для здобуття вищих законотворчих повноважень скористалися Рузвельт і Демократична партія, які раз по раз зверталися до Народу, щоб той підтримав своїми голосами Новий курс проти консервативного конституційного бачення, виробленого політиками-республіканцями та Верховним судом.

«Трансформації» пропонують ряд уявних експериментів для ілюстрації очевидної структурної схожості між Реконструкцією та Новим курсом. Наприклад, уявімо, що Джон Вілкс Бут не влучив у свою президентську ціль у Театрі Форда, натомість хтось більш влучний застрелив Франкліна Рузвельта в 1935 р. Повний розворот лише в цих непередбачуваних обставинах призвів би до масштабної зміни формальних шляхів, якими великі революції XIX й XX століть виразили б своє конституційне значення. Якби Рузвельта 1935 року змінив його консервативний віце-президент, Джон Ненс Гарнер, то подальший період гострого конфлікту між президентом і Конгресом нагадував би боротьбу між Ендрю Джонсоном і Конвентом/Конгресом, до якої призвів постріл Бута. Представник Півдня в Білому домі знову засудив би революційні реформи, як-от Закон Вагнера і Закон про соціальне забезпечення, при цьому за його спиною зловісно маячив би Верховний суд; ліберали з Півночі – скажімо, з Робертом Вагнером у ролі Джона Бінгема⁵¹ – знову опинилися б у вирі боротьби не на життя, а на смерть за своє політичне виживання; знову вони не мали б іншого вибору, як тільки підготувати проект формальних поправок на підтримку своїх трансформативних статутних пропозицій, звертаючись до Народу за підтримкою в наступному раунді виборів на рівні штату та національному рівні. Оскільки на виборах 1936 року демократи перемогли з величезною перевагою, отримавши більшість у законодавчих органах близько трьох чвертей штатів, цей альтернативний сценарій цілком міг би принести формальні зміни відповідно до процедури, яку передбачає п'ята стаття – навіть без жодних неконвенціональних маневрів, як ті, до яких вдався Конвент/Конгрес в аналогічний момент під час Реконструкції.⁵²

Аналогічно, невлучний постріл у Театрі Форда значно збільшив би ймовірність конституційної революції у стилі Нового курсу. Замість того, щоб тараном проштовхувати Закони про Реконструкцію через Конгрес у смертельній битві за забезпечення ратифікації Чотирнадцятої поправки, Лінкольн міг би досягти конституційних гарантій національного громадянства менш революційними засобами. Порівняно із Законами про Реконструкцію пропозиція Лінкольна розширити Верховний суд до 15 членів виглядала б відносно поміркованою – на цю думку наштовхує те, що республіканці Реконструкції насправді неодноразово змінювали кількість членів суду з метою контролювати прийняті ним конституційні рішення. За цим президенціалістським сценарієм, Лінкольн та його республіканський Сенат відправили б десант відданих республіканців до Верховного суду з наміром скасувати рішення у справі Дреда Скотта.⁵³ Замість частини 1 Чотирнадцятої поправки наш конституційний канон нині містив би ряд гучних трансформативних судових рішень кінця 1860-х років з детально розробленою позитивною концепцією прав національного громадянства.

Справді, попри смерть Лінкольна в наших архівах є натяки на спроби конституційної трансформації через судову революцію. Номінуючи Салмона П. Чейза до Суду, Лінкольн пояснював, що «ми бажаємо такого голову Верховного суду, який підтримуватиме зроблене щодо звільнення рабів і

⁵¹ Вагнер був центром широкої мережі лібералів та інтелектуалів у сфері політики, яка певною мірою нагадує мережу республіканців, що в XIX столітті оточувала конгресових лідерів, як-от Бінгема. Порівняйте Mark Barenberg, *The Political Economy of the Wagner Act: Power, Symbol and Workplace Cooperation*, 106 HARV. L. REV. 1381, 1403-07 (1993) (опис мережі інтелектуалів у сфері права та політики Нового курсу), з William E. Nelson, *The Impact of the Antislavery Movement upon Styles Official Reasoning in Nineteenth Century America*, 87 HARV. L. REV. 513, 525-38, 551-55 (1974) (опис соціального та інтелектуального коріння правової думки республіканців).

⁵² Див. Rafael Gely & Pablo T. Spiller, *The Political Economy of Supreme Court Constitutional Decisions: The Case of Roosevelt's Court-Packing Plan*, 12 INT'L REV. L. & ECON. 45, 63 tbl. 5 (1992).

⁵³ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1856).

щодо законних платіжних засобів».⁵⁴ А своїм рішенням у справі «Кренделл проти Невади»⁵⁵ 1867 року Суд, більшість членів якого призначив Лінкольн, розпочав перевизначення прав національного громадянства без жодної допомоги від Чотирнадцятої поправки, яка тоді перебувала в конституційному чистилищі.

Але потребу в подальшому судовому розвитку «привілеїв або імунітетів» національного громадянства було усунуто неконвенціональною ратифікацією Чотирнадцятої поправки. Щойно Конвенту/Конгресу вдалося зробити цей формальний текст законом, у лінкольнівського Верховного суду відпала імперативна необхідність продовжувати йти трансформативним шляхом, посилюючи рішення у справі Кренделла ще потужнішим скасуванням попереднього рішення у справі Дреда Скотта. Крім того, як тільки Джонсон замінив Лінкольна у Білому домі, новий президент вже не був зацікавлений у призначенні членами Верховного суду республіканців, що жадали прискорення доктринальної революції.

На відміну від цього, прибічники Нового курсу зберігали контроль за посадою президента, а отже мали на вибір різні інституційні опції. Оскільки конгресові демократи не протистояли супротивнику в Білому домі, як-от Джонсон/Гарнер, то не були вимушені скористатися повноваженнями Конгресу за п'ятою статтею, аби дати хід своїй конституційній ініціативі. Натомість вони могли сповна використати президентські повноваження та спрямувати сталий потік суддів Нового курсу до рузвельтівського Верховного суду для скасування рішень у таких справах, як «Геммер проти Даґенгарта»,⁵⁶ гучними трансформативними рішеннями, наприклад, у справах «Сполучені Штати проти компанії «Дарбі Ламбер»⁵⁷ і «Вікард проти Філберна».⁵⁸

В. Чому не формальні поправки?

Ці уявні експерименти готують ґрунт для вирішальної відповіді на вічне питання, порушене моїм новим тлумаченням революції Нового курсу: якщо Рузвельт і його демократи так жадали конституційних змін, чому вони не провели належні поправки до Конституції в порядку, передбаченому п'ятою статтею?

Як підказує особистий досвід, багато правників і суддів вважають, що на цьому питанні розмови мають припинитися, закривши будь-яке подальше професійне обговорення моєї тези. Але вони помиляються. Якщо поставити наші прецеденти в один ряд – Заснування, Реконструкція, Новий курс – у так званому «неуспіху» рузвельтівців у застосуванні п'ятої статті можна побачити те, чим він є: наслідком їхнього *успіху* у збереженні контролю за посадою президента в період своєї максимальної конституційної креативності. На відміну від цього, так званий «успіх» республіканців у введенні в дію Чотирнадцятої поправки фактично є наслідком їхнього *неуспіху* в контролюванні президентської посади у свої ключові плодотворні роки, що змусило їх ужити навіть більш революційних заходів для отримання юридичного визнання симулякрів своїх поправок. Наполягаючи на приматі п'ятої статті, правники-формалісти перетворюють Джона Вілкса Бута на одного з найвеличніших конституційних законодавців в історії Республіки.

Коли ми приходимо до розуміння того, як президенціалістську логіку Реконструкції було раптово перервано кулею вбивці, то виявляється, що тип президентського лідерства, продемонстрований демократами Нового курсу, набагато ймовірніше слугуватиме тривким прецедентом для майбутніх

⁵⁴ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, с. 274 (цитування листа Авраама Лінкольна Джорджу С. Баутвеллу в 2 CHARLES WARREN, THE SUPREME COURT IN UNITED STATES HISTORY 401 (1926)).

⁵⁵ 73 U.S. 35, 44 (1867) (встановлення права подорожувати через кордони штатів). Суд проголосив це право національного громадянства як «за своєю природою незалежного від волі будь-якого штату, по землі якого громадянин мусить пересуватися у здійсненні цього права». *Те саме*.

⁵⁶ 247 U.S. 251 (1918).

⁵⁷ 312 U.S. 100 (1941).

⁵⁸ 317 U.S. 111 (1942).

конституційних революцій. Убивства президентів у критичні моменти будуть – сподіваємося – винятком, а не правилом у майбутні періоди конституційного розвитку. Як наслідок, партії революційних реформ, мабуть, контролюватимуть і офіс президента, і Конгрес, коли їхні претензії на повноваження вищої правотворчості будуть найбільш рішуче підтримані Народом. Якщо правники використовують «проблему відсутніх поправок» для того, щоб ігнорувати історичну реальність президентського лідерства у трансформативних реконструкціях Верховного суду, їхня офіційна теорія Конституції загрожує стати на заваді дисциплінованому аналізу майбутніх зусиль президентів трансформувати конституційне право в ім'я Народу.

Президенціалістські зв'язки між Реконструкцією та Новим курсом перебувають у самому центрі мого аргументу в «Трансформаціях», в яких цілий розділ присвячено ретельній розробці цього питання.⁵⁹ Я був здивований, що жоден учасник симпозіуму не приділив цьому розділу ґрунтовної критичної уваги. Можливо, це є ознакою надмірної історичної спеціалізації, за якої експерти з Реконструкції та Нового курсу не надто охоче заходять на територію одне одного та зосереджуються на більш загальних темах американської конституційної історії.

С. Нові дебати навколо Нового курсу

Якою б не була причина цього мовчання, багато більш зосереджених учасників непрямо посилюють мої аргументи. Почнемо з нині традиційного юридичного розуміння доктринальної революції 1930-х років. Замість того, щоб побачити її джерело в мобілізованому акті народного суверенітету, значення революції Нового курсу інтерпретують через міф повторного відкриття. Згідно з цим знайомим поглядом, панівну юриспруденцію епохи Лохнера відкидають як помилковий відхід від правильного шляху, розміченого певними націоналістичними рішеннями членів Верховного суду Маршалла та Сторі в ранні часи Республіки; так чи інак, рузвельтівський Суд знайшов сили відновити маршаллівську правду, яка нікуди не поділася. Коли я починав писати «Ми, Народ» років двадцять тому, цей міф слугував беззаперечною відправною точкою в академічній спільноті правників. Утім, як демонструє Стівен Гріффін, нині цей «реставраціоністський» портрет демократії Нового курсу повністю дискредитовано істориками, що досліджують розвиток політики та права, до яких тепер слід зарахувати Волтера Діна Бернема, Вільяма Форбата і Лору Кальман.⁶⁰

Але якщо, як підказує новий історичний консенсус, революцію Нового курсу не можна юридично виправдати старим міфом перевідкриття, то є лише питанням часу, коли ці тривожні новини почнуть сочитися з академічної спільноти, дестабілізуючи традиційне розуміння практикуючих адвокатів і суддів. Не потрібно бути пророком, аби припустити, що в наступні десять-двадцять років нас очікує серйозна криза легітиматії. Коли крихісткість отриманого тлумачення Нового курсу відкриється погляду, правники, судді та дослідники скористаються можливістю зміцнити або знести конституційні підвалини цієї революції.

Деякі напрямки майбутньої боротьби вже з'являються на поверхні. Окрема думка судді Томаса у справі Лопеса, яка збігається з позицією більшості складу Верховного суду, знаменує початок розумної консервативної кампанії з використання панівного міфу перевідкриття як двосічного меча.⁶¹ Аналогічно тому, як цей міф спрацював в останні півстоліття для підтримки конституціоналізму Нового курсу, суддя Томас пропонує скористатися ним для ліквідації Нового курсу під час наступної ери. Це можна здійснити, взявши міф Золотої доби Медісона й Маршалла та наповнивши його новим історичним змістом: якщо міф перевідкриття є історично некоректним у зображенні Маршалла і компанії як націоналістів Нового курсу, чи не слід новому поколінню юристів і суддів подивитися в очі

⁵⁹ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 255-78.

⁶⁰ Див. Burnham, виноска 13 вище, сс. 104-05; William E. Forbath, *Caste, Class, and Equal Citizenship*, 98 MICH. L. REV. (публікація запланована на жовтень 1999 р.); Stephen M. Griffin, *Constitutional Theory Transformed*, 108 YALE L.J. 2115, 2123-2132 (1999); Kalman, виноска 49 вище, с. 2168 (1999).

⁶¹ Див. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549, 584 (1995) (Thomas, J., concurring).

цій важкій історичній правді? За *новим* міфом Томаса про перевідкриття ми мусимо визнати, що «в 1930-х роках Верховний суд повернув «не в той бік» своїм драматичним відходом від півторастолітнього прецеденту»,⁶² а отже Новий курс є нелегітимним відходом від вищого права, отриманого нами від Золотої доби.

Якщо напрямок Томаса перемає, нинішнє покоління істориків стане жертвами доволі гіркої історичної іронії. Більшість із них є політичними лібералами, і багато хто заграє з модним скептицизмом щодо самої можливості історичної правди. Менше з тим, як показує Гріффін, вони нарощують професійний консенсус, який потужно підтримує Хомів невірних* правничого світу. Як і суддя Томас, новий історичний консенсус підкреслює наявність світоглядної прірви, яка відділяє націоналістів на кшталт Гамільтона і Маршалла від націоналістів типу Рузвельта і Джексона. Як і Томас, я заперечую, що Новий курс правильно розглядати як просте відродження істини Заснування. Тому це лише питання часу, коли суддя Томас апелюватиме до ліволібералів, як Вільям Форбат і Лора Кальман, на підтримку своїх поглядів на революцію Нового курсу.

Не можна сказати, що такого апелювання до нового історичного консенсусу буде достатньо, аби Томаси-Хоми невірні отримали перемогу у Верховному суді, і це важливо пам'ятати. Як демонструють минулі пів століття, наше конституційне право цілком здатне підтримувати юридичні фікції дуже довго, мабуть, безкінечно. Більшість Верховного суду не прийме думку судді Томаса у справі Лопеса найближчим часом, якщо тільки хтось на кшталт Ньюта Гінґріча не з'явиться з політичного забуття для участі в президентських перегонах 2000 року та успішно відтворить сценарій Рузвельта 1930-х років. Навіть якщо президенту Гінґрічу та його республіканському Сенату в наступне десятиліття вдасться заповнити Верховний суд трансформативними призначеннями в кількості, достатній для конвертації самотньої окремої думки судді Томаса у справі Лопеса в гучну думку більшості складу суду Гінґріча/Томаса, читачі цього журналу матимуть можливість насолодитися іронією заплутаності конституційної перемоги республіканців: переможному голові Верховного суду Томасу вдасться скасувати рішення у справах «Дарбі» і Вікарда просто як результат успіху Гінґріча у використанні рузвельтівського прецеденту трансформативних призначень. Одне слово, суд Гінґріча *запроваджував* би конституціоналізм Нового курсу на рівні процедури, водночас *ліквідовуючи* його на сутнісному рівні.

Але, звісно, все це дуже малоімовірно – а якби сталося, безумовно, відповідало б моїм тестам з магічним кристалом щодо революцій з людським обличчям. Я цілком упевнений, що тверезі правники 1999 року очікували б зовсім іншої думки, якби їх попросили зробити твердий короткостроковий прогноз майбутнього напрямку судового тлумачення революції Нового курсу. Замість окремої думки судді Томаса у справі Лопеса, вони вкажуть на думку простої більшості* суддів О'Коннор, Кеннеді та Свутера у справі Кейсі як на таку, що позначає найбільш імовірний шлях магістрального розвитку права.⁶³ Ця думка є не засудженням гучних справ Нового курсу як «повороту не в той бік», а радше спробою обґрунтувати справи «Дарбі Ламбер», Вікарда та решти, розглядаючи їх через призму моделі елітарного проводу. За такого погляду, економічні сили до 1930-х років створили єдиний національний ринок, і Верховний суд вже мав урахувати ці нові комерційні реалії,

⁶² *Те саме*, с. 599.

* В оригіналі має місце гра слів, оскільки англійською Хома невірний – *doubting Thomas*, тобто натяк на прізвище голови Верховного суду Томаса (*прим. перекл.*).

* Думка простої більшості (*plurality opinion*) – це правова позиція суду апеляційної інстанції, якій бракує голосів суддів, аби бути думкою більшості складу суду. Інакше кажучи – це така правова позиція, яку підтримало більше суддів порівняно з будь-якою іншою запропонованою позицією. Оскільки абсолютній більшості суддів не вдалося досягнути спільної позиції, думка простої більшості не має обов'язкової сили, але має значення прецеденту як рішення суду, і на його логічне обґрунтування можуть посилатися в подальших справах. Утім, думка простої більшості не має такого ж рівня прецедентного авторитету, як думка, написана абсолютною більшістю суду. (*Прим. перекл.*)

⁶³ *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 843-901 (1992).

підкинуті «невидимою рукою». А отже Верховний суд ери Рузвельта цілком справедливо відмовився від усталеної доктрини у світлі зміни «обставин»⁶⁴ в американській економіці.

Як каже професор Ґріффін, з цим множинним поглядом — лише одна проблема: він хибний. Революція Нового курсу була не просто відповіддю на зміну обставин, але переглядом засадничих цінностей, найпримітніше — місця вільноринкового капіталізму та обмеженого регулювання з боку національного уряду в конституційному устрої.⁶⁵

Звісно, саме так Новий курс представлений у «Трансформаціях», запрошуючи правників вийти за рамки напівправди, побіжно створеної двома попередніми підходами. Подібно до окремої думки судді Томаса у справі Лопеса, «Трансформації» визнають, що американці не схвалювали нічого схожого на те, як Новий курс бачив активістський національний уряд — тобто такий, що активно втручається у суспільне та економічне життя, — ані під час Заснування, ані під час Реконструкції, і що Верховний суд епохи Лохнера мав рацію, наполягаючи на цьому засадничому моменті. Але «Трансформації», як і думка простої більшості у справі Кейсі, стверджують, що Суд також був правий, коли змінив свою позицію у 1930-х роках.

На відміну від обох поглядів, «Трансформації» не намагаються оцінювати знаменитий «своєчасний кульбіт»^{*} Верховного суду, користаючись головним чином моделлю елітарного проводу — або приєднавшись до окремої думки судді Томаса в засудженні рузвельтівського Суду за ігнорування цінностей Заснування, або приєднавшись до думки простої більшості, яка схвалює спритність Суду в адаптуванні конституційної доктрини до зміни обставин. Натомість «Трансформації» намагаються оцінити роботу Верховного суду як частину набагато ширшого процесу, через який американський Народ революціонізував свої конституційні цінності в 1930-х роках.

D. Чи справді Новий курс був революцією?

«Трансформації» прибирають Верховний суд із центру історії про Новий курс, підкреслюючи, як початковий опір Старого суду Новому курсу допоміг Президенту, Конгресу і країні в цілому відповісти на засадничі конституційні питання, порушені вибором активістського національного уряду. Замість засудження Старого суду за його неспроможність гідно оцінити деякі істини Джона Маршалла, я аплодую йому за примус еліт, що набирали ваги у Вашингтоні, раз у раз звертатися до Народу до того, як вони зуміли домогтись твердої конституційної легітимності для своїх революційних реформ.

Попри сказане вище я не хочу приховувати серйозні вади мого викладу. Моя зосередженість на поточній інституційній динаміці взаємин між Президентом, Конгресом і Верховним судом у Вашингтоні завадила мені приділити належну увагу ширшому процесу політичної трансформації, що відбувався в країні. Тому я дуже вдячний професорам Бернему, Форбату і Люхтенбургу за підказки, які допомагають заповнити цю прогалину: Бернем привертає увагу до інституційних баталій у Вашингтоні як частини революційної трансформації в американській партійній системі;⁶⁶ Форбат досліджує її складний зв'язок з масовою мобілізацією американців до політично спрямованого та

⁶⁴ *Те саме*, с. 862.

⁶⁵ *Див.* Griffin, виноска 60 вище, сс. 2144-46; *див.* також 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 400-01.

^{*} "Switch in time." Походить від фрази: "The switch in time that saved nine" — вчасна зміна позиції, що врятувала дев'ятьох (членів Верховного суду). Ця фраза, автором якої є гуморист Кел Тінні, стосується судді Верховного суду Оуена Робертса, який у справі «Компанія «Вест Коуст Готел» проти Елізи Парріш» (1937) раптово змінив свою позицію супротиву законодавству, що регулює бізнес. Завдяки цьому суд виніс рішення 5-4 на користь покоївки Елізи Парріш. Існувала думка, що таке рішення було прийнято Верховним судом як стратегічний політичний крок на свій захист від судової реформи Президента Рузвельта (також відомої як «план пакування суду»). Утім, пізніше з'явилися історичні свідчення про те, що Робертс прийняв своє рішення ще до того, як законопроект про судову реформу було внесено до Конгресу. (*Прим. перекл.*)

⁶⁶ *Див.* Burnham, виноска 5 вище, сс. 2249-62.

конституційно усвідомленого руху за соціальне громадянство;⁶⁷ і Люхтенбург розглядає розуміння народом надзвичайно високих ставок на виборах 1936 року.⁶⁸

Оскільки професорка Кальман найбільш скептично ставиться до мого опису рузвельтівців як «революціонерів», почну з її критики. Сподіваюсь, багато з її сумнівів розсіються у світлі намагання цього есе прояснити моє центральне поняття революції з людським обличчям. Я впевнений, наприклад, що вона погодиться з тим, що Новий курс без проблем кваліфікується як «революція» згідно з моїм «десятирічним тестом». Деякі інші моменти її скептицизму – навіть обґрунтованого – не є достатніми для сумнівів у революційному характері Нового курсу. Почнемо з її твердження, що я «перебільшив внутрішню узгодженість першого Нового курсу і створив викривлене враження розлому, який він представляє».⁶⁹ Що ж до внутрішньої узгодженості, то це не до мене; революції з людським обличчям нерідко різко поривають з минулим, не демонструючи якогось суттєвого внутрішнього послідовного бачення майбутнього, особливо на ранніх етапах. Розглянемо, наприклад, перший Новий курс: Кальман цілком слушно припускає, що за своїм філософським підґрунтям рішення створити Адміністрацію долини Теннессі сильно різнилось від рішення створити Комісію з цінних паперів і бірж, які різнились від рішення Рузвельта відмовитися від золотого стандарту, яке різнилось від ініціатив Нового курсу щодо трудових відносин чи сільського господарства і так далі. Менше з тим, сукупний вплив такої великої кількості ініціатив на такому широкому фронті був достатньо очевидним: вони перетворили на «абсурд ідею, що Конституція делегувала [Конгресу] перелік суворо обмежених повноважень [стосовно економіки]».⁷⁰

Щодо звинувачення професоркою Кальман мене у «викривленні», ми підходимо до серйозної незгоди. Я продовжую вважати, що Закон про відновлення національної промисловості (NIRA) був абсолютно центральним на ранньому етапі Нового курсу так само, як вважає й професор Люхтенбург: «Хоча адміністрація Рузвельта мала безліч важливих алфавітних агентств, не можна «заперечувати, що Національна адміністрація з відновлення стала символом самого Нового курсу, і що з її сном ... щось дуже відчутне було вилучено із атмосфери столиці країни».⁷¹

Я також не погоджуюся з тим, як професорка Кальман оцінює ідеологічне значення NIRA. На її погляд, моє «твердження, що NIRA запропонував скасувати ринковий капіталізм є безглуздом: він просто поставив на картелях штамп схвалення».⁷² Даруйте мені за безглуздість, але я продовжую вважати, що схвалення Законом про відновлення національної промисловості картелізації *всієї* економіки за остаточним контролем офісу президента, а не Конгресу, слід вважати справді вельми революційним кроком, і навіть ще більш революційним його робить безпрецедентне схвалення законом колективних переговорів.⁷³ Хоча професорка Кальман абсолютно має рацію, коли каже, що «корпоративізм» є багатограним терміном, він все одно зручно позначає якісну відмінність між

⁶⁷ Див. Forbath, виноска 60 вище (рукопис, с. 1).

⁶⁸ Див. Leuchtenburg, виноска 71 вище, сс. 2111-14.

⁶⁹ Kalman, виноска 49 вище, с. 2196.

⁷⁰ 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, с. 288.

⁷¹ William E. Leuchtenburg, *When the People Spoke, What Did They Say?: The Election of 1936 and the Ackerman Thesis*, 108 YALE L.J. 2215, 2220 (1999) (цитовання Delbert Clark, *Washington Now Pauses To Take Stock*, N.Y. TIMES, June 23, 1935 (журнал), на с. 3).

⁷² Kalman, виноска 49 вище, с. 2198.

⁷³ Стосовно значення легітимації колективних переговорів Національним законом про трудові відносини, див. James Pope, Section 7(a) and the Revitalization of the American Labor Movement, 1933-35: A Study of the Symbolic Impact of Law (неопублікований рукопис у файлі в *The Yale Law Journal*).

Кальман не впевнена у своїй власній характеристиці значення NIRA. Вона стверджує, що неуспіх NIRA був «посилений його вбогим адмініструванням» і «неспроможністю організувати економіку чи привести до економічного оздоровлення». Kalman, виноска 49 вище, с. 2198. Таким твердженням вона визнає, що метою NIRA фактично було *організувати* економіку. Я погоджуюся з нею, що NIRA не впорався з цим завданням. Корпоративістські інституції часто зазнають невдачі. Я ніколи не доводив, що NIRA був успішним революційним кроком – лише те, що він був революційним кроком.

повним запереченням вільноринкового капіталізму, яке має на увазі NIRA, і більш селективними, хай сукупно революційними, регуляторними напівзаходами та інтервенціями держави загального добробуту, передбаченими іншими великими законодавчими інноваціями першого Нового курсу.⁷⁴

Е. Творча роль судового опору

Отже, одноголосне відхилення Верховним судом NIRA було дуже важливою конституційною подією. Звісно, саме тут постає перше велике питання щодо Старого суду: чи він діяв належним чином, *одноголосно* виступивши проти NIRA у справі корпорації Шехтера?⁷⁵

Згідно з панівним міфом про перевідкриття, правильною відповіддю буде «ні». Якщо Новий курс був відновленням маршаллівських принципів, то Верховний суд припустився жакливого помилки, відмовившись від своєї видатної ініціативи, NIRA.

А я кажу, що Старий суд мав рацію. Намагаючись переглянути традиційну точку зору, я не стверджую, як припускає професорка Кальман, що Старий суд слугував головною силою, що стояла за ухваленням епохальних актів, як-от Національного закону про трудові відносини (NLRA) і Законом про соціальне забезпечення. Навпаки, я перший наголошуватиму, що до ухвалення цих законів підштовхував відроджений робітничий рух та інші народні сили, що вимагали докорінно змінити принцип необмеженої свободи підприємництва.⁷⁶

Мій захист Старого суду враховує більш діалогічне розуміння його вкладу в кінцевий конституційний результат. Сказавши «ні» Закону про відновлення національної промисловості, Верховний суд справедливо надіслав попередження Рузвельту про те, що той не здобув конституційних повноважень вимагати мандат від Народу на таку широку революційну реформу, і якщо він бажає наполягати на такому мандаті, йому слід звернутися до народу в 1936 р. з виборчою платформою, яка відкрито нападає на справу Шехтера та енергійно наполягає на імперативі, необхідному для поновного прийняття покращеної версії NIRA. Його знамените засудження справи Шехтера показує, що він дуже добре зрозумів це попередження, але був неготовий схилитися до твердження, що Народ підтримує кампанію за корпоративістську Америку.⁷⁷

Натомість Рузвельт відреагував на справу Шехтера, вилучивши повний корпоративізм із порядку денного Нового курсу і вийшовши до американського Народу в 1936 р. з якісно новою програмою. Замість намагатися цілковито пересунути базову лінію вільного ринку, Президент запропонував дуже відмінний ідеал *демократично контрольованого капіталізму* – в якому жорстокість принципу необмеженої свободи підприємництва стримуватиме безліч створених для цього інституцій, від соціального забезпечення до колективних переговорів, масивних державних капіталовкладень, інтенсивного регулювання постраждалих економічних секторів, публічного нагляду за ринком цінних паперів тощо. Цей потік селективних інтервенцій позначив радикальний розрив з традиційними конституційними засадами – і цю точку зору підкріплює серія знаменитих рішень Старого суду, які наповал уражали характерні заходи Нового курсу в 1935 і 1936 рр.⁷⁸ Водночас він не сягав такого

⁷⁴ Щодо іншої академічної характеристики NIRA як «корпоративістського» див. James Q. Whitman, *Of Corporatism, Fascism, and the First New Deal*, 39 AMER. J. COMP. L. 747 (1991).

⁷⁵ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁷⁶ Див. Barenberg, виноска 51 вище, сс. 1401-02, 1411-12; William E. Forbath, *The Shaping of the American Labor Movement*, 102 HARV. L. REV. 1109, 1231-32 (1989); Drew D. Hansen, *The Sit-Down Strikes and the Switch in Time* 9-10 (Feb. 1999) (неопублікований рукопис у файлі в *The Yale Law Journal*).

⁷⁷ Див. 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 298-301.

⁷⁸ Хоча Верховний суд знищував заходи Нового курсу протягом 1935 й 1936 рр., багато з них пали з незгодними думками. Див. *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 78-88 (1936) (Стоун, суддя, незгодний); *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238, 324-41 (1936) (Кардозо, суддя, незгодний); *Railroad Retirement Bd. v. Alton R.R.*, 295 U.S. 330, 374-92 (1935) (Г'юз, голова Верховного суду, незгодний). Стисле обговорення справ див. у 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, с. 303 виноска 71-72 і супутній текст; щодо важливості незгоди див. 2 *me same*, сс. 373-74, і Leuchtenburg, виноска 71 вище, at 2101-05.

рівня атаки на конкурентний ринок, як передбачений Законом про відновлення національної промисловості.

Оскільки професорка Кальман відмовляється визнати революційний характер NIRA, вона не визнає й те, яким чином його усунення з оперативного порядку денного змінило характер програми Нового курсу. Насправді вона йде навіть далі, і піддає сумніву, що такі законодавчі акти, як Національний закон про трудові відносини та Закон про соціальне забезпечення взагалі були революційними. Вона справедливо зазначає, що демократам південних штатів вдалося досягти значних вилучень з обох законів у спосіб, що великою мірою виключив чорношкіре населення на півдні з гарантій держави загального добробуту, яка почала виникати в Америці.⁷⁹

Це так, але такі стратегічні компроміси типові для революцій з людським обличчям.⁸⁰ Тільки тотальні революціонери уявляють, що якесь одне покоління може відновити цілковиту справедливість і встановити рай на землі. Навіть у расових питаннях Рузвельт поведився доволі відмінно від попередників-демократів, як-от Вудро Вілсон чи Гровер Клівленд. Замість повної капітуляції перед південним політичним істеблішментом Рузвельт був першим президентом-демократом, який доклав серйозних зусиль для проведення чистки Демократичної партії на півдні від її білого консервативного проводу. І хоча ці зусилля зазнали невдачі, що мало величезні наслідки для сучасної американської історії,⁸¹ з боку професорки Кальман абсолютно анахронічно використовувати цю невдачу для применшення революційних проривів Нового курсу на інших фронтах. На відміну від глибокої ворожості федеральних судів до профспілок у часи до Нового курсу, Національний закон про трудові відносини був нічим іншим, як радикальним розривом з минулим,⁸² і таким був також і Закон про соціальне забезпечення у зв'язку з аналогічною ворожістю до базових принципів законодавства про мінімальну заробітну плату.⁸³

Як пояснює професор Люхтенбург, усе це було очевидним уже в той час: «Нація чудово розуміла, що в 1936 р. постала перед фундаментальним вибором».⁸⁴ Проголосувавши з великою перевагою за Рузвельта й проти Лендона, а також віддавши демократам безпрецедентну перемогу в Конгресі, американці свідомо легітимували державу загального добробуту.⁸⁵

Що не так очевидно, так це те, яким був вклад Верховного суду в інтерпретацію значення цих виборів.⁸⁶ Зрештою, не щодня в Америці вибори включають щось настільки надзвичайне, як статус «держави загального добробуту». Есе професора Люхтенбурга поглиблює представлений у «Трансформаціях» звіт про цей процес інтерпретації. У тій книзі я мав на меті запропонувати, як рішення Старого суду сказати «ні» Закону про відновлення національної промисловості (однострійно) та іншим репрезентативним заходам Нового курсу (неоднострійно) мали два відмінні ефекти інтерпретації для двох різних аудиторій. Ми вже розглянули вплив Старого суду на першу аудиторію, яку складала нова політична еліта у Вашингтоні, насамперед Президент Рузвельт. У цьому випадку «ні» від суду раз по раз змушували новокурсників загострювати свій ідеологічний фокус, готуючись до

⁷⁹ Див. Forbath, виноска 60 вище, сс. 95-96 (обговорення тексту нижче, який супроводжує виноска 113-120).

⁸⁰ До того ж, стратегічний компроміс у цьому випадку був успішним, оскільки вилучення щодо сільськогосподарських і місцевих працівників були фактично усунені пізніше більш поступовими процесами законодавчої еволюції.

⁸¹ Див. SIDNEY M. MILKIS, THE PRESIDENCY AND THE PARTIES 3, 52-53, 69-97 (1993); Forbath, виноска 60 вище, сс. 105-06; Bruce Ackerman, *The Broken Engine of Progressive Politics*, AM. PROSPECT, May-June 1998, сс. 34,40.

⁸² Карен Оррен дає багатий історичний звіт про радикальний характер розриву Нового курсу з традиційним регулюванням трудових відносин. Див. KAREN ORREN, BELATED FEUDALISM: LABOR, THE LAW, AND LIBERAL DEVELOPMENT IN THE UNITED STATES 29-67, 209-30 (1991).

⁸³ Див. *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936).

⁸⁴ Leuchtenburg, виноска 71 вище, с. 2112.

⁸⁵ Те саме, с. 2111.

⁸⁶ Порівняй Mark Kelman, *Interpretive Construction in the Substantive Criminal Law*, 33 STAN. L. REV. 591, 591-600, 669-73 (1981).

майбутньої виборчої кампанії. Але звіт Люхтенбурга особливо корисний для поглиблення нашого розуміння впливу Старого суду на другу, зрештою важливішу, аудиторію – політичну націю в цілому, коли перед нею постала необхідність зробити вибір у 1936 р.

Як показує Люхтенбург, республіканці постійно використовували Старий суд як риторичний засіб інтерпретації у своїх спробах переконати співгромадян у високих ставках, що стоять на кону. Хоча Старий суд (більш-менш) твердо протистояв натиску Нового курсу попередні два роки, Лендон зі своїми однопартійцями-республіканцями правильно наголошував, що час не на їхньому боці. Якщо Рузвельт знову виграє, Старий суд поступово зникатиме протягом його другого терміну – або внаслідок смертності, або через більш виразні дії, як-от пакування суду* чи внесення поправки до Конституції. Отже, залишався єдиний шлях, яким пересічні американці могли захистити «Конституцію, як ми її знаємо», від загрози радикальної трансформації, а саме – скористалися шансом викинути Рузвельта з Білого дому і скоротити надто велику більшість демократів у Конгресі, який надавали вибори 1936 року.

Періодичні спроби Лендона з однопартійцями скористатися Верховним судом як електоральним об'єднавчим чинником мали два важливі наслідки. По-перше, вони дозволили основним ідеям Старого суду вийти за межі езотеричних сторінок Збірок рішень Верховного суду США та ожити для пересічних громадян. Маючи за собою Верховний суд, республіканці були в ідеальній позиції, аби наголосити, що Новий курс – навіть позбавлений корпоративістських атрибутів NIRA – справді означав революційний наступ на глибоко вкорінені конституційні традиції необмеженої свободи підприємництва та обмеженого регулювання з боку національного уряду. По-друге, що парадоксально, регулярне апелювання республіканців до виборців щодо захисту спроб Верховного суду сказати «ні» Новому курсу зробило вклад у «так», сказане виборцями в листопаді з поглибленим конституційним смислом – створивши, за словами Люхтенбурга, «яскраву підтримку державі загального добробуту».⁸⁷

Ми бачили, як цей парадокс опору діяв під час Реконструкції, хоча тоді в процесі інтерпретації на провідних ролях були інші дійові особи. По закінченню Громадянської війни саме тодішній президент Ендрю Джонсон взяв на себе керівництво інтерпретуванням консервативної справи під час критичних виборів 1866 року – закликавши Народ терміново піднятися й захистити традиційне тоді бачення Конституції шляхом позбавлення революційних республіканців контролю над Конвентом/Конгресом. У тому епізоді Президент Джонсон об'єднав функції інтерпретатора, які під час підготовки до виборів 1936 року виконували і Верховний суд, і Альф Лендон. Послання Джонсона, в яких він викладав причини накладання вето на ініційовані республіканцями ключові заходи у 1866 р., функціонально були подібними до вето Старого суду на ключові заходи Нового курсу протягом 1935-36 рр.: сформульоване *юридичною мовою* рішуче засудження революційного характеру реформ, висунутих в ім'я Народу республіканцями/демократами. Подальше рішення Джонсона вийти на авансцену виборчої кампанії та застосувати силу свого красномовства проти фракції радикальних республіканців за своєю функцією було еквівалентним спробам Альфа Лендона та його однопартійців-республіканців підняти виборців на захист Суду проти передбачуваних наслідків другого терміну Рузвельта.

Ці (важливі) відмінності в інституційних деталях не повинні затуляти головне: в обох випадках партійна система працювала як великий механізм, за допомогою якого конституційні питання ставали центральною частиною *популярної* політичної риторики. І хоча пересічні американці навряд чи мали

* Court-packing plan (план пакування суду) – неформальна назва проекту Закону про реформу судових процедур 1937 р. (Judicial Procedures Reform Bill of 1937). Ця законодавча ініціатива Президента Франкліна Рузвельта полягала в розширенні складу Верховного суду США з метою отримання сприятливих рішень щодо законодавства Нового курсу, яке до того ВС визнавав неконституційним. Ключове положення законопроекту наділяло президента повноваженнями призначати додаткового суддю до ВС на кожного члена суду у віці понад 70 років (разом не більше шести таких додаткових суддів). (Прим. перекл.)

⁸⁷ Leuchtenburg, виноска 71 вище, с. 2111.

шанс вивчити китайську грамоту юридичних аргументів, представлених у президентських вето та думках Верховного суду, консервативна опозиція у виборчій кампанії робила все, що було в її силах, аби широка публіка зрозуміла її занепокоєння.

Крім того, в обох випадках партія революційних реформ, що набирала силу, відповідала на цю атаку консервативної риторики з великою обачністю. Як зауважує професор Бенедикт, під час виборчої кампанії 1866 року республіканці Реконструкції *не* сурмили про те, наскільки далеко сягають їхні революційні прагнення. Хоча Чотирнадцята поправка слугувала платформою їхньої кампанії, вона нарочито не гарантувала права голосу для рабів, що отримали свободу; також республіканці не пояснювали, що вони робитимуть, якщо запропонована ними поправка не буде підтримана трьома чвертями штатів.⁸⁸ Так само й Рузвельт тримав язика за зубами весь 1936 р. попри неодноразові провокації з боку Верховного суду, а тоді виступив зі схваленням платформи кампанії демократів, яка, за словами Люхтенбурга, містила «розраховано розпливчасту конструкцію, що виступала за «роз'яснюючу поправку», але тільки якщо ці проблеми не можна було «ефективно вирішити в законодавчому порядку в рамках Конституції».⁸⁹

Певна річ, така нечіткість формулювань навряд чи заспокоїла виборців, які пам'ятали гучне засудження Рузвельтом рішення Верховного суду у справі корпорації Шехтера та чули тривожні волення республіканців про небезпеку близької конституційної трансформації. Менше з тим, можна не сумніватися, що демократи Нового курсу, як і республіканці Реконструкції, поставили на перше місце те, що було найважливішим. Викликом під час кампаній 1866 і 1936 років було виграти мандат широких народних мас на *суть* нових конституційних ідеалів. Якщо й коли це буде виконано, тоді реформатори матимуть достатньо часу подумати над тим, як трансформувати своє революційне бачення національного уряду в довготривалі засади конституційного права.

Ф. Місце пускових виборів

На жаль, у цій точці професор Люхтенбург шпортається, вирішивши серйозно поставитися до тих із моїх критиків, які вважають що я сприймаю день виборів 3 листопада 1936 р. так, наче це був *той самий* «магічний момент», в який Народ з великої літери з'явився з-за хмар звичайної політичної риторики та рішуче СКАЗАВ УСЕ, ЩО БУЛО ВАРТО СКАЗАТИ. Це означає сплутати апокаліптичні фантазії тотальної революції з десятирічною динамікою революції з людським обличчям. Утім, лише через припущення, що я хочу спакувати всю свою тезу в один день виборів, професор Люхтенбург виносить соломонове рішення: з одного боку, він підтримує моє твердження, що вибори 1936 року справді були рівнозначними всенародному мандату на «державу загального добробуту», а з другого – заперечує, що вони також були рівнозначними мандату на пакування суду.

Але це друге твердження не є частиною моєї тези. Називаючи 1936 р. *пусковими* виборами, я не хочу сказати, що ці вибори вирішили всі фундаментальні питання, порушені конституційною кризою. Навпаки, саме поняття пускових виборів має сенс, лише якщо помістити його в десятирічний часовий горизонт революції з людським обличчям. Будь-чому схожому на пускові вибори має передувати суттєвий період інституційного конфлікту між конкуруючими політичними елітами у Вашингтоні. Виразна і тривала незгода в столиці дає зрозуміти пересічним американцям, що відбувається щось особливе, щось таке, що можуть вирішити тільки вони, мобілізувавшись на підтримку революціонерів або консерваторів під час їхньої наступної демократичної конфронтації на виборчих дільницях. Навіть уже після проведення пускових виборів залишається виконати ще більше важкої роботи до того, як нова еліта революційних реформаторів, що продовжують користуватися підтримкою виборців, зможе на законних підставах стверджувати, що вони викарбували тривкі умови нового конституційного рішення, яке заслуговує на визнання як витвір, який зробили Ми, Народ.

⁸⁸ Див. BENEDICT, виноска 37 вище, сс. 134-39, 188-209; див. також 2 ASKERMAN, виноска 4, сс. 178-83 (опис стратегій кампаній республіканців і демократів на виборах 1866 р.).

⁸⁹ Leuchtenburg, виноска 71 вище, с. 2085 (цитування RAYMOND MOLEY, AFTER SEVEN YEARS 346-47 (1939)).

У рамках більшого циклу дебатів і вироблення рішень пускові вибори слугують єдиній ключовій функції, аналогічній перекладанню тягаря переконання у звичайному судовому процесі. До пускових виборів інституційний тягар переконання важкою ношею лежить на партії революційного реформування. Попри те, що вона може скористатися контрольованими нею гілками влади – республіканським Конвентом/Конгресом в перебігу Реконструкції чи демократичними Президентом і Конгресом в перебігу Нового курсу – для пред'явлення вимоги на мандат від Народу в ім'я революційної реформи, консерватори, що контролюють інші гілки – Президента і Верховний суд під час Реконструкції, Верховний суд під час Нового курсу – раз по раз відкидають такі домагання та є досить успішними в захисті традиційної конституції проти перших хвиль революційного наступу. І справді, коли консерватори повертаються до Народу під час кампанії перед пусковими виборами, вони досі сповнені сподівань, що виборці винагородять їх за героїчну оборону традиційної конституції – якщо навіть літературний дайджест пророкував перемогу Лендона,⁹⁰ хіба дивно, що суддя Верховного суду Джеймс Макрейнолдс очікував на виправдання за свою героїчну оборону Конституції на виборчих дільницях?⁹¹

Але щойно результати виборів надійшли, баланс конституційного переконання рішуче змінюється. Тепер позиція революційних реформаторів дозволяє їм *достеменно* претендувати на мандат від Народу за своє бачення по суті – чи то нової національної відданості рівним правам, як у 1866 р., чи то легітиматії активістського національного уряду, як у 1936 р. Баланс усвідомленої легітимності тепер зсувається проти конституційних консерваторів: чи продовжуватимуть вони заперечувати, що їхні опоненти справді отримали мандат від Народу на революційні реформи, і використовувати інституційну владу, яка в них залишилася, для ветовання цих ініціатив, чи вони почнуть співпрацювати задля консолідації нових засад та інституцій американського уряду?

На краще чи на гірше, але я ввів певний спеціальний жаргон, аби акцентувати вихід цього нового запитання на перший план. Із вирішенням основної сутнісної проблеми *пусковими* виборами процес неконвенціональної адаптації перейшов у фазу *ратифікації* – коли конкуруючі еліти пропонують альтернативні методи для транслювання емоційної риторики електоральної політики у тривкі засади конституційного права. Великий шмат «Трансформацій» присвячено спробам повернути серйозність, з якою інституційні протагоністи та мільйони пересічних американців сприймали це питання. Оскільки такі дебати недостатньо досліджені істориками-політологами та істориками-конституціоналістами, я присвятив цілі глави їхньому аналізу як у випадку Реконструкції, так і у випадку Нового курсу.⁹² Я дуже вдячний професорці Кальман за ретельне і розлоге критичне вивчення мого трактування Нового курсу – особливо тому, що ця трактовка, як впливає з її судження, є одним із «великих достоїнств» мого викладу.⁹³

Науковцям школи елітарного проводу кидається в очі лише один аспект цих дебатів: оголошення Рузвельтом на початку лютого своєї пропозиції «пакування суду». Як тільки Президент атакував Верховний суд, ці дослідники негайно перейшли до формулювання свого ключового запитання: чи дійсно загроза з боку Президента спричинила знаменитий «своєчасний кульбіт» суддів Верховного суду, чи суд вже суттєво просунувся до здійснення необхідних доктринальних змін і без допомоги Президента? Як пояснює Кальман, прибічниками першої гіпотези є «екстерналісти», а другої – «інтерналісти»⁹⁴.

⁹⁰ Див. Leuchtenburg, виноска 71 вище, с. 1086 (Цитування *Topics of the Day*, LITERARY DIGEST, Oct. 31, 1936, at 5, 5-6). Аналогічні вираження консервативних сподівань можна знайти у великій кількості під час пускових виборів 1866 року. Див. BENEDICT, виноска 37 вище, сс. 189-93.

⁹¹ Див. Leuchtenburg, виноска 71 вище, с. 1086, виноска 57.

⁹² Див. 2 ASKERMAN, виноска 4 вище, сс. 186-206, 312-44.

⁹³ Kalman, виноска 49 вище, сс. 115, 2229.

⁹⁴ Див. *the same*, с. 2166.

У революційних рамках народного суверенітету дебати навколо пакування суду мають глибший смисл. Мене цікавить не тільки реакція Верховного суду на ініціативу Президента, але й реакція його конгресових критиків і широкої публіки: вони серйозно оспорювали претензію Рузвельта на мандат від Народу на користь активістської держави загального добробуту? Чи вони лише протестували проти конкретного прийому – пакування суду – запропонованого ним як метод транслявання умов цього народного мандату в конституційне право?

Ці запитання змушують мене зосередити особливу увагу на реакції сенатора Бертон Вілера, чие рішення очолити антипакувальну коаліцію було абсолютно вирішальним для кінцевого результату. Вілер абсолютно чітко дав зрозуміти, що він ані захищає традиційну практику Верховного суду, ані заперечує існування величезного мандату від Народу на активістський національний уряд. Він схрестив мечі з Президентом з єдиного, хоча й засадничого питання: Старий суд має бути переможений через пакування чи через конституційні зміни?

Для демонстрації своїх чесних намірів Вілер запропонував формальну поправку, яка б надала Конгресу повноваження відхиляти двома третинами голосів будь-яке рішення Верховного суду, яке визнає нечинним законодавчий акт.⁹⁵ Крім того, він чітко дав зрозуміти, що з радістю приєднається до Рузвельта тієї самої хвилини, коли той вирішить відмовитися від пакування суду на користь належного пакету поправок до п'ятої статті. Це не було риторичним жестом. Як згодом підтвердили політологи, беззастережна перемога Нового курсу дала демократам такий величезний контроль над державною політикою, що ратифікація двома третинами легіслатур штатів була цілковито в межах можливого.⁹⁶

Коротко кажучи, президентська пропозиція пакування суду майже миттєво спровокувала широкомасштабні та глибокі за серйозністю дебати навколо трансформативних опцій Президента, Конгресу і громадян загалом. Питання було не в тому, чи кодифікувати народний мандат Нового курсу, а в тому, як це зробити. І саме в цьому контексті я пропоную розглянути питання, що їх традиційно порушують у своїй суперечці інтерналісти та екстерналісти.

Суд стояв перед вибором: продовжити конфронтацію або швидко відступити, причому кожен із цих варіантів мав дуже відмінні наслідки впливу на поточні народні дебати. Якби він дотримувався свого курсу підкресленої опозиції конституційним зазіханням Нового курсу – зробивши свою сесію 1937 року повтором 1935 і 1936 років – результатом стала б подальша інтенсифікація дебатів між Рузвельтом і Вілером та їхніми прихильниками в країні в цілому. Якби Президенту і Конгресу не вдалося досягнути рішення щодо режиму конституційної ратифікації – або прийняттям пакування суду, або пропозицією пакету поправок до п'ятої статті – ескалація конфлікту безсумнівно сформувала б смисл виборів 1938 року. Так само, як вибори 1936 року були референдумом про державу загального добробуту, в 1938 р. вибори слугували б референдумом про те, як найкраще подолати продовження опору волі Народу з боку Верховного суду.

Але, як нам усім відомо, Верховний суд відступив, понизивши градус широкого обговорення. Замість вироблення умов конструктивного конституційного рішення, Рузвельт і Вілер з великою готовністю делегували суду завдання кодифікувати доктринальні умови революції Нового курсу – і суд взявся за

⁹⁵ Див. 2 ASKERMAN, виноска 4 вище, с. 320-23. Поправка передбачала:

[У] випадку, коли Верховний суд виносить будь-яке рішення, що визнає будь-який Акт Конгресу чи будь-яке положення такого Акту неконституційним, це питання ... невідкладно подається до Конгресу для вжиття ним заходів...; але Конгрес не вживає жодних заходів з такого питання до того часу, як проведено вибори, на яких мають регулярно обиратися члени Палати представників відповідно до вимог закону. Якщо дві третини кожної з палат Конгресу, члени яких обрані на таких виборах, знову приймають такий Акт, то він чи його положення вважаються конституційними та чинними.

S.J. Res. 80, 75th Cong. (1937). Суть поправки демонструє збіжність Вілера і Рузвельта щодо бажаних цілей, але не засобів надання можливості Народу сказати своє слово способами поза п'ятою статтею.

⁹⁶ Див. Gely & Spiller, виноска 52 вище, сс. 60-61.

виконання цього завдання серією трансформативних рішень, яка досягла кульмінації у справах Вікарда⁹⁷ і Дарбі⁹⁸ під час третього президентського терміну Рузвельта.

Г. «Своєчасний кульбіт» та його наслідки

Цей феніксоподібний процес судового воскресіння абсолютно центральний для дослідження сучасного конституціоналізму, але я наслідуюсь зауважити тільки три моменти у відповідь на проникливі коментарі учасників симпозіуму. Перше і найголовніше – успішна деескалація Верховним судом публічної боротьби означала, що подальші трансформації конституційної доктрини формуватимуться політикою судових призначень, а не масовою політикою, що включає подальше пряме апелювання до Народу. Оскільки Президент і Сенат залишались твердо під контролем більшості Нового курсу, і оскільки ці дві інституції свідомо підтримували призначення до Верховного суду незламних конституціоналістів Нового курсу, процес доктринальної консолідації міг відбуватися без будь-яких подальших інституційних криз, які б вимагали подальшої прямої участі громадськості.

Сказане вище не означає, що вибори 1938 і 1940 років були неважливими. Але я розглядаю їх не зовсім так, як це припускає професорка Кальман. Схоже, вона вважає, буцімто я дивлюсь на ці вибори, як на *народні мандати* на проведення судової трансформації – аналогічні за формою, але відмінні за змістом від народного мандату на державу загального добробуту, наданого виборами 1936 року. За такого прочитання моєї тези вона знаходить це історично неправдоподібним; ані в 1938 р., ані в 1940 р. політика судових призначень не досягла нічого схожого на те видне місце, яке займали порушені в 1936 р. конституційні питання.

Вона абсолютно права. Враховуючи відступ Верховного суду, був тільки один шлях, яким майбутній американський конституціоналізм міг повернутися в самий центр політичної сцени – якби його розмістили там *республіканці*, по-перше, через використання Сенату як сцени для засудження, затримання і незатвердження номінації Рузвельтом до Верховного суду таких очевидних «новокурсників» як Дуглас, Франкфуртер і Мерфі, а по-друге проведенням енергійної кампанії проти рузвельтівської стратегії трансформативних судових призначень під час президентських виборів 1940 року. Показово, що республіканські сенатори зберігали майже повну мовчанку на першому фронті – дозволивши з ледь помітним протестом затвердити серію трансформативних призначень до Верховного суду. Як припускає професорка Кальман, республіканці мовчали, бо «у них була жирніша риба»; на її думку, ідеологічні ставки, пов'язані з вибором Рузвельтом Томаса Еймлі до Комісії з регулювання торгівлі між штатами, були вище за ті, що були пов'язані з висуненням Франкфуртера і Мерфі до Верховного суду.⁹⁹

Чи справді Томас Еймлі був важливішим за Франкфуртера і Мерфі разом узятих? Не надто правдоподібно. За всієї поваги, причина, з якої республіканці націлились на (відносно) малу рибинку Еймлі, є досить очевидною: висловлюючись політичною мовою, розпочавши кампанію з «порятунку» Верховного суду від Франкфуртера, Мерфі та їм подібних вони б вистрілили собі в ногу. Яким би гірким не було їхнє особисте розчарування, республіканські сенатори чудово усвідомлювали, що більшість американців не вважали, що Старий суд необхідно рятувати, і загалом із приємністю побачили, що революція Нового курсу наближалась до щасливого конституційного завершення після усього цього *sturm und drang* 1935-1937 рр. Республіканцям було набагато вигідніше не продовжувати безглузду битву до кінця проти конституціоналізму Нового курсу, а вдатися до стратегії *консервативного достосування*: з одного боку, приймаючи базові принципи нового режиму, а з другого боку, блокуючи законодавче впровадження активістських ідей або змінюючи форму їхнього

⁹⁷ Wickard v. Filburn, 317 U.S. 111 (1942).

⁹⁸ United States v. Darby, 312 U.S. 100 (1941).

⁹⁹ Див. Kalman, виноска 49 вище, с. 2204. Вона також натякає на можливу анахронічність мого наголосу на відсутності боротьби консервативних сенаторів проти рузвельтівських висунувців до суду, оскільки з 1895 р. було відхилено або відкликано лише п'ять номінантів; проте вона водночас визнає, що ідея «безхребетного Сенату... є певно роздутою». Там само.

адміністрування так, аби це якнайбільше відповідало інтересам і принципам республіканців. Мовчазне прийняття республіканцями номінування Франкфуртера і Мерфі до Верховного суду в поєднанні з їхньою активною кампанією проти Еймлі було яскравим епізодом цієї більшої консервативної стратегії – яка, як справедливо наголошують і Кальман, і Форбат, виявилася доволі успішною в притупленні сили й узгодженості вироблення активістської політики на десятиліття вперед.

Утім, ці успіхи консерваторів тривали лише в рамках Нового курсу і ніколи більше не кидали йому прямий виклик, як у 1935-1937 рр. Тому ці успіхи не повинні вести нас до спрощення революційних досягнень конституціоналізму Нового курсу. Не тільки Верховний суд проголосив нове бачення активістського національного уряду, але ці активістські принципи фактично відобразили всеосяжне переформатування взаємин між урядом, економікою та суспільним життям узагалі в реальному світі.

Під час виборів 1940 р. стратегія консервативного достосування розігрувалась по-іншому. Неочікувана номінація республіканцями Венделла Вілкі, який сам себе називав «ліберальним демократом», була переконливішою за будь-які слова – продовжувався пошук нових способів опозиції, не таких інтенсивних, як лобова атака на революцію Нового курсу. Але навіть Вілкі був не зовсім готовий приєднатися до сенаторів-республіканців, щоби разом з ними викинути білий прапор ідеологічної капітуляції в питанні рузвельтівського суду. Напередодні з'їзду з висунення кандидатів, Вілкі таки рішуче висловився проти «революційного» характеру рішень Верховного суду, які вже накопичувались наприкінці другого президентського терміну.¹⁰⁰ І якби йому вдалося перемогти Рузвельта в 1940 р., його висунанці до суду цілком можливо висловили б свою незгоду з такими остаточними та одностайними рішеннями часів Нового курсу, як у справах Дарбі та Вікарда.¹⁰¹ Але з поразкою Вілкі долю традиційної республіканської конституції було вирішено. За мою термінологією, вибори 1938 і 1940 рр. слугували *консолідуючими виборами*.

Такі вибори якісно відрізняються від *пускових виборів*, які їм передують. У такі роки, як 1936 або 1866, засадничі конституційні принципи перебувають у самому центрі американської політики; кожен член політичної нації визнає, що висхідна партія революційних реформ за крок від вирішальної перемоги, і якщо зупиняти сили трансформації, що набирають швидкості, то саме ЗАРАЗ. Але коли цю вирішальну перемогу здобуто, баланс легітимності зсувається проти консерваторів. Тепер перемагати потрібно їм, і *перемагати швидко* – інакше революцію буде зацементовано у фундамент Республіки так, що його нелегко буде зруйнувати майбутніми політичними перемогами.

Історичною аналогією виборів 1940 року є вибори 1868-го. Якби демократ Сеймур з президентського списку кандидатів побив республіканця Ґранта – а розрив між поданими за них голосами виборців був і справді невеликим – демократи могли б успішно скасувати ратифікацію Чотирнадцятої поправки. Як республіканці в 1940 р., кандидати від демократів 1868 року у своїй кампанії давали зрозуміти, що вони ще не остаточно прийняли умови нового конституційного врегулювання.¹⁰² Але щойно цю консервативну загрозу було відбито на виборчих дільницях у 1868 і 1940 рр., партія революційних реформ досить швидко перейшла до закріплення своїх нових конституційних рішень в самій основі Конституції.

Можна впевнено сказати, що впродовж цього періоду між пусковими виборами 1936 року і консолідуючими виборами 1938 і 1940 років не сталося нічого неминучого. Якби Верховний суд не здійснив свій кульбіт, а продовжив визнавати неконституційним законодавство, як, наприклад, NLRA

¹⁰⁰ 2 ASKERMAN, виноска 4 вище, с. 356 (цитовання Wendell Willkie, *The Court Is Now His*, SATURDAY EVENING POST, Mar. 9, 1940, at 29).

¹⁰¹ Про роль одностайності у Верховному суді див. 2 ASKERMAN, виноска 4 вище, сс. 373-74.

¹⁰² Френк Блер, кандидат на посаду віце-президента від Демократичної партії, перед виборами 1868 року наголошував, що першим питанням порядку денного після перемоги демократів має бути проголошення Чотирнадцятої поправки нікчемною і такою, що не має юридичної сили, а також виведення військ із Півдня. *Те саме*, сс. 234-37.

в 1937 р., на електоральній сцені в 1938 р. цілком могли б домінувати питання конституційної доктрини навіть ще більше, ніж у 1936 р. За таким сценарієм результат виборів міг би запустити ще більш фундаментальне переформатування, ніж фактично сталася наприкінці 1930-х і на початку 1940-х років. Чи це було б добре?

Н. *Ще раз про інтерналізм та екстерналізм*

Ми підходимо до моєї головної причини невдоволення дискусією між інтерналістами й екстерналістами, яка позначається на мейнстримній юридичній та історичній науці. Оперуючи в рамках моделі елітарного проводу, вона просто не сприймала це питання серйозно. Поставивши Верховний суд у центр свого аналізу, дискусія зосередилася на тому, якою мірою Рузвельт і сили громадської думки змусили суд зробити те, чого він не хотів. Вона так і не спромоглася розглянути це питання з іншого боку, а саме: як процес ухвалення рішень Верховним судом зрештою доклався – на добре і на зле – до легітимації революційного розриву з епохою Лохнера в ім'я Нас, Народу. Нещодавня невеличка хвиля інтерналістської думки, яку професорка Кальман обговорює у своєму есе, є буквально останньою, що докотилася до цього наукового берега. Підхоплюючи тему, розроблену більш ранніми авторами, як-от Мерло Пусі,¹⁰³ неоінтерналісти вбачали в підкресленому запереченні Старим судом Нового курсу в 1935 і 1936 рр. аберації, за якими ховалася глибша тенденція до примирення з новими цінностями активістської регулятивної держави. Якщо дивитися з цього боку, «кульбіт 1937 року» не репрезентує різкий розрив, але суто еволюційний наступ на минулі тренди. Відклавши на мить моє головне заперечення аналізу, у центрі якого перебуває Верховний суд, я з радістю стисло відповім на прохання професорки Кальман прояснити своє ставлення до нещодавнього інтерналістського відродження.

По-перше, моя основна теза *не* має на увазі, що революція Нового курсу репрезентує тотальний розрив із доктринальними шаблонами, встановленими попереднім прецедентним правом. Такий радикальний розрив може пробудити тотальні революції, але не має місця в революціях з людським обличчям. Навпаки, від юридичних революціонерів слід очікувати, що вони побудують власні парадигми конституційної законності, селективно видобуваючи те, що корисно, з матеріалів старого режиму. Зокрема, інтерналісти справедливо наполягають на тому, що судді Верховного суду епохи Лохнера дійсно генерували важливі *достосовчі доктрини*, що уможливили підтримку судом багатьох активістських законодавчих актів, і що ці доктрини допомогли рузвельтівському Суду з більшою переконливістю зайнятися легітимацією законодавства Нового курсу.

Але вони помиляються в тому, що не спромоглися належним чином оцінити те, як Старий суд вбудував ці достосовчі доктрини в глибший набір *рамкових цінностей*, що встановлюють засадничу відданість свободі укладання контрактів, приватній власності та обмеженому федеральному уряду. Аби перевести це в практичну площину, уявіть себе мейнстримним правником початку 1930-х років, якому доручили резюмувати прецеденти, що з'явилися впродовж минулого покоління. Без сумніву, ви візьмете в розробку багато достосовчих доктрин, розвинутих Старим судом, аби санкціонувати значний обсяг активістського втручання в ринок. Менше з тим, ви попередите клієнта, що будь-яке подальше розширення регуляторних повноважень може зустріти серйозний опір, оскільки Суд з тривогою обмірковував, чи не «зайшла надто далеко» нова ініціатива в підриві рамкових цінностей, встановлених поколіннями суддів Верховного суду від 1868 р. до 1932 р. Якщо поєднати метафори з Роберта Кавера і Рональда Дворкіна, я скажу, що конституційні номос і наратив епохи Лохнера наділили рамкові цінності свободи укладання контрактів, приватної власності та обмеженого федерального уряду дуже потужною «силою тяжіння», коли правники і судді в перебігу своєї діяльності створювали придатну для роботи доктрину.¹⁰⁴

¹⁰³ Див., напр., MERLO J. PUSEY, THE SUPREME COURT CRISIS 48-53 (1937).

¹⁰⁴ Див. RONALD DWORKIN, TAKING RIGHTS SERIOUSLY 111-13 (1978) (посилання на силу тяжіння); Robert Cover, *The Supreme Court 1982 Term-Foreword: Nomos and Narrative*, 97 HARV. L. REV. 4, 11-44 (1983).

Це – один з моментів, про які ревізіоністи легко забувають. У своєму палкому бажанні знайти доктринальних попередників масштабної експансії державної влади, легітимованої після 1937 р., вони ігнорують той факт, що рішення епохи Лохнера, які вони вітають як «прецеденти», діяли зовсім інакше в рамках існуючого раніше номосу обмеженого уряду і необмеженої свободи підприємництва. До 1937 р. ці справи просто функціонували як достосовчі доктрини у глибших і більш стримувальних рамках. І лише «своєчасний кульбіт» розбив віру правничої спільноти у тривку цінність старої системи орієнтирів.

Зрештою, старі рамки витримали інші політичні удари попередніх десятиліть. Але цього разу вони геть розвалились за п'ять коротких років, а справи Дарбі та Вікарда стали епітафією. За той самий короткий період часу рузвельтівський суд прийняв грізний виклик створення нових фундаментальних рамок із матеріалу, безладно розкиданого по юридичному ландшафту як наслідки кульбіту. Тоді як у таких справах, як «Палко проти Коннектикуту»¹⁰⁵ і «Сполучені Штати проти компанії «Каролін продактс»»¹⁰⁶ у 1937 і 1938 рр. Верховний суд тільки робив попередні пропозиції, незабаром великі питання розбудови рамок породили запеклі нові дебати серед призначенців Рузвельта у справах Гобітиса¹⁰⁷ і сестер Бартнетт.¹⁰⁸

Коротко кажучи, 1937 рік ознаменував дещо досить рідкісне в історії права – свідому юридичну перебудову рамкових цінностей. І саме цей швидкий період розпаду і перебудови є ознакою доктринальних революцій з людським обличчям. Справді, це – те явище, що лежить в основі запропонованого мною «десятирічного тесту» як критерію таких революцій. Упродовж більшості десятиліть правники не мають потреби в болісній переоцінці, якої вимагає рамкова трансформація; а без вимушеної потреби правнича спільнота навряд чи матиме бажання зайнятися болісною переоцінкою заради інтелектуального азарту!

Поки рамки залишаються більш-менш недоторканими, правники загалом можуть доволі надійно передбачати майбутні контури доктринального розвитку на наступне десятиліття. Отже, більшість десятиліть не проходять випробування «десятирічним тестом» на революцію з людським обличчям. Але варто наявним рамкам розпастися, як процес не спинити. Хоча нові рамки, безумовно, містять фрагменти минулих, вони настільки радикально реорганізовані, що стають можливими нові напрямки розвитку права, а старі відсікаються так, що можуть лише шокувати юристів, підготовлених за старої парадигми.

Саме це й сталося під час революції Нового курсу, і саме тому оцінка інтерналістів є неадекватною. Розглянемо, наприклад, інтерналістське твердження професора Баррі Кушмана про те, що «реальний» своєчасний кульбіт відбувся в 1934 р. рішенням Верховного суду п'ять проти чотирьох у справі «Неббіа проти Нью-Йорку»,¹⁰⁹ і що до знаменитих рішень 1937 року слід ставитися майже як до юридичних нотаток на берегах потужного перевизначення характеру судового захисту засадничих прав, яке принесла з собою справа Неббіа. Передусім це твердження вкрай анахронічне. Як демонструє нещодавня стаття Девіда Пеппера, ані судді нижчої інстанції, ані серйозні професори, які писали до 1937 р., не розуміли справу Неббіа як таку, що знаменує велике пробудження Кушмана. Це вже після «своєчасного кульбіту» суди заднім числом наділили справу Неббіа глибшим смислом, риючись у попередніх епохах у пошуку прецеденту, який підпиратиме їхню велику зміну парадигми.¹¹⁰

¹⁰⁵ 302 U.S. 319 (1937).

¹⁰⁶ United States v. Carolene Prods., 304 U.S. 144 (1938).

¹⁰⁷ Minersville Sch. Dist. v. Gobitis, 310 U.S. 586 (1940).

¹⁰⁸ West Va. Bd. of Educ. v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943).

¹⁰⁹ 291 U.S. 502 (1934). Див. BARRY CUSHMAN, RETHINKING THE NEW DEAL COURT: THE STRUCTURE OF A CONSTITUTIONAL REVOLUTION (1998).

¹¹⁰ Див. David A. Pepper, *Against Legalism: Rebutting an Anachronistic Account of 1937*, 82 MARQ. L. REV. 63, 83-84 (1998).

Але моя базова позиція виходить за межі того чи іншого трактування або неправильного трактування початкового розуміння окремої справи. Ось вона: *Жодна окрема справа не може зруйнувати чогось настільки фундаментального, як ціла система конституційних ціннісних орієнтирів*. Ми маємо справу з професією, відомою своєю колективною самовпевненістю та величезною спроможністю давати роз'яснення. Для спільноти самовпевнених всезнайок нема нічого простішого як позбавити будь-яке рішення його революційного значення – розбираючи його по фактах, акцентуючи слабкість аргументації, звертаючи увагу на силу розбіжних думок тощо. Дійсно, чим більш несподіваним є рішення, тим більше воно може спровокувати найкмітливіших із нас показати, «що, зрештою, насправді воно є не таким уже й несподіваним».

Аби зруйнувати когнітивну самовпевненість американських правників потрібно набагато більше, ніж одне велике рішення Верховного суду. До того, як сумніви в самих рамках конституційної аргументації зможуть відірватися від землі, потрібно раз по раз розбивати панівне професійне розуміння позірною нескінченним вогневим валом юридичних рішень, які кидають виклик готовому розумінню в межах традиційних рамок. Тільки такий невпинний та інтенсивний тиск веде до розпаду догматичних аксіом і вимушеного визнання потреби створити нову парадигму професійної думки. Так сталося лише в 1937 р. і не раніше, і це є причиною, чому цей чудовий рік заслуговує на те, аби залишитися в аналах американського права.

I. Чи Старий суд зарано зробив кульбін?

Я повертаюсь до свого основного питання про 1937 р.: чи кульбін стався надто рано? Чи не було б краще для розвитку американського права в довгостроковій перспективі, якби Верховний суд продовжив свій енергійний опір конституціоналізму Нового курсу, вбивши NLRA і змусивши Рузвельта зі своїми демократами виграти принаймні ще одні вибори до того, як нація відмовиться від конституційних рамок, створених суддями впродовж двох попередніх поколінь?

Інтерналістська інтерпретація не тільки заважає нам побачити важливість цього фундаментального питання, але й наводить на думку, що на нього легко відповісти. Зображуючи події 1937 року так, наче вони були просто еволюційним розвитком попереднього прецедентного права, інтерналісти не бажають бачити в енергійному опорі 1935 і 1936 років нічого крім трагічного марнотратства часу: чому судді Верховного суду Робертсу забракло кмітливості оцінити глибоке значення свого рішення у справі Неббіа 1934 року? З якого такого дива він раптом припустився такої реакційної помилки, як написане ним рішення у справі «Комісія з пенсійного забезпечення залізничників проти Елтонської залізниці», яке суд схвалив п'ятьма голосами проти чотирьох?¹¹¹

Якщо конституціоналізм Нового курсу вже існував у зародку до 1937 р., то його надзвичайні страждання при народженні мали б бути наслідком недобросовісної професійної практики. Полохливих волянь 1935 і 1936 років можна було б легко уникнути, якби люди в чорному були вправнішими майстрами еволюційного мистецтва. У рамках інтерналістського підходу питання, чи Старий суд мав би продовжувати опір після 1937 р., безглузде: звісно, що ні, дурнику! Вони мали довершити справу Неббіа тотальною капітуляцією ще до появи активістської держави загального добробуту в 1935 р. – або навіть раніше!

Натомість я обстоюю думку, що Верховний суд діяв абсолютно належним чином, намагаючись захистити загальноприйняті юридичні рамки обмежених повноважень уряду і необмеженої свободи підприємництва, і що вирішальний судовий захист цих рамок зробив великий вклад у ясність, з якою нові еліти у Вашингтоні та, загалом кажучи, Народ визначили контури конституціоналізму Нового курсу.

Замість засуджувати Верховний суд за такий пізній відступ, справді цікавим питанням є, чи не було б краще для цінностей, що лежать в основі народного суверенітету, якби було більше судового опору,

¹¹¹ 295 U.S. 330 (1935).

більше всенародних дебатів, більше свідомих рефлексій і більше пускових виборів до того, як були остаточно визначені доктринальні напрями конституціоналізму Нового курсу?

Після деяких вагань, я кажу в «Трансформація» – ні.¹¹² Врахувавши всі за і проти, я вважаю, що Верховний суд відмовився від своїх традиційних рамок у більш-менш слушний час. Навіть якщо взяти до уваги всю нашу конституційну традицію народного суверенітету, було б помилкою, якби суди продовжили період інституційної кризи заради того, щоби спровокувати більше всенародних дебатів.

Але професор Форбат у своєму вступному есе наводить важливі міркування, які я не вставив до свого рівняння. На його думку, 1930-ті роки стали свідком піднесення широкого народного руху на підтримку конституційного бачення, яке сягало набагато далі за доктрини, зрештою вироблені Верховним судом Нового курсу на початку 1940-х.¹¹³ Хоча такі справи, як Дарбі та Вікарда авторитетно встановили широкі повноваження федерального уряду над економічним і соціальним життям, Верховний суд не пішов далі й не виробив нового комплексу фундаментальних прав на соціальне забезпечення, як, наприклад, таких, що їх запропонував Рузвельт у своїй знаменитій промові 1944 року для нового економічного біллью про права.¹¹⁴

Форбат справедливо наголошує, що нездатність Верховного суду Нового курсу серйозно поставитися до цього бачення економічного і соціального громадянства мало глибокі наслідки для шляху, яким пішов розвиток права в сучасну епоху. Навіть Суд Вільяма Ренквіста приймає засадничий статус справ Дарбі та Вікарда,¹¹⁵ але відсутність аналогічних рішень часів Нового курсу, які б установили конституційні права соціального громадянства, пізніше полегшила консервативнішим судам викоринити цей концепт зі сфери серйозних професійних дебатів.¹¹⁶

Чому тоді Верховний суд Нового курсу не пішов слідом за Рузвельтом шляхом соціальних прав на початку 1940-х років?

Професор Форбат вказує на трагічну роль, яку відіграло фактичне позбавлення права голосу чорних американців на півдні. Джимкроуїзм* дав можливість лілейно-білій делегації півдня в Конгресі виступити проти позитивних економічних і соціальних прав з расистських мотивів та уникнути електоральної відплати великої частини своїх номінальних виборців. Якби чорні не були фактично позбавлені права голосу на зламі XX століття, у Конгресі було б набагато більше рішучих адвокатів конституціоналізму соціального громадянства в 1930-х роках, що суттєво збільшило б шанси

¹¹² Див. ASKERMAN, виноска 4 вище, сс. 345-50

¹¹³ Forbath, виноска 60 вище, сс. 7-8.

¹¹⁴ Див. Franklin D. Roosevelt, Message to the Congress on the State of the Union, (Jan. 11, 1944), in 13 PUBLIC PAPERS AND ADDRESSES OF FRANKLIN ROOSEVELT, VICTORY AND THE THRESHOLD OF PEACE, 1944-45 at 32, 41 (Samuel I. Roseman ed., 1950).

¹¹⁵ Див. United States v. Lopez, 514 U.S. 549, 553-61 (1995).

¹¹⁶ Я не кажу, що соціальні права втрималися б, навіть якби Верховний суд Нового курсу інкорпорував промову Рузвельта у свою юриспруденцію, що розвивалася, а лише те, що було б набагато важче піддати цей концепт правничому остракізму.

Зрештою, інші ліберально-демократичні суди без особливих труднощів визнавали тривке значення позитивних економічних прав. Німецька конституційна відданість соціальному забезпеченню детально розроблена в 2 THEODOR MAUNZ & GONTER DORIG, GRUNDGESETZ: KOMMENTAR, art. 20 (1996); і в Michael Kittner, *Sozialstaatsprinzip (SP)*, in 1 KOMMENTAR ZUM GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND 1390-1464 (Rudolph Wassermann ed., 2d ed. 1989). Крім того, стаття 38 Конституції Італії передбачає: «Кожна приватна особа, що є непрацездатною і не забезпечена ресурсами, необхідними для існування, має право на приватну і соціальну допомогу». Якщо вже на те пішло, наша власна нинішня відмова від цієї ідеї є ідіосинкратичною на ширшому тлі порівняльного конституційного права. Красномовний голос волаючого в пустелі – див. CHARLES L. BLACK, JR., A NEW BIRTH OF FREEDOM: HUMAN RIGHTS, NAMED AND UNNAMED (1997).

* Джимкроуїзм (англ. *Jim Crowism*, від *Jim Crow* – презирливе назвисько афроамериканців) – система расистських заходів у США, спрямована на дискримінацію й сегрегацію негритянського населення.

включення його до конституції Нового курсу. Він абсолютно правий, і його аргумент порушує фундаментальні питання, звернутися до яких тут я не маю можливості за браком місця.¹¹⁷

Але, принаймні, я можу дослідити зв'язок між тезою Форбата і питанням «своєчасного кульбіту», яке я порушив. Якщо рух за соціальне громадянство був дуже динамічним упродовж 1930-х років, деєскалаційне рішення Верховного суду 1937 року цілком могло стати дуже важливим у формуванні кінцевого конституційного результату. Як найбільш очевидний приклад – якби Суд скасував Національний закон про трудові відносини, чим спровокував би ще один раунд інтенсивних всенародних дебатів щодо Конституції, рух за соціальні права набрав би значно більшої сили до юридичної кодифікації смислу революції Нового курсу.¹¹⁸ Якби суд зобов'язав Рузвельта і демократів Нового курсу конвертувати вибори 1938 року в наступний електоральний мандат щодо засадничих принципів, мабуть, переможна політична коаліція, що виникла б із цих виборів, наполягла б на конституціоналізмі Нового курсу у версії соціальних прав – або прийнявши відповідні поправки до Конституції в порядку передбаченому п'ятою статтею, або створивши політичне середовище, сприятливе до призначення суддів Верховного суду, рішуче налаштованих йти далі, ніж справи Дарбі та Вікарда, і підтвердити більш позитивне конституційне бачення соціального громадянства?

Важко сказати, але цей сценарій слід враховувати в будь-якому остаточному судженні про те, наскільки мудро в підсумку вчинив Суд, відмовившись у 1937 р. від ще одного раунду електоральної битви від імені конституціоналізму необмеженої свободи підприємництва.¹¹⁹ Уявний експеримент, на який надихає Форбат, також наводить на думку про парадоксальний зв'язок між консервативним опором і народною мобілізацією, про що я всюди наголошую. Поки консервативні гілки влади продовжують опиратися, вони чинять тиск на революційних реформаторів, що призводить до розширення і поглиблення смислу конституційних ідеалів останніх; щойно відвертий консервативний опір згортається, революціонери мають тенденцію спочивати на лаврах і дозволяти інституціям, які до того чинили опір, грати важливу роль у процесі консолідації. Так сталося не тільки після 1937 р., але й після 1868 р. – в обох випадках інституції, які до того чинили опір, інтерпретували революційну трансформацію у відносно консервативному ключі.

Цей протверезливий факт передбачувано спокушає деяких істориків вже знайомим радикалізмом. Декому з тих, хто захоплені натяками на тотальну революцію, легко відкинути як незначні будь-які тривкі досягнення, що не виправдовують найрадикальнішого сподівання попереднього десятиліття на всенародну мобілізацію. Наприклад, професор Форбат, схоже, настільки засмучений тим, що ідеалам соціальних прав не вдалося досягнути домінування в часи Нового курсу, що він майже зневажливо ставиться до реальних досягнень конституційної революції на хвилі справ Дарбі та Вікарда. Аналогічно, професор Сміт засуджує «Справу боєнь» як «судовий напад на суть повоєнних»^{*}

¹¹⁷ Есе Форбата наводить на думку, що адекватне розуміння Нового курсу вимагає набагато глибшого зондування його зв'язку з великими конституційними зсувами, які сталися в 1890-х роках – десятиліття, протягом якого чорні півдня були фактично позбавлені права голосу. *Див.* Forbath, виноска 60 вище (сс. 53-61 рукопису). Такий самий висновок, але рухаючись у протилежному історичному напрямку, робить Ерік Фонер: тоді як Форбат працює ретроспективно від 1930-х до 1890-х років, Фонер наполягає на вирішальній конституційній важливості 1890-х років, працюючи в хронологічному порядку, починаючи з 1860-х. *Див.* Foner, виноска 32 вище, сс. 2007-08. Цю точку зору ще з одного напрямку також підкреслює політолог Волтер Дін Бернем. *Див.* Burnham, виноска 5 вище, сс. 2262-67.

Очевидно, що вони мають рацію, називаючи 1890-ті роки однією з великих прогалин у моєму аналізі. Хоча я сподіваюся виправити цей недолік колись у майбутньому, був би щасливий, якби хтось випередив мене в цьому. Мабуть, мушу зауважити, що я нещодавно досліджував один із аспектів набагато більшої проблеми в обговоренні справ щодо прибуткового податку 1895 року у Bruce Ackerman, *Taxation and the Constitution*, 99 COLUM. L. REV. 1 (1999).

¹¹⁸ *Див.* Hansen, виноска 76 вище (сс. 20-49 рукопису) (опис протестів американських робітників у 1937 р. проти незастосування Національного закону про трудові відносини).

¹¹⁹ Щодо інших вимірів цієї викладки, *див.* 2 ACKERMAN, виноска 4 вище, сс. 345-50.

* Йдеться про Громадянську війну в США 1861-65 років. (Прим. перекл.)

поправок» – але ж, якщо професор Бенедикт має рацію, то «Справа боєнь» може лише засвідчити, що велика революція XIX століття дуже й дуже не дотягує до розуміння американського націоналізму XX століття і вимог соціальної справедливості у ліберальній державі.¹²⁰

Але для тих, хто бачить нашу історію у взаємодії з революцією з людським обличчям, буде замало прийняти справжні досягнення Заснування, Реконструкції чи Нового курсу просто тому, що кожне покоління могло б зробити більше – набагато більше – для втілення в життя найвищих ідеалів Америки. Вони вічно вислизатимуть із наших рук. Вважатимемо, що нам пощастило, якщо вдасться скористатися моментом так само креативно, як це зробили вони, і зробити один великий крок уперед на два маленькі кроки назад.

¹²⁰ Як я згадував раніше, *див.* виноску 37 вище та супровідний текст, я ані підтримую, ані відкидаю те, як Бенедикт розуміє значення Реконструкції по суті – тому застосовую слово «може» в тексті. Я згадую інтерпретацію Бенедикта як протиположності звинуваченню Сміта. Навіть якщо точка зору Бенедикта зрештою виявиться непереконливою, основний аргумент залишається в силі. Революції з людським обличчям неминуче обмежені у своєму обсязі, і завжди існує можливість засудити їх за те, чого їм не вдалося досягти – навіть за більші трансформативні перемоги ніж ті, яких їм вдалося здобути.