

В диссертационный совет

МГУ.051.3 (МГУ.12.07)

Юридического факультета

Московского государственного университета

имени М.В. Ломоносова

Москва, Ленинские горы, д.1, стр.13-14, ауд. 536а

ОТЗЫВ

на автореферат диссертации Лесива Богдана Васильевича на тему «Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве», представленной на соискание учёной степени кандидата юридических наук по специальности 5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

Диссертационное исследование Лесива Богдана Васильевича *выполнено на актуальную тему*. Данное обстоятельство подтверждается не только бесспорным интересом отечественных юристов к теме судебного правотворчества, которая нашла теоретическое осмысление в трудах одного и известнейших судей Америки (Оливера Уэнделла Холмса Мл.), где данная тема имманентна самой правовой системе, но и отсутствием до настоящего времени в отечественной юридической науке системной источниковедческой проработки в отношении данного мыслителя, которая подкреплялась бы глубоким погружением в аутентичные англоязычные материалы профессионального толка.

Правовая наука в России давно славится тщательной проработкой таких направлений правовой мысли как догматика, позитивизм, юс-натурализм и ряд других. К правовому реализму на серьёзном уровне учёные обратились относительно недавно. Доктрина судьи О. Холмса при этом отдельно не прорабатывалась, а изучалась, как правило, опосредованно при исследовании смежных тем. Постулаты О. Холмса о том, что «право есть предсказание того, какое решение примет суд» и «право никогда не проистекало из логики, только из опыта», «общие положения не решают конкретных дел» известны всем, но мало кто задавался вопросом, какое обоснование приводил для таких выводов сам Оливер Холмс и в каком аутентичном контексте они были им сказаны.

В связи с малой исследованностью творчества О. Холмса одним из достоинств диссертации Б.В. Лесива является, как можно судить по автореферату, *чёткая сосредоточенность на цели* получить и дополнить науку знанием о системе именно его идей в качестве самостоятельного мыслительного феномена, громко заявившего о себе на полотно истории правовых учений.

Важно поэтому, что автор в процессе достижения данной цели не расплывается на извечные поиски того, кому хотел «ответить» О. Холмс, или и на предположения о том, под влиянием каких других мыслительных течений он якобы мог находиться. На данном этапе, когда о системе действительных идей О. Холмса относительно миссии судебной должности и методологии судебной работы российским источникам не известно больше, чем известно, необходимо вначале *дополнить науку соответствующим знанием*, прежде чем развивать из них аналогии, предположения и теории. С данной задачей диссертант, по нашему убеждению, справился.

Одним из ключевых преимуществ диссертационной работы, как она представлена в автореферате, видится выверенный *авторский методологический подход*, благодаря которому результаты исследования, полученные на первых стадиях (особенно главы вторая и третья) формируют прочную основу для одних из самых важных выводов, сделанных в главе четвёртой. Так, изучение идей О. Холмса об абстрактных нормах, процессе кодификации, конституционном контроле и «предсказании» судебных решений само по себе вряд ли привело бы к настоящему пониманию того, чем данные идеи сущностно отличаются от идей других школ правопонимания по тем же вопросам. Но благодаря представленному диссертационному исследованию мы видим, как взгляды О. Холмса из данной плоскости напрямую коррелируют с раскрытой в главах 2 и 3 диссертации полной картиной судебной деятельности, начиная от зарождения права в опыте повседневной жизни сообщества, продолжая значением института жюри в качестве эквивалента человека «средневзвешенной» честности и заканчивая миссией судейской должности в отношении объективированного жизненного (в том числе прецедентного) опыта.

Интересны и новы обоснованные в исследовании выводы о характерной связи положений Конституции США, включая Билль о правах, с издавна существующими принципами *common law*, действующими на протяжении веков согласно описанным судьей О. Холмсом закономерностям. Учение одного из самых признанных в США судей-правоведов в данной части *позволяет посмотреть под другим, нежели догматическим, углом* на американский подход к разделению властей, децентрализованному конституционному контролю и применению кодифицированных актов, включая саму конституцию, в судебной практике. *Во-первых*, дано чёткое идеологическое (с точки зрения самих американцев) обоснование того факта, что именно судьи могут рассматриваться как носители высших и непреходящих конституционных ценностей сообщества (*common sense of the community*), что связано, как показал диссертант с использованием системы идей О. Холмса, с давней ежедневной работой судей с самим «жизненным» правом сообщества и под его контролем («всеобъемлющее» жюри). *Во-вторых*, с основой на труды судьи О. Холмса показано, почему конституционные положения в США не могут толковаться по методам формальной логики «здесь и сейчас», но их содержание обнаруживается (выявляется) судом, в том числе Верховным Судом США, только из «последовательной прогрессии» прецедентного и исторического опыта, накопленного поколениями членов сообщества, включая судей, и заложенного в то или иное конституционное положение. Суд при этом, как следует из обоснованных диссертантом выводов, *индуктивным* методом (а не дедуктивным, как принято во многих континентальных правовых порядках) выявляет «общий смысл» данного опыта и применяет его к новым обстоятельствам.

Действительно, в новом свете благодаря данным выводам может быть рассмотрена сама техника изложения решений англо-американских судей, которые не скупятся на десятках страниц обосновывать их ссылками на суть (*ratio*) множества предшествующих прецедентов, в том числе многовековой давности. *Диссертант с опорой на труды О. Холмса показывает*, что данный процесс есть не что иное, как выявление «общего смысла» из всей совокупности прецедентного опыта индуктивным путём для формирования нормы разрешения спора (*rule of decision*).

Очень интересный пример, приведённый диссертантом – дело Clinton v. Jones, в рамках которого судьи при рассмотрении вопроса о возможности вчинить гражданский иск президенту США ссылаются на целую прогрессию прецедентов, включая английские, начиная решением Э. Кука по делу *Prohibitions* (казалось бы, в XVII в. не было речи не только о президенте, но и о самой Конституции США, но диссертант объяснил: дело не в названиях должностей или нормативных актов и даже не в форме правления, а в самом реальном конституционном опыте – в данном случае опыте подчинения всех, включая правителя, закону).

В данном аспекте *интересным было бы дальнейшее исследование* диссертантом темы последовательного развития судьями содержания конституционных положений, в том числе о правах человека, за счёт того, как кратко указывает диссертант, что они, каждый раз выявляя «общий смысл» общественного опыта, проводят «генеральную линию» *поблизости* с ним и наделены определённой долей усмотрения. *Насколько широко такое усмотрение?* А как быть, например, если вмешался технический прогресс и обстоятельства настолько новы, что общество, очевидно, не могло испытывать в их отношении какие-либо «чувства» или иметь «достаточный опыт», которые можно обнаружить в ретроспективе?

В целом на основе изучения автореферата диссертации необходимо отметить, что работа выполнена автором *самостоятельно и на высоком доктринальном уровне*. Диссертант использует широкий круг научных и историко-правовых источников, демонстрирует умение критически подходить к их анализу. Общее качество оформления работы соответствует требованиям, предъявляемым научным сообществом к лицам, претендующим на присуждение степени кандидата наук.

Таким образом, выполненное диссертационное исследование отличается новизной и вносит вклад в юридическую науку, а её автор Лесив Богдан Васильевич, по нашему убеждению, достоин присуждения ученой степени кандидата юридических наук по специальности 5.1.1. «Теоретико-исторические правовые науки».

доктор юридических наук
(по специальности 12.00.01 - Теория и история
права и государства; история учений о праве и
государстве), профессор,
Заведующий отделом сравнительно-правовых
исследований Института законодательства и
сравнительного правоведения при Правительстве
Российской Федерации,
Заслуженный юрист Российской Федерации

А.И. КОВЛЕР

Контактная информация:

Анатолий Иванович Ковлер,
117218, Москва, ул. Б.Черемушкинская, д.34, ФГНИУ «Институт законодательства и
сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации», +7 (495) 719-70-00,
office@izak.ru.