

О Т З Ы В

официального оппонента начальника кафедры теории государства и права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя, доктора юридических наук, профессора Клименко Алексея Ивановича
о диссертации Богдана Васильевича Лесива на тему «Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве», представленной на соискание ученой степени кандидата юридических наук по специальности
5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

Диссертация Лесива Богдана Васильевича посвящена правовой концепции известного американского правоведа и судьи Оливера Уэнделла Холмса Мл., оказавшей решительное влияние на развитие социологического и реалистического направлений правовой мысли в Америке XX века. Актуальность данной тематики не вызывает сомнений. В России социологическое восприятие и осмысление права конкурировали с догматикой и позитивизмом на протяжении многих десятилетий, начиная с конца XIX века. Социологические закономерности права были интересны правоведам как дореволюционным (Б.А. Кистяковский, М.М. Ковалевский, Н.М. Коркунов, С.А. Муромцев, П.И. Новгородцев), так и советским (Е.Б. Пашуканис, М.А. Рейснер, П.И. Стучка). Результаты конкуренции догматики и социологии нередко отражались в конкретных направлениях развития законодательства и юридической практики, о чем свидетельствуют исследования по истории отечественного государства и права. С учетом внимания, которое уделялось в России осмыслению социологических закономерностей права, особую актуальность представляет системное и подробное исследование одного из самых известных в мире, но мало изученных в России учений, описавшего примерно в тот же период времени такие закономерности в отношении англо-американских правовых систем и характеризующегося как предтеча социологической школы права и правового реализма (с. 185 диссертации, сноска 338).

Интерес к творчеству О. Холмса отмечается в российской правовой науке уже давно (с. 4, 7 диссертации), однако одним из очевидных препятствий к его познанию (и осознанному обращению к составляющим его суждениям) было отсутствие целенаправленного юридического перевода на русский язык соответствующих

трудов. В связи с этим актуальность и научная новизна диссертации обеспечены, помимо прочего, за счет непосредственной работы соискателя со значительным объемом оригинальных англоязычных текстов за авторством О. Холмса («The Common Law», «The Path of the Law», «Codes, and the Arrangement of the Law», «Law in Science and Science in Law» и др.). Новизна исследовательского подхода диссертанта подчеркивается тем, что данные тексты рассматриваются, в первую очередь, в аутентичном виде с учетом теоретико-исторического контекста их создания (с. 10-11, гл. 1 диссертации), в результате чего в диссертации представлен не буквальный, а осмысленный англо-русский перевод множества ранее не изучавшихся в России правовых идей О. Холмса, нацеленный на выявление их системной связи друг с другом, причем в масштабах единой концепции (разных источников одновременно – например, с. 118 диссертации, сноски 240).

С практической точки зрения тема диссертации является значимой, поскольку учение О. Холмса изучается не отвлеченно в качестве универсальной концепции правопонимания (с. 30 диссертации), а в качестве «жизнеописания» бытия права, реально действующего в англо-американских системах, которое было предпринято юристом-практиком (судьей) на основе внушительной эмпирической базы судебного common law. Благодаря этому научная новизна результатов диссертационного исследования обусловлена тем, что впервые суждения О. Холмса рассмотрены не как выводы об универсальном феномене судебной деятельности, который характерен для любых судебных систем, а как выводы о конкретных формах судебной деятельности, характерных для англо-американских правопорядков (с. 30-31, 53-54, 64, 84 диссертации). В результате, во-первых, решена проблема когнитивного наложения «континентального» понимания на правовые категории (такие как «суд», «судебное решение», «правовая доктрина», «здравый смысл», «судебная практика»), используемые О. Холмсом, которому реалии судебной практики континентальных стран были отнюдь не близки. Во-вторых, такой методологически дискриминационный подход позволил обогатить науку общей теории права некоторыми новыми представлениями о сущности

судебного прецедента и судебного правотворчества (с. 264 диссертации), являющихся предметом трудов О. Холмса.

Важно, что на основе решения указанных проблем диссертант сделал самостоятельные выводы о проблематичности искусственной экстраполяции идейных наработок О. Холмса, касающихся правотворческой функции судов, на закономерности развития континентальных правовых систем (включая российскую). Данный вывод диссертации отличается научной новизной, поскольку обоснованно апеллирует к принимающимся попыткам российских ученых (с. 31 диссертации) объяснить некоторые закономерности судебной практики, внешне, на первый взгляд, схожие с идеями О. Холмса, в качестве проявлений правового реализма.

В первой главе диссертации соискатель подобрал и проанализировал внушительную базу теоретических и историко-правовых наработок как относительно философии О. Холмса, так и относительно ее предмета – судебного *common law*. Благодаря этому, в совокупности с остальной частью диссертации, удалось с достаточной степенью достоверности провести параллели между доктринальными положениями трудов О. Холмса и конкретными закономерностями развития англо-американского права. Например, интересна отмеченная связь между особым отношением к римскому правовому наследию в Средневековой Англии и методологией судебной деятельности (с. 55-62 диссертации), связь между историей статуса английского жюри присяжных и центральной категорией реализма О. Холмса – принципом усредненности (эквивалент среднеблагоразумного члена сообщества, с. 69-70 диссертации), связь между теориями возникновения понятия *common law* и особым смыслом концепта «*common*» в категориях О. Холмса (с. 40-45 диссертации).

В главах 2 и 3 на основе текстов центральных и целого ряда сопутствующих трудов О. Холмса, а также релевантной прецедентной практики судов Англии и США последовательно исследованы отправные субстанциальные элементы его правовой идеологии, отражающие отношение к источнику права, формам его объективации и последующей методологии его обработки юристами и судьями. Одной из важнейших частей данного исследования, по нашему убеждению, стала

попытка диссертанта ответить на так называемые популярные «претензии» представителей формализма и юснатурализма к реалистическим постулатам О. Холмса. Автор показывает, что «аргументы» к случайности, неопределенности и субъективности (разделы 2.5-2.6 диссертации) могут возникать при неаккуратном прочтении трудов О. Холмса без учета системной взаимосвязи содержащихся в них положений. Так, например, доказываемость ошибочность представлений о том, что О. Холмс провозглашал всевластие судей (с. 225 диссертации), правовую неопределенность (с. 127-132 диссертации) или аморальность и субъективную случайность права (с. 90, 97-98, 104-106 диссертации).

Соискатель обоснованно отвергает неправильную интерпретацию известных афоризмов О. Холмса, зачастую вырываемых из контекста, подкрепляя свои выводы успешной попыткой вывести из всей совокупности суждений О. Холмса поэтапную концепцию процесса правообразования (с. 155-156 в совокупности с гл. 4). В результате находит свое окончательное понимание нашедшая предиктивная теория О. Холмса (к слову, можно сказать, что данное понятие и полноценное раскрытие его содержания вводится в науку истории политических и правовых учений впервые). Соискатель доказывает, что теория предсказаний судебных решений (с. 247, 250, 252 диссертации), во-первых, напрямую зависит от общих представлений О. Холмса о первичном источнике права и методологии судебного правотворчества и, во-вторых, не пересекается с теорией судебных решений, т.к. действует прежде всего в ретроспективном, а не в перспективном ключе.

Выводы диссертационного исследования основаны на результатах работы с широким кругом как доктринальных источников, так и судебной практики. Поскольку прецедентная практика Англии и США является непосредственным предметом всех изысканий О. Холмса, прослеживание в примерах реальных прецедентов элементов, подтверждающих ход его мыслей, дает наглядное понимание того, о чем в действительности судья О. Холмс хотел сказать всему миру. Данная особенность работы заслуживает внимание с точки зрения научной новизны, а также как основа достоверности и научной обоснованности сделанных выводов.

Наиболее важные выводы автора, представленные в диссертации, прошли апробацию в форме научных публикаций в ведущих рецензируемых научных изданиях, рекомендованных при защите в диссертационном совете МГУ имени М.В. Ломоносова.

Вместе с тем наряду с отмеченными достоинствами работы следует отметить ряд возникающих при ее изучении замечаний и вопросов.

1. Обосновывая актуальность исследования диссертант отмечает полезность понимания опыта судов общего права. Однако оценка этого опыта различными юристами неоднозначна. И на практике мы в некоторых случаях сталкиваемся с механическим переносом практик судов общего права в континентальные суды (об этом, в частности, пишет А. Гарapon: Гарapon А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М.: «NOTA BENE» Медиа Трейд Компания, 2004.), что не лучшим образом сказывается на функционировании правовой системы (по всей видимости диссертант тоже критически относится к таким явлениям). Также мы встречаемся с идеализацией практик судов общего права, например, у Бруно Леони отмечавшего, что законы нужно открывать, а не создавать (Леони Б. Свобода и закон. М.: ИРИСЭН, 2008.) и напротив критикой этих практик, например, Джереми Уолдрон (Уолдрон Д. Верховенство права и мера собственности. М.: Издательство института Гайдара, 2020). В этой связи хотелось бы получить развернутый ответ диссертанта на вопрос: в какой мере и каким образом континентальные суды (и главным образом российские) должны учитывать опыт работы судов общего права и связанные с этим идеи О. Холмса.

2. Характеристика судей как «... хранителей права, стоящего вне политики и пережившего все войны и революции» (первое положение, выносимое на защиту), является идеализацией роли судей. Полагаем, напротив судьи в судах США весьма несвободны от политических соображений, о чем красноречиво свидетельствуют нарративные источники (См., например, Драйзер Т. Финансист. М.: Правда, 1980. С. 436-443).

3. Основное внимание в диссертации уделяется малоизвестной части учения О. Холмса, посвященной источнику права и методологии судебного

правотворческого процесса (гл. 2 и 3). Вместе с тем одному из самых известных феноменов его правовой мысли, теории «предсказания» судебных решений, которую сам диссертант называет «венцом» творчества О. Холмса, уделяется лишь один раздел 4.3, рассмотренный, как бы, напоследок или в качестве своего рода «послесловия». Более того, в этом подразделе затронуты такие глобальные с точки зрения любого правового учения темы, как соотношение права и морали, права и логики, которые вполне могли бы стать объектом отдельного внимания, особенно если учесть принципиальные позиции О. Холмса по данным вопросам. Предлагаем соискателю пояснить, чем обусловлено такое место указанных тем в структуре диссертации и такой не вполне пропорциональный, на наш взгляд, объем соответствующей части исследования.

4. В диссертации достаточно последовательно представлены результаты исследования суждений О. Холмса о функциях и роли жюри, затем о функциях и роли судей. Однако оставлен, за исключением редких исключений, за рамками исследования вопрос о соотношении данных функций и ролей. Если и жюри, и судьи являются сами по себе настолько самостоятельными субъектами правотворчества, то не кажется ли это противоречием, способным разрушить всю «отлаженную» и «последовательную» концепцию правообразования, о которой говорит О. Холмс? Остается недосказанным, что говорил (и говорил ли) О. Холмс о ситуациях, когда судья в системах общего права дает коллегии присяжных прямые и обязательные указания по вопросам права (роль жюри умалена?) или когда судьи, напротив, неожиданно для сторон отдают вопрос права на усмотрение коллегии (индукция уже не справляется?).

5. В диссертации начато, но не окончено оформление позиции соискателя о соотношении категорий «анти-нормативности» и «правовой определенности» в правовой идеологии О. Холмса. С одной стороны, сделаны выводы о том, что «анти-нормативность» является одной из ключевых характеристик права в теории реализма, с другой – что О. Холмс был рьяным борцом за определенность и предсказуемость права. Очевидно, данное противоречие требует дополнительных пояснений.

Указанные замечания, впрочем, не умаляют всей значимости состоявшегося диссертационного исследования. Диссертация отвечает требованиям, установленным Московским государственным университетом имени М.В. Ломоносова к работам подобного рода. Содержание диссертации соответствует паспорту специальности 5.1.1 Теоретико-исторические правовые науки, критериям, определенным в пп. 2.1-2.5 Положения о присуждении ученых степеней в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова. Диссертация оформлена в соответствии с приложениями № 5 и № 6 Положения о диссертационном совете Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Все вышесказанное позволяет прийти к выводу о том, что соискатель **Богдан Васильевич Лесив** заслуживает присуждения искомой ученой степени кандидата юридических наук по специальности 5.1.1 Теоретико-исторические правовые науки.

Официальный оппонент:

начальник кафедры теории государства и права,
Московский университет МВД России
имени В.Я. Кикотя, доктор юридических наук
(научная специальность: 12.00.01 –
Теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве),
профессор
3 октября 2022 года



Алексей Иванович Клименко

Клименко Алексей Иванович доктор юридических наук (12.00.01 – «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»), профессор (5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки), начальник кафедры теории государства и права Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя.

Место работы: Федеральное государственное казенное образовательное учреждение высшего образования «Московский университет Министерства внутренних дел Российской Федерации имени В.Я. Кикотя».

Адрес: 117997, Москва, ул. Академика Волгина, д. 12.

Тел.: 8-499-789-67-84,

Эл. почт.: klimenko_law@mail.ru