

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

имени М.В. ЛОМОНОСОВА

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

На правах рукописи

ЛЕСИВ БОГДАН ВАСИЛЬЕВИЧ

**ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ: ДОКТРИНА ОЛИВЕРА ХОЛМСА
О СУДЕБНОМ ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ**

5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

ДИССЕРТАЦИЯ

на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Научный руководитель:

Фролова Елизавета Александровна,

доктор юридических наук, доцент

Москва – 2022

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	4
1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ И ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ КОНТЕКСТ ПРАВОВОЙ ФИЛОСОФИИ О. ХОЛМСА	19
1.1. «Путь права», пройденный О. Холмсом: основные вехи профессиональной и творческой судьбы.	19
1.2. Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой идеологии О. Холмса.	21
1.3. Переводческие оговорки о сущности центральных понятий в теории О. Холмса	38
1.4. Историко-правовой генезис common law – центрального объекта правовой философии О. Холмса.	49
1.4.1. Характер римского влияния на истоки common law и его отголоски в правовой идеологии О. Холмса.	51
1.4.2. Особая роль суда присяжных в формировании common law: английский расцвет и американский апогей.....	64
2 ИСТОЧНИК РЕАЛЬНОГО (ЖИЗНЕННОГО) ПРАВА, РУКОВОДЯЩИЙ ПРИНЦИП ПРАВООБРАЗОВАНИЯ И ИНСТИТУТ ЖЮРИ В ПРАВОВОМ УЧЕНИИ О. ХОЛМСА	86
2.1. Общие принципы онтологии common law как основа максимы децентрализованного правотворчества	86
2.2. Категория усреднённого члена сообщества как мерило правомерного поведения (принцип «усреднённости»).	95
2.3. Влияние принципа «усреднённости» на понимание границ правового бытия (к вопросу соотношения права и политики)	104
2.4. Жизнь (опыт) как первичный источник права и материально-эмпирический базис принципа «усреднённости»	116
2.5. Основные претензии к «реализму с помощью жюри»: аргументы к случайности и неопределённости. Соотношение знания и понимания закона.	124
2.6. Объективность права: неотъемлемость фактических обстоятельств, внешний характер стандарта и теория «очищения».....	132
2.7. Собственный взгляд на источник и руководящий принцип права как основа позиционирования философии О. Холмса в качестве реализма.....	144

3. О. ХОЛМС О ПРЕДНАЗНАЧЕНИИ ТЕОРИИ ПРАВА И РОЛИ СУДЬИ В СИСТЕМЕ COMMON LAW	151
3.1. Общее осмысление сути судебной деятельности, места и роли судьи в системе права.....	151
3.2. О. Холмс о методологии судебного правотворчества.....	171
3.2.1. Общие представления о методологии выявления (констатирования) реального (общественного) права.....	171
3.2.2. О триединстве «аналогия – индукция – теория»: индуктивно-сознательное владение законом как мастерство судебной профессии.	180
3.2.3. О судебной индукции, выявляющей консенсуальное суждение сообщества для решения вопросов права.....	191
4. ОСМЫСЛЕНИЕ ИНДУКТИВНОЙ СУЩНОСТИ АБСТРАКТНЫХ НОРМ, КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ И ПРЕДИКТИВНАЯ ТЕОРИЯ О. ХОЛМСА.	218
4.1. Об абстрактных нормах (принципах, доктринах) и значении писаного законодательства (кодексов) в common law.	218
4.2. О влиянии индуктивных начал common law на сферу конституционного контроля и о значении истории права. Категория common sense.....	232
4.3. Предиктивная теория О. Холмса и её влияние на проблему соотношения права с логикой и моралью.	247
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	262
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	268

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Вопросы о сущности и желательности судебного правотворчества в России не дают покоя российским правоведам с того самого момента, когда в конце XX века были стёрты идеологические границы юридической науки и стало можно говорить о том, что многие называют конвергенцией правовых систем современности. Не проходит и года, чтобы на всевозможных научных симпозиумах, в том числе самого высокого уровня, не были обозначены принципиальные идеи об особой актуальности признания в Российской Федерации не то что судебного правотворчества, но даже судебного прецедента в качестве источника права¹. За основу таких предложений, как правило, берётся собственное понимание конкретным российским юристом сущности судебного прецедента, испокон веков существующего в англо-американских правовых порядках (common law). Практически всегда эти идеи подкрепляются ссылками на виднейших мыслителей американских школ социологии права и правового реализма, поскольку именно представители данных направлений правовой мысли акцентировали внимание на социальных потребностях в качестве движущей силы права и, как думают многие российские юристы, отождествляли право с судебными решениями. Особого внимания в данном плане удостоены эпохальные изречения Оливера Уэнделла Холмса Мл. (1841–1935), не только подкреплённые его научными достижениями, но и окрашенные ореолом высшего статуса юриста-практика – статуса Главного судьи Верховного Суда штата Массачусетс и впоследствии судьи Верховного Суда США.

¹ Например, в рамках XII Международной школы-практикума молодых учёных-юристов, организованной ведущими сотрудниками Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, было прямо указано: «**Судебные прецеденты** часто являются основой формирования **правовой доктрины** и основанием для принятия изменений в законодательство Российской Федерации. Проблема **развития судебного нормотворчества** в России **остается актуальной** для юридической науки и практики. **Развитие правотворческой деятельности суда** свидетельствует...». URL: https://izak.ru/img_content/events/programma-smu-20172305.pdf (дата обращения 16.05.2022); В рамках одной только секции теории государства и права на XX Международной конференции молодых учёных «Традиции и новации в системе современного российского права» VIII Московского юридического форума сразу 7 докладов были посвящены данной тематике, не стесняясь громких заголовков (например, «Роль судебного прецедента в системе российского законодательства»). URL: <https://clck.ru/h7Uef>; В работе «Применение института аналогии в материальном и процессуальном праве России: история и современность» Г.Д. Улётова в соавторстве с другими видными учёными пишет: «**признание судебного прецедента источником (формой) права** прежде всего связано с формирующимся в настоящее время **новым типом правопонимания, который должен отвечать потребностям и уровню развития современной жизни**».

Судебные прецеденты действительно являются как самостоятельным источником права, так и основой для формирования правовой доктрины в системах common law, но далеко не в том понимании, которое зачастую вкладывают в него российские учёные при экстраполяции на реалии российской (континентальной) судебной практики и юридической науки.

В этом плане полномасштабное исследование трудов судьи Холмса представляет особую актуальность, поскольку он, в отличие от других реалистов, не писал «учебник», где по пунктам излагал бы свою отвлечённую от практики правовую теорию – он последовательно изучал и описывал саму *действующую* систему common law и *практическую* деятельность англо-американских юристов и судей, и только по ходу этого описания-осмысления вкраплял идейные экстракты своего осмысления. Поэтому очень трудно изучить и изложить суть его правового учения структурно, проследив логические связи между устойчивыми правовыми категориями. Вместо этого велик соблазн ограничиться громкими фразами, отвлечёнными от многостраничного контекста, придав словам в них буквальное значение, привычное для российской юриспруденции.

В действительности при системном погружении в оригинальные труды судьи Холмса о сущности судебного права и судебных прецедентов, неразрывно связанные с уникальностью исторического становления и развития систем common law, значение каждого слова в его крылатых фразах наполняется совершенно иным смыслом со всеми вытекающими последствиями для выводов об актуальности и целесообразности их экстраполяции на реалии современной российской правовой системы.

Степень научной разработанности темы. Комплексное диссертационное или иное, аналогичной степени научной проработки, юридическое исследование правового учения Оливера Холмса с глубоким погружением в оригинальные труды, взятые в системе и совокупности с нацеленностью на получение представления о полноте, структуре и логической взаимосвязи именно его взглядов на поэтапный процесс формирования и развития судебного права (от первичного источника до абстрактных положений), до настоящего времени не

предпринималось. Это может быть обусловлено в том числе тем фактом, что годы его активной работы и широчайшего научного признания пришлись на переломный период в истории российского государства.

Общие проблемы реализма в правовом бытии и вопросы реалистических интерпретаций правовых явлений затрагивались в исследованиях Ю.С. Гамбарова, И.А. Ильина, Б.А. Кистяковского, А.И. Клименко, Л.И. Петражицкого, И.А. Покровского, Э.Э. Понтовича, Е.В. Спекторского, В.М. Хвостова, Г.Ф. Шершеневича и др.

Серьезные историко-правовые исследования процессов становления американской социолого-правовой мысли и развития ее теоретико-правовых основ в отечественной литературе отсутствуют², за исключением исследования Г.Э.Адыгезаловой, в котором частично затронуты идеи О. Холмса. Реалистические начала правопознания рассматривались в работах В.С. Горбаня, В.Н. Жукова, И.Ю. Козлихина, А.В. Корнева, В.Н. Корнева, В.Н. Синюкова, В.А. Томсинова. Особое внимание вопросу о сущности английского common law, историко-правовым закономерностям его зарождения и развития уделяет В.А. Томсинов, в том числе в своей докторской диссертации, а также в таких трудах как «Римское право в Средневековой Англии», «Юридические аспекты английской революции 1640 – 1660 годов» и др.

Кроме того, отдельное исследование некоторых аспектов сущности прецедентного права в сравнительно-правовой перспективе осуществил М.Н. Марченко в своих трудах «Судебное правотворчество и судебское право: учебное пособие», «Сравнительное правоведение», «Источники права»³.

Общие представления о месте социологической юриспруденции и правового реализма, в том числе учения О. Холмса, в системе познаний об истории политических и правовых учений дают труды А.П. Альбова, А.И. Клименко, О.Э. Лейста, И.Ф. Мачина, Н.В. Михайловой, Е.А. Фроловой и др.

² См.: Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX в.: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. Дис. ... доктора юрид. наук. Краснодар. 2017. С. 10.

³ Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право (2-е изд.). М., Проспект: 2017. 447 С.; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение (2-е изд.). М., Проспект: 2013. 876 С.; Марченко М.Н. Источники права. М., Проспект: 2005. 760 С.

Теоретико-правовые вопросы философии и социологии права разрабатываются Д.Л. Агранатом, А.Г. Гузновым, В.С. Горбанем, В.Н. Жуковым, В.Д. Зорькиным, А.И. Клименко, А.В. Корневым, В.Н. Корневым, В.А. Луковым, М.Н. Марченко, А.В. Пищулиным, В.Н. Синюковым, Ю.В. Трунцевским, С.Ф. Ударцевым⁴. Теоретико-правовые вопросы антропологии права и соотношения реальности и формальности в праве были детально рассмотрены А.И. Ковлером, а также затронуты в исследованиях Ю.А. Веденеева⁵.

Непосредственному изучению реалистической (социологической) школы правопонимания в юриспруденции США, включая отчасти изучение трудов О. Холмса, посвящена диссертация Г.Э. Адыгезаловой.

Некоторые реалистические идеи О. Холмса затронуты отчасти в теоретико-методологическом и историческом аспектах реализма в целом в юриспруденции в комплексном диссертационном исследовании В.С. Груздева⁶.

Объект и предмет исследования. Объектом исследования является реалистический (социологический) подход Оливера Холмса к правопониманию в его взаимосвязи с историко-правовыми и теоретико-правовыми факторами, повлиявшими на становление и развитие англо-американского судебного common law. **Предметом** исследования являются суждения О. Холмса о сущности и принципах функционирования судебного права, изложенные в оригинальных текстах его трудов и в правовых позициях в качестве судьи Верховного Суда США, а также связанные с рассматриваемыми им явлениями объективной правовой реальности историко-правовые, научные и практические источники, включая целую плеяду судебных прецедентов.

⁴ Зорькин В.Д. Справедливость – императив цивилизации права // Вопросы философии. 2019. № 1. С. 5-14; Зорькин В.Д. Суть права // Вопросы философии. 2018. № 1. С. 5-16; Корнев А.В. Социология права. М.: Проспект, 2015. 335 С.; Социология права. Курс лекций: в 2 т. / Отв. ред. Марченко М.Н. М.: Проспект, 2015; Пищулин А.В. Правопонимание: Теоретические вопросы формирования // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 1. С. 29-41.

⁵ Ковлер А.И. Антропология права. М.: Норма, 2002. 480 С.; Ковлер А.И. Конституция «формальная» и «реальная» // Полис. Политические исследования. 1998. № 6. С. 26-31; Ковлер А.И. Ценностные и стратегические перспективы правового плюрализма // Человек и право: книга о летней школе по юридической антропологии. М.: ИД «Стратегия», 1999. С. 105-112; Веденеев Ю.А. Антропология права: между социокультурными традициями и нововведениями // Lex Russica. 2016. № 9. С. 9-26.

⁶ Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты. Дис. ... доктора юрид. наук. Москва. 2021. 528 С.

Цели и задачи исследования. Целью диссертационного исследования является получение системного знания о правовом учении О. Холмса, посвящённого сущности судебного правотворчества, его отправным началам, движущим силам, источникам, стадиям, методологии, формам выражения результатов, принципам работы юристов с данными результатами, а также об особом предназначении (миссии) судьи в данном процессе.

Для достижения указанной цели поставлены следующие задачи:

- определить теоретический и историко-правовой контекст реалистической философии права О. Холмса, позволяющий адекватно воспринимать используемую им в своих трудах терминологию и понимать теоретико-исторические пределы (содержание) формируемых им категорий;

- выявить и теоретически осмыслить совокупность суждений О. Холмса об источниках судебного права и сформировать представление о смысле центральных его постулатов о «жизни» и «опыте» в качестве объективной реальности права;

- выявить и теоретически осмыслить совокупность суждений О. Холмса о предназначении (миссии) судебной должности и о методологии работы судей в системах common law, в том числе с учётом сформированного представления об источниках права;

- выявить и теоретически осмыслить совокупность суждений О. Холмса о сущности и принципах функционирования абстрактных норм (доктрин) и о сущности процесса кодификации права в системах common law, в том числе с учётом сформированного представления о методологии судебной деятельности; об их влиянии на писаное (статутное) законодательство

- с учётом сформированных представлений о суждениях О. Холмса об источниках права и методологии судебного правотворчества определить действительный смысл предиктивной теории права (теория «предсказаний»).

Методологическую основу диссертации составляют общенаучные методы познания (методы анализа и синтеза, аналогии, обобщения, индукции, дедукции), а также специальные методы познания (идеографический, социологический,

исторический, антропологический, нормативно-ценностный подходы, а также методы проблемно-теоретического, логического исследования, сравнительно-правовой, системно-структурный).

В качестве **теоретической основы** диссертантом преимущественно использовались оригинальные, в том числе до настоящего времени не исследованные в российской науке, тексты трудов самого судьи Оливера Холмса, его речей и писем (личных переписок), а также оригинальные тексты правовых позиций Верховного Суда США и особых мнений за его авторством. Теоретическую основу дополнили связанные с предметом философии О. Холмса положения трудов Дж. Адамса, Дж. Бентама, У. Блэкстона, А.В. Дайси, Дж. Ст. Милля, Дж. Мэдисона, А. де Токвиля.

Теоретическую основу диссертации составляют также труды отечественных правоведов: Г.Э. Адыгезаловой, А.П. Альбова, Н.В. Михайловой, В.С. Груздева, В.С. Горбаня, Г.Д. Гурвича, В.Н. Жукова, В.Д. Зорькина, А.И. Ковлера, А.В. Корнева, В.Н. Корнева, О.Э. Лейста, М.Н. Марченко, И.Ф. Мачина, В.Н. Синюкова, В.А. Томсинова, Е.А. Фроловой, Г.Ф. Шершеневича.

Кроме этого, для системного уяснения действительного смысла суждений О. Холмса без погрешности на искажение континентальным правосознанием преимущественно использовались работы англо-американских правоведов, профессуры и практиков, опубликованные в том числе в ведущих научных изданиях с мировым именем: К. Аллена, М. Белломо, Дж. Диллона, Б. Джонсона, Р. Джордана, Дж. Грэй, Т. Грэй, Дж. Джионфриддо, Ст. Джея, Б.Н. Кардозо, К. Карпентера, Ф. Келлога, Ф. Когена, М. Копера, К. Ллевелина, Б. Ляйтера, К. Лобингера, С. Мейнхольда, Дж. Мерримена, К. Паунда, Р. Паунда, Р. Познера, К. Райта, О. Робинсона, Дж. Саймона, С. Тустера, В. Уоррена, Г. Уайта, Д. Вилкинса, М. Хэйла, В. Холдсворта, М. Хорвитца, С. Шашахани.

Эмпирическая база исследования включает в себя памятники правовой истории, относящиеся к становлению и развитию англо-американского права в осмысляемой О. Холмсом части, релевантные ей судебные отчёты и дайджесты

судебных прецедентов, а также связанные с рассматриваемыми О. Холмсом вопросами нормативные и судебные акты Англии и США.

Научная новизна диссертационного исследования обусловлена тем, что ни в одном из существующих в российской юридической науке исследований диссертационного или аналогичного уровня проработки не ставилась и не достигалась цель поэтапно проследить по оригинальным текстам трудов самого О. Холмса полномасштабную концепцию формирования судебного права (судебного правотворчества). Как правило, исследователи акцентировали внимание на внешней (*судейской*) части доктрины О. Холмса, не проводя чётких и научно обоснованных связей этой части с положениями о *пути права* от первичного источника до наиболее совершенной формы. Особенностью настоящего исследования является также рассмотрение положений доктрины О. Холмса не в буквальном понимании содержащихся в них слов, а с учётом историко-правового контекста рассматриваемых явлений объективной правовой реальности. Знаменитые изречения О. Холмса исследуются не сами по себе, а с учётом выявленных системных связей между всеми частями его судебной философии и связи положений из разных его трудов между собой. Таким образом, предпринята попытка определить действительное (научно обоснованное) содержание (смысл) центральных и самых известных постулатов реализма о том, что «право следует искать не в законах, а в жизни», «общие положения не решают конкретных дел», «жизнь права никогда не шла путём логики – только путём опыта», «право – это предсказание того, какое решение примет суд».

Впервые акцент в исследовании философии О. Холмса делается не на теории предсказаний судебных решений и предустановке о неопределённости права, а на попытке понять, почему О. Холмс, с одной стороны, отрицал писанные общие положения как реальный источник права, но одновременно с другой стороны – признавал возможность его предсказания (предвидения). До настоящего времени исследователи серьёзно не задумывались, что если брать слова О. Холмса в таком буквальном значении, то его теория получается, как минимум, противоречивой и нелогичной, что, очевидно, не соответствует

действительности с учётом её всемирного признания. Взятая в совокупности с положениями о первоначальном этапе формирования реального (жизненного) правового материала, о прогрессивном накоплении и пределах опыта жизни сообщества, необходимого для принятия качественных правовых решений, о методологии работы судей с данным материалом, предиктивная теория, на которой сосредоточены усилия учёных до сих пор, по сути, предстаёт перед нами лишь вершиной (результатом) всей общей теории реализма, содержание которой оказалось далёким от стереотипного отождествления права с решением суда.

Также особенностью исследования стала попытка осмыслить категории, о которых говорит О. Холмс и которые по понятным причинам привычны англо-американским, но не континентальным юристам, в контексте онтологии данных категорий с точки зрения конкретных закономерностей их историко-правового развития в системе common law. Впервые учение Холмса рассматривается не как учение о праве или судебной деятельности как таковых, одинаковых во всём мире, а как учение о конкретном праве и деятельности конкретных судов, каким оно, по сути, и является в данной части. Таким образом, происходит двусторонняя теоретическая синергия: понимание мыслей О. Холмса дополняется пониманием институтов common law, о которых он говорит, а знание об онтологии common law и о сущности судебного прецедента расширяется за счёт выводов о них, сделанных одним из наиболее авторитетных американских судей.

Наконец, для выполнения задач исследования был осуществлён авторский контекстный юридический перевод с английского языка и системное осмысление внушительной доли содержания произведений О. Холмса, до настоящего времени не известных российской науке истории политических и правовых учений.

Теоретическая и практическая значимость диссертации. Положения и выводы, сделанные в результате комплексного исследования правового учения О. Холмса, позволяют: (1) восполнить пробелы современной науки истории политических и правовых учений, философии права и социологии права в отношении суждений О. Холмса о «жизни» как источнике права, о руководящих принципах и методологии судебного правообразования, о миссии судьи в

качестве знатока и хранителя права, созданного самим обществом; (2) дополнить знания науки теории государства и права о сущности прецедентного права, в том числе о его соотношении со статутами, а также о либерально-демократической и правовой функциях суда присяжных в англо-американской правовой семье.

Кроме того, теоретическая значимость состоит в выявлении подлинного смысла центральных постулатов правового реализма и предиктивной теории Холмса. Также теория О. Холмса позволяет по-новому осмыслить само понятие common law через используемые им категории (common sense, common experience, common knowledge, ordinary prudence, average intelligence) в качестве децентрализованного правового бытия, призванного обеспечить реальное участие общества и адекватное восприятие его нужд, а не централизованное политическое руководство большинства или меньшинства. **Практическая значимость** обусловлена тем, что убеждения Холмса как судьи-практика исследованы не в качестве схоластической теории (отвлечённых размышлений) о правовых идеалах, а в качестве учения о конкретной модели функционирования права, действующей в большинстве англоязычных стран мира (common law). Научные выводы подкрепляются реальными прецедентами, позволяющими образно увидеть и зафиксировать на конкретных примерах смысл общих утверждений, целью которых изначально было осознание *практических* потенциалов судебной деятельности. Кроме того, комплексное осмысление сути common law, особой методологии судебной деятельности и не свойственных континентальным системам задач, стоящих перед судьями, способствует пониманию некоторых практических закономерностей. Например, способности самых уважаемых и опытных судей англо-американской системы выполнять функции даже в не родных им правопорядках, где они, несмотря на это, пользуются особым авторитетом (например, Главная судья Канады Б. Маклаклин – судья последней инстанции в Гонконге, а некоторые высшие судьи Австралии – в Науру и других государствах Океании, судьи с английским образованием – в Индии и ЮАР, даже после «разрыва» с метрополией).

Выводы диссертации могут быть использованы в научной и учебной деятельности для проведения лекционных и семинарских занятий, при разработке пособий, монографий, методических рекомендаций по курсам «История политических и правовых учений», «Теория государства и права», «Философия права», «Социология права», «Сравнительное правоведение».

Основные положения исследования, выносимые на защиту:

1) При изучении и интерпретации суждений О. Холмса о судебном правотворчестве необходимо учитывать историко-правовые характеристики самого объекта его философствования – common law. Понимание идей Холмса о common law является неполным без минимально необходимых представлений о процессе зарождения и функционирования системы common law в качестве общественного достояния людей (common people); об исторически обусловленных особенностях методологии правовой работы, восходящих в том числе к *sui generis* пост-римским правовым процессам; об исторически сложившемся конституционном статусе жюри и исторической роли судей как хранителей права, стоящего вне политики и пережившего все войны и революции.

2) Учение О. Холмса можно охарактеризовать как правовой реализм, поскольку источником и эмпирической основой для образования права он показывает реальную жизнь сообщества и реальный опыт взаимодействия членов сообщества друг с другом. Ключевыми категориями, раскрывающими понимание отправного источника права выступают жизнь, опыт, стандарт среднего благоразумия и извлечённые из них общие ценности, здравый смысл (common sense, common experience, common knowledge, principle of averages). Право формируется в обычном течении жизни членов сообщества исходя из принципа «усреднённости», по которому определяются средневзвешенные чувства членов сообщества к той или иной существенной совокупности фактов (объективной стороне повторяющихся ситуаций). Неразрывная связь этого стандарта с объективной (внешней) стороной деяний, а не с мнением или чувствами людей, присяжных, судей, обеспечивает объективность и устойчивость права, а также возможность в дальнейшем ассоциировать уже имеющийся опыт с вновь

возникающими делами при повторении *mutatis mutandis* аналогичных фактов. Судья приобретает способность самостоятельно констатировать право только потому, что набирается достаточного опыта в ежедневной работе с этим источником и свидетельствами его объективирования – прецедентами.

3) Суть судебного правотворчества, описанная О. Холмсом, прикована к необходимости последовательной прогрессии прецедентного *опыта* («серии последовательных приближений») с применением метода аналогии (*like cases takim*). После достаточного накопления жизненной эмпирики появляется возможность методологической (индуктивной) обработки данного опыта («линий» *ratio*, засвидетельствованных в прецедентах) с целью «усвоить урок» - выявить консенсуальное суждение сообщества (*consensual judgment*). Оно представляет собой обобщённый смысл (в т.ч. цель) всех предыдущих решений и связанных с ними социальных процессов. Профессиональная задача судьи – индуктивно обобщать этот опыт, проводить аналогии, объединять их в одну плоскость (отбрасывая несущественные для общей сути факты) и проводить общую «линию» *ratio*, чтобы определить правило разрешения представших перед ним фактических обстоятельств (констатирование права). Судья должен выявить смысл и цели обобщённого опыта (принцип), чтобы экстраполировать саму его суть на точные факты, которые, как говорил Холмс, «довольно редко повторяются на практике». Эту деятельность, направленную на выявление принципов общего смысла, рассудка (*common sense*), О. Холмс называет теорией права (*jurisprudence*) и генерализацией (*generalization*), провозглашая её высшим юридическим искусством и талантом лучших юристов.

4) Судья в учении О. Холмса – не всевластный неограниченный законодатель. Его учение не провозглашает «правление судей». Во-первых, первичный источник права – не разум судьи, а объективированный (уже существующий) опыт правовой жизни сообщества, «уроки» которого судьи «учат» и констатируют, а не навязывают собственные политические решения. Во-вторых, одну из центральных функций в процессе правообразования играет жюри, исторически выполняющее роль конституционного ограничителя в том

числе законодательной власти. Там, где закон «неясен» (unclear, т.е. где не накоплен достаточный прецедентный опыт), судья должен обращаться к жюри. В-третьих, судья должен руководствоваться не собственными взглядами или произвольными мыслительными техниками, а конкретным методом индукции и аналогии (которая также рассматривается как конституционная защита от произвольных решений), в связи с чем Холмс делает вывод о возможности предсказания судебного решения и твёрдо настаивает на необходимости определённости права, что, очевидно, было бы невозможно, если бы имелось в виду предсказание произвольного решения конкретного судьи. Ошибочно поэтому понимать теорию предсказаний исключительно в перспективном аспекте – в значительной мере имеется в виду предсказание именно ретроспективного опыта, которым будет судья руководствоваться.

5) О. Холмс своей теорией реализма, основанной на осмыслении сущности common law, провёл методологический водораздел судебной и правотворческой деятельности в системах common и civil law, где последние опираются на дедуктивные и иные формально-логические начала с целью выявления абстрактного смысла общих формулировок, а не на индуктивное собирание реального содержания общих идей «по крупицам» из жизни (опыта). Логика и мораль отрицаются в качестве руководящих основ формирования «жизненного» права. Преувеличивать значение логики и морали – это ловушка, которая запутывает неопытных юристов в попытке определить реальное «опытное» право, которое будет выявлять судья. Поэтому, обозначая эти ловушки в лекции «Путь права», Холмс хотел показать будущим юристам, как надо индуктивно работать с прецедентным опытом, чтобы предвидеть решение судьи, для которого значение имеют не логическое мастерство сторон и не тезисы о высокой морали (и то, и другое – субъективное мнение), а лишь консенсуальный стандарт, скрывающийся в последовательной прогрессии свидетельств о праве.

б) Главная задача юридической профессии, по мысли О. Холмса, – сужение сферы неопределённости в праве («сделать предсказания более чёткими и привести в логичную систему»), для чего используется теория (генерализация).

Судьями индуктивно формируются общие положения (принципы, доктрины). Кардинальное отличие такого подхода от нормативизма О. Холмс показывает в совершенно уникальном понимании абстрактных правовых норм, принципов их формирования и применения. Такие нормы могут быть сформированы только в результате обобщения последовательной прогрессии богатого прецедентного опыта (кодификация) и являются воплощением самой сути выявленных судами подходов к разрешению споров. Систематизация этих норм в форме писаного законодательства осуществляется только для практического удобства судей и юристов. Они выступают лишь ориентиром для того, чтобы понять, в какую часть прецедентного опыта необходимо погрузиться для выявления полного правового содержания того или иного института и сути принципа. Этот принцип может умеренно развиваться судьями, поскольку предполагается не автоматическое применение «нормы» к тождественным фактам, а смысловой и целеполагающий поиск решения, наиболее соответствующего сути этого жизненного опыта и вызвавших его к жизни потребностей общества. В этом заключается смысл знаменитой фразы «общие положения не решают конкретных дел».

7) Наиболее совершенным обобщением (кодификацией) такого опыта может рассматриваться Конституция США, которая, по убеждению О. Холмса и согласно позициям Верховного Суда США, является во многом воплощением принципов, «издавна существующих» в *common law*. Опытные судьи, ежедневно работающие с «общественным правом» (конституцией общества), выявляющие и хранящие *common sense* сообщества сквозь века, рассматриваются поэтому как лучшие знатоки конституционных ценностей и защитники общества, а не представители государства, что теоретически объясняет американскую модель децентрализованного конституционного контроля.

8) Труды О. Холмса как практико-ориентированный реализм проливают свет на такую закономерность развития англо-американского права, в соответствии с которой влияние судебного *common law* до сих пор велико в сферах уголовного, деликтного, контрактного регулирования, а если происходит кодификация, то в смысле, который обозначен выше, либо с правилом

максимального сохранения «издавна действующих и привычных всем принципов». Холмс показывает, что в данных сферах велико значение «эквивалента человека среднего благоразумия» для выявления common sense of the community (в отличие, например, от административного права), а common law-судьи работают над этим ежедневно на протяжении веков.

9) В теории О. Холмса судьи действительно обладают усмотрением при принятии решения к конкретным фактам после индуктивного выявления релевантного общего принципа. Однако эта линия усмотрения не произвольна, а должна быть проведена исключительно «вблизи» с методологически выявленным смыслом, что делает возможным предсказание решения. В любом случае такие решения должны быть предсказуемы для средне-благоразумного члена сообщества, чему О. Холмс даёт примеры, в том числе из прецедентного права.

10) Правовой реализм О. Холмса является самостоятельной обособленной концепцией понимания права в рамках реалистической традиции правосознания американских судей (Дж. Маршалл, Б. Кардозо, Р. Познер и др.). Он должен занимать особое место в классификации истории правовых учений, как заложивший основу и оказавший влияние на научные течения: социологическую школу, радикальный реализм, теорию судебных решений.

Степень достоверности выносимых автором на защиту положений обусловлена эмпирической базой исследования и системной корреляцией интерпретационных суждений с выводами ведущих зарубежных исследователей творчества судьи Оливера Холмса.

Апробация результатов исследования. Диссертация подготовлена, обсуждена и рекомендована к защите на заседании кафедры теории государства и права и политологии Юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова.

Основные положения и выводы диссертационного исследования отражены в пяти статьях диссертанта, опубликованных в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по настоящей специальности («История государства и права», «Российская юстиция», «Право и

государство: теория и практика», «Юридическое образование и наука»), а также в научном журнале «Юридическая наука: история и современность», в авторском разделе в коллективной монографии «Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой» (М.: Проспект, 2022), в сборниках: «Материалы Международного молодежного научного форума “Ломоносов-2021”», «Материалы Международного молодежного научного форума “Ломоносов-2020”», «Принудительное исполнение требований неимущественного характера: сборник научных трудов по материалам межрегиональной научно-практической конференции 23 апреля 2021 г.»).

Основные положения и выводы содержались в выступлениях автора на конференции с международным участием «Философия и теория права в XXI веке: оценки и перспективы развития» (Казань, 27.04.2022), международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов - 2022» (Москва, 18-22.04.2022), международной научно-практической конференции «Философия права: от истоков к проблемам современности» (Москва, МГУ им. М.В. Ломоносова, 13.05.2021), межрегиональной научно-практической конференции по административному судопроизводству (Тамбовский областной суд, Тамбов, 23.04.2021), международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов-2021» (Москва, 12-23.04.2021), XXI Международной научно-практической конференции «Новеллы Конституции Российской Федерации и задачи юридической науки», (Юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова, 24-27.04.2020 г.), международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов-2020» (Москва, 10-27.11.2020), XV Всероссийском фестивале науки НАУКА 0+ (Москва, 9-11.10.2020), конференции «Философия права: современные проблемы» (Москва, ИГП РАН, 18-25.04.2018).

Структура диссертации. Структура работы обусловлена объектом, предметом, целью и поставленными задачами исследования. Диссертация состоит из введения, четырех глав, объединяющих в себе шестнадцать разделов, два из которых с двумя и тремя подразделами, заключения и библиографии.

1. ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ И ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ КОНТЕКСТ ПРАВОВОЙ ФИЛОСОФИИ О. ХОЛМСА

1.1. «Путь права», пройденный О. Холмсом: основные вехи профессиональной и творческой судьбы.

Оливер Уэнделл Холмс родился 8 марта 1841 года в Бостоне (США, штат Массачусетс) в период расцвета только «рождённой» юриспруденции США, когда её фундамент, заложенный отцами-основателями на диалектической почве признания и отрицания английского наследия, ещё не был системно осмыслен научно и идеологически. В 1866 г. О. Холмс окончил Юридический факультет Гарвардского университета, после чего 15 лет занимался частной юридической практикой в самых востребованных тогда отраслях (торговое и морское право). Как известно, эти сферы права с самого основания США считались одними из наиболее значимых, о чём свидетельствует их принципиальная «федерализация» - Верховный Суд США занимает чёткую позицию о том, что межштатная торговля (interstate commerce) и морские дела (admiralty) в силу положений Конституции о распределении предметов ведения относятся к федеральному (в том числе федеральному общему) праву. Несмотря на практический уклон деятельности в эти годы, О. Холмс не прекращал попыток осмыслить систему, с которой работает, публиковал обзоры в престижном Американском правовом обозрении (American Law Review). В 1873 г. он подготовил собственное издание знаменитых Комментариев к американскому праву Джеймса Кента.

Накопленная собственным трудом коллекция прецедентного права в условиях, когда официальные судебные сборники и отчёты (reports) были редки и труднодоступны, позволила О. Холмсу предпринять уникальное обобщение истоков и опыта функционирования системы общего права, добавив к нему осмысление системообразующих принципов и новый, американский взгляд на её сущность. Венцом этих трудов стал цикл лекций «Общее право» (1881 г.), о котором подробнее будет сказано позже.

Уже в 1882 г. О. Холмс назначен судьей Верховного Суда Массачусетса, где прослужил 20 лет, в том числе Главным Судьей штата (Chief Judge, аналог

должности председателя суда в России). В это время он прочитал знаменитую лекцию для студентов «Путь права» (издана в 1897 г.). Об идеологическом посыле этой лекции и о колоссальном влиянии, оказанном в результате её публикации в журнале *Harvard Law Review*, будет сказано ещё не раз. Как видно, прочтение этой лекции прямо предшествовало назначению О. Холмса в 1902 г. судьёй Верховного Суда США, в котором он прослужил 29 лет практически до конца жизни.

Особенно популярными как тогда, так и сегодня, являются идеи О. Холмса о праве как «предсказании» судебных решений и акцент на правотворческой функции суда. Однако *предиктивная теория* является лишь айсбергом в океане правовой мысли выдающегося юриста. Помимо выводов о фигуре судьи, О. Холмс исследовал *реальные* источники и сущность общего права, которые кроются в *фактической жизни (опыте)* общества (именно отсюда идёт условное название его теории «*реализм*», а вовсе не из гипертрофированной теории судебных решений); он помимо этого указал на принципы, исторически руководящие формированием общего права как продукта общественной жизни (опыта), а также на ошибки, допускаемые юристами, которые могут этому препятствовать. Он не просто сказал, что судьи творят право, а показал *реальные причины*, по которым они могут это делать. Фундаментальность и практическая проработанность идей поставили имя О. Холмса на совершенно особенное место в истории американской правовой мысли. Его *правовой реализм* располагается отдельно, как бы «над» всеми социолого-реалистическими школами Америки⁷, оказав влияние не только на них, но и на правосознание судей, на принципы судебной деятельности в США.

⁷ В.С. Груздев подтверждает, что реалисты считали О. Холмса, «стоявшего у истоков возрождения в американской юридической наук[е] дискуссии о природе публичного права на основе, прежде всего, некоторых методологических принципов», «отцом-основателем» этого направления правовой мысли. См.: Груздев В.С. Указ. соч. С.292. Т.е. подтверждается как непринадлежность Холмса непосредственно к школе доктринального реализма (он «отец-вдохновитель»), так и центральная значимость идей Холмса о методологии правообразования (индукции).

1.2. Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой идеологии О. Холмса.

В российской юридической науке со снятием «железного занавеса» советской идеологии пристальное внимание получили направления западной правовой мысли, которые стремительно развивались в течение 20-го столетия, но «прошли мимо» нас, поскольку наше государство и право было занято другими делами, гораздо более насущными, чем плюралистическое философствование. Особую популярность среди таких «новых» объектов внимания получило явление так называемого «правового реализма», который стал ассоциироваться с правовой мыслью США прошлого столетия. Представляется, что *причины особого интереса к этому течению* кроются не только в желании познать американский правопорядок на фоне его возросшей популярности в качестве одного из законодателей западной «правовой моды», но и в том, что оно, отрицая нормативность (формальность) права, предлагает искателям научной новизны совершенно отличный от устоявшегося в России подход к пониманию закона.

Несмотря на то, что концепция правового реализма заняла определенное место в умах российских правоведов и получила некоторую степень огласки в большинстве учебников по истории правовых учений, реальное понимание идей таких американских правоведов как, скажем, О. Холмс и Б. Кардозо, видится по-прежнему чересчур далёким от аутентичного содержания их учений.

Обозначение проблемных аспектов. Во-первых, большинство из тех немногих российских правоведческих источников, затрагивающих в какой-либо степени концепцию американского реализма, либо смешивают всех причастных к ней авторов под общим заголовком «социологическая юриспруденция», либо разделяют их на «социологов» и «реалистов», но дальше этого дело, как правило, не заходит. Так, к примеру, единственное российское исследование, претендующее на фундаментальность разработки темы, говорит нам о «социологической школе права», к представителям которой относит Р. Паунда, Т. Парсонса, Г. Бредемейера, О. Холмса, Дж. Фрэнка, К. Ллевелина и др.⁸ Причём

⁸ См.: Адыгезалова Г.Э. Указ. соч. С. 40-61.

последние трое, по мнению автора, относятся к *радикальному* крылу именно «реалистов», которые ознаменовали *второй* этап развития концепции, сменив «умеренных социологов». В одном из последних университетских учебников по истории правовых учений О. Холмсу посвящено несколько абзацев, располагающихся, опять же, под заголовком «Развитие социологической юриспруденции», при этом он «стоит особняком» от чистых реалистов и назван их «предвестником»⁹. В другом учебнике О. Холмс в принципе «вычеркнут» из круга собственно социологов или реалистов¹⁰. Это, как будет показано, ближе к действительности, но всё же полное забвение трудов О. Холмса значительно препятствует складыванию полноценного образа американской реалистической мысли. На первый взгляд, *вопрос правильной классификации* – разделения идей на те или иные школы – может показаться праздным, но это не так, поскольку при правильной постановке вопроса глубокое понимание теории предшествует классифицированию, а не наоборот.

Во-вторых, понимание концепции правового реализма зачастую ограничивается провозглашением правотворчества судей и предложением искать право не в законах, а в судебных прецедентах. Так, например, в упомянутом ранее исследовании утверждается, что американские реалисты, включая О. Холмса, «вели борьбу за утверждение статуса прецедентного права», «признание законодательной функции судов»¹¹. Понимание же теории Холмса зачастую ограничивается указанием в качестве его «главной» заслуги постулата о том, что право – это предвидение решения судьи¹², при этом не происходит реального погружения в «теорию предсказания»: основное внимание уделяется сопутствующим юридико-социальным явлениям в интерпретации Холмса. Возникает некоторая *недосказанность*: неужели Холмс, с одной стороны, говорил о том, что суд – законодатель, который, пусть и с определенными ограничениями, но может сотворить любое право применительно к каждому «уникальному»

⁹ История политических и правовых учений : учебник / Альбов А.П., под ред., Николюкин С.В., под ред. Москва : Юстиция, 2021. С. 323.

¹⁰ История политических и правовых учений: учебник / под ред. В.П. Малахова, под ред. Н.В. Михайловой. Москва : Юнити, 2015. С. 375-376.

¹¹ Адыгезалова Г.Э. Указ соч. С. 5, 9.

¹² Альбов А.П., Николюкин С.В. Там же; Адыгезалова Г.Э. Указ. Соч. с. 44.

случаю, но, с другой стороны, утверждал, что судебное решение можно предсказать? Пониманию аутентичного смысла идей препятствует не только их смешение в одном ряду с мыслями таких юристов как Дж. Фрэнк и К. Ллевелин, но и избегание деталей самого «предсказательного процесса». Всё это указывает на ограниченность нашего знания, как минимум, о теории Оливера Холмса.

Для того, чтобы внести свой вклад в преодоление подобных эпистемологических барьеров на пути к адекватному восприятию теории О. Холмса, укажем на те исторические, теоретические и социально-правовые факторы, которые *необходимо* учитывать ввиду погрешности нашего буквального восприятия его идеологических установок.

Эпистемологические ловушки. Сам О. Холмс для обозначения подобных препятствий к пониманию права использовал выражение «подводные камни» или «ловушки» (*pitfalls*). Полноценное раскрытие данных ловушек не является целью диссертации, но обозначить их кратко всё же необходимо, поскольку потребуется постоянно держать их в уме для погружения в реальное содержание правового учения О. Холмса и представления его места в юриспруденции США.

Ловушка первая, касающаяся вышеуказанной «классификационной проблемы». Без лишних комментариев на эту ловушку прольёт свет пояснение Р. Познера – нашего современника, знаменитого американского правоведа, профессора Чикагского университета с более чем 50-летним опытом и, что немаловажно с учетом затронутой проблематики, опытнейшего судьи и некогда председателя Апелляционного Суда 7-го Округа США. В своё время его назвали самым цитируемым американским правоведом всех времён¹³ и одним из наиболее уважаемых судей США¹⁴. В своей относительно недавней работе «Размышления о деятельности судьи» он прямо и категорически разделяет, с одной стороны, правовой реализм как течение в правосознании американских судей и, с другой стороны, «правовых реалистов» как радикальное течение в юридической науке.

¹³ Shapiro F.R. The Most-Cited Legal Scholars. Journal of Legal Studies. University of Chicago Press, 2000. Vol. 29(1). PP. 409-426.

¹⁴ Microsoft Case Gets U.S. Judge As a Mediator. The New York Times. November 20, 1999, Section A, P. 1.

«[Реалистическая традиция судейского правосознания] является *самостоятельной*, хотя и пересекается с *движением «правовых реалистов» 1920-1930 годов, которое исчезло (иссякло)*, пусть и не без следа» (курсив и акценты шрифта в цитатах здесь и далее мои – Б.Л.)¹⁵.

Невероятно, но одной своей фразой признанный американский правовед разрушает, во-первых, укоренившийся в российском правоведении **стереотип** о том, что О. Холмс относится к представителям американского правового реализма (в аутентичном американском значении) и, во-вторых, громкие заявления о том, что «теоретический», радикальный правовой реализм К. Ллевелина, Дж. Фрэнка и, скажем, Ф. Когена¹⁶, оказал колоссальное влияние не только на американскую юриспруденцию, но даже на «совершенствование правопорядка»¹⁷. В действительности же мы видим, что сами американцы не спешат делать такие громкие заявления относительно последних, но признают именно за судьями-правоведами, такими как Дж. Маршалл, О. Холмс, Б. Кардозо и др.¹⁸, ключевую роль не только в развитии правовой мысли (в том числе радикально реализма), но и в совершенствовании правовой системы в результате формирования *традиции судейского правосознания*, то есть правосознания в первую очередь практиков (судейский правовой реализм), а не теоретиков (научный правовой реализм). К слову, такой вывод подтверждается не только словами Р. Познера, но и анализом работ других специалистов по американскому правовому реализму, в которых полемика ведётся именно вокруг радикальных настроений Ф. Когена, Дж. Фрэнка, Л. Грина и К. Ллевелина, а идеи О. Холмса и других судей, если упоминаются, то именно в качестве самостоятельного вклада, оказавшего влияние на первых¹⁹. Такой ход мыслей находит подтверждение в

¹⁵ Pozner R.A. Reflections on Judging. Harvard University Press, 2013. P. 2.

¹⁶ Удивительно, что Феликсу Когену почему-то не уделяется отдельное внимание в упомянутой докторской диссертации, при том что его труды в аспекте правового реализма обсуждаются в США не реже, а, возможно, даже чаще, чем работы К. Ллевелина. См., например: Leiter B. Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited. Law and Philosophy. 2011, Vol. 30., № 4. pp. 499-516.

¹⁷ Именно такая формулировка использована в названии упомянутой ранее докторской диссертации.

¹⁸ Pozner R.A. Op. cit. P.2.

¹⁹ «Набирало силу движение правовых реалистов, вдохновлённых, скорее всего, трудами О. У. Холмса...». Landsman S. The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History. Hastings Law Journal. 1993. Vol. 44. Iss. 3. P. 613. В целом, если проанализировать американские научные базы данных на предмет поставленного вопроса, то указанный вывод имеет отношение к большому числу работ с темой "American Legal Realism". См.,

работах и других исследователей: в частности, декан школы права Австралийского национального университета М. Купер, проводя **чёткую грань** между О. Холмсом и доктринальными (тем более радикальными) реалистами, называет «Путь права» О. Холмса «предвестником» движения американского реализма, которое сформировало и поглотило все научные дискуссии США в 1920-1930 годах. Как и говорил Познер, влияние именно идей Холмса, а не «поглощающего» их доктринального реализма, ощущается до сих пор не только в США, но и в других юрисдикциях common law²⁰. К аналогичным выводам приходит и всемирно известный правовед Г.Д. Гурвич, который назвал философию О. Холмса «подготовительной стадией» развития американской социологии права²¹, т.е. мысли самого Холмса напрямую к этому течению не относятся и считаются творением sui generis – основой для последней. С точки зрения правильной классификации **Г.Д. Гурвич очень чётко показал**, что доктринальные реалисты крайне увлеклись отождествлением права только с «официальным поведением» государственных органов и создали, в сущности, вовсе не реализм, а обнажённый сенсуализм, эмпиризм и десизионизм (т.е., по сути своей, на самом деле *анти-реализм*)²², в чём, как будет показано в настоящей диссертации, нельзя обвинить О. Холмса. Несложно поверить в правдивость такого положения дел (бессмертность фундаментальной теории и исчерпанность её радикальных ответвлений), учитывая участь других до боли известных, особенно европейских, радикальных политических течений 1920–1930 годов, хотя их и невозможно признать сопоставимыми с правовым реализмом.

Ловушка вторая, касающаяся материального (содержательного) ядра реалистической концепции О. Холмса. Как следует из сказанного немного ранее, второе препятствие появляется в результате не совсем аккуратного использования таких категорий как «предсказание решений», «судебный прецедент», «законодательная функция судов». Поскольку в России **предиктивная теория**

например: Leiter B. Op. cit.; Wilkins D.B. Legal Realism for Lawyers. Harvard Law Review. 1995, Vol. 104, № 2, pp. 468-524.

²⁰ Coper M. The Path of the Law: A Tribute to Holmes. Alabama Law Review. 2003. Vol. 54, № 3 P. 1077-1078.

²¹ Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избр. соч. / Пер. с фр. СПб., 2004. С. 674.

²² Гурвич Г.Д. Там же. С. 685-686.

права в принципе не подвергалась до сих пор отдельному изучению, проясняется причина, по которой её постулаты и категории не отделены от её не самого удачного «двойника». В связи с этим следует раз и навсегда обозначить, что *предиктивная (предсказательная) теория права О. Холмса (prediction theory)* – это не только не та же самая, что и *предиктивная теория радикальных реалистов*, но и совершенно отличная от *теории судебных решений (decision theory)*. Именно последние две Г.Д. Гурвич назвал, как раз «десизионистской тенденцией, которая растворяет право в административном произволе»²³. Как пишет Б. Ляйтер, признанный в США исследователь правового реализма и профессор Чикагского университета, правовой реализм включал в себя, с одной стороны, предиктивную теорию, но с другой стороны – теорию судебных решений, согласно которой решение суда *и есть право*, и ничего другое таковым не является.²⁴ Таким образом, **не вызывает доверия** использование (по крайней мере, без качественного анализа и детализации) тезиса о том, что предиктивная теория права и (или) теория правового реализма О.Холмса заключается в предсказании *судебного решения*, поскольку постулат о том, что правом является решение суда принадлежит другой концепции. Как и Р. Познер, Г.Д. Гурвич прямо разделяет социологическую философию права судей Холмса, Кардозо и «юридический реализм», который придерживается исключительно описания «официального поведения» — того, что судьи делают «и решают в каждом конкретном случае»²⁵. Интересно в этом плане дальнейшее наблюдение Б. Ляйтера о том, что от «**абсурдной decision theory**» прямо открестился К. Ллевелин, а остальные реалисты, в том числе У. Мур и Л. Грин, её не поддерживали. Придерживался её именно Дж. Фрэнк, но и он впоследствии «пожалел, что когда-то её поддержал»²⁶.

В равной мере способно ввести в **заблуждение** и утверждение о том, что предиктивная теория права каким-либо образом «борется» за утверждение статуса прецедентного права, которое, *якобы, в отличие от закона активно «реагирует» на общественные запросы*. Во-первых, роль прецедентного права никогда

²³ Гурвич Г.Д. Там же.

²⁴ Leiter B. Op. cit. P. 501.

²⁵ Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 675.

²⁶ Leiter B. Ibid.

официально не ставилась под сомнение ни в Великобритании, ни в США²⁷. Всё как раз наоборот: немного смягчить действие доктрины *stare decisis* пытались именно американские реалисты. Просто-напросто нужно вспомнить, что судебный прецедент содержит точно такую же **норму** права, как и статут. В этом и заключается кардинальная суть доктрины судебного прецедента, которая связывает нижестоящие суды **нормой**, от которой они не могут отступить, поскольку целью этой доктрины является обеспечение правовой определенности (*certainty*)²⁸. Более образно и экспрессивно уловить дух доктрины *stare decisis* позволит её прототип – латинская юридическая максима *fiat justitia ruat caelum*, что значит «да свершится правосудие, пусть даже рухнет небосвод». То есть доктрина требует стоять на решённом, даже если это приведёт к концу света. А ведь реалисты были как раз одними из самых рьяных противников таких **предустановленных** ограничений, которые не позволяют развиваться праву в соответствии с потребностями и развитием самого общества – реалистическая концепция является **анти-нормативной**. К слову, в англо-американской юриспруденции стремительное развитие парламентского законодательства в XX веке связывается именно с «каменным» застоём прецедентного права, нормы которого преодолеть временами было даже труднее, чем принять новый закон²⁹. Как видно, не совпадением является и то, что реалистическая концепция правовой мысли начала развиваться так же в конце XIX – начале XX века, поскольку судьи и правоведы тоже стали свидетелями апогея «прецедентного застоя» и осознали необходимость совершенствования доктрины *stare decisis* с тем, *чтобы право возвратилось от формальности к реальности* – к реальным людям конкретного времени, а не призракам прошлого, к реальной жизни общества, а не морально устаревшим архетипам. Одним из самых ярких таких свидетелей был Оливер

²⁷ Более того, послереволюционные попытки legislatures некоторых штатов запретить применение английского прецедентного права окончились провалом, поскольку «прецедентное право слишком глубоко укоренилось в колониях, чтобы избавиться от него таким образом», а практика применения прецедентов в США была «по сути такой же, как в Англии». См. подробнее: Gray J.C. Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence. Harvard Law Review. 1895, Vol. 9. №. 1. P. 40.; Lobingier C.S. Precedent in Past and Present Legal Systems. Michigan Law Review. 1946, Vol. 44. №. 6, P. 962.

²⁸ Cardozo B.N. Paradoxes of Legal Science. New York : Columbia University Press, 1928. P. 29,30.

²⁹ К примеру, согласно официальной позиции Палаты Лордов, английское прецедентное право является «жёстким» и трудноизменяемым. См. об этом: Lobingier C.S. Op. cit. P. 995.

Холмс. Наконец, тот же Р. Познер указывает на **прецедент** в качестве примера формализма (а не реализма) в одном ряду с логикой и законодательным текстом³⁰.

Ловушка третья, касающаяся социально-правового контекста формирования реалистической теории права. Бесполезно пытаться понять предиктивную теорию права О. Холмса, механически примеряя используемые в ней выводы о внешне знакомых нам понятиях («суд», «судья», «присяжные», «судебное решение», «законотворчество» и т.д.) на реалии нашей собственной правовой системы исходя из наших собственных знаний о праве и судебной практике – ловушка искажения здесь кроется как во временном факторе, так и в культурно-пространственном. Это то же самое, что пытаться познать современный русский язык по американскому учебнику английского языка, изданному в начале XX века. О том, что эта **грубая методологическая ошибка** противоречит самой эпистемологической сути истории правовых учений как отрасли научного знания, говорят суждения выдающегося дореволюционного правоведа и профессора Московского университета Г.Ф. Шершеневича: «Эти идеалы (теории права –Б.Л.) находятся ещё более в зависимости от *условий времени и места*, при которых они появились... Вот почему история философии права не в состоянии обойти личную жизнь философа, *не всегда отражающуюся в его произведении, но часто объясняющую его*»³¹. Об этом методологическом императиве говорит и современник О. Холмса, всемирно известный американский правовец, декан Юридического факультета Гарварда Р. Паунд: «Мы сможем правильно понять (осознать) философские концепции прошлого, только если при взгляде на них нашими собственными глазами будем *учитывать правовые реалии того времени и места*, а также *неотложные потребности того этапа* правового развития, когда эти концепции были сформулированы»³².

На ту же методологическую сложность весьма категорично указывает О. Шпенглер, предпринявший, возможно, наиболее фундаментальную в современной гуманитарной науке попытку осознанного сравнительного

³⁰ Pozner R.A. Op. cit. P.2.

³¹ Шершеневич Г.Ф. История философии права (2-е изд.). СПб.: Тип. «Труд», 1907. С. 20.

³² Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law (4th pr.). New Haven : Yale University Press, 1930. P. 20.

(аналогического) осмысления существовавших и существующих культур и цивилизаций. В своём тысячестраничном *magnum opus* он вслед за своими соотечественниками неокантианцами указывает, что в отличие от точных наук, для которых математический закон является средством *познания* неживых форм, средством *понимания* живых форм в гуманитарных науках является *осознанная аналогия*³³. Показывая несостоятельность поверхностного сравнения культурно-цивилизационных феноменов исходя лишь из их *внешнего* сходства без осознания их онтологических детерминант, он утверждает, что *такие аналогии «продолжали носить отрывочный и произвольный характер* и, как правило, в большей степени отвечали сиюминутной потребности выразиться поэтично и остроумно, нежели углубленному историческому чувству формы», что такие аналогии «не имеют никакого смысла в плане морфологии», «*подбор [таких] образов определяется исключительно прихотью, а вовсе не идеей, не ощущением необходимости*»³⁴. В конечном счёте он приходит к выводу, что «бездна сравнений возникает уже теперь, однако все это бессистемно и бессвязно; *и если подчас они оказываются удачны в глубинном смысле... мы обязаны этим везению, куда реже – инстинкту, и никогда – принципу*», то есть они «далеки от техники сравнения»³⁵.

Именно поэтому значительная часть настоящего диссертационного исследования, предшествующая обращению непосредственно к идеям О. Холмса, посвящена установлению **необходимого** для правильного понимания этих идей их **историко-культурного контекста** и, что более важно, онтологических детерминант самого предмета правовой философии О. Холмса – **common law**, англо-американского судебного права. Это необходимо, чтобы обеспечить беспристрастное понимание мыслей, изложенных в трудах Холмса, в их аутентичном (независимом) состоянии, нежели в зависимости от культурных предустановок субъекта аналогии, т.е. без наложения на них привычного нам

³³ Шпенглер О. Закат Западного мира; Очерки морфологии мировой истории. Полное издание в одном томе / пер. с нем. И.И. Маханькова. М.: Изд-во «Альфа-книга», 2017. С. 14.

³⁴ Шпенглер О. Указ соч. С. 15.

³⁵ Шпенглер О. Там же.

(удобного для нас) понимания таких феноменов как судебный акт, судебная практика, законодательство и т.п.

Важно уяснить, что Холмс никогда не пытался представить миру общую теорию права и ответить на вопрос, что есть право в принципе, имеющее одинаковую сущность для всего человечества. Как справедливо отмечает профессор Е.А. Фролова, эта особенность характерна для всего социологического направления в юриспруденции, задачу которой видели не в «поиске сущности права вообще, вне времени и исторически преходящих условий общества..., а инструментальный анализ права – уяснение эффективности (действенности) правовых предписаний в существующих условиях *конкретного общества*»³⁶.

О. Холмс был американцем, как говорится, до мозга костей. В настоящей диссертации будет неоднократно показано, что предметом судебно-правового философствования О. Холмса является именно прецедентное *common law*, а не законодательство и нормы права в привычном нам понимании³⁷. Вместе с тем, даже несмотря на то, что один из наиболее важных трудов О. Холмса посвящён исключительно общему праву, этот труд, однако, не представляет собой простое описание (комментарии) системы прецедентного права или практических проблем применения того или иного института гражданского или уголовного права. Безусловно, даже этот труд, будучи основан на содержании отраслевых институтов, пропитан не столько практическим, сколько теоретическим осмыслением, обобщением и фундаментальными идеями. Отличие О. Холмса от континентальных теоретиков в данном плане лишь в том, что он отчётливо обозначил эмпирический материал для теоретизации, а последние, как правило, имплицитно имея в виду, безусловно, континентальные формы правового бытия – статутное законодательство и судебную практику в узком смысле – не отражали это эксплицитно в своих письменных трудах. В действительности же как континентальные философы, так и О. Холмс были в одинаковой степени

³⁶ Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность. Монография. М.: Проспект, 2021. 686 С.

³⁷ К таким же выводам приходит Г. Гурвич, говоря о том, что Холмс концентрирует внимание на *описании* единственного глубинного уровня социальной действительности права – *права, связанного с деятельностью судов*. Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 675.

теоретиками права, то есть создавали теорию правовой организации общества, однако, говорили о разных методах такой организации. Таким образом, внимание О. Холмса прецеденту, а не закону, не превращает его из «теоретика» в «практика» – напротив, он стал одним из самых выдающихся теоретиков, осмысливших другой и совершенно уникальный способ организации общественных отношений посредством права, другой способ законодательствовать (сам О. Холмс указывал на существование разных «теорий законодательства»³⁸).

Исходя из всего этого недопонимание могут вызывать выводы, к которым Г.Э. Адыгезалова пришла в своей диссертации: «[А]мериканская социолого-правовая доктрина способствовала усилению роли суда в совершенствовании законодательства в странах как англосаксонской правовой традиции, так и континентального права. Современный российский опыт судебного правотворчества наглядно иллюстрирует, что именно юридическая практика отражает изменения в обществе, оперативно реагирует на них и способствует повышению эффективности права, влияя на развитие законодательства»³⁹. При этом автор учитывает такие «влиятельные» формы «судебного правотворчества» как постановления Конституционного Суда, Пленума и президиума Верховного Суда России. Именно такое понимание «судебного правотворчества», не имеющее ничего общего с сущностью автономной системы прецедентного common law, способно привести к ошибке восприятия действительного смысла как предиктивной теории, так и американского реализма в целом.

Прежде всего, в США, в отличие даже от Великобритании, не говоря уже о России, Франции и Германии, судьи *никогда*⁴⁰ не были связаны положениями законодательства, если считали его неправильным: в США действует

³⁸ Holmes O.W. The Common Law. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. P. 3.

³⁹ Адыгезалова Г.Э. Указ. соч. С. 19.

⁴⁰ Де-юре полномочия по конституционному контролю над законами, как известно, были закреплены в США в 1803 году, но промежуток с 1789 по 1803 не имеет существенного значения в силу своего переходного характера, действия английского прецедентного права и отсутствия масштабных конституционных споров.

децентрализованная система конституционного контроля⁴¹. Неужели такие утверждения применимы к российским судьям? Если не отрицать очевидное, а именно то, что российские судьи не могут отказаться от применения закона, а если делают что-то подобное, то только под видом приближенного к тексту толкования, то таким же очевидным станет вывод о том, что это прямо противоречит концепции правового реализма, поскольку толкование представляет собой именно те логические операции и извлечение смысла из абстрактного текста, которые реалисты ненавидят называли «формализмом». Вернёмся к Великобритании: система права – родоначальница всех современных прецедентных традиций, однако, судьи по-прежнему связаны законом (актами Парламента), в их распоряжении знаменитые три правила толкования, а конституционный контроль в качестве обособленного института отсутствует как таковой⁴²; как это отразилось на философском (теоретическом) осмыслении права? Ответ очевиден – в Великобритании сформировался главный идеологический антагонист реализма – позитивизм Дж. Остина, Г. Харта и др.

Стоит ли тогда даже упоминать континентальные системы в какой-либо ассоциации с американским правовым реализмом, предтечей которого стал О. Холмс? В отличие от невероятных попыток российских авторов распространить теории американских правоведов конца 19 – начала 20 веков, писавших исключительно об американском праве как о феномене (прибегая к другим правовым феноменам лишь поскольку это необходимо для познания американского права), сами англичане и американцы того времени совершенно точно понимали, что суть судебной деятельности в системах *common law* имеет общего с континентальным аналогом ровно настолько, насколько это не касается процесса правотворчества (*law-making*). В частности, они отмечали, что «в то время как английские юристы этих [14 и 15 веков] создали *common law* как

⁴¹ Которая, к слову, и была установлена самими судьями, а именно в результате решения по делу *Marbury v. Madison*, написанного судьей Дж. Маршаллом, которого Р. Познер назвал первым в ряду судей-реалистов, сформировавших вместе с О. Холмсом традицию реалистического правосознания судей.

⁴² Причём Конституция Великобритании, вопреки некоторым заблуждениям, является писаной, хотя и не кодифицированной. Это значит, что, несмотря на существенную заслугу судов в правильном применении конституционных статутов, последние всё же разрабатывались и отстаивались, порой силой, политическими субъектами – коллективом аристократов или парламентом. Другое дело – Конституция США, которая, по убеждению О.Холмса, основана на принципах *common law* (позиции по делу Гомперс против США и другим).

систему правил, найденных в [реальных] прецедентах, континентальные юристы... поставили их закон в зависимость от мнения, устоявшегося в юридической среде... выведенного, главным образом, из философских трактатов, а иногда – из *Arrets de reglement*, то есть из общих установок высших судов»⁴³. Таким образом, «установки высших судов» в континентальных правовых порядках, к которым очевидно относятся и постановления конституционного суда, и постановления пленумов высших судов, прямо противопоставляются судебному правотворчеству в системах прецедентного права, поскольку не совпадают ни по полномочиям (толкование закона / создание новой нормы), ни по способу создания позиций (абстрактное размышление / решение конкретного спора). На это, помимо прочего, прямо указывает в компаративном аналитическом обзоре Федерация юридических объединений Канады: «Законы тоже – возможно, даже более, чем когда-либо – являются важным источником права, но характер отношений, которые они иницируют с прецедентным общим правом кардинально иной, нежели взаимовлияние, существующее между законодательством и судебной практикой в континентальной традиции»⁴⁴.

О.Холмс и вовсе рассматривал суды как место, в котором право может образоваться «с нуля», то есть заведомо без участия законодателя, прямого или косвенного, о чём далее подробнее будет указано в *ловушке пятой*. Таким образом, обречена на провал не только попытка свести социологическую или реалистическую юриспруденцию США к прецедентному праву в понимании «судебная практика», но и гипотеза о том, что американская доктрина прямо способствовала развитию каких-либо правовых систем, кроме американской. В действительности судебное правотворчество в понимании О.Холмса не имеет ничего общего с «влиятельными» постановлениями высших судов России или какой-либо другой романо-германской правовой системы.

Ловушка четвертая возможна ввиду того, что в российской политико-правовой дискуссии, как правило, упускается из виду разница федерального и

⁴³ Holdsworth W.S. A History of English Law (Vol. 4). Methuen & Co. : London, 1924. P. 220.

⁴⁴ Common Law and Civil Law: A Comparative Primer. Federation of Law Societies of Canada. 2017. Pp.5-6. URL: <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2020/01/Common-Law-and-Civil-Law-A-Comparative-Primer.pdf> (дата обращения 26.06.2022).

штатного прецедентного права в США (ограниченная и неограниченная юрисдикция). «Федеральные суды, в отличие от судов штатов, *не являются судами общей common-law юрисдикции* и не имеют отправных полномочий по развитию и применению их собственных норм для разрешения споров»⁴⁵ - указал Верховный Суд США по делу, касавшемуся экологических притязаний одного штата к другому⁴⁶. Признанный авторитет американской конституционно-правовой науки Ч. Райт отмечал, что различие между судами федерации и штатов обычно описывается так, что федеральные судьи, в отличие от своих коллег в штатах, являются судьями «ограниченной юрисдикции»⁴⁷. В чём же ключевое отличие? Дело в том, что в отношении законодательства штатов⁴⁸ действует общее правило, согласно которому легислатура штата занимается правотворчеством лишь «на фоне» common law, прямое действие которого ко всем общественным отношениям предполагается до тех пор, пока иное не будет установлено законом. Об изначальном действии в американском обществе принципов common law и о вторичной роли законодателя говорится в одной из лекций Радфордского университета: «Таким образом, common law может быть преодолено законодательным актом (...). Как только штат принимает закон, аннулируется вся *история [соответствующего принципа] common law*»⁴⁹. Нужно, однако, иметь в виду важнейшую деталь: речь идёт не о любом законе, устанавливающем какой-либо новый подход. Чтобы «аннулировать всю историю» конкретного принципа общего права, закон должен быть направлен именно на это, и должен сказать об этом прямо и безоговорочно. Так, по делу *Meister v. Moore* Верховный Суд США постановил, что закон штата Мичиган, впервые

⁴⁵ *Milwaukee v. Illinois*, 451 U.S. 304, 312 (1981).

⁴⁶ Хотя необходимо признать, что почти сразу после этого Верховный Суд всё же определил сферу правового регулирования, которая может выступать предметом федерального common law без законодательной основы (права и обязанности Соединённых Штатов, межштатные и международные споры, морское право – см. *Texas Indus. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630, 641 (1981)). Кроме того, Верховный Суд даже до этого не отрицал свою собственную особенную природу в качестве высшей конституционной инстанции государства, признав за собой право применять *нормы для разрешения споров (rule of decision)*, которые основаны «на [его] собственных стандартах» (см. *Clearfield Trust Co. v. United States*, 318 U.S. 363 (1943) at 367).

⁴⁷ См.: Wright C. *The Law of Federal Courts*, 4th ed., 1983. P. 22.

⁴⁸ В конституционной системе США именно штаты наделены первичным правом законодательствовать по любым вопросам (включая т. н. «police power»), тогда как федерация делает это субсидиарно по определённым вопросам.

⁴⁹ Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Университет Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттеррелла (Университет Королевы Марии). <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm> (дата обращения 01.05.2021).

устанавливающий требования к бракам, не влечёт недействительности предыдущих браков, заключённых вне законодательного регулирования на основании принципов английского common law. «Несомненно, закон может упразднить право, установленное принципами common law, но всегда действует презумпция, согласно которой законодатель не имеет на это никакого намерения, если только прямо об этом не заявит»⁵⁰. О том, что в американском правовом порядке законодатель исходит из предположения, что принятые им законы будут интерпретироваться «на фоне» общего права, Верховный Суд говорит даже в конце XX века: «Законы, которые вторгаются в общее право... подлежат толкованию с презумпцией *в пользу сохранения издавна установленных* и [всем] знакомых принципов [общего права], если только не очевидна обратная цель закона. ... Чтобы отменить принцип, установленный общим правом, закон должен «говорить прямо» о вопросе, который уже разрешён общим правом»⁵¹.

От этого понимания напрямую зависит правильное определение количественных и качественных параметров правовой теории О. Холмса – того, какую часть американского права он рассматривал и обобщал и того, какие свойства именно этой части права являются системообразующими для его концепции. В своём центральном произведении («Путь права») Холмс писал именно о судах штатов (Массачусетс и т.д.). И неспроста, ведь много лет он был судьей Верховного Суда Массачусетса, то есть судьей штата, а основополагающие научные труды он создал именно в этот период своего жизненного и творческого пути – в 1881 году цикл лекций «Общее право» (за 21 год до назначения в Верховный Суд США), а в 1897 году – трактат «Путь права». Из этого, с учётом деталей, которые можно проследить в указанных произведениях, следует, что в своей идеологии он опирался именно на общее право (common law) в оригинальном значении для судов неограниченной юрисдикции, каковыми являлись английские суды и суды американских штатов. И неспроста для наиболее абстрактной (очевидной) и фундаментальной

⁵⁰ См.: Meister v. Moore, 96 U.S. 76 (1877).

⁵¹ United States v Texas, 507 U.S. 529 (1993).

иллюстрации одной из своих идей он прибегает к фразе «знать то, как суды Массачусетса или английские суды действуют на самом деле»⁵² – неподготовленный читатель не увидел бы, что эти подчёркивается, что суды Массачусетса, как и суды штатов в принципе, имеют оригинальную (неограниченную) *common law* юрисдикцию. Кроме того, его самый фундаментальный по объёму труд называется именно «Общее право» («The Common Law»), что подчёркивает правильность направления высказанной мысли, поскольку на момент создания этого труда общепризнанным являлось только *common law штатов* (о федеральном *common law*, как мы выяснили выше, Верховный Суд США высказался только в середине XX века).

Пятая ловушка способна ввести в заблуждение того, кто пытается понять теорию О. Холмса, не имея в виду масштабный научно-профессиональный спор, получивший в США новый виток во времена расцвета юридической карьеры О. Холмса. Речь идёт о двух разных подходах к издавна существующей в английской юриспруденции проблеме «юридической природы судебного решения в качестве прецедента»⁵³ (к слову, уже в постановке этой проблемы указывается на то, что судебное решение и прецедент – это нетождественные понятия в англо-американской юриспруденции). Юристы систем *common law* условно разделились на две группы, которые придерживаются либо *декларативной*, либо *креативной* теорий судебной деятельности. Декларативная теория (*declaratory theory*), первое упоминание которой восходит к суждениям английского судьи Скота, изложенным в знаменитых «Ежегодниках» (*Year Books*)⁵⁴, заключается в том, что, как сказал М. Хэйл, «[судебные решения] не создают закона в его надлежащем понимании – на это способен только король и парламент»⁵⁵. Другими словами, это хорошо знакомая нам концепция «судей-правоприменителей». Высказывания, так или иначе оказавшие поддержку этой теории, содержатся в трудах известных

⁵²Holmes O.W. The Path of the Law. Harvard Law Review. 1997, Vol. 110. No. 5. P. 994.

⁵³Lobingier C.S. Op. cit. P. 967.

⁵⁴71 Y.B. 15 Edw. 3 (1341), Rolls Series, p. 230.

⁵⁵Hale M. History of the Common Law of England, University of Chicago Press, 1971. P. 45.

английских правоведов У. Блэкстона⁵⁶ («[in overruling decisions] Judges do not pretend to make a new law»), К. Аллена⁵⁷, а также в одной из позиций Верховного Суда США под авторством Дж. Стори («понятие законов... не включает в себя судебные решения»)⁵⁸. Примечательно, что спустя почти сто лет – в 1938 году, т.е. именно после зарождения философии правового реализма, публикации главных трудов О. Холмса, Р. Паунда и других борцов с формализмом – решение Дж. Стори было отменено Верховным Судом, активнейшим членом которого почти 30 лет был и сам О. Холмс, ушедший незадолго до этого в отставку.

Таким образом, мы подходим к тому, что О. Холмс был, возможно, самым ярким представителем теории-антагониста – креативной (*creative theory*). Интересно, что в основательном труде, который является одним из наиболее полных и всесторонних исследований сущности судебного прецедента, ссылка на О. Холмса впервые появляется именно в описании «креативной» теории судебной деятельности. До этого при рассмотрении совершенно различных аспектов сущности судебного прецедента в разных странах автор ссылался как на самых известных английских правоведов (Э. Кук, У. Блэкстон, М. Хэйл и др.), так и на авторитетнейших правоведов и судей эпохи О. Холмса (Р. Паунд, Ф. Франкфуртер, Х. Стоун, Б. Кардозо). Однако только когда автор переходит к анализу креативной теории, мы видим в одной из первых сносок цитату именно О. Холмса. Оригинал этого высказывания, который судья дал в особом мнении к решению Верховного Суда по делу *Pacific v. Jensen*⁵⁹, звучит так: «Я признаю без каких-либо колебаний, что судьи *могут* законодательствовать и *должны* делать это, но только **интерстициально**; их действия ограничены **молекулярным**, а не молярным [уровнем]».⁶⁰ Из этого следует, что Холмс, по крайней мере, к моменту разрешения указанного дела в 1917 году, был сторонником теории «судей-законодателей», однако отнюдь не абсолютных и полновластных – об этом говорит характерная его риторическому стилю красноречивая оговорка об

⁵⁶ Sir William Blackstone. Commentaries on the Laws of England in Four Books, vol. 1. J.B. Lippincott company : 1893. URL: <http://oll.libertyfund.org/title/2140>.

⁵⁷ См.: Allen C.K. Precedent and Logic. Law Quarterly Review. 1925. Vol. 41. № 3. pp. 329-345.

⁵⁸ Swift v. Tyson, 16 Pet. (41 U.S.) 1 (1842).

⁵⁹ Pacific v. Jensen. 244 U.S. 205, 221 (1917) (Holmes, J., dissenting).

⁶⁰ Цит. по: Lobingier C.S., Op. cit. P. 959.

интерстициальных ситуациях правовой неопределённости («*do so only interstitially*»), а также об ограничении сферы судебного правотворчества конкретными проблемными и неразрешенными вопросами («молекулярный» уровень), без вмешательства в глобальную политико-правовую повестку («молярный» уровень).

Переходя непосредственно к теории О. Холмса о правовом реализме, надо отметить, что всё вышесказанное было изложено не с целью доказать *невозможность* её познания нами, знатоками континентальной традиции, а, напротив, с целью указать на *возможность* её истинного познания, если заранее учесть неизбежные затруднения и препятствия. При этом речь не идёт о том, что, решив исследовать идеологию О. Холмса, мы должны дополнительно провести самостоятельные исторические исследования права Англии и США – это было бы излишне. Однако остановиться на самых насыщенных событиях и поворотных точках, повлиявших на характер и основные ценности юриспруденции, определённо необходимо. И, как результат, только познав истоки общего права, то есть предмета, о котором пишет Холмс, мы можем отделить в его идеях неприменимое к нашим реалиям, получив в качестве вознаграждения оставшуюся часть – применимое. Таким образом, глубинный, дискриминационный анализ⁶¹ предиктивной теории права способен пролить свет на генерализированные идеи, которые могут претендовать на теоретическую универсальность.

1.3 Переводческие оговорки о сущности центральных понятий в теории О. Холмса

Для исследователей истории политической и правовой мысли не секрет, что уяснить, всесторонне изучить и адекватно содержанию оценить политико-правовое учение того или иного автора можно только по прошествии достаточного количества времени⁶², что является не только эпистемологическим преимуществом, но и известным методологическим препятствием, поскольку

⁶¹ Дискриминацию, то есть учёт отличий, указывал сам Холмс в качестве одного из средств логики. См.: Holmes O.W. The Path of the Law. Op.cit. P. 998.

⁶² Фролова Е.А. История политических и правовых учений в системе социальных наук: проблемы методологии // Государство и право. 2017. №2 С. 77–78.

затрудняет обеспечение чистоты взгляда на оригинальные тексты глазами того времени, в котором они были написаны. Именно поэтому осмысление правовой идеологии О. Холмса с непосредственной работой над его фундаментальными научными трудами, поскольку они будут использоваться на протяжении всего текста диссертационного исследования, требует не только **абстрагирования** и погружения в отдельные идеи (высказывания), но и **системного мышления**, которое обеспечивается учётом правового бытия современной ему эпохи, полученного им образования и характера профессиональной деятельности, а также логических связей между самыми обобщёнными его идейными концептами из сразу нескольких трудов. Такими концептами, которые широкими мазками задают цветовую гамму всего идеологического полотна, являются, в том числе, заголовки (имена) его трактатов. Необходимо в связи с этим сделать некоторую понятийную оговорку, касающуюся перевода на русский язык названий двух произведений О. Холмса, общепризнанно считающихся центральными.

Первое из них – это цикл лекций «*The Common Law*», который был впервые опубликован после блестящего прочтения в рамках *Lowell Institute Lectures* (г. Бостон) в газете «Бостонский Рекламный Ежедневник» (*Boston Daily Advertiser*) от 1 января 1881 года. В самой газете было отмечено, что «ни один курс в [этом] институте до этого не привлекал к себе внимания такого огромного количества молодых людей»⁶³. Как отмечает виргинский профессор и историк американского права Э. Уайт, эти лекции О. Холмса продолжают спустя почти 140 лет рассматриваться в качестве *величайшего (важнейшего) творения американской юриспруденции (major work of American jurisprudence)*⁶⁴. Было бы ошибкой считать, будто бы О. Холмс, обладавший свойством профессиональной гиперответственности, дал имена своим ключевым работам, которые были затем опубликованы в наиболее авторитетных изданиях, без глубокого их осмысления. Этими именами он давал слушателю и читателю понять идейное настроение предстоящего «путешествия» в историю и сущность юридической профессии.

⁶³ The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, ed. Sheldon Novick, 5 vols. (Chicago: University of Chicago Press, 1995), vol. 3, pp. 104–106.

⁶⁴ G.E. White's Introduction to: O.W. Holmes, Jr. *The Common Law*. The Belknap Press of Harvard University Press, Harvard. 2009. P. vii.

Общепотребительным, хотя, как правило, бессознательным переводом понятия «*common law*» в России служат различные, обоснованные и не очень, коннотации фразы «*общее право*». Однако, существуют различные точки зрения относительно верности такого понимания. Мы же задаёмся вопросом только о том, как мог понимать это понятие О. Холмс в 1880 году во время создания своих лекций. С одной стороны очевидно, что Холмс не придавал этому понятию современное значение, акцентирующее основное внимание на противопоставлении *common law* статутному законодательству, поскольку такая насущная необходимость в его времена ещё не существовала. С другой стороны, он вполне мог учитывать при формировании своего понимания *common law* определённую долю противопоставления так называемому праву справедливости (*equity*), поскольку он получил юридическое образование, когда в Англии ещё существовали канцлерские суды в качестве суда справедливости (упразднены только в 1873 г.) в противовес судам, применявшим непосредственно право. Эти два аспекта, а также глубокий исторический фон, который присутствует в лекциях «*The Common Law*», позволяют нам подойти к выводу о том, что понимание этого термина в современном Холмсу ключе следует искать в его исторических корнях.

На историю возникновения термина существует также несколько воззрений. Во-первых, сразу же отвергнем теорию, согласно которой *common law* должно переводиться в коннотациях, близких к *обычному праву*, источником которого является обычай. Такая точка зрения, как правило, включает в себя не только лингвистический элемент, но и основывается на небезыntenесных отсылках к мастодонтам английской юриспруденции Э. Куку и У. Блэкстону. В частности, У. Блэкстон писал в своих «Комментариях к Законам Англии», что основой *common law* является его непрерывное применение с незапамятных времён и «всеобщее восприятие (*reception*) по всему королевству»⁶⁵. В свою очередь в предисловии к восьмому тому «Отчётов» (1600–1615) под заголовком «К Богу, к родине, к тебе» Э. Кук написал, что правовые отношения существовали на британских островах даже в античности: «Основания наших обычных законов

⁶⁵ Sir William Blackstone, Commentaries on the Laws of England. Op. cit. P. 60.

были за пределами памяти о каком-либо исходном первоначале, но остаются точно теми же, которые нормандский завоеватель обнаружил в этом королевстве Англии»⁶⁶. Таким образом, основываясь на убеждениях Э. Кука, можно сказать, что короли, объединившие Англию в единое государство и обеспечившие развитие системы единого права, которое мы знаем по сей день, лишь «обнаружили» правовые традиции, существовавшие на островах с незапамятных времён и являвшиеся действующим законом. То есть им не пришлось создавать с нуля собственную законодательную политику – они лишь продолжили по обычаю применять закон «земли английской» (*realm of England, law of the land*). Даже если предположить, что такая позиция имеет право на существование в отношении *английского common law*, нельзя сказать то же о его американском «кузене», который и стал предметом внимания О. Холмса. «Традиционалистский» подход к возникновению *common law* был в итоге отвергнут американским юридическим и судебным сообществом⁶⁷, а началом этому послужило именно зарождение и прогрессивное становление реалистической концепции правопонимания. Один из современников Холмса, ссылаясь в том числе на его вклад в развитие новой американской правовой мысли, утверждал, что прежняя точка зрения приводила к нежелательным выводам и неправдивому восприятию, препятствовала истинному процессу развития права⁶⁸. В лекции Радфордского университета по данной теме отмечается, что развитие английского общего права не было просто институционализацией существовавших обычаев. «Нормы права, устанавливаемые судами короля, были зачастую беспрецедентными. Таким образом, общее право Англии стало побочным продуктом административного триумфа – способом, с помощью которого управление страной стало централизованным на века вперёд»⁶⁹. Наконец, авторитетное исследование под грифом Оксфордского университета подтверждает, что в **англо-саксонском**

⁶⁶ The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, ed. Steve Sheppard (Indianapolis: Liberty Fund, 2003). Vol. 1. P. 245.

⁶⁷ Одна из дефиниций *common law* как «древнего неписанного универсального обычая» содержалась в изданиях *Black's Law Dictionary* 19-го столетия, но она была полностью исключена в конце 20-го века и продолжает отсутствовать по сей день. *Black's Law Dictionary – Common law* (10th ed.). 2014. p. 334.

⁶⁸ Carpenter C.E. Court Decisions and the Common Law. *Columbia Law Review*. 1917, Vol. 17, № 7. P. 595.

⁶⁹ Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Ун-т Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттерелла (Ун-т Королевы Марии). <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm> (дата обращения 01.05.2021).

обычном праве не было абсолютно ничего, что было бы достойно внимания с точки зрения **common law**, – оно ничем особо не отличалось от обычаев франков или северогерманских саксов. Толчком же к развитию общего права стало именно развитие в 11 веке *обще*-королевских государственных институтов⁷⁰. Долю сомнительности обычно-правовому восприятию термина **common law** вносят также созвучные выводы известнейшего компаративиста Р. Давида о том, что право англосаксонской (донормандской) эпохи малоизвестно и что «до нормандского завоевания не было права, общего для всей Англии»⁷¹.

Другим объяснением появления самого термина **common law** является **теория унификации** (объединения), согласно которой благодаря деятельности первых английских монархов, объединивших под своей властью разрозненные протогосударственные образования на территории британских островов, а точнее – благодаря деятельности их королевских судов стало появляться общее (**common**) для всей территории Англии право вместо частных (разрозненных) правовых источников: «правд» донормандских правителей и местных обычаев. Так, в упомянутом выше юридическом словаре Блэка одна из дефиниций **common law** утверждает его как «единый закон, общий для всей страны в целом, нежели частные законы, действующие только в отдельных её местностях»⁷². Там же эта мысль раскрывается на примере того, как юриспруденция судов, расположенных в Лондоне, стала приобретать более высокий авторитет по сравнению с решениями на местах, выносимыми согласно местным обычаям. Спустя некоторое время после нормандского завоевания королевство было поделено на судебные округа, а лондонские судьи отправлялись время от времени для отправления королевского правосудия на местах (ассизы). При этом под «общим правом» стали пониматься те нормы и принципы, которые совпадали в позициях сразу нескольких или большинства округов – их авторитет становился общим для всего королевства. Спустя несколько столетий после нормандского завоевания за этим правом было закреплено название **common law**. Именно такой точки зрения

⁷⁰ Robinson O.F. et al. *European legal history*. Oxford University Press: NY, 2010. P. 125.

⁷¹ Давид Р. *Основные правовые системы современности* / Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. С. 258.

⁷² Black's Law Dictionary. *Op. cit.*

придерживается Р. Давид: «*Comune lea* (нормандский жаргон – прим. моё, Б.Л.), или общее право, в противовес местным обычаям — это право, общее для всей Англии», - пишет он⁷³. Общее право, согласно его исследованию, создавалось исключительно королевскими Вестминстерскими судами начиная с 13 века. Эти рассуждения полностью согласуются с указанным третьим определением *common law* из американского юридического словаря Блэка.

Таким образом, термин *common law* действительно можно переводить как «общее право», понимая под ним созданную королевскими судами Англии систему норм и принципов разрешения общественных споров и разногласий, которые затем продолжили своё существование и пошли по альтернативному пути развития в американской юриспруденции.

Однако наиболее созвучным концепцией О. Холмса будет всё же перевод «право обычное», но не от слова «обычай», а от слов «**обычный**», «**ординарный**», «**распространённый**», «**повседневный**» (**common, ordinary**), и вот почему. Королевским судом, который рассматривал наибольшее количество споров в средневековой Англии и формировал основную массу правовых принципов, распространяя компетенцию почти на все сферы общественной жизни, был именно Суд обычных (общегражданских) дел (*Court of Common Pleas*). Ответ на наш вопрос кроется в названии суда, и он достаточно прост: здесь рассматривались споры, в которых корона не имела никакого интереса, то есть споры между *обычными людьми* (*commoners*). Отсюда становится ясно, почему *common law* никогда не включало в себя чистое конституционное право в современном понимании – его объектом были «обычные» отношения обычных людей, поэтому *common law*, в отличие от статутов, сформировало бóльшую часть уголовного и процессуального права до 20-го века, а также большинство дошедших до наших дней норм договорного и деликтного права⁷⁴.

Этот вывод подтверждается и исследованиями Р. Давида, который указал, что после нормандского завоевания «необычные» дела, то есть дела

⁷³ Давид Р. Указ. соч. С. 261-262.

⁷⁴ См, например: Farnsworth E.A. Contracts (4th Revised edition). Aspen Publishers, 2004. § 1.7.

государственной важности и дела с участием вельмож, разрешались в королевской Курии (*Curia regis*): «[Э]то, по существу, суд особо знатных людей и особо крупных дел, а не обычный суд, доступный каждому»⁷⁵. Позже из Курии выделились три судебные палаты, две из которых продолжили рассматривать «особые» дела, касающиеся казны и короны (Суд казначейства и Суд королевской скамьи), а третьим стал именно **Суд обычных дел**. Термин «*common*» в данном случае подчёркивает, что именно **обычные люди** выносят свои житейские проблемы «на суд», зачастую новые (ранее невиданные), выступая, таким образом, двигателем развития системы права и залогом её непрерывного обогащения жизненным опытом.

«Именно решения судей эйра (*eyre*), касающиеся представленных на их суд общегражданских требований (*common pleas*), сформировали совокупность юридических прецедентов, получивших известность как общее право (*common law*), то есть нормы разрешения споров (*rules of dispute settlement*), общие для всей Англии», - пишет английский историк, известный специалист по средневековой Англии В. Уоррен⁷⁶. В этом утверждении заметны основания для конвергенции двух подходов к пониманию термина *common law*: **теории унификации** и **теории ординарности**. Именно здесь подчёркивается, что общее право формировалось в результате разрешения дел, что называется, по общегражданским или, прямо говоря, житейским требованиям обычных (не властных или, по крайней мере, не во властном качестве) персон («*common-plea cases*»). Это наводит на мысль о *common law* как о жемчужине именно английского **общества, а не государства** (хотя нельзя полностью отрицать ни то, ни другое начало), как о результате его жизненного бытия, в то время как правовое самовыражение государства больше ассоциируется со статутным правотворчеством⁷⁷.

Слово «*common*» в значении «обычный» является общеупотребительным в английском языке: например, «*common diseases*» или «*common love*», но ближе

⁷⁵ Давид Р. Указ. соч. С. 262.

⁷⁶ Warren W.L. Henry II. Berkeley, California : University of California Press. pp. 290-295.

⁷⁷ Так, можно проследить, что усиление государственного статутного регулирования к началу и в течение XX века неизбежно отразилось в ослаблении «правового самоуправления» и роли *common law*. Именно такое понимание, как будет показано, наиболее полно совпадает с идейными концептами правового реализма («жизнь», «опыт»).

всего к сущности рассматриваемых правовых явлений является общеупотребительная лексема «*common man*», которая как раз обозначает «обычного человека» в повседневной жизни (к слову, представители «обычных» людей – House of Commons – стали противовесом аристократичным членам House of Lords). Поэтому нельзя отрицать вероятность таких смысловых истоков и идеологического ядра термина *common law*, которое издавна считается творением и достоянием сообщества английских людей, а не орудием в руках государства (чиновников). Неспроста О. Холмс в цикле лекций «*The Common Law*» использует это слово в сочетаниях, призванных отразить присутствие обычных граждан (жюри) и общества в целом в процессе формирования права (например, «*common sense*», «*common knowledge*», «*common experience*»). **Одной из черт реализма О. Холмса** является уделение особого внимания обществу и его *реалиям*, то есть *жизни* обычных людей. По его мнению, американское *common law* является как раз таким «общественным» правом, которое создаётся «снизу вверх» по всей стране гражданами при помощи судей. Именно поэтому, на наш взгляд, наиболее близким к истинному содержанию доктрины О. Холмса был бы перевод понятия *common law* в качестве «**права обычных людей**», «права общества», «общегражданского права», то есть права, создаваемого *самим* обществом под *свои* нужды в процессе общественных отношений, а не государством *для* общества или его части. Это, как будет показано в следующем разделе, полностью соотносится с исторической онтологией *common law*.

Принимая во внимание разрозненность взглядов, в настоящем исследовании будет использоваться преимущественно оригинальная английская лексема *common law* без перевода, но в значении, описанном в трёх предыдущих абзацах.

Вторым произведением, не только принёсшим О. Холмсу мировую известность, но и, вероятно, способствовавшим последовавшему за ним назначению членом Верховного Суда США, стала лекция «*The Path of the Law*», изданная в 1897 году журналом *Harvard Law Review*. Известный историк права и профессор Гарвардской школы права М. Хорвитц в конце 20-го столетия сказал: «Создав “Путь права”, Холмс продвинул американскую правовую мысль

[прямоком] в двадцатый век»⁷⁸. В свою очередь Р. Познер заявляет, что «Путь права» «может рассматриваться в качестве лучшего труда формата научной статьи, который когда-либо был написан»⁷⁹. Эти мнения подтверждаются практикой: «Путь права» занимает третье место среди самых цитируемых юридических статей в истории⁸⁰. При этом в России многие упускают главное: «Путь права» – это не научный и даже не философский трактат о сущности права как таковой; это лекция для студентов и практикующих юристов, это послание, совершённое О. Холмсом с позиции почётного гостя и судьи Верховного Суда Массачусетса на торжественном открытии нового зала Юридического факультета Бостонского университета 8 января 1897 года.

Вопрос правильного перевода и уяснения смысла названия «Путь права» осложняется очевидно заложенным в него метафорическим содержанием, ведь у права и закона не может быть пути в буквальном значении этого слова. Однако небрежно отбрасывать это слово в попытке гармонизации английского текста и русского восприятия недопустимо. Наивно было бы полагать, будто бы Холмс использовал его в названии своей самой известной статьи без глубокой идейной задумки. Он использовал именно это слово, и мы должны с этим считаться.

Можно было бы предположить, что слово «*path*» в ассоциации с идеями О. Холмса о практической ориентации права на нужды общества, высказываемыми в его работах, использовано в значении «цель» или «предназначение» права. Но такой ход мыслей всё же видится надуманным, поскольку Холмс на протяжении всей своей статьи при необходимости использует соответствующие выражения («*goals*», «*ends*»). Если бы он хотел вложить в название такое содержание, он, по всей видимости, так бы и потупил.

Как уже было сказано, «Путь права» – это послание практикующим и будущим юристам, с помощью которого Холмс попытался раскрыть им свой

⁷⁸ Horwitz M.J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. OUP : 1992. P. 142.

⁷⁹ Posner R.A., *Introduction to «The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.»*. The University of Chicago Press : 1997. P. x. К слову, даже критик Холмса С. Тустер, который назвал цикл лекций «The Common Law» полным провалом, высказался о «Пути права» Холмса как о «признанном шедевре юриспруденции». См.: Touster S. *Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory*. Hofstra Law Review. 1982. Vol. 10, №. 3. Pp. 673, 685, 692.

⁸⁰ Shapiro F.R., Pearse M. *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*. Michigan Law Review. Vol. 110. Iss. 8. 2012. Pp. 1483-1520.

взгляд на сущность юридической профессии и в особенности на процессы, приёмы и навыки, необходимые юристу для успешной работы с законом. Рассуждая о пределах обращения юристов к морали и к логике, о целях обращения к истории того или иного правового института, о критериях «предсказания» судебных решений, Холмс преследовал конкретную цель – научить юристов быть реалистами, чтобы успешно пользоваться законом и применять его на практике. Путь не предполагает заранее установленного направления, он может быть тернистым и извилистым, от него могут совершаться отвлечения, но это по-прежнему будет путь права (юриста). Поэтому «путь» не есть «цель»: путь – это жизнь. С этим созвучна и центральная черта, залог уникальности философии О. Холмса, ведь с заранее установленным направлением юриспруденции больше ассоциируется законодательно-статутный подход к праву, а с живым (общественным) развитием права – именно подход *common law* в реалистическом понимании.

Сам Холмс в тексте статьи обозначает своё намерение так: «пролить свет на *the path of the legal doctrine*»⁸¹. Здесь раскрывается ядро идейного замысла опытного судьи. В американской юриспруденции термин «*legal doctrine*» (**правовая доктрина**) не имеет ничего общего с российским аналогом в значении «юридическая наука». Без всяких сомнений в США и Великобритании он обозначает обобщённую совокупность *норм (принципов), процедурных руководств и критериев*, с помощью которых можно *определить решение* для конкретного дела. Очевидно, что правовая доктрина в российском понимании не содержит никаких правовых норм и процедурных руководств и, тем более, не позволяет определить решение суда по конкретному делу. В США же, как правило, такая доктрина формируется судьями при описании в судебных прецедентах того, как они пришли к конкретным решениям. Обнаруженные судьями закономерности общественных отношений по определённому проблемному вопросу и использованные ими для его разрешения правовые категории постепенно накапливаются в целой плеяде прецедентов: в них, с одной

⁸¹ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 997.

стороны, начинает прослеживаться общая идея (принцип), с другой – начинают отходить на второй план несущественные различия. В итоге **накопленный опытным путём** и обобщённый до степени общего правила правовой материал становится устойчивой доктриной – по сути правовым регулятором и ориентиром в той или иной сфере правоотношений. Другой вариант – самостоятельная констатация судьёй доктрины впервые исходя из общего опыта разрешения судебных дел, в том числе предметно смежных, впоследствии чего эта доктрина не отвергается другими судьями (что тоже возможно), а поддерживается и начинает применяться на постоянной основе⁸². Эта доктрина, в противовес статье закона (статута), выступает составной единицей common law и является квинтэссенцией разницы этих двух подходов. Относительно чёткое **понятие правовой доктрины** применительно к системам common law можно найти у К. Ллевелина: «[Общеизвестно], что руководство к рассмотрению и обсуждению того или иного вопроса, решаемого судом, должно быть установлено положениями правовой доктрины (body of legal doctrine) и содержаться в ней; и что в тех случаях, когда оно не вызывает реальных сомнений, эти положения являются решающими при принятии решения; что в тех случаях, когда имеется место реальным сомнениям, эти положения доктрины, тем не менее, должны ориентировать [судью] при принятии решения; и что даже в случаях, когда [точность доктрины] вызывает серьезные трудности, принятие решения должно стремиться к умеренному созвучию как с буквой, так и с духом имеющейся совокупности положений доктрины».⁸³ Не зря англо-американские учёные указывают: «Описание этих *общих принципов*, а также **методов, необходимых для их поиска и применения**; [изложение] обеспеченных их силой правовых норм, – вот что в значительной степени представляет собой **юридическое образование и наука в традициях common law**. *Суть common law не в конкретных решениях или нормах, извлеченных из них, а в обобщённых концепциях*

⁸² К примеру, доктрина неверного работника (*Faithless servant*) была впервые выработана Апелляционным судом Нью-Йорка в 1886 г. и установила, что если работник обманывает своего работодателя и не действует в отношении последнего по принципу *uberrima fides*, то он лишается права требовать от работодателя выплаты зарплаты за весь период нелояльности. См.: *Murray v. Beard*, 7 N.E. 553, 554-55 (N.Y. 1886).

⁸³ Llewellyn K. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown & Co. 1960. P. 20.

(*broad notions*), которые трудно унифицировать или систематизировать, но которые действительно могут быть... вплетены в жизненное полотно»⁸⁴.

Таким образом, О. Холмс, как видится, в начале своего эпохального труда, нацеленного на студенческую и практическую аудиторию, попытался обозначить очерченную его собственным опытом последовательность – путь, который должен состояться в ходе правовой работы; **путь–метод**, который юристы и граждане должны **пройти–применить** для того, чтобы найти в накопленном поколениями судей опыте правовой жизни сообщества ту закономерность (обобщённый принцип), который будет ориентировать судью в предстоящем деле (выявить правовую доктрину – см. подраздел 3.2.1 диссертации). Для этого он обозначил возможные препятствия (*pitfalls*) и способы их преодоления: в «Пути права» Холмс подсказывает будущим юристам, как нужно мыслить и действовать для того, чтобы умело *распознать правовую доктрину*, которую судья применит исходя из конкретных обстоятельств дела. В этом смысле не только можно, но и нужно переводить название «The Path of the Law» именно как «Путь права». Более широко его можно понимать как «метод» юриспруденции, которым выбирают пользоваться юристы, вставая на «путь» профессии.

1.4. Историко-правовой генезис common law – центрального объекта правовой философии О. Холмса.

Оливер Холмс, посвятивший всю свою жизнь (временами, как было сказано, не жалея собственного здоровья)⁸⁵ изучению юриспруденции и служению закону, олицетворяет собой не просто плюрализм правовой мысли; он не просто один из философов права, вошедший в историческую палитру идей о сущности права, он олицетворение гораздо большего – плюрализма в **цивилизационном** масштабе, а не в масштабе правовых учений конкретных имён. Совсем неспроста именно его работы, а не работы, скажем, Р. Паунда или К. Ллевелина, называют величайшим творением американской юриспруденции и лучшей научной статьёй, которая когда-либо увидела свет. И дело далеко не в

⁸⁴ Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Ун-т Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттеррелла (Ун-т Королевы Марии). <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm> (дата обращения 01.05.2021).

⁸⁵ Об этом писал даже он сам. См.: Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1005.

завидной эрудиции, эффектным красноречии и мастерстве иронии, благодаря которым каждая публикация, каждое выступление, каждая правовая позиция несли в себе частицу самой личности этого выдающегося правоведа.

Юриспруденция, которая была жизнью и творчеством О. Холмса и которая, подобно любому живому и творческому явлению, непрерывно развивалась и разрасталась в его трудах и судебных позициях, имела одну неизменную основу – *common law*. Пожалуй, именно с *common law* О. Холмс связывал само существование не только американского права, но и общества (общественных отношений). В своих трудах он редко обращается к статутному праву (законодательству), а если и делает это, то только в тесной логико-имплицитной взаимосвязи с *common law*, которое является вместилищем духа и содержания многих статутов Англии и США. Объектом внимания О. Холмса как юриста и как учёного всегда в основном были вопросы *common law*, то есть живого права, с которым каждый день сталкивается американское общество и работают американские юристы (права и свободы, гражданские и уголовные деликты, ответственность, договорное право, владение и наследование и т.д.)⁸⁶, а не вопросы технического (скажем, административного) права. Даже будучи судьей Верховного Суда США, когда он уже давно работал не непосредственно с *common law*, а с вопросами конституционного характера⁸⁷, О. Холмс не упустил возможности в свойственной ему эмфатической манере заявить в официальной позиции суда, поддержанной большинством судей (*majority opinion*), что «положения Конституции [США] – это не математические формулы, черпающие содержание из своей формы (текста); это *органичные живые институты, «пересаженные» с английской почвы*»⁸⁸, то есть из *common law*. Вывод о том, что американское право стало полноценным преемником английского *common law* на землях бывших колоний (но пошло по собственному пути), подтверждается источниками Университета Калифорнии, согласно которым в американском праве

⁸⁶ К слову, именно в этих отраслях права и по сей день влияние *common law* остаётся значительным (если статуты затрагивают их, то, как правило, лишь в общих формулировках, способствующих дальнейшему развитию права не законодательным, а прецедентным путём, хотя появился и целый ряд прямых исключений).

⁸⁷ *Common law*, статутное и конституционное право США считаются, как правило, тремя самостоятельными, но взаимосвязанными подсистемами правового регулирования.

⁸⁸ *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604 (1914). См. об этом также разделы 1.4.2, 2.3 и .4.2 в соотв. части.

«Комментарии к законам Англии» У. Блэкстона даже сегодня используются в качестве неоспоримого, исчерпывающего (definitive) источника прецедентов common law, предшествующих созданию Соединённых Штатов: «[Труд] Блэкстона превалирует в качестве главенствующего источника до-американских (pre-American) прецедентов в праве»⁸⁹.

Ни для кого не секрет, что существование на современной правовой карте мира двух чётко выраженных правовых семей (традиций) – это *материя цивилизационного характера*. Англо-американская и романо-германская правовые семьи – это разные цивилизации как в плане правовой культуры, так и в плане **правового мышления**. Поэтому О. Холмс принял на себя роль не только признанного теоретика, обобщившего опыт многовекового функционирования системы common law в английском и американском обществе, но и роль идеолога американской правовой цивилизации, формулирующего и объясняющего ортодоксальную разницу американского подхода к правовому бытию, хоть и основанному на английском творении – common law, – но в которое «новая Англия» вдохнула новую жизнь.

Нельзя понять теорию О. Холмса, не представляя хотя бы в общих, но концентрированных идейных штрихах особенности формирования и историко-онтологическую сущность **common law**, в связи с чем предпринимаются исследовательские усилия в настоящем разделе (ограничиваясь только целями настоящей диссертации, не претендуя на полную самостоятельную разработку).

1.4.1. Характер римского влияния на истоки common law и его отголоски в правовой идеологии О. Холмса.

На самом глубоком (первичном) уровне всё, что характеризует правовую идеологию О. Холмса как уникальную (неприятие позитивизма и формализма, «жизнь» вместо логики и морали, креативная судебная теория вместо декларативной, казуально-базисный реализм вместо текстуальной схоластики), восходит к концептуальному противопоставлению **двух правовых истоков**:

⁸⁹ The Common Law and Civil Law Traditions. The Regents of the University of California, The Robbins Collection, School of Law (Boalt Hall), University of California at Berkeley. P. 4. <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>

подхода к праву, избранного для себя средневековой **Англией**, и подхода средневековых **континентальных** юристов (итальянских, французских), сформировавших основу современной романской правовой цивилизации.

Вряд ли английский подход можно уверенно назвать «ответом Риму», сохранив при этом гносеологическую точность, поскольку нет достаточных оснований говорить о намеренном (умышленном) противостоянии англичан римскому наследию в вопросах права, хотя именно такой образ, «*ответ Риму*» (точнее «ответ позднему Риму»), наиболее ярко отразил бы суть англо-американского правового мышления и правовой работы, суть юристов-англичан, которые пошли по кардинально иному пути, нежели континентальные глоссаторы и комментаторы, сделавшие ставку на «рецепции» римского права⁹⁰.

Римское право, которое, как известно, не только распространило свою юрисдикцию практически на всю континентальную Европу и Средиземноморье, но и дошло в своё время до Британских островов, благодаря географическим, темпоральным, философским и бюрократическим масштабам своего бытия не могло исчезнуть без следа из продолжившейся после её крушения общественной жизни на тех же самых территориях. Его наследие оказало колоссальное влияние на будущее мировой юриспруденции, но в разных уголках мира уже по-разному.

Как известно, появление в середине первого тысячелетия нашей эры таких памятников римской юриспруденции как кодексы Григориана и Гермогениана, Кодекс Феодосия и, конечно, *Corpus iuris civilis* (кодификация Юстиниана), создало почву и предвосхитило новую эру не просто юридической работы, а юриспруденции и юридического мышления в целом. Вместе с ними зародилась и начала доминировать новая традиция римского права – «варварская» или «вульгарная», сменившая собой «классическую» римскую юриспруденцию⁹¹. Именно с источниками этой, последней традиции римского права будет в дальнейшем связано развитие юриспруденции современных государств

⁹⁰ Об условности использования термина «рецепция римского права» см.: Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / Под редакцией и с биографическим очерком У. Э. Батлера и В.А. Томсинова. М.: Издательство «Зерцало», 2010. С. 262–279.

⁹¹ Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права». С. 269.

континентальной Европы. К этому времени в Риме произошло «окончательное оформление монархической системы управления, что привело к вытеснению формулярного процесса, составлявшего фундамент классического римского права, процессом экстраординарным — бюрократическим»⁹². Придавая юридическому **тексту** (конституциям, дигестам) значение непосредственного и единственного источника права, запрещая его пространное толкование и вольное использование для **нужд правоприменения**, Юстиниан ставит точку в споре между текстом и мыслью, текстом и инициативой не в пользу последних, и это становится «итогом тысячелетнему развитию и римского права и римской юриспруденции»⁹³. В конституции «Танта» Юстиниан, описывая результаты работы над устранением противоречий в правовой системе, указал: *«То, что [мы] сочли лучшим, было закреплено вместо любых других трактовок и сведено под единым авторитетом всего [текста]... всё, что сейчас записано [в кодексе], может смело считаться Нашим [законом] и [законом], составленным по Нашему приказу, и никто не вправе свободно сравнивать древние тексты с тем, который введён Нашей властью, ведь в действительности произведены многие очень важные преобразования на основе практической полезности... там, где раньше были сомнения, теперь вопрос получил совершенно надёжный и спокойный ответ, и не осталось места для колебаний»*⁹⁴. В то же время в конституции «Deo auctore» приказывается: *«И ни один человек, сведущий в законе, никогда не осмелится добавить к [Дигестам] какой-либо комментарий и нарушить своими собственными формулировками лаконичный метод [изложения] этой книги, как было допущено в прежние времена, когда из-за противоречивых мнений толкователей весь закон был ни много ни мало приведен в замешательство...»*⁹⁵.

Профессор В.А. Томсинов в докторском исследовании этой проблематики приходит к выводу, что «стремление к обобщению и систематизации правового материала становится у юристов постклассического периода настолько сильным,

⁹² Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права». С. 270.

⁹³ Томсинов В.А. Юриспруденция в духовной культуре древнего и средневекового общества: историко-сравнительное юридическое исследование. Дисс. ... докт. юрид. наук. М, 1993. С. 73, 140.

⁹⁴ Monro С.Н. The Digest of Justinian. Vol. 1. Cambridge : The University Press. 1904. P. XXX.

⁹⁵ Ibid. P. XVI.

что оно начинает **доминировать уже и над интересами практики**, приобретая **самодовлеющий характер**»⁹⁶. Забегая вперёд, отметим по этому поводу, что в отличие от континентальных романистов, подхвативших указанный тренд развития права, англичане начали создавать своё общество на **кардинально ином юридическом первоначале** – на единстве права и суда, единстве права и практики, что в итоге нашло выражение в самостоятельном и самодостаточном бытии *прецедентного* права (common law). Одновременно становятся ясны истоки ключевого **тренда-антагониста** в реализме О. Холмса, который именно в онтологии common law увидел первостепенность интересов практики (жизни) и нашёл основания категорически отрицать самодовлеющий характер кодификации.

Вопреки некоторым заблуждениям римское право не просто было в истории английской юриспруденции, но и внесло свой значительный вклад в её развитие и даже сыграло главную роль в определённый исторический момент, без которого мы, возможно, не наблюдали бы сегодня системы common law в принципе. Однако именно здесь требуется обозначить ту красную линию, которая разделила **подходы к использованию римского права**; ту красную линию, которая подчёркивает *характер работы*, осуществлённой над римским наследием, с одной стороны, в Англии, а с другой – в Италии и Франции, *и его значение* для образования совершенно уникальных систем права и форм правового мышления.

После распада Римской империи первую партию в изучении её юридического наследия играли университеты Италии, Франции и некоторых других государств континентальной Европы, которые в 11-13 веках заложили принципиальную основу *романской правовой семьи*. Профессор В.А. Томсинов отмечает, что внезапное обращение средневековых европейских держав к римскому праву не случайно: в эпоху коренных изменений в обществе и нестабильной политической обстановки государство увидело в использовании римского опыта – «чужого», самостоятельного, масштабного и авторитетного правового бытия – надежду на стабилизацию социальных процессов. Сделать они

⁹⁶ Томсинов В.А. Там же. С. 144.

это попытались за счёт выработки самостоятельной системы правил – способа социального управления, взяв за основу именно римское право⁹⁷.

Так было положено начало «университетской» традиции римского права, которая вдохнула в уже почти утерянные правовые тексты новую жизнь. Однако им уже никогда не суждено было стать тем римским правом, которое когда-то знали римляне: словно произведя трансплантацию сердца умершего мудреца в больное тело молодого человека, глоссаторы и комментаторы исцелили физику расшатанного европейское общества, но мудрость и душа «донора» не могли быть им всецело подвластны. **Подход континентальных юристов** стал заключаться в изучении и абстрактном (схоластическом) осмыслении тех самых кодифицированных источников права позднего Рима, тексты которых были доступны университетским правоведам. После изучения и осмысления текста – конкретных строк, фрагментов, изречений, титулов – происходило написание глосс и комментариев. В этих комментариях юристы пытались в абстрактной формулировке отразить суть римского (казусного) опыта разрешения споров. Как ни парадоксально, но панегиристы римского права, которые занимались «рецепцией», совершали, по сути, то, что запретил в своё время император Юстиниан. Однако они это делали не в качестве толкователей, которые, по мнению Юстиниана, вносили замешательство в систему права, а в качестве создателей новых, гораздо более жёстких по степени воздействия на правоприменителя, правовых текстов, включая кодексы. Они занимались не практикой применения римского права, а его «университетским» и последующим «канцелярским» осмыслением, не реализмом или натурализмом, а абстракционизмом. Сидя «за закрытыми дверями», они, словами Юстиниана, «вместо любых других трактовок» решали, «как будет лучше». Но они – континентальные юристы и правители Средневековья – пошли ещё дальше, **доведя до апогея** заложенный в словах Юстиниана **принцип авторитета текста**. Профессор В.А. Томсинов отмечает: *«отношение к тексту в «университетской»*

⁹⁷ Томсинов В.А. Значение римского права в общественной жизни Западной Европы в XI-XIII вв. // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 1 (2), С. 116.

традиции римского права стало совершенно иным... [она] во главу угла поставила **текст**... [гlossаторы] *придали ему высший авторитет. В их подходе к тексту нашел свое яркое выражение так называемый **схоластический метод мышления**, согласно которому мысль, воплощенная в тексте, истинна сама по себе и не может быть опровергнута реальной жизнью* (что ещё раз автоматически проясняет истоки тренда-антагониста, реализма – *Б.Л.*)»⁹⁸.

Подход английских юристов к тому же самому правовому материалу стал концептуально противоположным. Римское право в Англии, как обнаруживает в своём отдельном исследовании по теме В.А. Томсинов, также преподавалось будущим юристам, в том числе в ведущих университетах⁹⁹, расцвет чему пришёлся тоже на XII столетие. Однако римское право использовалось, что называется, «в чистом виде», то есть в качестве самодостаточного правового материала, непосредственно руководящего действием (**без схоластической обработки**). Английские юристы, как и римские, смотря на текст, видели не формальное предписание, а принцип юридического мышления, принцип разрешения спорных ситуаций. Используя идейное мышление, они из казуального изречения римского текста извлекали для себя то, что стало впоследствии называться «норма для разрешения дела» (*rule of decision*), которую судья подбирает самостоятельно для каждого конкретного дела. В.А. Томсинов приходит к следующему выводу: «Заимствование норм римского права в Англии в XII—XIII вв. имело место, но *сущность влияния* римского права на английское в данный период заключалась главным образом в воздействии римского *способа юридического мышления, юридической техники, рациональных методов обработки правового материала*»¹⁰⁰. По мнению признанного исследователя этой проблематики, такая модель влияния римского наследия на английский правопорядок стала возможной благодаря возникшей после нормандского завоевания потребности объединить под властью единого закона разрозненные до

⁹⁸ Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права». С. 272-274.

⁹⁹ Томсинов В.А. Римское право в Средневековой Англии // *Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития*. Издательство Уральского гос. ун-та : Свердловск, 1985. С. 126.

¹⁰⁰ Томсинов В.А. Там же. С. 128.

этого территории «суверенных» земель на британских островах¹⁰¹: дабы как можно скорее уйти от местных обычаев и ранее применявшихся местных «правд», не преследующих интересов новой единой короны, необходимо было срочно обратиться к автономному, полноценному и относительно совершенному правовому материалу. Поскольку в первые столетия после завоевания в беспокойной обстановке новоиспечённые короли не могли себе позволить трудоёмкую разработку нормативной базы с нуля, они обратились к римскому праву. Именно поэтому при назначении судей короли руководствовались в том числе наличием у кандидата знания римского права, дабы он применял единое право и не был привержен местечковым интересам. Однако в скором времени **форсированная практика английских судей**, применявших римские принципы, позволила сформировать внушительный пласт собственных судебных решений (прецедентов), перейдя уже к их **автономному и самостоятельному** рациональному осмыслению с целью развития заложенных в них правовых принципов. Стали издаваться собственные источники правовой материи – знаменитые Year-Books, – позволившие формализовать **созданную уже самими английскими судьями** прецедентную правовую базу. Произошло качественное изменение характера влияния римского права на английское общество (некоторые квалифицируют его как ослабление влияния)¹⁰²: непосредственная служебная роль в качестве источника права была заменена на роль одного из источников точечного заимствования той или иной нормы. Таким образом было предотвращено тотальное и далеко идущее влияние римского права на английское королевство. Подтверждением как процессу перехода к правовой самостоятельности, так и неоспоримости влияния римских текстов являются знаменитые трактаты Р. Глэнвила и Г. Брэктона «О законах и обычаях Англии», написанные на латыни в 11 и 12 веках соответственно.

Главное, что англичане восприняли от римского наследия и что непосредственно связано с предметом нашего исследования, может выражено

¹⁰¹ Томсинов В.А. Там же. С. 130.

¹⁰² Томсинов В.А. Там же. С. 132.

следующей эссенцией: «общее право стало на путь, который в главных закономерностях повторял эволюцию римского права. Последнее тоже *возникло из судебного процесса* как система исков... Именно у римских юристов получило развитие умение и способность *обнаруживать в той или иной жизненной ситуации ее юридическую сущность* и выражать последнюю в точных по смыслу и предельно кратких по содержанию фразах. Римский способ юридического мышления есть в первую очередь доведенный до совершенства **метод перевода конкретных общественных отношений**, классовых потребностей на язык сжатых абстрактных юридических формул»¹⁰³. В этом отражена не только особенность конкретного исторического периода английского государства, но, что более важно, квинтэссенция **цивилизационного масштаба**: с этих пор правовая система Англии, породившая множество других, включая США, стала развиваться не «сверху вниз» путём схоластического мышления королевских или парламентских советников, а «снизу вверх», от казуса (жизни, опыта) к принципу, от общественного отношения (потребности) к его правовому урегулированию. Если бы понадобилось описать всю правовую теорию Оливера Холмса в нескольких строках, то, пожалуй, они мало отличались бы от вышеназванного.

К слову, правильность сделанных выводов, равно как и правильность самой нашей задумки исследовать **английский (судебный) подход к римскому праву** в качестве концептуальных истоков идеологии О. Холмса, наилучшим образом подтверждаются словами самого О. Холмса, который неоднократно в цикле «Общее право» обращается к римскому праву в целом, а к Дигестам Юстиниана и Институциям Гая – в частности, в связке с ранними стадиями развития английского common law (а более глобально – англо-американской системы права в целом). Его слова из последней главы «Общего права», придают весомости данным выводам: «Можно с большой долей уверенности предположить, что средство правовой защиты появляется тогда, когда появляется **механизм** его осуществления. *Так было завещано римским правом.* [В этой системе существовало такое правило разрешения торгового спора], и *слияние римской*

¹⁰³ Томсинов В.А. Там же. С. 131.

нормы с англосаксонской было всем, что требовалось. Брэктон (...) показывает, как эта мысль использовалась»¹⁰⁴. Однако в то же самое время О. Холмс предостерегает нас от ловушки, на которую указал и профессор В.А. Томсинов: не следует путать характер отношений английских и континентальных юристов с римским правом. В «Пути права» он пишет: «Я имею в виду, что если [советовать современному юристу] как следует изучать римское право, то надо изучать его **как действующую систему** (в отличие от схоластической обработки кодексов – *Б.Л.*). Это означает **овладение** (не осмысление – *Б.Л.*) **целым набором техник**, более трудных и менее понятных, чем наши собственные, и изучение для этого совершенно другого курса истории, поскольку римское право (уже забытое – *Б.Л.*) *требует объяснений гораздо больших, чем наше собственное*»¹⁰⁵. Поэтому, по убеждению О. Холмса, современным юристам имеет смысл прилагать усилия к познанию уже собственной правовой системы¹⁰⁶, возвращенной естественным путём на римской почве, нежели становиться «римскими юристами» в полном смысле этого слова, что в десятки раз сложнее. Другой же подход – континентальная схоластическая «рецепция» без полного овладения непосредственно римским правом – О. Холмс признаёт абсолютно бессмысленным и бесполезным.

По сути, мы видим, что слова самого Оливера Холмса подтверждают наши предыдущие тезисы. **Во-первых**, тезис о том, что римское право на ранних этапах становления английского королевства оказало влияние на формирование английского common law, причём в содержательном плане. **Во-вторых**, о том, что такое влияние было не вечным: признав этот исторический факт, англичане поспешили ограничить обращение к «чужеземцу», стали формировать и развивать на выработанной первыми поколениями судей основе собственную систему норм, а следовательно, необходимость изучения римского права как автономной действующей системы отпала. **В-третьих**, о том, что именно эта **разница подходов**, вероятнее всего, повлияла на **принцип правового мышления** англичан и американцев: они стали, как и классические римские юристы,

¹⁰⁴ Holmes O.W. The Common Law. Harvard University Press, 2009. P. 336.

¹⁰⁵ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1006.

¹⁰⁶ Holmes O.W. Op. cit. P. 1006.

выводить нормы права из возникающих **в реальности** жизненных ситуаций. Их право стало формироваться, как и в классическом Риме, в процессе судебной деятельности, а не в «схоластических кабинетах»¹⁰⁷. Точно об этом говорил и сам О. Холмс, фактически связывая сущность common law с римской классической формулой «*ibi jus, ubi remedium*» и процессом «средство защиты → обязанность → поведение»: «Это, какой бы неидеальной она не была, есть форма организации права; разница между различными средствами защиты означала разницу права, и **воплощала собой особый вид философии права**»¹⁰⁸. Отсюда именно реалистические, а не схоластические начала его философии.

И, наконец, слова О. Холмса о задаче юриста работать не с отвлечёнными абстракциями, а с правовыми принципами, взятыми из наивысшей степени **обобщения судебных прецедентов** (jurisprudence), коррелируют с «идейным» мышлением римских классиков, о котором говорит профессор В.А. Томсинов.

Уверенности таким выводам придаёт ещё тот факт, что в таком же русле цивилизационного сравнения мыслил и К. Левелин: «[Судьи] насыщены правом. Они *видят* порядок вещей, они видят *существенные* знаки; (...) Более того, они *думают* как юристы, а не как обычные люди; точнее говоря *как американские* юристы, а не как немецкие или бразильские. (...) Правовая доктрина, [которой руководствуются американские судьи], состоит, конечно, не просто из хорошо разработанного свода писаных указаний, которые известны нам как нормы права...»¹⁰⁹. Подводя итог данной части исследования, обозначим схематично ту **разницу цивилизационных подходов**, которую необходимо иметь в виду при прочтении трудов О. Холмса:

Романские системы: университетская традиция римского права → текст (закон) как **безапелляционный фундамент** правовой системы → создание **формальных логических конструкций** и систематизаций без отчётливой привязки

¹⁰⁷ О том, что английское common law исторически полностью восприняло классический римский подход «средства защиты, а не права» (remedies not rights) см.: Robinson O.F. Op. cit. P. 125.

¹⁰⁸ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. The American Law Review. 1870. Vol. 5. Iss. 1. Доступ с использованием системы «ProQuest».

¹⁰⁹ Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Op. cit. Pp. 19–20.

к практике и проверки на опыте → суд как применитель и интерпретатор искусственно созданных без его участия абстракций.

Англо-американские системы: судебская традиция римского права (по принципам римской классики) → использование римских идей для принятия решений по конкретным делам, а не для формальных логических обобщений → последовательное создание судьями автономной системы *common law* → формирование устойчивых правовых доктрин как общей закономерности судебного мышления в прецедентах по однородным делам → суд как автономный знаток сущности и формы права.

Образно говоря, рассмотренные ранее повеления императора Юстиниана, предрёкшие характер континентального правового мышления, заключались в том, что правовые подходы отныне «нельзя сравнивать», поскольку государственные умы, которым доверяет верховная власть, уже подумали за всех сразу и «сделали необходимые преобразования». Уже нельзя идти по пути разрешения конкретных дел в соответствии с их уникальной правовой сутью. Работа, как он сам признаёт, была проведена, чтобы устранить плюрализм правовых позиций древних юристов, учёных, и оставить только «лучшие» (по мнению советников правителя). «Нашей властью», заключает он, больше нельзя иначе – всё устарело. В Англии юристы действовали по обратному принципу, так как прецедентный подход – это заведомо подход плюрализма мнений, когда судья *nisi prius* самостоятельно выбирает, какое из предшествующих свидетельств о праве подходит к рассматриваемому делу. В том числе из древних источников, даже спустя много лет (во многих решениях английских и американских судов можно найти ссылки на прецеденты многовековой давности).

Ещё одно концептуальное отличие, прямо коррелирующее с теорией О. Холмса, в том, что англо-американские суды формировали собственные правила разрешения споров для того или иного набора жизненных обстоятельств (*rule of decision*) по принципу «одинаковое разрешается одинаково» или «одинаковые факты будут порождать одинаковые и предсказуемые

результаты» – ядро доктрины *stare decisis* и систем *common law* в целом¹¹⁰. Это заложило основу статуса судебной власти в качестве мощнейшей защиты от произвола, т.к. обеспечивало равное отношение ко всем тяжущимся и препятствовало вынесению разных решений по одинаковым делам¹¹¹. Такой подход был призван обеспечить, в том числе, наиболее эффективными правовыми средствами становление честной и открытой системы капиталистического общества. По утверждениям самих англичан и американцев, исторически это было необходимо, дабы обеспечить свободу рынка и защиту капитала, сначала в интересах короля-капиталиста, а затем – в условиях развивающегося рынка – для других его участников (дворянства и торговцев)¹¹². Поэтому эта система зачастую считается наиболее либеральной, обеспечивающей конкурентное развитие за счёт *предсказуемости* контрактных и корпоративных отношений (не секрет, что многие транснациональные корпорации вводят в контрактах специальные оговорки о применении именно английского или американского права в судах этих стран). Об уделении в системе *common law* особого внимания именно **гарантиям предсказуемости** блестящую лекцию прочитал профессор Оксфордского университета, академик и королевский советник П. Атийях¹¹³. Отсюда *независимость суда* как ключевая необходимость, издавна признаваемая самими «капиталистами» и, в итоге, всеми членами общества. Эта историко-онтологическая характеристика *common law* находит особый отклик именно в предиктивной теории О. Холмса, стоящей на возможности предсказания решений.

Другое дело – **романо-германские системы**, в теории которых заложена вероятность того, что законы могут приниматься под прямым или тайным давлением только одной группы влияния (например, олигархата), которая стремится защитить не интересы всего рынка, а только свои собственные, которые могут меняться изо дня в день, из года в год. Это подпитывается провозглашением того, что суды только выполняют волю парламента (применяют

¹¹⁰ См. о важности этого принципа: Llewellyn K. Ibid. Pp. 77–87.

¹¹¹ Johnson B., Jordan R. Should Like Cases Be Decided Alike?: A Formal Analysis of Four Theories of Justice. *Jurisprudence & Legal Philosophy eJournal*. 2018. P. 1.

¹¹² Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Университет Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттеррелла (Университет Королевы Марии). <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm>

¹¹³ Atiyah P.S. Justice and Predictability in the Common Law. *UNSW Law Journal*. 1992. Vol. 15(2). Pp. 448-461.

закон), не являясь в этом плане самостоятельным защитником всеобщей воли. Таким образом, нормы права заведомо формируются не из принципа «для всех ситуаций/людей одинаково» или «одинаковое разрешается одинаково», а из абстрактной «воли большинства» в моменте. В этом таится почва для неопределённости и отсутствия каких-либо устойчивых правовых доктрин (rules of decision), которыми бы суды руководствовались веками, наподобие договорного или деликтного права в common law. В одном из фундаментальных трудов по американскому правосудию объясняется: «Напротив, в юрисдикциях с очень слабым уважением прецедента решение конкретных вопросов права находится **каждый раз заново**, когда возникает дело, что **затрудняет предсказание и последовательность**, а процесс [защиты прав] становится гораздо более длительным, нежели это необходимо, поскольку стороны **не могут полагаться** на письменные положения закона в качестве надежного руководства»¹¹⁴. Не могут в том числе потому, что судам поручено лишь применение и толкование, которое, в случае необходимости, может быть в отношении одной и той же нормы каждый раз уникальным со ссылкой на «уникальность» обстоятельств дела. Вот почему самые влиятельные **французские мыслители** в своё время смотрели именно на Англию и США в качестве образца оплота свободы («О духе законов» Ш.Л. де Монтескье и «Демократия в Америке» А. де Токвиля), и даже готовы были совершить революцию, чтобы завладеть такими свободами, которых не могли дать королевские «кодексы» и судебная администрация. Вот почему **французское общество** ещё со времён Великой революции и предшествующих ей десятилетий не испытывает доверия к судебной власти (в отличие от Германии, Италии, других европейских государств судебной власти Франции не доверен конституционный контроль), в то время как ни в Англии, ни в США судебная система не подвергалась масштабным гонениям, какая бы революция или гражданская война не случалась. Всё это интересно нам в целях понимания трудов О. Холмса постольку, поскольку центральный

¹¹⁴ Meinhold S.S., Neubauer D.W. Judicial process: law, courts, and politics in the United States. Boston, MA : Cengage Learning. 2017. 544 pp.

критерий сравнения двух подходов – **предсказуемость**, – является одной из ключевых категорий в теории О. Холмса, выделяющейся в обособленную предсказательную (предиктивную) теорию, и, как видно из вышесказанного, акцент сделан им на этой категории *common law* совершенно осознанно.

Таким образом, полученное нами представление «водораздельной линии» на мировой карте концептуальных подходов к организации и развитию права, взятое в соотношении как в целом с системой трудов О. Холмса, так и с отдельными, прямо затрагивающими эту линию позициями О. Холмса и других реалистов, дают основания для следующих выводов:

развивая идеологию правового реализма через призму **common law**, О. Холмс выступает просветителем уникальности **англо-американского правового бытия**, не отводя на концептуальном уровне сколько-либо значимого места законодательному (парламентскому) процессу как элементу американской политической системы, не претендующему на онтологическую уникальность;

правовой реализм О. Холмса, следовательно, **не имеет отношения ни к континентальным (романо-германским) правовым системам**, ни к концепциям, лежащим в основе этих систем (позитивизм, нормативизм, формализм, популизм), ни к категории судебной практики в этих системах, поскольку они заведомо не соответствуют онтологическим посылкам о появлении права из судебной деятельности, об идейном и автономном мышлении юристов (особенно судей), об отрицании текстуального домината и самодовлеющей силы систематизации права, о формировании судами устойчивых доктрин для определения *rule of decision*, об обеспечении за счёт этого гарантии «одинаковое решение для одинаковых дел» и предсказуемости в понимании О. Холмса.

1.4.2 Особая роль суда присяжных в формировании *common law*: английский расцвет и американский апогей.

Англия: зарождение и закрепление роли общества в правовых вопросах.

Ранее было установлено, что импульсом для формирования и развития *common law* как автономной системы правового бытия послужила деятельность королевских судей, начатая после нормандского завоевания. Однако ещё одной

онтологической особенностью не только формирования, но и функционирования системы common law является непосредственное и непрерывное участие самого общества в этих процессах. На протяжении веков, начиная с 12-го столетия, обеспечивает такое участие **институт присяжных заседателей (жюри)**. Правовая идеология О. Холмса не просто учитывает эту особенность, она имеет с ней чёткую (необходимую, идейную – по Шпенглеру) связь и даже склонна придавать характер архи-ценности (как минимум, в отправных положениях), поскольку (1) невозможно представить формирование и развитие common law без суда присяжных и (2) сущность права у Холмса, как и у сторонников *социологической* американской школы, *связана именно с обществом*, а не с государством.

Важнейшей вехой в судьбе суда присяжных и общего права в целом стало правление короля Генриха II. Проблемы молодого государства и неокрепшей системы управления усугублялись постоянными войнами, крестовыми походами и последствиями Анархии 1138–1153 гг. Общество страдало от вечной неопределённости в вопросах принадлежности имущества, в том числе земель, и связанных с этим споров, которые решались долго, неэффективно и, опять же, не мирным путём, а кровавыми ордалиями и поединками (повсеместная война, даже в «мирное» время, даже дома). Стремясь решить терзающую общество проблему, **в 1166 г.** Генрих издаёт знаковый королевский акт – **Кларендонскую Ассизу**, согласно которой **неотъемлемым элементом правосудия** в королевском суде становятся присяжные, собирающиеся на постоянной основе (систематически) по всей стране для мирного решения споров. Дополненные в 1179 г. **Великой (Виндзорской) Ассизой** и рядом других «младших» ассиз¹¹⁵, данные меры кардинальным образом реформировали правовую систему Англии, позволив передавать споры из феодальных судов с их «варварскими» методами в суд королевский. По убеждению классиков истории английского права Ф. Поллока¹¹⁶ и Ф. Мейтленда¹¹⁷, начало идеи суда присяжных действительно увязывается с необходимостью установить в те смутные времена механизм разрешения жалоб

¹¹⁵ Само понятие ассиза стало ассоциироваться с королевским судом, обязательно созывающим жюри присяжных.

¹¹⁶ Который, к слову, на протяжении всей жизни вёл личную и научную переписку с О. Холмсом.

¹¹⁷ Pollock F., Maitland F. The History of English Law before the Time of Edward I: Vol. 2. Indianapolis: Liberty Fund, 2010 (Originally published: 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898). P. 50.

землевладельцев на «несправедливое лишение владения без [надлежащего] суждения». Трактат Глэнвилла подтверждает, что суд присяжных по «Великой ассизе» стал **«благим даром»** короля своим вассалам, получившим возможность решать земельные споры при помощи **«института, проистекающего из наивысшего равенства»** вместо судилища-поединка, когда они (или их рыцари) калечили и убивали друг друга ради «сомнительного шанса защитить своё законное владение»¹¹⁸. Пользующаяся по указанным причинам популярностью процессуальная модель, первоначально учреждённая королём, ключевым звеном которой стали не чиновники, а сами люди – истец, ответчик и присяжные (фактически их соседи), – нашла многократное и повсеместное применение, стала развиваться собственными темпами и уже не могла быть механически отделена от общества. В течение следующего столетия она органично распространилась на практику рассмотрения самых разных правовых вопросов (требований)¹¹⁹. Функция жюри в Англии и США **никогда не сводилась к решению уголовных дел**; напротив, как будет показано далее, не менее важной всегда считалась работа жюри именно в делах о защите гражданских прав и свобод.

Английский историк, известный специалист по средневековой Англии В. Уоррен в своей книге «Генрих II» указывает: «В период между 1166 и 1179 годами [реализация] новых процедур, включая разделение функций шерифа, жюри местных мужей (jury of local man) и королевских судей, ознаменовала **начало эры английского общего права»**¹²⁰. Английский король, вероятно, заботился не только о том, чтобы дать подданным обозначенный Глэнвиллом «благий дар», но, по мнению В. Уоррена, хотел не допустить бесконтрольное усиление власти вассалов. Историк приходит к выводу, что Генрих II нашёл в институте присяжных и разделении судебных функций способ **делегировать свою власть** (её часть) на места без наделения подчинённых вельмож слишком большими полномочиями¹²¹. Таким образом, намеренно или нет, английская

¹¹⁸ Glanvill R. de. Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae. Пер. и цит. по: Thayer J.B. A preliminary treatise on evidence at the common law. Boston: Little, Brown, and Co., 1898. P. 41.

¹¹⁹ Landsman S. Op. cit. P.583.

¹²⁰ Warren W.L. Op. cit. P. 293.

¹²¹ Ibidem.

корона изначально сделала шаг к усилению общественного (*реалистичного*), а не государственного (*позитивного*) характера common law. Благодаря этому стало возможным создание полностью **автономной системы права (общественного)**, существующей независимо от статутного (политического) законодательства¹²², что в итоге, как видится, создало почву для мнения о *common law constitution* как о *конституции английского общества*, а не государства¹²³. Примечательно в этом плане, что какие бы потрясения ни постигали английское государство, как бы ни менялась форма правления, common law, как известно, всегда оставалось неотъемлемой частью жизни английского общества. Как пишет В.А. Томсинов, «Конституционное значение common law выражалось, таким образом, преимущественно в том, что его принципами и нормами очерчивалась *сфера общественной жизни*, в которую королевская власть вмешиваться не могла (в т.ч. поскольку была в данной части делегирована обществу самим королём, после чего стала развиваться независимо от него самим обществом – *Б.Л.*)»¹²⁴.

Таким образом, в отличие от многих других примеров, английское общество изначально получило возможности самоуправления, в том числе в правовых вопросах. Почётный профессор Гарвардской школы права П. Доусон подтверждает, что учреждение королём системы свободного принятия правовых решений на непрофессиональной (непостоянной, негосударственной) основе присяжными и мировыми судьями (lay decision-makers) привело к неожиданному эффекту «**[обучения] английского общества, посредством руководящей активности [людей] на местах, навыкам и практике самоуправления**»¹²⁵. Обстоятельства появления института жюри в Англии раскрывают его **онтологию и аксиологию** в качестве **первой и главной гарантии справедливости (равенства)** и защиты от произвольного решения вопросов о правах и свободах.

¹²² См., например: *Somerset v Stewart* (1772) 98 ER 499. Лорд Мэнсфилд, несмотря на требования истца из числа аристократии, указал, что common law никогда не допускало рабства, которое не соответствует статусу английского человека, поэтому купленный в Америке африканец должен быть немедленно освобождён. Интересна не только сама суть решения, но проведённая судьей **разделительная линия системных масштабов**: рабство как институт, противный устоям английского общества, мог быть введён только *позитивным (политическим) законом*, а common law как *закон самого общества* (опыт жизни сообщества – по Холмсу) его не знает и не приемлет.

¹²³ См. об этом: Томсинов В.А. Юридические аспекты английской революции 1640 – 1660 годов. Период конституционной борьбы: ноябрь 1640 – август 1642 года: Учебное пособие. 2010. М.: Зерцало. С. 38.

¹²⁴ Томсинов В.А. Там же. С. 43.

¹²⁵ Dawson J.P. *A History of Lay Judges*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960. P. 134.

Как видно из свидетельств В. Уоррена, не допустить усиление произвола на местах было призвано не только участие общества, но и разделение функциональной компетенции в рамках судебного процесса как таковое. Со стороны короны решающую роль в этом сыграли судьи эйра (*in eyre*), более известные как странствующие судьи, выезжавшие из Лондона в округа (*circuits*) по всей стране, чтобы свершилось правосудие (подробнее см. подраздел 1.4.1). **Судьи были связующим звеном между короной и людьми** во всех серьёзных спорных ситуациях. Когда судья эйра приезжал в округ, он поручал судебному приставу сотни (*bailiff*) выбрать из её состава 4 выборщика, которые затем выбирали ещё 12 человек из своей сотни¹²⁶, и из всего этого состава уже отбирались **12 присяжных** (*jurors*)¹²⁷. То есть **идея и форма сплочения** независимого от местечковых интересов государственного представителя с непосредственным общественным институтом для решения правовых вопросов была **заложена в самом начале** юридического становления английского государства. После того как Римская католическая церковь окончательно отозвала разрешение ордалий в судебных процессах, *стала уже необратимой тенденция обращения судей к жюри присяжных* за решением вопросов вины и невиновности человека по предъявленному обвинению¹²⁸. Как раз к этому времени, в 1215 году произошло событие, имевшее последствия цивилизационного масштаба – подписание Великой Хартии Вольностей (*Magna Charta Libertatum*), с которой источники Университета Калифорнии в Беркли связывают *окончательное и бесповоротное закрепление, во-первых, роли жюри присяжных в жизни английского общества и, во-вторых, корреспондирующего права на суд присяжных* в качестве «одного из наиболее известных» когда-либо прав¹²⁹.

Жюри, таким образом, стало не просто процессуальным механизмом для выполнения технических функций в рамках судебного процесса – оно приобрело **уникальный статус в конституционной системе** английского общества в

¹²⁶ Англия делилась на графства, которые состояли из сотен, которые можно условно рассматривать как элемент самоуправления. Сотни решали некоторые важные вопросы, в том числе серьезные споры, а для других споров могли быть созваны 6 или 12 присяжных – членов сотни.

¹²⁷ Holdsworth W.S., Pottton E. A history of English law (Vol. 1, 3d ed.). Little, Brown & Co., Boston : 1922. Pp. 268-269.

¹²⁸ Warren W.L. Op. Cit. P. 358.

¹²⁹ The Common Law and Civil Law Traditions. Ibidem. See 93 supra note.

качестве института, нелицемерно распознающего произвол властей или отдельных членов сообщества и так же нелицемерно противостоящего ему. Основательный труд проф. С. Лэндсмана помогает понять уходящий корнями в историю характер отношения англичан и американцев к деятельности жюри: «Ранняя история английского жюри примечательна не только тем, что [данный институт] постоянно **приспосабливался к** новым разнообразным **потребностям [общества]**, но и его особым вкладом в установление фундаментальных принципов демократического правления. Эти принципы, как и само жюри, **сыграли ключевую роль** в бурных событиях, приведших к **падению Стюартов, отказу от абсолютной монархии** и становлению парламентского правления»¹³⁰.

Важнейшей функцией жюри, напрямую повлиявшей не только на конституционную значимость их деятельности, но и на характер творимого их руками common law, было обеспечение «усреднённости», т.е. **сдержанности, непредвзятости и анти-тенденциозности** регулирования общественных отношений. Поэтому жюри, наделённое решающим голосом в вопросах права, в большинстве случаев состояло не из аристократии или высшего джентри, а из людей независимых намерений, что называется «среднесортных» (**middling sort**). И именно эти *люди* стали считаться краеугольным камнем английской демократии¹³¹. Как объяснил результат данных процессов д-р С. Робертс, к 1600-м годам «жюри стало самым демократическим (представительным) институтом, доступным английскому народу»¹³². И этот институт непосредственно и ежедневно на местах участвовал в развитии «общественного права» - common law, тогда как «менее демократичный» парламент занимался своими политическими делами в Вестминстере. Таким образом, не только в умах английского общества, но и в реальной правовой практике жюри стало эквивалентом усреднённого гражданского благоразумия, «**срезом общества**», наиболее репрезентативным и **близким к опыту реальной жизни** людей институтом.

¹³⁰ Landsman S. Op. cit. P.587.

¹³¹ Landsman S. Op. cit. P.588.

¹³² Roberts S. Juries and the Middling Sort: Recruitment and Performance at Devon Quarter Sessions, 1649-1670. In: Cockburn J, Green T (ed.) Twelve Good Men and True: The Criminal Trial Jury in England, 1200-1800. Princeton: Princeton University Press, 2014. p.182.

И это необходимо иметь в виду, поскольку основанная на онтологии common law идеология О. Холмса, бесспорно, (1) восприняла фигуру общества как созидающего творца, а не подвластного раба; (2) называет жюри «эквивалентом среднего благоразумия», представляющим «повседневный опыт» в качестве источника права. Даже поверхностное знакомство с теорией правового реализма (с *нуждами общества* в её центре) подтверждает такой ход мыслей.

Тем не менее, указанные достижения правовой культуры англичан не стали в истории права уникальным примером обладателя иммунитета от «бюрократической эрозии». Английская аристократия по понятным причинам никогда не оставляла попыток устранить большое влияние жюри на решение вопросов гражданского права, особенно если речь шла о собственности, долгах, конфискациях и т.д. Например, богачи часто пытались заменить присяжных на «своих»¹³³. Что касается уголовных дел, с течением времени эрозия превратила изначально сакральный институт жюри в то, что впоследствии получило прозвище «процесс по речи обвиняемого» (*'accused speaks' trial*), имея в виду формат краткого слушания, в ходе которого уже пострадавший обвиняемый в одиночестве своих собственных сил и средств должен был противостоять прокурору и его свидетелям, а *судья и присяжные наблюдали* за ними и *время от времени присоединялись* к допросу. По словам проф. Дж. Саймона, «процесс 'по речи обвиняемого', который оставался доминирующей практикой как в Англии, так и в колониальной Америке вплоть до XIX века, *едва ли олицетворяет модель честного состязания, которую мы так чтим сегодня*»¹³⁴. В период Реставрации Стюартов английские суды приобрели особенно дурную славу, поскольку судьи стали использоваться в качестве политического оружия. После восстания Монмута 1685 г. у людей появились реальные основания видеть именно в жюри, а не в судьях единолично, гарантию гражданских свобод.

С таким положением не могло вечно мириться общество, воспитанное в духе свободы и самоуправления, в связи с чем стала постепенно развиваться

¹³³ Landsman S. Op. cit. P.588.

¹³⁴ Simon J. Uncommon Law: America's Excessive Criminal Law & Our Common-Law Origins. Daedalus, Summer 2014, Vol. 143, No. 3, The Invention of Courts (Summer 2014), P.63.

модель «суда с помощью юристов» (*‘lawyer conducted trial’*¹³⁵). Она ознаменовала начало эпохи закрепления фундаментальных прав и гарантий (сейчас бы это назвали конституционализацией) гражданского и уголовного судопроизводства. Будучи изначально направленным на банальное укрепление процессуальных позиций адвокатов, этот процесс оказался невероятно полезным для самих граждан: проводя успешные перекрёстные допросы и возражая против доказательств обвинения, адвокаты стремились получить выгоду в виде денег; принимаясь за рискованные и низкооплачиваемые, но резонансные дела простых граждан (а не знати), и побеждая в них, адвокаты стремились получить выгоду в виде репутации¹³⁶. Не могли адвокаты обойти стороной и жюри, которое, в отличие от королевского судьи, могло послужить средством в их руках для принятия необходимого решения. Для реализации этих, казалось бы, корыстных целей, адвокатское лобби добивалось законодательного уравнивания сторон защиты и обвинения, процессуальных гарантий института присяжных, что в итоге не могло не привести к вполне бескорыстной задумке справедливого судебного разбирательства (*fair trial*), с которой мы знакомы сегодня.

Именно в тот момент, когда старая «эрозийная» модель была всё ещё повсеместно ненавистно действующей, а новая только начинала развиваться в умах и незначительной практике, случилась Американская революция.

США: расцвет и апогей роли общества в правовых вопросах.

Американская революционная элита, львиную долю которой составляли юристы, была одухотворена новой судебной парадигмой¹³⁷. В целях нашего исследования здесь необходимо уяснить, что критика королевского режима, доведённая до абсолюта американской революции, в отличие, к примеру, от «программы» Великой французской революции¹³⁸, не имела своей целью

¹³⁵ Langbein J. The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law. Michigan Law Review. 1994. № 92. Pp. 1047-1085.

¹³⁶ Simon J. Op. Cit. P. 63.

¹³⁷ Simon J. Op. Cit. P. 64.

¹³⁸ См. об этом: Лесив Б.В. Авторитет решений англо-американских судей и эффективность их исполнения: в чем секрет? // Российская юстиция. 2021. № 6. С. 59-60.

тотальное «под корень» уничтожение правовой системы¹³⁹. Как было сказано, *правовые* достижения англичан (common law) были заслугой и ценностью *общества*, а не ненавистного революционерам английского государства – короля и парламента. Английское общество, в том числе колониальное, было воспитано на уважении к суду, а сама революционная мысль была пропитана усилением и возведением в высший закон тех прав и свобод (включая право суда присяжных), которые изначально появились именно благодаря судьям в common law, а также благодаря тому, что власть суда присяжных была результатом естественного (а не формально организованного) движения правовой жизни английского общества.

В 13 колониях к этому наследию относились не менее трепетно, чем в самой Англии. Особому предназначению жюри как в Англии, так и в Америке корреспондировал **особый объём полномочий в сфере права**, которые можно поистине назвать **всеобъемлющими**. Жюри решали не только вопросы вины или невиновности в уголовных делах – чаще всего они отвечали на вопросы, непривычные континентальному правосознанию: законность и обоснованность лишения свободы; дела о долговых обязательствах, о собственности на землю, о правомерности обысков; регулирование перемещения морских грузов и даже определение справедливых сумм компенсаций за причинение вреда¹⁴⁰. Проще говоря, английское жюри – это, во-первых, индикатор правомерности *любого* вмешательства в частную жизнь и, во-вторых, выразитель меры дозволенного в *любых* вопросах, затрагивающих *общественный интерес*. Об особой роли жюри в качестве системообразующего феномена английского и американского правового бытия (не просто в качестве одного из гарантийных механизмов, а именно в качестве **системообразующего элемента**) свидетельствуют труды проф. Дж. Саймона: «Суд присяжных – в особенности суд равных (jury of peers, т.е. имелся сословно-имущественный признак – *Б.Л.*) – был ядром английского уголовного правосудия. **В колониальной Америке** еще до обретения независимости эта практика **преобразовалась в суд присяжных – местных**

¹³⁹ В Декларации независимости США несколько раз подчёркнуто, что «тотальному разрыву» подлежит именно политическая связь с Великобританией. Правовое наследие признавалось и читилось большинством американцев.

¹⁴⁰ Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489, 499 (C.P. 1763). Жюри присудили рекордную сумму £1000 члену парламента.

граждан, единогласный вердикт которых был необходим для установления вины. В отличие от этого, в большинстве континентальных систем судья (или коллегия судей) сам устанавливает и факты, и право»¹⁴¹. Знаменитый историк американского права У. Нельсон подтверждает, что жюри **Массачусетса** обладали огромной властью и независимостью в колониальную эпоху, поскольку они, как и их предшественники во времена Славной революции, имели полномочия как в вопросах факта, так и в вопросах права¹⁴².

Поскольку жюри в системе common law выполняло не техническую процессуальную, а всеобъемлющую конституционную и правотворческую функцию, посягательства английских чиновников и самого короля на этот институт в Новой Англии стали **одним из ключевых факторов** революционного возмущения. В первой половине XVIII в. королевские губернаторы Нью-Йорка начали кампанию по расширению компетенции **канцлерских судов**, в частности, чтобы вывести дела о земельной собственности из-под юрисдикции жюри и common law, что вызвало бурю общественного негодования и противостояние, с одной стороны, губернаторов, с другой – легислатуры и судов common law¹⁴³. В 1730 г. Главный судья Нью-Йорка Л. Моррис отказал губернатору У. Косби в просьбе рассмотреть дело о зарплате последнего без участия жюри, за что был незамедлительно уволен¹⁴⁴. В 1760-х гг. корона начала инвазивную политику в отношении колониальной торговли и сбора налогов, что особенно болезненно отразилось на людях **Массачусетса** и стало одной из причин революционных настроений (пик – знаменитое «Бостонское чаепитие»). В ответ метрополия передала в юрисдикцию адмиралтейских судов несвойственные им гражданские дела. Лишив колонистов суда присяжных (печально известный Stamp Act 1765), корона создала почву для неутраченного раздражения в отношениях между Британией и Америкой. Оспаривая данные меры, специальный колониальный Конгресс 1765 г. направил королю петицию и указал, среди прочего: «Суд

¹⁴¹ Simon J. Ibid.

¹⁴² Nelson W. Americanization of the common law: the impact of legal change on Massachusetts society, 1760-1830. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1975. P. 3.

¹⁴³ Katz S.N. The Politics of Law in Colonial America: Controversies over Chancery Courts and Equity Law in the Eighteenth Century. Law In American History. Donald Fleming & Bernard Bailyn eds., 1971. Pp. 257, 274-282.

¹⁴⁴ Landsman S. Op. cit. P.594.

присяжных является неотъемлемым и **бесценным правом каждого** британского подданного в этих колониях»¹⁴⁵. Корона продолжила попытки усилить контроль над колониями за счёт посягательств на независимый суд и в 1773 г. вмешалась в оплату труда колониальных судей, которой до этого ведали местные legislatures. В знак протеста 4 члена высшего суда ушли в отставку. Главный судья П. Оливер принял королевскую зарплату, за что legislatura объявила ему импичмент. Губернатор освободил Оливера от импичмента, но тогда отпор продажному судье дали сами присяжные, отказавшись принимать в его суде присягу, фактически не дав работать. Посягательства на независимость судей привели к серии протестов, а они – к серии контрмер, в том числе к возмутительной передаче некоторых категорий дел с участием колонистов в английские (лондонские) суды и внедрению особых правил отбора присяжных в Массачусетсе для оставшихся дел. Декан Паунд описал все эти события следующим образом: «Америка XVII-XVIII веков имела длительный опыт недифференцированного контроля со стороны чиновничьей администрации, наделённой законодательной, исполнительной и судебной властью, а также [имеющей в своём распоряжении] суды, которые принимали решения по образцу этих административных органов и которые не обременяли себя верховенством права»¹⁴⁶.

Вскоре после названных событий был созван *Первый Континентальный Конгресс*, который заявил: «колонии вправе [пользоваться] общим правом Англии, и в особенности великой и **бесценной привилегией быть судимыми судом своих равных соседей** (peers of the vicinage)»¹⁴⁷. *Второй континентальный конгресс* в Декларации о причинах и необходимости поднять оружие 1775 г. уже прямо указал причины революции: «расширение юрисдикции адмиралтейских и вице-адмиралтейских судов сверх их старинных пределов [и] ... лишение ... [колоний] обыденной и **бесценной привилегии суда присяжных** по делам, затрагивающим как жизнь, так и имущество»¹⁴⁸. Наконец, в *Декларации*

¹⁴⁵ Resolutions of The Stamp Act Congress 1765, para. 7, reproduced in Sources of Our Liberties. Richard L. Perry & John C. Cooper eds., 1952.

¹⁴⁶ Pound R. What of Stare Decisis? Op. cit. P.4.

¹⁴⁷ Declaration and Resolves of The First Continental Congress, 1774, Res. 5. In ibid. P. 288.

¹⁴⁸ Ibid. P. 296. Declaration of the Causes and Necessity of Taking Up Arms (1775).

независимости США лишение «блага» суда присяжных названо одной из «обид», пробудивших новую нацию¹⁴⁹.

Таким образом, американцы, совершая революцию, не отказывались от наследия *common law*, которое они считали своим по праву – напротив, они боролись за него. Камнем преткновения между Британией и Америкой стали **гражданские свободы**, а одной из главных причин революции – посягательства на исконный **институт защиты** данных свобод. Революция не стремилась избавиться от системы английского *common law*, она стремилась избавить данную систему от злоупотреблений, дискриминации и коррупции. Американцы *хотели* жить по исконным английским законам, но были лишены такой возможности из-за «обид» метрополии, поэтому закономерным результатом революции стало **возвращение к истинным традициям common law**. Влиятельные Антифедералисты **цитировали У. Блэкстона**, когда выступали против того, чтобы объявить суды местом исключительной власти судей: «Беспристрастное правосудие, обеспечивающее защиту личности и собственности, является величайшей целью гражданского общества. Но если оно будет полностью вверено в руки магистратуры, т.е. группы избранных, кто обычно назначается монархом или занимает высшие должности..., то их решения, несмотря на их природную честность, часто будут невольно склоняться в пользу людей их ранга и достоинства; не следует ждать от природы человека, что *немногие* будут часто внимательны к интересам и благу *многих*»¹⁵⁰. Американские судьи ещё до принятия конституции начали осуждать практику английских судей, пытавшихся контролировать присяжных¹⁵¹. В 1800 г. Пенсильвания дала один из финальных сигналов¹⁵² тем, кто ещё надеялся отделить судей от народного присутствия: легислатура подвергла импичменту судью А. Эдисона и заявила, что не намерена мириться с политически мотивированным вмешательством судей в работу жюри. Ключевое исследование по теме подтверждает, что попытки посягательств на

¹⁴⁹ Jefferson T., et al. Declaration of Independence. Applewood Books, 1997.

¹⁵⁰ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. Nourse Publishing Co., 1959. P. 682.

¹⁵¹ Например, *Hague v. Stratton*, 8 Va. 84, 85 (1786). Виргинский судья объявил, что имеющиеся у английских судей наподобие Лорда Мэнсфилда «привычки» контролировать жюри противна свободным институтам данной страны.

¹⁵² Landsman S. Op. cit. P.601.

институт присяжных расценивались в Америке как совершенно недалёковидные «в системе юриспруденции, которая выросла рука об руку с жюри»¹⁵³. Судья Диллон сказал по этому поводу: «Я придерживаюсь консервативных взглядов нашей профессии против иконоборцев, желающих во имя реформ уничтожить жюри; против безрассудных «хирургов», в руках которых не каутер для лечения, а нож для ампутации»¹⁵⁴.

Около-революционные идеи отказа от common law и возвышения судей на фоне умаления статуса жюри потерпели крах. Американская конституция, по убеждению **О. Холмса**, была «возвращена» на «почве» common law и стала воплощением его правового наследия¹⁵⁵, а одним из центральных прав, которое было решено чётко закрепить на конституционном уровне (подтвердить незыблемость и неотъемлемость для всех американцев, чтобы ни одна власть, наподобие королю, не могла на него больше посягнуть), стал **всеобъемлющий суд присяжных** (5 и 7 поправки к Конституции США). Как объяснил А. Гамильтон, несмотря на все противоречия между сторонниками и противниками плана конституционного конвента, и те и другие сходились в одном: первые считали жюри «ценнейшей гарантией свободы», вторые – «палладиумом свободного правления»¹⁵⁶.

Прямое и безоговорочное подтверждение выводов О. Холмса о «возвращенной» конституции можно найти даже в современной практике судов США и даже по самым резонансным делам конституционной важности: «**Права и свободы Англии** стали нашим наследием. Конституция Соединенных Штатов и конституции штатов содержат **положения, происходящие непосредственно из этого источника**»¹⁵⁷. Именно на примере Конституции США отчётливо видно, как американцы стремились уничтожить политическую связь с метрополией, не ставя под сомнение главные правовые достижения англо-американской культуры, позднее ставшие объектом исследования О. Холмса. Поскольку common law было

¹⁵³ Changes in the Jury. Op. Cit. P. 500.

¹⁵⁴ Dillon J.F. Op. cit. P. 167.

¹⁵⁵ Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914).

¹⁵⁶ The Federalist No. 83, p. 614 (Alexander Hamilton). John C. Hamilton ed., 1904.

¹⁵⁷ Jones v Clinton, 869 F. Supp. 690 (E.D. Ark. 1994).

продуктом общественной, а не политической жизни, а повседневная (обычная) жизнь людей, их отношения между собой как таковые не меняются со сменой формы правления, то попросту не было оснований отрицать накопленный **опыт не политического, а правового регулирования** этих отношений. Закономерно этому почти все штаты после революции приняли так называемые «статуты для рецепции» (*reception statutes*), внедряющие в правовую систему штата английское *common law*¹⁵⁸ (в отличие от Франции или России, где новые «народные» законы стали использоваться революцией как средство тотального уничтожения «наследия» предыдущих режимов, а жизнь общества стала строиться на принципиально других ценностях, нежели несколько лет назад).

Таким образом, правовой геном английской и американской систем един, но он эволюционировал в новую форму. В определённой степени причиной Американской революции стала не ненависть, а безграничное уважение к главным принципам исконного английского права – и сейчас, когда в Англии считается действующей только одна норма Великой Хартии о правах граждан (надлежащая правовая процедура), в Америке многие из заложенных в неё принципов продолжили автономное существование и развитие¹⁵⁹. Так, основатели США пошли по намеченной ещё в Англии парадигме «суда с помощью юристов», уравновешивая государственные и общественные начала в отправлении правосудия. **Связующим звеном** такого равновесия стали присяжные – **жюри, независимое** как от одной стороны (юристов), так и от другой (судьи, прокурора). «Билль о правах» 1791 года на уровне Конституции США закрепил множество связанных с этим процессуальных гарантий, центральными среди которых стали суд присяжных и право на защитника, способного заменить слабую сторону – обвиняемого – в схватке с государственным обвинителем. Профессор Дж. Саймон пишет по этому поводу: «...закрепленный в Конституции [США] и в массовой культуре **образ дуэли юристов**, в рамках которой обвинение вынуждено

¹⁵⁸ См., например, для штата Арканзас: Ark. Code Ann. § 1-2-119 (Michie 1987); Ark. Stat. Ann. § 1-101 (1976 Repl.).

¹⁵⁹ См., например, принципиальное отношение современного Верховного Суда США к принципам надлежащей правовой процедуры и равной защиты: *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

доказывать обстоятельства **присяжным**, преодолевая яростное противодействие защитника, **уже давно служит символом легитимности [всей системы]**¹⁶⁰.

О совершенно особом отношении к институту присяжных в США говорят 5 и 7 поправки к Конституции, которые до сих пор гарантируют суд присяжных не только по уголовным, но и по гражданским делам (в отличие даже от Англии). Мало того, что основатели США не стремились избавиться от влияния жюри на решение вопросов права, они увидели в этом институте общественной (а, значит, демократической) концентрации ещё одну возможность «измениться к лучшему» по сравнению с Англией, «погрязшей» в сословных интригах и бюрократии. Видно, что в Америке, в отличие от Англии, уже до революции жюри даже на уровне концепции (т.е. официально признаваемой идеологии) состояло не из «равных по положению», а из обычных, случайно отобранных местных граждан, т.е. реального общества. Сам О. Холмс называл их «вырванными» из повседневной **жизни общества** обычными людьми.

Поэтому ключевым отличием от Англии стало и отсутствие **имущественного критерия** для отбора присяжных. В колониях не могли простить англичанам не только уже описанных «обид», но и такой несправедливости, что жюри из местных джентльменов (local gentlemen), отбирившихся по имущественному критерию, в действительности зачастую было озабочено не тем, чтобы представить интересы всего общества, а чтобы «обнаружить потенциально опасных представителей нижестоящих классов», чтобы избавить от них *свое общество* либо путём повешения, либо «изгнанием в Северную Америку, а позже – в Австралию». Предпринятая основателями США децентрализация процесса формирования жюри возвращала в данный институт и выводила на первый план исконную идею «среза общества» и «среднего благоразумия» (middling sort). Естественно, чтобы обеспечить легитимность этого института в глазах общества и создать гарантию реальной демократии – оплота от тирании, жюри должно представлять собой так называемый «**срез общества**», включать в себя **достаточное количество** рядовых его членов **без**

¹⁶⁰ Simon J. Ibid.

тенденциозности по какому-либо признаку, а его решения должны быть **уверенными** и, насколько это возможно, **беспорными**. Само количество – 12 человек – было призвано придать особую сакральность коллегии присяжных, процессу их работы и вынесенному решению. В 1367 году Лорд Кук отменил вердикт, вынесенный голосами одиннадцати, а не двенадцати присяжных, положив начало *доктрине единогласия жюри*, которая впоследствии стала считаться настолько естественной и была закреплена юридически (Bushel's Case), что большинство людей попросту не задумываются о её *идейных* истоках. На самом же деле Лорд Кук «связывал чрезвычайную эффективность числа 12 с многочисленными отсылками Библии к числу 12»¹⁶¹. Действительно, как известно, последняя трапеза Иисуса Христа, несущая в себе колоссальный мировоззренческий посыл, прошла с участием 12 апостолов, один из которых оказался предателем. Следовательно, настаивая на правиле единогласия присяжных, выступающих **не в личном качестве, а отражающих мораль всего общества** подобно 12 апостолам, Э. Кук создавал их вердикту ореол истинности и придавал сакральную силу. Как отмечается в современной О. Холмсу авторитетной систематизации американского права «*The Lawyers reports annotated*», правило единогласного принятия присяжными решений укрепилось в сознании англичан и американцев настолько прочно, что, в отличие от многих других юридических принципов, не подвергалось сомнению даже после революции и принятия Конституции США¹⁶².

Придание новой силы названным ценностям привело к качественной **трансформации жюри** не только и не столько как процессуального института, но как **идеологической основы** для новой правовой реальности. Если идеологическую основу *новой политической реальности* составила фигура Конгресса, противостоящего тирании исполнительной власти, то идеологическую основу *новой правовой реальности* составили именно **судьи и жюри** присяжных, которые стали мощнейшей преградой на пути тирании *in toto* – как

¹⁶¹ Changes in the Jury. Op. cit. P. 498

¹⁶² Smith E.H., Farnham H.P., Rich B.A., Desty R. (1888-1906). The Lawyers reports annotated. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Pub. Co. Vol. 24. P. 272, note.

исполнительной, так и законодательной¹⁶³. А. де Токвиль, ещё раз подтверждая связующую роль судьи между государством и обществом, пришёл к похожему выводу: «Ни в одной стране судьи не обладают такой властью, как в той, где они делят свои привилегии с самим народом»¹⁶⁴. В отличие от Англии, «с самых своих истоков американское жюри присяжных было во много раз более **народовластным... и куда менее подвержено страху перед судьей**; действительно, во многих округах с выборными судьями в их же интересах было находиться в согласии с присяжными и апеллировать к их позиции, ведь они также составляли основу электората»¹⁶⁵. Дело в том, что в Англии жюри, хотя и обеспечивало некоторое общественное присутствие в правосудии и предоставляло определённые гарантии от произвола, всё же, как правило, уступало ведущую роль королевским судьям (особенно спустя время, когда концептуальная нужда в ослаблении влияния местной знати отпала). В итоге, чем дальше от истоков, тем больше «английская система уполномочивала присяжных решать вопросы факта, и то под строгим руководством судьи, который разъяснял им закон и иногда [даже] диктовал вердикт. Кроме того, если присяжные, по убеждению судьи, неправильно применяли закон к фактам [конкретного] дела, он мог их оштрафовать»¹⁶⁶. То есть в Англии первым знатоком сущности права являлся судья-монополист, и у него имелись в определённых случаях средства противодействия жюри¹⁶⁷. Напротив, в США **жюри** стали считаться **необходимой сдержкой** возможной политической активности со стороны **судей**¹⁶⁸ и, как было уже показано, решали вопросы не только факта, но и права.

¹⁶³ Об американской судебной власти в качестве оплота от тирании всех форм см.: Токвиль А. Демократия в Америке: Пер. с франц. / Предисл. Гарольда Дж. Ласки. М.: Прогресс, 1992. 554 с.

¹⁶⁴ Tocqueville A. de. Democracy in America. Alfred A. Knopf, 15th ed. 1985. P. 286.

¹⁶⁵ Changes in the Jury. Op. Cit. P. 500.

¹⁶⁶ Changes in the Jury. Op. Cit. P. 500.

¹⁶⁷ Тем не менее именно благодаря *английскому common law* жюри стало ассоциироваться, в том числе у сражавшихся за «английские» права американцев, с истинной защитой гражданских свобод. В 1670 г. двух подданных попытались наказать за несанкционированные публичные проповеди. Жюри оправдало их, невзирая на мощное давление судьи. Разгневанный неповиновением судья арестовал и оштрафовал всех присяжных. Устанавливая знаковый прецедент, апелляционные судьи выдали приказы *habeas corpus*, а Главный судья сэр Дж. Воган отменил наказание и запретил впредь наказывать присяжных, если только ими не проявлено явно коррупционное поведение. См.: *Bushel's Case (1670) 124 E.R. 1006*. Данный прецедент «серьёзно затруднил судебский контроль над жюри». См: Landsman S. Op. cit. P.590.

¹⁶⁸ Landsman S. Op. cit. P.612. См. также сноску 156 выше в контексте.

Таким образом, **онтологической особенностью** американского жюри присяжных является сущность самого его предназначения и обусловленный ею характер властных полномочий. В США власть жюри **(1)** распространяется на все сферы жизни общества (см. выше о всеобъемлющем характере) и **(2)** является **правотворческой**, что кажется абсурдным в континентальных системах. Присяжные в Англии и США выступили мощнейшим импульсом для многих реформ, **отказываясь применять несправедливые законы**, действуя, таким образом, в качестве своего рода народного **цензора по отношению к действиям законодательной власти**:

«Если какая-либо категория проступков вызывает значительные затруднения в получении обвинительного вердикта в целом [по всей стране], мы имеем дело с аксиомой, согласно которой закон требует изменений. *Такое поведение жюри – это молчаливый протест народа против чрезмерной суровости.* О том, что этот принцип по-прежнему действует, свидетельствуют стенания [американских] государственных обвинителей, которые не могут получить обвинительный вердикт даже в делах, где допущено очевидное нарушение законодательных запретов»¹⁶⁹.

Удивительно, но, таким образом, американское жюри к периоду жизни и творчества О. Холмса влияет не только на создание нового права посредством определения правовых норм в рамках решения конкретных дел, но и на оценку позитивных законов выступает в качестве негативного законодателя – *sui generis* субъекта конституционного контроля, в руках которого та самая «конституция общества», в которую власть не вправе вмешиваться. Отцы-основатели США и выдающиеся юристы XIX столетия оставили в американском правосознании важнейший идеологический отпечаток, уникальный для систем *common law*, как отпечаток пальца для человека: «Жюри присяжных стало рассматриваться в качестве величайшей защиты от тирании»¹⁷⁰. Именно институт жюри за счёт реальных проявлений народовластия и **опоры на реальный жизненный опыт**

¹⁶⁹ Changes in the Jury. P. 500. Note 34.

¹⁷⁰ Changes in the Jury. Op. cit. P.498.

оправдывает то, что принято называть **законодательной функцией** судов, способной конкурировать с законодательством. Поэтому стали возможными выводы: «Присяжные (...), в конце концов, стали **таким же мощным символом американской демократии, как и кабинка для голосования**», эти изменения «сделали власть американского жюри **главенствующей в судебном процессе**»¹⁷¹ (а, как известно, О. Холмс писал именно о судах и судебной деятельности).

История англо-американской культуры такова, что из всех государственных органов именно суды на протяжении веков являются форумом общественного присутствия, выражения принципиальных позиций по правовым вопросам, хранителем преемственности общественного правового наследия (доктрина прецедента). В связи с этим сформировалась особая концепция судебной власти в качестве истинно независимой и беспристрастной силы: «**Легитимность common law зиждется не в политической системе, а в обществе**. Власть судьи заключается не в принятии политических решений, и уж тем более не в представлении [воли] короля или парламента, а в выражении [интересов общества]»¹⁷². Важнее, что это – не очередная дежурная фраза в арсенале популистов, ведь интересы общества судья выражает вовсе не самостоятельно (произвольно), а с помощью «среза общества» – жюри присяжных.

Было бы наивным полагать, что **О. Холмс**, ставший не просто ключевой фигурой новой правовой реальности, но представителем юридической школы самого активного штата-революционера (NB, сколько раз упоминался выше именно штат Массачусетс), абстрагировался от столь значимой и чётко выраженной её особенности. Если американское право «выросло рука об руку с жюри», то О. Холмс вырос рука об руку с американским правом и его вновь обретенными ценностями. Он не мог не воспринять общественный характер common law и ключевую роль жюри в правовых вопросах, поскольку его теория, как видно из самих работ¹⁷³, была попыткой не абстрактного философствования подобно И. Канту, а теоретического обобщения реальной сущности права в

¹⁷¹ Changes in the Jury. Op. Cit. P. 498.

¹⁷² Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Ун-т Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттеррелла (Ун-т Королевы Марии). <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm> (дата обращения 01.05.2021).

¹⁷³ См., например: Holmes O.W. The Path of the Law. P. 997.

американском обществе. Именно поэтому она непосредственно затрагивает, во-первых, ключевую роль **жюри** и, во-вторых, роль **судьи**, работающего с жюри.

В этом плане для объяснения предпосылок философии О. Холмса необходимо сделать последнюю историческую оговорку. **Во-первых**, стремительное усложнение общественных отношений (особенно экономических) на рубеже XVIII-XIX вв. стало причиной неутраченного ропота в адрес института жюри со стороны влиятельных коммерсантов, банкиров и промышленников, которые были заинтересованы не только в более **стабильном и предсказуемом осуществлении судебной власти**, но и в большей её благожелательности и снисходительности к новым методам и практикам¹⁷⁴. Обычные же люди, из которых отбирались жюри, мало того что не соображали в производстве и не понимали тонкостей делового оборота, но ждать от них сочувствия богачам не приходилось во все времена. **Во-вторых**, что отчасти связано с первым, с подачи английских судей в XIX в. начала активно продвигаться так называемая доктрина «встречной небрежности» (contributory negligence), освобождающая лицо от ответственности, если в действиях истца обнаруживаются признаки даже самого незначительного влияния на причинённый ему вред. Эта доктрина позволила судьям контролировать обвинительные настроения жюри, особенно если в этом был интерес бизнеса: например, в Калифорнии между 1880 и 1900 гг. этот способ защиты был задействован в половине всех дел по искам к железнодорожным корпорациям (самая значительная категория в те времена)¹⁷⁵. Наиболее тревожно было то, как эта доктрина «дегуманизировала» **закон, исключив влияние реальных жизненных забот** (интересов, потребностей) обычных людей на судебный процесс. Закон стал превращаться в «негибкий набор» **формально составленных норм**, «которые игнорировали такие факторы как беспомощность, сострадание, страх коллективного (корпоративного) гнёта и милосердие – лишь бы дать судьям свободу применять *якобы* величественные "принципы права"»¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Horwitz M.J. Op. cit. P. 140-141.

¹⁷⁵ Friedman L. Civil Wrongs: Personal Injury Law in the Late 19th Century. American Bar Foundation Research Journal. 1987. Vol. 12, № 2/3. P. 351, 367.

¹⁷⁶ Хрестоматийный пример времён О. Холмса – циничное рассуждение судьи Баркуло в решении по делу Haring v. New York and Erie Railroad по иску гражданина против железнодорожного гиганта. 13 Barb. 2 (N.Y. Sup. Ct. 1852).

Таким образом, предпосылки идеологического противостояния **реализма**, основанного на давней «общественно-жизненной» онтологии common law, и **формализма**, предложившего быстрое и «простое» решение сложных проблем по аналогии с континентальными методами правообразования, заложены в предоставившего исторических закономерностях развития американского права.

О. Холмс, заставший разгар указанных противоречий, как правовед – не мог отрицать онтологическую значимость жюри для американского common law, как судья – осознавал уязвимости хаотичного и бессистемного обращения к чувствам случайных людей. Единственное, что ему оставалось – попытаться найти компромисс и предложить такую теоретически обоснованную **концепцию судебной власти, которая учитывала бы обе тенденции**: с одной стороны, необходимость сохранить общественный, народовластный характер common law с ориентацией на нужды, чаяния и жизненный опыт обычных людей; с другой – необходимость стабильности и предсказуемости закона. Как будет показано в оставшейся части диссертации, он успешно справился с данной задачей.

Подводя итог, акцентируем те особенности исторического развития common law, которые нашли отклик и осмысление в правовом учении О. Холмса:

1) Когда на политической карте Европы царила эпоха монархии, в том числе абсолютной, а о демократии не шло и речи, common law развивалось «рука об руку» с «наиболее демократическим институтом» (жюри), что обеспечило исконно «общественный» характер системы права, впитывающей усреднённое благоразумие людей («middling sort») и защищающей их от произвола (**отражение в учении О. Холмса** – подразделы 2.1-2.4, 2.6 диссертации);

2) Судьи издавна работали с этим реальным опытом, а не с другими источниками, и стали видеться связующим звеном между государством и обществом, выразителями совести социума, а не государственной политики (подразделы 2.4-2.5 диссертации);

3) Жюри в необходимых случаях выступали как сдержкой законодателя, так и сдержкой судебской активности, не позволяя осуществлять абсолютную власть ни тем, ни другим (подраздел 3.1 диссертации и другие);

4) Жюри никогда не ограничивалось участием в уголовных делах; они были наделены властью не только над фактами, но и над вопросами права, рассматривая самые разнообразные гражданские дела и выполняя больше конституционную функцию, нежели ординарное судопроизводство;

5) После революции США отказались от системы безоговорочного подчинения парламенту по «французскому» образцу, сохранили статус common law и независимость судов; ключевую роль в этом сыграл институт децентрализованной правовой демократии – жюри;

6) Хотя от статуса жюри в США не отказались, усложнение общественных отношений и нужды бизнеса создали особую почву для необходимости обеспечить предсказуемость *не вопреки, а на основе* изначальной «присяжной» онтологии common law, в связи с чем О. Холмс по-своему объяснил роль судей в данном процессе (раздел 3.2 диссертации);

7) Common law исторически было противопоставлено «праву справедливости» (equity); когда первое было неразрывно связано с самим обществом (жюри), второе всегда использовало свои «средства» без участия жюри; с помощью второго нередко пытались, как раз, избежать власти общества – жюри, когда понимали, что не смогут добиться у присяжных успеха; О. Холмс, как видно даже из названия центрального его произведения, писал именно о common law – о правовом достоянии общества, а не чиновников. Несмотря на то, что в США суды сразу соединили обе системы воедино, О. Холмс прямо выразил свой интерес и решил писать именно о первом, назвав свой труд «The Common Law», а не «Юриспруденция США» или «Судебное право в США».

8) Развитие доктрины contributory negligence стало посягательством на исконные устои common law, основанные на «настоящей» negligence, отражающей обычный ход жизни сообщества и опыт его членов; именно этому источнику О. Холмс уделил особое внимание в своём учении о реализме (разделы 2.1-2.3 диссертации).

2 ИСТОЧНИК РЕАЛЬНОГО (ЖИЗНЕННОГО) ПРАВА, РУКОВОДЯЩИЙ ПРИНЦИП ПРАВООБРАЗОВАНИЯ И ИНСТИТУТ ЖЮРИ В ПРАВОВОМ УЧЕНИИ О. ХОЛМСА

2.1. Общие принципы онтологии common law как основа максимы децентрализованного правотворчества

Состоявшееся исследование истории зарождения и формирования американского права и обнаружение определяющих его сущность онтологических, телеологических и аксиологических характеристик позволяет нам обозначить субстанциальные черты, особенности функционирования и концептуальные достоинства common law, благодаря которым становление реалистического правопонимания О. Холмса и его стремительная поддержка в США стали *не только возможны, но и закономерны*, и которые во многом детерминировали идейные стержни классической школы правового реализма. Эти отправные точки самобытности правовой системы common law являются эпистемологическими доминантами, указывающими на такие уникальные и отличающиеся от европейских правовых процессов реалии бытия американского права, которые **объясняют не только идеи реализма о характере** влияния надпозитивных источников (мораль и нравственность, политические, экономические и социальные факторы) на процесс судебного правообразования, **но и о степени (пределах) такого влияния**. Сразу отметим, что эти особенности представляются исключительно в целях настоящего диссертационного исследования и были максимально актуальны именно во времена жизни и творчества О. Холмса (вторая половина XIX – начало XX века). Нельзя отрицать молниеносное развитие всех правовых систем (в том числе американскую), произошедшее в XX веке, включая решительные процессы интеграции и глобализации. Все эти правовые трансформации, конечно, смягчили некоторые явные противопоставления common и civil law, однако, перечисленные ниже особенности по-прежнему выступают фундаментальной основой, в том числе (и в большей мере) идеологической, для эффективного функционирования судебно-центричной правовой системы США (можно сказать, её конституционной идентичностью):

Во-первых, поводом к формированию той или иной нормы *common law* всегда были и остаются *только реальные дела* – настоящие *насущенные* проблемы, не поддающиеся разрешению путём согласования воли или решению в одностороннем порядке *конфликты*, с которыми общество (люди и их объединения) сталкиваются *в повседневной жизни* и которые выносятся на рассмотрение суда (судьи и присяжных); проблемы, требующие *конкретного взвешенного решения*. Движущей силой создания нормы *common law*, таким образом, не могут быть теоретические конструкции, логические, демагогические или популистские манипуляции, абстрактное философствование о вопросах должного и сущего, о *потенциальных или возможных* проблемах, которые не наличествуют в действительности здесь и сейчас;

Во-вторых, разрешение того или иного случайного дела ещё не означает формирования нормы *common law*. В силу *hard cases doctrine* необычные, уникальные или резонансные ситуации не могут стать основанием для вывода о наличии нормы общего права, поскольку из единичного такого случая невозможно выявить *норму* повседневной *жизни* общества и его правового бытия. Другими словами, одно дело само по себе не свидетельствует о наличии такого практического жизненного опыта, о котором неоднократно говорит О. Холмс и который (опыт) был бы достаточен для уверенного утверждения о том, что в жизненных ситуациях такого рода норма является относительно определённой, поскольку на это не указывает однородная совокупность повторяющихся, постоянно возникающих в процессе жизни общества дел, разрешаемых обществом (присяжными) относительно одинаково;

В-третьих, из этого следует, что *common law* формируется и развивается исключительно эволюционным путём и проверяется временем («*common*» в данном контексте может означать коннотацию слов «собирать», «кумуляция» – раз за разом совершенно разные по составу 12 присяжных в разных уголках страны выражают чувства сообщества одинаково, такие случаи образуют *совокупность* дел, из которых как бы «*собирается*» *воедино* суждение об «общей» для всех людей норме). Аналогичным образом происходит процесс

получения «вторичного» опыта – можно сказать, экспертиза первичного опыта, – будучи свидетелями торжества общественного рассудка case by case, судьи приобретают достаточный опыт повседневной жизни общества (центральная категория реализма О. Холмса), чтобы самостоятельно его чувствовать, обобщать и выражать в дальнейшем (так называемое *common sense of the community*). Норма *common law* не может быть создана сиюминутно по решению того или иного государственного органа (в этой и предыдущей особенностях наиболее характерно проявляется сущность общего права как норм жизни непосредственно общества–целостной системы, а не права как норм жизни отдельных его членов или их как совокупность воззрений о норме);

В-четвёртых, формирование нормы *common law* предполагает обязательное и *реальное* (непосредственное) *участие общества*. Причём это участие является обязательным не по форме, а по сути: присяжные не являются свободными «представителями» общества (в отличие от депутатов) – они являются самим обществом, причём норма права формируется не исходя из их «мнения» о должном (их не спрашивают о том, какой она должна быть), а исходя из их реальных чувств, их реального жизненного опыта в качестве рядовых членов общества (их спрашивают, какие чувства они испытывают в данной рассматриваемой судом ситуации и как они поступают в таких ситуациях в жизни, то есть как должен был поступить подзащитный, если бы он был «нормальным» человеком). Таким образом, этот подход кардинально отличается от одобрения или неодобрения гражданами абстрактных предложений на городской площади или в кабинке для голосования. Причём в отличие от последнего паттерна, при котором дальнейшая практика «одобренных» абстрактных формулировок совершенно непредсказуема и вполне может пойти по пути, противоположному тому, который был в действительности одобрен тем или иным гражданином (проблема толкования), подход *common law* обеспечивает присяжным здесь и сейчас ясность относительно того, как их «закон» будет потом применяться к реальному человеку в реальной ситуации (ведь уже сейчас будет вынесен приговор/решение) – и этот «закон» уже не должен применяться иначе;

В-пятых, нормативная система *common law* подвержена перманентному и независимому от желания политических акторов обновлению эволюционным путём вместе с эволюцией самого общества за счёт естественной демографической ротации и смены поколений (смены присяжных). Это подтверждается самой историей *common law*, базовые принципы гражданского и уголовного права которого непрерывно существуют и не ставятся под сомнение (и даже выступают эталоном для иностранных юрисдикций) на протяжении почти 10 веков и совершенствуются по мере необходимости самим обществом под покровительством судьи (другое дело – правовые системы континентальной Европы, которые неоднократно демонстрировали лишь притворное отражение в праве интересов общества, что рано или поздно неизбежно приводило к тотальному уничтожению правового материала под уже реальным гнѐтом общества и зачастую выливалось в формирование абсолютно противоположных правовых догм)¹⁷⁷. Такая эволюция за счёт демографической ротации возможна только благодаря тому, что мерилom правового стандарта *common law* (правомерного поведения) являются присяжные – простые граждане. Таким образом, со сменой поколений происходит не смена элит и правящих элементов (их политики, личной власти и взглядов на жизнь), а реальная и поступательная общественная ротация – круговорот реальных чувств, которые люди испытывают здесь и сейчас. Именно поэтому основательно описание *common law constitution* как конституции общества, в которую государство не просто не вправе, но и не может вмешаться (ведь это естественный и независимый от кого-либо процесс), а института присяжных – как мощнейшего импульса демократии и как законодательного цензора (см. предыдущий раздел);

Наконец, из сказанного следует, что ключевой особенностью концепции (философии) *common law* является **невозможность и нежелательность принятия правовых решений в одностороннем порядке**, как это возможно при

¹⁷⁷ О продемонстрированной в континентальной Европе XVIII-XIX веков неспособности судей выражать действительные интересы общества и, как следствие, об оторванности правовой системы от общественных реалий, результатом чего стала жѐсткая антисудебная идеология и уничтожение прошлого правового бытия, см.: *Giabardo C.V. Disobeying Courts' Orders — A Comparative Analysis of the Civil Contempt of Court Doctrine and of the Image of the Common Law Judge // Journal of Civil Law Studies. 2017. Vol. 10. No. 1. P. 54; См. также: Picardi N. La giurisprudizione all'alba del terzo millennio. Milan, 2007. VII-264 p.*

концепции жёсткого позитивизма. **Реализм**, присущий правовой сути common law, заключается в том, что истинное право (не политическое) создаётся только в ходе реальной жизни общества, проблемные вопросы которой выносятся на разбирательство в общественном форуме под управлением независимого судьи, не имеющего заранее установленной позиции по этому вопросу (**реальный процесс согласования интересов**). Не мистический «законодатель», а именно тандем «судья + жюри присяжных» стал источником всей сущности и содержания common law, о котором писал О. Холмс. **В цикле лекций «Общее право» он пишет:** «Когда встаёт вопрос о стандарте поведения, ясном и простом, передача его в руки жюри объясняется легко. Дело в том, что *суд, не являясь приверженцем каких-то определенных политических взглядов, имеющих отношение к делу, выводит правило (норму) поведения из опыта повседневной жизни*, точно так же как была выведена *большая часть деликтного права*»¹⁷⁸.

Но **сам по себе судья** вряд ли мог бы объективно выявить «норму повседневной жизни» в отношении каждого уникального дела, возникающего из невероятного множества жизненных ситуаций. Во-первых, жизненный опыт одного человека сам по себе носит исключительно субъективный характер и не может свидетельствовать об объективно сложившейся норме для каждого члена общества в целом (другое дело, если *субъективный* опыт каждого члена жюри присяжных проявляется вовне и становится *объектом* всеобщего осмысления (в первую очередь самих присяжных), над которым предпринимаются «испытания» релевантности в рамках юридического процесса). Во-вторых, жизненный уклад судьи зачастую очень сильно отличается от повседневных будней рядовых членов общества, в связи с чем правила его жизни сами по себе вряд ли могут послужить адекватным отражением «нормального» (минимального) стандарта с точки зрения подавляющего большинства людей (вероятнее всего, стандарты истинного судьи-профессионала будут значительно завышены, а их принудительная экстраполяция на «обычных» людей представляла бы собой скорее ригористическую форму аристократии, нежели правового реализма). Другими словами, откровенно говоря,

¹⁷⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 112.

судья *per se* совсем не соответствует тому, что в концепции реализма О. Холмса называется «среднестатистическим» человеком. В-третьих, что вытекает из предыдущего, судья в одиночку вряд ли способен выразить реальное чувство общества в отношении любой уникальной и сложной жизненной ситуации, поскольку он просто-напросто физически не способен иметь собственный эмпирический опыт в отношении каждой возможной жизненной ситуации. Да, нельзя сказать, что присяжные в этом плане абсолютно противоположны, поскольку нельзя сказать, что их опыт при рассмотрении дела об убийстве заключается в том, что все они когда-нибудь убивали людей и, следовательно, могут судить убийцу по своему образцу. Суть как раз в обратном: ни судья, ни присяжные не совершали дурных деяний и поэтому считаются срезом «нормального» общества, но объективировать эту норму для всех сразу, чтобы она была не произвольным (случайным), а минимальным (усреднённым) стандартом, возможно только в результате приложения их *совместного* опыта на конкретные фактические обстоятельства.

Именно об этом говорит О. Холмс. Так, когда судья сомневается, что он располагает достаточным *практическим опытом «повседневной», «обыденной» жизни (daily / common / general experience)*, чтобы сформулировать в порядке, который описан в главе 3 диссертации, обоснованное и очевидное для общества правило поведения в отношении конкретной, особенно необычной или новой жизненной ситуации, предполагается, что жюри присяжных – двенадцать человек, случайно «вызванных» из повседневной жизни общества, – должны способствовать вынесению правильного решения. Эта формула нашла официальное признание в прецедентном праве США, к которому отсылает сам О. Холмс¹⁷⁹. Он подытоживает: «Таким образом, судья, принимая за основу мнение присяжных, *придаёт своему решению свойство совести социума* (а не своей собственной – Б.Л.)»¹⁸⁰. Более того, в унисон показанным историческим тенденциям, он утверждает: **«Главное требование к хорошей системе права**

¹⁷⁹ См.: Detroit & Milwaukee R. R. Co. v. Van Steinburg, 17 Mich. 99, 120.

¹⁸⁰ Holmes O.W. The Common Law. P. 112.

заключается в том, что оно должно соответствовать реальным чувствам и потребностям (интересам) сообщества (actual feelings and demands of the community), независимо от того, [считает ли их кто-то] правильными или нет»¹⁸¹.

Жюри поэтому является «срезом общества» или, словами самого О. Холмса, «эквивалентом идеального среднестатистического благоразумного человека» (**average prudent man**)¹⁸², чьё чувство вины или невинности необходимо для прояснения права, которое *живёт в самом обществе* и которое берётся за основу теста (проверки) правомерности того или иного поведения¹⁸³. **Мысль Холмса** здесь именно в том, что когда закон неясен (неочевиден, нечёткий – unclear) для его самостоятельного констатирования по методу, описанному в главе 3, судья для прояснения правового «тумана» предпочитает полагаться на совесть и опыт жизни в сообществе самих членов этого сообщества, очищенный от личных предрассудков (разделы 2.5-2.6), особенно с учётом того конституционного значения института жюри, которое описано в главе 1¹⁸⁴.

Таким образом, одной из самых принципиальных корреляций идеологии О. Холмса с онтологией common law, рассмотренной в первой главе, является **правотворческая роль суда** (жюри + судья). Вопреки распространённому заблуждению, такое ценностное наполнение судебной деятельности в концепции реализма обусловлено вовсе не априорными категориями, не заранее (исторически) предписанным «статусом судебной власти», не потому что кому-то просто пришла в голову и была поддержана всеми «гениальная» мысль наделить суд такой властью. Настоящая причина особой роли суда в теории реализма не имеет отношения к внешним атрибутам судебной власти, но кроется именно в переосмыслении самой сути совершаемых в процессе правосудия действий, самой сути давно известных судебных практик, придании им нового смысла. О. Холмс доказывает, что даже то, что иногда считается установлением вопроса факта, на самом деле есть не что иное, как решение вопроса о стандарте поведения.

¹⁸¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 39.

¹⁸² Holmes O.W. The Common Law. P. 101.

¹⁸³ Аналогичная конструкция встречается и в других частях труда, например: Holmes O.W. Ibid. P. 48.

¹⁸⁴ В целом к такому же выводу приходит один из серьезных исследователей его творчества: Pohlman H.L. Justice Oliwier Wendell Holmes: Free speech and the Living Constitution. New York University Press, 1991. P. 229.

Обусловленная описанными ранее историческими факторами разница осмысления реалистами и формалистами английского и американского common law (от позитивизма к реализму; от жюри, устанавливающего факт, к жюри, определяющему право) подтверждается идеями О. Холмса о том, что суд, рассматривая мыслительную деятельность человека при опасном (причиняющем вред) поведении, имеет дело с вопросом права, а не факта: «Легче всего смириться с фразой "нет доказательств халатности" и, следовательно, прийти к выводу, как пришли английская Палата лордов и [профессор Тайер], что речь идёт о вопросе таком же, как и любой другой – имеются ли доказательства факта. [Но] когда мы принимаем решение о наличии доказательств халатности, мы принимаем решение о стандарте поведения (а не о вопросе факта – Б.Л.)»¹⁸⁵. Холмс настаивает, что этот стандарт, в отличие от простого вопроса фактов в конкретном деле, предполагается известным всем заранее и не должен меняться от одного состава жюри к другому. Он подытоживает, что суды работают с такими вопросами именно как с вопросами права (questions of law)¹⁸⁶, то есть вопросами о стандарте поведения, а не о самом поведении¹⁸⁷. Холмс чётко разделяет вопросы – знает ли человек факты (точный вопрос) и мог ли он предвидеть вредность своего поведения (вопрос права – мыслительной активности)¹⁸⁸, – утверждая равное их значение для суждения о правомерности деяния. Следовательно, именно из предпосылки о том, что суды при рассмотрении дел разрешают не только вопрос факта, но и вопрос права, *источником* для чего становится *жизнь* (опыт) присяжных и судьи, который решается не установлением события, а по критерию порицаемости, возникает **повод для нового осмысления сути судебной деятельности – реализма**. До этого считалось, что второй из названных вопросов – это тоже вопрос факта, не влияющий на стандарт поведения и не зависящий от такого источника как жизненный (повседневный, обыденный) опыт.

¹⁸⁵ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Harvard Law Review, 1899. Vol. 12. No. 7. P. 458.

¹⁸⁶ Там же.

¹⁸⁷ Holmes O.W. The Common law. P. 113.

¹⁸⁸ Holmes O.W. The Common law. P. 52.

О. Холмс многократно по тексту своих работ иллюстрирует на конкретных примерах-прецедентах процесс выявления американским судом *реальной (жизненной, общественной) правовой нормы*, которая не совпадает и даже наглядно контрастирует с параллельно существующей формальной догмой позитивного закона. **Отправной точкой формирования реального права**, как показывает Холмс, является универсальная максима «нормального» поведения – принцип, согласно которому поведение человека подлежит ограничению (регулированию, воздействию, наказанию и т.п.) только в том случае, если конкретные действия человека потенциально могут нарушить (регулировать) или нарушают (воздействовать) *обычный ход жизни* людей (общества) и могут причинить (причиняют) конкретный вред; при этом **критерием правомерности** действия (отсутствия необходимости вмешательства) является тот факт, что любой обычный (нормальный) здравомыслящий человек в такой ситуации поступил бы точно так же и проявил бы такую же степень заботы о внешнем мире («with proper care have foreseen harm»¹⁸⁹). Принимая эту максиму за общий принцип-стандарт правообразования (правовая форма, которую необходимо наполнить), **вторым этапом** формирования права в теории О. Холмса можно выделить процедуру выявления (обнаружения в жизни, опыте обычных людей – членов сообщества) как раз такой модели поведения, которая соответствовала бы необходимой степени осмотрительности (благоразумия) и требовалась бы от любого обычного здравомыслящего человека (правовая материя), для чего необходимо обращение к фигуре жюри присяжных. **Третьим же этапом**, о котором будет подробнее сказано в следующей главе, является работа с этим первичным правовым материалом – опытом, полученным от жюри, его обобщение и выделение из него самых важных концентрированных позиций, которые следуют из вердиктов разных жюри по юридически схожим, но фактически уникальным судебным делам.

¹⁸⁹ Holmes O.W. The Common Law. P. 54.

2.2. Категория усреднённого члена сообщества как мерило правомерного поведения (принцип «усреднённости»).

Основа реалистического правообразования – обозначенная максима «нормального» поведения – испокон веков является ориентиром судов при разрешении сложных жизненных ситуаций и берёт основу именно в историко-онтологических особенностях становления самой системы common law, о которых было сказано в предыдущих разделах, и в соответствии с которыми английским и американским судам необходимо было искать какой-то реальный правовой ориентир, каким не могли стать абстрактные текстовые формулировки. О. Холмс демонстрирует стремление судов руководствоваться такой максимой. Например, в этом процитированном им деле, очевидно, судом констатируется оторванность формальной позитивной догмы от жизненной реальности, её неадекватность действительным потребностям общества и неспособность отразить реальные чувства обычных людей в данной ситуации, в связи с чем **суд применяет другую – адекватную реальности – норму:**

«По делу *Brown v. Kendall*¹⁹⁰ Главный судья Шоу разрешил для штата Массачусетс следующую проблемную ситуацию. Рассматривалось обвинение в посягательстве (trespass) [на жизнь и здоровье], а именно нападение и нанесение побоев, когда подсудимый, пытаясь разнять двух дерущихся собак, решил ударить одну из них палкой и, замахнувшись палкой над плечом, случайно ударил потерпевшего в глаз, причинив последнему тяжкий вред здоровью. [Формально по закону] обстоятельства дела явно благоприятствовали потерпевшей стороне, поскольку подсудимый не действовал в порядке необходимой обороны; но суд решил, что, пусть ответчик и не обязан был разнимать собак, однако, он совершал само по себе законное действие, а значит, не несёт за него ответственность, если только [из обстоятельств не усматривается], что с его стороны была необходима такая степень осмотрительности, **которую среднестатистически осмотрительный человек использовал бы при данных обстоятельствах** (*the*

¹⁹⁰ См.: *Brown v. Kendall* 6 Cush. 292.

care which men of ordinary prudence would use); и [решил,] что бремя доказывания отсутствия такой осмотрительности лежало на стороне обвинения»¹⁹¹.

Конечно, Холмс не останавливается на одном только примере конкретного дела, которое якобы формирует прецедент и становится правом благодаря единичному случаю объективирования опыта и совести присяжных применительно к используемой судебной максиме. Он показывает, что эта максима применяется при работе судов с присяжными по всей стране при рассмотрении юридически схожих, но фактически уникальных судебных дел – в Нью-Йорке, Коннектикуте, Вермонте и др. Так, в Коннектикуте по обстоятельствам дела *Morris v. Platt* мужчина выстрелил из пистолета, действуя в пределах необходимой обороны, но попал в случайного прохожего. Суд, как пишет О. Холмс, «твердо придерживался мнения, что подсудимый не несет ответственности... если только не доказано, что он *не использовал такую осмотрительность и осторожность, которая могла быть использована (failure to use such care as was practicable)* в данных обстоятельствах»¹⁹².

Несмотря на то, что американскими судами и при разрешении дел и судьей Холмсом при изложении правовой мысли по понятным причинам используется «негативная» конструкция максимы «нормального» поведения (наступление ответственности, если не использовал надлежащую заботу об обществе, а должен был)¹⁹³, это вовсе не отменяет возможности без вреда научной достоверности (без потери истинного смысла) реверсировать слагаемые этой формулы для определения её «позитивного» варианта¹⁹⁴. Можно сказать, что **правовой реализм О. Холмса** исходит из того, что поведение индивида *является правомерным* и не подлежит общественному вмешательству, *если* он проявляет

¹⁹¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 96-97.

¹⁹² Holmes O.W. The Common Law. P. 97.

¹⁹³ Это связано с позицией Холмса о первичности юридических обязанностей в вопросе формирования права (сначала определяются рамки должного, а затем уже можно вести речь о правах, связанных с этим): «Наше строгое убеждение в том, что [метод правообразования] должен быть основан на обязанностях, а не на правах... Обязанности предшествуют правам как логически, так и хронологически. Даже те законы, которые по форме предоставляют непосредственно право, в действительности же либо имплицитно предполагают наложение обязанности на всех окружающих (...), либо предоставляют иммунитет от ранее наложенной или всеобщей обязанности». Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

¹⁹⁴ цитата из книги, что CL – процедурное право, как классическое римское (не права, а средства защиты)

такую степень заботы об обществе, которая ожидается от каждого её члена в рамках не повышенной, а усреднённой (нормальной, обычной) осмотрительности.

Свойство усреднённости стандарта, как видно, имеет принципиальное значение, однако, наиболее полно оно раскрывается не в принципе самого стандарта, а в теории его определения – втором этапе правообразования, который основывается на ориентире первого. Этот процесс, в свою очередь, идёт «от обратного», поднимая в проблемных жизненных ситуациях в первую очередь вопрос не о том, поступил ли человек хорошо, а о том, поступил ли он плохо, причём настолько, чтобы появились **основания правового вмешательства** – в том числе наступления юридической ответственности за то или иное поведение¹⁹⁵. Вопрос появления права поставлен в зависимость не от позитивных чувств, испытываемых нормальным человеком в конкретных обстоятельствах, а от негативных – от чувства вины за недостаточную осмотрительность или за её намеренное отсутствие. Это, как будет показано, влияет и на характер формирования права (признак сдержанности), поскольку для этого недостаточно поверхностных рассуждений партии моралистов – необходима очевидность реального чувства вины.

Итак, общий стандарт поведения (принцип), который, согласно учению О. Холмса, предшествует содержательному формированию права, понятен. Теперь необходимо понять, в каком случае невыполнение этого стандарта будет считаться основанием для применения мер общественного принуждения, то есть основанием появления уже непосредственно самого права. Предположим, из-за действий или бездействия человека произошло некое неприятное событие, которым причинен какого-либо характера вред другому человеку или иному благу. Этот причинивший вред человек, сознательно или нет, признаётся он в этом или нет, поскольку он является человеком мыслящим и достигшим

¹⁹⁵ В этой части правовой реализм, как видится, не только совпадает с общим учением о свободе (с либерализмом – см.: Милль Дж. Ст. О Свободе / пер. с англ. В. Гергарда. Гамбург: типография Г. Петца, 1861. С. 8-9, 14-15.), но и предлагает конкретную модель разрешения поднятой основоположниками либерализма проблематики, поскольку, с одной стороны, утверждает интересы общества источником правовой власти (вместо интересов правителей), а с другой – предлагает механизм сдержки чрезмерного осуществления власти общественного мнения в отношении конкретных жизненных ситуаций. Особенно чётко такая сдержка проявляется в доктрине *hard cases*, теории «очищения» воли присяжных и в идее наказания только за конкретный вред, о чём ещё будет сказано.

определённого уровня развития, закономерно начинает осмыслять произошедшее: из-за чего произошло это событие и причинён вред? Из-за его действий или нет? Виноват он в этом, или же это вина другого, или продукт случайного стечения обстоятельств? Может быть, он считает, что сделал всё, что было в его силах? Если бы основанием для реакции общества на причинённый вред (компенсации, наказания) было это субъективное чувство вины, то вряд ли её можно было бы назвать правовой – она имела бы больше признаков добровольности, самообложения и заботы не об обществе, а о чувствах конкретного человека.

Такой подход противоречил бы идее правового реализма, поскольку означал бы, что право является не отражением реального уклада общественной жизни, созданного в результате **цивилизационной соорганизации** и выработки в конкретном обществе принципов **безопасного сосуществования** людей с целью защиты жизни и собственности, но лишь проявлением случайной нравственности конкретного человека, которая может быть как критично низменной, так и чересчур завышенной. Безопасность жизни и собственности, впрочем, как и любые другие интересы, невозможно было бы обеспечить просто потому, что объективно никто не хотел бы понести суровое наказание, даже если бы субъективно чувствовал свою вину. О. Холмс поддерживает и осмысляет «доктрину о том, что в основе юридической ответственности лежит **свойство виновности** (осуждаемости, **порицания** – **blameworthiness**)... она построена на **концепции усреднённого человека (average man)**, человека **обычного склада ума и обоснованной осмотрительности (ordinary (common) intelligence and reasonable prudence)**. Предполагается, что правовая ответственность возникает из поведения, которое осуждалось бы этим человеком (за которое **такой человек** чувствовал бы свою вину)»¹⁹⁶.

Поэтому для правового реализма О. Холмса не важно, считает ли **конкретный** человек, будь то подсудимый, судья или конкретный присяжный, что определённое поведение является предосудительным и что его необходимо корректировать правовыми средствами.

¹⁹⁶ Holmes O.W. The Common Law. P. 48.

«Нормы права – это нормы *общего* действия (The standards of the law are standards of general application). *Закон не принимает во внимание* бесконечное разнообразие темпераментов, уровней умственного развития и образования, которые характеризуют **внутреннюю** сущность конкретного поступка столь **по-разному** в отношении разных людей. Он не пытается видеть людей такими, какими их видит Бог, более чем по одной достаточной причине. Во-первых, *невозможность точной оценки физических и умственных способностей и недостатков* человека гораздо более очевидна, чем невозможность удостовериться в знании им закона, что, как принято считать, оправдывает *так* называемую презумпцию знания закона. Но более убедительное объяснение заключается в том, что, *когда люди живут в обществе*, ради общего благосостояния (general welfare) **необходимо определенное среднестатистическое поведение (certain average of conduct)**, то есть **необходимо пожертвовать [некоторыми] индивидуальными особенностями и своеобразием, выходящими за определенные [усреднённые] границы**¹⁹⁷. Если, например, человек родился опрометчивым и неуклюжим, постоянно попадает в несчастные случаи и причиняет вред себе или своим ближним, то, без сомнения, его конгенитальные дефекты будут учтены судом на Небесах, но его промахи доставляют не меньше проблем окружающим, чем если бы они были сделаны по преступной небрежности. *Окружающие его люди*, соответственно, требуют от него, на его страх и риск, чтобы его поведение достигало **их стандарта**, а **суды, которые ими учреждены**, отказываются принимать во внимание его личное видение ситуации (personal equation)¹⁹⁸ - пишет О. Холмс, начиная подробное рассмотрение «**принципа усреднённости**» или «**принципа умеренности**» (principle of averages).

В следующих идейных пассажах О. Холмса принцип усреднённости, используемый с целью недопущения вреда окружающим за счёт гарантии «**обычного**» из вон не выходящего поведения, раскрывается и находит

¹⁹⁷ Развитие мысли об отличии презумпции знания закона в пользу презумпции понимания закона в теории О. Холмса см. далее в подзаголовке «Аргумент к неопределённости».

¹⁹⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 99.

подтверждение как критерий обоснованного вмешательства общества в жизнь индивидов (критерий необходимости той или иной правовой нормы):

«Принимая во внимание последние размышления, взятые во взаимосвязи с [принципом усреднённости], теперь следует заключить, что закон предполагает или требует от человека обладать *обыкновенной способностью* избегать причинения вреда окружающим (requires a man to possess *ordinary capacity* to avoid harming his neighbors), если только не будет доказана явная и неизбежная неспособность [человека] к этому»¹⁹⁹. На протяжении всего цикла лекций О. Холмс обращается к этому принципу в качестве первичной структуры правового бытия, подкрепляя рассуждение конкретными примерами: «В определённой степени к знанию применим тот же принцип, что и к пониманию (предвидению)²⁰⁰. Для здравомыслящего человека (*man of common understanding*) достаточно, если ему известны определённые жизненные обстоятельства, чтобы сделать из них вывод о том, что *обычно* происходит с остальной частью сообщества в данных обстоятельствах. Например, если рабочий на крыше дома в середине дня знает, что пространство под ним – это улица мегаполиса, то ему известны факты, из которых здравомыслящий человек сделал бы вывод, что внизу проходят люди. Следовательно, он тоже обязан сделать этот вывод или, другими словами, несёт ответственность в силу знания этого факта, независимо от того, делает ли он такой вывод на самом деле²⁰¹. Если затем он бросит тяжелую балку на улицу, то он совершит действие, которое человек *обычной осмотрительности* (*person of ordinary prudence*) мог предвидеть в качестве возможной причины смерти или тяжких телесных повреждений; его будут судить именно исходя из того, что он это предвидел, независимо от того, сделал ли он это на самом деле. Если смерть наступила в результате этого деяния, он виновен в убийстве²⁰². Но если у рабочего есть

¹⁹⁹ Holmes O.W. The Common Law. P. 100.

²⁰⁰ См. сноску 201 выше.

²⁰¹ О внешнем характере (объективности) права см. раздел 2.6 диссертации.

²⁰² Холмс подкрепляет материал ссылкой на Комментарии к законам Англии У. Блэкстона, который классифицирует одно и то же деяние – брошенное с крыши бревно – в трёх разных правовых категориях (инцидент/неумышленное убийство/убийство) в зависимости от того, какие фактические обстоятельства были известны нарушителю. Кроме того, У. Блэкстон приводит аналогичный пример с причинением смерти во время

разумные основания полагать, что пространство внизу – это частный двор, с которого всех выгнали и который используется в качестве мусорной кучи, то его поступок не находит порицания (**is not blameworthy**), а причинение смерти является простым несчастным случаем»²⁰³.

О. Холмс постоянно приводит подобные примеры²⁰⁴ и ещё раз подтверждает, что критерием правомерности является опытно-мыслительный процесс и поведение «обычного человека обоснованной предусмотрительности» (*ordinary man of reasonable prudence*)²⁰⁵. Как он неоднократно утверждает, деяния необходимо судить не исходя из того, что чувствовал конкретный человек в этих известных ему обстоятельствах, а из того, какую тенденцию (**manifest tendency**) имеют его действия в таких обстоятельствах в принципе в ходе обычной повседневной жизни сообщества, т.е. того, к чему они могут обычно привести²⁰⁶.

Ключевой при этом является много раз повторяющаяся в мыслях О. Холмса категория, которую он произносит, как идейную мантру, будто бы постоянно намекая, что именно она имеет существенное значение в понимании его правовой мысли. Это **категория «обычности» явлений** – в логике своего изложения О. Холмс постоянно чередует её (слово «**ordinary**») с братскими по смыслу категориями «усреднённого» («**average**») и «общепринятого/обычного» («**common**»). Мыслитель и судья ставит в центр своего внимания именно обычный, тихий, спокойный, **размеренный уклад** общественной жизни, к которому привыкли люди и при котором не происходит тревожного вмешательства (вреда) в чью-либо жизнь со стороны кого-либо (правовое состояние)²⁰⁷, и за пределы которого выходить нежелательно во всех случаях,

дуэли в зависимости от её законности (имелась ли санкция короля). Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books. Vol. 4. Clarendon Press, 1770. P. 192.

²⁰³ Holmes O.W. The Common law. P. 52.

²⁰⁴ Например, сравнивает правовую оценку стрельбы в прерии/людной улице, перехода железной дороги без поезда за тысячу ярдов/прямо перед поездом, несущимся со скоростью 60 миль/ч. См.: Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Op. cit. P. 457.

²⁰⁵ Holmes O.W. The Common law. P. 54.

²⁰⁶ См., например: Holmes O.W. The Common law. P. 55, 62, 65, 67, 70 и т.д.

²⁰⁷ В качестве одного из примеров О. Холмс приводит сформированный опытом (жизнью) человеческого сообщества и, несмотря на сменяющие друг друга политические формы, издавна применяемый в силу своей сути общего (обычного) здравого смысла принцип **sic utere tuo**, означающий, что праву собственности корреспондирует обязанность использовать её таким образом, чтобы не причинять вред окружающим: Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

если этим начинает нарушаться спокойствие других людей. Это общее установление, объясняющее **связь конкретных правовых норм с опытом обыденной жизни** в качестве источника права, предвосхищает сдержанность (необходимость) как свойство правового регулирования (раздел 2.3 диссертации).

История человеческой цивилизации в целом и американского общества в частности, как показывает в том числе О. Холмс, демонстрирует способность людей жить в мире и согласии, благодаря чему становится возможным общее процветание. Только печальные эксцессы – ненормальное поведение – приводит к человеческому разногласию и потрясениям. Значит, на самом деле в жизни общества существует среднее поведение обычных людей (не преступников и не политических авантюристов), которое, с одной стороны, обеспечивает свободу, но с другой – не причиняет вред, то есть гарантирует безопасность и спокойствие. Это поведение и есть *реальная* правовая норма, как показывает О. Холмс.

Такой порядок вещей позволяет обществу жить в мире и процветании, открывая людям возможности для свободного самостоятельного развития без перманентной угрозы и без необходимости быть постоянно озабоченными только тем, чтобы предотвращать потенциальное причинение вреда извне. Этот уклад и является мерилем всего в доктрине правового реализма, ядром которого являются реальные интересы общества, заложенные в самой его жизни – закон, следовательно, первостепенной целью имеет **защиту такого уклада**, и этот ориентир выступает источником создания конкретных правил.

Теория О. Холмса подкрепляется ещё одним ярким жизненным примером:

«Другим примером поведения, которое находится под угрозой наказания по факту совершения самого деяния, является содержание тигра, медведя или другого животного, свирепость которого общеизвестна (**commonly known**). Если такое животное сбежит и причинит вред, владелец несет ответственность при одной уже доказанности, что он его содержал... Следует признать, что вопрос о том, знает ли подсудимый природные характеристики тигра, [перед судом] не ставится, хотя, не разрешив этот вопрос, мы не можем утверждать, что он *умышленно* решил подвергнуть общество опасности. Опять же, даже в области

знания или незнания, [не говоря уже об области правомерности], **закон действует исходя из принципа усреднённости** (law applies its principle of averages). Тот факт, что тигры и медведи опасны, является настолько общеизвестным, что знание их [природных] особенностей человеком, который их содержит, презюмируется. Другими словами, он точно знает, что содержит животное с определенными клыками, когтями и так далее, и он обязан выяснить всё остальное, **что знал бы об этом среднестатистический член сообщества** (what an average member of the community would know), на свой страх и риск (т.е. предпринять усилия, чтобы достичь того самого среднего уровня-границы, о котором говорилось ранее – Б.Л.)»²⁰⁸.

Первичный источник права, определяющий всю суть правового бытия и созданный в самой жизни сообщества людей без участия государства, О. Холмс именуется **принципом «усреднённости»** (principle of averages) или **уравнивающим обобщением** (featureless generality)²⁰⁹, согласно которому человек, чтобы его поведение могло быть признано членами сообщества правомерным и чтобы не попасть под карающий меч правосудия, обязан проявлять такую степень заботы, как это сделал бы среднестатистический благоразумный человек в данных обстоятельствах. Этот принцип предшествует судебному разбирательству, **существует в самой повседневной жизни** людей, благодаря чему люди могут руководить своим поведением, чтобы оно было правомерным – не причиняло вред и не создавало опасность. Руководствуясь этим принципом, **жюри** присяжных, которые случайным образом «изъяты» прямиком из повседневной жизни, на основании своего опыта должны помочь судье обнаружить норму правомерного поведения применительно к конкретным обстоятельствам. В деле *Prentis v. Atlantic Coast* судья Верховного Суда США О. Холмс прямо утверждает, что «посредством судебного исследования (judicial inquiry) **выявляются, провозглашаются и обеспечиваются силой** (investigates, declares and enforces) правовые обязанности, как они вытекают из обстоятельств настоящего или

²⁰⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 139.

²⁰⁹ Holmes O.W. The Common Law. P. 102.

прошлого в соответствии с **законом, который предполагается уже существующим**. Это цель и предназначение [судебной власти]»²¹⁰.

«*Потенциальная возможность* опаснейшего **вреда** имеет тот же эффект, что и вероятность менее опасного, и поэтому закон [изначально] возлагает ответственность, вытекающую из рискованной авантюры, на **человека, который вводит опасность в русло общественной жизни**»²¹¹ - подытоживает О. Холмс.

Уже здесь мы, благодаря состоявшемуся в первой главе исследованию, можем увидеть в словах О. Холмса знаки, указывающие, что его учение самым полным образом впитало основные ценности системы common law. Его труд пронизан понятиями, которые для неискушенного читателя не говорили бы ничего больше, чем они значат в буквальном смысле, или же чем в смысле, который придаёт им сам читатель в связи с имеющимся когнитивным наложением собственной социокультурной среды. Однако знание основных принципов и истории common law позволяет увидеть в этих словах тот идеологический акцент, который, в купе с последующими измышлениями О. Холмса, наиболее вероятен для его реализма. Особенно обращает на себя внимание, конечно, принцип усреднённости, но также три сопутствующие ему детерминанты из приведённых цитат, с которыми связывается реалистическое понимание права: (1) «когда люди живут в обществе», (2) «суды, которые ими учреждены» и (3) общее указание на цель защиты от конкретного вреда (опасности) как на онтологическую ценность, ради которой создано право и которая оправдывает его существование. Все эти элементы в совокупности отражают онтологию первичной («досудейской») стадии правообразования и требуют отдельного последовательного рассмотрения.

2.3. Влияние принципа «усреднённости» на понимание границ правового бытия (к вопросу соотношения права и политики)

Во-первых, О. Холмс совершенно справедливо увязывает содержание принципа усреднённости с императивным требованием законодательного безразличия к «бесконечному разнообразию темпераментов, уровней умственного

²¹⁰ Prentis v. Atlantic Coast Line, 211 U. S. 210, 226 (1908).

²¹¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 140.

развития и образования» и других «внутренних сущностей», характеризующих исключительно субъективный взгляд того или иного индивидуума (той или иной группы людей) на жизненное устройство. Очевидно, что если речь идёт о неких среднестатистических или усреднённых стандартах, исследовательской базой для которых является всё общество в целом, а не какая-либо тенденциозная группа людей (большинство или меньшинство), то личные особенности каждого отдельного члена сообщества заведомо противоречат самой идее усреднённости, а следовательно, должны быть отброшены в поисках среднего. Ведь если за основу брать тенденциозную группу людей, объединённых определёнными особенностями личности или образа жизни, то настолько же очевидно, что возведённые в абсолюте их пристрастия не имеют ничего общего с категориями усреднённого, спокойного и нейтрального. Напротив, право как безоглядно возведённое в закон пристрастие или образ жизни или господствующее мнение представляет собой пример далеко не размеренного правового правления с обоснованным и обдуманым вмешательством только там, где этого действительно требует жизненная необходимость, а лишь пример агрессивной экспансии, в руках которой может быть как знамя просвещения (истины), так и знамя невежества (самообмана и заблуждения). **Закон** не может быть создан исходя из таких субъективных посылок, но должен быть отражением только действительных – **объективных параметров общественных отношений**, имеющих качественно-количественную измеримость в плоскости потенциально «ощутимого» объективного вреда – вот о чём говорит реализм О. Холмса.

Безразличие к темпераменту – это безразличие к политическому началу права. В этом видится не что иное как признание Холмсом испокон веков сложившегося в системах common law и усилившегося в американском конституционализме разграничения двух систем власти – правовой (судебной) и политической (законодательной и исполнительной)²¹², и последовательное имплицитное развитие этой идеологии. Отрицание темперамента правителя (будь

²¹² Pound C.W. The Judicial Power. Harvard Law Review. 1922. Vol. 35. № 7. P. 788, 790—791; См. также: Albertsworth E.F. Judicial Review of Administrative Action by the Federal Supreme Court. Harvard Law Review. 1921. Vol. 35. No. 2. P. 127—153.

то единоличный или коллективный) в качестве возможного источника права составляет саму суть, ядро концепции правления закона (rule of law) в англо-американской традиции, основополагающим тезисом которой является то, что гораздо лучше для общества управление посредством заранее известных и единых для всех правил (норм)²¹³, нежели посредством непредсказуемого и произвольного усмотрения власть имущих («in its most basic, 'core' sense the rule of law means that it is desirable to be governed by rules rather than by the discretion of rulers»²¹⁴). Как будет показано далее, этот тезис полностью находит воплощение в идеологии О. Холмса, который категорически отрицает легитимность создаваемых присяжными стандартов поведения, если они представляют собой их произвольную прихоть от случая к случаю. То, что такой ход мыслей является свойственным системам common law, принципы которого, как было показано в предыдущей главе, формировались как суверенные владения общества и его конституционная защита, в том числе от недозволительной власти, подтверждается положениями известнейшего труда Дж. Ст. Милля: «Право не может использоваться для принуждения человека делать что-то или воздерживаться от чего-то в связи с тем, что так для него якобы будет лучше; что это якобы сделает его счастливее; что, **по мнению других, так было бы мудро или даже правильно**»²¹⁵. Наконец, имеются убедительные подтверждения тому, что эти постулаты были совершенно чётко и осознанно заложены в правовую систему США при самом их основании, став кардинальной чертой американского конституционного правления, основанного на политико-правовой дихотомии. Как Милль, писавший об Англии, так и А. де Токвиль, Дж. Мэдисон и Дж. Адамс, писавшие об Америке, сходились в одном – негативной реакции на возможные поползновения тирании большинства. Милль писал: «Как и другие виды тирании, тирания большинства внушала изначально и до сих пор продолжает вульгарно

²¹³ Отнятие королём таких «издревле известных» и «привычных» правил common law стало одной из причин революции, как было показано в подразделе 1.4.2.

²¹⁴ Alder J., Syrett K. Constitutional and Administrative Law. London: Macmillan IHE, 2007. P. 121.

²¹⁵ Mill J.S. On Liberty. Kitchener, 2001. P. 13.

внушать страх, претворяясь, главным образом, через действия публичных властей»²¹⁶.

Свидетельства Адамса и Мэдисона, изложенные в том числе в «Записках Федералистов», также свидетельствуют, что отцы-основатели США, желая, наконец, создать государство свободы и правления закона, были крайне обеспокоены горько известными тираническими наклонностями как исполнительной, так и законодательной властей, которые в осуществлении своей власти ориентируются не на усреднённость, а на субъективные пристрастия лиц (групп), обеспечивающих им поддержку. Адамс накануне революции и создания США был убеждён: «Плачевное состояние этой страны в течение последних десяти или пятнадцати лет часто возвращают мою память к принципам и рассуждениям [Сидни, Харрингтона, Локка и др.]. Любой непредвзятый ум будет убеждён ими в том, что нет хорошего правительства, кроме республиканского. И единственная часть британской конституции (*common law constitution* – Б.Л.), имеющая ценность, именно такова; потому что сама суть республики – это "империя законов, а не людей" (is "an empire of laws, and not of men."). [То есть] конкретное оформление **властных посылов общества...** приспособленное, чтобы обеспечить беспристрастное и точное претворение закона...»²¹⁷.

Поэтому, как ни парадоксально, оплотом демократии суждено было стать именно судебной власти, в том числе присяжным, осуществлявшим свои функции независимо от «хаотического вихря фанатических нравов, местечковых предрассудков и зловещих намерений» политических субъектов – граждан, их объединений и представителей, желающих воплотить не равенство (усреднённость), а собственные интересы (Мэдисон²¹⁸). Токвиль в своём *magnum opus* «Демократия в Америке» пришёл к выводу, что способность американских судов противостоять воле законодателя (банальной воле большинства) стало «одной из наиболее могущественных преград, когда-либо воздвигаемых против

²¹⁶ Mill J.S. Op. Cit. P. 9; К слову, по признанию американских правоведов, теория О. Холмса уходит методологическими корнями именно в радикальный эмпиризм Милля. См.: Kellog F.R. Oliver Wendell Holmes Jr. and Legal Logic. University of Chicago Press, 2018. 224 pp.

²¹⁷ Adams J. Thoughts on Government, reprinted in The Revolutionary Writings of John Adams. Ed. by Thompson C.B. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. P. 288. Слова подтверждают «рецепцию» *common law* в конституцию США.

²¹⁸ Madison J. Op. cit.

тирании»²¹⁹. Значение американского суда присяжных в борьбе с тиранией законодательной власти было детально рассмотрено в подразделе 1.4.1.

Естественно, О. Холмс, исследовавший онтологию англо-американского изобретения – common law – и прямо утверждавший, что американская конституция возвращена «на почве английского common law» (созвучно с идеей Адамса о наиболее полезной части английской конституции), не мог не воспринять генеральную идею о необходимости нейтральности, беспристрастности права, которое имеет независимую, реальную жизненно-общественную сущность, которую можно обнаружить, отделив опыт повседневной жизни людей от разного рода «темпераментов» и страстей, что и нашло развитие в его ключевой категории – «принципе усреднённости». О приверженности О. Холмса генеральной идее англо-американской юриспруденции свидетельствует и его активная переписка с величайшим английским конституционалистом А.В. Дайси²²⁰, который, в частности, указывал на борьбу юристов общего права (common lawyers) против неограниченной (тиранической) королевской прерогативы как на один из системообразующих факторов common law constitution, кульминацией развития которого стала Славная революция 1688 г. Более того, в одном из новейших фундаментальных трудов о верховенстве права знаменитые мысли О. Холмса цитируются именно в следующем контексте: «Формирование системы верховенства права – это не просто игра государственных институтов. Оно требует **максимально приближенного к реальному миру** понимания **обычной [житейской] мудрости** – этих **систем повседневных ценностей**. Настоятельна необходимость постигать верховенство права не только абстрактно, но и **в реальном мире...**»²²¹.

Принцип «усреднённости» О. Холмса («уравнивающее обобщение») пришёл на замену по сути тождественным, но более широким и абстрактным идеям перечисленных корифеев англо-американской правовой мысли. Благодаря

²¹⁹ Tocqueville A. de. Democracy in America / ed. by Eduardo N.; translated from the French by Schleifer J.T. Indianapolis: Liberty Fund, Inc, 2012. P. 175.

²²⁰ A.V. Dicey to O.W. Holmes, Jr., December 10, 1921, Oliver Wendell Holmes, Jr. Papers, Box 42–8, Harvard Law Library Special Collections.

²²¹ The Cambridge Companion to the Rule of Law / Ed. by Meierhenrich J., Loughlin M. Cambridge University Press, 2021. P. 258.

труду О. Холмса эти генеральные идеи (теории) нашли преломление к практической плоскости, были осмыслены выдающимся судьей применительно к конкретным институтам и прецедентным доктринам common law, был снят эффект их «размытости» – были прояснены детально очерченные образы в жизни американского общества, что, как видится, и обеспечило в итоге возможность их колоссального влияния на всю последующую доктринально-практическую парадигму американской юриспруденции (включая XX век). Таким образом, поскольку тирания большинства, воплощающая закон как господствующее в обществе мнение или образ жизни, противоречит самой идее усреднённости (см. выше), являющейся одной из ключевых в теории О. Холмса., постольку закономерен его отказ уважить идеологию позитивизма, нормативизма и любой догматически *закрытой* правовой системы. Эта идеология противна самой онтологии common law, которое, по Холмсу, испокон веков является *открытой* системой, ориентированной **на потребности общества, а не на государство.**

Следовательно, правильным был бы вывод о том, что правовая доктрина О. Холмса имплицитно подразумевает чёткую **грань между политикой и правом**, между политическим и правовым принуждением, между политическими и правовыми источниками права. О. Холмс развивает идеологию common law как продукта общественного правового самоуправления (см. об этом разделы 1.3-1.4). Именно поэтому мы практически не встречаем в важнейших его рассуждениях каких-либо значимых ссылок на подверженные постоянному перерождению за счёт влияния политических страстей законодательные статуты и, тем более, не видим их авторского осмысления. Законодательная власть *stricto sensu* не составляет предмет профессионального интереса О. Холмса как противоречащая идее принципа усреднённости, то есть идее права в чистом «общественном» виде. Его интересует только правовая **сфера жизни общества – реального опыта людей**, а не политиков. Собственно, этим раскрывается ответ на вопрос, почему в центр правовой доктрины О. Холмса поставлен именно судья, а не законодатель. Как видно, причина этого выходит далеко за границы банального утверждения, что «так уж сложилось», что в Англии и США приоритет прецедентного права.

Таким образом, в сути отношения О. Холмса к источнику права и процессу правообразования обнаруживается заложенное в само ядро реализма **неприятие легализованной тирании**, поскольку она представляет собой как раз насаждение единственного «правильного» мнения большинства или меньшинства, более привычным термином чего является «норма» (закрытая система нетерпимости к другим аргументам), в то время как **антинормативный дух реализма**, выраженный в правовой мысли О. Холмса – это **объективный плюрализм – постоянное движение** и обновление правового материала за счёт развития самой общественной жизни²²², – **сдержанность и усреднённость**. Объективный плюрализм за счёт того, что случайность отбора присяжных из числа всех граждан обеспечивает отсутствие какой-либо тенденциозности их состава, справедливо обесценивая субъективные пристрастия каждого из них (которые с высокой степенью вероятности не поддерживаются каждым другим), но сохраняя при этом разнообразие и богатство их совокупного жизненного опыта, в нейтральной (усреднённой) части которого все они приблизительно единодушны (например, присяжные могут иметь разные взгляды как люди религиозные или атеисты, но в нейтральной части обычного человеческого рассудка они будут сходиться в том, что причинение увечий пьяным водителем – это противоправно).

Сдержанность как реалистический атрибут common law материализуется в понимании права в прямую противоположность тиранической агрессии и «законодательному экспрессионизму» и заключается в том, что пределы правового присутствия в жизни общества ограничиваются реальными жизненными ситуациями, непосредственно затрагивающими какой-либо интерес, причиняющие вред или создающие угрозу его причинения. О. Холмс прямо об этом пишет, показывая взаимосвязь признака сдержанности права с принципами усреднённости и обычного благоразумия: **«Ибо следует помнить, что *цель права в том, чтобы защитить* жизнь человека от опасности или посягательства на неё... закон до сих пор рассматривает порицание (осуждаемость, blameworthiness**

²²² Неспроста одной из самых фундаментальных конституционных ценностей, пришедших в американский правопорядок из принципов common law, О. Холмс считал именно свободный и конкурентный обмен на «рынке» идей, обеспечиваемый Первой поправкой к Конституции США. См.: Abrams v. United States, 250 U.S. 616, 630 (1919). Holmes J, dissent.

– см. подраздел 2.2) как основу наказуемости для того, чтобы человек не нес ответственность за последствия, которые никто, за исключением разве что какого-то выдающегося эксперта, не мог предвидеть, но всё же *причина этой сдержанности* попросту в том, чтобы установить *правило, которое не является слишком сложным для среднего члена (average member) сообщества*»²²³.

В свойственной категоричной манере О.Холмс напоминает, что такая мелочная затея как банальное вмешательство в личную жизнь людей вряд ли привела бы человечество к созданию одного из величайших творений, призванных выполнять жизненно важную функцию социального регулятора: **«Цель [права] не в том, чтобы банально ограничивать дурные наклонности людей, а в том, чтобы заставить их воздерживаться от опасного поведения, поэтому требование знать на свой страх и риск уроки общего жизненного опыта (teachings of common experience) аналогично требованию знания закона»**²²⁴. Другими словами, чтобы быть эффективным регулятором общих (пересекающихся) интересов людей – общественных отношений – право должно ориентироваться на **общий жизненный опыт всех людей (первичный источник права)**, а не на фантазии, убеждения или морали отдельных личностей.

Право необходимо не во всех жизненных ситуациях, и реализм Холмса отчётливо это воплощает. Опять же, именно этим объясняется «выбор» центральных фигур его реалистической теории – судьи и присяжных. С политических депутатских, министерских и президентских трибун можно педалировать и пропагандировать какие угодно, даже самые абсурдные или одиозные популистские взгляды на мироустройство, настаивать на решении любых, даже самых бессмысленных и существующих только в фантазиях и (или) страхах политиков проблем, в то время как на рассмотрение суда общество самостоятельно выносит только самые важные и действительно требующие правового разрешения – для поддержания общественного спокойствия –

²²³ Holmes O.W. The Common Law. P. 53.

²²⁴ Там же. См. также подразделы 2.5 и 4.3 о том, что такой подход к праву, как выразился О. Холмс, «буквально воняет» в носу людей, пытающихся вложить в него столько морали, сколько только влезет.

жизненные ситуации²²⁵. К примеру, если люди не соблюдают гигиеническое приличие при пользовании общественными уборными, то такое поведение является явно предосудительным, к тому же усреднённый стандарт благоразумия в таких ситуациях не вызывает сомнения. Но правового вмешательства в эти отношения не происходит, право не образуется ввиду отсутствия *объективированного* вреда как такового, ввиду отсутствия *реальной* общественной необходимости и, как следствие, ввиду практически нулевой вероятности преподнесения этой ситуации на судебное разбирательство. Это один из ключевых принципов правового реализма. **О. Холмс, не уступая Миллю, пишет в духе либерализма:** «Каждый человек, [согласно правовой доктрине], имеет абсолютные права на свою личность²²⁶ и т.д., свободные от вреда со стороны окружающих. В приведенных судебных делах истец ничего не совершил; ответчик, напротив, решил действовать. Что касается этих факторов, то претерпевать неблагоприятные последствия должна та сторона, чье **произвольное поведение** причинило вред, а не та, которая не участвовала в его причинении»²²⁷. Примечательно, что хотя теория О. Холмса обычно рассматривается как «деконструкция» утилитаризма Бентама в плане процесса формирования права и итоговых постулатов о неприемлемости логического абстрагирования в правовых вопросах, но в плане общей установки о «сдержанности» они видятся совпадающими в том, что поскольку, как писал **Бентам**, в основе нравственных обязанностей по отношению к себе лежит страх причинить себе вред, и это является достаточным стимулом для его предотвращения, законодатель не должен вмешиваться в те действия или отношения, в которых индивиды способны причинить вред только сами себе²²⁸. В качестве примера Бентам приводит нелепые попытки законодательным путём искоренить пьянство или разврат, от чего «больше вреда, чем пользы», и что

²²⁵ Конечно, эти утверждения мало применимы к судебной деятельности в системах *civil law* ввиду её принципиально другого характера (см. предыдущую главу). В этих системах суды вполне могут использоваться в качестве механизма референции политической деятельности. См.: Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М.: "NOTA BENE", Медиа Трейд Компания, 2004. С. 48-49.

²²⁶ Имеется в виду право на свою собственность в расширенном понимании, восходящем к идеям Дж. Локка.

²²⁷ Holmes O.W. *The Common Law*. P. 77.

²²⁸ См. о теории Бентама в этом аспекте: История политических и правовых учений. Учебник для вузов / Под ред. д.ю.н. проф. О.Э. Лейста. М.: Издательство «Зерцало», 2006. С. 369-373.

уверенно подпадает под описанное Холмсом желание моралистов «всунуть в [право] столько морали, сколько только влезет»²²⁹.

Вместе с тем нет никаких гарантий, даже на уровне идеологических разработок позитивизма и нормативизма, от того, чтобы такие ситуации были урегулированы правом в статутно-ориентированной системе, которая, как подтверждается многочисленными историческими примерами, способна воплотить в закон любое проявление господствующего мнения о безнравственности и бескультуре²³⁰. Нельзя сказать, что англо-американские правовые порядки полностью защищены от подобной правовой неадекватности (действие статутов в них никто не отменял)²³¹, однако, концепция реализма, как видится, способствует смягчению этой неадекватности – **диссонанса между правом и реальной жизнью** – хотя бы на уровне правовой идеологии за счёт осмысления онтологии common law.

Неспроста в одной из приведённых выше цитат, раскрывающих понятие права с точки зрения О. Холмса, использован оборот «когда люди живут в обществе» – этим определяется не только **эмпирическая база для правового материала** (повседневная жизнь общества, опыт – common experience), но и придаются очертания **сфере (пределам) правового бытия**. Право, как видно из этих слов, является необходимым только в отношении человека-в-обществе, когда происходит соприкосновение человека с обществом – окружающими людьми (**право только там, где поведение затрагивает других**). Следовательно, нет надобности правового вмешательства в ту сферу жизни человека, которая не имеет *реального* соприкосновения с другими людьми (обществом), которую принято называть личной жизнью. Если поведение человека касается только его самого и фактически не затрагивает жизнь других, то другим – обществу – не следует намеренно лезть в жизнь человека, чтобы она стала *искусственно* их

²²⁹ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 995.

²³⁰ Шпенглер О. Указ соч. С. 800-805.

²³¹ К примеру, печально известные законы о «грубой непристойности» (gross indecency) были именно продуктом абсолютизации политических пристрастий – господствующего мнения о законах Бога, нравственности и природы, исходившего не от самого общества в реалистическом индуктивном процессе «снизу-вверх», а в позитивистском дедуктивном процессе «сверху-вниз»: начиная псевдо-светским Актом о мужеложестве (Buggery Act 1533), заканчивая поправкой Лабушера (The Labouchere Amendment).

затрагивать. В этом реалистическая мысль О. Холмса снова созвучна с упомянутыми идеями Дж. Ст. Милля о том, что в отношении таких жизненных ситуаций должно поощряться не **среднестатистическое поведение**, допустимы всевозможные *особенности* и личностное *разнообразие* (чего нельзя сказать о том, когда человек перестаёт быть наедине с собой – это наглядно показывает Холмс, см. подразделы 2.1-2.2 диссертации). Реализм, отрицающий возможность навязывания обществу искусственно созданных идей – морали, логики, личных убеждений, – представляет, так сказать, совпадающее мнение (*concurring opinion*) к теории Милля о том, что свобода не должна быть ограничена только потому, что кому-то так кажется лучше или правильнее, но только в условиях реальной – фактической необходимости. Однако если **Милль** строит свою теорию, в основном опираясь на логику и историческую аналогию, то **Холмс**, во-первых, видит причины в закономерностях (опыте) повседневного общения людей и, во-вторых, указывает на правовой механизм, испокон веков приспособленный для работы с этим опытом: «суды, которые *ими* учреждены», пишет О. Холмс, подтверждая, что правотворчество судов в его теории не сводится к правлению судей, а первостепенное значение имеет опыт жюри присяжных.

Поэтому реализм О. Холмса постулирует право исключительно как **открытую систему**, стандарты которой подлежат обнаружению в самой жизни общества (опыт присяжных) безразлично к особенностям жизни и взглядам тех или иных отдельных людей (будь то преступник или депутат), и которая открыта к изменениям в зависимости от реальных общественных потребностей, а не от случайных «всплесков нравственности», поскольку способна **реагировать** на реалии жизни обычного «усреднённого» человека. Эта система не подразумевает наличие идеалов, которые были *даны* обществу заранее или *определены* за него – в ней есть место только таким стандартам, которые формируются, существуют и могут быть выявлены **в самой жизни** общества с помощью института жюри, и которые именно благодаря этому факту (а не благодаря фикции официального опубликования закона или любой другой догматической фикции) заранее известны (понятны) каждому здравомыслящему члену сообщества. Иными

словами, правовой реализм показывает право как систему, поставленную в зависимость от общественных процессов, а не как систему, ставящую общественные процессы в зависимость от самой себя.

Таким образом, **сдержанность** как онтологическая характеристика common law и, вслед за ним, философии правового реализма ограничивает бытие права, то есть принудительного вмешательства в жизнь людей, только теми общественными отношениями и жизненными ситуациями, в которых оно необходимо (когда в нём есть *реальная* и *доказуемая* потребность²³²). Этот принцип – правовое вмешательство в жизнь людей исключительно с целью недопущения или компенсации определённого вреда и исключительно соразмерными этой цели средствами – восходит ещё к древним правовым идеалам, которые лишь не так давно стали достоянием континентальных конституций (где он действует абстрактно), но которые испокон веков воплощены в самой сущности прецедентной common law constitution. О. Холмс неоднократно в своём труде ссылается на авторитетные позиции Ульпиана²³³, подтверждая ранее исследованную нами особую связь common law с римским правом. Поэтому символично и не лишено смысла в состоявшихся рассуждениях об атрибутах «правовой сдержанности» и предстоящих рассуждениях о жизни как источнике права вспомнить древние идеалы из слов Ульпиана в 1-й книге «Правил»: «Предписания права суть следующие: *жить честно, не чинить вред другому, каждому воздавать то, что ему принадлежит*». Подобно классическому римскому праву, судебное общее право, формируемое для решения конфликта, изначально может возникнуть только там, где есть этому насущная (объективная) необходимость, выраженная в конкретных обстоятельствах спора и реальном вреде, который надлежит доказать²³⁴. Популистские, ксенофобские, стигматические и любые другие лозунги не способны стать поводом к формированию такого права и его источником из-за невозможности доказать их объективность и необходимость, то есть из-за невозможности прохождения

²³² О крайней важности выявления и учёта таких потребностей, целей при определении содержания правового бытия говорит сам О. Холмс. См.: Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1005.

²³³ См., например: Holmes O.W. The Common Law. P. 8, 10, 11, 327-329.

²³⁴ Дигесты Юстиниана / Перевод с лат.; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. I. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2008. С. 86-87.

процедуры независимого суда. Именно поэтому, а вовсе не за счёт дедуктивных усилий над текстом, Конституция США, которая, как указывал О. Холмс²³⁵ и указывают современные судьи²³⁶, зиждется на принципах common law, способна выступить точнейшим мерилom конституционности актов парламента, то есть **мерилом их сдержанности и невмешательства** в суверенные сферы жизни общества без необходимости. То есть инструментом конституционного контроля в руках высших судей выступают именно традиции и преемственность common law, в которых изначально заложен принцип сдержанности, а не формальная запись этого принципа в конституционном тексте²³⁷. Таков подход реализма.

2.4. Жизнь (опыт) как первичный источник права и материально-эмпирический базис принципа «усреднённости»

Первичной правовой установкой, по мысли О. Холмса, таким образом, является принцип, который имманентно и имплицитно заложен в самой жизни сообщества людей в системах common law, который появляется вместе с

²³⁵ Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914).

²³⁶ Jones v Clinton, 869 F. Supp. 690 (E.D. Ark. 1994).

²³⁷ В этом плане интересны выводы А.А. Клишаса о том, что «доктрина конституционной идентичности в аспекте сохранения основополагающих традиций и ценностей», имеющая место в США, «рассматривается [Верховным] Судом с позиций необходимости ограничения использования конституционных заимствований в делах, касающихся конституционных прав граждан». Далее приводится статистика минимального использования Верховным Судом США «опыта других стран или практики международных судов», а также слова судьи Н. Горсача о «необходимости учитывать собственную историю и традиции». См.: *Клишас А.А. О роли Конституционного Суда России в контексте его новых полномочий по предварительному конституционному контролю // Журнал конституционного правосудия. 2021. № 5. С.20.* С учётом состоявшегося в настоящей диссертации исследования онтологии американского common law и его фундаментального теоретического осмысления О. Холмсом представляется возможным согласиться с А.А. Клишасом разве что в утверждении о том, что «доктрина конституционной идентичности напрямую не сформулирована в практике Верховного суда США». Не сформулирована – и неспроста. Потому что ничего общего с доктриной конституционной идентичности, сформулированной умами континентальной юриспруденции, практика Верховного Суда США, одухотворённая идеями правового реализма, не имеет. Как красноречиво показал О. Холмс в процитированном выше решении Верховного Суда США, инструментом конституционного контроля в руках этого суда являются вовсе не традиции и ценности, извлекаемые путём толкования из текста Конституции, а реально (исторически) сложившиеся и закреплённые в наследии прецедентного common law фундаментальные принципы англо-американского общества, которые, как было показано ранее, издавна рассматриваются в качестве конституции англо-американского общества в противовес государству (в хорошем смысле). Другими словами, этот суд (очевидно) исторически применяет прецедентное право, концентрированным выражением чего является Конституция США. В прецедентном праве нет «опыта других стран или практики международных судов». Более того, США не являются участником ни одного надгосударственного международного суда, поэтому говорить о них в принципе нерелевантно. И когда американские судьи говорят о правовых традициях и истории, они имеют в виду вовсе не абстрактные оценочные категории, а сохранённые судьями на протяжении вот уже почти десяти столетий правовые стандарты (судебная система Англии и США не претерпевала уничтожительных изменений, несмотря ни на одну из революций). См. подробнее: *Лесив Б. В. Авторитет решений англо-американских судей... Указ. соч. С. 52–62.* Более того, сама американская судебная философия правового реализма, как особенно показано в подразделе 4.2 диссертации, объясняет, что судьи применяют common law и ничего больше не потому, что противопоставляют себя кому-то, а потому что это их единственная функция – выявлять в жизни общества реальное право (благодаря присяжным, а не процессу толкования) и выразить common sense of the community.

появлением самого человеческого общения (общезития) в этих системах и который становится залогом размеренных и спокойных отношений между людьми-в-обществе. О. Холмс не затрагивает извечный вопрос «естественного состояния», в котором люди находились до начала нормального общения друг с другом – в его теории мы не найдём, было ли это состояние войны, страха или полной свободы. Однако на чём точно сосредоточен его научный взгляд – это на том, какой принцип руководит английским обществом в реальности – по факту его образования вне зависимости от предшествующих состояний. И это – **принцип усреднённости** (он же принцип «уравнивающего обобщения»), согласно которому человек в сообществе окружающих его людей должен вести себя так, как повёл бы в этой проблемной ситуации добросовестный человек обычного склада ума, и должен принимать такие меры предосторожности и осмотрительности (заботы), какие способен принять такой человек.

«Закон по общему правилу не возлагает на человека ответственность..., если, обладая [обыкновенной способностью избегать причинения вреда окружающим], он не мог и не должен был предвидеть опасность, или, другими словами, если **человек среднестатистического склада ума и чувства предосторожности не будет обвинён в том, что поступил точно так же**»²³⁸.

Ещё раз подтверждая состоявшиеся рассуждения о признаке сдержанности права, Холмс при объяснении процесса формирования «консенсуального общественного стандарта», основанного на принципе усреднённости, продолжает говорить о необходимости предотвращения конкретного вреда как на цель и основание закона: «По моему убеждению, **общая [тенденция заключается] в том, что [категории] преступного намерения, умысла и небрежности означают лишь то, что при известных преступнику [фактических] обстоятельствах угроза [наступления общественно опасных последствий] была в большей или меньшей степени очевидна для него**; хотя в некоторых случаях, [подпадающих под] институты исключения преступности деяния, злой умысел может означать действительный злонамеренный мотив (реальное внутреннее отношение лица к

²³⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 100.

своему поступку –Б.Л.), поскольку [именно] такой мотив является основанием аннулировать право на сознательное причинение вреда, которое в противном случае было бы предоставлено с целью защиты более важного социального блага (к примеру, необходимая самооборона –Б.Л.)»²³⁹.

Идея о том, что **порицаемость (blameworthiness) действий, не отвечающих стандарту человека среднестатистического благоразумия**, является фактором правообразования (критерием правомерности / противоправности) характерна для правовой теории О. Холмса в целом^{240,241}, равно как и описанный нами ранее стандарт (принцип) усреднённости. Признанный исследователь творчества Холмса Ф. Келлог объясняет: «По мере того как [Холмс] углублялся в ... осмысление общего права, [он] пришел к осознанию того, что не только традиционные формы ограниченной ответственности, но и другие [стандарты] прав и обязанностей... достигались без исследования сознания (состояния разума) обвиняемого. Присяжные применяли **внешний, объективный стандарт поведения**, определяемый путем **сравнения поведения обвиняемого с поведением среднего разумного и осмотрительного человека (average reasonable and prudent person)**. Вместо применения психологического теста к состоянию разума обвиняемого, присяжные были вынуждены применять консенсуальное суждение (стандарт) сообщества к поведению обвиняемого в свете всех имеющихся фактических обстоятельств дела»²⁴².

Таким образом, **источником права и эмпирической основой** для применения «теста среднего благоразумия», согласно теории О. Холмса, именно

²³⁹ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1003.

²⁴⁰ Встречается и в главе «*Fraud, Malice, and Intent*»: Holmes O.W. The Common Law. P. 122; Холмс также говорит о схожести принципа регулирования *деликтного и имущественного права* в данной части: Ibid. P. 104-105. а также в отдельной статье О.Холмса: Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Op. cit.; кроме того, как отмечают американские исследователи, данная позиция сливается с другими наблюдениями О. Холмса, в частности, о сущности *права собственности (possession)*: Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Transactions of the Charles S. Peirce Society, 23(1), P.104. То же самое и об *уголовном праве*: Kellog F.R. Ibid. P. 115.

²⁴¹ Как пример права, сформированного таким опытным путём в качестве здравого рассудка сообщества **в противовес командной теории Остина**, Холмс приводит обычай, ставший правом через судебную деятельность, зафиксированный уже в 1584 в деле *Calve's*, согласно которому хозяева гостиниц и таверн в силу публичного интереса не имеют права отказать гостям в приёме, а также несут ответственность за пропажу оставленных в гостинице вещей, даже если они прямо не передавались на хранение и если гость отдельно не знакомил хозяина с ними. См.: Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. Cit.

²⁴² Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. P. 114.

жизнь самого сообщества – кумулятивный опыт всех его членов, ежедневно на протяжении многих лет взаимодействующих друг с другом, – **а вовсе не разум** того или иного обособленного члена сообщества. Стандарт поведения в такой системе координат, как показано, **объективен**, поскольку формируется самой жизнью за счёт формирования у членов конкретного сообщества негативных чувств (порицания) в ответ на определённые действия при определённых обстоятельствах. Категорически важно не поддаваться подмене понятий, словно здесь имеются в виду субъективные чувства людей, пусть и собранные в совокупность: скажем, будто бы, почитав популистские газеты или посмотрев телевизор, большинство людей подумало, что алкоголики неисправимы и нужно их уничтожить (возможно, именно по этим причинам в США присяжным категорически запрещается смотреть телевизор). Нет, в теории реализма речь идёт о чувствах, формируемых **именно жизнью (опытом) самих людей**, а не воздействием на их психику. Накапливаемый такой опыт, который **объективируется и согласуется** сначала раз за разом двенадцатью членами сообщества, вырванными прямым из этой жизни («twelve men taken at random from the street»), а затем судьями в процессе поступательного развития прецедентного права, **становится «консенсуальным стандартом сообщества»**²⁴³. Не менее важно делать указанный акцент, который делал всегда и сам Холмс, на первостепенном значении категории **конкретных обстоятельств (фактов)** той или иной ситуации для определения реального правового стандарта. Жизнь как источник права и опыт как эмпирика для стандарта определяются **неотделимыми** от них (от **жизненной ситуации**) конкретными жизненными обстоятельствами. Только конкретные факты и конкретные обстоятельства произошедшего события способны вызвать те чувства сообщества, которые могут стать **эмпирикой** для применения индуктивной методологии правообразования (раздел 3.2 диссертации), а вовсе не абстрактные, предполагаемые или вовсе гипотетические конструкции и моделирования. Это и придаёт принципу

²⁴³ Ф. Келлог назвал это «**последовательным процессом эволюционирующего консенсуса**» сообщества. В этом процессе «согласования» чувств – отсечения избыточных и пробуждения «спящих» находится тот самый усреднённый стандарт, который может быть назван объективным.

усреднённости свойство объективности: присяжные и судья должны «сравнить поведение с **внешней, объективной нормой**»²⁴⁴.

Поскольку **источник права** по Холмсу таится не в логике и не в интересах (повелениях) политических или экономических элит, а в самой обычной жизни обычных людей, которые выступают мерилom «нормального» и «обычного» поведения, необходимого для умеренной спокойной жизни сообщества, **право, по О. Холмсу**, является выражающим этот усреднённый стандарт **продуктом жизни самого общества, а не решениями органов государства** или заранее существующими истинами (идеалами), которые могут с ним совпадать или нет. В этом кроется ответ на вопрос, почему **философию права О. Холмса называют «жизненной» и «реалистичной»**, противопоставляя теориям позитивизма или логического натурализма. **В реализме** мы видим **право** как искусство саморегулирования обществом своих же процессов, а **принуждение** как проявление общественного самообложения, как самозащиту сообществом своей размеренной и спокойной жизни в ответ на конкретные случаи реально угрожающего ей **отклонения** от нормы, понимаемой человеком в силу его обычных умственных способностей и **опыта** жизни в сообществе, а не в силу знания законодательных **текстов**. Такое право, созданное самим обществом (присяжными) и запечатлённое в судебных прецедентах, постепенно, поступательно и **эволютивно накапливает** богатство результатов общественной жизни – взаимодействия людей друг с другом. Всё остальное – решения политиков, зачастую эмоциональные, импульсивные и реакционные, пусть даже они обеспечены принудительной физической силой – является не правом (или, по крайней мере, не общим=общественным правом, которое изучает О. Холмс), а каким-то другим явлением, фактически насильно навязанным обществу за счёт применения разного рода юридических фикций, будь то фикция народного представительства или высшей силы текстуального конституционного контроля.

Необходимо акцентировать внимание на особенность теоретической техники, которая использована О. Холмсом в исследуемых трудах для отражения

²⁴⁴ Kellog F.R. Op. cit. P. 115.

понятия и сущности права: он, в отличие от многих мыслителей всех времён, **не формулирует** окончательно обобщённое и центральное для своей идеологии **положительную дефиницию права**. Вместо выделения метафизических элементов он последовательно **исследует бытие** права в обществе, а определение права выводится из его теории по принципу «от обратного», поскольку, как видно, вместо того чтобы абстрактно рассуждать о том, что такое объективное право, он для начала предпочитает наглядно показать, как в жизни формируется понимание правомерности или противности того или иного поведения.

В связи с этим мы можем наблюдать, как О. Холмс исследует право как общественное явление без каких-либо метафизических надстроек. Политическое право – законы, правительственные постановления – становится возможным в обществе, в котором уже действует истинное общественное право, обеспечивающее спокойную и размеренную жизнь. Другими словами, только в таком сообществе людей, где достигнут **минимальный принцип спокойного человеческого общежития** (см. выше), появляется возможность (время, ресурсы) заниматься чем-то помимо постоянной борьбы за свою жизнь, собственность и свободу – появляются «надстройки» экономические, идеологические, социальные. **Общественное право – common law**, которое развивают суды – лишено всего этого, оно **первично**. Это право **отражает фундаментальный обычный уклад жизни людей**, при котором обеспечивается минимальный стандарт добрососедского общежития – первичное отношение между людьми в организованном сообществе. Первично (повседневно, даже в современном обществе) людям, по большому счёту, нет дела до политики, экономики, идеологии, религии или науки, коммерческих или корпоративных интересов – есть только интерес в спокойном общежитии, защите жизни, собственности и неприкосновенности. О. Холмс показывает, как суды присяжных в системах common law испокон веков руководствуются именно такими критериями, а их главным инструментом является принцип **равенства** (усреднённости), причём зачастую инструментом бессознательным и за счёт этого максимально действенным (это абсолют равенства, его эссенция, бессознательно выделяемая

присяжными из своего жизненного опыта, а не философское рассуждение о равенстве, при котором в любой нужный момент можно «подвернуть» логичное, обоснованное и аргументированное исключение). Присяжные смотрят на ситуацию, требующую общественного вмешательства (нормы), и на её участников с позиции равных, а не с позиции субординации и силы. Они понимают, что перед ними такие же люди и обращаются с ними так же, как с собой в повседневной жизни. Они предъявляют к ним требования не больше, чем к самим себе. Более того, правильно осознающие свою миссию присяжные не будут предъявлять к человеку даже такие стандарты, которые применяют к себе, если спокойное человеческое общежитие не находится от них в прямой зависимости. Теоретически этого не даст сделать сам правильно организованный процесс правосудия присяжных (раздел 2.5 далее), поскольку выходящие за рамки «фундаментальных» стандарты, применяемые присяжными к самим себе, не будут совпадать у большинства из них. Совпадать же у столь разных случайных людей будут только наиболее общие и крайне необходимые правовые чувства, коренящиеся в самой жизни, а не в мнениях о ней. Здесь очень кстати придёт знание о механизме, призванном обеспечить этот теоретический идеал на практике, - теперь становится идеологически ясно, почему система common law испокон веков и до сих пор так трепетно относится к *правилу единогласия* присяжных (см. раздел 1.4.2 выше). За счёт этого система права гарантирует исключительно соразмерное и только необходимое, сбалансированное и реальное (а не искусственно логически созданное и «выверенное») вмешательство.

Как было сказано, право, о котором изначально говорит О. Холмс в работе «Общее право», это чистое общественный продукт без надстроек (в отличие от статутного, парламентского или правительственного права), именно поэтому оно является реальным (а не выдуманым / «разработанным», как пост-римские аксиомы, «поклонение» которым осуждает Холмс), это **основа (первичный элемент) правового реализма**. Как ни парадоксально, в этой части теория реализма может быть рассмотрена как близкая к идеям естественного права (отрицание политических решений в качестве главного источника права). Реализм

можно с осторожностью назвать частичным «практическим эквивалентом» естественно-правовой теории в том плане, что его положения отсылают к естественной природе человека-в-обществе, к равенству всех членов общества в житейских делах, к естественному (без вмешательства государства) взаимодействию людей в обществе и общественной саморегуляции с судьями в качестве модератора «арены свободного общества», а не в качестве государственной должности. Однако если **естественно-правовая** теория выводила свои догмы из логических рассуждений о равенстве всех людей и их природном состоянии, то **реализм** представляет реальную жизнь этой теории на практике. Его эмпирику, *mutatis mutandis*, тоже составляют равные по природе проживающие на определённой территории обычные люди в обычной своей жизни, которые решают споры исходя из здравого смысла, эквивалентом которого в теории естественного права является категория естественного разума.

Мысль о том, что истинная сущность права не сводится к понятию закона (**нисходящего** властно-политического акта), а основывается на сути существующих в сообществе фундаментальных «горизонтальных» связей (**восходящее** индуктивное правообразование), первичным звеном которых является принцип равенства, не нова. Она беспокоила умы многих правоведов на протяжении веков, но, полагаем, в целях нашей теоретической аналогии достаточно будет вспомнить наиболее близкого к нашим дням и реалиям В.С. Нерсесянца, поскольку для этого важен только идейный «концентрат» рассматриваемой дихотомии, а не аргументационные оттенки, в которых учёные расходятся. Академик Нерсесянц выражал суть этой теории так, что «право ещё на понятийном уровне всегда является формой, выражающей идеи свободы, основанной на принципе формального равенства, а закон является актом государства, который не всегда выражает право»²⁴⁵. И суть права в таком понимании очень близка к сути права в первичных категориях О. Холмса, переплетающихся вокруг принципа усреднённости. Разница между

²⁴⁵ См. об этом: Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария: монография / под общей редакцией Е.А. Фроловой / А. А. Ананьева, Б. Л. Талгановна и др. М.: Проспект, 2020. С. 269.

«континентальными» анти-нормативными теориями и анти-нормативной теорией О. Холмса заключается в методе формирования права и изначальных установках (к примеру, **теория естественного права**: метод формирования – логика, установки (ориентиры) – естественный закон, природа людей; **правовой реализм** О. Холмса: метод – люди в суде + индукция, ориентиры – естественная (обыденная) жизнь людей во взаимодействии друг с другом).

Работы О. Холмса, поэтому, при их серьёзном контекстно-мировоззренческом исследовании особенно чётко проливают свет на стержневые для систем common law причины, по которым правовые вопросы здесь всегда ассоциируются в первую очередь с судом, а создаваемое им настоящее право (прецедентное) обладает совершенно **уникальным авторитетом** и исторически считается превалирующим, ведь оно уже много веков исходит от самого общества и воплощает его действительную необходимость – несущую конструкцию, а не политическую целесообразность текущего момента. Такой подход к праву показывает, что от других социальных явлений его **отличает приверженность наиболее важным, коренным основам общественной жизни**, самой сути сообщества (размеренного сожития), а вовсе не отражение политических или экономических надстроек, появляющихся в обществе лишь по мере его развития. Работы О. Холмса теоретически объясняют, почему никакой политической закон не может «пересилить» основу – исконное англо-американское прецедентное право, почему эти системы иногда справедливо могут называться «правлением судей» (government of judges). Теория О. Холмса, как видится, только способствовала укреплению идеологического превосходства common law и роли судебной власти в правовой системе США, подтверждением чему может служить дальнейшая история американского права.

2.5. Основные претензии к «реализму с помощью жюри»: аргументы к случайности и неопределённости. Соотношение знания и понимания закона.

Правовое вмешательство в жизнь человека согласно теории реализма должно происходить только тогда, когда его поведение причиняет объективный вред и при этом такого вреда можно было бы избежать, если бы человек следовал

стандарту (тесту) внимательного благоразумного человека. О. Холмс подтверждает эту позицию и, поскольку его теория не является метафизической, одновременно задаётся **вопросом о её практическом бытии**. В продолжение уже упоминавшейся мысли он пишет: «Следующий вопрос состоит в том, **исчерпывает ли этот абстрактный тест** [должной рассудительности] (принцип усреднённости – Б.Л.) содержание закона, или, другими словами, **какой субъект уполномочен** применять этот тест на практике»²⁴⁶.

Из всего сказанного в настоящей главе становится ясно, что ключевым является постулат реализма о первичном воплощении права в наиболее обобщённом стандарте среднего благоразумия, который может быть применён к любой совокупности обстоятельств (жизненной ситуации) и который **является инструментом** – но в чьих руках? О. Холмс дал ответ, приведённый ранее – судья самостоятельно не способен с нуля развеять этот «туман». Он опирается на жюри.

Профессиональная дискуссия о правовой сущности института жюри, как правило, сопровождается обязательной долей скепсиса относительно известных рисков неконтролируемого **субъективного влияния** конкретного человека на решение гражданских и уголовных правовых вопросов, а также относительно возможной предрасположенности этих людей к искусственному **манипулятивному инспирированию** со стороны юристов. Поэтому ожидаемой **претензией**, которую можно услышать в адрес теории О. Холмса, показывающей суд присяжных в качестве онтологической доминанты самой сущности права, без сомнений, будет тезис о том, что право – один из столпов, на которых стоит наше общество – отдаётся *якобы* на произвольный откуп присяжных, ставится в зависимость целиком от их субъективных чувств и страстей, пороков и грехов, а судьбы людей и, в конечном счёте, судьба всего общества подчинены воле никем не избранных случайных людей, объективирующих в своих решениях не общие заранее известные правила одинакового применения, а свои личные сиюминутные убеждения, причём в каждом случае заново и по-новому, не оставляя надежды на какую-либо определённую и предсказуемость.

²⁴⁶ Holmes O.W. The Common Law. P. 100.

Эти, так скажем, «опасения» **следует решительно отвергнуть**, поскольку они представляют собой не более чем проявление синкретизма или софистики, которое может прийти на ум только при крайне поверхностном ознакомлении с оригинальными трудами О. Холмса. Было бы наивно полагать, что один из самых почитаемых американских правоведов и одновременно один из самых известных верховных судей за всю историю США был настолько недалёковиден, чтобы построить свой взгляд на онтологию common law вокруг таких зыбких правовых конструкций. Здесь необходимо снова вспомнить об одной из теоретико-исторических оговорок – «ловушек», раскрытых в разделе 1.1 диссертации. Возможно, если судить теорию О. Холмса по принципам и реалиям работы «континентальных» коллегий присяжных заседателей, которые являются ничем иным, как механистически и поверхностно трансплантированной калькой англо-американского прообраза (и за счёт этого априори не настроены на выполнение «английской» функции в условиях «континентальной» самобытности), то вышеприведённые претензии действительно могли бы иметь место. Однако это лишь неуместные ошибочные силлогизмы и подмена тезиса, а вовсе не здоровая доктринальная дискуссия.

Указанные претензии, подобно волнам беспорядочно бушующего моря, которому, кажется, нет конца и края, разбиваются о прочные гранитные скалы теории, в действительности изложенной на страницах «Общего права» и «Пути права». **Опроверяются все три тезиса (аргумента): о случайности, о субъективности, о непредсказуемости (неопределённости).**

Аргумент к случайности. Несмотря на то, что жюри присяжных не избирается по канонам электорального процесса, в англо-американском правопорядке они вовсе не являются «произвольными» людьми с улицы. Конечно, сама генеральная идея присяжных состоит в том, чтобы невозможна была такая ситуация, при которой в жюри наберут «отпетых» головорезов, которые объявят убийство нормальной человеческой практикой. В том и суть, что «срезом» совести социума *не могут* быть люди, когда-либо замешанные в уголовных делах или уличённые в очевидной (manifestly) недобросовестности или

злоупотреблении. Если отсесть группу таких потенциально «бессовестных» людей, выказавших недостатки своего рассудка в обычной повседневной жизни, которые очевидно неспособны выразить совесть социума (здравый смысл) и быть мериллом рассудка «обычного осмотрительного человека» (по Холмсу), то останется именно та часть сообщества, в отношении которой нет обоснованных сомнений о «нормальности» их образа жизни. Следовательно, уже не важно, кто именно будет взят из этой оставшейся части сообщества – все эти люди могут отличаться по половому или национальному признакам, быть сторонниками противоположных политических взглядов, по-разному относиться к религии, философии, сексуальной ориентации и т.п., – главное, что их объединяет в целях формирования общего для всех права (стандартов поведения) при возникновении спорных ситуаций – это способность и опыт нормальной (обычной, common) повседневной жизни (daily experience по Холмсу), ежедневный **опыт спокойного, бесконфликтного и продуктивного взаимодействия** друг с другом, который позволяет им *непосредственно* (без логических усилий и интерпретаций) судить, как в той или иной неоднозначной ситуации поступил бы «человек обычного склада ума и чувства осмотрительности».

Аргумент к неопределённости²⁴⁷. Исследования О. Холмса на теоретико-идеологическом уровне не только опровергают суждение о неопределённости феномена общего права, но, более того, за счёт этого автоматическим «рикошетом» отражают претензию неопределённости в сторону якобы демократически формируемого парламентского (статутного) законодательства. Предваряя дискуссию о теории «очищения» чувств присяжных для того, чтобы они выражали устойчивый общественный стандарт, а не личные убеждения, О. Холмс так и обосновывает эту необходимость: «В конечном счёте, теоретически должна обеспечиваться **способность знать норму права заранее**. Когда человека обязывают возместить ущерб, предполагается, что он **нарушил закон**, но так же предполагается и то, что он **знал этот закон**»²⁴⁸. То есть теория

²⁴⁷ Проблема предвидения права в теории О. Холмса будет дополнительно исследована в разделе о предиктивной теории права, считающейся венцом его творчества.

²⁴⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 101.

О. Холмса, будучи построена на анализе работы суда присяжных, в то же время прямо и недвусмысленно предусматривает необходимость определённости и предсказуемости правовой нормы, что, казалось бы, несовместимо с привычным нам видением «случайного» правосудия присяжных. При этом важным представляется акцент, сделанный в приведённом изречении мыслителя, подчёркивающий использование им понятия «*способность* знать» норму (capacity), а не «*возможность* знать» норму (possibility). Следовательно, для правильной интерпретации утверждений О. Холмса в данном контексте необходимо учитывать совокупность идейных акцентов о принципах работы жюри, которые на теоретическом уровне придают результатам такой работы свойство постоянности, позволяя заранее предвидеть (*предчувствовать*) опыт присяжных, который будет объективирован в их вердикте. Неспроста О. Холмс при описании сущности общего права, как было показано ранее и будет показано далее, постоянно обращается к категориям среднестатистического человека, среза общества, чувства *общей (обычной) предусмотрительности* и *усреднённого интеллекта (благоразумия)*, а центральным обобщением всему этому может служить упомянутый им принцип усреднённости.

В частности, в главах I-III цикла «Общее право» О. Холмс на примере института юридической ответственности проводит теорию о том, что человека можно осудить тогда, когда он действует в разрез с интересами сообщества. И здесь же мы видим контраст реалистического и позитивистского подходов к критерию знания закона, ведь О. Холмс показывает, что легитимность принудительной силы требований (норм), которые предъявляются к членам сообщества за совершение тех или иных причиняющих вред поступков, основана не на *знании* этих норм из внешних источников, а на *опыте* «нормальной» жизни, то есть внутреннем ощущении, **доступном каждому** здравомыслящему человеку. Конечно, О. Холмс прямо не противопоставлял концепции внешнего и внутреннего знания закона, поскольку перед ним не стояла такая интерпретационная необходимость. Однако из сути описываемых в его трудах правовых явлений можно сделать вывод, что знание правовых норм в его

понимании существенно **отличается от позитивистской конструкции презюмирования знания закона**. Один из венцов концепций позитивизма – презумпция знания закона – теоретически относится скорее к разряду фикций, нежели презумпций, поскольку субстанциально она ничем не подкрепляется, кроме факта опубликования закона *per se*, и не может быть опровергнута. Напротив, теория О. Холмса не сводит знание закона (общего права) к факту его опубликования, а говорит о *способностях* любого психически здорового и внимательного человека знать закон, поскольку он (закон) является не изложенным в текстовом формате предписанием, а выражением опыта среднестатистического среза общества, частью которого является, в том числе, и рассматриваемый субъект. То есть, согласно теории О. Холмса, норма права существует заранее, но она не предписана и не выведена логически, а существует в самой жизни сообщества (и в наиболее обобщённом виде она может быть выражена как принцип усреднённости – см. разделы 2.1-2.3 выше), а в процессе судебного разбирательства сообщество через присяжных лишь даёт понять, могли и должен ли был человек, если он «не идиот» и обладает умственными способностями наравне с другими членами сообщества, в конкретных обстоятельствах предвидеть ужасность своего поведения. Как было подробно сказано в разделе 2.2, именно знание и осмысление *конкретных фактических обстоятельств* даёт здравомыслящему человеку возможность понять правовое бытие общества в данных обстоятельствах (пример с рабочими на крыше). И это не фикция *знания*, а презумпция *понимания*, ведь факт понимания из жизненного опыта подтверждается двенадцатью присяжными, причём единогласно.

На способность понимания (предвидения) права в противовес фикции знания изначально влияет реалистическая формула правообразования, конфигурирующая ключевые категории (источник / принцип / механизм – повседневный жизненный опыт / принцип усреднённости / жюри присяжных) таким образом, чтобы правом становились только действительно доступные усреднённому члену сообщества «несложные правила» для предотвращения вреда: «[Чтобы стать объектом правового внимания,] опасность, которую

фактически несут в себе известные человеку обстоятельства, должна быть такого рода, чтобы её мог предвидеть человек обоснованной осмотрительности (man of reasonable prudence). На степень порицаемости поступка одинаково влияет как **незнание** фактов, так и неспособность **предвидеть** их последствия. Если нет возможности предвидеть последствия, нет и возможности их избежать. Но есть практическое различие – в то время как в большинстве случаев **вопрос о знании** является вопросом фактического состояния сознания ответчика, **вопрос об объёме** того, что человек мог предвидеть, **определяется с помощью стандарта благоразумного человека (standard of the prudent man**, принцип усреднённости – Б.Л.), **то есть путём обращения к общему жизненному опыту (general experience)**»²⁴⁹. Таким образом, вместо автоматического применения фикции знания закона в теории реализма содержание права напрямую зависит от человеко-ориентированной категории жизненного опыта, т.е. от **того, с чем человек реально и постоянно соприкасается**, а противоправность определяется как порицаемость (осуждаемость) действий **не сама по себе в силу факта нарушения формальной нормы закона, а в аналогии с любым другим человеком, использующим опыт** повседневной жизни для предвидения опасностей и конфликтов. О. Холмс подчёркивает **принцип правового механизма**: 1) имеются фактические обстоятельства, опасность → 2) причинение вреда, конфликт → 3) определяется релевантная совокупность общего (не единичного) жизненного опыта в данной сфере, который выступает реальной (эмпирической) основой для принципа усреднённости → 4) к этим фактам и этому опыту применяется формула принципа усреднённости, чтобы определить характер и степень предусмотрительности (предвидения) благоразумного человека в таких обстоятельствах (т.н. категория «**common sense**», о которой будет сказано позднее) → 5) если **стандарт, применённый к опыту**, покажет, что у благоразумного человека была возможность предвидеть последствия в таких обстоятельствах, то поведение заслуживает порицания и является неправомерным. Помимо прочего, приведённая цитата дополнительно

²⁴⁹ Holmes O.W. The Common Law. P. 53.

акцентирует внимание на внешнем (объективном) характере категории «порицание» и на признаке сдержанности, о которых говорилось ранее.

Ещё одним экстрактом правовой мысли О. Холмса, подтверждающим основные постулаты правового реализма, является сформулированная им позиция Верховного Суда США по резонансному делу *Buck v Bell*²⁵⁰. Фактически позиция указывает на то, что умственно отсталые люди исключены из правовой жизни общества и, следовательно, могут быть опасны для «безопасности и здоровья нации», поскольку, не давая отчёт в своих действиях и не соблюдая стандарты общей жизненной предусмотрительности, они автоматически встают на тропу хаотического и непредсказуемого поведения, в том числе в вопросах причинения вреда окружающим. Если посмотреть на эту позицию, что называется, *contradictio in contrarium* – ею подчёркивается красная линия реализма, указывающая, что источником права является рассудительная жизнь обычных людей, понимание устройства человеческого сообщества и чувства основных его правил. Суть далеко не в том, что умственно обделённый человек не способен прочесть и *выучить наизусть* законы, а в том, что он *не может почувствовать (понять)* поведенческие грани, складывающиеся в обычной жизни (у них такой жизни нет), и следовать им в своем поведении на свой страх и риск. Отсюда же можно вывести подтверждение общему тезису О. Холмса о безразличии в целом к каким-либо человеческим недостаткам («особенностям») в вопросах формирования права – речь не только об умственной инвалидности. Например, недостатки, связанные с низким уровнем образования (самообразования), невежественностью, помноженные на пагубное влияние популизма – если человек предпочитает вместо приложения умственных усилий к обнаружению реальных принципов размеренного взаимодействия с окружающими его людьми бездумно следовать каким-либо косным и зачастую радикальным постулатам, принятым на веру и не опробованным самим собой в жизненной практике, то такой деградирующий для окружающих его людей подход должен быть отстранён от правовой политики путём концепции «очищения», о чём ещё будет сказано. Другими словами,

²⁵⁰ 274, U.S. 200 (1927).

ограниченный малодушный рассудок такого человека, на который, подобно перевёрнутому кресту, наложена печать инверсивного принципа *credo ut intellegam*, способен только бессознательно отвлекать общество состояниями паранойи, ксенофобии и стигматизации, а значит, такой человек не должен учитываться как источник права и быть мерой благоразумного поведения.

Таким образом, мы планомерно подходим к следующей проблеме правотворческой сущности жюри присяжных – аргументу к субъективности, благодаря которому реалистической философии можно было бы отказать в адекватности надлежащего воплощения такого критерия закона как всеобщность, если бы подобные претензии не были специально оговорены в теории О. Холмса.

2.6. Объективность права: неотъемлемость фактических обстоятельств, внешний характер стандарта и теория «очищения».

По мысли О. Холмса, определённая и устойчивая природа права, находящаяся в прямой взаимосвязи с возможностью его предсказания (предвидения), обеспечиваются за счёт того, что сложившиеся в повседневной жизни сообщества стандарты взаимодействия его членов, политическое, идеологическое и личностное многообразие которых столь велико, имеют независимую от пристрастий и моральных убеждений любого из них в отдельности или в совокупности. Другими словами, истинным общим правом могут выступать только те объективно (а не субъективно) необходимые первичные и предшествующие любым политическим надстройкам требования, в которых сходятся все благоразумные члены сообщества с целью спокойного размеренного сосуществования без причинения вреда друг другу. Этот первичный стандарт формируется бессознательно самим обществом в процессе повседневной жизни. Всё, что выходит за рамки этой необходимости и диктуется какими бы то ни было вторичными императивами, особенно моральными, которые разрабатываются субъективно уже в процессе обеспеченной первичным стандартом размеренной жизни, не является необходимым *общим* правом. О том, что те или иные далеко идущие и ничем не ограниченные субъективные моральные воззрения не должны становиться правовым критерием, предъявляемым к любому члену сообщества,

О. Холмс категорично выражается: «Но такой подход к праву просто воняет в чутком носу людей, которые считают своим призванием вложить в него столько морали (ethics), сколько только влезет»²⁵¹. Верховный Суд Массачусетса, в котором до сих пор чтят наследие некогда его главного судьи О. Холмса, так высказался по этому поводу: «Наш долг – определить [степень] свободы всех и каждого (liberty of all), а не навязать свой собственный моральный кодекс»²⁵².

В связи с этим особое внимание О. Холмс уделяет потребности обеспечить такой принцип работы жюри, при котором они будут выражать только **первичный стандарт, а не собственные субъективные моральные воззрения**, которые праву безразличны (в отличие от политики). Он пишет: «Правило, согласно которому закон в целом устанавливает ответственность в зависимости от порицательного характера (blameworthiness) определенного поступка, **является ограниченным, поскольку не допускается** учитывать в этих целях изменяющиеся от человека к человеку личностные различия (differences of character are not allowed for). Иными словами, закон предусматривает **только то, что осуждается среднестатистическим человеком**, человеком обычного склада ума и степени предусмотрительности (average man, the man of ordinary intelligence and prudence), и устанавливает за это ответственность. Если мы допускаем поведение ниже уровня этих стандартов, то это наши проблемы; именно по только что приведенным причинам мы должны соблюдать эти нормы под страхом наказания (ещё раз презумпция понимания, а не знания закона– Б.Л.). Но тот, кто умен и разумен (предусмотрителен, осторожен), согласно теории права, **не действует под страхом** наказания. Напротив, только тогда, когда он не проявляет предусмотрительности, **на которую способен**, или проявляет ее со злым умыслом, он отвечает за последствия»²⁵³.

Интересна процитированная мысль О. Холмса о том, что осторожный и осмотрительный человек, добросовестно пользующийся в повседневной жизни своим интеллектом, в принципе не действует под страхом наказания и

²⁵¹ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 995.

²⁵² Goodridge v. Dept. of Public Health, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), где Холмс был в своё время CJ

²⁵³ Holmes O.W. The Common Law. P. 99.

справедливо может не опасаться правового вмешательства в свою жизнь. Он может не задумываться о том, какие «высокоморальные» догмы или политические интересы сидят в головах соседей или депутатов, если руководит своими действиями так, чтобы не причинять объективный вред другим. Если перевести эту формулу с позиций субъективного права на позиции объективного, то можно сказать, что применительно к жизненному укладу данного человека отсутствует необходимость объективного права как таковая, поскольку он **сам по себе правомерен**. Именно поэтому жюри, отобранное и состоящее из людей самого по себе правомерного жизненного уклада и наделённое особым статусом (раздел 1.4 диссертации), способно сказать, соответствовало ли этому укладу поведение того или иного члена сообщества, вызвавшего сомнение. Однако для этого, очевидно, необходимо оградить работу присяжных от «перехода на личности» и от выхода за пределы первичного стандарта усреднённости, иначе выражаемый вердикт был бы проявлением случайной нравственности, а не подтверждением жизненно необходимой степени благоразумия.

Таким образом, **критерий общественного порицания (blameworthiness)** в теории формирования права О. Холмса – это **не субъективная, а объективная категория**, суть которой привязана не к абстрактным рассуждениям о морали, а к объективному (опытному) восприятию конкретного поведения в конкретных жизненных обстоятельствах. Речь идёт не о восприятии поведения абстрактно, но только в привязке к известным жизненным обстоятельствам (**неделимость фактов и права**). О категоричной позиции О. Холмса в вопросе объективности категорий, используемых для формирования права и прямо влияющих на свойство его определённости и предсказуемости, говорят следующие слова:

«Повторю ещё раз – теоретически любая норма права должна быть такой, **которая была бы применима ко всем людям в целом при одних и тех же обстоятельствах**, если такая применимость специально не исключена. **Право не предполагает** возможности обрушения силы общественного принуждения на человека **случайно или по прихоти** какой-либо группы людей (включая присяжных –Б.Л.). Норма [закона], таким образом, должна быть **фиксированной**

(постоянной, закреплённой - must be fixed). На практике, конечно, один человек может быть привлечён к ответственности, а другой её избежать, исходя только из отличия чувств присяжных в той или иной коллегии. **Но это лишь говорит о том, что цели закона не достигаются в совершенстве.** Теория и замысел закона состоит не в том, чтобы критерием правомерности было чувство одобрения или осуждения, испытываемое конкретными 12 присяжными. **Напротив, от них требуется, чтобы они оставили свои причуды [за дверью суда] и представили чувствование [жизни] сообщества (feeling of the community).** Именно это, по убеждению Холмса, является идеальной **теоретической функцией** жюри присяжных (their theoretical function)²⁵⁴, которая может страдать от их излишней предубеждённости и субъективизма. Идеальный человек среднестатистического благоразумия, чьим эквивалентом по многим делам признаётся жюри присяжных и чьё чувство вины или невиновности берётся за основу теста (проверки), **является неизменной константой** (если очищено от личных пороков и предрассудков – Б.Л.), и его поведение в рассматриваемых конкретных обстоятельствах теоретически будет всегда одним и тем же»²⁵⁵.

Как действительные чувства (намерения, забота) подзащитного не имеют значения для внешней квалификации его деяния («деяние должно рассматриваться исходя из его тенденции (того, к чему оно фактически может привести – Б.Л.), а действительное намерение нарушителя не имеет никакого значения»²⁵⁶), точно так же и личные чувства присяжных, которые выступают мериллом-эквивалентом «нормальности» поведения этого человека, не подлежат учёту. О. Холмс **был одним из главных противников** не только искусственной предопределённости права (позитивизм), но и субъективной моральности права (метафизика): его философия настаивает на реальности права, сформированной самой жизнью общества. Поэтому он не мог допустить, чтобы приверженность институту жюри была расценена как послабление его мысли в сторону поддержки субъективного морального порицания в качестве основы права:

²⁵⁴ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 460.

²⁵⁵ Holmes O.W. The Common Law. P. 101.

²⁵⁶ Holmes O.W. The Common Law. P. 67.

«Если [мы говорим о] законе – пишет О. Холмс, – то, как правило, действие должно быть не только опасным, но и вызывающим порицание (осуждение, *be blameworthy*) со стороны **усреднённого – обычного** человека (*average man*), чтобы привлечь действующее лицо к юридической ответственности»²⁵⁷. Поэтому он настаивает, что **норма права** – это стандарт поведения, который люди должны знать заранее и «который теоретически всегда одинаков для одних и тех же обстоятельств, а **не зависит от прихоти конкретного жюри** или красноречия конкретного адвоката»²⁵⁸. Более того, способность присяжных принести в зал суда лавиную долю простонародного предубеждения (*popular prejudice*) О. Холмс описал как «**один из самых прискорбных дефектов с точки зрения их теоретической функции**»²⁵⁹.

В совокупности с ранее приведёнными положениями теории О. Холмса об усреднённом человеке эти слова не оставляют оснований полагать, что О. Холмс в своей правовой доктрине уделяет хоть сколько-либо значительное онтологическое внимание чувствам (моральным переживаниям или убеждениям) конкретных людей, в том числе присяжных или судей. Напротив, он теоретически отказывает таким проявлениям субъективной моральности в возможности стать правом, указывая, что в таком случае цели законотворчества не достигаются. Он прямо пишет *об усреднённом – обычном* человеке, а не просто о человеке, входящем в состав некоего жюри (разница: *average man / man*). Этот детерминант усреднённости нельзя упускать из виду, поскольку именно его наличие в связке с понятием «человек» разрушает миф о субъективности этого понятия в теории О. Холмса. Жюри присяжных для него – не *разнородная совокупность уникальных* личностей, где каждый может проявить себя по-своему, а неделимый *монолит опыта* повседневной жизни сообщества в целом, для которого «причуды» каждого из его членов не имеют интереса. Чтобы была достигнута цель законодательства, субъективные ощущения конкретных присяжных в отношении к своему опыту повседневной жизни должны преобразоваться в их

²⁵⁷ Holmes O.W. *The Common Law*. P. 135.

²⁵⁸ Holmes O.W. *Law in Science and Science in Law*. P. 458.

²⁵⁹ Holmes O.W. *Law in Science and Science in Law*. P. 460.

совокупный опыт безотносительно конкретных чувств, то есть из квази-субъективной категории перейти в объективную. Выражаясь языком Хайдеггера, в результате правильно построенной работы жюри опыт присяжных должен стать «сущим, в бытии которого речь (дело) идет о самом этом бытии»²⁶⁰.

Ключевая мысль в этом направлении заложена в следующих словах О. Холмса: «Когда вопрос о вине подсудимого передаётся на суд присяжных, тогда вина не отождествляется с реальным состоянием ума подсудимого, но означает лишь то, что он не смог вести себя так, как вёл бы себя **благоразумный человек усреднённого интеллекта** (prudent man of average intelligence); то есть он был обязан соответствовать этому **объективному** критерию на свой страх и риск, даже если сам он не считал себя небрежным... более того, если право является всецело **стандартом внешнего** поведения, то человек обязан всегда соблюдать этот стандарт на свой страх и риск»²⁶¹.

Как видно, **Холмс прямо заявляет о праве как о стандарте внешнего поведения** и именно этим фактом обосновывает, во-первых, обязанность соблюдать его и, во-вторых, способность знать заранее (очевидно, внутренние чувства-стандарты не могут быть известны кому-либо, кроме самого человека), тем самым дополняются состоявшиеся выше рассуждения о признаке сдержанности правового вмешательства, объектом которого должна быть только внешняя, видимая и причиняющая вред другим часть поведения человека, но не его внутренняя суть, убеждения или сугубо личная жизнь. **Ограниченность права объективным стандартом** внешнего поведения, нерелевантность субъективных установок в вопросах правового вмешательства находят своё подтверждение в качестве позиции О. Холмса, если учесть сформированную им строгую судебную доктрину относительно одной из наиболее наглядных в этом плане категории дел – ответственности за выражение мнения, защищаемого Первой поправкой к Конституции США. Выдающийся судья настойчиво, в том числе несмотря даже на «особые» условия во времена Первой мировой войны, утверждал, что нет

²⁶⁰ Хайдеггер М. Бытие и время / Пер. с нем. В.В. Бибихина. Харьков: «Фолио», 2003. § 4.

²⁶¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 103.

оснований для правового вмешательства в личную жизнь человека – его суждения и выраженное мнение, – если она не представляет собой «непосредственную опасность немедленного вреда (досл. зла, evil) или намерение его вызвать» (так называемая доктрина явной и непосредственной угрозы – clear and present danger test)²⁶². Показательно, что даже социалиста-анархиста, распространявшего литературу, которую можно было истолковать в пользу свержения правительства, Холмс полагал необходимым оправдать, поскольку явная и непосредственная угроза от его поведения не исходила²⁶³.

В связи со сказанным, а также с учётом приведённой выше цитаты, использованная О. Холмсом для обозначения одного из критериев противоправности **категория чувства вины-порицания-осуждения (blameworthiness)** может пониматься исключительно *stricto sensu*, то есть только в качестве **объективного атрибута** интеллекта усреднённого благоразумного человека, но не в качестве чувства, испытываемого тем или иным человеком. Важно ли, что сам человек думает по поводу своего поведения, испытывает ли он вину, считал ли он себя недостаточно внимательным и осторожным в момент причинения вреда другому? Холмс, вычёркивая субъективный подход к пониманию вины-порицания, даёт однозначный ответ – нет, это не имеет значения, поскольку важен только внешний стандарт, не зависящий от личного восприятия²⁶⁴. Иными словами, объективным правовым критерием является стандарт, освобождённый от индивидуальностей (*peculiarities*). Один из наиболее авторитетных исследователей правовой мысли О. Холмса проф. Ф. Келлог подтверждает не только сказанное, но и ключевую роль «принципа усреднённости»: «Это привело Холмса к [выводу, что права и обязанности], как правило, **неправильно истолковывают как подразумевающие моральный стандарт** ответственности в том смысле, который часто называют **субъективным...** в то время как действительное функционирование [правовой

²⁶² См.: *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), Holmes's dissent, joined by Brandeis.

²⁶³ *Gitlow v. New York* (reargued 1925), Holmes's dissent, joined by Brandeis.

²⁶⁴ Ранее приводились цитаты, так же подтверждающие эту позицию. Например, «суды, которые ими учреждены, отказываются принимать во внимание его личное видение ситуации (*personal equation*)». См.: Holmes O.W. *The Common Law*. P. 99.

ответственности] Холмс видел в том, что она определяется внешними или *объективными* стандартами, возникающими из того факта, что суды и присяжные в действительности применяют **тест на предвидение** — что человек обычной осмотрительности (*ordinary prudence*) мог или должен был предвидеть»²⁶⁵.

Эта позиция ещё раз подчёркивает не только дихотомию знания / предвидения закона, но и сферу общественного вмешательства в жизнь индивидов, поскольку чем глубже вопрос касается личной, а не внешней жизни человека (и фактов), тем больше этот вопрос становится зависим как раз от индивидуальности, а не внешне обусловленных факторов.

Субъективное порицание какого-либо поведения поэтому рассматривается в реалистической картине О. Холмса не иначе как проявление случайной нравственности, не приносящее никакой пользы в вопросе определения объективного правового стандарта, год за годом и век за веком складывающимся в повседневной жизни людей для предотвращения причинения вреда друг другу. Таким образом, для решения вопросов права от присяжных требуется, чтобы они отражали (не выражали) не личное чувство порицания подсудимого, основанное на предрассудках и предубеждениях, а общее отделённое от темперамента чувство вины, то есть то же самое, что требовалось от подсудимого без учёта его внутренних свойств. Другими словами, они должны поставить себя на место обвиняемого и почувствовать свою вину либо чувство невиновности. При этом они **обязаны не учитывать** то, что относится к категории субъективных убеждений (мнений), иначе не было бы оснований применять их мнение в качестве стандарта, поскольку оно объективно ничем не лучше субъективного мнения и чувства вины (невиновности) самого обвиняемого, которое надлежало бы тогда учитывать в равной степени, что прямо противоречит теории, сформулированной О. Холмсом. Невозможно предугадать все внутренние свойства всех людей, как невозможно выявить действительные внутренние качества отдельного человека, поэтому правовой реализм основывается, может быть, *не на идеальных и всеобъемлющих*, но на той части *объективных (реальных)*

²⁶⁵ Kellogg F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 104.

закономерностей повседневной (обыденной) жизни, которые любой предусмотрительный человек средних умственных способностей может и должен понимать исходя из принципа усреднённости. А жюри, если его работа построена надлежащим образом, становятся залогом выявления такого стандарта «average-нейтрального» поведения – истинной нормы права.

«Имея под собой [субъективную] моральную основу, [механизм общего права] **вырабатывает [объективный] внешний стандарт** того, что было бы [неправомерным] для **среднего благоразумного члена сообщества** (average prudent member of the community), и требует, чтобы каждый член сообщества на свой страх и риск избегал этого» - пишет О. Холмс²⁶⁶.

Именно объективность и внешний характер стандарта делает справедливым требование о его соблюдении любым человеком. Казалось бы, в этом штрихе можно усмотреть схожесть реализма с позитивизмом, но это видение ошибочно. Отличие в том, что согласно постулатам реализма человек на свой страх и риск должен соответствовать не чьим-то командам-предписаниям, а реальным ожиданиям своих соседей в привязке к определённым известным жизненным фактам (объективная реальность вокруг человека и оценка того или иного поведения применительно к этим фактам), которые вправе рассчитывать на его благоразумие и свою безопасность от вреда. Эта разница даёт теоретические основания рассуждать о презумпции понимания закона в противовес позитивистской презумпции знания (см. раздел 2.5 выше).

Всё сказанное в совокупности подтверждается следующим идейным концентратом из мыслей О. Холмса: «Но [усреднённый человек] – это **идеальное существо, представленное присяжными**, когда к ним обращаются; его поведение является внешним и объективным стандартом применительно к любому конкретному человеку. **С моральной точки зрения** человек может быть безупречен, хотя для этого ему не обязательно иметь обычный интеллект или

²⁶⁶ Holmes O.W. The Common Law. P. 124. Чтобы продемонстрировать внешний характер формируемого *реального* (а не избыточного) стандарта среднего благоразумия, О. Холмс приводит пример поведения при владении опасным животным и говорит, что **common sense** и **common knowledge** достаточны для того, чтобы определить, была ли проявлена достаточная забота и предосторожность (было ли поведение правомерно), независимо от того, кому оно принадлежит – гражданину А или Б. См.: Ibid. P. 104.

благоразумие. Но [с **правовой точки зрения**] этими [минимальными] качествами он обязан обладать на свой страх и риск. Если они у него есть, то он, как правило, не будет нести ответственность за поступки, за которые он не чувствует своей вины»²⁶⁷. Последняя фраза особенно подчёркивает одну из предыдущих²⁶⁸ и означает, что человеку, добросовестно использующему обычный рассудок или чувство предусмотрительности, не обязательно читать тонны законодательных текстов – он может использовать **собственное чувство вины как индикатор правомерности и противоправности**, то есть способен понимать (чувствовать) право, не зная его наверняка. Эта мысль о чувствах, интересах сообщества (feelings of the community) является одной из ключевых в доктрине О. Холмса.

Таким образом, для того чтобы стать правом, опыт повседневной жизни присяжных **должен быть очищен** от их страстей и предрассудков. С одной стороны, трезвость и реалистичность рассудка присяжных – то есть реалистичность первичного источника права – онтологически следует из самого процесса правосудия и его строгих ритуалов, которые, в отличие от парламентских и партийных трибун, должны обеспечить беспристрастность в принятии правовых решений. Присяжные лицом к лицу, *здесь и сейчас сведены с судьбой живого человека* и произошедшей в его жизни проблемной ситуацией, что на уровне онтологии права отличает творимый ими законодательный процесс от голосования парламентариев за *абстрактные* нормы на будущее, что, по сути, в сравнении с работой жюри является снятием с себя какой-либо ответственности за реальное наполнение правоотношений на практике (в жизни). Даже на доктринальном уровне парламентский процесс, основанный на институте свободного мандата, уже давно рассматривается как система, открытая для торжества темпераментов и субъективных злоупотреблений (Руссо, Адамс, Мэдисон, Милль, Прудон, Бакунин и др.) – не отрицается, что депутаты при принятии законов могут голосовать абсолютно субъективно, «из принципа» или даже «назло» кому-либо. В случае с жюри «очищение» работает уже благодаря

²⁶⁷ Holmes O.W. The Common Law. P. 48.

²⁶⁸ «Тот, кто умен и благоразумен, согласно теории права, не действует под страхом наказания».

тому, что «законодатель» не освобождён от бремени видеть муки «подзаконного» в случае своей пристрастности, что теоретически должно обеспечить трезвую осознанность реальности своей законодательной власти, её *немедленное* применение к живому человеку и последствия (а не потенции) на будущее.

Во-вторых, что гармонично следует из первого наблюдения, осознание полноты своей ответственности и «очищение» от сиюминутных предрассудков происходит за счёт того, что присяжные понимают скоротечность и мимолётность своего «высокого» статуса и, скорее, отнесены к человеку перед ними как к самим себе, чем как к субъекту власти, поскольку сама система устроена таким образом, что завтра на скамье суда может оказаться любой из них, а судить их будут ровно по тем принципам, которые были продемонстрированы ими «несколько дней назад». Учитывая это, в их собственных интересах становится работать на совесть и без «причуд» (по Холмсу), ведь в случае чего в отношении них стандарт будут выражать такие же присяжные, и вряд ли им хотелось бы попасть под власть чьих-то предрассудков вместо власти закона. Бесспорно, осознание этого факта как ничто другое способно отрезвить рассудок *legifer temporalis*.

В-третьих, о чём уже говорилось ранее, труды О. Холмса в данной части являются наглядным идеологическим объяснением принципиальности *common law* в вопросе *единогласия* присяжных. Теперь проясняется, почему на фундаментальности правила единогласия жюри настаивают и американские судьи, и ученые-правоведы. Это правило призвано обеспечить на практике единство двух составляющих надлежащего процесса правообразования: с одной стороны, формулу «не большинство, а усреднённость», с другой стороны – нейтрализацию «причуд» и «всплесков нравственности» отдельных членов сообщества, которые пытаются компенсировать свою неполноценность за счёт навязывания всем вокруг своего мнения и которые с этой целью, как говорит сам Холмс, стремятся вложить в право «столько морали, сколько только влезет», причём морали в их собственном субъективном понимании.

Уже на этом этапе исследования онтологии американского *common law* по трудам О. Холмса мы получаем наглядный пример того, как ценностно-

сущностное осмысление правовой системы может непосредственно влиять на практику её функционирования (извечная диалектика теории и практики). Суды существуют как в США, так и в Европе; присяжные созываются как в Бостоне, так и в Страсбурге... но их деятельность приобретает кардинально разное, даже **противоположное ценностно-онтологическое наполнение**. Благодаря тому, что американское жюри является онтологической доминантой, а суть common law как права общества возведена в высшую ценность; благодаря тому, что только от надлежащей работы присяжных зависит выявление *истинной* правовой нормы, которая будет адекватна нейтральному повседневному опыту общественной жизни; в связи с тем, что только «очищенный» от страстей, предрассудков и постороннего влияния опыт присяжных, выражаемый изо дня в день перед судьей, может свидетельствовать о правовой закономерности (норме)... именно поэтому судебный процесс (практика) требует настолько тщательно продуманного и эффективного механизма, а действия судьи должны быть такими принципиальными, чтобы реально обеспечить воплощение этих ценностей.

Следовательно, в-четвёртых, механизм «очищения» правовых чувств жюри от предубеждений и предрассудков обеспечивается точными процессуальными гарантиями и осуществляемыми в их рамках действиями председательствующего судьи, который ограждает присяжных, с одной стороны, от ненадлежащего внешнего влияния (запрет смотреть телевидение, исключение недопустимых доказательств, запрет воздействия на присяжных²⁶⁹, в том числе государственного, под угрозой наказания за неуважение к суду и т.п.), а с другой стороны – от соблазна окунуться во внутренний мир собственной психики вместо трезвого осознания необходимости только той её части, которая является усреднённой и которая будет купировать конфликт, а не обострять его, с целью чего судья может даже давать присяжным подробные инструкции (напутствия)²⁷⁰.

²⁶⁹ Интересно, как это на теоретическом уровне контрастирует с позитивистской теорией, на которой основана парламентская деятельность, и для которой лоббирование, то есть взаимодействие с депутатским корпусом, является более чем нормальным явлением, а в США даже предусмотрено законодательством.

²⁷⁰ Об этом подробнее будет вестись речь далее. См.: Holmes O.W. The Common Law. P. 113.

2.7. Собственный взгляд на источник и руководящий принцип права как основа позиционирования философии О. Холмса в качестве реализма.

Воплощённая в жюри присяжных категория **common (ordinary) man** в нескольких её англоязычных коннотациях (*person of ordinary prudence / man of reasonable prudence/ man of average intelligence / average prudent man / man of common understanding / man possessed of common intelligence*) является по сути одной из ключевых в рассматриваемой части правовой философии О. Холмса. Она выступает фигуральным образом того самого принципа усреднённости (**principle of averages**), который признаётся субстанциальным, заложенным в самой жизни людей источником права. Она может переводиться на русский язык по-разному, однако, важнее правильно уловить её идеологический посыл. Исходя из контекста, в котором О. Холмс её использует, а также исходя из чёткого направления мысли и выводов, к которым он ведёт посредством её использования, можно заключить, что *prudence* и *intelligence* в данном случае означают направляющее поведение человека состояние рассудка, сознательность и внимательность, причём первое свойство имеет скорее смешанную внешне-внутреннюю природу, поскольку указывает на осознанную осмотрительность, внимательность, осторожность человека, проявление необходимой заботы (*т.н. благоразумие*), а второе – скорее внутреннюю, поскольку больше относится к умственной деятельности (интеллекту, рассудку) и осмыслению индивидом происходящих с ним вещей²⁷¹. Благодаря определениям *ordinary* и *average* сами по себе общесоциальные явления *prudence* и *intelligence* **обретают качественно-количественные границы в целях юриспруденции**, то есть благодаря им определяется **степень** той самой осознанной осмотрительности, которую необходимо брать в расчёт в правовых вопросах. Иными словами, речь идёт уже не о благоразумии-осмотрительности в целом, не об абсолютных значениях, а только о таком её минимально необходимом проявлении, которая обычно

²⁷¹ Этим, к слову, весьма органично «встроено» в теорию О. Холмса подтверждение такого основополагающего признака правосубъектности как уровень умственной зрелости и активности. В отличие от позитивизма, когда умственный критерий правосубъектности означает способность читать писанный закон, понимать его повеления и ассоциировать их со своими действиями, реализм, изначально указывая на интеллект в качестве не просто «критерия постфактум», а в качестве правообразующего элемента, таким образом, изначально предполагает наличие такого интеллекта в качестве обязательного условия участия в правовой жизни общества.

(ordinarily), в среднем (averagely) будет проявлена каждым умственно зрелым человеком (**не большинством** – major, general, **а каждым** нормальным, усреднённым, обычным, нейтральным – average). Таким образом, мы находим в теории О. Холмса уверенные штрихи той самой **природы common law как права обычных людей**, о котором подробно говорилось в главе 1, а также заложенное в самой сути правовой теории отрицание воли большинства (или меньшинства под прикрытием большинства) как базисного источника права, созвучное описанным ранее рассуждениям о характерном для многих влиятельных западных правоведов внимании к проблеме тирании большинства (парламента).

Этим примером иллюстрируется постулат реализма о важности того, что право как механизм вмешательства в отношения между людьми (механизм регуляции) должно быть в первую очередь продуктом, выражаясь языком теории О. Холмса, совести социума (сообщества). Другими словами, люди должны иметь возможность **жить в гармонии с собственными правовыми ощущениями**²⁷², то есть с «обычными» (ordinary) ощущениями осторожных и осмотрительных (prudence) людей²⁷³, а не быть вместо этого покорными слугами чужих интересов, участниками чьего-то эксперимента, заложниками «мёртвых» (*не-реальных*) законодательных формулировок, непосредственным источником которых является вовсе не жизнь обычных людей, а логико-софистические, «наставнические», «опекунские» и даже «псевдо-прорицательские» упражнения тех или иных субъектов правотворчества. Можно, однако, сказать, будто бы при позитивистском (континентальном) подходе формула, чтобы стать законом, должна аналогичным образом быть пропущена через «жизненный фильтр» целого ряда людей, которые могут рассматриваться в качестве членов общества (чиновники, народные представители, судьи, осуществляющие нормоконтроль и т.д.). Но на самом деле разница этих подходов, очевидно, колоссальная даже на концептуальном уровне. Обозначая только самые существенные и очевидные

²⁷² Созвучно с основами психологической теории Л. Петражицкого («ощущение долга», репульсивные и апультсивные эмоции). См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Издательство «Лань», 2000. С. 117-120.

²⁷³ Холмс часто называет это «чувствами и запросами сообщества» (actual feelings and demands of the community). См., например: Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 460; Holmes O.W. The Common Law. P.39.

отличия (хотя их можно найти гораздо больше), отметим, что, во-первых, происходит подмена понятия «обычный человек» на понятие «человек, который наряду со своим социальным статусом может всё же рассматриваться также и в качестве обычного человека». Чиновники, депутаты и судьи, участвующие в процессе определения содержания политической правовой нормы, на то и «скрываются» в правотворческом процессе за образом этих должностей, потому что делают эту работу *на профессиональной* основе, переставая быть *обычными* людьми или людьми-в-обществе в аутентичном понимании реализма. Нет никакой гарантии, что они в процессе формирования нормы будут руководствоваться стандартом обычной предусмотрительности и потребностями сообщества, а не различного рода политическими, экономическими, религиозными, морально-этическими, философскими или даже популистскими установками (например, в отличие от присяжных, им не то что не запрещено смотреть телевизор, они зачастую сами участвуют в популистских шоу). Во-вторых, что более важно, кардинальным образом отличаются условия и среда, в которой происходит формирование права – если в суде присяжных это напряжённая атмосфера *конкретной* человеческой судьбы и реального жизненного случая, для которого 12 случайных членов сообщества должны *отразить* стандарт обычной предусмотрительности, то во втором случае мы имеем дело с вольготной обстановкой правительственных кабинетов или колонных залов, а обсуждение ведётся в отношении абстрактных ситуаций, и норма *формируется (устанавливается)* для *воображаемых* людей, которые с ней могут столкнуться в дальнейшем. Таким образом, с одной стороны, концепция правового реализма строится на абстрактности (12 случайных непрофессиональных присяжных, их статус не идентифицируется), а с другой на конкретике – привязке к конкретным обстоятельствам для стимулирования реальных чувств (ассоциативное и интегративное мышление). С другой стороны, обратная конфигурация концепции позитивизма – субъектная конкретность, фактологическая абстрактность. Одной из ключевых категорий реализма О. Холмса, таким образом, является критерий *реальной* ординарной (обычной)

предусмотрительности, **контрастирующая с позитивистским** антагонистом – критерием *желаемой* (предписанной) обычной предусмотрительности.

О. Холмс не был идеалистом и понимал, что людям свойственны собственные страсти, способные захватить их разум и повлиять на решение по делу. Однако такие решения не должны становиться правом (раздел 2.6 выше). По убеждению О. Холмса, «среднестатистическое поведение», выявленное при помощи жюри в конкретном деле, может быть обобщено до закономерности (нормы), поскольку является неизменной константой и в рассматриваемых конкретных обстоятельствах теоретически будет всегда одним и тем же при условии, что работа жюри была построена надлежащим образом и «очищена» от влияния их личных пороков и предрассудков, для чего, в отличие от парламентского правотворчества, создаётся жёсткая процессуальная форма, защищающая правовой процесс от субъективного влияния. А если речь заходит о правовом материале, который является относительно неизменным (постоянным), то становится ясно, что с таким материалом уже могут постепенно начинать работать профессионалы – юристы, анализируя и обобщая его. Именно здесь правовая доктрина О. Холмса органично **переходит от фигуры жюри присяжных к фигуре судьи** и его роли в правовой жизни общества.

Таким образом, в первую очередь **реализм** О. Холмса проявляется в **отношении к источнику права**, то есть к силе, которая формирует его содержание (следовательно, и в отношении к содержанию права), а также к способу его формирования. **Во-первых**, речь идёт о *реальной «повседневной» жизни* людей (реальном жизненном опыте) как о базисном критерии правомерности, то есть о *реалиях общества* – самих людей, которые представлены присяжными, а не о политических или экономических элитах, лоббирующих интересы в законодательном органе. **Во-вторых**, речь о проникновении в *реальную сущность* спорной жизненной ситуации посредством его рассмотрения присяжными без юридической подготовки, а не об абстрактном и формальном применении текстуальных источников. **В-третьих**, речь о *реальной, а не мнимой необходимости ограничения прав* (правового

регулируемого): присяжные, как было показано, зачастую выступают конституционным барьером – они пойдут на осуждение человека только там, где это действительно требуется в интересах общества, и оправдают там, где стремление государства излишне. **Наконец**, речь о *реальном механизме* выявления «стандарта среднестатистического благоразумия». Первичная черта реализма О. Холмса именно в том, как изначально появляется в жизни (когда ещё нет чёткого представления о норме для той или иной ситуации) и затем проясняется стандарт среднестатистического человека: собираются 12 случайных граждан («twelve men taken at random from the street»), которые решают конфликт исходя из принципа нормального течения повседневной жизни, и их решение приравнивается к среднестатистическому, *ведь они и есть жизнь*.

В качестве **закрепляющего итога настоящей главы** наиболее контрастно уловить смысл идей О. Холмса о первичном (реальном) источнике права поможет обращение к словам О. Шпенглера, который сравнивал реальные, жизненные «благородные нравы» и «прочую мораль» в таком же ключе, как можно сравнить суть правовой доктрины О. Холмса с сутью прочих (нормативных) концепций. Шпенглер писал: «Благородные нравы – это совершенно **бессознательный результат долгой и постоянной муштры**²⁷⁴. Им **обучаются, вращаясь в обществе, а не из книг**. Они – **чувствуемый такт, а не понятие**. Прочая же мораль – это инструкция, от начала и до конца расчленённая по причинам и следствиям, а потому её можно выучить: она есть *выражение убеждения*»²⁷⁵. В совершенно точно таком же ключе следует смотреть на соотношение правового реализма с правовым позитивизмом или метафизикой, таким же видел его сам О. Холмс: реальное право создаётся обычной повседневной *жизнью* здравомыслящих и рассудительных людей – общественной *практикой*, стандарты поведения в которых *чувствуются* членами сообщества в процессе этой жизни-практики (*бессознательно*), а не создаются искусственным образом по *убеждению* тех или иных лиц в виде логически выверенных инструкций (именно

²⁷⁴ Аналогом «постоянной муштры» в теории О. Холмса можно рассматривать жизнь человека-в-обществе как таковую, постоянное соприкосновение с людьми вокруг, взаимную обусловленность членов сообщества, необходимость считаться с другими.

²⁷⁵ Шпенглер О. Указ соч. С. 801.

слепое поклонение «расчленённым по причинам и следствиям» конструкциям пост-римского права как дань «моде», а не опыту, О. Холмс категорически отвергает). Более того, Шпенглер продолжает: «У всякой жизни *есть* нравы; иначе её невозможно и мыслить. Они имеются даже у играющих детей. Те сразу же и сами по себе знают, что подобает, а что – нет. Хотя никто этих правил не диктовал, **они уже здесь. Они возникают совершенно бессознательно из «мы», образующегося в единообразном такте кружка...** Необразованные люди и дети обладают на этот счет **удивительно тонким чутьем.** Однако детям приходится выучить ещё катехизис. Из него они узнают о благом и злом, **которые установлены**, а нисколько не самоочевидны. Нравы – это не то, что *истинно*, но просто *есть*. Они **выращены, прирождены, прочувствованы...** В противоположность им **мораль никогда действительностью не является...**»²⁷⁶.

Чтобы уловить идейную корреляцию, достаточно было бы вспомнить слова О. Холмса о том, что в праве должны отражаться реальные чувства и потребности сообщества (в аспекте стандартов поведения в повседневной жизни) независимо от того, хорошие они или нет в чьём-то понимании²⁷⁷ (*не то, что истинно, но просто есть*). Схожая логика и во взглядах О. Холмса на соотношение морали и права, образно выраженных в концепции «плохого человека» (bad-man theory)²⁷⁸, о которой будет сказано в разделе 4.3.

Однако ещё больше понять критерий дифференциации помогают другие слова: Холмс рьяно отстаивает, что реальное право не может быть продиктовано, «оно уже здесь», в практике повседневной жизни общества («мы») здесь и сейчас, оно «выращено, прирождено, прочувствовано» и ничто больше им быть не может (чего стоит одна только его фраза «**Просто омерзительна [ситуация], когда нет более веского обоснования [действию] законодательной нормы, чем то, что она была установлена во времена Генриха IV. Еще более отвратительно, если соображения, легшие в основу установления данной нормы, давно перестали быть релевантными, но она продолжает существовать просто из-за слепого**

²⁷⁶ Шпенглер О. Там же.

²⁷⁷ Holmes O.W. The Common Law. P. 39.

²⁷⁸ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 992.

подражания прошлому²⁷⁹»). Показательно, что, как и у Шпенглера, к доктрине Холмса относим тезис о «необразованных людях», поскольку, как было показано в настоящей главе, именно как право «обычных» людей Холмс описывает онтологию *common law*, квинтэссенцией чего становится принцип «усреднённости». Холмс то и дело говорит о том, что конфликты должно решать исходя из того, как бы поступил в этой ситуации человек обычного склада ума и чувства предусмотрительности²⁸⁰.

Может показаться странным, будто Холмс говорит, что право – это то, что Шпенглер называет нравами, но это не так. Это было бы бессмыслицей, ведь нравы действительно в качестве самостоятельной социальной сущности формируются в жизни конкретного сообщества и существуют сами по себе. В аспекте понимания правовых идей О. Холмса важно не отождествить одно с другим, а уловить принцип дифференциации социальных регуляторов (реальных жизненных и не-реальных диктованных). По Холмсу, действительно, первичный источник права очень похож на бессознательно образующиеся в единообразном общественном такте нравы, но право – это зафиксированный результат такого образования, усредненный срез нравов, их «очевидная тенденция», процессу определения и закрепления которой будет посвящена следующая глава.

²⁷⁹ Holmes O.W. *The Path of the Law*. P. 1001. Имеется в виду, главным образом, подражание римскому праву.

²⁸⁰ Пример с непреднамеренным причинением смерти прохожим со стороны рабочих-высотников см.: Holmes O.W. *The Common Law*. P. 52.

3. О. ХОЛМС О ПРЕДНАЗНАЧЕНИИ ТЕОРИИ ПРАВА И РОЛИ СУДЬИ В СИСТЕМЕ COMMON LAW

3.1. Общее осмысление сути судейской деятельности, места и роли судьи в системе права.

Первая и вторая главы настоящего исследования подготовили плодородную почву для того, чтобы восполнить пробел в юридической науке и обоснованно отвергнуть (как минимум, в отношении теории О. Холмса) главные критические постулаты, чаще всего используемые для атак на социологическую школу права. Проф. Е.А. Фролова обобщила наиболее распространённые **мотивы таких «обвинений»**: естественно-правовая школа не может смириться с «приоритетным значением судьи в государстве», когда «решение судьи определяется по преимуществу собственным правосознанием», а его «фактические действия становятся формально неограниченными»; сторонники же формальной догматики не могут понять, как же, с точки зрения социологов, «отличить правовые отношения от неправовых»²⁸¹ (ведь на бумаге «ничего не записано»).

Несостоятельность первой группы критических доводов применительно к учению О. Холмса уже была обнаружена неоднократно: начиная *ошибкой классификации* (непонимание разницы между реалистами и сторонниками «теории судебных решений», см. раздел 1.2 главы 1), продолжая *ошибкой методологии*, когда идеи реализма экстраполируются на реалии континентальной судебной системы (см. там же, а также историческую сущность судебного права в Англии и США – раздел 1.4 главы 1), и заканчивая *опровержением трёх тезисов* о случайности, субъективности, непредсказуемости (неопределённости) судебного права в теории О. Холмса (разделы 2.5-2.6 главы 2). Было показано, что теория О. Холмса не просто находится в русле, а стоит в авангарде англо-американской правовой аксиомы о том, что «гораздо лучше правление посредством заранее известных и единых для всех правил, нежели посредством непредсказуемого и произвольного усмотрения власть имущих» (раздел 2.3 главы 2). Существующее **непонимание, почему работа американского судьи не может**

²⁸¹ Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность. Указ. соч.

рассматриваться в качестве «произвольного усмотрения власть имущих», возможно только при недостаточно глубоком (поверхностном) проникновении в труды О. Холмса. Ранее было объяснено, какая именно материя, с точки зрения О. Холмса, в действительности является первичным источником права, определяющим суть деятельности судьи и выступающим не только **сдержкой судейского усмотрения**, но и гарантом против тирании парламента – жизненный (повседневный) опыт, принцип «усреднённости» и «совесть социума», воплощённые в институте **жюри** (см. все разделы главы 2 в совокупности). **Ни присяжные, ни судья** согласно учению О. Холмса **не имеют неограниченной власти**: первые не имеют права руководствоваться личными мотивами, «моральями» или «причудами», иначе их решение не может считаться правом; а вторые не могут рассматриваться в качестве изначального, самостоятельного и единственного правотворца отдельно от первых и от первичного источника права – в теории реализма их **правотворческая функция не берётся из ниоткуда**, она поставлена в начальную **зависимость** от жизни («повседневного опыта»), жюри, «совести социума». А если право, создаваемое судьей, перестаёт соответствовать первичному источнику и актуальным чувствам сообщества, то ему надлежит вернуться к помощи жюри (об этом имеется отдельный сюжет у О. Холмса), а если он этого не сделает, то, как доказывает сама история common law, общество само восполнит недостаток и может даже поставить судью «на место». Поэтому псевдонаучными следует признать попытки представить реализм как правопонимание, «базирующееся на отсутствии прочной юридической основы предпринимаемых действий и уверенности в их результат[e] (право есть то, что решил суд, а не то, что записано в законе), [р]ешение юридических дел в данном правопонимании может происходить с большой долей вероятности в пользу экономически и политически сильного в ущерб слабым»²⁸². Последний тезис особенно фантазмагоричен с учётом исторически закреплённой конституционной функции жюри (особенно civil jury) для защиты закона от воздействия произвола, корпоративного или коллективного гнёта (раздел 1.4.1 диссертации).

²⁸² См., например: Лагун Д.А. Общая теория права: курс лекций. Минск: БГУ, 2010. 184 с.

Что касается второй порции критики, формалисты могут «вырыть яму» самим себе, если вникнуть в суть вопроса с позиций учения О. Холмса. Именно реализм О. Холмса стоит на том, что главным источником права является взятый из *реальной* жизни людского сообщества универсальный принцип (стандарт) добрососедства и общежития, единый и доступный для всех умственно развитых и здравомыслящих людей *в силу самой природы* человека-в-обществе, независимо от уровня образования, экономического состояния, социального статуса – это стандарт «усреднённости» (см. разделы 2.1-2.2). Общий стандарт-принцип, выведенный О. Холмсом из онтологии *common law* (неполитического права общества – *обычных* людей, см. раздел 1.3), берётся применительно к конкретным отношениям *не из фантазии* определённых людей (чиновников, депутатского корпуса, учёных и т.п.), *а из общего опыта нормальной (повседневной) жизни* неперсонифицированного сообщества, в том числе с помощью жюри присяжных. Именно **усреднённость, обычность** (средний – ни выше, ни ниже) и **практическая** (опытная, жизненная) основа делают право доступным для осознания и применения в повседневной жизни обычным человеком. Как раз при таком подходе субъект имеет прямую возможность самостоятельно понять, как поступил бы в определённых условиях человек «обычного благоразумия и предусмотрительности», предчувствовать общую осуждаемость (порицаемость) тех или иных действий (**отличить правовое от неправового**), и руководить своим поведением, основываясь на этом чувстве (предвидении – см. раздел 2.5), будучи уверенным, что именно так его в спорной ситуации рассудит «эквивалент среднестатистического благоразумного человека» – жюри. Более того, как было показано ранее, О. Холмс вовсе говорит о том, что добросовестному человеку, руководящему своими действиями по принципу среднего благоразумного члена сообщества, не требуется целенаправленно задумываться о правомерности своего поведения, поскольку испытываемое им негативное чувство вины (порицания, осуждения) в отношении определённых действий совпадает с **общими чувствами** (*common sense*) сообщества, включая жюри, то есть даёт непосредственную возможность отличать правовое от противоправного и неправового, а значит

превентивно защищает его от совершения правовых проступков. Другие действия не являются объектом правового регулирования и не могут стать причиной правообразования, поскольку отсутствие доказательств *реального (усреднённого)* порицания за их совершение делает невозможным *реальное предвидение* их противоправности обычным человеком (не юристом). Именно этим реализм кардинально отличается от позитивизма и метафизики и именно поэтому он занял особое место в истории правовых учений, а вовсе не из-за пресловутого тиражирования фразы о предсказании судебных решений.

А что на это ответят формалисты? Закреплённым (записанным) и якобы заранее известным текстом закона? Текста, который даже по самой процедуре берётся не из «жизни», а из чиновничьих рассуждений? Текста, общие формулировки которого толкуются вовсе не *судом* с участием *жюри* по опыту реальной повседневной жизни, а *судьями* исключительно как «знатоками юриспруденции» с помощью логико-дедуктивного метода без участия и какого-либо контроля со стороны общества? Здесь даже на уровне самой концепции отсутствует возможность для обычного человека предвидеть реальное содержание права, поскольку между прочтением (пониманием) текста закона обычным человеком и прочтением (пониманием) этого же текста профессиональными юристами – необъятная пропасть.

Конечно, в некоторых аспектах учение О. Холмса имеет оттенки утопичности, а его принципы не всегда строго соблюдаются в жизни (не стоит забывать, что это, как и любое другое учение, в первую очередь научное осмысление эмпирики, а не нормативная инструкция), но на каждый такой случай О. Холмс предусмотрительно указывает погрешность (например, не отрицает возможность тенденциозности жюри присяжных, зато в своей теоретической системе сразу исключает такие эксцессы из понятия «право» ввиду нарушения принципа надлежащего формирования). Это вовсе не умаляет значение того факта, что при соблюдении указанного принципа появляется возможность «увидеть» реальное содержание «общественного» права. В случае же с формализмом, как ни крути, всё остаётся на уровне предположений: судьи якобы

своими умственными усилиями выявляют «смысл» закона и «намерение законодателя», который якобы представляет волю общества, *реальное* содержание которых никогда, даже при соблюдении всех процедур, не может быть достоверно обнаружено. Итак, исчерпав часть претензий, нам осталось ответить на один из важнейших вопросов: **если не «бесконтрольным законодателем», то кем же тогда является судья** в реалистическом учении О. Холмса и в чём же на самом деле заключается его первостепенное значение для системы права. Помимо этого, в настоящей главе будет продемонстрировано, как, с точки зрения теории О. Холмса, понимание сути и последовательности судейской деятельности, а также её результаты обеспечивают возможность «отличать правовые отношения от неправовых». При рассмотрении этого вопроса необходимо постоянно иметь в виду раскрытую в предыдущей главе сущность категорий «среднестатистического благоразумия» (average prudent man), «повседневный / общий опыт» (daily / common / general experience), «чувствование [жизни] сообщества» и «совесть социума» (feeling of the community), а также раскрытое в первой главе понятие правовой доктрины (legal doctrine) в системах common law.

На данном этапе мы имеем следующую незаконченную картину правотворческого реализма: (1) люди по природе обладают общим умственным аппаратом, органами чувств и свойством интенциональности; (2) они живут в конкретном сообществе (вплоть до государства), «помещены» в его условия и соприкасаются с ними каждый день; (3) люди-в-сообществе взаимодействуют друг с другом и накапливают опыт такого взаимодействия, вступают в отношения друг с другом (*опыт повседневной жизни*); (4) происходит социо-ориентированное и обусловленное жизнью-в-обществе развитие умственного аппарата благодаря самосознанию человека-в-обществе (включая интенциональность); (5) при прочих равных умственно-аналитических условиях (принцип «усреднённости» и «уравнивающего обобщения») человек-в-обществе, имея *достаточный опыт* обычной повседневной жизни (первичный источник права), способен *понимать*, как в тех или иных условиях поступит «человек среднестатистического благоразумия», чтобы совершить то или иное действие, не

причиняя вред окружающим (чувство правового поведения), а также предчувствовать (*предвидеть*), какой вариант поведения вызывает чувство осуждения (*порицания*) с точки зрения указанного опыта; **(б)** в случае причинения вреда или возникновения конфликта *опыт* обычной повседневной жизни для определения правомерности поведения *обнаруживается судьёй, в том числе с помощью жюри* (или благодаря накопленным с их участием свидетельствами такого опыта), являющегося «эквивалентом человека среднестатистического благоразумия», чьим подсознательным инструментом, формирующим чувство осуждения-порицания (*производная от опыта* – источника права), является принцип «усреднённости».

Переходя к фигуре судьи в своём учении, О. Холмс развивает мысль о том, что формируемое жизнью право (разделы 2.1-2.5 диссертации) при соблюдении необходимых условий является «неизменной константой», «теоретически будет всегда одним и тем же, «позволяет предвидеть стандарт поведения», «не предполагает возможности обрушения силы общества на человека случайно или по прихоти какой-либо группы людей», а этот «внешний (объективный, а не субъективный) стандарт, обнаруживаемый опытным путём, должен быть зафиксирован (разделы 2.6-2.7 выше). Связывая законодательную функцию судов с описанными представлениями о «реальных» источниках права (повседневная жизнь, опыт, отношения → принцип «усреднённости» → устойчивое чувство порицания, осуждения, виновности), **О. Холмс логически рассуждал**, что если обязательства (гражданские, уголовные) возникают из-за несоблюдения **сложившихся в ходе повседневной жизни единообразных «внешних» правил поведения**, которые предполагаются заранее известными и которые каждый «нормальный» (*ordinary*) человек не только способен, но и должен предвидеть, то **рано или поздно появляется возможность достаточно чётко** («до некоторой степени определенности») **сформулировать стандарт поведения (норму).**

«Это, в конечном счете, и является прерогативой (предназначением, ремеслом – *business*) судебной власти», – пишет О. Холмс²⁸³ и продолжает:

²⁸³ Holmes O.W. The Common Law. P. 102.

«Очевидно, что норма уравнивающего обобщения (безразличное к незначительным характеристикам личности общее правило, принцип «усреднённости» - Б.Л.), согласно которому подсудимый (ответчик) обязан проявлять такую степень осторожности (заботы – care), как это сделал бы среднестатистический благоразумный человек в определённых обстоятельствах, должно постепенно **уступать место вполне конкретной норме**, согласно которой он обязан применять ту или иную **конкретную меру** предосторожности при тех или иных **конкретных обстоятельствах**. Норма, к которой подсудимый (ответчик) должен был прийти своим разумом, является стандартом определенного поведения **в ответ на определённые обстоятельства**, в которых он оказался (specific acts or omissions, with reference to the specific circumstances). **Если бы [...] суды не развили [этот опыт] до какого-либо определённого умозаключения**, кроме как до стандарта общей осмотрительности (которым пользуются присяжные –Б.Л.), и оставляли бы каждое дело, подобно кораблю в открытом море без руля и компаса, на откуп присяжным, то они просто признались бы в своей неспособности изложить значительную часть закона, знание которой требуют от граждан, и тем самым подтвердили бы косвенно, что из опыта (практики) невозможно **извлечь полезный правовой урок** (уяснить чёткое правило –Б.Л.). Но ни суды, ни законодательные органы никогда не придерживались этой позиции»²⁸⁴.

Почти через 20 лет после цикла лекций «The Common Law», будучи уже Главным судьей Массачусетса с большим опытом судейской работы, О. Холмс уверенно подтверждает свои слова и говорит, что каждый раз, когда судья уклоняется от принятия решения о том, соответствует ли определенное поведение стандарту среднего благоразумия и осмотрительности, **«он открыто признаётся в своей неспособности обозначить закон**, и что (...) когда вопрос права достаточно очевиден, мы можем **[сами] решить** его, так как это – долг нашей

²⁸⁴ Там же. Эти слова ещё раз подчёркивают тезис об объективном характере категории **blameworthiness** как критерия правомерности, основанного на восприятии поведения не в целом (абстрактно), а в привязке к известным жизненным обстоятельствам (неделимость фактов и права), что в целом пронизывает реализм Холмса идеей об уникальности каждого дела (набора фактов) и необходимости обязательного погружения судьи в каждую ситуацию заново без заранее установленной нормы.

службы»²⁸⁵. Эту мысль он подкрепляет простыми **примерами**: если человек стреляет в совершенно пустой прерии и случайно попадает в прохожего, кого не должно было там быть, его поведение очевидно не противоправно (не вызовет чувство осуждения-порицания с точки зрения человека среднестатистического благоразумия); если он делает это на улице города – поведение очевидно противоправно; если человек переходит железную дорогу, когда поезда не видно за тысячу ярдов, то в случае несчастья у него возникает правомерная надежда на компенсацию; если же он делает это перед приближающимся через 10 футов со скоростью 600 миль/ч скорости – он очевидно действует неблагоразумно и не может надеяться на правовую поддержку²⁸⁶. По мысли Холмса, в таких простых ситуациях, когда стандарт среднего благоразумия очевиден из общего опыта жизни сообщества (*common sense/experience*), долг судьи – без лишней «суеты» самостоятельно констатировать право и принять решение без помощи жюри²⁸⁷.

О. Холмс справедливо рассуждает, что **если система**, описанная во второй главе настоящего исследования и основанная на жизни (опыте) в качестве первичного источника права, **позволяет** любому «нормальному» человеку **заранее предвидеть** правовые чувства сообщества (правомерность или противоправность поведения), то есть заранее сформировать понимание о стандарте поведения, и если достаточный объём такого опыта **уже накоплен** сообществом (жизнью, практикой, в том числе с присяжными), **то судья** – человек, который профессионально посвятил себя этому процессу, – рано или поздно приобретает способность не хуже любого присяжного формулировать этот стандарт и выражать **общее чувство (интерес) сообщества – здравый смысл (common sense)** применительно к **повторяющимся** в практике фактическим обстоятельствам. О. Холмс настаивает, что речь не просто о *способности* судьи сделать это, а о том, что у судьи в силу его должности и призвания должен быть

²⁸⁵ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 457.

²⁸⁶ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 458.

²⁸⁷ Обращение к жюри, тем не менее, сохраняется и по-прежнему играет важную роль в правотворческом процессе, когда закон «неясен», когда появляются новые факты социальной реальности и когда обстоятельства дела настолько уникальны, что судья не может применить к ним общий принцип из уже существующего обобщённого опыта, связанного с другими существенными обстоятельствами объективной реальности. Об этом О. Холмс говорил отдельно, что требует дополнительного исследования.

профессиональный *интерес* сделать это. Логично, если фактические обстоятельства дел похожи и не имеют различий принципиального характера (только «поверхностные», несущественные различия фактов), то было бы странным и явно не соответствующим уровню компетенции и высокому предназначению судейской должности постоянное беспорядочное обращение за помощью жюри для определения стандарта поведения в этих обстоятельствах.

Судья, в отличие от присяжных, видит выносимые ими – обществом – вердикты каждый день и, естественно, способен сделать из неоднократно повторяющихся позиций (из неоднократно обнаруженного **однородного опыта** повседневной жизни) определённые выводы. Во-первых, жюри присяжных, хоть и является обезличенным эквивалентом «совести социума», но собирается для решения вопроса права в каждом конкретном деле, после чего жюри распускается, и на этом работа присяжных прекращается. То есть их деятельность ограничивается *временными рамками* конкретного судебного разбирательства. Во-вторых, жюри выражает «совесть социума» в отношении конкретного лица (группы лиц) и конкретных обстоятельств. То есть их деятельность ограничивается также *субъектными и объективными характеристиками* конкретного судебного разбирательства.

Другими словами, от них требуется по принципу «усреднённости» («уравнивающего обобщения») стать эквивалентом человека «среднестатистического благоразумия» и выразить общий стандарт относительно увиденного, а не сформулировать нормативное положение. Совершенно иначе судья, рассматривающий с присяжными аналогичные дела изо дня в день, выполняет свою профессиональную миссию непрерывно, **впитывая от жюри реальный опыт** правовой жизни общества. Профессиональная задача судьи – не просто следить за порядком в зале, размахивая молотком, а **рефлектировать** над постоянно наблюдаемым свершением жизненного опыта (реального права), работать как с увиденным опытом, так и с уже запечатлённым в свидетельствах о праве (прецедентах), обобщать полученный опыт и делать выводы. **Одной из центральных идей реализма О. Холмса** является то, что «право

последовательно (*gradually* – постепенно, поэтапно, дело за делом, опыт за опытом – Б.Л.) обогащает (букв. «наполняет» – *enriching*) себя [материалом] из повседневной жизни (*from daily life*), как оно и должно быть»²⁸⁸, а судья является неотъемлемым институциональным механизмом этого процесса. «Право – это не наука, но его сущность в опыте (эмпирике – *is essentially empirical*)»²⁸⁹.

Правовой стандарт, как было показано в разделах 2.5-2.6 диссертации, является внешним (объективным) и всегда привязан к реакции членов сообщества на очевидную тенденцию того или иного поведения в тех или иных конкретных фактических обстоятельствах²⁹⁰. Если предвидеть (предчувствовать) норму повседневной жизни для обстоятельств, часто встречающихся в такой жизни (аналогичных, но не тождественных) должен обычный человек, будь то подсудимый или присяжный, то **О. Холмс считает нелепым отрицать способность судьи сделать то же самое**. Равно логично, что судья, постоянно работающий с эквивалентом благоразумного члена сообщества (жюри), то есть с опытом повседневной жизни, накапливает гораздо более богатую эмпирическую основу и приобретает больше компетенции судить именно об *общих* чувствах и *общем* опыте сообщества (***common sense / common experience***)²⁹¹, *нежели каждый раз заново* выхватываемые из общества люди, чьё чувство правомерности (порицания) вызывается конкретными обстоятельствами *одного* дела, то есть, несмотря на все достоинства этого института, предполагает некоторую долю погрешности на эту конкретику. **Главнейшим предназначением судьи и сутью профессии согласно теории реализма**, следовательно, является не толкование формальных норм (дедуктивные манипуляции) и не работа с законодательным текстом, а постоянная работа с *общим жизненным опытом* сообщества (общественными отношениями) **с целью обнаружения (предвидения) реальных** (жизненных, полученных опытным путём)

²⁸⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 110.

²⁸⁹ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. Cit.

²⁹⁰ Holmes O.W. The Path of the Law. Harvard Law Review. P. 1003.

²⁹¹ Далее по тексту категория ***common sense*** будет использоваться без перевода в понимании, изложенном в настоящем разделе (выражаемые судьей общие чувства (опыт) сообщества). Примечательно, что здесь мы снова видим согласованность общих установок теории О. Холмса с утилитаризма Дж. Бентама, который писал, что «законодательство должно, наконец, найти непоколебимую **основу в чувствах и опыте**», хотя, как уже было сказано ранее, это не привело к согласованности итоговых и центральных постулатов их концепций.

стандартов поведения, их формулирования и последовательного, эффективного применения, **в том числе быстро и самостоятельно** (без правотворческой нагрузки на жюри), **когда уже не возникает сомнения (неопределённости)** относительно того, что очевидная тенденция определённого поведения при определённых обстоятельствах (manifest tendency of act)²⁹² по накопленному опыту (общим чувствам) сообщества заслуживает порицания (blameworthiness). Опытный судья не должен, по убеждению О. Холмса, будто умственно неспособный, постоянно обращаться к жюри с вопросом права, если не вызывает сомнения, каким должно быть поведение и меры предосторожности человека усреднённого благоразумия (average prudent man), попавшего в ту или иную жизненную ситуацию с риском причинения вреда окружающим, исходя из общего опыта (общих чувств) сообщества (common sense and common knowledge)²⁹³. Чтобы обеспечить эффективное и стабильное развитие правовой системы, он **не просто может, а должен давать жюри подробные инструкции по вопросам права, если имеется твёрдая уверенность в стандарте усреднённого благоразумия**²⁹⁴. Возвращаясь к претензиям об отсутствии в теории реализма прочной и чёткой основы правовых явлений, в контексте сказанного на них ответит ещё одна позиция судьи О. Холмса, высказанная уже в качестве члена Верховного Суда США: «Общее право – это **не загадочная вездесущность далеко в небе, а совершенно отчётливый голос определённого суверена или квази-суверена, который может быть чётко идентифицирован (установлен, обнаружен – can be identified)**»²⁹⁵. В контексте вышесказанного становится ясно, что сувереном в данном случае является сообщество, а квази-сувереном – судья. Их полномочия, как будет показано, имеют одну природу и одну цель, но одни первичны, а другие вторичны, и они отличаются в степени конкретизации формируемого права.

²⁹² Примечательно, что понятие общей явной тенденции (направленности) поведения - manifest tendency of the act – это прямой постулат утилитаризма Бентама и последователей (теория felicific calculus), в том числе «плохая», т.е. неправомерная, тенденция (есть evil и good tendency). См.: Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Kitchener, 2000. 248 pp.; о взаимоотношении теорий Холмса, Бентама, Остина и Харта см.: Kellog F.R. Op. cit. Pp. 109-113.

²⁹³ Holmes O.W. The Common Law. P. 104.

²⁹⁴ См. об этом, например: Holmes O.W. The Common Law. P. 109, 113.

²⁹⁵ Southern Pacific Company v. Jensen, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Oliver Wendell Holmes, dissenting).

Таким образом, стандарт общей предусмотрительности, он же принцип «усреднённости», он же «уравнивающее обобщение» – это своего рода принцип права, он действует, как и все принципы, вообще, универсально, но постепенно сменяется более точными правилами. Из него постепенно, *опытным* путём, в результате неоднократного применения его к конкретным жизненным ситуациям, могут быть выведены уже узкие правовые нормы – правила поведения в той или иной ситуации («as fast as specific rules are worked out in place of the vague reference to the conduct of the average man»²⁹⁶). Например, если оставление опасного животного без присмотра, пусть и по небрежности, раз за разом причиняет вред людям и вызывает осуждение присяжных, то в определённый момент судья **должен «впитать» жизненный опыт** присяжных и уяснить очевидную тенденцию, имеющуюся в общественных отношениях (manifest tendency). Тогда опыт судьи применительно к определённому пласту общественных отношений не уступает опыту обычного человека, а, напротив, превосходит его и наделяет его способностью чувствовать здравый рассудок и общие ценности (чувства, интересы) общества (common sense) не хуже среднестатистического присяжного:

«Если определенное суждение является верным в ясных схожих делах, то логическое следствие из этого не заставит себя ждать. Факты довольно редко в точности повторяются на практике, но сами ситуации (судебные дела), за исключением относительно небольших отклонений, **повторяются. Судья, достаточно долго проработавший** в качестве *nisi prius*²⁹⁷, **постепенно** (gradually) приобретает **целый капитал опыта**, который позволяет ему выявлять и представлять здравый рассудок сообщества в повседневных делах (common sense of the community in ordinary instances) гораздо **лучше**, чем среднестатистический присяжный»²⁹⁸. Важно и неслучайно, что О. Холмс использует одинаковый термин «gradually» для объяснения как процесса насыщения содержанием самого права (см. выше), так и для насыщения опытом судей, поскольку всё это происходит одновременно и неразрывно одно от другого и, по сути, отражает

²⁹⁶ Holmes O.W. The Common Law. P. 132.

²⁹⁷ Судья первой инстанции, то же, что trial judge.

²⁹⁸ Holmes O.W. The Common Law. P. 112-113.

центральную идею реализма о последовательном формировании права, которое является не застывшей сущностью, а находится в постоянном движении для того, чтобы не отставать от реальных чувств сообщества.

Очевидными целью и ценностью такой функции судьи, если она выполняется качественно, является, помимо прочего, максимальное преодоление погрешности и негативного влияния возможных случайных чувств и убеждений конкретного присяжного на процесс правообразования («всплески нравственности» и «главный дефект теоретической функции жюри», см. раздел 2.5 выше). Постепенность и последовательность формирования права за счёт накопления богатого опыта и свидетельств общественного сознания (прецедентов), очевидно, **позволяют почти искоренить вероятность появления случайной нормы права**, в чём ценность такого идейного подхода к правообразованию (от практики и жизни к норме, а не наоборот). В системе, построенной по такому принципу и исходящей от реальной жизни сообщества, где правом должен стать только стандарт, адекватность которого чувствам (интересам, потребностям) сообщества *доказана* опытом и практикой, теоретически невозможно создать норму, которая выходила бы за рамки жизненной необходимости и которая в итоге показала бы свою неэффективность, что имеет место повсеместно в случае с искусственно (логически) разработанными формальными нормами законов в континентальной системе. Исходя из этих отправных начал в теории реализма **нельзя взять конкретную общую норму только из одного случая (дела)**²⁹⁹. Только когда накопится достаточное количество общего опыта за счёт того, что присяжные меняются, меняется их количественный и качественный состав, а вердикты при этом единодушны (и в большинстве единогласные, что не допускает тирании большинства – разделы 1.4, 2.5-2.6), тогда есть основания говорить об общей **закономерности** в отношении той или иной известной жизненной ситуации.

Следовательно, на определённом этапе развития той или иной сферы общественных отношений судьи **набираются уверенности самостоятельно**

²⁹⁹ См. подробнее о доктрине hard cases в разделе 4.2 диссертации.

сформулировать конкретную правовую норму: к примеру, в приведённой ранее ситуации с животным норма будет такая – запрещается оставлять опасное животное без присмотра и средств контроля. А в случае нарушения такого стандарта судьи уже самостоятельно – без обращения к присяжным с вопросом права – могут объявить поведение противоправным. О. Холмс констатирует: «Когда же будет достигнуто более точное и конкретное правило поведения, [человек] должен будет подчиняться ей на свой страх и риск в равной степени»³⁰⁰.

Предвидя возможное недопонимание, будто бы судья в таком случае действительно наделяется властью самостоятельно создавать любые правовые нормы, какие только заблагорассудится, без какой-либо прочной основы, О. Холмс объясняет, что появление чётких внешних критериев для решения вопросов о наступлении ответственности, присуждении компенсаций и т.п., хотя и демонстрирует тенденцию, согласно которой право **становится всё более и более конкретизированным** благодаря судебной практике и писаному законодательству, но вовсе не отменяет и **«не противоречит общей теории оснований возникновения ответственности»**, то есть принципу «усреднённости», стандарту среднего благоразумия и общим чувствам (опыту) сообщества, о которых велась речь ранее.

О. Холмс подчёркивает: **«Именно степень конкретизации, а не сама природа правовой нормы является объектом дискуссии»**³⁰¹. Вне зависимости от того, кем и как она обнаруживается (жюри или судьей), **природа правовой нормы остаётся неизменной**. Она в любом случае заключается в том, что человек на свой страх и риск должен соответствовать внешнему стандарту среднего (обычного) благоразумия исходя из того, к чему могут привести его действия в данных обстоятельствах. А вот **степень конкретизации** этого стандарта – это то, что отличает первичное право, не формулируемое, но обнаруживаемое присяжными, от производного права, то есть как раз более точных норм, формулируемых судьёй.

³⁰⁰ Holmes O.W. The Common Law. P. 103.

³⁰¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 102.

Именно здесь в теории О. Холмса начинается **речь о норме права** в том смысле, который привычен для континентальной или позитивистской юриспруденции – конкретно сформулированном стандарте поведения. Эта категория является **вторичным**, производным от принципа «усреднённости», **источником общего права**. **Основной смысл** идей О. Холмса в данной части в том, что право не стало бы эффективным регулятором общественных отношений, если бы не вышло за рамки общего представления о принципе «усреднённости» (стандарте среднего благоразумия) и если бы из этого общего принципа не были бы постепенно опытным путём выведены более чёткие представления о правомерном и противоправном («усвоены уроки»), позволяющие членам сообщества с уверенностью и без дополнительных усилий учитывать их при планировании своей жизнедеятельности. Если бы судьи не предприняли усилий к обнаружению и фиксации общей (очевидной) тенденции среднего благоразумия применительно к повторяющимся в практике жизненным обстоятельствам, то, без сомнений, это отразилось бы на характере и степени **правовой определённости**, людям было бы сложнее уверенно руководить своими действиями, а разрешение споров всегда осложнялось бы длительной и затратной во всех планах процедурой исследования вопроса о стандарте поведения (вопрос права – standard of conduct, question of law) с помощью института жюри, который теоретически хотя и мерило благоразумия, но фактически всё же может давать «сбои».

Взгляд О. Холмса на последовательность исторического развития права как творения человеческой цивилизации, совершенствующегося по мере развития самого человечества, основан на центральном принципе этого процесса – **сокращение правовой неопределённости и конкретизация** (но не создание с «нуля») стандартов поведения в сообществе с целью очевидного повышения продуктивности отношений между его членами и большей уверенности в защищённости частных прав. По убеждению О. Холмса, в самом начале человеческой цивилизации и в ранние времена её развития жизненные ситуации (споры) не были такого рода, чтобы предполагать какой-то их анализ, поэтому институт небрежности, прежде чем возникла необходимость или возможность его

анализа и совершенствования в целях правового регулирования, использовался в течение длительного времени как очень простой элемент для определения *действительного* психолого-интеллектуального состояния нарушителя, не предполагающий отвлечённого от его личности внешнего стандарта³⁰². Затем развитие и **усложнение общественных отношений потребовало** уже не имплицитного, а **эксплицитного подхода** к определению благоразумности поведения в конкретных ситуациях, то есть перехода к внешнему (объективному) стандарту средне-благоразумного человека **за счёт анализа накопленного общего опыта** сообщества, а не внутреннего состояния индивида. Однако, как объясняет О. Холмс, развитие права **не могло остановиться и на этой стадии**, а опыт работы с общим внешним правилом (принципом) усреднённости должен был постепенно дать ясность внешних уже конкретных правил, касающихся тех или иных известных случаев человеческого взаимодействия: «Со времен Альфреда [Великого] и до наших дней **предназначением законов и судебных решений является определение (прояснение)** таких мер предосторожности (precautions), которые следует предпринять в тех или иных конкретных широко распространённых ситуациях; то есть **на место широкого (размытого) критерия** осторожности среднестатистического благоразумного человека (**vague test of the care exercised by a prudent man**) **приходит точный критерий** [благоразумности (правомерности)] конкретного действия или бездействия. Фундаментальная идея при этом остаётся неизменной и заключается в том, что **предписанная модель поведения – это то**, как привыкли (склонны, по обыкновению – in the **habit**) действовать [в таких ситуациях] рассудительные благоразумные люди (prudent men), или же та, которая установлена для случаев, когда благоразумные люди, если бы действовали иначе, испытывали бы сомнения»³⁰³.

Таким образом, согласно доктрине реализма О. Холмса, **миссия судьи** изначально не имеет никакого отношения к применению законодательства в том понимании, которое привычно для этого понятия в континентальной

³⁰² Holmes O.W. The Common Law. P. 104-105 (со ссылкой на решение Суда королевской скамьи от 1370 г.). О том, что современное право строится на противоположном принципе среднего благоразумия (внешнем стандарте), не учитывающем действительное состояние ума нарушителей см. разделы 2.5-2.6 главы второй.

³⁰³ Holmes O.W. The Common Law. P. 102.

юриспруденции (толкование и индивидуализация нормативных правовых актов, созданных другими государственными органами). Вместо этого реализм, основанный на онтологии *common law*, показывает в качестве имманентной функции судейской должности непосредственное (реальное) и полностью **самостоятельное от других государственных органов** погружение в общественные отношения и опыт повседневной жизни сообщества (*common / daily / general experience*) с целью обеспечения формирования и развития права в унисон с реальными общественными потребностями, развития последовательного – от широкого к точному, от принципа к конкретной норме, от практики жизнедеятельности сообщества (опыта) к сформулированному правилу, – **без заранее детерминированной и искусственно созданной системы ценностей** и без возможности придумать что-то за само общество, создать то или иное предписание «от себя», оторванное от *реального отношения* «поведение (*conduct*) → порицание (*blameworthiness*)», которое автономно формируется в самом обществе по принципу «усреднённости» и среднего (обычного) благоразумия.

Ключевым не только в вопросе формирования права, которое соответствовало бы по содержанию *действительному* правовому состоянию и интересам сообщества (правовым чувствам – *feelings of the community*, см. выше), но и глобально в вопросе общественного (условно народного³⁰⁴) представительства является категория **common sense of the community** – экстракт опыта и здравый рассудок сообщества, представлять который (см. выше) призваны именно аполитичные, нейтральные и независимые судьи, работающие с обществом каждый день непосредственно, видящие его проблемы и реальные жизненные ситуации, профессионально заинтересованные ни в чём другом, кроме развития права и эффективности правового регулирования. Категория **common sense** в данном случае синонимична категории **common (general) experience**, то есть опыту средне благоразумного человека, о котором уже много говорилось. **Такой опыт приобретают разными путями: во-первых, это собственный опыт**

³⁰⁴ Условно, поскольку общественное представительство, осуществляемое судьями в системе *common law* с источником во всём сообществе (см. разделы 2.3, 2.5-2.6), кардинально отличается по концепции от народного представительства в континентальной демократической традиции с акцентом на воле большинства.

судьи в качестве благоразумного члена сообщества (*common experience*), доказавшего это на пути к высокому статусу; *во-вторых*, самой важной частью становится, как указывал О. Холмс, опыт *nisi prius* – судьи, адвоката или прокурора, много работающих с присяжными и «впитывающих» общий опыт сообщества из повседневной практики в суде первой инстанции; *в-третьих*, это опыт, что называется, натренированный в процессе профессионального становления и саморазвития (*training*) юриста *common law*, получаемый за счёт усердного и временами изнурительного изучения бескрайних стеллажей с томами *прецедентов* (отчётов) и юридических *доктрин* – *свидетельств о праве*, то есть, собственно, свидетельств такого *common experience*, накопленных поколениями этого сообщества³⁰⁵. **Показательным примером** того, что именно судьи, а не «демократически» избранные политики рассматриваются в США в качестве «представителей» общества, способных *выразить common sense* и выступить заслоном перед попыткой политиков навязать избыточные обременительные «меры благоразумия», является недавняя ситуация с повальной принудительной вакцинацией. Президент США Дж. Байден приказал принудить всех работников страны к получению прививки от COVID-19 и назвал это решение воплощением «здорового смысла» (*common sense*)³⁰⁶, однако, Верховный Суд США отменил это решение, а судья Н. Горсач отметил, что «мы лишь выполняем свой долг привести в исполнение правовые (законные) притязания (*demands*), когда речь заходит о том, кто может управлять жизнями 84 миллионов американцев»³⁰⁷.

Таким образом, согласно учению О. Холмса, **миссия судьи** раскрывается в следующих ключевых направлениях:

1) **Обеспечение правовой определённости** («сужение области неопределённости»). Судья обобщает первичный правовой материал (индуктивная

³⁰⁵ Для понимания этого уникального способа юридического мышления, черпающего силу в системе «кумулятивного разума» и «накопительного опыта», достаточно взглянуть хотя бы на один из отчётов (*Reports*) или дайджестов (*Digest of Reports*), которые из месяца в месяц, из года в год публикуют правовые «экстракты» из судебных решений – нормы, используемые судами для разрешения конкретных дел. Для удобства их даже подразделяют по категориям (отраслям): «страховка», «морское право», «работник и работодатель», «грабёж», «продажа» и др. См., например: *American Law Review*. 1873. Vol. 7. pp. 698-704.

³⁰⁶ Fact Sheet: Biden Administration Announces Details of Two Major Vaccination Policies. November 04, 2021. Statements and releases. <https://www.whitehouse.gov/>.

³⁰⁷ *National Federation of Independent Business v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022). (Gorsuch, J., concurring).

генерализация), обнаруживает очевидные тенденции правомерного поведения (*manifest tendency of act*), впитывает ценности и разум сообщества (*common sense*) и формирует на их основе точно сформулированные общие нормы (*general rules*) и правовые доктрины (*legal doctrines*) – смысловой экстракт правовых позиций по совокупности однородных споров (см. раздел 3.2 далее). Когда судья рассматривает обычное дело, жизненная ситуация по которому (фактическая сторона) не является сложной или экстраординарной, он прежде всего должен определить очевидную тенденцию поведения подзащитного в представленных обстоятельствах (*manifest tendency of act*), а затем определить или выразить для неё общее правило – какой должна быть норма, чтобы тенденция поведения в данных обстоятельствах не была безрассудной и заслуживающей *объективного* порицания с точки зрения человека среднего (обычного) благоразумия (категории *average prudence, blameworthiness*) исходя из уже существующего общего опыта жизни и здравого рассудка сообщества (категории *common sense, common experience and common knowledge*), – после чего применить это правило к данному конкретному делу без обращения к жюри с вопросом права (соотнести очевидную тенденцию действий «нормального» человека с очевидной тенденцией действий подзащитного или истца в данном деле). Уверенная приверженность судей этим очевидным (исходя из опыта сообщества) стандартам, позволяющая сформировать обобщённое представление о норме, которая в таком обобщённом виде останется нормой, несмотря на возможность случайных или незначительных отклонений со стороны присяжных, является *залогом правовой определённости*. Сам Холмс поэтому подытожил: «*Оставить вопрос на усмотрение жюри навсегда – значит попросту оставить право неопределённым*»³⁰⁸.

2) **Обеспечение стабильности системы права.** Несмотря на то, что позиции жюри по однородным делам теоретически в целом одинаковы, всё же, в силу самой децентрализованной сути этого института они могут, во-первых, незначительно отклоняться друг от друга («колеблется из стороны в сторону») и, во-вторых, иногда давать полные сбои (если работа жюри не организована

³⁰⁸ Holmes O.W. The Theory of Torts. American Law Review. 1873. Vol. 7. pp. 654-655.

надлежащим образом и не «очищена» от предрассудков). В таких случаях судья, имеющий достаточный опыт работы с первичным правовым материалом в *nisi prius* и способный выразить *common sense*, должен, во-первых, самостоятельно установить прочный стандарт «где-то неподалёку» от «колеблющейся» позиции присяжных до тех пор, пока не появится очевидная тенденция (*manifest tendency*). Во-вторых, если очевидная тенденция уже обнаружена, доктрина известна и нет сомнений в вопросе права, судья должен либо не задавать жюри вопрос права вообще, либо преодолеть вердикт, вступающий в противоречие с устоявшейся нормой (известная «доктрина прецедента», см. подраздел 3.2.2 далее). Оба пункта подтверждают обозначенную в главах 1 и 2 некорректность понимания теории Холмса в качестве гипертрофированной теории «судей-законодателей», которые «творят, что хотят», решая дела по собственному усмотрению. Обращая внимание на неправильность такого взгляда, профессор Стэнфорда Т. Грей пишет, что предсказуемость, о которой говорит О. Холмс, была бы неизбежно подорвана, если бы предполагалась возможность судей регулярно использовать софистические аргументы для обхода силы правил, которые традиционно считались достаточно твёрдыми, чтобы поддержать конкретную сторону спора³⁰⁹.

3) **Обеспечение «реальности» содержания права.** Судья постоянно наблюдает за общественными процессами (отношениями) и той частью реальной повседневной жизни людей, которая требует правового участия, в их *действительном* состоянии. Как очевидно развивается само общество, меняются поколения, так же очевидно развивается его здравый рассудок и общие ценности (*common sense*) по принципу усреднённости. Поэтому ещё одна обязанность судей – обеспечивать такое содержание права, которое будет адекватно настоящему (*реальному*) состоянию общественных отношений, *настоящему common sense*. Судья должен следить, чтобы устаревшие (*outdated*) формализованные свидетельства «здравого рассудка» прошлых поколений (прецеденты) не мешали развитию сообщества в согласии с его *реальными* правовыми чувствами

³⁰⁹ Grey T. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice. William & Mary Law Review. 1995. Vol. 37. Iss. 1. P. 37.

(интересами). Поэтому, как пишет О. Холмс, устаревшие прецеденты (устаревшие «очевидные тенденции») должны быть отменены. Судья не должен препятствовать обновлению вторичного правового материала (доктрин) вслед за изменениями в первичном источнике права (опыт, жизнь по принципу «усреднённости»), но должен способствовать эволютивному развитию системы права.

В качестве подведения итога по настоящему разделу отметим, что в сказанном заключается **ещё одно кардинальное отличие доктрины О. Холмса от позитивизма или метафизики**: основу общего права, объясняет он, составляет реальный общественный опыт судьи, а не логические измышления или политические убеждения. Отсюда **совершенно особенная роль (статус, миссия) судьи**: максимально созвучно раскрытым в первой главе тезисам учение О. Холмса объясняет, почему должность судьи в Англии и США рассматривается больше как общественная, а не как государственная. Потому что источником судебной власти здесь является само общество и его жизнь, а не «мёртвые» законодательные тексты или декреты политических лидеров. Потому что судья в силу своей повседневной работы буквально находится в обществе, погружён в него, имеет витальную, совершенно уникальную связь с жюри, а вовсе не с чиновниками. Источник его власти – **опыт поколений**, а не повеления конкретных людей. Его авторитет зиждется на характере выполняемой функции, благодаря которой общество может жить в согласии со своими *реальными* правовыми чувствами и благодаря которой возможна стабильность, ограждённая от избыточного вмешательства (признак «сдержанности»), и именно поэтому фигура судьи **непоколебима** со стороны политических властей, выражающих, как правило, только сиюминутные интересы и только определённой группы лиц.

3.2. О. Холмс о методологии судейского правотворчества.

3.2.1. Общие представления о методологии выявления (констатирования) реального (общественного) права.

Как было сказано, одной из ключевых функций судьи в системе common law, осмысленной с точки зрения правового реализма, является обеспечение правовой определённости, поскольку «право всегда должно стремиться к

сужению области неопределенности». Выдающийся судья говорил эти слова вовсе не ради праздного словца – он обозначил конкретный **метод** «сужения неопределенности»: «Именно этого – пишет О. Холмс, – и следовало бы ожидать **от аналогии**, равно как и от решений по этому конкретному предмету»³¹⁰. В свою очередь прояснение (кларификация – от англ. to clarify – прояснить, уточнить) права в конкретных делах, в том числе благодаря ключевой функции жюри, и последующее преемственное применение аналогии позволяет с течением времени происходить **последовательному, постепенному процессу** «обогащения» или «насыщения» права (см. сноску 292 в контексте), подготавливая плодородную почву для того, чтобы **индуктивно**, как говорил Холмс, «вынести из этого урок». Таким образом, **процесс сужения неопределённости, то есть выработки правовых норм** – процесс определения «консенсуального стандарта сообщества» в отношении той или иной совокупности фактов (жизненной ситуации) – может быть представлен непрерывным трёхступенчатым циклом с взаимно-пересекающимися и взаимообусловленными фазами (от наиболее простого/точного и при этом *наименее репрезентативного* в плане консенсуальности и всеобщности разрешения конкретного дела → к аналогии → к наиболее эмпирически и методологически сложной, но *наиболее репрезентативной* индукции). **Аналогия и индукция** выступают в данном случае двумя столпами **теории**, которая, в отличие от континентального схоластического понимания, в качестве общего понятия обозначает не деятельность теоретиков, оторванных от практики, а фундаментальную для системы common law деятельность юристов по **обобщению и систематизации** («доктринализации») правового опыта с целью прояснения (clarify) закона.

Прежде чем исследовать учение О. Холмса о судебском правотворчестве, мы неспроста сперва глубоко погрузились в его учение о реальном источнике судебного права и принципах его материализации. Благодаря этому сейчас становится понятной **связь (взаимозависимость) между объективным характером стандарта среднего благоразумия** (разделы 2.4-2.6 главы второй) и

³¹⁰ Holmes O.W. The Common Law. P. 115.

методологией деятельности профессиональных юристов, включая судей. Очевидно, если бы в целях процесса правообразования в расчёт бралось субъективное понимание «здорового смысла» подзащитными, самими присяжными или судьями, то невозможно было бы применить к «правовому» материалу чёткий метод, способный привести право в систему – просто потому, что это были бы возникающие и исчезающие то здесь, то там случайные мнения конкретных людей. Благодаря тому, что, как объяснил Холмс, система common law настроена на выявление **объективного стандарта, неотделимого от объективной стороны** тех или иных повторяющихся деяний (фактических обстоятельств, с которыми у «среднего члена сообщества» связаны, ассоциируются одинаковые чувства, которые должны вызывать у него одинаковую реакцию – позитивную или негативную, порицательную), появляется возможность применения *метода* для юридической обработки этого объективного материала. **Цель – выявление общей нормы, «консенсуального стандарта»** и common sense конкретного сообщества людей в целом (не человечества в целом – *метафизическая* реальность, а конкретного сообщества – *объективная* реальность). То, что право является продуктом и инструментом именно конкретного сообщества людей, а не метафизического «человечества», также можно отнести к основным чертам реализма О. Холмса. Эту часть его теории Ф. Келлог описал так: «Понимание юридических прав и обязанностей поставлено **в зависимость от фактических обстоятельств**, окружающих определённое деяние (объективная сторона – Б.Л.), и с **консенсуальным суждением (consensual judgment)** сообщества о стандарте поведения, который следует применить к презюмируемому знанию ответчиком этих обстоятельств (в момент деяния – Б.Л.)»³¹¹.

Таким образом, в учении О. Холмса **теория** (*методологически обусловленная* деятельность по обобщению первичного правового материала с целью выявления консенсуального суждения сообщества – нормы права) первостепенна не столько для юридической науки *per se*, сколько для практики и системы права в целом. Об этом свидетельствуют и мысли Г. Гурвича, который

³¹¹ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. P. 115.

указывает на то, что в теории О. Холмса заметны черты отождествления права и юриспруденции, где последняя расценивается только как обобщение первого. По мнению Гурвича, желая сделать юриспруденцию (которая является искусством) дескриптивной наукой в узком смысле этого слова, Холмс скорее невольно преобразовал подлинную науку юридической социологии в искусство, устраняя при этом цели настоящего искусства юриспруденции³¹².

Совершенно в новом свете тогда предстают нам его слова из «Пути права»: **«Мой предмет – это теория, а не практические мелочи** (этот акцент уже сам по себе очень показателен из уст в первую очередь практикующего судьи, но не понятен без надлежащего раскрытия того, что Холмс понимает под «теорией» – Б.Л.). Модели обучения [праву], несомненно, были усовершенствованы со времени моего [студенчества], но способности и усердие позволят освоить исходный материал при любой модели. **Теория – это самая важная часть познания закона**, так же как архитектор – самый важный участник строительства дома. Самые важные совершенствования [в сфере права] за последние двадцать пять лет – это совершенствование теории. **Не следует [никого] пугать её якобы непрактичностью**, поскольку для квалифицированного юриста она означает только погружение глубоко в суть предмета (закона – Б.Л.). **Что до бездарных**, то нередко выходит, что интерес к идеям общего характера действительно означает отсутствие конкретных знаний»³¹³.

Следует заметить, что именно о теории в обозначенном смысле О. Холмс говорит на протяжении всей лекции «Путь права» – той лекции, которую наиболее часто представляют «конституцией» предиктивной философии предсказаний решения судьи. Становится очевидной **ошибочность гипертрофированного понимания «теории предсказаний»**, оторванного от контекста реальной сути юридической и судейской деятельности, которую Холмс неразрывно связывал с теорией права (генерализацией). Предсказать требуется **не случайное решение судьи (якобы законодателя), а консенсуальное суждение**

³¹² Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 674-675.

³¹³ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1008.

сообщества, которое судья сам посредством теории должен выявить и применить к тем или иным известным обстоятельствам. Поэтому **«бездарностями»** **О. Холмс** называет юристов, **уничжающих ценность теории**: попросту потому, что теория в системе common law, то есть аналогия, генерализация, – это не философия и не метафизика, а функционально незаменимый инструмент – орудие юридического ремесла, без которого просто невозможно практиковать.

Естественно, если читать «Путь права», принимая понятия, включая понятие теории, в значениях, которые привычны российской науке, то будет совсем не понятно, что Холмс вообще имел в виду, и причём тут «теория», если речь идёт о «практике». Но он показал именно первостепенность теории для практики и, говоря о судебном правотворчестве, имел в виду категорию **правовой доктрины** (legal doctrine) именно в том значении, которое было раскрыто нами в разделе 1.3 главы первой, и **теорию как метод** формирования судьями этой правовой доктрины. Обобщение первичного правового материала методами аналогии и индукции позволяет выявить то самое **консенсуальное суждение сообщества** (common sense) и выразить его в форме общего правила – правовой доктрины (сути однородных или знаковых судебных решений, **обобщённой** до формы принципа), которая выступает в системе common law подобно статье закона в континентальных системах. Именно поэтому в качестве цели лекции «Путь права» Холмс ставит намерение обозначить истинный **путь** к правовой доктрине («path of the legal doctrine»), то есть **метод** её определения, понимания и предсказания в целях правоприменения.

Такое объяснение методологии судебного правотворчества О. Холмсом согласуется с самой онтологией common law и сутью правовой доктрины как его центральной категории, которая описывается в базовых университетских курсах так: «Судья должен придавать большое значение прецедентным решениям не только в практических целях (поддерживая достаточную степень определённости правовой доктрины, **избегая узурпирование законодательной функции**)³¹⁴, но и

³¹⁴ Подтверждает вывод о том, что под предсказанием в теории О. Холмса следует понимать предсказание, основанное на уже имеющемся прецедентном опыте, в том числе, обобщённом до степени правовой доктрины, а **вовсе не предсказание решения судьи, «узурпировавшего» законодательную функцию.**

в теоретических. По общему правилу, эти решения предоставляют **наилучшее из имеющихся доказательств коллективной мудрости common law**. Судья является неприкосновенным **представителем сообщества, наделенным его коллективной правовой мудростью (collective wisdom of the community)**, на которую он уполномочен опираться для выработки решений по новым вопросам, поднятым в суде. Легитимность общего права зиждется не в политической системе, а в сообществе. **Власть судьи** заключается не в том, что он принимает политические решения (и уж точно не в том, что он делегат короля или парламента), а в том, что он – представитель сообщества. Следовательно, **он уполномочен только констатировать закон сообщества** (с помощью обозначенной выше методологии и теории – Б.Л.), а не навязывать закон этому сообществу, как если бы он был политическим органом³¹⁵. **Сообщество** следует рассматривать здесь как нечто, объединяющее прошлое и настоящее, **простирающееся через бесчисленные прошлые поколения, а также охватывающее настоящее** (накапливаемый веками и продолжающий обновляться коллективный опыт сообщества, выражающийся в первую очередь в свидетельствах его правовой мудрости – богатстве прецедентов, последовательное обобщение которых проявляет общие правовые закономерности, принципы, доктрины – Б.Л.)»³¹⁶.

Сказанное понимание онтологии common law полностью согласуется с описанными позициями О. Холмса (судья – представитель коллективной мудрости common sense, накопленной опытом поколений – первичным источником права). Поэтому «сердцем» common law являются не конкретные решения или извлечённые из каждого из них «нормы», а широкие понятия (доктрины), которые трудно объединить или систематизировать, но которые действительно могут быть каким-то образом вплетены в ткань жизни³¹⁷ (а именно жизнь и опыт – источник права по О. Холмсу). Доктрина прецедента, на которой строится common law, означает вовсе не обязанность судей *механистически*

³¹⁵ Созвучно с позицией по делу Goodridge v. Dept. of Public Health, 798 N.E.2d 941, цитированной ранее.

³¹⁶ Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Ун-т Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттеррелла (Ун-т Королевы Марии). <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm> (дата обращения 01.05.2021).

³¹⁷ Там же.

применять «норму» из предыдущего решения по аналогичному делу, а чувство «связывающего» авторитета **сущностных правовых оснований** того или иного решения (**essential legal grounds**), заложенных в прецедентном опыте³¹⁸.

Сама онтология прецедентного права показывает, что важна **не казуальная «норма»**, формально существующая в каждом решении в отношении конкретной совокупности имевших место и время обстоятельств, а **правовая суть, принцип**, то есть именно то, что мы увидели в теории О. Холмса в категориях *common sense of community*, *common experience* и *common knowledge*. В этом, как видится, проявляются **отголоски особенностей пост-римского пути** формирования и развития общего права, о которых подробно говорилось в разделе 1.4.1 и которые повлияли на саму суть функционирования английской правовой системы: вместо анализа текстов правовых памятников с целью поиска универсальных юридических формул, юристы общего права, подобно римским классикам, стали извлекать правовую суть, что называется, «*essential legal grounds*», не дедуктивно из текста, а индуктивно из самой жизни – из казусов, а вернее – из принципов и образов мышления, по которым они непосредственно разрешаются судами.

Ключевая мысль Холмса (с учётом сказанного и в главе 2 диссертации) состоит в том, что и юристы, и большинство обычных людей понимают смысл и содержание общего права в первую очередь **не благодаря изучению текстов, а индуктивно-бессознательно**, черпая правовой материал ежедневно из непосредственного источника – жизни, из множества процессов и частных ситуаций, справедливо разрешающихся сами собой. Суд же, как было уже сказано и как часто говорят при упоминании идей правового реализма, лишь **констатирует** (фиксирует, закрепляет) право – *common sense of the community*, **созданное самим обществом**³¹⁹, – учение О. Холмса о сущности *common law*

³¹⁸ Там же.

³¹⁹ В качестве одних из многих примеров такой констатации можно привести дела: в Соединённом Королевстве – *R v R [1991] UKHL 12*, в постановлении по которому Палата Лордов, по сути, констатировала, что правило об освобождении мужа от уголовной ответственности за изнасилование жены, появившееся в начале 18 века (*marital rape exemption*), уже давно противно прочно сформировавшемуся *common sense* сообщества, поэтому, несмотря на молчание законодателя и наличие устаревших прецедентов, английский закон не освобождает мужей от ответственности за такие деяния; в США – *Stromberg v. California, 283 U.S. 359 (1931)* или *Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940)*, в которых ВС США применил созданный О. Холмсом на основе констатации *common sense* критерий «явной и непосредственной опасности» для ограничения свободы слова, отменив закон Калифорнии о

полностью созвучно данному утверждению. Г.Д. Гурвич, рассматривая американскую философию права, особенно подчеркнул, что идея Холмса в том, что «суды имеют дело со спонтанно складывающимся социальным правом, которое навязывает себя правоприменительным органам»³²⁰ (опыт жизни сообщества «навязывает»³²¹ common sense судьям, а не законодатель – судьям, и не судьи – обществу). Сам Холмс пишет: «На самом деле юристы, как и другие люди, зачастую **достаточно хорошо видят**, [как им следует поступить] и какое решение они должны принять применительно к данной конкретной совокупности фактов, **не очень разбираясь** при этом в *ratio decidendi*»³²², то есть, как раз, исходя из опыта правовой жизни, исходя из тренировки чувства common sense, которую обеспечивает ежедневная практика. Примечательно, что в отношении названного в сноске дела *R v. R* даже ЕСПЧ с его жёсткой позицией *nullum crimen sine lege* признал, что решение лордов, которым констатирован сложившийся в английском обществе закон, было предсказуемым для членов сообщества – именно по тем причинам, о которых говорит О. Холмс.

Позволив себе немного теоретизации, чтобы более тщательно отразить суть реалистических воззрений применительно к рассматриваемому вопросу, заметим, что к общественному правовому бытию во все времена была и есть применима и справедлива следующая максима: большинство людей не читают большинство законов, а меньшинство людей, читающее меньшинство законов, понимают (в целях надлежащего руководства своими действиями и удовлетворения своих ожиданий) настолько же хорошо или плохо, насколько и оставшееся большинство, не читающее никаких законов. Конечно, здесь в расчёт не берутся профессиональные юристы. Но если их исключить, то картина получится примерно такой. Почему читающие закон простые граждане не могут, как правило, считаться более юридически подкованными, а, возможно, становятся ещё менее подкованными, поскольку только начинают себя запутывать? Один

запрете красных флагов и закон Алабамы о запрете пикетов работников (*к вопросам о тирании большинства и конституционном контроле*).

³²⁰ Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 675.

³²¹ См. позицию из решения по делу *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941, цитированную ранее.

³²² *Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.*

наглядный пример: международное и конституционное право закрепляет за каждым человеком право на справедливый суд, о чём написано в фундаментальных правовых актах для всеобщего обозрения. Что думает об этом простой человек? То, что судья встанет на его сторону, решит дело «по справедливости», «войдёт в положение» и т.п. Что это значит на самом деле? То, что в судебном процессе будут обеспечены, как минимум, процессуальные права, как максимум – процессуальные гарантии естественной справедливости. Но и юристы – не панацея, ведь даже они не могут прочитать и знать все писанные законы и их действительное значение.

Но суть реализма в том, что это всё и не требуется, если правовая система построена на формировании норм из common sense, если право формируется самим обществом из жизни (опыта) и ищется впоследствии там же, после чего лишь констатируется. В школах уголовный кодекс тоже не изучают, но в итоге в целом (если не брать отклонения) все знают, как себя вести правомерно, какие действия в каких обстоятельствах вызовут всеобщую порицаемость (blameworthiness, см. главу 2) настолько, что будут осуждены и приведут к необходимости заплатить штраф или понести личное наказание. Этим пронизана вся теория О. Холмса. Он говорит о реальном праве, а не бумагах, которые большинство никогда не видело и которые, несмотря на формальное наличие в собрании законодательства, находятся фактически в небытие до тех пор, пока до них не дойдёт реальное дело. А Холмс говорит о праве, которое каждый день среди нас – это стандарт, присущий самому человеческому рассудку в достаточной стадии развития и социализации (см. разделы 2.2-.2.3). Этот стандарт – реальное право – не зависит от того, что чиновники запишут на бумаге: если убрать убийство из уголовного кодекса, это не значит, что все тут же пойдут друг друга убивать. Здравый смысл (common sense) и поведение среднестатистического человека не изменится. Усреднённые чувства сформируют такое реальное большинство, в основе которого будут не мнимые и легковесные политические лозунги, а само понятие жизненного опыта и чувство самосохранения (безопасности), которое всё равно возьмёт верх и осудит тех, кто

преступит этот здравый смысл, несмотря на отсутствие тех или иных слов в кодексе. А теория (аналогия и индукция), по Холмсу, это и есть искусство генерализации указанного «мысленного субстрата» – правовой реальности, процесс выделения эссенции из этой общей бесструктурной, но однородной массы суждений из опыта («линий», о которых будет сказано далее) – для объединения их в одну четкую смысловую линию – правовую норму³²³.

Индуктивно-бессознательного уровня понимания закона вполне достаточно обычным гражданам для того, чтобы руководить своими поступками. Профессиональный же юрист, главная задача которого – быстро и эффективно (в том числе экономически) консультировать клиентов, либо быстро и эффективно разрешать самые разные по объёмам и содержанию постоянно возникающие споры, должен выйти на совершенно иной качественный уровень владения законом – **индуктивно-сознательный**, достигающийся за счёт не просто постоянной практики, но её **методологически точного** осмысления (погружения в суть, как говорит Холмс, говоря о «бездарностях» без теории). Закономерно поэтому, что, в отличие от схоластически-толковательной работы с поверхностными механистическими «нормами», для **выявления common sense и обоснованного оперирования** такими сложными и глубокими сущностями, заложенными не в тексте, а в жизни и прецедентном опыте, необходим **особый подход** – объективный *материал* и точная *методология*, в основе которой теоретическая работа как инструмент настоящего юриста, чему и посвящена важнейшая часть трудов О. Холмса, включая самые известные выводы (изречения) о предсказательной концепции правопонимания.

3.2.2. О триединстве «аналогия – индукция – теория»: индуктивно-сознательное владение законом как мастерство судейской профессии.

Однажды в Англии опытного бизнесмена неожиданно для него самого назначили судьей – с этой истории О. Холмс начинает свою основательную работу, посвящённую процессу формирования права и значению кодификации в

³²³ В концепции позитивистов-нормативистов другая система ценностей: они не спешат сказать, что право должно соответствовать реальным чувствам и потребностям общества, для чего имеется действенный механизм, а лишь утверждают, что право создаётся государством и это якобы бессмысленно отрицать.

системе общего права³²⁴. За счёт того, что этот бизнесмен всю жизнь был непосредственно вовлечён в повседневные дела английского общества и активно участвовал в реальных общественных отношениях, он очень хорошо на подсознательном уровне **владел** стандартами «среднего благоразумия», **чувствовал** саму суть принципов, на которых построена жизнь сообщества, и мог органично их применять в повседневной жизни, предотвращая разного рода конфликты. Однако он слабо представлял себе судебные юридические формальности и совсем не разбирался в структуре и системе законодательства. Этим примером О. Холмс наглядно показывает **связь метода** судебного правотворчества (выявления консенсуального стандарта сообщества) **с его реальным источником** (опытом, жизнью): «[Л]орд Мэнсфилд дал совет [этому] бизнесмену, что тому [поначалу] следует оглашать свои решения, а не причины, по которым они были приняты, поскольку его решение, вероятно, будет правильным, а причины, конечно, нет. И только после серии решений по одинаковым вопросам возникает необходимость, как говорится, «согласовать дела (reconcile the cases), т. е. с помощью индуктивного метода определить правило, которое до этого понималось смутно. Это правило неоднократно видоизменяется под влиянием новых решений, прежде чем абстрактное общее правило будет окончательно сформулировано. Хорошо продуманная правовая доктрина — воплощение усилий многих умов³²⁵, она проверена по форме и по содержанию образованными критиками, чей практический интерес — противостоять ей на каждом шагу»³²⁶. В этих словах как ни в каких других прослеживается **приверженность О. Холмса пониманию онтологии судебного права – common law** – именно в качестве совокупности консенсуальных (а не административных) стандартов сообщества и в качестве коллективной мудрости самого сообщества (а не его правителей или бюрократической машины). Анализ трудов Холмса, проведённый проф. Келлогом, также указывает на суть процесса правообразования, согласно которой,

³²⁴ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

³²⁵ Созвучно ранее приведённым выводам о «коллективной мудрости» судей и общества в целом в common law.

³²⁶ Holmes O.W. Ibidem.

чтобы понять, правомерно поведение или нет, жюри обращаются не к внутреннему сознанию человека, а к этому **всеобщему опыту и здравому смыслу сообщества**, который затем обобщают судьи, **постепенно выявляя «consensual community standard»**³²⁷.

Таким образом, формируемое самой жизнью сообщества понимание «среднего благоразумия» – первичный источник права – поначалу не имеет чётких очертаний, выявляется от случая к случаю, в том числе при помощи жюри (глава 2 настоящей диссертации), а его общие закономерности видятся смутно. Но **главная мысль Холмса о принципах развития права** как раз в том, что жизнедеятельность сообщества не сдвинулась бы с места, была бы медленной, неэффективной и беспорядочной, если бы систему права оставили бы в таком «первобытном» состоянии и не пошли бы дальше, чем просто каждый раз заново непосредственно обращаться к первичному источнику и с нуля выявлять «здравый смысл», несмотря на похожесть возникающих ситуаций. Вот, как на примере ответственности за причинение вреда О. Холмс объясняет процессы зарождения и принцип развития судебного правотворчества, а также принцип функционирования судебного права: «Наше деликтное право восходит к древним временам, когда были **отдельные, необобщенные нарушения**, нападения, оскорбления и т. п., и когда вред возмещался в каждом конкретном случае на основании [казуального] судебного решения. Но деликты, с которыми имеют дело наши суды сегодня – это, как правило, **инциденты, связанные с некоторыми [общезвестными ситуациями] и хорошо изученными сферами** общественной жизни (совокупностями фактических обстоятельств, вызывающих то или иное чувство сообщества, включая порицание, о чём говорилось ранее – Б.Л.). Это человеческие травмы (вред здоровью) или имущественный ущерб, причинённые на железных дорогах, фабриках и т. п.³²⁸ Степень ответственности за [причинение такой вред] **подвергается оценке [в каждом конкретном случае] и рано или**

³²⁷ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. P. 114.

³²⁸ Подтверждает тезис о вовлечённости О. Холмса в осмысление ключевых историко-правовых тенденций своего времени (вторая половина XIX в.) и связи его учения с ними. См. раздел 1.4.2 диссертации.

поздно превращается в плату, которую общество [считает справедливым] присудить»³²⁹.

В труде «Общее право» О. Холмс продолжает мысль в заданном направлении, подтверждая отмеченную нами закономерность развития права от первичного источника (и роли жюри) к методологически «обработанному» материалу (и роли судей): «Но, если предположить, что обстоятельства дел **часто повторяются в жизни** (на практике), можно ли себе представить, что в **аналогичных ситуациях** суд по-прежнему и до бесконечности будет просить присяжных определить норму поведения? Разве не очевидно, напротив, что если уж институт присяжных в целом является таким справедливым судом, каким мы его представляем, то **урок, который можно извлечь из этого источника, будет усвоен?** В таком случае суд способен **установить поучительное наблюдение из полученного опыта** и прийти к выводу, что определенное поведение, против которого подаётся жалоба, обычно является или не является противоправным (порицательным – снова категория blameworthiness – Б.Л.), и поэтому, если оно не объясняется особым образом³³⁰, является или не является основанием для наступления юридической ответственности».³³¹

Не удивительно, что в вопросе развития судебного права особое внимание О. Холмс уделяет осмыслению **метода аналогии**, ведь исторически именно он стал гранитным фундаментом всей системы прецедентного права. Так называемая **максима аналогичных дел** (like cases maxim)³³² легла в основу краеугольной доктрины прецедента (**stare decisis**) и тем самым уже на этапе своего появления в Средних веках задала вектор развития common law, провозгласив, что «аналогичные дела должны разрешаться аналогичным образом»³³³. Системообразующее значение данного принципа для common law подчёркивал и известный сторонник правового реализма К. Ллевелин: «Правосудие требует,

³²⁹ Holmes O.W. The Path of the Law. Op. cit. P. 999.

³³⁰ Т.е. если не осложняется особыми фактическими обстоятельствами, не позволяющими применить аналогию, т.к. порицание (чувство предосудительности), как не раз сказано, привязано к объективной стороне того или иного деяния – конкретным и хорошо известным для благоразумного человека совокупностям фактов (вызывается ими).

³³¹ Holmes O.W. The Common Law. Op. cit. P. 112.

³³² Johnson B., Jordan R. Op. cit. P. 1.

³³³ Англ. «like cases should be treated alike», восх. к теории справедливости Аристотеля в «Никомаховой этике» и «Политике». См.: Nicomachean Ethics, V.3. 1131a10–b15; Politics, III.9.1280 a8–15, III. 12. 1282b18.

чтобы с похожими людьми обращались похожим образом при похожих обстоятельствах. Почему – я не знаю, но это факт»³³⁴. Основанная на методе аналогии доктрина прецедента означала исконное стремление к жизненной гармонии путём **предсказуемости и адекватности**: (1) изначально стандарт разрешения споров искали в самой жизни – первичном источнике права, **затем (2)** начинал действовать *залог адекватности* – если в одном деле поступаем так, то и в другом таком же должны поступить тоже так, и тогда (3) уже закономерным становится вопрос о возможности *обобщить* увиденное в общее правило. Особое отношение к этой максиме объясняется тем, что именно она стала причиной, по которой common law может рассматриваться в качестве *конституции англо-американского общества* (о чём часто говорил и сам О. Холмс³³⁵), поскольку вот уже более восьми столетий функционирование common law на основе данного принципа рассматривается как «крепость против произвольного правления» и защита от «произвольного решения дел»³³⁶, обеспечивая в правовой системе (в отличие от политической) **равное** ко всем отношение (одинаковые правила) без возможности необоснованного ухудшения или улучшения «при необходимости».

Лейтмотивом всего цикла «Общее право» так или иначе проявляется именно метод аналогии, который предполагает, что **судьи** вначале решают (включая самых первых судей), где и когда следует применять силу государственного принуждения, а последующие судьи (включая современных) **склонны учитывать** имевшие место факты и наступившие в ответ на них последствия при принятии решений о том, какое поведение подлежит наказанию и в какой степени. Его убеждение, которое многие правоведы относят к самой сути реализма (прагматизма)³³⁷, в том, что **право в действительности представляет собой собрание (свод) обобщений того, что судьи делали в**

³³⁴ Llewelyn K. N. The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. Oxford, 2008. 230 P.

³³⁵ Помимо уже цитированного дела «Гомперс против США» интересна развивающая эту идею позиция Верховного Суда США за авторством О. Холмса о том, что Конституция США не может рассматриваться и применяться так, будто это статут, т. к. она воплощена совокупностью принципов, унаследованных от common law и продолживших развитие в американских судах. См.: Towne v Eisner, 245 U.S. 418, 425 (1918).

³³⁶ Johnson B., Jordan R. Op. cit. P. 1-2.

³³⁷ Grey T. Op. cit. P. 22.

аналогичных делах³³⁸. Судя по принципиальным позициям судьи Холмса в делах *Gompers v. United States* и *Towne v. Eisner*, самое грандиозное и ценное такое обобщение – это Конституция США, о чём будет сказано далее при исследовании сути кодификации в его понимании.

Аналогия является первичным звеном в триаде функционирования common law «аналогия – индукция – теория». Как пишет сам О. Холмс, «Прежде всего, необходимо указать на аналогию групп. Настоящий юрист видит все [сущностные] связи данного судебного дела со всеми другими»³³⁹. На этом отличии зиждется **биполярность двух глобальных подходов к пониманию и функционированию права** – континентального и прецедентного. Причём отличие здесь именно первородно-концептуальное, сущностно-онтологическое: континентальные системы созданы на противоположном начале – не на индукции и аналогии, а на дедукции, где каждое новое дело, каждая новая ситуация, возникающая перед судом, рассматривается как уникальная, а задача судьи – найти применимое положение нормативного правового акта, изданного законодательным или исполнительным органом, и дать ему толкование применительно к конкретным уникальным обстоятельствам (индивидуализировать норму, перейдя от абстракции к частному случаю). По факту в континентальной системе те или иные судьи могут отклоняться от заданного механизма, применяя в своей практике строгую аналогию и ища правило для разрешения поступающих дел не в законах, а в предыдущих судебных решениях без оглядки на необходимость толкования абстрактных норм каждый раз заново применительно к каждому конкретному делу. Однако такая самодеятельность не составляет суть (онтологию) континентальной системы в целом, где эта необходимость заложена в само понятие разделения властей. На концептуальном же уровне здесь изначально отсутствует обязанность судей обращаться к предыдущим решениям по конкретным делам *для поиска норм*

³³⁸ Представляется, что именно здесь **следует провести красную линию** между правовым реализмом О. Холмса в качестве предтечи всей социологически-ориентированной школы и правовым реализмом как научным направлением 1920–1930 гг. В отличие от О. Холмса, радикальные реалисты делали акцент на пагубности доктрины прецедента и утверждали, что все дела разные, а значит судьи могут и будут делать так, как им заблагорассудится. См.: Johnson B., Jordan R. Op. cit. P. 2.

³³⁹ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

права, в связи с чем предполагается необходимость каждый раз заново раскладывать «законодательный пасьянс».

Индукция как составляющая часть теории права (генерализации) и судебного правотворчества выступает одновременно и как методологическое продолжение аналогии, и как самодостаточный методологический механизм. Когда в деятельности судов вскрываются вопросы права, имеющие принципиальный системный характер, она призвана отвести взгляд от излишних формальностей или казуистики тех или иных конкретных судебных решений, сосредоточив внимание на сути применённого судом правила разрешения спора (*rule of decision*), которое *имеет общеправовую значимость само по себе* в силу инновационности и беспрецедентности (характерно для высших судов), *либо приобретает таковую* в силу многократного, последовательного и репрезентативного применения всеми судами по аналогии. С помощью индукции из частных посылок и суждений формулируется (выводится, *to infer*) общий вывод (в то время как аналогия = от частного к частному). Чтобы показать, как метод индукции работает в системе судебного правотворчества, О. Холмс объясняет, что, к примеру, из дела *Lumley v Gye*³⁴⁰, рассмотренного в 1853 г. Судом королевской скамьи, «несомненно, можно **вывести**» **общее представление** о том, что у стороны договора имеется право вчинить иск «незнакомцу» (третьему лицу), хотя и не состоящему в договоре, но который насильно и со злым умыслом препятствует его исполнению с намерением причинить убытки истцу, наступление которых в результате своих действий он предвидит или может предвидеть. Интересное дело возникло, когда директор оперы Театра Ковент-Гарден Ф. Гай недобросовестными уловками и уговорами склонил певицу Дж. Вагнер, племянницу всемирно известного классика, к расторжению её эксклюзивного контракта с Б. Ламли – директором Театра Её Величества, – заключённым на три месяца. Хотя до этого закон не предусматривал возможности требовать возмещения убытков, связанных с контрактом, с лица, не участвующего в контракте, Суд с учётом фактических

³⁴⁰ *Lumley v Gye* [1853] 2 E & B 216.

обстоятельств и здравого смысла встал на сторону Ламли, взыскав с Гая убытки в виде всего неполученного Ламли дохода, который тот мог бы получить, если бы не злонамеренные действия Гая. Прецедентное решение в итоге дополнило фундаментальные основы (принципы, доктрину) деликтного права (подотрасль экономических деликтов), поскольку, как и отметил О. Холмс, из него несомненно следует не просто аналогия применительно к подобным жизненным ситуациям, связанным хотя бы с театрами или же с выполнением работ, но **имеющий системное правовое значение общий вывод** о том, что к третьему лицу могут быть предъявлены требования об убытках в случае его злонамеренных действий против любого существующего контракта.

При этом, как было показано ранее на примере дела *R v R [1991]* и как будет показано далее, принятие судом принципиально нового решения, которое само по себе кардинально изменяет (дополняет) закон, вовсе не означает, что этому не предшествовал процесс индуктивно-сознательного обобщения общественного опыта. Казалось бы, без совокупности предыдущих судебных прецедентов по аналогичным делам, однозначно решающих данное дело по максиме *like cases*, невозможно было бы вывести общее правило методом индукции. Но **индукция** в теории судебного правотворчества означает **не просто механистическое собирание и суммирование** прецедентных судебных решений, а обобщение аналогий из всего общественного опыта, отношений и глобальных процессов по затронутому вопросу (работа с реальным источником права – **реализм**).

Таким образом, правовая теория, являющаяся, по убеждению Холмса, орудием юридического ремесла (правообразования и правоприменения), подразумевает **единство и последовательность аналогии и индукции** – зарождение общего принципа (судебной доктрины) начинается с действия *like cases maxim*, как в **узком понимании** (аналогия судебных прецедентов), так и в **широком понимании** (аналогии из социальных отношений и процессов), а приобретает уверенное очертание и наполнение с действием индуктивного обобщения, после чего оба метода **продолжают действовать синхронно** с целью постоянного «согласования» дел (*to reconcile the cases*) и обеспечения адекватной

связи действующего права с первичным его источником (постоянно движущейся жизнью). **Навык индуктивно-сознательного владения законом**, то есть способность прочувствовать common sense и увидеть содержание реального права в самих общественных отношениях и жизненной практике (в том числе судебной) – вот высшее мастерство юриста, верх юридической профессии. Такова онтология прецедентного права, какой её показывает судья Холмс. Поэтому **не случайно центральной фигурой всей теории правового реализма О. Холмса стали именно судьи**, которым посвящены большинство излюбленных юридическим сообществом его изречений. Ведь, пожалуй, никто в профессии так, как судьи, не погружён ежедневно на профессиональной основе непосредственной тренировке этого индуктивно-сознательного навыка выявления, констатирования закона, как он был описан выше, и, следовательно, владения им. По крайней мере, именно судьям это вменено в прямую конституционную обязанность, именно для них это – первостепенная задача, именно для этого они наделяются не только специальным статусом (независимостью³⁴¹), но и средствами для выполнения такой задачи. Постоянно оттачивая индуктивно-сознательный навык, судьи, как никто другой, приобретают возможность работать не столько с окончательными аналогиями (частное→частное), но с самой сутью принципов разрешения споров – с common (англ. обобщённый) sense of the community, чем объясняется их **исключительный авторитет** в англо-американском обществе. Подытожить мысли о значении этого индуктивно-сознательного навыка помогут слова самого О. Холмса: «Есть одна дисциплина познания, за которую я хочу вступить, которая иногда недооценивается помешанными на практике... Я говорю о познании того, что называется юриспруденцией (в значении теории права – Б.Л.). **Юриспруденция, на мой взгляд, это и есть закон в его наиболее обобщенной (генерализованной) части.** Каждое усилие к тому, чтобы редуцировать дело (всю хаотичную совокупность формальностей, фактов, заявлений, рассуждений, связей – Б.Л.) **к общему правилу** – это усилие именно юриспруденции, хотя

³⁴¹ Ведь если предполагается существование автономной системы права, основанной не на политической целесообразности, а на работе с особым – общественным, жизненным – источником права (common sense), то требуются совершенно принципиальные гарантии независимости судей от политических властей, которым такая автономия и правовая конкуренция может быть не по душе.

понятие, используемое в английском языке, сводится к [рассмотрению] широчайших принципов и самых фундаментальных концепций (позитивизм, естественное право и т.п. – Б.Л.). **Отличительной чертой первоклассного юриста является его способность разглядеть (видеть) использование наиболее общих (широких, масштабных – broadest) норм (правил)**³⁴².

Чтобы показать пример отбрасывания лишних несущественных в правовом масштабе деталей конкретных дел, имевших место в прошлом, для расширения заложенной в них сути на новые схожие обстоятельства, судья Холмс в знаковом особом мнении анализирует, как за морями признавались новые права, связанные с компенсацией ущерба работодателем: «Из какого источника происходят эти новые права? Самое раннее дело зиждется на ‘аналогиях муниципального права’..., что является **достаточным доказательством очевидной закономерности**, но слабым [доказательством] конкретного происхождения (источника). Я признаю без каких-либо колебаний, что **судьи могут законодательствовать и должны делать это**, но только интерстициально; их действия ограничены молекулярным, а не молярным [уровнем]»³⁴³, т.е. речь не о проактивном политическом законодательстве, а фактически о восполнении пробелов, необходимом для справедливого разрешения дела, и восполнении не «из головы», а из первичного источника – опыта, и по конкретному методу.

Важно ещё раз подчеркнуть, и всё сказанное это только подтверждает, что судьи **вовсе не рассматриваются** в теории реализма О. Холмса **как самовластные неограниченные законодатели**. Их решения и констатируемые ими общие правила (доктрины) – не просто полёт фантазии или мастерства риторики, а продукт усердной индуктивно-сознательной, методологически детерминированной работы над правовым материалом. Судебной доктриной никогда не станут громкие или пафосные высказывания *per se*, онтология прецедентного права не так проста, а если бы была – работы Холмса по таким «пустякам» не снискали бы большой славы.

³⁴² Holmes O.W. The Path of the Law. Op. cit. P.1005-1006.

³⁴³ Pacific v. Jensen. 244 U.S. 205 (1917), (Holmes, J., dissenting).

К примеру, решение по знаковому делу *R v Sussex Justices*³⁴⁴ стало общеизвестным во всём англоязычном мире благодаря искусным словам лорда-главного судьи Г. Хьюарта, которые впоследствии стали афоризмом: «правосудие не достаточно только *совершить* – должно быть очевидно и безоговорочно (*manifestly and undoubtedly*) *видно, что оно совершается*». Однако было бы ошибочно полагать, что во всех последующих судебных процессах гражданам открылась возможность заявиться к судье и, сославшись в качестве прецедента на эту крылатую фразу в её житейском понимании, потребовать прекращения или изменения порядка рассмотрения дела. В действительности же правовое значение имеет только индуктивно выведенная суть решения по названному делу (*ratio decidendi*) – доктрина элементарного проявления (обличения, видимости) предвзятости (*mere appearance of bias*), которой установлен критерий обоснованного сомнения в беспристрастности судьи для отмены его решения. Сама же крылатая фраза – это, что называется, *obiter dictum*, своеобразный «заголовок», который юристы могут быстро ассоциировать с сутью доктрины. Аналогичных примеров можно привести множество: доктрина захмелевшего кучера (*tipsy coachman*)³⁴⁵, плодов ядовитого дерева (*fruit of the poisonous tree*)³⁴⁶, ранее упоминаемая доктрина неверного работника (*faithless servant*) и др.

Индуктивно-сознательная **способность формировать правовую доктрину, выводя самую суть, основную мысль, генеральную линию** судебного решения (решений), т.е. *ratio* – вот главная заслуга опытного судьи согласно О. Холмсу. Эта доктрина – *ratio* – в результате её планомерного и повсеместного применения становится в итоге приспособленной для того, чтобы стать **абстрактным принципом (нормой) права**, о чём будет сказано далее. В качестве примеров выражения *ratio* (обобщённой нормы, выведенной судом и имеющей последствия для будущих дел и функционирования соответствующего правового института в целом) без *obiter* (описания опыта и эмпирики для нормы), можно взять любой дайджест судебных отчётов, например, один из тех, что составлял в своё время

³⁴⁴ Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256

³⁴⁵ Lee v. Porter, 63 Ga 345, 346 (1879).

³⁴⁶ Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).

ещё сам О. Холмс: «В обвинительном акте по делам о грабеже имущество может быть предъявлено как принадлежащее либо истинному владельцу, либо лицу, которое было ограблено»³⁴⁷.

3.2.3. О судебной индукции, выявляющей консенсуальное суждение сообщества для решения вопросов права.

Выводы проф. Ф. Келлога, сделанные в результате исследования сущности судебного права и соответствующих реалистических воззрений О. Холмса, подтверждают онтологическое значение индуктивного метода образования *общих* правил, судебных доктрин (*общего* права) «снизу-вверх», от первичного, методологически необработанного правового материала, созданного самим обществом, к широким понятиям. Причём подтверждается как *судебная индукция в узком понимании* (строго из прецедентов), так *и в широком понимании* (из социальных процессов в целом). Келлог, подобно тому, как Холмс описывал ранние формы существования права (рассуждение о разрозненных деликтах), отмечает, что на ранней стадии развития какого-либо нового социального противоречия (спорного вопроса), когда найти его справедливое разрешение в реальном источнике права (определить здравый рассудок сообщества, *common sense*, применительно к данным фактам и условиям) только предстоит, должна быть обеспечена **полная свобода юридических притязаний** (требований – *legal claims*) с тем, чтобы они демонстрировали полную **палитру социального опыта** по данному вопросу, чтобы они полностью отражали «все возможные соображения, имеющие отношение к разрешению [данного противоречия]»³⁴⁸. Это означает, что, в отличие от устроенной по дедуктивному методу позитивистской модели права, где на уровне самой концепции юристам не предоставляется свобода требований и соображений – они могут обратиться в суд только с конкретным требованием для приведения в исполнение конкретной нормы писаного законодательства, генезис *common law* зиждется в диаметрально противоположной системе координат. Эта система открыта и заранее не

³⁴⁷ См.: *Brooks v. The People*, 49 N.Y. 436. в *Digest of State Rep. in American Law Review*, 1873. Vol. 7. P. 704.

³⁴⁸ Kellog F. *The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case*. ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy. 2011. Vol. 97. № 2. pp. 218-219.

детерминирована, поскольку рассматривается в первую очередь как **право, формируемое самим сообществом** индуктивным, опытным, а не схоластическим путём. Это объясняет, почему, скажем, в США возможны ситуации, когда в ряде штатов и соответствующих апелляционных округах юристами выдвигаются одни требования и судьями принимаются одни решения, тогда как в то же самое время в других штатах и других округах – другие требования и другие решения по одному же вопросу (социальному противоречию). После того, как социальный и прецедентный опыт по данному вопросу накоплен и объективирован в разных судебных округах, а апелляционными судами округов приняты решения с отличающимися *ratio*, обобщить опыт в масштабах всего сообщества предстоит Верховному Суду³⁴⁹. Такая возможность, как видно из учения Холмса и выводов проф. Келлога, заложена в самую суть свободной системы common law – это обеспечивает возможность последовательного собирания эмпирики (общественного опыта), постепенного отражения полной палитры социальных суждений по данному вопросу, в результате чего Верховный Суд США получает **уникальную возможность собрать common sense всего американского общества воедино** и индуктивно выявить **общее** правило, что, как видится, наилучшим образом иллюстрирует саму суть понятия common law – **общее** право.

У самого О. Холмса по этому поводу есть интересная мысль: «Каждое мнение (взгляд на ту или иную проблему – Б.Л.) стремится стать законом»³⁵⁰. Но не каждый им станет – и именно для того, чтобы показать, как происходит этот **судебный «отбор» взглядов и суждений**, претендующих именоваться законом, судья Холмс предпринимал большинство своих правовых исследований и давал свои подробные разъяснения. Указанная фраза была сказана Холмсом, как раз, в контексте того, как важен **судейский опыт**, правовое **чутьё** и интуиция, для того чтобы выявить среди этого разнообразия взглядов и суждений истинное право – общий опыт и общее суждение сообщества (common experience, common sense).

³⁴⁹ Таким образом, концептуальное осмысление онтологии common law даёт понимание, почему Верховный Суд США, как правило, не принимает к рассмотрению апелляции на решения окружных судов, если между ними нет принципиальных противоречий – потому что common sense достаточно очевиден, и более масштабная судебная индукция для определения ratio не требуется.

³⁵⁰ Lochner v. New York, 198 U.S. 45, 76 (1905). Holmes's J., dissent.

Возможно, именно поэтому судья Холмс был одним из самых рьяных в истории американского правосудия защитников свободы мысли (слова) и Первой поправки к Конституции США, заложившим основу **доктрины «рынка идей» (marketplace of ideas)** в своём обретшем огромную популярность особом мнении к решению Верховного Суда по делу *Abrams v. United States*³⁵¹: «Но когда к людям придёт осознание того, что время разрушило многие воинствующие (сражающиеся за себя) верования (убеждения), они могут, наконец, убедиться даже больше, чем убеждены в самих устоях (основах) собственного поведения, что высшее желаемое благо (ultimate good desired) лучше всего достигается за счёт свободной торговли в сфере идей (free trade in ideas) — что лучшим испытанием истины является способность мысли *доказать* необходимость своего признания (принятия) в условиях рыночной конкуренции (to get itself accepted in the competition of the market), и эта истина является единственной почвой, на которой их желания могут быть безопасно реализованы».

Таким образом, в «нулевой» стадии зарождения common sense сообщества по определённому вопросу (определённой совокупности фактических обстоятельств³⁵²) полноценное общественное, а также экспертное отношение (чувство), испытываемое к данным обстоятельствам (снисхождение, одобрение, либо же ключевая для определения противоправности порицаемость — blameworthiness, см. главу 2 диссертации), еще не сформировалось. Следовательно, как указывает проф. Келлог, **судьи первоначально должны воздержаться от аргументации на уровне принципов** (использования широких понятий и обобщённых доктрин) и определять решения узко, пристально (narrowly), то есть на этом этапе требуется выявлять и констатировать правило разрешения спора (rule of decision) для данного конкретного дела³⁵³ (казуальная норма права), а не общее правило-доктрину (абстрактная норма права).

³⁵¹ 250 U.S. 616 (1919). Holmes's J., dissent.

³⁵² О прямой связи common sense сообщества именно с объективной стороной того или иного деяния (поведения) см. разделы 2.5, 2.6, 3.1 и 3.2.1 диссертации.

³⁵³ Здесь возрастает роль присяжных, которые, как неоднократно показано в главах 2 и 3 настоящей диссертации, по убеждению О. Холмса, помогают судье определить стандарт человека среднего благоразумия (common sense) в «сложных» и пока ещё недостаточно исследованных на судебном опыте ситуациях, когда эмпирики для обобщения и широких правил ещё не достаточно, но это вовсе не значит, что норма поведения человека среднего

Проф. Келлог указывает на **две причины**, по которым в такой реалистической модели права (и в теории правового реализма) **не представляется возможным сразу сформулировать абстрактную норму** (принцип), подобно схоластическому методу континентальной системы:

1) для решения проблемы на уровне принципа необходимо подождать, пока достаточное количество дел будет подвергнуто судебному исследованию (judicial exposure to sufficient cases) для выявления всех релевантных аспектов;

2) к тому, чтобы играть определенную роль в развитии практической аргументации (practical reasoning), окружающей социальное противоречие (вопрос) общего характера, а также в преобразовании общественных, в том числе судебных, практик, имеющих отношение к данному противоречию, должна быть допущена публичная дискуссия (дебаты) между представителями как юридической, так и неюридических наук, а также между гражданами³⁵⁴.

Таким образом, **«законодательная» деятельность судей** – выявление и констатация права – согласно теории реализма, основанной на онтологии common law, **осуществляется в двух формах**: (1) решение проблемы на уровне казуса (выявление узкой, казуальной нормы, истинно справедливой для данного конкретного дела, в чём зачастую помогает аналогия или помощь жюри присяжных); и (2) решение проблемы на уровне принципа (индуктивное выявление общего положения-принципа в результате аккумуляции и обобщения «линий» ratio из множества накопленных опытом прецедентов). Во втором случае после объединения «линий» судья выводит «генеральную линию», (та самая генерализация, о которой говорит О. Холмс), которая, хотя и является нормой разрешения спора по данному конкретному делу, в процессе которого она была выявлена, но констатируется и сохраняется в прецеденте так же, как и любая казуальная норма, после чего у следующих судов появляется возможность ссылаться на этот опыт в уже обобщённом виде.

благоразумия не может быть определена применительно к данной конкретной имевшей место ситуации (конкретному поведению в конкретных обстоятельствах).

³⁵⁴ Kellog F. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case. Op. cit. P. 218-219.

Следовательно, **обобщённые правила** (абстрактные нормы-доктрины) согласно теории правового реализма не могут возникнуть из ниоткуда – из разума, логики, доктринальной этики, политической воли или других априорных источников – они могут быть сформированы только опытным (индуктивным) путём, для чего требуется постепенное накопление соответствующей эмпирической базы, центральное значение в которой имеют конкретные реальные, жизненные ситуации (дела), подвергаемые независимому и открытому судебному исследованию. До этого момента дела должны разрешаться на основе сложного процесса казуального выявления *common sense*, в том числе с обращением к институту жюри. Проф. Келлог, рассматривая учение О. Холмса, говорит об этом: «[Идёт] процесс выработки *конкретных* стандартов³⁵⁵ поведения в областях, где такие стандарты еще не были отсеяны (*settled upon*) [из разных вариаций *common sense* по данному вопросу] **путём наращивания** (разрастания, прироста, расширения – *growth*) **прецедентной практики**»³⁵⁶. «В понимании Холмса, надлежащий процесс образования (выведения – *derivation*) **общих принципов** (*абстрактных норм – Б.Л.*) **в праве [выглядит следующим образом]: они формируются постепенно** (последовательно – *gradually*) **с возникновением** (зарождением – *in the emergence*) **консенсуса из множества предыдущих решений по конкретным делам**»³⁵⁷.

Категория общественного консенсуса и вопрос его выявления неразрывно связаны с первичными установками Холмса об обязательной привязке чувств сообщества к очевидной тенденции конкретного поведения при конкретных фактах (разделы 2.5, 2.6, 3.1 и 3.2.1 диссертации). Так, споря с одним известным английским судьей, Холмс был категорически не согласен с мнением первого о том, что для наступления ответственности за деяние якобы недостаточно установления общей очевидной (явной) тенденции (направленности) поведения (*manifest tendency of act*) на причинение какого-либо вреда³⁵⁸; вместо этого

³⁵⁵ О позиции Холмса по конкретизации норм из опыта жюри (принципа усреднённости) см. раздел 3.1.

³⁵⁶ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 114.

³⁵⁷ Kellog F.R. Ibid. P. 108.

³⁵⁸ О том, что право в принципе предназначено для обеспечения мирного сосуществования людей и предотвращения вреда, а не для решения политических вопросов, см. раздел 2.3 диссертации.

наступление ответственности должно якобы ассоциироваться с *особым характером вреда* (в России более известна категория характера общественной опасности) или должно быть выведено из каких-то особых обстоятельств дела, которые лежат *вне плоскости общей тенденции (направленности) поведения* и для которых не существует ничего обобщенного. Другими словами, в первом случае речь идёт об оценочных, то есть субъективных, категориях, а во втором – о нецелесообразности обобщения (индукции) и привязке к уникальности обстоятельств каждого случая. Ни то, ни другое не вписывается в рамки рассмотренных убеждений правового реализма, среди которых акцент на объективности (жизненной реальности) и необходимости приращения опыта с целью последовательного обобщения (индукции). Холмс однозначно полагает указанную точку зрения ошибочной³⁵⁹. **Для постепенной судебной индукции необходимо, как раз, два элемента:** (1) совокупность фактических обстоятельств объективной реальности, которые склонны, пусть и с некоторой погрешностью, повторяться на практике (в жизни) и (2) определение общей очевидной тенденции поведения, которое в таких обстоятельствах будет считаться правомерным или противоправным исходя из выявленного *common sense of the community*.

Представляется, что отчасти именно распространённость такого ошибочного, по мнению О. Холмса, мнения, в том числе в среде английских судей, могло подтолкнуть его к научно-философской борьбе за «правильный» подход, с целью чего он и мог задумать незаурядное и ставшее эпохальным объяснение пути правовой доктрины (*the path of the legal doctrine*, т.е. именно пути индуктивного формирования и развития права). Холмс, как будет ещё показано, не отрицал развитие права в согласии с логикой, он отрицал только логику как априорный источник права. Логичность же правового процесса, как она видна в теории О. Холмса, заключается **в следующих закономерностях:** от сложного к упрощению (процедурно)³⁶⁰; от частного к общему (содержательно); от практики – к теории (доктрине) в лице главного актора этого процесса – судьи.

³⁵⁹ Holmes O.W. *The Path of the Law*. P. 1003.

³⁶⁰ Как было и будет показано в настоящей диссертации, индукция способствует упрощению судебного процесса, поскольку общие правила, выведенные однажды из опыта, позволяют рассматривать новые подпадающие под них дела быстро и без обращения к институту присяжных для определения нормы каждый раз заново.

При этом сама суть права остаётся неизменной – это *common sense of the community*; да, в разных формах, но всегда в прямой связи (адекватно) реальному источнику - опыту. Здесь на своё место в понимании реализма О. Холмса становятся соображения о теории права (юриспруденции) из «Пути права».

Владение общим правом, как было показано, обеспечивается согласно концепции реализма за счёт индуктивно-бессознательного и индуктивно-сознательного чувствования, понимания и выявления *common sense* в связке с определённой совокупностью фактов объективной реальности (именно определённая совокупность фактов вызывает те или иные устойчивые правовые чувства сообщества), в результате чего у юристов, как и у граждан, появляется возможность предвидеть решение суда в отношении той или иной ситуации (совокупности фактов). На этом общем постулате стоит вся предиктивная теория О. Холмса. Часть этой теории, которая интересует нас сейчас и которая показывает её концептуальную связь с общими реалистическими воззрениями, заодно подтверждая логическую системность всего его правового учения, отражена следующим утверждением: **«Гораздо более важно, и это является едва ли не единственным предназначением каждой новой потуги юридического мышления, сделать эти предсказания более чёткими и обобщить их в досконально взаимосвязанную систему»³⁶¹**. Холмс не отрицает возможность предсказания каждого решения суда заново, как если бы суд всегда рассматривал только принципиально новые жизненные ситуации (выявление казуальной нормы), однако, поскольку это далеко не так и поскольку имеет место множество аналогий, о которых было сказано ранее, он приходит к выводу, что, по большому счёту, **всё внимание юридической науки и практики должно быть устремлено именно к тому, чтобы вместо хаотичного подхода казуального регулирования была создана стройная система права с возможностью более чёткого и быстрого предсказания на основе норм уже обобщённого судебного опыта (доктрин), средством чего является судебная индукция.**

³⁶¹ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 991.

Выше неспроста было указано, что, когда возникает новое социальное противоречие (вопрос, требующий правового разрешения), первоначально открытость системы common law предполагает возможность вынесения разных, иногда даже противоположных решений судьями разных штатов и апелляционных округов (местностей *sensu lata*). Более того, если говорить о казуальном регулировании, то разные (противоположные) решения, безусловно, будут приниматься судами по одному и тому же правовому вопросу в зависимости от погрешностей (отличий) в совокупности фактических обстоятельств каждого из них, поскольку common sense увязано именно с этой совокупностью (вызывается ею). **Генеральная же идея О. Холмса** в том, что по мере наращивания общественного опыта по данному вопросу, особенно судебного и прецедентного, по мере развития чувств и суждений сообщества относительно данной ситуации острые углы (принципиальные различия) сглаживаются и появляется возможность посмотреть на неё отвлечённо, сверху или со стороны, чтобы методологически хладнокровно определить линию её разрешения, наиболее близкую именно к *общему* чувству сообщества, то есть к *common sense*. Судья поэтому способен чувствовать здравый рассудок и общие ценности сообщества, конечно, относительно-определённо, но этого, по убеждению О. Холмса, достаточно для того, чтобы сформировать надлежащий правовой стандарт, руководствуясь индуктивным методом, когда из множества частных ситуаций и решений, в том числе когда-то абсолютно противоположных, вычленишь только общее и относящееся ко всем им в определённой степени и вывести на этом основании понимание общей правовой закономерности по данному вопросу. **Это и есть высшее искусство и первое предназначение судейской должности:**

«Развитие права крайне склонно именно к такому пути. В двух совершенно разных делах предполагается наличие ключевых отличительных особенностей, которые становятся очевидны, если будут выражены в общих формулировках (stated broadly) (*в отношении каждого из дел – Б.Л.*). **Но по мере того, как эти два противоположных полюса обрастают новыми и новыми**

делами и начинают приближаться друг к другу, различие становится все труднее проследить; основу решений [жюри] составляет так или иначе очень незначительное преобладание чувства (в значении common sense и daily experience, а не в значении личных страстей и предрассудков –Б.Л.), нежели чётко выраженная причина (разум); и, наконец, **в результате соприкосновения, казалось бы, противоположных решений, получается математическая линия,** которая настолько условна, что с тем же успехом могла бы быть проведена немного дальше в ту или другую сторону, но в любом случае **должна была быть проведена где-то поблизости именно от этого самого места,** в котором она в итоге оказалась»³⁶².

Мысли О. Холмса из статьи «Закон в науке и наука в законе» образно демонстрируют, что имеется в виду под наращиванием прецедентного опыта, сущностно-правового приближения дел друг к другу и индуктивного их соприкосновения на уровне обобщённой смысловой линии. В главе 2 настоящей диссертации мы уже видели начало этой дискуссии, где Холмс рассуждал о разном отношении (чувстве) сообщества (common sense) и обязанности человека предвидеть этот стандарт среднего благоразумия в зависимости от очевидной тенденции определённого поведения в хорошо известных обстоятельствах – речь шла о разнице стрельбы в пустыне и на людной улице, о сбрасывании предметов с крыши деревенского сарая или с крыши здания в мегаполисе, о вхождении на рельсы при приближающемся поезде или в его отсутствие. В таких очевидных с точки зрения средне-благоразумного члена сообщества ситуациях стандарт правомерности и противоправности ясен. «[Но] что именно нового в части оценки фактов возникает, если человек открывает стрельбу не в прерии или на людной улице, а где-то на полпути между ними; или если железнодорожный экспресс находится в двухстах, ста или пятидесяти ярдах от вас?»³⁶³.

Подводя нас к основательному объяснению того, какая именно часть объективной стороны и связанной с ней правовой сути той или иной спорной

³⁶² Holmes O.W. The Common Law. P. 115. Аналогичные мысли высказываются им и в отдельной статье: Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Op. cit.

³⁶³ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Op. cit. P. 458.

ситуации имеет значение для индуктивного вывода общего правила и почему, отбросив всё остальное, её можно смело использовать для этого без вреда для адекватной связи правового регулирования с реальным источником права (common sense), **О. Холмс подчёркивает:** «Но это абсолютно очевидно, что стандарт поведения не перестаёт быть законом только лишь потому, что факты, к которым этот стандарт применяется (относится), вряд ли будут часто повторяться»³⁶⁴. Другими словами, судью не должна пугать мнимая уникальность каждого жизненного случая: если эти случаи относятся к категории одного рода, то мысль О. Холмса в том, что в них, казалось бы, при таком несовпадении фактических обстоятельств, неизбежно кроется основа для общего правила, которое может быть извлечено в результате индуктивного обобщения, генеральная линия которого становится более чёткой по мере прироста прецедентов, когда всё несущественное «теряется в массе». Эта линия, как говорит Холмс, может быть уверенно проведена судьей «здесь или там» – она будет рядом с common sense, и этого достаточно. Важно при этом, что при таком подходе фактически происходит очищение правового стандарта от несущественной конкретики фактов – **в этом преимущество индуктивно обобщённой нормы по отношению к казуальной**, которая определяется для каждого дела заново и когда жюри обращает внимание на всю совокупность фактов, которые имеются в данном деле и которые способны вызвать у них чувства (common sense), даже на те, которые в рамках общей картины по ситуациям такой категории, происходящим в сообществе, несущественны.

О. Холмс говорит о том, что конкретные дела (конкретные факты, служащие основанием для выявления права) должны постепенно сменяться общим правовым принципом (положением, нормой) и о том, что несущественная конкретика, засоряющая правовое пространство и сбивающее чёткость взгляда юриста, **должна уступить место ясно обозначенной общей мысли, заложенной во все эти решения** (генеральной линии): «Единственная ценность [вопросов факта] заключается в том, что, как предполагается, они побуждают (индуцируют

³⁶⁴ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Op. cit. P. 459.

– to induce) судей установить правило поведения (rule of conduct) или, другими словами, заложенную в них норму права (rule of law), [но] их тенденция в большинстве случаев состоит в том, чтобы **исчезнуть** настолько быстро, насколько заложенные в них правила будут [выявлены и] закреплены (become settled)... В учебниках можно найти множество примеров, которые показывают, что, когда [вопросы] фактов однажды исчерпаны (констатированы, выяснены – ascertained), тогда на них вскоре перестают ссылаться и уступают место норме права (rule of law)»³⁶⁵. Проф. Келлог прямо говорит о том, что это преимущество (достоинство, добродетель – merit) общего права, что оно **сначала решает дело, а затем определяет принцип**, общее правило, доктрину (determines the principle afterwards). По его мнению, если посмотреть на формы логики, то можно увидеть, что когда у нас есть посылка и вывод второстепенного порядка (малого, частного – minor), тогда должна быть и связка посылка-вывод главного порядка (общего, крупного – major), которую мы также готовы заявить (доказать). **«Только после ряда (серии) определений (этой связки «посылка-вывод» и правила разрешения спора, common sense – Б.Л.) по одному и тому же предмету возникает необходимость, как говорится, «согласовать дела» (reconcile the cases), то есть путем истинной индукции сформулировать принцип, который до тех пор ощущался смутно»**³⁶⁶.

Пример такого «последовательного приближения» (successive approximation) и «согласования дел», который можно найти у самого Холмса в цикле «Общее право» – это группа решений Массачусетских судов о правовых последствиях небрежного оставления ребёнка на улице:

1) Одно дело, когда ребёнок 2 лет и 4 месяцев отроду без какой-либо явной необходимости отправляется без присмотра гулять по улицам большого города – в таком случае небрежность и отсутствие здравого смысла (common sense) налицо, и ни и о какой компенсации речи идти не может,³⁶⁷

³⁶⁵ Holmes O.W. The Common Law. P. 137.

³⁶⁶ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 107-108.

³⁶⁷ Callahan v. Bean, 9 Allen, 401.

2) В другом деле указывается, что разрешение мальчику 8 лет быть на улице одному не обязательно говорит о небрежности;³⁶⁸

3) В третьем случае последствие разрешения мальчику 10 лет находиться на улице одному в тёмное время суток отдано на суд присяжных;³⁶⁹

4) Дополняет картину утверждение, на которое, как говорит Холмс³⁷⁰, можно отважиться и без особых познаний (компетенции), о том, что факт наличия или отсутствия подобного разрешения у молодого человека 20 лет (хотя и несовершеннолетнего) не имеет никакого правового значения вообще, поскольку он сам **обладает чувством здравого смысла и общего/среднего благоразумия** (possessed of common intelligence, см. главу 2 диссертации).

Таким образом, при определении того, какие правовые последствия влечёт оставление несовершеннолетнего наедине с возможностью как получить вред, так и причинить его окружающим, судья может **обратиться к уже накопленному прецедентному опыту**, чтобы отбросить несущественные детали каждого конкретного дела и уследить в них некоторую общую закономерность (генеральную линию), неподалёку от которой ему следует провести собственное решение, чтобы оно было максимально приближено к common sense of the community. В данном случае речь идёт о генеральной линии указанной последовательности прецедентов, согласно которой правовое значение имеет возраст ребёнка и его способность самостоятельно руководить своими действиями в соответствии с реальным (а не предварительным) чувством здравого смысла и общего/среднего благоразумия, причём на месте судьи можно уже уверенно сказать, что в случае с детьми младше, скажем, 6 лет решение будет однозначно против родителей (ребёнок не обладает common intelligence, заменить его временно должны родители); а в случае с детьми от, скажем, 18 лет и до 21 года решение будет однозначным с учётом того, что молодой человек самостоятельно обладает common intelligence; а в случаях «между» ними решение вопроса следует отдать на усмотрение жюри.

³⁶⁸ Carter v. Towne, 98 Mass. 567.

³⁶⁹ Lovett v. Salem & South Danvers R. R. Co., 9 Allen, 557.

³⁷⁰ Holmes O.W. The Common Law. Op. cit. P. 116.

Ещё один реальный пример подобного рода индуктивного выведения общей закономерности – дело *Calye's case*³⁷¹, в решении по которому за авторством лорда-главного судьи Э. Кука видно, как за счёт именно описанного О. Холмсом явления «согласования» прецедентов и предыдущего опыта частью общего права стал имевший место обычай, согласно общей сути которого владельцы гостиниц (трактирщики), как и грузопереносчики (грузоперевозчики) или хранители, несут ответственность не только за все потери, но и за *повреждения* (*loss of or damage to*) вверенных им вещей, за исключением случаев, когда это вызвано обстоятельствами непреодолимой силы (дословно «действием Бога») или преступными посягательствами (дословно «врагов Короля (общества)») или небрежностью самого гостя. **Особо показательно** как в аспекте настоящего диссертационного исследования в целом, так и содержания настоящей главы дело *Roberts v. Case Hotel Co., Inc.*³⁷² (далеко не единственное в своём роде), для решения которого судья Нью-Йорка, рассуждая о сущности гостиничного дела и обязанностей владельцев отелей («What is an inn?») и определяя (выявляя) *common sense* сообщества по данному вопросу обратился в первую очередь не к абстрактным законодательным формулировкам, а именно к индуктивному прецедентному опыту – делу *Calye's* и **заложенному в его решении общему смыслу**, несмотря даже на то, что рассмотрено оно было почти 350 лет назад.

Наконец, для наглядности, используя рассуждение самого Холмса из одной его лекций³⁷³, можно привести следующий ряд деликтов: (1) однажды суд удовлетворил иск против железнодорожной компании за ущерб, причинённый упавшим на истца из конструкции ж/д моста кирпичом; (2) в другом деле суд отклонил такой же иск, поскольку ж/д компания недавно проводила там ремонтные работы, а истец разгуливал без необходимости под мостом в чрезвычайно плохую и ветренную погоду, когда все «нормальные» люди сидели дома; (3) суд удовлетворил иск против компании, владеющей складом, за упавшую на голову прохожего из её окна бочку с зерном; (4) суд отклонил такой

³⁷¹ (1584), 8 Co. Rep. 32a.

³⁷² 106 Misc. 481 (N.Y. Sup. Ct. 1919).

³⁷³ Holmes O.W. The Common Law. P. 110-115.

же иск, когда бочка упала во время проводимых во всеуслышание разгрузочных работ при опознавательных знаках, которые истец не заметил; (5-∞) множество других прецедентов, «обрастающих» и «насыщающих» этот вопрос. Или такой последовательный ряд из сферы гражданских прав: (1) сразу после гражданской войны суд отклонил иск против местной администрации, снёсшей памятник, ассоциировавшийся с рабовладельческим обществом; (2) суд приговорил к уголовному наказанию активистку, которая в период участия страны в мировой войне призывала к решительным действиям по смещению правительства с заменой на коммунистическое; (3) суд отменил закон штата, запрещающий любое использование красных флагов, ассоциирующихся с советской властью и мировым коммунизмом; (4) суд отменил закон штата, запрещающий любые пикетирования только для работников предприятий; (5) суд отменил уголовное преследование активиста Ку-клукс-клана, собравшего за городом гуляния сторонников движения с демонстрацией и продвижением расистской и ксенофобской символики и лозунгов; (6-∞) множество других прецедентов. Конечно, для нас сегодня это может быть очевидным, поскольку применимые к данным ситуациям нормы могут быть нам хорошо известны благодаря тому, что они давно сформированы и преподаются в университетском курсе права, но так было далеко не всегда. Прежде чем это стало возможным, судьям предстояло провести **работу над этим внушающим по объёмам и по глубине правовым материалом**, чтобы провести генеральную линию для всех однородных дел данных двух категорий и индуцировать общее правило, несмотря на, казалось бы, совершенно не совпадающие по фактическому составу судебные дела: (1) компания несёт ответственность за упавшие с принадлежащих ей объектов и причинивших вред предметам только в том случае, если падение находится в прямой связи с качеством выполнения работниками данной компании соответствующих благоустроительных и предупредительных работ и проявленной степенью заботливости и осмотрительности и не связано с независимыми от неё причинами; (2) запрет и преследование за проявленную свободу слова возможны только в том случае, если такое проявление образует

прямую, явную и непосредственную опасность для общества или людей, иначе они защищены Первой поправкой (доктрина clear and present danger).

Наконец, **интереснейшим примером** того, как на практике работает судебная индукция, о которой пишет О. Холмс, стал процесс обобщения прецедентного опыта, объединения «линий» ratio из предыдущих решений в одну «генеральную линию» и выведения общего правила – доктрины (абстрактной нормы), который был не только предпринят, но и описан будущим судьёй Верховного Суда США (на тот момент судьёй Апелляционного суда Нью-Йорка) Б. Кардозо³⁷⁴ в решении по делу *MacPherson v. Buick Motor Co.*³⁷⁵. Факты (объективная сторона) дела обстояли так, что человек получил ранение в результате неисправности и разрушения одного из колёс его машины *Buick Runabout*. Правовая суть вопроса сводилась к тому, несёт ли производитель ответственность, если он только создал колёса, а устанавливал (собирал), проверял и продавал товар не он, а дилер, который и является стороной договора с гражданином. Доктрина причастности к договору (doctrine of privity of contract), сформировавшаяся в первой половине 19 века, исключила возможность привлечения к ответственности, связанной с отношениями из договора, третьих лиц, не участвующих в договоре³⁷⁶ и не знавших о нём³⁷⁷. Однако уже в решении по делу *Thomas v. Winchester*³⁷⁸ суд сделал первое исключение из правила и привлёк к ответственности изготовителя распространявшегося на рынке яда, который ошибочно промаркировал его как безвредное вещество. Несмотря на то, что тот не состоял в договорных отношениях с приобретателями «безвредного» вещества и вообще не знал их личностей, суд, напрямую руководствуясь **принципами, о которых говорит О. Холмс** (глава 2 диссертации), постановил, что, осознанно работая с ядовитыми и опасными для жизни людей веществами, **любой благоразумный член сообщества** обязан предпринять все необходимые

³⁷⁴ Примечательно, что американцы ставят Б. Кардозо в один ряд с судьёй О. Холмсом как отцов-основателей реалистической традиции судейского правосознания (судейского правового реализма), см. раздел 1.2 диссертации. ³⁷⁵ (1916) 217 NY 382.

³⁷⁶ Разрешение схожего по сути вопроса в качестве примера индуктивного выведения принципа упоминалось самим О. Холмсом, см. подраздел 3.2.2.

³⁷⁷ Окончательно была оформлена и приобрела известность после решения Суда Казначейства в решении по делу *Winterbottom v Wright* (1842) 10 M&W 109.

³⁷⁸ 6 N.Y. 397 (1852).

меры заботы и осмотрительности, чтобы не допустить такой ошибки, и, следовательно, в противном случае обязан возместить весь причинённый ущерб. Суд, таким образом, заложил первый камень в фундамент доктрины неминуемой опасности для человеческой жизни (*imminent danger to human life doctrine*).

Ответчик по делу *MacPherson* утверждал, что фактические обстоятельства его дела отличаются от дела *Thomas*, поэтому доктрина неминуемой опасности неприменима в случае с автомобильным колесом. Он настаивал, что смысл решения по делу *Thomas* и других в том, что вещи, неминуемо опасные для жизни – это яды, взрывчатые вещества, смертоносное оружие, т.е. вещи, штатная (обычная) функция которых – травмировать или уничтожить. В дальнейшем имел место целый ряд прецедентов, **последовательно наращенная прогрессия свидетельств о праве** (свидетельств здравого рассудка сообщества) по тому же правовому вопросу, которая согласно теории О. Холмса является **лучшей эмпирикой для истинной индукции** и уяснения «правового урока», что и было сделано судьёй Кардозо, который благодаря накопленному судебскому опыту *почувствовал*³⁷⁹, что готов констатировать общий смысл этого опыта и сформулировать принцип (доктрину):

«Можно заметить, что решение *Statler v. Ray Mfg. Co.*³⁸⁰, вероятно, **продолжает правило**, заложенное в деле *Thomas v. Winchester*. Если это так, то данный суд [также] убеждён в расширении [его действия]. (Приводятся вышеуказанные доводы ответчика – Б.Л.). Но какой бы ни являлась когда-то норма для разрешения дела *Thomas v. Winchester*, она перестала иметь такое *ограниченное* понимание. Строительные леса по своей сути [тоже] не являются причиняющим вред механизмом (даётся ссылка на дело *Devlin v. Smith*, в котором, однако, был поставлен вопрос об ответственности за их обрушение – Б.Л.). Они становятся причиняющими вред только в том случае, если сконструированы некачественно. Большая кофейная урна (*Statler v. Ray Mfg. Co.*) может нести в себе, если изготовлена небрежно, потенциальную опасность, но

³⁷⁹ О значении этого опытного судебного чутья-наития для работы с принципами – см. раздел 4.1 диссертации.

³⁸⁰ Один из них - *Statler v. Ray Mfg. Co.*, на который отдельно ссылается Кардозо. Дело было о взрыве кофейной урны при обычном использовании в соответствии с предназначением. 195 NY 478, 480 (1909).

никто даже не задумается о ней как об орудии, штатной функцией которого является причинение вреда. То, что истинно для кофейной урны, в равной степени истинно и для бутылок с газированной водой (*Torgesen v. Schultz*, 192 N. Y. 156). Это мы назвали только дела, рассмотренные данным судом. Но это же **правило доказало аналогичное расширенное действие в наших судах** промежуточной апелляции. В деле *Burke v. Ireland* (26 App. Div. 487), в решении за авторством судьи Каллена, оно было применено к застройщику, который построил дефектное здание; в деле *Kahner v. Otis Elevator Co.* (96 App. Div. 169) – к производителю лифта; в деле *Davies v. Pelham Hod Elevating Co.* (65 Hun, 573; оставлено в силе данным судом, 146 N. Y. 363) – к подрядчику, который предоставил дефектную верёвку, зная о цели, для которой веревка должна была использоваться. **В данный момент нам не требуется ни одобрять, ни опровергать применение правила, которое было осуществлено в указанных делах** (т.е. заново выявлять казуальную норму к конкретным фактам, об особенностях чего говорилось ранее – Б.Л.). **Достаточно того, что они помогают охарактеризовать направление судебной мысли** (trend of judicial thought). Следовательно, мы приходим к суждению, что **принцип** *Thomas v. Winchester* не ограничивает своё действие на ядах, взрывчатых веществах и т.п., т.е. на вещах, которые при их обычном применении являются орудиями причинения вреда. Если природа вещи такова, что имеется обоснованная уверенность в том, что она при небрежном изготовлении подвергнет опасности жизнь и здоровье (life and limb), то это вещь, представляющая опасность. Сама её природа предупреждает о последствиях, которых следует ожидать. Если к элементу опасности добавляется ещё знание [изготовителя] о том, что вещь будет использоваться не покупателем, а третьими лицами, и использоваться без новых испытаний (проверок), то, независимо от [границ действия] договора, производитель этой вещи, способной представлять опасность, находится под действием обязанности изготовить её бережно и тщательно проверить. Это всё, что нам требуется для решения этого дела... Если

[производитель] будет небрежен там, где опасность должна была быть предвидена, то последует ответственность»³⁸¹.

Правило, обозначенное судьёй Кардозо, дословно не установлено ни одним из предыдущих решений, но он **выводит его** в результате обобщения описанного в них принципа «вещи, представляющей опасность». Он уточняет, что опасность может быть не только прямая, но и «предсказуемая» исходя из природы вещи и её возможного использования в случае неисправности, даже если прямые «цели, для которых она была изготовлена», сами по себе не являются «источником повышенной опасности». Чисто механически Кардозо, конечно, расширяет действие ранее запечатлённого в прецеденте принципа, но в действительности, как объясняет реализм Холмса и слова самого Кардозо, он не делает это самостоятельно – он лишь **обобщает уже состоявшийся опыт** правовой жизни сообщества, **объединяет линии ratio** каждого свидетельства такого опыта и **выводит генеральную линию** вблизи с обнаруженным common sense of the community, *констатируя существующее* право. Не зря в тексте решения Кардозо, как видно, уделяет особое внимание тому, чтобы показать эти выводы как **предсказуемый результат прогрессии дел**, а не как дикое отступление от известной всем нормы³⁸². В решении отчётливо видно, как Кардозо продолжает придерживаться изначального принципа *Winterbottom v Wright* (принятого, к слову, английским судом после Американской революции), согласно которому необходимо избегать «абсурдных и возмутительных последствий». Специально для этого он, как видится, не просто отменил действие доктрины *privity* и признал полную ответственность изготовителей, а указал, что «должно быть знание об

³⁸¹ MacPherson v. Buick Motor Co. (1916) 217 NY 382.

³⁸² Такое объяснение в духе правового реализма, увязанное с самой природой функционирования common law, в целом позволяет осмыслить **причины фактической (практической) закономерности**, по которой большинство постановлений английских и американских судов, в которых решаются вопросы права, являются очень объёмными (некоторые излагаются на десятках страниц), а также понять, в связи с чем во всех них делается множество ссылок на историю развития вопроса и уже имевшиеся прецеденты. Реализм объясняет, что задача судей – **доказать наличие реально существующего права**, которое они констатируют; убедить в том, что именно это направление мысли является common sense, что проводимая «линия» соответствует общему смыслу (тренду) накопленного опыта сообщества. Это же объясняет **особое отношение к институту особого мнения судьи**, право на выражение которого считается незыблемым именно потому, что они являются точно таким же выражением опыта сообщества и будут крайне важны, когда последующие судьи будут проводить работу над объединением «линий», которые, как указал Холмс, проводятся всегда «рядом» с common sense. Это хорошо видно в английском подходе к изложению решений (*seriatim*), где при коллегиальном рассмотрении своё суждение должен изложить каждый судья, а в будущем юристы ссылаются не только на само решение, но и на суждение конкретного лорда-судьи.

опасности – не просто о возможной, но о вероятной [с учётом всех обстоятельств]». Но, придерживаясь изначального принципа, Кардозо, выражаясь словами Холмса, провёл ещё одну линию *common sense* рядом с предыдущей, расширив её и указав, что наиболее важным фактором для определения границы ответственности является **не формальность** типа условий доктрины *privity*, а характер (**сущность**) реализуемой вещи и предсказуемые результаты её использования последующими покупателями в случае неисправности.

В контексте уже не раз описанных идей О. Холмса о реальном источнике права, развивающегося опытным путём, о правовой последовательности и преемственности, о работе судей по извлечению общего смысла и *common sense* из прогрессии прецедентов («свидетельств о праве»), а также состоявшихся выводов о сущности *common law* как достояния *англо-американского общества*, индифферентного политическим подоплёкам и государственным *границам*, интересно отметить, что через 16 лет после решения судьи Кардозо данная доктрина была констатирована Палатой Лордов, которая признала за гражданами право на иск вне зависимости от действия доктрины *privity*, поскольку признала наличие в таких случаях не нарушения контрактного обязательства, а совершение деликта. Лорд Эткин сослался при этом на решение судьи Кардозо.

Таким образом, с учётом ранее сказанного проясняется, что в понимании Холмса по мере того, как эти два разных полюса – два разных решения (подхода к решению) вопроса одной категории, но не одной совокупности фактов (говоря на его примерах, категория – опасная стрельба; отличие фактов – пустынная или людная местности), в отношении которых изначально отличительные характеристики были обозначены в общем виде, обрастают всё новыми и новыми однородными (по сути правового вопроса (проблемы), а не по сути решения) прецедентами и их решениями, то так же планомерно начинают стираться очевидные, явные границы между ними (принципиальные отличия), они всё больше приближаются друг к другу в сутевой части и всё чётче обнажают ту генеральную линию, которая составляет общий смысл всей ситуации подобного рода и которая не меняется со сменой совокупности фактов. Судье, в отличие от

сторон, от жюри и даже от рядовых юристов, постоянно и непрерывно рассматривающему все эти дела с нарастающим эффектом, задачей которого является наблюдение за этим процессом приращения жизненно-судебного опыта, открывается возможность **извлечь указанный общий смысл и вывести генеральную линию** благодаря методологическому приёму уяснения, какие из всей совокупности фактических обстоятельств того или иного дела были уникальными и с правовой точки зрения играли роль *только для констатации казуальной* нормы (экстраполируя на принципы работы жюри – та часть объективной стороны, те факты, к которым привязаны чувства (common sense) только данного конкретного жюри и которые не имеют существенного значения в других однородных ситуациях), а какие являются *общими* для них всех и могут быть использованы для выявления *общей закономерности* (другая часть объективной стороны, те факты, которым явно и относительно одинаково отвечают чувства сообщества во всех однородных делах). Таким образом, появляется возможность, выражаясь словами Холмса, «**усвоить общий урок**» из **индуктивного опыта** – судья набирается, собственно, опыта и уверенности, чтобы сформулировать общую норму поведения в ситуациях такого рода.

Ещё больше проясняется тогда значение описанной ранее категории **консенсуального суждения сообщества** (consensual judgment of the community), которое выявляют судьи в процессе индукции. Это именно общий смысл и «генеральная линия» прецедентного опыта, получаемая за счёт последовательного сбора и объединения «линий» ratio, имеющихся во всех предыдущих свидетельствах о праве. При этом вовсе не обязательно, чтобы предыдущие решения были такими же положительными или отрицательными применительно к разрешению конкретных фактов по существу: как чётко подметил судья Кардозо, имеет значение, как раз, *общее направление* судебной мысли. В этом прослеживается сама суть **консенсуальности** суждения сообщества, которая означает не банальное арифметическое сложение судебных позиций по принципу большинства, а сложную методологическую работу по выявлению и констатации общей сути и смысла (**консенсуса**) обнаруженного опыта сообщества, как

положительного, так и отрицательного применительно к заявленным в настоящий момент требованиям.

Квинтэссенцией мысли О. Холмса в заданном направлении являются уже цитированные ранее слова о том, что факты повторяются редко, а суть дел - часто. И его вывод о способности судьи с большим опытом *nisi prius* выявлять и выражать фундаментальные ценности сообщества (*common sense of the community*) в повседневных делах «гораздо лучше, чем среднестатистический присяжный»³⁸³. Исключительно в связи с данным результатом осмысления онтологии *common law* в реалистической философии права О. Холмса центральное место отведено не законодателю, а именно судье, который считается в англо-американском обществе главным представителем и выразителем ценностей сообщества (*represent the community*, см. раздел 1.4 диссертации). Поэтому задачу судебного права, которая за счёт всего сказанного обеспечивается судьями, О. Холмс ставит следующим образом: **«Соответствовать реальным чувствам и потребностям сообщества (actual feelings and demands of the community)»**³⁸⁴. Неспроста в его теории постоянно используются различные коннотации слов «чувство», «предчувствие», «чутьё» («feelings» – синоним «sense»), которые завязаны на центральной идейной категории *common sense*, ведь именно судья, с учётом сказанного выше, наиболее приспособлен к работе с таким материалом.

Таким образом, с учётом всего сказанного, в том числе в главе 2, можно заключить, что если для жюри присяжных справедлива формула « $A + B = X$ », где A – субъект поведения, B – обстоятельства поведения, а X – стандарт поведения, то для судьи, который в силу своей профессии заинтересован в стабильности и развитии свершаемого перед ним факта правотворчества, справедлива формула « $A + B = B + \Gamma = \Delta + E = X$ – несущественные условия = конкретная общая норма», где субъекты A , B и Δ хотя внешне и отличаются друг от друга (фамилии/внешность), но их субъективные характеристики (психофизические способности, возраст и т.п.) совпадают, и где обстоятельства B , Γ и E хотя внешне

³⁸³ Holmes O.W. The Common Law. P. 113.

³⁸⁴ Holmes O.W. The Common Law. P. 39.

и отличаются (произошли на разных улицах и т.п.), но их объективные характеристики (природно-техногенные условия и т.п.) совпадают^{385,386}.

Индуктивно выведенные из прецедентной практики (опыта) «правовые уроки», общие закономерности и абстрактные нормы (принципы, доктрины) становятся главным помощником судей по всей стране, позволяя решать дела быстрее и эффективнее. Однако это не меняет того факта, что эти нормы не только произведены самим сообществом (самой жизнью, опытом «снизу-вверх», от множества частного к единству общего), но и продолжают развиваться в этой жизненно-ориентированной системе координат (знаменитая фраза «**право следует искать не в законах, а в реальной жизни**»), то есть это не меняет их сути, кардинально отличающейся от абстрактных норм континентального права. Сам О. Холмс говорит по поводу этого процесса непрерывной судебной индукции, которая должна постоянно развивать право в унисон с самостоятельным развитием его реального источника – жизни сообщества и *common sense of the community*: «Предполагается, что кодекс выработан и написан фразами, санкционированными судами, или тщательно проверен комиссией юристов. Но появятся **новые дела, которые не впишутся в тщательно**

³⁸⁵ Ещё одним очень **наглядным примером последовательно-индуктивного** (прогрессивного) формирования общего представления о правовой закономерности по определённому вопросу (общего положения, доктрины) может служить цепочка дел о характере и пределах иммунитета Президента США в качестве главы одной из самостоятельных ветвей власти (исполнительной): *Prohibitions Del Roy*, 77 Eng.Rep. 1342, 1343, (K.B.1608); *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); *Livingston v. Jefferson*, 15 F. Cas. 660 (C.C.D.Va.1811) (No. 8,411); *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. (4 Wall.) 475 (1867); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982); *Jones v. Clinton*, 869 F. Supp. 690 (E.D. Ark. 1994). Примечательно, что цепочка начинается не с американских постреволюционных прецедентов, когда в принципе появилась должность президента, а с «Дела о запретах», рассмотренного лордом-судьей Э. Куком ещё в 1608 году. На этом примере видна вся палитра ранее обозначенных мыслей О. Холмса: и разные факты (обстоятельства) дел, и разные по сути решения, и разные пространственно-временные условия, но, как и было сказано, принципиальную важность имеет только одно – **общий смысл (общая закономерность и генеральная линия)** накопленного в эти решениях **опыта** жизни сообщества. В итоге таковым оказался обозначенный ещё Э. Куком принцип *Sub Deo et Lege*, а президент не может уклониться ни от уголовного, ни от гражданского правосудия с одной лишь ссылкой на иммунитет.

³⁸⁶ Аналогичный по сути пример применительно к Великобритании можно привести из решения по делу *GCHQ case* [1984] UKHL 9, на который без лишних пояснений прольют свет слова лорда Диплока: «Практика судебного контроля, я убеждён, развилась сегодня до такой стадии, когда без повторения какого-либо **анализа шагов, которыми происходило это развитие**, можно без труда классифицировать по трем понятиям основания, при наличии которых административные действия подлежат контролю со стороны судебной власти. Первое основание я бы назвал "незаконностью", второе - "иррациональностью", а третье - "процедурной непригодностью". Это не означает, что **дальнейшее развитие** на индивидуальной основе не может со временем **добавить** дополнительных оснований. Я имею в виду, в частности, возможное признание в будущем принципа "пропорциональности", который признается в административном праве наших коллег из стран-членов Европейского экономического сообщества; но для решения данного дела будет достаточно трех уже **прочно устоявшихся (общепринятых, прецедентно-очевидных – well-established)** понятий, о которых я упомянул». Он подытожил, что на современной стадии развития данной сферы права уже совершенно необязательно, подобно виконту Рэдклиффу, изобретать «остроумные объяснения» для принятия решения, поскольку благодаря судебной индукции оно **стало очевидным**.

составленные формулировки. Как мы уже отмечали, **общее право, путем серии последовательных приближений** - путем **постоянного согласования возникающих дел** (by a series of successive approximations - by a continual reconciliation of cases), **готово к этому** и просто изменяет форму правила»³⁸⁷. Ещё раз подчёркивается методологическое единство индукции и аналогии, когда в основе лежит процесс «постоянного согласования», для которого более характерна like cases maxim (аналогия), после чего возможно уже «последовательное приближение» к реальной абстракции (индукция). Будучи автором позиции Верховного Суда по делу *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*³⁸⁸ Холмс прямо указал, что для формирования действенного общего положения закона необходима последовательная оценка его сути и действительности «дело-за-делом» (case-by-case evaluation).

В чём здесь принципиальное отличие от «выявления» здравого смысла в континентальных методиках и техниках нормотворчества? Чем такой подход даже теоретически, не говоря уже о практике, отличается, к примеру, от разработки норм с известным в России «общественным обсуждением» или «оценкой регулирующего воздействия»? Как видится, разница есть в том, чтобы, (1) погрузившись в прогрессию прецедентного опыта, *выявить*, как поступает общество (люди) в *объективной* реальности, в повседневной *жизни*; (2) или просто спросить у бесчисленного и бесформенного количества людей: «Как вам эта *общая формулировка*? Нравится? Нам важно ваше *субъективное* мнение, которое, однако, не имеет решающего значения». Таким образом, **теоретическая разница подходов** заложена уже в том, что в системе common law правило подразумевается ***уже существующим в самой жизни*** – в конкретных казуальных нормах (линиях), которые лишь обобщаются с проведением генеральной линии вблизи со всеми первичными линиями. Другой подход подразумевает же, что никаких казуальных или заранее существующих норм не существует, а даже если и имеется некоторая совокупность конкретных ситуаций, которые

³⁸⁷ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

³⁸⁸ 260 U.S. 393 (1922)

рассматриваются при составлении общей формулировки, то по ним спрашивается лишь мнение общества, которое в действительности является отражением лишь *опосредованного опыта* как в случае с народными избранниками, так и в случае с самими гражданами (одно дело, когда человек участвует в судебном деле, борется за свои права, чувствует влияние потенциального решения на его финансовое или физическое благополучие; другое – мнение со стороны, часто в народе называемое «диванной» критикой).

Как было сказано в разделе 3.1, важнейшей функцией судьи, которую он призван выполнять посредством такой методологической правовой работы – это **обеспечение правовой определённости**, когда, как уже было раскрыто в настоящем разделе, на место разбросанных по разным делам казуальных норм и на место всеобщего (максимально абстрактного) стандарта средне-благоразумного человека (принцип «усреднённости», см. главу 2 диссертации) приходит устойчивое правовое понятие, правило, доктрина. Благодаря объяснениям О. Холмса мы увидели, что онтологической особенностью common law является его последовательное и постепенное (*gradually*) не только формирование, но и развитие от простого к сложному (субстанциально), от сложного к упрощению (процедурно), от частного к общему (методологически). Сама необходимость такого развития, предполагающая, что право не стоит на месте и не является чем-то окончательно оформленным, но находится в процессе постоянного обновления (серия «приближений» и «согласований»), одновременно **предполагает наличие некоторой степени свободы – судейского усмотрения** – и неопределённости (*stricto sensu*), когда судья, как было сказано ранее, вынужден проводить «генеральные линии» где-то неподалёку от *common sense*, выявить который с точностью «до миллиметра» в форме абстрактного правила не представляется возможным, но «смутность» которого уменьшается и уменьшается по мере последовательного приближения (аппроксимации - *successive approximation*). Интересны в этом плане выводы проф. Келлога: «Универсальность (универсальный, абстрактный характер чего-либо – Б.Л.) по сути своей заинтересована в будущем познании (исследовании) так же, как и в

прошлом, и никогда не выражается в окончательном суждении (положении, утверждении); она всегда в какой-то степени не урегулирована (неустановившаяся, неразрешённая – *unsettled*). Для Холмса **общий правовой принцип** (абстрактная норма – *general legal principle*) **формируется таким же образом – посредством процесса, который он описал в одном из ранних теоретических эссе как “последовательное приближение”**³⁸⁹. Но важно, что концептуально это вовсе не означает вседозволенность судей – речь у Холмса исключительно об усмотрении, основанном на реальном прецедентном опыте и реальной эмпирике, полученных в результате кропотливой методологической работы, а вовсе не о произвольном усмотрении «судьи-законодателя».

Таким образом, двуединым достоинством судьи в системе *common law* является способность, с одной стороны, **поддерживать определённость** (установить «линию» чётко – недалеко от *common sense*), а с другой – **поддерживать процесс развития** права из жизни, поскольку, как показал сам О. Холмс, эта линия может быть проведена с таким же успехом «здесь или там», немного скорректирована и сдвинута «вправо или влево», будучи при этом по-прежнему в непосредственной близости с *common sense*. Линии проводятся «рядом» и постепенно могут смещаться в соответствии с закономерной сменой общественных чувств, чаяний, потребностей, ожиданий, суждений, мышления и всего того, что составляет сложное категориальное понятие *common sense of the community*: за счёт этого обеспечивается постепенная эволюция права в унисон с жизнью самого общества, в чём заключается, возможно, **самый главный постулат правового реализма**.

Эта функция и способность судьи, это высшее искусство эмпирически обоснованной (подкреплённой опытом) генерализации, является ещё одним, если не центральным, проявлением стремления к «сужению сферы неопределённости» закона, на необходимости которого настаивал сам О. Холмс (см. раздел 3.1). Об этом свидетельствуют и выводы Т. Грея по результатам исследования образа «холмсовского судьи» (*Holmesian Judge*): «И мы находим то, что Холмс довольно

³⁸⁹ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 108.

последовательно осмысляет (объясняет) законы и прошлые решения, чтобы **придать им широкий охват** и, следовательно, **сделать пробелы**, оставленные установленным законодательством, относительно **небольшими**³⁹⁰. Это подтверждает обозначенный нами ход мыслей и состоявшиеся выводы о цели (предназначении), содержательном наполнении (сути) и пределах судебной деятельности, ценностно ориентированной на теоретизацию путём применения методологии аналогии и индукции. «Прошлые решения», то есть последовательно накопленный прецедентный опыт, **не остаются в истории и не канут в лету**, а непрерывно и преемственно используются для определения общего *опыта* (*common expeience*) и общего чувства (*common sense*) сообщества по определённому проблемному вопросу (как мы помним, согласно Холмсу «жизнь права никогда не была логикой – она всегда была в *опыте*»). **Судебная индукция**, таким образом, обеспечивает процесс перехода от единичного опыта и казуальных норм, ассоциированных с конкретикой фактических обстоятельств, в том числе несущественных (а, значит, оставляющих как бы недосказанность в отношении множества других однородных ситуаций с относительно другой конфигурацией фактов), **к понятиям и принципам (доктринам) широкого охвата, которые больше не оставляют недосказанности** и восполняют, как сказано, оставленные законодательством пробелы.

Созвучно этому мыслит и К. Ллевелин, утверждающий, что благодаря широким концепциям-принципам (правовым доктринам), полученным из погружения в последовательную прогрессию общественного опыта, буквально «насыщает» судей правом и выходит за рамки простого свода писанных указаний, позволяя судье эффективно решать дела с учётом всей *сути* отношений³⁹¹. Одним из примеров такого выведения доктрин широкого охвата из прецедентного опыта, в том числе из множества предыдущих решений, а также их постоянного обновления и приспособления к реальной жизни здесь и сейчас («согласования»), можно назвать развитие теории так называемого сокажа (*socage*), как оно было

³⁹⁰ Grey T. Op. cit. P. 37. Созвучно ранее цитированной позиции О. Холмса об интерстициальном правотворчестве судей «молярного» уровня.

³⁹¹ Llewellyn K. The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Op. cit. Pp. 19–20.

однажды описано проф. В.А. Томсиновым в одной из лекций. Функционирование этой категории в Англии после нормандского завоевания в качестве правового атрибута той части английского общества, которая сохранила свои свободы и привилегии (от сакс. «soc», в противоположность распространённому мнению юристов общего права о связи понятия с характером деятельности – «пахать, вспахивать» от лат. «soca»), подробно описана У. Блэкстоном в Комментариях («And those who thus preserved their liberties were said to hold in *free and common socage*»)³⁹². Спустя время в этих исследованиях, на примере теории сокажа, Дж. Бентам разглядел идею о том, что юридические категории постоянно развиваются и меняют свой смысл. Так, сокаж изначально предполагал обязанность жителя обрабатывать землю своим плугом в качестве арендной платы за земельный участок. Затем постепенно эта обязанность, сводившаяся к выполнению работы в натуре, заменяется обязанностью уплаты некой денежной суммы. Казалось бы, само категориальное понятие остаётся неизменным, а правовое содержание видоизменяется и обновляется – сокаж стал рассматриваться просто как арендная плата. Бентаму на этом примере удалось уловить и обнаружить перед всеми нами основную причину, по которой труд Блэкстона может рассматриваться в действительности как истинно историко-правовой. Не зря система прецедентного права названа *common law* – дело в том, что она ориентирована, как было показано ранее, на общий опыт (*common experience*) сообщества и общий смысл (*common sense*) этого опыта, возникающий последовательно и постепенно, и не застывший в моменте, а эволюционирующий и обновляемый так же умеренно и непринуждённо. Применительно к теории сокажа это отражается в том, что, действительно, в разное время имели место разные ситуации, разное состояние общественного развития, разные совокупности фактических обстоятельств, создающих прецеденты, но доктрина осталась одна, *общий смысл* (консенсуальное суждение) в итоге один, и имеет значение только он – платить разумно за пользование землей.

³⁹² Blackstone W. Commentaries on the laws of England. Oxford, 1765-1769. Цит. по: Cairns J. Blackstone, the Ancient Constitution and the Feudal Law. The Historical Journal. 1985. Vol. 28. № 3. P. 716.

Таким образом, высшее искусство и реализм права, как подтвердил Холмс, в том что юристы должны мыслить не **сухой аналогией** «1=1», ссылаясь на норму, содержащуюся в конкретном прецеденте, а широкими понятиями, доктринами, идеями и образами, заключёнными в этих прецедентах и их совокупностях (общий опыт), идущими сквозь них общей линией, не всегда совпадающей дословно, но находящейся в единстве самого смысла происходящего (решения проблемы в широком плане). Поэтому витальным качеством юриста common law является мышление принципами.

4. ОСМЫСЛЕНИЕ ИНДУКТИВНОЙ СУЩНОСТИ АБСТРАКТНЫХ НОРМ, КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ И ПРЕДИКТИВНАЯ ТЕОРИЯ О. ХОЛМСА.

4.1. Об абстрактных нормах (принципах, доктринах) и значении писаного законодательства (кодексов) в common law.

Возвращаясь к учению О. Холмса о реальном источнике права (глава 2 диссертации), для понимания предмета, о котором сейчас пойдёт речь, необходимо вспомнить, что прецедентный опыт и история судебной деятельности по тому или иному вопросу представляют правовую ценность не сами по себе, а как **источник знания о здравом рассудке** сообщества (common sense of the community), где мерилom всего является стандарт средне-благоразумного человека (average prudent man / man of ordinary (common) intelligence). Именно эта категория отражает суть и содержание любого закона, будь он выражен в индуктивно-бессознательном понимании (см. подраздел 3.2.2.) или же в индуктивно-сознательном выявлении казуальной или абстрактной нормы. **Разница между законом, который находится в руках присяжных, и законом, которым оперируют впоследствии судьи**, согласно идее О. Холмса, не в сущности правовой нормы, а в степени её конкретизации. С помощью судебной практики происходит лишь постепенное закрепление, конкретизация правового опыта и ценностей, накопленных обществом, в первую очередь – присяжными заседателями. Холмс пишет, что присяжные имеют дело с абстрактным (в плане всеобщности охвата, а не в плане способа изложения нормы) стандартом средне-

благоразумного человека (разделы 2.1-2.2 диссертации). Это общий стандарт предусмотрительного поведения для всех жизненных ситуаций. Однако **«когда будет выработана более точная и конкретная норма** (то есть правило, касающееся вполне определённых действий и обстоятельств –Б.Л.), [лицо] должно будет подчиняться ей на свой страх и риск в равной степени»³⁹³. Этим подчёркивается однородность общего права и одинаковый характер любых его правовых норм, ведь люди обязаны будут следовать прецедентно выработанным и конкретно обозначенным нормам не *ipso facto*, а именно потому, что они «в равной степени» отражают стандарт среднего благоразумия – черпают содержание **из того же источника**. Этот специальный стандарт (конкретно выраженную норму) вырабатывают уже не присяжные, а судьи, обобщающие опыт рассмотрения судебных дел.

Таким образом, ни процесс выработки конкретных норм законодательства, ни само содержание и функционирование выработанных таким образом норм, не понимаются в теории правового реализма в значении, которое придаётся данным категориям в континентальных школах правопонимания. В этом плане важно понять несвойственное континентальному правосознанию **отношение правового реализма к писаному закону (особенно к сущности кодекса)**, которое было как никогда сильно именно во времена создания центральных произведений О. Холмса о сущности common law. Он не отрицал закон в качестве объективной реальности и формы права и, более того, конечно, он признавал роль законодательного органа в правотворческом процессе и поэтому мог поставить его в одном ряду с судьями в числе органов, закрепляющих (констатирующих) common sense – глас суверена, но по-разному и в разной степени. Действительно, если взять эту мысль О. Холмса обособлено, можно подумать, что его взгляды, как минимум, несистемны (с одной стороны, судьи – выразители common sense, с другой – уже служащие трёх властей), или, как максимум, что он стал тяготеть к континентальным школам правопонимания. Но указать «выразителей» common sense в одном ряду как способных делать это в принципе – ещё не значит

³⁹³ Holmes O.W. The Common Law. P. 103.

приравнять их по значимости и степени участия в этом процессе. Ключевое значение для понимания его слов имеют, опять же, общие, начальные установки реалистической философии common law (общая часть), которые созданы не в результате осмысления метафизической морали, а благодаря исследованию реальной истории common law, и которые определили саму суть законодательного процесса, отличающую его от континентального аналога.

Мысль Холмса вовсе не в том, что англо-американское право вот уже восемь столетий развивалось в судах, а потом якобы в один прекрасный момент появились законодательные органы, которые заменили суды и стали сами выдумывать законы, а всё «старое» отменили. Он подчёркивает, как раз наоборот, что **законодательные органы не отменили, а подхватили эту работу** и стали двигаться именно в том же направлении (выявление и установление общих правил на основе common sense). Разница в том, что **у судей в этой работе больше опыта, другие средства и методы**. Законы, закрепляющие общие правила, должны появляться не из фантазий, а из common sense данного сообщества, должны отражать действительные чувства и потребности сообщества (actual feelings and demands), что закономерно утверждает необходимость обращаться к опыту судей – к практике жизни. Законы и другие нормативные акты (statutory regulation) по большей части стали воплощать те же самые (а вовсе не иные) принципы, которые уже долго существуют и проверены временем – они были выведены и продолжают выводиться судьями³⁹⁴, которые работают с жизнью сообщества в описанном процессе **обобщения-индукции** (чего стоит уже много раз упомянутое понимание сущности Конституции США в качестве обобщённого экстракта – **кодификации** принципов common law). Судебные доктрины начали воплощаться в статутной форме, **стали более удобными** для прочтения, более доступными и наглядными, более легитимными с точки зрения классической демократии.

Такое понимание свойственно не только правовому учению судьи О. Холмса, но и последовательно отстаиваемому правосознанию американских

³⁹⁴ К примеру, важнейшая прецедентная доктрина nolle prosequi, закреплявшая пределы соответствующих полномочий прокурора и характер его взаимоотношений с судом, стала частью статута – Федеральных норм уголовного процесса (Federal Rules of Criminal Procedure (Rule 48), принятых Верховным Судом в рамках нормотворческих полномочий, переданных по Акту о дозволении нормотворчества (Rules Enabling Act 1934).

судей в целом, в том числе судей высшей конституционной инстанции: «Столь же давно устоявшимся является принцип, согласно которому “при чтении статутов, вторгающихся в сферу регулирования общего права... должна действовать презумпция в пользу сохранности давно сложившихся (устоявшихся) и известных (привычных, узнаваемых) принципов (long-established and familiar principles)...»³⁹⁵. «В таких случаях Конгресс не пишет с чистого листа»³⁹⁶.

То есть **первичны именно давно установленные, широко известные и эффективно применяемые принципы, проверенные временем** и доказавшие свою пользу в обеспечении умеренной и безопасной жизни сообщества, и они, конечно, **продолжают своё действие (retention)**, в том числе оказывают прямое влияние на выявление смысла писаного законодательства судьями – знатоками этих принципов. Прогрессивное развитие статутного законодательства не может рассматриваться как внезапно и произвольно прекращающее их действие – цель статутов вовсе не порвать все связи с историей права и с судебной властью, каковой было общее идеологическое предназначение народной легислатуры во Франции после революции³⁹⁷, их цель – продолжить преемственное правовое развитие, но параллельно – с применением других средств и методов, которые в определённых условиях могут рассматриваться как более демократические.

Гармонично данному пониманию О. Холмс в своей статье «Кодексы и принципы организации права» на примере концепций права на жизнь и личную

³⁹⁵ См.: *Isbrandtsen Co. v. Johnson*, 343 U.S. 779, 783 (1952); *Astoria Federal Savings & Loan Assn. v. Solimino*, 501 U.S. 104, 108 (1991). Созвучно требованиям Американской революции (см. раздел 1.4.1 диссертации).

³⁹⁶ *Astoria*, *Ibidem*. at 108.

³⁹⁷ В данном аспекте вообще можно заметить, что в системах *common law* исторически наблюдается более гибкая (синхронная) модель разделения властей, причина чего, бесспорно, кроется в том числе и в общественной сути самого *common law*, которое в истории англо-американского общества практически всегда выступало не средством политической борьбы (разделения общества), а прочнейшей скрепой, пережившей все революции и войны, – достоянием самого общества и самих людей от мала до велика (именно с такими тезисами проходила борьба за конституционные права – см. раздел 1.4.1 диссертации). Поэтому здесь не было и нет уничтожительной анти-судебной идеологии, а судьи пользуются особым авторитетом в качестве «отцов» сообщества (см.: Лесив Б.В. Авторитет решений англо-американских судей и эффективность их исполнения: в чем секрет? Указ. соч. С.52–62). Поэтому, возможно, когда пришла эпоха легислатур, законодательная власть не была жёстко и беспрекословно отделена от судебной. Они, как и суды, стали рассматриваться как ещё один *форум для принятия решений* по вопросам права, для выполнения правотворческой работы. Не об этом ли субсидиарно свидетельствует тот факт, что в определённых ситуациях именно законодательные органы выступали как высшая и, следовательно, самая надёжная *судебная* инстанция с полным соблюдением *судебной* процедуры (финальная юрисдикция Палаты Лордов до 2009 г., сенаты как судебные органы по делам об импичменте)? Представляется, что всё это дополнительно свидетельствует о тонко взаимосвязанной и глубоко исторически обусловленной онтологии правовой системы англо-американского общества, исследованию которой посвящены труды О. Холмса.

неприкосновенность (обязанности всего мира по отношению ко всему миру), доктрин собственности / наследования / владения / агентского договора (обязанности всего мира по отношению к личности в плоскости конкретных отношений) показывает, что **кодексы представляют собой не фантазию** или логические измышления законодательного органа, а обобщённые в удобную форму принципы (доктрины), соединённые воедино и систематизированные, содержание которых не только уже давно сформировано из жизни сообщества благодаря деятельности судов, но и по-прежнему в подавляющей части остаётся в их суверенном ведении. Как лаконично подметил О. Холмс, «Судебное право не кажется мне частью права в каком-либо другом смысле, нежели тот, который придаётся парламентарному праву... Если [судебное право] переходит в форму кодекса или статута (в оригинале - *corpus juris*, т.е. систематизированный законодательный акт – Б.Л.), то это происходит только для практического удобства (*practical convenience*) юристов, и оно займёт, естественно, отдельное место [в системе права] (наряду с политическими актами парламента – Б.Л.)»³⁹⁸.

Кодекс или другой законодательный акт (в т.ч. статут), которые имеют природу *corpus juris*, то есть наиболее высокую степень обобщения и систематизации накопленного судебного (прецедентного) опыта, инкорпорирует в себя те «генеральные линии» и общие правила (общий смысл), о которых говорилось в предыдущем разделе, то есть не что иное как **судебные доктрины**, поэтому во всех законодательных актах такого рода, как правило, имеют место наиболее общие формулировки (сама семантика слова *code* = правовой код, т.е. сама глубинная суть, общий смысл того или иного подхода к решению правового вопроса; поэтому в названной статье на общий характер норм кодекса указывает и сам О. Холмс). **Кодекс** представляет собой, следовательно, в отличие от политически мотивированных парламентских статутов, **высшую форму и результативный венец процесса индукции**, судейского правотворчества, который был описан ранее, и высшую форму обобщения базисного источника права – *common sense*. Так, неспроста Холмс акцентирует: «Предполагается, что

³⁹⁸ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

кодекс выработан и написан фразами, санкционированными судами, или тщательно проверен комиссией юристов»³⁹⁹. В англо-американском юридическом сообществе, по убеждению Холмса, принято считать, что в кодексах законодатели хотели воспроизвести прежние, уже существующие и доказавшие свою значимость, нормы и принципы, которые созданы судьями в ходе решения дел. Более того, согласно рассуждению Холмса, если бы кодекс был обычным парламентским законом (статутом), как его многие пытаются представить, а его абстрактные формулировки имели бы тогда фиксированное (установленное парламентом) содержание, то получалось бы, что «суд, будучи привязан к вербальной конструкции, не может изменить формулировку и, таким образом, вынужден был бы выносить неправосудное решение», которое не основано на индуктивном выявлении (констатировании) *common sense* применительно к находящейся перед его глазами ситуации. О. Холмс **категорически отрицает** такой подход и такое понимание сущности кодифицированного законодательства в системах *common law*. Он прямо пишет в другом своём исследовании: **«Моя цель – показать истинный процесс правотворчества и истинное понятие решения по спорному вопросу»⁴⁰⁰** и, таким образом, **помочь заменить пустые слова научно обоснованным [содержанием]. Я избавляюсь от нереальных объяснений, [которые дают позитивисты и юс-натуралисты] для нереальных формул и неадекватных обобщений»⁴⁰¹**. Таким образом, О. Холмс действительно противопоставляет свою правовую философию, основанную на онтологии *common law*, подходам континентальных школ позитивизма (нормативизма) и естественного права (оперирующих не опытом (в раскрытом понимании), а формальной логикой и моралью), суть которых он объявляет приверженностью *нереальности* и *неадекватности*, невольно навлекая на собственную идеологию почётное теперь для многих имя правового *реализма*.

В частности, Холмс приводит в пример нередкую ситуацию, когда реализация одних конституционных прав вступает в противоречие с реализацией

³⁹⁹ Ibidem.

⁴⁰⁰ Имеется в виду не конкретное судебное решение по конкретному делу, а подход к решению спорного вопроса – социального противоречия такого рода – как такового, – Б.Л.

⁴⁰¹ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 455.

или защитой других. Подтверждая неоднократно затронутый в настоящей диссертации ход мыслей Холмса о том, что соответствующая часть Конституции США является воплощением истории и опыта common law, проф. Келлог подчёркивает, что если рассматривать конституционные права как имеющие некое неотъемлемое содержание (будь то строго нормативное – в случае позитивизма, либо метафизическое – в случае естественного права), то суд должен будет тяготеть к принятию решения в соответствии с **общими соображениями логики и политики** (general considerations of logic and policy), а не с конкретными фактами и обстоятельствами дела. «**Максима Холмса против этой тенденции** гласит: “Общие положения не решают конкретных дел”. Общие положения существуют в законодательстве постольку, поскольку они **возникли из множества предшествующих решений в процессе индукции** (multitude of prior decisions, in the process of induction), благодаря традиции, которая **не признавала возможным** рассматривать данное конкретное дело, каким бы уникальным оно ни было, в качестве каким-либо образом воплощающего собой общее положение, которое должно быть определено в первую очередь»⁴⁰². Таким образом, правовой реализм, основанный на онтологии common law как права-из-жизни сообщества, особенно подчёркивает, что если оно и имеет дело с обобщёнными (доктринальными) категориями, такими как права человека, то речь идёт не об «извечных» правах и общих правилах, как, например, было в случае с «застывшими» благодаря требованию Юстиниана положениями Corpus Iuris Civilis (CIC), и не с искусственно выведенными из таких «вечных» положений абстракциями, как это было в случае с творениями глоссаторов и комментаторов, а только **об абстракциях, имеющих реальное-известное содержание** из уже имеющегося опыта, практики.

По сути, всё учение О. Холмса о судебном правотворчестве пронизано идеей о том, что процесс последовательного выведения общих положений по принципу «от частного к общему» остался основой если не всего законодательного принципа, то точно – кодификации, что в плане исторических

⁴⁰² Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 107.

аналогий, особенно с учётом сказанного в 1 главе диссертации, очень напоминает подход, применявшийся при переходе от системы классического римского права к кодификации Юстиниана (хотя и с изъятиями). Одновременно этот же факт ещё раз возвращает нас к глобальному вопросу о двух системах права и двух типах правопонимания, сложившихся в результате разных подходов к восприятию римского правового наследия (подхода, мышления), и об их влиянии на развитие прецедентного и континентального права: поскольку в Англии не был воспринят подход логической работы над текстом СИС с целью выработки новых абстрактных норм, а основное внимание было уделено судебной деятельности, подобно тому, как в классический период римского права, это объясняет, почему английские кодексы и некоторые другие статуты понимаются как обобщение прецедентной практики и судебного опыта; и поскольку в континентальных системах был воспринят прямо противоположный подход (формально-логическая схоластика над текстом СИС самим по себе, который иногда в противовес живому римскому праву классического периода называют «застывшим трупом»), то и кодексы/законы понимаются здесь иначе со всеми вытекающими последствиями для принципов из создания, изменения и применения.

Данный вывод не только ещё раз коррелирует с выводами главы 1 диссертации, подтверждая тезис о влиянии разделения подходов к пост-римской организации права на Британских островах и на континенте на саму онтологию сформировавшихся систем и её философское осмысление, но и ещё раз даёт ответ «претензиям» позитивистов, кричащих, что реализм пропагандирует правовую неопределённость, непредсказуемость и всевластие судей (см. раздел 3.1).

Необходимо отдельно акцентировать внимание на одной важной детали – онтологии абстрактных норм (принципов, доктрин) в *common law* или в том смысле, который в него вкладывали позитивисты (Остин, Бентам). Смешивать эти смыслы, совершенно нетождественные как идеологически, так и предметно, было бы фатальной **ошибкой** любого юриста – учёного или практика, – обнаруживающей крайне поверхностное владение действительной сутью реалистических воззрений О. Холмса, близких к онтологии *common law*

(следовательно, смешение указанных смыслов означало бы смешение онтологии самих систем континентального и прецедентного права, что априори является абсурдной антинаучной фантазмагорией). Любая попытка **механистически экстраполировать идеи О. Холмса о роли абстрактных норм** в правовом регулировании и о корреспондирующей роли судьи в этом процессе, без учёта онтологических и методологических особенностей, подробно описанных ранее, обречена на провал. Многих смущает, а многих, напротив, прельщает практическая и теоретическая значимость **знаменитой максимы О. Холмса «общие положения не решают конкретных дел»** (general propositions do not decide concrete cases), зачастую попросту вырываемой из контекста его особого мнения по делу *Lochner v. New York*⁴⁰³. На самом деле при пафосных упоминаниях слов из этого мнения зачастую опускается, возможно, наиболее важная их часть, которая, как раз, напрямую коррелирует с системным учением О. Холмса о правовом реализме и отсылает нас к его пониманию принципов формирования и развития common law: «Общие положения не решают конкретных дел. Решение по конкретному делу будет зависеть от осмысления (суждения, усмотрения) или от чутья (предчувствия, наития), более тонкой материи (more subtle), чем любая чётко сформулированная старшая предпосылка (major premise)»⁴⁰⁴. Таким образом, Холмс **изначально указывает на два условия правильного понимания его крылатой фразы**: (1) надлежащее решение основывается на процессе выявления, констатирования закона сообщества, в основе чего лежит индуктивный поиск общего смысла (common sense), заложенного в прецедентном опыте, в связи с чем большое значение имеет опыт самого судьи – его правовое чутье, интуиция, наитие; (2) абстрактные нормы выступают лишь в качестве старшей посылки-ориентира, которая заблаговременно формируется из множества конкретных и настоящих (определённых), реальных кейс-ситуаций в качестве младших посылок (minor premises) и попросту невозможна без них. Конечно, большинство предпочитает опускать эти условия ввиду банального

⁴⁰³ 198 U.S. 45, 76 (1905). Holmes's J., dissent.

⁴⁰⁴ Ibidem.

непонимания их смысла, для чего требуется более глубокое погружение в теорию реализма, в том числе полноценное изучение масштабных трактатов, таких как «The Common law», «The Path of the Law», «Codes, and the Arrangement of the Law», «Law in Science and Science in Law».

Вот, что пишет проф. Келлог, хотя проблема системного недопонимания сущностных различий двух терминов абстракции, очевидно, не стоит так остро в Америке, как в континентальной Европе, хотя бы потому, что там изначально нет доминирующего понятия-антагониста, восходящего к основам схоластики: «На самом деле у Холмса была **совершенно иная цель в этом высказывании (утверждении), а вовсе не в том, чтобы выразить абсолютное отрицание реальности или самостоятельной значимости общих положений**»⁴⁰⁵.

В действительности же заслуга Холмса не в том, что он призвал отменить действие абстрактных норм и пуститься в хаотичное предсказание казуальных норм – судебных решений, а в том, что он **совершил настоящую революцию**, наглядно показав субстанциальное отличие абстрактных норм в онтологии common law от абстрактных норм континентального права по модели нормативизма, **и показал**, как именно первые, а не последние, могут быть полезны юристам в предвидении судебных решений. Он вовсе не отрицал полезность и необходимость абстрактных норм, как многие об этом думают, а говорил о том, что **абстракции (общие положения) бывают разные, и обладают они разным эффектом**. В первом случае – практическим, с возможностью исследовательского проникновения в их непосредственное (устойчивое) содержание и, следовательно, предсказания судебных решений (раздел 4.3 диссертации); во втором случае – мнимым и пустым, которые при желании могут быть «наполнены» разным «толковательным» содержанием, стоит лишь приложить логические или демагогические усилия, пусть даже самые незаурядные, поскольку это и есть принцип их де-факто бесконтрольного применения-функционирования (дедукция), в отличие от принципа функционирования общих положений в common law (индукция).

⁴⁰⁵ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 109.

«Континентальные» абстракции *a priori* создаются не из чего-то реально существующего (опыта – в том значении, которое указано в главах 2 и 3), а из чего-то формального и искусственного (в том числе *из опосредованного представления об опыте* – например, опыт членов парламента, который благодаря юридической фикции приравнивается к опыту всего сообщества).

Холмс, таким образом, наоборот, указывает нам на пользу и скрытые от неискушенного взора возможности абстрактных правовых норм (общих положений), но далеко не всех. Он всем своим фундаментальным исследованием онтологии *common law* показал, как одни абстрактные нормы формируются последовательно и умеренно самой жизнью и индуктивно выводятся из реальной эмпирики и опыта сообщества (содержательные, **содержание которых можно проследить** в источниках), а другие не имеют под собой, по сути, ничего жизненно-содержательного, кроме искусственных умозаключений (формальная логика). **Первые, поэтому, могут быть отнесены к понятию реального права (правовой реализм),** вторые же в данном аспекте оказываются бесполезны.

Проф. Келлог продолжает: **«Цель этого высказывания была предостерегающей,** как и цель максимы Пирса⁴⁰⁶, и обусловлена пониманием права, которое Холмс как практикующий юрист и судья **был особенно склонен подчеркивать:** правовые решения (не судебные решения в узком смысле, а правовые решения того или иного социального противоречия в широком смысле, то есть поиск нормы разрешения споров – Б.Л.) **принимались в контексте прогрессии (последовательности) дел** (*in the context of a progression of cases*), которые, несмотря даже на принципиальные сходные элементы, были все (если имело место истинное противоречие, спор) в какой-то степени уникальны. Следовательно, **общее положение служит в качестве ориентира** (руководства, *guide*) для систематизации (классификации), **а не в качестве главной (старшей) посылки (major premise), предусматривающей в себе все возможные**

⁴⁰⁶ Имеется в виду известная прагматическая максима, сформулированная современником Оливера Холмса американским философом и логиком Чарльзом Пирсом, который нередко именуется отцом прагматизма: «Подумайте о том, какие эффекты, предположительно способные иметь практическое значение (влияние), мы предполагаем свойственными объекту нашего осмысления (концепции). Тогда наше осмысление данных эффектов – это и есть всё наше осмысление данного объекта». Цит. по: Olshewsky T.M. Peirce's Pragmatic Maxim. Transactions of the Charles S. Peirce Society. 1983. Vol. 19. No. 2. P. 199.

ситуации (дела) в качестве второстепенных [младших посылок] и, таким образом, механически решающей их»⁴⁰⁷.

Отдельного внимания в данном контексте заслуживают слова современника О. Холмса – ещё одного судьи Верховного Суда США Б. Кардозо, которого Р. Познер отнёс в один ряд с О. Холмсом к представителям «истинного» правового реализма (см. раздел 1.2 диссертации) – традиции судейского правосознания: «Common law **не работает** по принципу **от заранее установленных истин** универсальной и негибкой юридической силы к выводам, полученным из них **дедуктивно**. **Метод** его работы является **индуктивным**, и оно выводит (извлекает) свои обобщения **из частных**»⁴⁰⁸. О том, что всё сказанное сохраняет свою актуальность по сей день, свидетельствует недавнее исследование, один из выводов которого гласит, что «важнейшая особенность системы common law — что нормы общего характера создаются **не в [процессе] абстрактного прогнозирования различных будущих конфигураций фактических обстоятельств** (дел), а в связи (на фоне) *конкретных* фактов»⁴⁰⁹.

Обобщая всё сказанное в настоящем разделе, интересно будет подкрепить состоявшиеся рассуждения выводами нашей современницы – проф. Дж. Джионфриддо из Бостонского юридического колледжа – о механике функционирования систем common law, которые, несмотря на то, что не имеют никакой философско-идеологической подоплёки и относятся только к практике, *полностью когерентны воззрениям О. Холмса* и других упомянутых судей на сущность индуктивно-сознательного процесса судебного правотворчества (выявления, выведения, констатирования права) – и в этом их *особая ценность*⁴¹⁰. В исследовании описывается, как **в системе общего права необходимо [предпринять] несколько стадий исследования и анализа, чтобы выявить, “что есть закон” в данной ситуации. Во-первых, необходимо установить**

⁴⁰⁷ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. Op. cit. P. 109.

⁴⁰⁸ Cardozo B.N. Nature of the Judicial Process. New Haven, Yale University Press. 1921. P. 22-23.

⁴⁰⁹ Shahshahani S. Hard Cases Make Bad Law? A Theoretical Investigation. Journal of Legal Studies (Forthcoming). Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 3964820. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3964820>.

⁴¹⁰ Gionfriddo J.K. Thinking Like a Lawyer: The Heuristics of Case Synthesis. Texas Tech Law Review. 2007. Vol. 40. Article №1. 36 pp.

факты⁴¹¹. *Затем* необходимо обнаружить (аккумулировать) все релевантные статуты и **прецеденты**⁴¹². *Затем* необходимо извлечь **принципы, аналогии и [правовые] констатации**, [сказанные] различными судами о том, что они считают важным [для решения спора]⁴¹³, чтобы **определить, каким образом следующий суд будет склонен разрешить ситуацию исходя из фактов** настоящего дела⁴¹⁴. Более поздние решения и **решения вышестоящих судов**⁴¹⁵ или законодательных органов имеют больший вес, чем более ранние дела и решения нижестоящих судов. *Наконец*, необходимо **объединить все проведённые линии и полученные соображения**⁴¹⁶ (*обоснования, reason = ratio, - Б.Л.*) и определить, «что есть закон».

Таким образом, мы ещё раз подошли к **методологическому водоразделу** двух систем права и двух глобальных типов правопонимания: основанное на онтологической сути common law понимание общих положений законодательства (абстрактных норм) **категорически отрицает дедукцию** в качестве руководящего начала для поиска норм разрешения споров – категорически отрицается **(1)** возможность механически, формально-логически «разложить» общее положение на некие составные части, **(2)** что логически устроенная абстрактная норма может предусмотреть якобы все возможные жизненные ситуации, в отношении каждой из которых будет применимо это общее правило. **Правовой реализм** стоит на том, что не абстрактная норма автоматически включает в себя (предусматривает) заранее неопределённую кейс-ситуацию в качестве некой младшей логической посылки (minor premise), а, как раз, что абстрактная норма в качестве старшей посылки (major premise) формируется из множества конкретных и настоящих (определённых), реальных кейс-ситуаций в качестве младших посылок (minor premises, см. раздел 3.2.3). **Задачей**

⁴¹¹ Теория Холмса неоднократно акцентирует внимание на важном значении фактов для выявления реального права (связка объективная сторона – чувства сообщества). См. разделы 2.5, 2.6, 3.1 и 3.2.1 диссертации.

⁴¹² Т.е. найти свидетельства о праве, формы фиксации common sense, что ещё раз подчёркивает выводы об особой сущности статутов в данном аспекте, которые идут в одном ряду с прецедентами, а не противопоставлены им.

⁴¹³ Т.е., как было концептуально описано ранее, выявить *ratio*, констатированные различными судьями в процессе последовательного развития («прогрессии») подходов к разрешению данного социального противоречия (спора).

⁴¹⁴ Теория предсказаний в чистом виде, см. раздел 4.3 диссертации.

⁴¹⁵ См. сноску 353 выше в контексте.

⁴¹⁶ Прямое созвучие с теорией индукции, изложенной в настоящем разделе.

абстрактной нормы при таком подходе, коль скоро она формируется из конкретных и настоящих жизненных ситуаций, имевших место в объективной реальности, очевидно, не будет включение в себя всех возможных жизненных ситуаций с целью предусмотреть единое решение для них всех (ведь жизнь мало того, что очень разнообразна, на чём постоянно делали акцент реалисты, так ещё и находится в постоянном процессе движения-развития, а значит, те ситуации, из которых «сложена» абстрактная норма, **не могут исчерпывать всех возможных ситуаций**). Здесь-то и возникает базисное **противоречие между реализмом и позитивистской схоластикой**, когда одни (последние) пытаются «подогнать» и приспособить ситуацию под набор имеющихся абстрактных формулировок, задействовав при этом все возможные приёмы логики и формально-рациональной аргументации (толкования), а другие обвиняют их в безжизненности, фиктивности выдуманных «из воздуха» и не подкреплённых реальным правовым опытом решений, предлагая взамен собственное понимание предназначения общих положений – направления судьбы в глубину уже состоявшегося релевантного опыта, чтобы из него, а не из логики или морали, вывести реальное решение – *консенсуальное суждение сообщества* (consensual judgment).

Следовательно, мы видим, что в учении О. Холмса о правовом реализме абстрактная норма играет совершенно иную, нежели в континентальном нормативизме, роль – это **ориентир для самостоятельного системного мышления судьи**, «ориентир для классификации», который должен помочь судье понять, в какой именно прецедентный опыт и опыт сообщества в целом необходимо погрузиться с целью выявления (определения, констатирования) нормы разрешения конкретно находящегося перед ним спора, т.е. с целью **поиска реального правового содержания этой абстракции**, которая не может рассматриваться как вещь в себе. Само по себе, вне этого сложного мыслительно-исследовательского процесса, общее положение действительно бесполезно, о чём и сказал О. Холмс в нашумевшем высказывании.

В действительности же это высказывание категорически неправильно интерпретировать обособленно от контекста общей теории Холмса и других его

смежных утверждений, среди которых, в том числе, убежденность в том, что нормы писаного законодательства, т.е. общие положения, вовсе не указывают на то, как должно быть и как будет решено конкретное дело, а являются лишь «сигналами», «маяком» для направления судьи в правильном направлении, а также определяют общие пределы (границы), в рамках которых судья ищет надлежащее решение («проводит линию» - см. раздел 3.2.3 выше). Только тогда, когда мы учтём указанный контекст и системность теории Холмса, перед нами открывается **действительное значение известнейшего постулата правового реализма** о том, что «право следует искать не в законах, а в судебных решениях». Как видно, действительный его смысл не имеет ничего общего ни с абсолютным отрицанием абстрактных норм законодательства, ни с провозглашением судей в качестве перспективных законодателей (имеется в виду, как раз, ретроспективное изучение опыта, хранящегося в судебных решениях).

4.2. О влиянии индуктивных начал common law на сферу конституционного контроля и о значении истории права. Категория common sense.

Из сказанного в предыдущих разделах становится ясно, что судебская должность в системе common law, на которую возложены гораздо более широкие и принципиально другие правовые функции, нежели на судью континентального, требует наличия у лиц, замещающих эти важнейшие должности, **не только способностей** к индуктивно-сознательному обобщению, не только опытно-профессионального чутья, о котором было сказано, но и **вполне конкретных, полных и системных знаний** истории становления и развития тех или иных правовых институтов, складывающихся как из казуального прецедентного опыта, так и из прогрессии устойчивых направлений судебной мысли по тем или иным проблемам, с которыми сталкивается общество. **Само понятие** этой последовательной **хронологической прогрессии** прецедентного опыта предполагает важность правовой истории того или иного института common law.

Как уже говорилось, это значительно отличает правотворческую функцию судей от их коллег – присяжных, чья задача только выразить свои реальные правовые ощущения, связанные с конкретным набором созерцаемых фактов

объективной реальности, чтобы помочь судье выявить *common sense*. Задача, достоинство и ценность судейской должности не в том, чтобы просто выразить *common sense*, как это делают присяжные, а чтобы сделать это максимально осознанно, обоснованно, методологически выверенно и исключительно в результате кропотливой работы, проделанной для обобщения прецедентного опыта, для чего неотъемлемым условием является совершенное владение историей права и правовых традиций (сознания) сообщества. Необходимость быть знатоками истории обуславливается тем, что без этого просто невозможно вписаться в механизм функционирования судебного права, к обязательным элементам которого относятся: обязанность описать всю эту историю (прецеденты) по данному конкретному вопросу в решении⁴¹⁷; на этом основании глубочайше обосновать своё решение по вопросу права с применением метода, описанного нами ранее; собрать все «линии» *ratio* из свидетельств о праве и объединить их, чтобы доказать правильность своего суждения в вопросе выявления *common sense*; доказать любое отклонение от прецедента или устоявшейся доктрины (эволюция или расширение, см. пример судьи Кардозо в подразделе 3.2.3), а не рассчитывать командную теорию, где обязанность суверена объясниться перед обществом зачастую признаётся излишней.

Вот почему при подготовке английских и американских юристов ключевое значение испокон веков придаётся вовсе не изучению текущего статутного регулирования, которое склонно меняться временами быстрее, чем студенты сдадут по ним экзамен, а богатой истории прецедентного права, запечатлённой на тысячах страниц сотен сборников (судебных отчётов), занимающих десятки полок в специализированных библиотеках. Изучая историю прецедентного права, судьи и другие юристы изучают ту самую **последовательность и преемственность** развития юридического мышления *stricto sensu* и общего опыта, здравого смысла сообщества *sensu lata*, о которых говорилось ранее.

⁴¹⁷ Хорошим примером является уже цитированное ранее дело *Jones v Clinton* (869 F. Supp. 690 (E.D. Ark. 1994)), для разрешения которого судья отдельными частями своего решения обращается последовательно к правовой истории Англии, постреволюционной Америки и США 20-го века.

Вот, как объясняет эту особенность сам О. Холмс: «[Е]сли мы хотим знать, почему концепция верховенства права обрела свою особую форму, и (...) если мы хотим знать, почему она вообще существует, **мы [должны] изучить [эту] традицию**. Мы следуем за ней к Ежегодникам [прецедентного права], а может быть, и дальше – к обычаям Салических франков, и куда-то в прошлое: к германским лесным поселениям, к потребностям Нормандских королей... [и] в отсутствии обобщенных идей мы найдём **практическое объяснение [концепции]**, которая сейчас вполне неплохо обосновывается самим фактом её [всеобщего] принятия и тем, что люди [попросту] привыкли к ней. **Рациональное познание права – это все еще в значительной степени изучение истории. История должна быть частью нашего познания**, потому что без нее мы не сможем понять, какой именно объём правового регулирования необходимо знать. Это часть рационального познания, поскольку это и есть **первый шаг к просвещенному скептицизму, то есть к сознательному осмыслению (пересмотру) ценности этого регулирования**»⁴¹⁸. Холмс показывает, что изучение истории, то есть **традиции** неразделимого в системе common law процесса правообразования и правоприменения, есть **изучение опыта судейской деятельности**. Только зная этот опыт (опыт = история), то есть реальные цели и потребности, которые поддерживаются конкретными правовыми институтами, и экстраполируя эту общую идейно-историческую линию на современные реалии, юрист может выявить реальное содержание права (очень кстати приведённый в подразделе 3.2.3 пример с доктриной сокажа). **Изучение истории**, таким образом, есть **изучение совокупного (консенсуального) опыта всей жизни сообщества** – опыта судей, присяжных, граждан и должностных лиц, являвшихся сторонами дела, **и извлечение из этого опыта общих принципов (смысла)**, а не заучивание конкретных нормативных формулировок (решений). Сам Холмс пишет: «Совершенно уместно расценивать и изучать право просто как большой **антропологический документ**»⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1001.

⁴¹⁹ Цит. по: Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 674.

Убеждение о важности правильной синергии истории и теории (генерализации) Холмс подкрепляет конкретным примером. «Но в случае с обязательствами **первоначальный подход был иным**. Договор был неотделим от пергамента. Если кто-то уничтожил его, сорвал печать или повредил ее, то кредитор, даже если он не при чем, не мог истребовать долг, поскольку договор с ответчиком, то есть фактическая материальная облигация, которую он скрепил печатью, не могла быть воспроизведена в той форме, в какой она связывала его [возникшими отношениями]»⁴²⁰. Холмс указывает на конфуз, случившийся с лордом Кеньоном из-за недостаточно тщательного отношения к теоретико-историческому вопросу. Дело в том, что на рубеже 18-19 веков лорд Кеньон предпринял попытку обосновать собственное понимание указанной традиции (без проникновения в историю), «что было для него не ново», поскольку, как говорит Холмс, он иногда прибегал к таким практикам **в ущерб закону. Не поняв суть этой традиции**, Кеньон заявил, что не видит причин, по которым правила, действующие в отношении облигаций, не должны действовать в отношении всех остальных договоров. Его решение по тому конкретному оказалось правильным, поскольку дело касалось векселя, который рассматривался общим правом опять-таки как договор, неотделимый от содержащей его бумаги; но его **умозаключение имело абстрактный характер и вскоре было применено в отношении других письменных договоров**, а для оправдания такого расширенного правила были **«выдуманы различные абсурдные и фиктивные основания** правовой политики»⁴²¹.

Холмс, читая знаменитую лекцию будущим юристам, настаивает: «Способ свободно овладеть вашим предметом – это не прочесть что-нибудь ещё, а **добраться до сути** самого предмета. Метод достижения этой цели таков: во-первых, необходимо, **опираясь на теорию права[, обобщающую опыт судебной деятельности,]** следовать действующей совокупности правовых догм **в высшей степени их обобщения**⁴²²; во-вторых, **нужно уяснить из истории** [этого

⁴²⁰ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1001.

⁴²¹ Ibidem.

⁴²² См. раздел 3.2 диссертации.

института], как он стал тем, чем является; и, наконец, насколько это возможно, следует рассмотреть имеющиеся для выбора нормы на предмет того, *какие цели* они стремятся достигнуть; **понять причины**, почему кто-то желает достижения этих целей; определить, от чего придётся отказаться для их достижения, и, наконец,] оправдывают ли они такую цену»⁴²³. В последнем предложении речь идёт, как раз, о рассмотренных ранее «линиях» и о проведении вблизи них новой.

Английский правовед начала XX в. К. Аллен в своей работе о сущности прецедента, иронично отсылая к позитивистам, подтверждает ход мысли Холмса как о сущности теории, так и о её связи с историей: «Что значит “юридический источник права” (legal source of law)? А что [тогда] следует понимать под “медицинским источником лекарств”?... Механическая (искусственно созданная) дихотомия между “юридическими” и “историческими” источниками приводит только к схоластике и иллюзиям, и **нет ничего более плодотворного для совершения ошибок, чем отделение истории от теории права**»⁴²⁴.

Следовательно, в теории правового реализма история права, как свидетельница самой жизни – источника права, сущностно необходима для теории (генерализации) с целью судебного выявления (констатации) права. Это помогает судье не только проникнуть в прогрессию прецедентного опыта, о чём уже говорилось, но и учитывать правовую историю развития институтов, контекст формирования данных прецедентов **для понимания их действительной (глубинной) сути**, а не механических формулировок, использованных для разрешения того конкретного дела, имевшего место сотни лет назад. Добавив к сказанному то, что судьи работают не только с историей, но и с современной жизнью общества каждый день, обобщая весь этот совокупный опыт (по Холмсу – common experience), становится ясно, почему судей в таком обществе именуют не рядовым чиновником, а **отцами общества**: они воплощают преемственность и **мудрость** поколений, неся сквозь века только самое ценное – правила разумного размеренного и безопасного сосуществования членов сообщества, оставляя

⁴²³ Holmes O.W. Op. cit. P. 1006.

⁴²⁴ Allen C.K. Precedent and Logic. Law Quarterly Review. 1925. Vol. 41. № 3. P. 331.

позади все сиюминутные политические склоки и разногласия, которые «лечит» время. Эту мудрость они выражают в своих решениях, которые выводят из опыта индуктивно, как было описано, и констатируют право самого общества (консенсуальный стандарт сообщества), а не навязывают своё. Один из самых известных американских компаративистов Дж. Мерримэн так и говорит: стороны в англо-американских системах представляют свои проблемы перед «судьей-отцом»⁴²⁵. Такое отношение к судьям и к правовой преемственности обуславливает осознание ими всего масштаба своей ответственности⁴²⁶: они понимают, что на их суждения будут опираться и ссылаться еще долгие годы.

Такое положение дел, такие особенности судебной миссии, а также онтология формирования и функционирования *common law* как права общества (а не государства), в том числе как они описаны О. Холмсом, неизбежно влияют на конституционный статус судебной власти в целом. **Во-первых**, это не может не влиять на самосознание судьями самих себя в качестве полноценного и независимого актора суверенной власти, черпающего силу не в политических институтах и процессах, а в самом обществе, причём обществе перманентном, которое существует непрерывно уже сотни лет (в то время как «политическое» общество зачастую неустойчиво, поскольку в основе его изменчивые настроения электората, который сам по себе является сущностью неоднородной). Можно уверенно предположить, именно с таким пониманием судебной миссии и «отцовской» роли судей связаны совершенно особые гарантии независимости американских судей (включая отсутствие влияния председателей судов)⁴²⁷, их полная статусная секуляризация и отношение к правилу несменяемости (без ограничений по возрасту и только с одним сложно выполнимым основанием досрочного прекращения полномочий – импичментом). **Во-вторых**, это не может

⁴²⁵ См.: Merryman J.H., Pérez-Perdomo R. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 3rd ed. Stanford, 2007. P. 124.

⁴²⁶ К примеру, в недавнем деле *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* 592 U. S. (2021) назначенная Д. Трампом судья Верховного Суда Эми К. Барретт, несмотря на все обращённые к ней политические ожидания, сформулировала более мягкую позицию суда.

⁴²⁷ Любопытный может убедиться в этом, бегло посмотрев хотя бы практику Верховного Суда США, где совсем не редко (если не сказать часто) Главный судья в спорных ситуациях остаётся в меньшинстве и вынужден писать особое мнение. См., например: *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015); *Washington State Dep't of Licensing v. Cougar Den, Inc.*, 586 U.S. (2019) и др.

не влиять на доверие, оказываемое обществом в адрес судей, и на особый их авторитет, связанный с проделываемой ими работой, результаты которой видны всем. В такой ситуации, когда общество чувствует не то что свою непосредственную сопричастность к решению важнейших вопросов права, а своё центральное и первичное значение для решения этих вопросов; когда не повеления политиков, а реальная жизнь и реальный опыт этого общества являются мерилom судебной деятельности, а взор судей устремлён не на дедукцию «пустые слова», как О. Холмс назвал голый текст законодательных формулировок, а на индукцию общего опыта, то у членов такого общества вполне закономерно появляются настоящие надежды и чаяния в отношении судебной власти, готовность жить в правлении судей, которые рассматриваются «представителями общества, а не делегатами короля или парламента».

Идеологически указанные особенности, как можно проследить особенно в истории США, закладывают основу для всеобщего судебного конституционного контроля, поскольку именно судьи начинают рассматриваться в качестве силы, способной защитить в том числе и от чрезмерного политического вмешательства в жизнь этого сообщества, обратившись к его конституции – *common law*. На это указывает не только концепция *common law constitution*⁴²⁸, но и много раз цитированные позиции О. Холмса о сущности Конституции США (дела *Gompers, Towne*). Это объясняется, как было показано в диссертации, тем, что *common law* как система права воплощает в себе стабильность (доктрина *stare decisis*), спокойствие, правовую преемственность, консенсуальный стандарт сообщества (а не политическую волю), возможность предвидения и просчитываемости выводимых индуктивным путём «генеральных линий» и, наконец, оперирование «издавна существующими и всем известными (привычными) принципами» (*long-established and familiar principles*)⁴²⁹.

Первостепенная роль судьи в качестве общих защитника и непреходящих ценностей сообщества не отрицалась О. Холмсом даже с учётом объективного

⁴²⁸ См. об этом: Томсинов В.А. Юридические аспекты английской революции. Указ. соч. С. 25-27.

⁴²⁹ См. цитированные ранее дела *Isbrandtsen* (1952); *Astoria* (1991).

признания демократической роли legislatures. Однако именно судья, посвятивший себя полностью не достижению политических целей и гонке за поддержкой электората, а сакральному служению американскому обществу в целом⁴³⁰, ежедневная работа которого связана с непосредственной жизнью людей и опытом их взаимодействия друг с другом; с поиском консенсуального суждения сообщества для разрешения конкретных, в том числе самых острых, социальных противоречий (споров); именно судья, действующий по описанной ранее методологии, по-прежнему рассматривается как наиболее сведущий и способный представитель сообщества в вопросах common sense и common experience, особенно с учётом состоявшихся в главе 2 рассуждений о *политических* пороках, теоретически свойственных legislatures, от которых *правовой* судебный процесс должен быть отстранен (разделы 2.5-2.6).

Следовательно, с точки зрения придания такого значения самой онтологии судейской должности может быть объяснена совершенно особенная и несвойственная для континентальных систем **доктринальная основа конституционного контроля**. Будучи уже судьей Верховного Суда и работая с вопросами конституционного характера, О. Холмс не упустил возможности в свойственной эмфатической манере заявить в официальной позиции суда, поддержанной большинством судей, что «положения Конституции [США] – это не математические формулы, черпающие содержание из своей формы; это органичные живые институты, «пересаженные» с английской почвы (т.е. из common law – Б.Л.). Их смысл (масштабы, значимость) **измеряется самой жизнью** (significance is vital), а не формой (буквой); **он должен быть собран** (скоплен, соединён воедино – gathered) **не путём банальной работы со словами и словарём, а путём исследования (обдумывания) их истоков (происхождения) и линии их развития (наращения)**»⁴³¹. Эти слова без лишних комментариев подтверждают состоявшиеся ранее выводы о механизме индуктивного выведения общих принципов (проведения «линий») и

⁴³⁰ Иногда судейскую должность в США называют даже «секулярным папством». См.: Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation / Breyer J.S., Badinter R., eds. N.Y., 2004. P. 79.

⁴³¹ Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914).

корреспондирующей сущности процесса кодификации, величайшим примером которой в понимании Холмса стали многие положения Конституции США.

Ещё в одном решении Верховного суда за авторством О. Холмса прослеживается идея о том, что Конституция США не может рассматриваться и применяться так, будто это обычный статут, т.к. она воплощена совокупностью принципов, унаследованных от *common law* и продолживших развитие в американских судах⁴³². В знаменитом мнении по делу *Lochner* О. Холмс подкрепляет мысль в данном направлении: «Я убеждён, что [значение] слова свобода в Четырнадцатой поправке [к Конституции США] искажается, если его [хотят] использовать для воспрепятствования естественному результату действия доминирующего мнения⁴³³; но за исключением того случая, когда рациональный и добросовестный человек⁴³⁴ непременно признает, что предлагаемый статут⁴³⁵ **посягнёт на (нарушит, преступит) основополагающие (фундаментальные) принципы**, как они осознаются (понимаются, постигнуты) традициями нашего народа и *нашим* правом⁴³⁶»⁴³⁷. Чего стоит одно, но далеко не единственное подтверждение этих выводов из непосредственной конституционной практики по вопросу, казалось бы, касающемуся исключительно американской конституционной идентичности – рассматривая известный иск гражданки Джонс к президенту Клинтону, суд указал: «Права и свободы Англии стали нашим наследием. Конституция Соединенных Штатов и конституции штатов содержат положения, происходящие непосредственно из этого источника»⁴³⁸.

Ещё одним доказательством того, что нормы права должны проверяться судьями на предмет соответствия *common sense*, т.е. непреходящим фундаментальным принципам, формируемым и развиваемым в обществе

⁴³² *Towne v Eisner*, 245 U.S. 418, 425 (1918).

⁴³³ Т.е. мнению большинства, выраженному в том числе парламентом в законах – Б.Л.

⁴³⁴ *Rational and fair man* – отсылка, как раз, к первичному источнику *common law* в качестве критерия контроля законов, см. главу 2 диссертации – Б.Л.

⁴³⁵ *Statute proposed* – т.е. подразумевается и подчёркивается, что критерий *common sense* и *experience* первичен и должен предшествовать принятию закона – Б.Л.

⁴³⁶ *Fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law* – подчёркивается не только неоднократно описанная нами сущность *common law*, но и суть самого этого понятия в качестве общего, консенсуального («нашего») права сообщества.

⁴³⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905). Holmes's J., dissent.

⁴³⁸ *Jones v Clinton*, 869 F. Supp. 690 (E.D. Ark. 1994).

последовательно, а не спонтанно, является известная любому англо-американскому судье **доктрина сложнейших дел** (hard cases doctrine), в контексте которой проф. Келлог и обозначил процитированные ранее два эмпирических условия для индукции (обобщения), обратив особое внимание, что «сомнительные» дела не предусматривают возможности работать с ними на уровне общих принципов⁴³⁹, а в недавнем исследовании и вовсе сделан вывод о том, что такие дела не могут стать эмпирической основой для права, поскольку противоречат самой индуктивной сути common law, заставляя обращаться к дедуктивным техникам⁴⁴⁰. Более того, непредсказуемость таких уникальных дел практически полностью обнуляет возможность предвидеть право (стандарт, который будет установлен), что не только выводит их из-под действия предиктивной теории (см. раздел 4.3 далее), но и нарушает принцип правовой определённости, к которому, как неоднократно указывал Холмс, должны стремиться судьи и вся система права в целом («сужение сферы неопределённости»). Не случайно, что сам О. Холмс, так тщательно раскрывавший индуктивную суть общего права, не остался в стороне: **«Великие дела, как и сложнейшие дела, создают плохой закон. Ибо великие дела называются великими не по причине их реальной важности для формирования будущего закона, а из-за какого-то происшествия, создающего сиюминутный ошеломляющий интерес, который вызывает к чувствам и извращает суждение. Эти сиюминутные интересы создают своего рода гидравлическое давление, из-за которого то, что ранее было ясным, кажется вдруг сомнительным, и перед которым даже устоявшиеся принципы права способны прогнуться»**⁴⁴¹. Ясно, что такие условия противны самой сути *конституционных* решений. Сказанное идеально сочетается с общими мыслями о признаке сдержанности правового регулирования, обеспечиваемом за счёт обращения к объективному стандарту его первичного источника (раздел 2.3), что особо важно в аспекте вопроса о конституционном контроле (ограничении власти).

⁴³⁹ Kellog F. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case. P. 218.

⁴⁴⁰ Shahshahani S. Op. cit.

⁴⁴¹ Northern Securities Co. v. United States, 193 U.S. 197 (1904). Holmes J., dissent.

Следовательно, становится заметным ещё одно **существенное отличие судебного правотворчества от парламентского**, отдающее, по убеждению Холмса, пальму первенства (в случае спора конституционного характера) первому, а не второму. Так, в отличие от процесса принятия законов парламентом, где это в порядке вещей, общие принципы, формируемые судебным правом, не могут быть созданы на основе единичных, уникальных, резонансных ситуаций, якобы требующих «принципиальных» решений. Это невозможно просто потому, что отсутствует последовательная прогрессия опыта, необходимая для определения консенсуального суждения сообщества описанному ранее индуктивному методу, а само по себе это дело является *sui generis* и не способствует выявлению здравого смысла по причинам, метко подмеченным судьей Холмсом. Другое дело – нормативные акты политических органов, которые, как раз, нередко принимаются уже спустя несколько дней после какого-то происшествия из категории «нонсенс». Истории известны и более печальные примеры, когда общественные волнения и скандалы специально подстрекались и подогревались определёнными политическими силами с целью принятия реактивных законов (например, некоторые законы в нацистской Германии).

Подход судебного правотворчества иной, и правовой реализм Холмса объясняет причину. Эти выводы могут быть теоретически интересны также в том плане, что общие принципы (положения), извлекаемые судьями из непосредственного общественного опыта, практически никогда не бывают бесполезными и находят воплощение в дальнейшей практике (см. примеры из предыдущих разделов). Сомнительно, что этот же тезис с уверенностью можно применить к законам, созданным, по сути, для решения *hard cases*, либо в процессе «абстрактного прогнозирования возможных конфигураций фактов».

Таким образом, судьи получают моральное и юридическое право пересматривать созданные законодателями статуты не в связи с искусственно сформулированными максимами о нормативной иерархии и не в связи со специальным уполномочием конкретного органа рассматривать вопросы конституционного характера, а поскольку *все* судьи (отсюда децентрализованная

система конституционного контроля) с практической точки зрения являются величайшими знатоками непосредственного источника Конституции – common law, носителями и хранителями этих испокон веков существующих непреложных принципов жизни сообщества, а с идейно-философской точки зрения – поскольку именно они, как никто другой в этой стране, индуктивно-сознательно владеют common sense of the community и приобретают способность методологически выверенно извлекать консенсуальное суждение сообщества из опыта его жизни, что должно быть, по сути, в основе всех законов страны. Ведь получается, что если законы должны отражать common sense, лучшие знатоки которого судьи, если многие законы сами являются кодификацией common sense (см. раздел 4.1), то содержание common sense первично и является мерилom (критерием контроля), то, следовательно, судьи вправе дать оценку соответствия данному критерию. Этим может объясняться и *sui generis* подход к результатам контроля, не свойственный европейскому конституционализму – происходит не дисквалификация закона (правовой нормы) из системы правового регулирования, а отказ судей его (её) применять к гражданам. В этом можно уследить **квинтэссенцию самой сути судейского конституционализма** – судьи, признав закон противоречащим первичному общественному источнику права, common sense, – не делают публичных заявлений в отношении законодателя и не возлагают на него никаких обязанностей – они просто его игнорируют, одновременно отказываясь возлагать бремя порочного закона на граждан, выступая прочнейшим правовым щитом на пути тирании, о чём в том числе говорилось в главе 1. Они *фактически* лишают закон *юридической* силы, в то время как в континентальной модели это происходит на основании формально закреплённой нормы конституции или закона.

Подтверждением тому, что именно судьи в американском обществе мыслятся выразителями и хранителями common sense, что прямо влияет на идеологическую основу конституционного контроля, является не только ранее приведённый пример с *конкуренцией понимания common sense* применительно к техническим вопросам принятия решений о вакцинации *Президентом США* как

субъектом политической власти с одной стороны и судьями Верховного Суда США как носителями общих ценностей и общественной власти – с другой (дело *National Federation of Independent Business*), но и слова самого О. Холмса, который пишет, что в вопросе определения правомерности того или иного акта, то есть в определении и выражении *common sense* по принципу усреднённости (глава 2 диссертации) и прогрессии приближений (подразделы 3.2.3 и 3.2.4), «ни один авторитет не заслуживает большего уважения, чем **авторитет Верховного судьи Шоу, ибо сила этого великого судьи заключалась в точном понимании нужд общества, служителем которого он был.** Можно назвать некоторых, даже многих, английских судей, которые **превзошли его в точностях формального знания и юридической техники,** но мало было таких, кто был равен ему **в понимании фундаментальных основ политики общества, которым в конечном счете должны соответствовать все законы.** Именно это сделало его, говоря языком покойного судьи Кёртиса, **величайшим судьей, которого произвела на свет наша страна**»⁴⁴². Об этом же прямо говорит и не раз цитированное убеждение Холмса, что судья с большим опытом *nisi prius* постепенно **приобретает целый капитал опыта, который позволяет ему выявлять и представлять здравый рассудок (общие ценности) сообщества в повседневных делах** гораздо лучше, чем среднестатистический присяжный»⁴⁴³.

Этими словами судьи Холмса, как видится, не только подтверждается правильность обозначенного выше идейного вектора о причинной связи между особым характером деятельности судей (миссии) и их высочайшим общественным статусом (авторитетом в качестве «судей-отцов» сообщества), но и ещё раз подчёркиваются ранее сделанные выводы по позициям теории реализма Холмса о важнейших преимуществах (достоинствах) именно судебной правовой индуктивно-сознательной работы по обобщению и выявлению общих ценностей (общих принципов) сообщества («именно это сделало... величайшим судьёй»).

⁴⁴² Holmes O.W. The Common Law. P. 97.

⁴⁴³ Holmes O.W. The Common Law. P. 112-113.

Ключевой категорией в правовой идеологии О. Холмса, таким образом, является категория «**common sense of the community**», смысл которой на русском языке передать довольно проблематично. Она может переводиться как «фундаментальные ценности», «здравый смысл», которого придерживается общество в отношении определённой проблемы, либо как «общие чувства», которые общество в отношении неё испытывает. Но наиболее точным и системно когерентным с теорией О. Холмса в целом видится понимание, согласно которому судья выражает позицию относительно того, каким должно было быть «обычное чувство» или минимальное «общее предчувствие» общественных установок (*common* – *обычный/общий*, *sense* – *чувствовать*) в определённой жизненной ситуации. То есть он выражает то, как обычный «рациональный и честный (добросовестный)» человек отнесётся (что будет чувствовать) к определённым фактическим обстоятельствам, руководствуясь обычным знанием и чувством нормального течения общественной жизни. Выражая это, судья создаёт прецедент – **свидетельство общественного сознания**, «совести социума», к которому будут обращаться последующие поколения, чтобы в совокупности с другими такими свидетельствами выявить **консенсуальное суждение** сообщества в целом.

Теоретически именно состоявшиеся выводы в их совокупности могут дополнительно объяснить, почему, в отличие, к примеру, от провозглашённого в Российской Федерации единства статуса судей, в Соединённых Штатах никого не смущает абсолютно неравный статус так называемых судей и судов Первой и Третьей статей Конституции⁴⁴⁴. Судьи Первой статьи, хоть даже и учреждаемые законодательным органом (Конгрессом), не рассматриваются как носители и хранители общих ценностей (принципов) сообщества, их работа не связана с необходимостью выявления консенсуального суждения сообщества, к ним предъявляются меньшие требования (в том числе в части совершенных знаний правовой истории прецедентного опыта), им предоставляются меньшие гарантии независимости, в том числе отсутствует правило несменяемости (нет

⁴⁴⁴ Дословно Article I Judges (Tribunals), Article III Judges (Courts), имеется в виду, что эти суды учреждаются на основании либо Первой, либо Третьей статьи Конституции. См.: Pfander J.E. Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States. Harvard Law Review. 2004. Vol. 118. № 2. P. 646-648.

пожизненного замещения должности, ведь теоретически это требуется, как раз, для возможности накапливать опыт и «нести» общие ценности сквозь поколения). Таким образом, должность судей Первой статьи в первую очередь на концептуальном уровне увязана совсем не с common sense, а с политическими предписаниями законодателя, в связи с чем a priori исключена возможность осуществления ими конституционного контроля.

Подходя к рассмотрению той части реалистической философии О. Холмса, которая наиболее часто ошибочно провозглашается доктринальным обоснованием «правления судей», необходимо на основании всего вышесказанного **подвести промежуточный итог**: правотворческая функция судьи и совершенно особый статус этой должности в системах common law как исторически, так и идеологически обусловлен не самим фактом назначения его на государственную должность, не санкцией государства – президента или парламента (в других юрисдикциях президенты и парламента тоже назначают судей), а факт наиболее глубокой, непосредственной, ежедневной и беспристрастной погруженности судей в реальные проблемы членов сообщества, в том числе в непосредственном взаимодействии с ними (жюри), что даёт судьям как теоретическое, так и имиджевое преимущество перед политическими игроками – позволяет видеть в них «судей-отцов», воплощённых достаточным опытом «практической жизни» не только своей собственной, но и предыдущих поколений данного сообщества и, следовательно, даёт им моральное право выражать ценности сообщества не только, как говорил Холмс, «не хуже среднестатистического присяжного», но и не хуже среднестатистического депутата или министра. Должность судьи, таким образом, может уверенно считаться при таких условиях должностью общественной, а не государственной (как и само common law). Указанному опыту неравнозначны ни опыт работы с избирателями, ни какой-либо другой житейский опыт, поскольку индуктивно-сознательное владение законом – это результат усердной судебной работы (не обязательно судьей), которая состоит не в простом накоплении эмпирики, но и в её методологической обработке. Благодаря сказанному мы **приближаемся к**

обнаружению сути одного из самых известных изречений О. Холмса: «Жизнь права никогда не шла путём логики – только путём опыта»⁴⁴⁵.

4.3. Предиктивная теория О. Холмса и её влияние на проблему соотношения права с логикой и моралью.

Камнем преткновения всей проблематики для настоящего раздела, если не для всей теории Холмса в понимании некоторых юристов, являются его красноречивые коннотации о «предсказаниях» (predictions) права из лекции «Путь права». Например, одно из центральных: «Таким образом, объектом [юридического] познания является **предсказание**: предсказание того, какие отношения охватываются государственным принуждением посредством механизмов судебной системы»⁴⁴⁶. Или «**Предсказания** того, что суды будут делать на самом деле – вот, что я считаю правом, ничего амбициозного»⁴⁴⁷. С учётом всего уже сказанного в настоящей диссертации становится ясно, что в этих постулатах нет ничего проблемного. Проблема же возникает тогда, когда эти высказывания беспочвенно вырываются из контекста всей общей правовой теории О. Холмса и представляются как провозглашение «правления судей», «судей-законодателей» и теории предсказания судебных решений, что можно с уверенностью назвать **одним из самых фатальных заблуждений** о мыслях знаменитого судьи (точно так же, если общие выводы о мыслях Холмса делать по коронной фразе о «жизни права не в логике, а в опыте», которая сказана в *четвёртом* предложении цикла «Общее право» и является, по сути, лишь изящным преддверием в глубину почти 400 страниц мыслей о реальном источнике права и судебной индукции (главы 2 и 3 диссертации)).

В отличие от российской науки, где до сих пор слышны отголоски такого понимания⁴⁴⁸, в самой американской и в целом в западной юриспруденции эти

⁴⁴⁵ Holmes O.W. The Common Law. P. 3.

⁴⁴⁶ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 991.

⁴⁴⁷ Holmes O.W. Ibid. P. 994.

⁴⁴⁸ Так, Г.Э. Адыгезалова пошла ещё дальше, обвинив Холмса в (!) пренебрежении к закону: «Можно сделать вывод, что основное отличие американской реалистической школы от американской социологической юриспруденции заключается в *преувеличенном пренебрежении к закону*... Так, О. Холмс определял право как прогноз того, что в действительности совершит суд, и *призывал к осознанному признанию законодательной функции судов*» (Адыгезалова Г.Э. Указ. соч. С. 59). С учётом состоявшегося исследования оригинальных трудов О. Холмса такие выводы вызывают только недоумение. Помимо изложенных в настоящей диссертации убеждений

мифы уже давно были развенчаны, о чём говорилось в главе 1 диссертации (выводы Р. Познера, Г.Д. Гурвича, М. Купера и др.). Чего стоит одно только ироничное «послание» радикального реалиста Ф. Когена о том, что «даже философ – противник бихевиоризма», чувствует себя «обязанным обвинить Холмса в уступках этому искушению» (понимая при этом, что это не так)⁴⁴⁹.

В чём причина допускаемой ошибки? Она проста: красноречивые крылатые фразы о «предсказаниях» из сравнительно небольшой его работы «Путь права» (относительно объёма всех других произведений Холмса в совокупности), которая является, к тому же, в отличие от других, не научной статьёй и не учебным курсом, а открытой (публичной) лекцией для будущих юристов, принимаются на веру в буквальном значении содержащихся в них слов, не учитывая, что в действительности за этими словами стоит целая громада фундаментальной теории реализма об онтологии судебного права (common law). Но эта лекция – не исток его философии, а венец; не глубина океана идей, а вершина айсберга; не буквальная истина, а концентрированное воплощение всего, что было сказано в цикле «Общее право», статьях «Кодексы и принципы организации права», «Закон в науке и наука в законе» и т.д.⁴⁵⁰ **Теорию О. Холмса можно понять, рассматривая только как систему исследований и выводов, а не сборник крылатых фраз и афоризмов.** В частности, нельзя отрывать теорию предсказаний от ключевого постулата реализма О. Холмса о «**жизни права в опыте**, а не в логике».

То, что фактическая реализация прав и норм зависит в итоге от поведения судьи, или то, что для «плохих людей» важно только то, накажут их за какое-то действие или нет, всегда было понятно и без теории Холмса, это есть и в континентальных системах. В его трудах не было бы никакого открытия и они,

Холмса о значении закона, на обвинения «ответит» он сам: «Надеюсь, что моя вольная критика правовых [реалий] не будет воспринята так, как будто я отношусь к закону неуважительно. (...) Я уважаю закон, и *особенно нашу* правовую систему как одно из самых грандиозных произведений человеческого разума. Но критиковать можно даже то, что почитаешь. Закон – это *дело, которому посвящена вся моя жизнь, но я не проявил бы никакой преданности [ему], если бы не пытался улучшить его и если бы я колебался указать на то, что видится мне идеалом его будущего...* если бы я не стремился к этому идеалу всем своим сердцем». Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1005.

⁴⁴⁹ См.: Cohen M.R. Law and The Legal Order. Essays in Legal Philosophy. New York: Harcourt, Brace and Co. 1933. P. 204-206.

⁴⁵⁰ Где, к слову, нет ничего о предсказании судебных решений и судьях-законодателях в этом понимании.

очевидно, не удостоились бы такой славы, если бы всё ограничивалось этой банальностью. Чтобы понять действительную мысль Холмса, **не следует заикливаться** на этой очевидности – необходимо смотреть на неё только в контексте всего учения: каков метод «предсказаний», что является его источником (эмпирикой), что может помочь юристу понять, как будет действовать суд в той или иной ситуации.

Постепенно такое отношение к теории предсказаний приводит к тому, что само «предсказание» куда-то улечивается (вероятно, в связи с естественным стремлением мозга избавиться от того, что не понятно), и некоторые юристы, вспоминая фигуру Холмса, говорят уже, что право – это то, что решит суд, напрочь забывая смысл первой части афоризма. Право, по Холмсу, это не то, что решит суд, а *предсказание* того, что он решит. Мысль Холмса в данном случае совершенно не в том, что суд что-то решит, а в том, что это **можно** предсказать и просчитать и что для этого есть все **условия** (опыт) и **способы, методы** (теория).

Холмс действительно считал, в частности, что «называясь общим правом, закон штата, [однако], не становится чем-то находящимся вне суда штата и независимым от него. Как его ни назови, это закон, констатируемый⁴⁵¹ судьями штата, и ничего больше»⁴⁵². Но он сказал именно то, что сказал: «судья законодательствует», а не «судья законодательствует *самостоятельно и полновластно*». В другом выводе он идёт ещё дальше, заявляя: «Деятельность судов, однако, [повела юриспруденцию по такому пути развития], при котором для юристов **имеют значение только те правила, которые суды приводят в исполнение**. Нормы, которые суды не [будут] приводить в исполнение, несмотря на их равную императивность, не являются предметом внимания какой-либо профессии. Предмет юриспруденции следует определять очень тщательно с учётом этого факта». Но смысл всего сказанного не в слове «суды» *per se*, а в том,

⁴⁵¹ Используется именно понятие *declared*, а не *created*, в отличие от теории «судей-законодателей». В этом плане необходимо понимать отличие с «декларативной теорией» (см. раздел 1.2), т.к. последняя утверждает о декларации права, созданного другими, а Холмс, как раз, говорит, что право обретает свою реальность именно в судах, но не берётся судьями из головы, а констатируется. В случае с «интерстициальным» правотворчеством (см. раздел 1.2, подразделы 3.2.2-3.2.3), действительно, приближается к понятию «создания», но имеется в виду лишь проведение «линии» вблизи с *common sense* (см. раздел 3.2).

⁴⁵² *Kuhn v. Fairmont Coal Co.*, 215 U.S. 349 (1910). Holmes, J., dissenting.

что суды **что-то приводят в исполнение**. Чтобы что-то *привести в исполнение*, это что-то, очевидно, должно **предшествовать** данному процессу. Более того, Холмс, продолжая эту мысль, сам указывает на **схожесть этого процесса** с тем, с которым имеет дело суд при принятии решения о том, **был ли установлен обычай**, отсылая нас к положениям его общей теории о первичном источнике права, «обычной» предусмотрительности и т.д.⁴⁵³

Содержательную основу предиктивной теории, скрытую за фразами о «предсказаниях», составляют исследованные в настоящей диссертации положения о первичном источнике права и индуктивном процессе установления его обобщённых форм. «Сужение области (сферы) неопределённости закона» — вот центральное требование, которое О. Холмс предъявлял к праву⁴⁵⁴. Закон, который поначалу **не имеет чётких очертаний** (выраженный в индуктивно-бессознательном первичном источнике, а потом — в казуальных нормах и аналогиях), **должен такие очертания приобрести**, для чего требуется процесс судебной индукции (см. раздел 3.2). Очевидно, что невозможно с точностью предсказать произвольные и ничем не обусловленные действия судей, как и любых других людей. Чтобы что-то предсказать (предвидеть), должна быть материально-эмпирическая основа для мыслительной «предсказательной» деятельности. **Триада предиктивной теории** такова: первичное состояние права — индукция (сужение неопределённости) — возможность предсказания; так, и никак иначе — никаких «судей-законодателей». Речь идёт о том, что судьи констатируют право сообщества (выявить, констатировать можно только то, что существует). Таким образом, предсказать требуется право, которое **уже есть** и которое **будет** констатировано судьёй. Другими словами, юристу просто необходимо попытаться точно так же, как будет делать судья, **(0)** определиться с существенными фактами дела и провести аналогии, **(1)** произвести процесс

⁴⁵³ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

⁴⁵⁴ В связи с чем снова вызывают недоумение выводы Г.Э. Адыгезаловой, которая смешивает в одну массу Холмса со всеми другими «реалистами» и делает вывод: «Основная идея школы правового реализма — теория неопределённости права» (Адыгезалова Г.Э. Указ. соч. С.6). Действительно, как это правильно показано у данного автора, именно таких взглядов придерживался Дж. Фрэнк (С. 54-55, 57-58) и отчасти К. Ллевеллин (С. 179). Первый — сторонник теории решений, о чём впоследствии сожалел (см. главу 1 настоящей диссертации); второй — представитель «угасшего» радикального (научного) реализма — см. там же. Категорически неправильно объединять с ними Холмса в данном аспекте.

индукции исходя из имеющегося опыта, опираясь точно так, как и судья, на последовательную прогрессию прецедентов, (2) провести «линии» ratio, (3) объединить их, (4) провести «генеральную» линии поблизости, (5) выявить консенсуальное суждение сообщества (общий принцип) по данному спору, (6) применить его к фактам дела.

Высшим искусством профессионального юриста считается поэтому отточенный до совершенства навык индуктивной работы с таким опытом (генерализация) и способность констатировать консенсуальное суждение, как и судья (это и значит «предвидеть» решение судьи), а значит, способность эффективно консультировать своих клиентов, а не выдавать бесполезный набор абстрактных предположений (мнения) о том, как следует читать ту или иную норму писаного законодательства. Поэтому вспомним, что именно таких юристов, владеющих искусством теории и сознающих её значение, О. Холмс считает эталоном профессии, а остальных – «бездарностями». Именно поэтому **«Настоящий юрист** видит все связи данного судебного дела со всеми другими. Но идеальных юристов мало, а остальным **надо учиться** своей профессии. Хорошо организованная система права не только будет обучать студента навыкам **здорово мыслить в правовом направлении** (навык common sense для возможности предсказания, о мышлении «трендами» см. подраздел 3.2.3 – Б.Л.), но и устранил с его дороги все препятствия, которые он **преодолеывает только через годы размышлений и накопления опыта**»⁴⁵⁵. Суть реализма в том, что юристы обнаруживают общий смысл, суть правовых принципов для той или иной ситуации не исходя из знания каких-то текстов, а исходя из опыта правовой жизни, исходя из тренировки, как уже говорилось, «чутья», «наития» common sense («знают, как решить дело с учётом данных обстоятельств без детальных познаний в *ratio decidendi*») ⁴⁵⁶.

Холмс пишет: «Для юридических целей [субъективное] право – это всего лишь ипостась **предсказания** – воображение блага, подтверждаемое тем фактом,

⁴⁵⁵ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit. Особый акцент на накоплении опыта, о котором так много говорилось на протяжении всей диссертации.

⁴⁵⁶ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

что сила общественного принуждения будет применена к тем, кто совершит действия... противоречащие ему, – точно так, как мы говорим о силе тяготения, объясняющей поведение тел в космосе»⁴⁵⁷. Но при этом: «Юрист просчитывает закон как то, что *(уже! – Б.Л.)* делали судьи в конкретных ситуациях»⁴⁵⁸. Таким образом, необходимо чётко понимать, что в предиктивной теории речь идёт о судьях – не перспективных законодателях, а ретроспективных (не с чистого листа, а на фоне и под условием последовательной прогрессии опыта). **Теория является предиктивной не в перспективном фокусе, а в ретроспективном.** Как прямо указывают исследователи творчества Холмса, закон, по крайней мере в аспекте указанных его мыслей, представляет собой относительно систематизированный свод авторитетнейших обобщений (**генерализаций**) из уже имеющегося опыта, созданных или изданных с целью **направления и координации** поведения и урегулирования или предотвращения споров⁴⁵⁹. То есть генерализация (теория), как и говорил Холмс, нужна для сужения сферы неопределённости именно с целью предсказания права и возможности руководить своим поведением.

Именно в таком направлении (а не в направлении «судей-законодателей») мыслит судья Холмс в знаменитом «Пути права»: «Средствами юриста являются собрания прецедентов, правовые трактаты, законы, (...) имеющие шестисотлетнюю историю и пополняющиеся ежегодно сотнями. В этих пророческих страницах **заключена сила прошлого**, таящаяся в **разрозненных предсказаниях**, когда и где упадёт дамоклов меч государства. Гораздо более важно, и это является едва ли не единственным предназначением каждой новой потуги юридического мышления, **сделать эти предсказания более чёткими** и обобщить их в досконально взаимосвязанную систему»⁴⁶⁰. Как раз с этой целью Холмс уделяет в данной лекции огромное внимание, по объёму ни чуть не уступающее «предсказательным» афоризмам, значению и принципам теоретической деятельности юристов (процесс генерализации), что почему-то часто оставляется за рамками поклонниками теории предсказаний. А Холмс,

⁴⁵⁷ Holmes O.W. Natural Law. Harvard Law Review. 1918. Vol. 32, № 1. P. 42.

⁴⁵⁸ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. Op. cit.

⁴⁵⁹ Grey T. Op. cit. P. 22.

⁴⁶⁰ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 991.

например, как опытный судья, **посвящает внушительную часть** именно *этой* работы тому, «чтобы показать практическую важность понимания самих оснований закона для решения реальных дел, приведя пример из правового института, который, насколько [ему] известно, никогда не были объяснены и теоретизированы в сколько-либо адекватной мере»⁴⁶¹. Там же он ещё раз акцентирует связь теории с историей, которая крайне важна, но не в том смысле, как некоторые думают, а именно в аспекте того, что право развивается в процессе последовательного (gradually) приближения к тому, что есть сейчас, и именно понимание и исследование этого процесса **необходимо для предсказания**.

С учётом этого проясняется особая **системная связь предиктивной теории Холмса с общими положениями** его теории о реальном источнике права («foresee what an ordinary man of reasonable prudence (prudent and intelligent man) would have foreseen»⁴⁶²), объективности выявляемого права («чтобы человек не нёс ответственность за последствия, которые никто, за исключением разве что какого-то выдающегося эксперта, **не мог предвидеть**»⁴⁶³).

Проф. Келлог приходит примерно к таким же выводам, подталкивая к учёту ещё одной детали предиктивной теории: «И это проясняет, что [Холмс] имел в виду, называя право предсказанием решений судов. **Предсказание подразумевает взгляд на правила** не как на установленные конечные границы обязательств и правовых отношений, а как непрерывный процесс их формирования и уточнения (в том смысле, что, как говорил Холмс, их необходимо сделать более чёткими – Б.Л.)»⁴⁶⁴. Очевидно, что если были бы право сводилось к тому, что все инструкции-команды для граждан и юристов чётко прописаны и кроме них в праве ничего нет, то и предсказывать ничего не нужно было бы: **как можно предсказать то, что уже окончательно определено?** Это была бы застывшая сущность права, не требующая от юристов особых талантов для работы с ней, особенно в плане теории. Следовательно, предиктивная теория абсолютно не применима к позитивистским системам, которые на

⁴⁶¹ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 1007.

⁴⁶² Holmes O.W. The Common law. P. 51, 88, 133 et al.

⁴⁶³ Holmes O.W. The Common Law. P. 53. Об этом было много сказано в главе 2 диссертации.

⁴⁶⁴ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. P. 115.

концептуальном уровне устроены на кардинально противоположном, по сравнению с common law, принципе, отрицающем последовательное и непрерывное (gradually) развитие и требующее от судей не погружения в индуктивный опыт, а обращения к текущим абстрактным формулировкам закона.

На самом деле, поскольку идея реализма в праве заключается в том, что оно «живое», «общественное», «опытное», «последовательное» и не **предопределённое** (не путать с неопределённым!)⁴⁶⁵, предиктивная теория, как раз, и говорит, что **высшее искусство в том, чтобы с учётом обозначенных средств и методов проследить** в опыте общую очевидную закономерность, направленность юридической мысли, выявить этот смысловой экстракт и **«предсказать»**, каким оно будет в данный конкретный момент при данных фактических обстоятельствах, т.е. до какой степени, точки оно разовьётся в нашем конкретном деле. Холмс говорит «предсказать», но по факту – **констатировать** так же, как судья (дело, как видится, в том, что термин «предсказание» необходимо использовать, поскольку для чистоты теории нельзя назвать эту деятельность обычных юристов констатированием, так как на это есть только власть судей, хотя, по сути, имеется в виду одно и то же).

Ключевой для понимания теории предсказаний является её связь с общим постулатом О. Холмса о сужении сферы неопределённости в праве и о задаче сделать знания о праве более чёткими, **не меняя при этом саму его реальную, «живую» суть** и децентрализованные принципы функционирования (иначе это просто превратилось бы в континентальную нормативистскую модель с собранием писанных общих формулировок, никакого реализма в этом бы уже не было). Судья по понятным причинам, а также в связи со сказанным в главе 3, играет ведущую роль в обеспечении определённости и предсказуемости права. **Миссия судьи построена вокруг этой главной цели прояснения (определения) закона** – начиная от того, что он обращается к эквиваленту «совести социума» в случае, «когда закон неясен» (раздел 2.1 диссертации), и завершая

⁴⁶⁵ Именно переосмысление О. Холмсом значения так называемых «предустановленных» норм для судебной деятельности стало «узловой проблемой» и причиной доктринального «конфликта» в юриспруденции США. См.: Груздев В.С. Указ. соч. С. 292.

самостоятельной методологически обусловленной работой с уже имеющимся опытом (глава 3), поскольку именно с этой целью, как писал Холмс, сфера, в которой судья может принимать решение без участия присяжных, должна непрерывно расширяться⁴⁶⁶. Более того, такая незыблемая последовательность развития права необходима, по убеждению Холмса, чтобы в тех сферах, где это уже возможно исходя из накопленного опыта, уйти от чрезмерной казуальности и возможных эксцессов жюри («всплеск нравственности»)⁴⁶⁷. Следовательно, ещё раз безоговорочно подтверждается, что предиктивная теория Холмса **не имеет ничего общего** с предсказанием решений, которые фактически будут принимать судьи якобы руководствуясь своим внутренним убеждением (субъективными мыслями, чувствами, предрассудками), которое предсказать **невозможно** и от которого, как раз, по мысли Холмса, необходимо уходить в сферу определённости – **к праву, которое обладает видимыми и ощущаемыми границами**, которое является однородным и устойчивым (*like cases maxim*), то есть реальным.

Этим идеологически объясняется скрупулёзное отношение англо-американской судебной власти к изложению в своих актах полной системы аргументации, зачастую на десятках страниц⁴⁶⁸, чтобы любой человек мог понять, на каком правовом основании суд принял данное решение, а точнее – как суд *пришёл* к выводу о том, каков есть закон в данном случае. **Индукция в процессе предвидения** включает работу не только с (1) последовательной прогрессией прецедентов и историей права, но и с (2) аккумулярованием суждения о процессах и значимых фактах в обществе в целом, которые только **в совокупности** могут дать представление об общем правиле. Может показаться (и многим, как подтвердил Ф. Коген, кажется), что в этом и заключается симпатия Холмса к «правлению судей» и «неопределённости», но на самом деле это не так,

⁴⁶⁶ Holmes O.W. The Common Law. P. 113.

⁴⁶⁷ Холмс пишет: «Признаюсь, в своей практике я не встречал присяжных, исключительным образом вдохновленных на обнаружение истины. Я не заметил, чтобы они могли заглянуть глубже в суть вещей или формировать более здравые суждения, чем рассудительный и хорошо тренированный судья. [В этом опыте] я не нашёл их более свободными от предубеждений, чем был бы ординарный судья». Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 459. NB: речь идёт о конкретном опыте Холмса на данный конкретный момент и не затрагивает его теории о том, каким право должно быть и что для этого необходимо.

⁴⁶⁸ Об этом и о специальном значении особых мнений судей уже говорилось в подразделе 3.2.3.

поскольку идея Холмса не подразумевает возможность обоснования любых решений с перевесом второй составляющей (менее определённой). Влияние этой составляющей может увеличиться только в тех ситуациях, где социальная реальность по данной проблеме *абсолютно* очевидна и **предсказуема**. Так было, например, когда в 1992 г. при решении дела *R v. R*⁴⁶⁹ Палата Лордов, проанализировав прецедентный опыт и абсолютно очевидное изменение социальной реальности, отказалась применять действовавшую с незапамятных времён норму, позволявшую оправдать мужа за изнасилование жены (*marital rape exemption*), указав, что они **вынуждены констатировать закон сообщества из-за длительного молчания законодателя**. Авторитетнейшим признанием того, что их решение можно было *предсказать* и что судьи не узурпировали законодательную власть, стали выводы *ЕСПЧ*, известного своей принципиальной позицией в отношении статьи 7 Конвенции (*nullum crimen sine lege*) который отверг данные доводы в постановлениях по делам *SW and CR v. UK*⁴⁷⁰, указав, что решение лордов является отражением «естественной предсказуемой эволюции права» (*natural foreseeable evolution of law*).

С учётом изложенного представляются, как минимум, поспешными выводы некоторых исследователей о том, что реалист Холмс провозглашал право, у которого «отсутствует прочная почва»⁴⁷¹.

Таким образом, предиктивная теория права О. Холмса отсылает нас не к «гаданию на кофейной гуще» с акцентом на будущие судебные решения как отправную точку, а к самой сути системы *common law* – мышлению и принципам, которые складываются в понятном и видимом процессе последовательного исторического развития (раздел 4.2) с акцентом на методе индукции. Осмысляя и объясняя эту суть и делая вывод не только о возможности качественного предсказания созданных в таком процессе норм, но и о необходимости приведения этих предсказаний в чёткую систему (раздел 4.1), О. Холмс показывает нам причину уникальной правовой преемственности, устойчивости,

⁴⁶⁹ [1991] UKHL 12.

⁴⁷⁰ *SW v. United Kingdom*, Decision of 22nd November 1995., App. № 0166/92, A/355-B, IHRL 2596.

⁴⁷¹ Адыгезалова Г.Э. Указ. соч. С. 148.

определенности (надёжности) и синергии систем common law, которые существуют уже более 800 лет без жесткого разделения границами государств.

Право и мораль.

В «Пути права», посвящённому предиктивной теории, Холмс указал на две ловушки (pitfalls), которые поджидают неопытных юристов на пути к правильному выявлению права и, собственно, предсказанию решения суда. На данном этапе исследования подробно объяснять влияние этих ловушек не требуется, поскольку с учётом подробно описанных взглядов Холмса на надлежащий процесс формирования и развития права их смысл будет ясен. Указанием на данные ловушки Холмс **ещё раз развенчивает миф** о том, что он считает право предсказанием личных убеждений какого-то судьи⁴⁷².

Первая ловушка – неадекватное смешение права и морали (этики), выражающееся в преувеличенном учёте духовно-нравственного контекста функционирования той или иной правовой нормы (в том числе в рамках учёта тех двух составляющих процесса индукции, о котором указано выше), в результате чего юрист получит не представление о реальном праве и о предстоящем судебном решении, а попросту моральное иррациональное суждение (общественное мнение), подверженное известным манипуляциям, о вреде которых для права Холмс писал далеко не первый⁴⁷³.

Он пишет: «Одно из многих пагубных следствий **смещения права с моралью** (...) состоит в том, что теоретики склонны поставить телегу впереди лошади и рассматривать права и обязанности как нечто существующее отдельно и независимо от последствий их нарушения, к которым впоследствии добавляются определенные санкции. Но (...) так называемая юридическая обязанность есть не что иное, как **предсказание** того, что если человек сделает или не сделает что-

⁴⁷² Об ошибочности такого понимания пишет Гурвич: «В то же время настойчивость Холмса на полной независимости права от нравственного убеждения вследствие как чисто технической роли права, так и исключительно индивидуалистической интерпретации нравственности позволила неверно истолковать положения Холмса». Гурвич Г.Д. Указ. соч. С. 675.

⁴⁷³ См. разделы 2.2, 2.3 и 2.6 в контексте убеждений Адамса, Мэдисона, Токвиля, Милля, Шпенглера.

либо, то он будет вынужден претерпеть то или иное неблагоприятное лишение по **решению суда**; примерно такая же логика действует и к правам»⁴⁷⁴.

В рамках данного сюжета особого внимания достойна идейная линия Холмса, которую можно назвать «теорией плохого человека». Он так и говорит: «Взгляните на вещи честно: **плохой человек** (bad man) хочет избежать мер общественного принуждения ровно в такой же степени, как и **хороший человек**; и здесь вы увидите **практическую значимость отделения морали от права... Человек, которому наплевать на этические стандарты**, одобряемые и применяемые его соседями, всё же наверняка очень даже печётся о том, чтобы не пришлось платить штраф, и тем более чтобы не угодить за решётку»⁴⁷⁵. Спустя 20 лет после «Пути права» в статье «Естественное право» он придерживается этой линии: «Я не вижу **априорной обязанности** жить в обществе и жить таким-то образом, но [вижу] просто констатацию того, что я должен делать, если хочу остаться в живых. Если я действительно живу [в обществе] с другими людьми, то они говорят мне, что я должен делать, а от чего воздерживаться, иначе они прижмут меня к ногтю»⁴⁷⁶. Многие опять поспешат обвинить Холмса в отрицании общественной нравственности и дозволении судьям угнетать «высоко моральных» членов сообщества. И снова на эти обвинения отвечает сам судья Холмс, слова которого станут понятны с учётом изложенного в разделах 2.5 и 2.6, главе 3 и разделе 4.2 диссертации: «Я считаю само собой разумеющимся, что ни один из моих читателей не будет неверно толковать мою позицию в качестве проявления цинизма. Право есть **доказательство нашей нравственности** и её *внешний* осадок. Его история – это *история* нравственного развития человечества. **Практика** его применения, несмотря на известные шутки, **показывает успехи в создании хороших граждан и хороших людей**⁴⁷⁷. Если же я и подчеркиваю **различие между законом и моралью**, то делаю это со ссылкой на одну единственную цель – изучение и понимание права. Для этого нам крайне

⁴⁷⁴ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 992.

⁴⁷⁵ Ibidem. Подчёркнуто отличие субъективных чувств присяжных от выражаемого ими внешнего стандарта – см. разделы 2.5, 2.6, 3.1 и 3.2.1 диссертации.

⁴⁷⁶ Holmes O.W. Natural Law. P. 42.

⁴⁷⁷ Подчёркивается изначальная цель «общественного» права, создаваемого опытным путём – мирное сосуществование и размеренная жизнь людей-в-обществе. См. разделы 2.2, 2.4, 2.6 и 3.2.3 диссертации.

необходимо распознать **специфические, присущие только ему черты**, и именно поэтому я прошу вас на долю секунды представить себя равнодушными к другим и более великим и важным вещам»⁴⁷⁸.

Проф. Келлог отмечает, что Холмс следует идеям Бентама в том, что *morals* есть фикции, но не согласен с тем, что в итоге Бентам и Остин всё равно «пришли к мистике»⁴⁷⁹, ещё раз подчёркивая суть произошедшего водораздела в истории правовой мысли. Таким образом, О. Холмс никогда не оправдывал создание аморальных законов – он лишь говорил, что право и есть «внешний осадок» морали, который формируется в самой жизни общества и «оседает» в свидетельствах о праве – прецедентах и истории, и о котором может сказать только последовательная прогрессия *объективированной* этики, а не сиюминутные «всплески нравственности» и мнения конкретных людей о добре и зле. Без лишних слов завершим тему цитатой: «Но такой подход к праву **просто воняет в чутком носу (stinks in the nostrils) людей, которые считают своим призванием вложить в него столько морали, сколько только влезет**».⁴⁸⁰

Право и логика.

Вторая ловушка – неправильное понимание пределов, в которых при создании и развитии судебного права и при работе с ним можно полагаться на «мёртвые» инструменты формальной логики. Под этим понимается работа над и с абстрактными формулировками, в т.ч. писаного права, с применением логических приёмов и манипуляций без проникновения в «жизнь» права – опыт, онтологическое первоначало которого для системы судебного права описано в главе 2 и разделе 3.2 диссертации. Мысль Холмса, экстрактом которой являются слова «жизнь права никогда не шла путём логики – только путём опыта»⁴⁸¹, заключается в том, что при формально-логическом подходе законы логики вымещают законы самого общества (причём только в лучшем случае это будут действительно законы логики, ведь в совершенстве ими владеют далеко не все).

⁴⁷⁸ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 992.

⁴⁷⁹ Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. P. 99-106.

⁴⁸⁰ Там же.

⁴⁸¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 3.

Генеральная идея Холмса такова, что право **должно быть**⁴⁸² логичным, но не в отправных принципах формирования и выявления (логика «из воздуха» для выдумки и толкования норм права), а в системности и упорядоченности, определённости и предсказуемости («сделать предсказания более чёткими и обобщить **в досконально взаимосвязанную систему**»), а также дальнейшем использовании созданных опытным путём принципов логично и обоснованно, на чём стоят верховные судьи США и до сих пор⁴⁸³. Поэтому Холмс пишет: «[Второе] заблуждение, о котором я веду речь, заключается в том, что будто бы единственная сила, довлеющая над [формированием и развитием] права – это логика. Действительно, это так, но **только в самом широком смысле** этого слова (а не в смысле приёмов формальной логики – Б.Л.)»⁴⁸⁴.

«Я иногда говорю студентам, что юридические школы используют воодушевляюще-логический метод, **принимая постулаты как должное**, полагаясь на их авторитет и без исследования их [реального] содержания (значения, ценности), **а затем логика** используется как единственный инструмент для получения результата (принятия решения). Это метод, необходимый для обучения догме. Но коль скоро **реальное** обоснование верховенству закона... в том, что он помогает достигать требуемые социальные цели, то не менее необходимо, чтобы правотворцы и правоприменители чётко представляли себе эти цели... Предмет социального интереса – потребность в какой [конкурирующей] цели является самой сильной в момент спора. Предмет судебного интереса может быть более узким, поскольку та или иная потребность, возможно, **была уже выражена в предыдущих решениях до такой степени, что логика требует, чтобы мы взяли на себя смелость сказать, что оно преобладает** в рассматриваемом нами споре (прямая отсылка к сказанному в главе 3 диссертации – Б.Л.). Но если это явно так, то дело не относится к категории противоречивых. **Там, где есть противоречие (сомнения), простого инструмента логики недостаточно**, и даже если это скрыто от глаз и сознания,

⁴⁸² Holmes O.W. The Path of the Law. P. 998.

⁴⁸³ См.: Лесив Б.В. Судебный контроль дискреционных решений исполнительной власти в США // Российская юстиция. 2022. № 4. С. 53-63; См.: Burlington Truck Lines v. United States 371 U.S. 156 (1962).

⁴⁸⁴ Holmes O.W. The Path of the Law. P. 997.

судьи призваны осуществлять суверенную прерогативу выбора (в том смысле, что заново исследовать богатство опыта жизни сообщества и «проводить линии» вблизи с *common sense*, см. подраздел 3.2.3 диссертации – Б.Л.)»⁴⁸⁵.

Сказанное прямо коррелирует с состоявшимися ранее суждениями по мыслям Холмса о доктрине сложнейших дел, согласно которой уникальные и резонансные ситуации не могут стать основой надлежащего закона (запрет «аргументации на уровне принципов»), поскольку тогда законодатели прибегают, как раз, к логическому способу конструирования нормы без достаточной опытной проверки (прогрессии), додумывая причины и следствия и зачастую удивляясь затем, почему в реальной жизни (на опыте) всё оказывается не так «логично», как им казалось. «**[Опасность есть] в допущении, что** конкретно взятую правовую систему, например, нашу, **можно разработать, подобно математике**, из некоторых общих поведенческих аксиом. Это естественное заблуждение юридической науки, но оно не ограничивается ею»⁴⁸⁶.

Главная реалистическая идея Холмса – это новый, по сравнению с позитивизмом и юс-натурализмом, подход, **новый путь права**, который, как он показал, возможен в системе *common law*. Это путь к целям, путь к смыслам, которые судьи несут сквозь века и которые развиваются, как приведённый ранее пример права сокажа. Холмс показывает, что правовое регулирование, особенно судебное, должно достигать целей (смысла), ради которых оно затевалось. А цели (смыслы) сейчас вовсе не те, что были в Древнем Риме. Однако, негодует судья Холмс⁴⁸⁷, во многих странах до сих пор идёт поклонение римскому праву, как идолу. Один из самых сложных предметов в обучении юристов – римское право с заучиванием максим, созданных путём логических манипуляций глоссаторов и комментаторов над текстом *CIS*, и дальнейшим их развитием с использованием формально-логических приёмов и метода дедукции.

А система судебного права изначально идёт **по другому пути** (раздел 1.4 диссертации), и судья Оливер Уэнделл Холмс придал ему идейно-духовную форму, одновременно заложив основу для одного из самых масштабных водоразделов в истории правовой мысли.

⁴⁸⁵ Holmes O.W. *Law in Science and Science in Law*. P. 461.

⁴⁸⁶ Holmes O.W. *The Path of the Law*. P. 998.

⁴⁸⁷ Holmes O.W. *The Path of the Law*. P. 1006-1007.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

«[Право] – это великий *антропологический* документ и дверь ко всем теориям, этике, экономике, социологии, теологии или атеологии или, проще говоря, к вашему *взору на жизнь* и этот мир»⁴⁸⁸. Можно сказать, вся настоящая диссертация раскрывает смысл слов, заложенный О. Холмсом, в своё время громко обратившим взор многих лучших юридических умов не на тексты и вероучения, а на саму жизнь людей, которая сама способна сформировать правила, необходимые для спокойствия и безопасности.

«Моя цель – пишет О. Холмс, – показать истинный процесс правотворчества... и, таким образом, помочь заменить пустые слова научно обоснованным [содержанием]. Я избавляюсь от *нереальных* объяснений, [которые дают позитивисты и юс-натуралисты] для *нереальных* формул и *неадекватных* обобщений»⁴⁸⁹. Он действительно противопоставляет свою правовую философию, основанную на онтологии *common law*, подходам континентальных школ позитивизма (нормативизма) и естественного права (оперирующих не опытом (в раскрытом в настоящей диссертации понимании), а формальной логикой и моралью), суть которых он объявляет приверженностью *нереальности* и *неадекватности*, невольно навлекая на собственное учение почётное теперь для многих имя правового *реализма*.

В диссертации была впервые предпринята попытка систематизировать идейную составляющую оригинальных текстов трудов О. Холмса: обозначить действительную основу правового реализма, которая является критерием его дифференциации в истории правовой мысли. Последовательно был выявлен смысл понятий *жизнь, опыт* в качестве первичного источника права и прямо связанных с ними категорий *common sense, common experience, common knowledge, feelings of the community*; условно выделены первичный и вторичный (производный от него) источник и форма права, соотнесены функции главных субъектов судебного правотворчества – жюри и судей; соотнесены природы этих

⁴⁸⁸ Holmes O.W. The Law. The American Journal of Economics and Sociology. 1991. Vol. 50. №. 2. p. 182.

⁴⁸⁹ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 455.

функций с первичным источником права; объяснено, что суды наделяются в реализме Холмса правотворческими полномочиями не в силу узурпации власти и якобы исторически сложившегося «правления судей», а поскольку именно судьи, а не политики или популисты, по причине приближенности к обычным людям (*common people*) и погруженности в *common sense* рассматриваются как компетентные в вопросах чувств/потребностей/ожиданий сообщества.

Без всей совокупности знаний о взглядах О. Холмса на первичный источник права, в котором следует искать решение, если закон неясен, и о механизме его обнаружения попросту невозможно понять, что имеется в виду под «самой жизнью». А речь идёт о «опыте повседневной жизни» (*daily life / common experience*) – среде, в которой первичные правовые установки формируются самим сообществом, создавая реальный «внешний осадок» *ego* нравственности в противоположность нравственности отдельных лиц или групп или той, которая разрабатывается схоластическими методами за счёт принятия на веру «извечных» истин. О. Холмс показывает, что общество само способно сформировать правила, необходимые для его спокойной и размеренной жизни, за счёт действия принципа «человека средне-благоразумного поведения» (эквивалентом которого выступает жюри) в качестве руководящего начала правообразования и привлечения к ответственности тех, кто ему не соответствует. Именно поэтому на фундаментальном теоретическом уровне правовой реализм О. Холмса, в противовес юридическому позитивизму и натурализму, совершает методологическую революцию, уничтожая культ формально-логических приёмов правотворчества и провозглашая истинность эмпирики – той самой жизни, которая познаётся только при помощи последовательно-накопительной индукции.

В системе координат, обозначенной О. Холмсом, у судьи нет заранее данного правового материала, такого как текст закона, Священное писание или принципы естественного права и истин, данных судье «свыше». Именно в этом заключается анти-нормативность реализма, открытость осмысляемой им системы права, её недетерминированность, что исчерпывающим образом раскрывает значение постулата «право следует *искать* не в законах, а в самой жизни».

Недетерминированность вовсе не означает произвольность: хоть судье и не дано решения «свыше», это, однако, не наделяет его правом *выдумать* решение. Как и сказал Холмс, судья должен *искать* право в последовательной прогрессии прецедентного опыта и свидетельств о праве (свидетельств здравого рассудка сообщества), зафиксированных в том числе с участием «среза общества» (жюри), когда этот рассудок по конкретному вопросу ещё «не ясен». Благодаря этому знанию мы приблизились к обнаружению сути центрального постулата теории реализма и одновременно одного из самых известных изречений О. Холмса: «Жизнь права никогда не шла путём логики – только путём опыта (практики)»⁴⁹⁰. Этот тезис концентрированно отражает саму онтологию прецедентного *common law* (судебного права), как она была исследована в первой главе, техника создания которого, как писал созвучно Холмсу Р. Паунд, основана на концепции права как опыта, развиваемого за счёт разума, и разума, проверяемого и совершенствуемой опытным путём⁴⁹¹. К сожалению, именно такие вырванные из контекста фразы чаще всего некорректно интерпретируются вплоть до «судейской тирании» из-за непонимания значения, которое О. Холмс вложил в понятие «опыт» («практика»).

Во-первых, под опытом понимается жизненный опыт присяжных, к которым судьи обращались, а иногда до сих пор обращаются, для прояснения закона сообщества в случае его «туманности». Жюри («срез общества» и индикатор «обычной повседневной жизни») индуктивно-бессознательно работает с первичным источником права (жизнью). Судьи с их помощью *обнаруживают* «жизненное» право, ценности и здравый рассудок сообщества, после чего незамедлительно *запечатлевают* его в судебном прецеденте, который становится *свидетельством о праве*, полученным *опытным путём*. Во-вторых, под опытом понимается опыт самих судей, который они накапливают в последовательной прогрессивной работе как с жюри, так и «наращиваемой» базой свидетельств о праве (прецедентов), которые, как показывает учение Холмса, не имеют ничего общего с континентальной судебной практикой ни по источнику (жизнь/закон),

⁴⁹⁰ Holmes O.W. The Common Law. P. 3.

⁴⁹¹ Pound R. What of Stare Decisis? Op. cit. P.5.

ни по принципам формирования и применения правил (индукция/дедукция и формальная логика), ни по смыслу процесса кодификации (в значении, близком к кодификации СИС/ в значении, близком к работе глоссаторов).

После этого наступает самая волнующая стадия судейской миссии— *теоретическая работа* над постепенно накапливаемым опытом судебной деятельности, когда *индуктивным методом* свидетельства о праве обобщаются с целью выявления общих закономерностей, упрощения и структурной организации правовой реальности (выявляется обобщённый опыт сообщества в целом – самая ценная часть права). Индукция выступает здесь методом выявления общего правила (консенсуального суждения всего сообщества) из «наращения» и постоянного «приближения», соприкосновения дел («по мере того, как эти два противоположных полюса обрастают новыми и новыми делами и начинают приближаться друг к другу, различие становится все труднее проследить... возникает необходимость, как говорится, “согласовать дела”, то есть путем истинной индукции сформулировать принцип, который до тех пор ощущался смутно»). Теория права применительно к деятельности судьи понимается О. Холмсом именно как *искусство индуктивного обобщения (генерализации)*. Накопленный опыт работы с присяжными, с их свидетельствами о праве, а также кропотливая теоретическая работа, направленная на выявление общих закономерностей и ценностей, постепенно *позволяют судье* не только формулировать (не придумывать, а обобщать) так называемые *судебные доктрины*, но и в уже известных ему по внушительному предыдущему опыту фактических обстоятельствах (а также в схожих с ними) самостоятельно, без помощи жюри, *выявлять и объявлять (констатировать)* стандарт «среднего благоразумия» и «совести социума». Таким образом, категория «опыт» в учении О. Холмса имеет вполне ясное содержание, и оно далеко от того, чтобы объявить «неограниченное судейское усмотрение». В том смысле, который придаёт ему судья Холмс, он не схож с опытом формально-логической аналитики над законодательными текстами, который имеется у континентальных судей и ученых-юристов (что в противовес опытной индукции названо «общепринятым

мнением юридического сообщества»). Категорию опыта составляет триединство: опыт повседневной жизни самого сообщества, жизненный опыт присяжных и судейский опыт созерцания и генерализации.

Таким образом, обобщённые правила (абстрактные нормы-доктрины) согласно теории О. Холмса не могут возникнуть из ниоткуда – из разума, логики, доктринальной этики, политической воли или других априорных источников – они могут быть сформированы только опытным (индуктивным) путём, для чего требуется постепенное накопление соответствующей эмпирической базы, центральное значение в которой имеют конкретные реальные, жизненные ситуации (дела), подвергаемые независимому и открытому судебному исследованию. Холмс, таким образом, своей фразой «общие положения не решают конкретных дел» не отталкивает нас от искусства обобщения, а наоборот, стремится указать на его пользу и скрытые от неискушенного взора возможности, но не любого, а *правильного пути* к общим положениям («Путь права»). Он убеждён, что абстрактное мышление крайне полезно, но не в привычном многим понимании. Он всем своим исследованием онтологии common law показывает, что абстрактные нормы бывают разные – одни сформированы последовательно и умеренно самой жизнью из реальной эмпирики и опыта сообщества (содержательные, *содержание которых можно проследить* в источниках, ассоциировать с фактами объективной реальности и применить по аналогии), а другие не имеют под собой, по его убеждению, ничего жизненно-содержательного, кроме искусственных умозаключений (формальной логики и априорных истин). К примеру последних он относит абстрактные рассуждения цивилистов об институтах частного права как о стройной системе, которую можно сконструировать логическим путём («математическим методом») и поддерживать за счёт дальнейшего развития теорий об исках, правах и т.п. *Первые, поэтому, могут быть отнесены к понятию реального права (правовой реализм)*, вторые же в данном аспекте рассматриваются как бесполезные.

Тезисы об «отсутствии прочной юридической основы» и «провозглашении неопределённости» применительно к реализму О. Холмса являются поспешными,

поскольку прямо противоречат тому, что в действительности О. Холмс описывал судебное право как стремящееся к «сужению сферы неопределённости» и к системности, в том числе благодаря методологически обусловленной генерализации общих принципов (доктрин, кодификации). Цель этого процесса – обеспечить возможность юристам эффективно его предвидеть (предсказывать) и консультировать клиентов. Такое объяснение судебного права находится в полном согласии с реальной юридической практикой, когда многие судебные доктрины (принципы) в системах common law преемственно существуют и *последовательно* совершенствуются на протяжении сотен лет, а сами эти системы за счёт такого трепетного отношения к «издавна существующим и привычным всем правилам» рассматриваются как юридически надёжные и эффективные, в том числе при выборе подсудности по серьёзным транснациональным спорам о больших капиталах и защите частных прав (международное частное право)⁴⁹².

Теоретически любая система права должна быть построена на том, чтобы оно выражало здравый рассудок данного сообщества. Судья Оливер Холмс хотел показать, что не всегда этому могут способствовать теории нормативизма, позитивизма и натурализма, в центре которых сухие застывшие или априорные нормы, которые способны попросту устареть, либо не соответствовать «актуальным чувствам и потребностям сообщества» из-за подмены реального источника права. Он же теоретически осмыслил систему судебного права таким образом, чтобы оно могло быть правом реальным, все стремления которого направлены только к обществу и непосредственной работе с ним. Правом, отражающим не сиюминутные ценности тех или иных социальных групп, а развивающим и поддерживающим в согласии с актуальными социальными процессами общие принципы (ценности) сообщества, обнаруживаемые при рассмотрении и обобщении реальных чаяний и реальных проблем людей, приносящих их ежедневно из года в год, из века в век на суд «совести социума».

⁴⁹² Подтверждается множеством авторитетных исследований, см., например: Mahoney P.G. The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right, 30 J Legal Stud 503 (2001); La Porta R., et al. The Quality of Government, 15 J L, Econ, & Org 222 (1999); La Porta R., et al. Law and Finance, 106 J Pol Econ 1113 (1998); La Porta R., et al. Legal Determinants of External Finance, 52 J Fin 1131 (1997); Levine R. Law, Finance, and Economic Growth, 8 J Fin Intermediation 8 (1999); Scully G.W. Constitutional Environments and Economic Growth 156-165 (Princeton, 1992).

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

І. Литература на русском языке

1. Дигесты Юстиниана / Перевод с латинского; Отв. ред. Л.Л. Кофанов. Т. I. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2008. 584 с.
2. История политических и правовых учений. Учебник для вузов / Под ред. д.ю.н. проф. О.Э. Лейста. М.: Издательство «Зерцало», 2006. 568 с.
3. История политических и правовых учений : учебник / Альбов А.П., под ред., Николукин С.В., под ред. Москва : Юстиция, 2021. 384 С.
4. История политических и правовых учений: учебник / под ред. В.П. Малахова, под ред. Н.В. Михайловой. Москва : Юнити, 2015. 470 С.
5. Социология права. Курс лекций: в 2 т. / Отв. ред. Марченко М.Н. М.: Проспект, 2015.
6. Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария: монография / под общей редакцией Е.А. Фроловой / А. А. Ананьева, Б. Л. Талгановна, Б. Г. Александрович и др. М.: Проспект, 2020. 584 с.
7. Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. М.: "NOTA BENE", Медиа Трейд Компания, 2004. 328 с.
8. Горбань В.С. Влияние и интерпретация правовых взглядов Р. Иеринга в сочинениях О.В. Холмса // Теория и практика общественного развития. 2019. № 4. С. 30-41.
9. Горбань В.С. Квалифицированный читатель или интерпретатор: об отношении исследователя к источникам познания правовых и политических учений // Право и политика. 2021. № 2. С. 59-63.
10. Горбань В.С. О характере правовых взглядов Р. Иеринга // Правосудие. 2021. № 4. С. 30-41.
11. Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избр. соч. / Пер. с фр. СПб., 2004. 848 С.
12. Давид Р. Основные правовые системы современности /Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. 496 С.

13. Жуков В.Н. Правовая идеология: структура понятия // Право и государство: теория и практика. 2020. № 7. С. 49-51.
14. Жуков В.Н. Правосознание: философский анализ // Государство и право. 2019. № 11. С. 18-31.
15. Жуков В.Н. Социология, метафизика, идеология: пределы объективного знания // Образование и право. 2021. № 3. С. 66-76.
16. Жуков В.Н. Философия права. Учебник (2-е изд.). М.: ИД МГУ имени М.В. Ломоносова, 2020. 559 С.
17. Зорькин В.Д. Справедливость – императив цивилизации права // Вопросы философии. 2019. № 1. С. 5-14.
18. Зорькин В.Д. Суть права // Вопросы философии. 2018. № 1. С. 5-16.
19. Клименко А.И. Идеологические основания правопорядка // Правопорядок и его институциональные основы. Сборник трудов. Воронеж, 2019. С. 11-17.
20. Клименко А.И. Правовая идеология современного политически организованного общества (2-е изд.). М.: Норма, 2019. 384 С.
21. Клименко А.И. Проблема легализации правовой практики: социо-аксиологический подход // Философия права. 2018. № 3. С. 77-82.
22. Ковлер А.И. Антропология права. М.: Норма, 2002. 480 С.
23. Ковлер А.И. Конституция «формальная» и «реальная» // Полис. Политические исследования. 1998. № 6. С. 26-31.
24. Ковлер А.И. Ценностные и стратегические перспективы правового плюрализма // Человек и право: книга о летней школе по юридической антропологии. М.: ИД «Стратегия», 1999. С. 105-112.
25. Корнев А.В. Социология права. М.: Проспект, 2015. 335 С.
26. Лесив Б.В. Авторитет решений англо-американских судей и эффективность их исполнения: в чем секрет? // Российская юстиция. 2021. № 6. С. 52–62.
27. Лесив Б.В. Судебный контроль дискреционных решений исполнительной власти в США // Российская юстиция. 2022. № 4. С. 53-63.
28. Марченко М.Н. Судебное правотворчество и судебское право (2-е изд.). М., Проспект: 2017. 447 С.

29. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М., Проспект: 2013. 876 С.
30. Марченко М.Н. Источники права. М., Проспект: 2005.. 760 С.
31. Мачин И.Ф. История политических и правовых учений: учебное пособие для бакалавриата. 2-е изд. М.: Юрайт, 2019. 459 С.
32. Милль Дж. Ст. О Свободе / пер. с англ. В. Гергарда. Гамбург: типография Г. Петца, 1861. 253 С.
33. Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб.: Издательство «Лань», 2000. 608 С.
34. Пищулин А.В. Правопонимание: Теоретические вопросы формирования // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 2012. № 1. С. 29-41.
35. Синюков В.Н. Право XX и XXI веков: преемственность и новизна // Lex Russica. 2021. № 2. С. 9-20.
36. Синюков В.Н. Теория права С.С. Алексеева и её роль в развитии отечественной юридической доктрины // Журнал российского права. 2020. № 2. С. 5-20.
37. Томсинов В.А. Значение римского права в общественной жизни Западной Европы в XI-XIII вв. // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 1 (2). С. 112-121.
38. Томсинов В.А. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П. Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе / Под редакцией и с биографическим очерком У. Э. Батлера и В.А. Томсинова. М.: Издательство «Зерцало», 2010. С. 262–279.
39. Томсинов В.А. Римское право в Средневековой Англии // Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития. Издательство Уральского гос. ун-та : Свердловск, 1985. С.122–134.
40. Томсинов В.А. Юридические аспекты английской революции 1640 – 1660 годов. Период конституционной борьбы: ноябрь 1640 – август 1642 года: Учебное пособие. 2010. М.: Зерцало. 264 с.
41. Шершеневич Г.Ф. История философии права (2-е изд.). СПб. : Тип. т-ва печ. и изд. дела «Труд», 1907. 588 С.

42. Шпенглер О. Закат Западного мира; Очерки морфологии мировой истории. Полное издание в одном томе / пер. с нем. И.И. Маханькова. М.: Изд-во «Альфа-книга», 2017. 1085 С.
43. Фролова Е.А. История политических и правовых учений в системе социальных наук: проблемы методологии // Государство и право. 2017. №2 С. 69–78.
44. Фролова Е.А. История политических и правовых учений. Учебник (2-е изд.). М.: Проспект, 2020. 528 С.
45. Фролова Е.А. Рациональные основания права: классика и современность. Монография. М.: Проспект, 2021. 686 С.
46. Хайдеггер М. Бытие и время / Пер. с нем. В.В. Бибихина. Харьков: «Фолио», 2003. 503, [9] с.

II. Литература на иностранном языке

Труды Оливера Уэнделла Холмса Мл.

47. Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. The American Law Review. 1870. Vol. 5. Iss. 1. Доступ с использованием системы «ProQuest».
48. Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Harvard Law Review, 1899. Vol. 12. № 7. pp. 443-463.
49. Holmes O.W. Natural Law. Harvard Law Review. 1918. Vol. 32, № 1. pp. 40-44.
50. Holmes O.W. The Common Law. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. 393 pp.
51. Holmes O.W. The Law. The American Journal of Economics and Sociology. 1991. Vol. 50. №. 2. p. 182.
52. Holmes O.W. The Path of the Law. Harvard Law Review. 1997, Vol. 110. № 5. pp. 991-1009.
53. Holmes O.W. The Theory of Torts. American Law Review. 1873, Vol. 7. pp. 652-663.

54. The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, ed. Sheldon Novick, 5 vols. Chicago: University of Chicago Press, 1995.
55. The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr. The University of Chicago Press : 1997. 374 pp.

Иная литература

56. A.V. Dicey to O.W. Holmes, Jr., December 10, 1921, Oliver Wendell Holmes, Jr. Papers, Box 42–8, Harvard Law Library Special Collections.
57. Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation / Breyer J.S., Badinter R., eds. N.Y., 2004. 317 pp.
58. Microsoft Case Gets U.S. Judge As a Mediator. The New York Times. November 20, 1999, Section A, P. 1.
59. The Cambridge Companion to the Rule of Law / Ed. by Meierhenrich J., Loughlin M. Cambridge University Press, 2021. 702 pp.
60. The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, ed. Steve Sheppard (Indianapolis: Liberty Fund, 2003). Vol. 1. 520 pp.
61. The Thought and Character of William James, as Revealed in Unpublished Correspondence and Notes, Together with His Published Writings, 2 vols. (Boston: Little, Brown, 1935).
62. Unanimity of Juries – Lord Campbell and an English Jury. The American Law Register (1852-1891). Vol. 7. № 5. 1859. pp. 314-319.
63. Adams J. Thoughts on Government, reprinted in The Revolutionary Writings of John Adams. Edited by C. Bradley Thompson. Indianapolis: Liberty Fund, 2000. 331 pp.
64. Albertsworth E.F. Judicial Review of Administrative Action by the Federal Supreme Court. Harvard Law Review. 1921. Vol. 35. № 2. pp. 127—153.
65. Alder J., Syrett K. Constitutional and Administrative Law. London: Macmillan International Higher Education, 2007. 559 pp.

66. Allen C.K. Precedent and Logic. *Law Quarterly Review*. 1925. Vol. 41. № 3. pp. 329-345.
67. Bentham J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener, 2000. 248 pp.
68. Bellomo M. *The Common legal Past of Europe: 1000-1800* / transl. by L.G. Cochrane. The Catholic University of America Press, Washington, D.C. 1995. 344 P.
69. Blackstone W. *Commentaries on the Laws of England: In Four Books*. Vol. 4. Clarendon Press, 1770. 436 pp.
70. Cairns J. Blackstone, the Ancient Constitution and the Feudal Law. *The Historical Journal*. 1985. Vol. 28. № 3. pp. 711-717.
71. Cardozo B.N. *Nature of the Judicial Process*. New Haven, Yale University Press. 1921. 180 pp.
72. Cardozo B.N. *Paradoxes of Legal Science*. New York : Columbia University Press, 1928. 142 pp.
73. Carpenter C.E. *Court Decisions and the Common Law*. *Columbia Law Review*. 1917, Vol. 17, № 7. pp. 593-607.
74. Cohen M.R. *Law and The Legal Order. Essays in Legal Philosophy*. New York: Harcourt, Brace and Co. 1933. P. 403 pp.
75. Coper M. *The Path of the Law: A Tribute to Holmes*. *Alabama Law Review*. 2003. Vol. 54, № 3. pp. 1077-1090.
76. Dawson J.P. *A History of Lay Judges*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1960. P. 134. Pp. Viii, 310.
77. Dillon J.F. *The Laws and Jurisprudence of England and America*. Boston, Mass., 1895. 431 pp.
78. Farnsworth E.A. *Contracts* (4th ed.). Aspen Publishers, 2004. 984 P.
79. Giabardo C.V. *Disobeying Courts' Orders — A Comparative Analysis of the Civil Contempt of Court Doctrine and of the Image of the Common Law Judge* // *Journal of Civil Law Studies*. 2017. Vol. 10. No. 1. pp. 35—59.

80. Gionfriddo J.K. Thinking Like a Lawyer: The Heuristics of Case Synthesis. *Texas Tech Law Review*. 2007. Vol. 40. Article №1. 36 pp.
81. Gray J.C. Judicial Precedents. A Short Study in Comparative Jurisprudence. *Harvard Law Review*. 1895, Vol. 9. №. 1. pp. 27-41.
82. Grey T. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice. *William & Mary Law Review*. 1995. Vol. 37. Iss. 1. pp. 19-45.
83. J. B. F. Changes in the Jury. *Virginia Law Review*. 1931. № 7 (5). Pp. 497-501. DOI:10.2307/1066605.
84. Jay St. Origins of Federal Common Law: Part One. *University of Pennsylvania Law Review*. 1985. Vol. 133, № 5 pp. 1003-1116.
85. Johnson B., Jordan R. Should Like Cases Be Decided Alike?: A Formal Analysis of Four Theories of Justice. *Jurisprudence & Legal Philosophy eJournal*. 2018. 33 pp.
86. Hale M. *History of the Common Law of England*, University of Chicago Press, 1971. 212 pp.
87. Holdsworth W.S, Potton E. *A history of English law* (Vol. 1, 3d ed., rewritten). Little, Brown & Co., Boston : 1922. 760 pp.
88. Holdsworth W.S. *A History of English Law* (Vol. 4). Methuen & Co. : London, 1924. 600 pp.
89. Horwitz M.J. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Oxford University Press : 1992. 384 pp.
90. Kellog F. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*. 2011. Vol. 97. № 2. pp. 218-223.
91. Kellog F.R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. *Transactions of the Charles S.Peirce Society*, 23(1), pp. 99-120.
92. Kellog F.R. *Oliver Wendell Holmes Jr. and Legal Logic*. University of Chicago Press, 2018. 224 pp.
93. Landsman S. The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History. *Hastings Law Journal*. 1993. Vol. 44. Iss. 3. P. 579-619.

94. Llewellyn K. *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*. Boston: Little, Brown & Co. 1960. Pp. xii, 565 pp.
95. Llewellyn K. N. *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School*. Oxford University Press, 2008. 230 pp.
96. Langbein J. *The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law*. *Michigan Law Review*. 1994. № 92. Pp. 1047-1085.
97. Leiter B. *Naturalized Jurisprudence and American Legal Realism Revisited*. *Law and Philosophy*. 2011, Vol. 30., No. 4. pp. 499-516.
98. Lobingier C.S. *Precedent in Past and Present Legal Systems*. *Michigan Law Review*. 1946, Vol. 44. №. 6. pp.955-996.
99. Madison J. *The Same Subject Continued: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection*. *The Federalist Papers*. No. 10. New York Packet, November 23, 1787.
100. Mahoney P.G. *The Common Law and Economic Growth: Hayek Might Be Right*, 30 *J Legal Stud* 503 (2001).
101. Meinhold S.S., Neubauer D.W. *Judicial process: law, courts, and politics in the United States*. Boston, MA : Cengage Learning. 2017. 544 pp.
102. Merryman J.H., Pérez-Perdomo R. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford, 2007. 192 pp.
103. Mill J.S. *On Liberty*. Kitchener, 2001. 109 pp.
104. Monro C.H. *The Digest of Justinian*. Vol. 1. Cambridge : The University Press. 1904. 399 pp.
105. Nelson W. *Americanization of the common law: the impact of legal change on Massachusetts society, 1760-1830*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1975. ix, 269 pp.
106. Olshewsky T.M. *Peirce's Pragmatic Maxim*. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*. 1983. Vol. 19. № 2. pp. 199-210.
107. Pfander J.E. *Article I Tribunals, Article III Courts, and the Judicial Power of the United States*. *Harvard Law Review*. 2004. Vol. 118. № 2. pp. 643-776.
108. Picardi N. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milan, 2007. 264 pp.

109. Pollock F., Maitland F. *The History of English Law before the Time of Edward I*. Reprint of 2nd edition. Vol. 2. Liberty Fund: Indianapolis, 2010 (Originally published: 2nd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1898). 787 p.
110. Pozner R.A. *Reflections on Judging*. Harvard University Press, 2013. 400 pp.
111. Pound C.W. *The Judicial Power*. *Harvard Law Review*. 1922. Vol. 35. № 7. pp. 787—796.
112. Pound R. *An Introduction to the Philosophy of Law* (4th printing). New Haven : Yale University Press, 1930. 318 pp.
113. Pound R. *What of Stare Decisis?*, *Fordham Law Review*. 1941. Vol. 10. № 1. pp. 1-13.
114. Robinson O.F. et al. *European legal history*. Oxford University Press: NY, 2010. 385 pp.
115. Sir William Blackstone. *Commentaries on the Laws of England in Four Books*, vol. 1. J.B. Lippincott company : 1893. 531 pp.
116. Simon J. *Uncommon Law: America's Excessive Criminal Law & Our Common-Law Origins*. *Daedalus* , Summer 2014, Vol. 143, No. 3, *The Invention of Courts* (Summer 2014), pp. 62-72.
117. Shahshahani S. *Hard Cases Make Bad Law? A Theoretical Investigation*. *Journal of Legal Studies* (Forthcoming). Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 3964820. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3964820>.
118. Shapiro F.R. *The Most-Cited Legal Scholars*. *Journal of Legal Studies*. University of Chicago Press, 2000. Vol. 29(1). pp. 409-426.
119. Shapiro F.R., Pearse M. *The Most-Cited Law Review Articles of All Time*. *Michigan Law Review*. Vol. 110. Iss. 8. 2012. Pp. 1483-1520.
120. Smith E.H., Farnham H.P., Rich B.A., Desty R. *The Lawyers reports annotated*. Rochester, N.Y.: Lawyers' Co-operative Pub. Co. Vol. 24.
121. Thayer J.B. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown, and Co., 1898. 636 p.
122. Tocqueville A. de. *Democracy in America* / ed. by Eduardo N.; translated from the French by Schleifer J.T. Indianapolis: Liberty Fund, Inc, 2012. 687 pp.

123. Touster S. Holmes a Hundred Years Ago: The Common Law and Legal Theory. Hofstra Law Review. 1982. Vol. 10, №. 3. pp. 673-718.
124. Warren W.L. Henry II. Berkeley, California : University of California Press. 693 pp.
125. White G.E. Introduction to: O.W. Holmes, Jr. The Common Law. The Belknap Press of Harvard University Press, Harvard. 2009. Op. cit.
126. Wilkins D.B. Legal Realism for Lawyers. Harvard Law Review. 1995, Vol. 104, No. 2, pp. 468-524.
127. Wright C. The Law of Federal Courts, 4th ed., 1983.

III. Диссертации

128. Адыгезалова Г.Э. Социологическая юриспруденция США в XX в.: формирование доктрины, развитие и совершенствование правопорядка. Дис. ... доктора юрид. наук. Краснодар, 2017. 323 С.
129. Груздев В.С. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты. Дис. ... доктора юрид. наук. Москва. 2021. 528 С.
130. Жуков В.Н. Социология права в России: вторая половина XIX – первая треть XX в. (теоретико-методологический аспект). Дис. ... доктора юрид. наук. Москва. 2016. 367 С.
131. Томсинов В.А. Юриспруденция в духовной культуре древнего и средневекового общества: историко–сравнительное юридическое исследование. Дисс. ... докт. юрид. наук. М, 1993. 352 С.

IV. Документы

Нормативные правовые акты Англии и США

132. The U.S. Constitution: Explained—Clause by Clause—for Every American Today. Annotated by Ray Raphael, Vintage, 2017.
133. An Acte for the punishment of the vice of Buggerie (25 Hen. 8 c. 6).
134. Ark. Code Ann. § 1-2-119 (Michie 1987).
135. Ark. Stat. Ann. § 1-101 (1976 Repl.).

136. Federal Rules of Criminal Procedure. LexisNexis Access.
137. The Rules Enabling Act (ch. 651, Pub.L. 73–415).

Судебные акты Англии (Соединённого Королевства)

138. Case of Prohibitions [1607] EWHC J23 (KB), (1607) 77 ER 1342.
139. Calye's case (1584), 8 Co. Rep. 32a.
140. Ex parte McCarthy [1924] 1 KB 256.
141. GCHQ case [1984] UKHL 9.
142. Lumley v Gye [1853] 2 E & B 216.
143. Somerset v Stewart (1772) 98 ER 499.
144. R v R [1991] UKHL 12.
145. Wilkes v. Wood, 98 Eng. Rep. 489, 499 (C.P. 1763)
146. Winterbottom v Wright (1842) 10 M&W 109.

Судебные акты США

147. Digest of Court Reports. American Law Review. 1873. Vol. 7. pp. 669-687.
148. Astoria Federal Savings & Loan Assn. v. Solimino, 501 U.S. 104 (1991).
149. Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919), (Holmes, J., dissenting).
150. Brown v. Kendall 6 Cush. 292.
151. Buck v Bell 274, U.S. 200 (1927).
152. Brooks v. The People, 49 N.Y. 436.
153. Burlington Truck Lines v. United States 371 U.S. 156 (1962).
154. Callahan v. Bean, 9 Allen, 401.
155. Carter v. Towne, 98 Mass. 567.
156. Clearfield Trust Co. v. United States. 318 U.S. 363 (1943).
157. Detroit & Milwaukee R. R. Co. v. Van Steinburg, 17 Mich. 99.
158. Gitlow v. New York (reargued 1925), (Holmes, J., dissenting).
159. Gompers v. United States, 233 U.S. 604 (1914).
160. Isbrandtsen Co. v. Johnson, 343 U.S. 779 (1952).
161. Jones v Clinton, 869 F. Supp. 690 (E.D. Ark. 1994).
162. Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 U.S. 349 (1910), (Holmes, J., dissenting).

163. *Lee v. Porter*, 63 Ga 345 (1879).
164. *Livingston v. Jefferson*, 15 F. Cas. 660 (C.C.D.Va.1811) (No. 8,411).
165. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), (Holmes, J., dissenting).
166. *Lovett v. Salem & South Danvers R. R. Co.*, 9 Allen, 557.
167. *MacPherson v. Buick Motor Co.* (1916) 217 NY 382.
168. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
169. *Meister v. Moore*, 96 U.S. 76 (1877).
170. *Milwaukee v. Illinois*, 451 U.S. 304 (1981).
171. *Mississippi v. Johnson*, 71 U.S. (4 Wall.) 475 (1867).
172. *Murray v. Beard*, 7 N.E. 553 (N.Y. 1886).
173. *National Federation of Independent Business v. OSHA*, 595 U.S. ____ (2022), (Gorsuch, J., concurring).
174. *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).
175. *Nixon v. Fitzgerald*, 457 U.S. 731 (1982).
176. *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), (Holmes, J., dissenting).
177. *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
178. *Pacific v. Jensen*. 244 U.S. 205 (1917), (Holmes, J., dissenting).
179. *Prentis v. Atlantic Coast Line*, 211 U. S. 210 (1908).
180. *Roberts v. Case Hotel Co., Inc.* 106 Misc. 481 (N.Y. Sup. Ct. 1919).
181. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).
182. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* 592 U. S. (2021).
183. *Southern Pacific Company v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917), (Holmes, J., dissenting).
184. *Statler v. Ray Mfg. Co.* 195 NY 478 (1909).
185. *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 (1931).
186. *Swift v. Tyson*, 16 Pet. (41 U.S.) 1 (1842).
187. *Texas Indus. v. Radcliff Materials, Inc.*, 451 U.S. 630 (1981).
188. *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).
189. *Thomas v. Winchester* 6 N.Y. 397 (1852).

190. *Towne v Eisner*, 245 U.S. 418, 425 (1918).
191. *United States v Texas*, 507 U.S. 529 (1993).
192. *Washington State Dep't of Licensing v. Cougar Den, Inc.*, 586 U.S. (2019).

Иные судебные акты

193. *SW v. United Kingdom*, Decision of 22nd November 1995., App. № 0166/92, A/355-B, IHRL 2596.
194. *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory*, Advisory Opinion, 1932 P.C.I.J. (ser. A/B) No. 44.

IV. Интернет-ресурсы

195. *Common Law and Civil Law: A Comparative Primer*. Federation of Law Societies of Canada. 2017. Pp.5-6. URL: <https://flsc.ca/wp-content/uploads/2020/01/Common-Law-and-Civil-Law-A-Comparative-Primer.pdf> (дата обращения 14.05.2022).
196. *The Common Law and Civil Law Traditions*. The Regents of the University of California, The Robbins Collection, School of Law (Boalt Hall), University of California at Berkeley. P. 4. URL: <https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2017/11/CommonLawCivilLawTraditions.pdf> (дата обращения 14.05.2022).
197. Конспект лекций проф. Р. Микаловски (Университет Северной Аризоны) и проф., акад. Р. Коттеррелла (Университет Королевы Марии). URL: <https://www.radford.edu/~junnever/law/commonlaw.htm> (дата обращения 10.05.2021).