

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
имени М.В. ЛОМОНОСОВА

На правах рукописи

ЛЕСИВ БОГДАН ВАСИЛЬЕВИЧ
ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ: ДОКТРИНА ОЛИВЕРА ХОЛМСА
О СУДЕБНОМ ПРАВОТВОРЧЕСТВЕ

5.1.1. Теоретико-исторические правовые науки

АВТОРЕФЕРАТ

диссертации на соискание ученой степени

кандидата юридических наук

Москва – 2022

Работа выполнена на кафедре теории государства и права и политологии
юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова

Научный руководитель – ***Фролова Елизавета Александровна,***
доктор юридических наук, доцент

Официальные оппоненты – ***Горбань Владимир Сергеевич,***
доктор юридических наук,
ФГБУН «Институт государства и права
Российской академии наук», сектор
философии права, истории и теории
государства и права, главный научный
сотрудник, междисциплинарный центр
философско-правовых исследований,
руководитель;

Клименко Алексей Иванович,
доктор юридических наук, профессор,
ФГКОУ ВО «Московский университет
МВД России имени В.Я. Кикотя», кафедра
теории государства и права, начальник
кафедры;

Корнев Виктор Николаевич,
доктор юридических наук, профессор,
ФГБОУ ВО «Российский государственный
университет правосудия», кафедра
конституционного права имени
Н.В. Витрука, заведующий кафедрой.

Защита диссертации состоится «20» октября 2022г. в 16 часов 30 минут на заседании диссертационного совета МГУ.051.3 Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова по адресу: Москва, Ленинские горы, д.1, стр.13-14, 4-й учебный корпус, Юридический факультет, ауд.536а.

E-mail: dissovet@law.msu.ru

С диссертацией можно ознакомиться в отделе диссертаций научной библиотеки МГУ имени М.В. Ломоносова (Ломоносовский просп., д. 27) и на сайте ИАС «ИСТИНА»: <https://istina.msu.ru/dissertations/490146691/>.

Автореферат разослан «___» сентября 2022 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета,
доктор юридических наук, доцент

П.Л.Полянский

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ДИССЕРТАЦИОННОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

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 системах (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

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**».

окрашенные ореолом высшего статуса юриста-практика – статуса Главного судьи Верховного Суда штата Массачусетс и впоследствии судьи Верховного Суда США.

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 экстраполивании 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 экстраполивания 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 судейское 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

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 судейское 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.

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.

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

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.

реальности историко-правовые, научные и практические источники, включая целую плеяду судебных прецедентов.

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) судейской 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 судейской 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 maxim*). 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 самодостаточной 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.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ДИССЕРТАЦИОННОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

Во введении определяются актуальность темы исследования, степень ее разработанности, объект, предмет, научная новизна, цель и задачи, отражены методологическая, теоретическая и эмпирическая основа исследования, теоретическая и практическая ценность работы.

В первой главе «Теоретический и историко-правовой контекст правовой философии О. Холмса» рассматриваются наиболее важные закономерности возникновения и развития центрального объекта философии О. Холмса – английского и американского судебного права (*common law*).

В разделе 1.1 «Путь права», пройденный О. Холмсом: основные вехи профессиональной и творческой судьбы» дан краткий биографический экскурс и указаны основные профессиональные достижения О. Холмса в хронологии от востребованного практикующего юриста к члену Верховного Суда США.

В разделе 1.2 «Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой идеологии О. Холмса» представлено теоретико-историческое обоснование ошибочности смешения доктрины О. Холмса с идеологией американского (радикального) реализма или теорией судебных решений. Проанализированы пять «ловушек», которые препятствуют адекватному пониманию и классифицированию правовой мысли О. Холмса из-за когнитивного наложения континентального правосознания. *Ловушка первая* заключается в том, что идеи О. Холмса относятся к самостоятельной традиции именно *судейского* правопонимания, она лишь пересекается с движением «правовых реалистов» 1920-1930 годов, которое исчезло (иссякло), пусть и не без следа. *Ловушка вторая* в том, что предиктивная (предсказательная) теория права О. Холмса (*prediction theory*) – совершенно отличная от теории судебных решений (*decision theory*). *Ловушка третья* касается грубой методологической ошибки, совершаемой, когда идеи О. Холмса о роли судебных решений без учёта их социокультурного контекста экстраполируются на реалии российской (континентальной) судебной практики. На самом деле внимание О. Холмса приковано к одному из главных достояний

англо-американской культуры – судебному common law, онтологические и аксиологические характеристики которого уникальны и не позволяют механически распространять идеи о них на продукты других культур. *Ловушка четвертая* – о разнице полномочий федеральных и штатных судов в США, где последние стали продолжателем оригинальной неограниченной юрисдикции common law. Именно решения последних наиболее часто встречаются в труде О. Холмса «Общее право». *Ловушка пятая* касается разграничения декларативной и креативной теорий судебной деятельности, спор о чём разгорелся с новой силой во времена О. Холмса, который придерживался именно последней.

В разделе 1.3 «Переводческие оговорки о сущности центральных понятий в теории О. Холмса» объясняется суть и связанные с ней особенности перевода названий самых известных произведений О. Холмса «The Common Law» и «The Path of the Law», поскольку первые воплощают идейный «концентрат» последних. Общеупотребительным, хотя, как правило, бессознательным переводом понятия «common law» является «общее право». Исследованы три теории термина common law – обычно-правовая, унификации и ординарности. Согласно обычно-правовому подходу основой common law является непрерывное применение традиций и обычаев, которые нормандский завоеватель обнаружил на Британских островах. Согласно теории унификации благодаря деятельности королевских судов стало появляться общее (common) для всей территории Англии право вместо частных (разрозненных) правовых источников донормандской эпохи. Согласно теории ординарности лексема common должна переводиться в понимании «обычный», «ординарный», «распространённый», «повседневный» (common, ordinary), поскольку именно в результате непрерывного рассмотрения общегражданских требований (common pleas) сформировалась совокупность прецедентов, получивших известность как общее право (common law). Именно последнее понимание характерно для творчества О. Холмса, который писал о common law как о праве, основанном на общем (обыкновенном) опыте обычных людей (common experience, man of ordinary intelligence). Фраза «The Path of the Law» сокращена от «the path of the legal doctrine». В свою очередь понятие правовой

доктрины (legal doctrine) в системе common law абсолютно не тождественно российскому термину «юридическая наука». Оно означает обобщённую совокупность норм (принципов), процедурных руководств и критериев, с помощью которых можно определить решение для конкретного дела. Доктрина формируется судьями при описании в судебных прецедентах того, как они пришли к конкретным решениям, в том числе на основании обобщения предшествующего прецедентного опыта. Примеры – доктрины неверного работника (faithless servant), захмелевшего кучера (tipsy coachman), плодов ядовитого дерева (fruit of the poisonous tree). Именно в таком понимании использует данный термин О. Холмс, показывая в своём труде «Путь права» механизм формирования и применения доктрины.

В разделе 1.4 «Историко-правовой генезис common law – центрального объекта правовой философии О. Холмса» исследуются исторические закономерности становления и развития английского и американского common law, за счёт которых произошёл «водораздел» англо-американского и континентального подходов к правовому бытию.

В подразделе 1.4.1 «Характер римского влияния на истоки common law и его отголоски в правовой идеологии О. Холмса» объясняется особый, по сравнению с «вульгарной» и «университетской» традициями римского права, характер работы с римским правовым наследием на Британских островах после нормандского завоевания. Если в континентальной Европе «стремление к обобщению и систематизации правового материала становится у юристов постклассического периода настолько сильным, что оно начинает доминировать уже и над интересами практики, приобретая самодовлеющий характер»⁷, то подход английских юристов к тому же самому правовому материалу стал концептуально противоположным. Он использовался поначалу, что называется, «в чистом виде», то есть в качестве самостоятельного правового материала, непосредственно руководящего действием (без схоластической обработки). Английские юристы, как и римские, смотря на текст, видели не формальное предписание, а принцип

⁷ Томсинов В.А. Юриспруденция в духовной культуре древнего и средневекового общества: историко-сравнительное юридическое исследование. Дисс. ... докт. юрид. наук. М, 1993. С. 144.

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. Они восприняли то, что «римский способ юридического мышления есть в первую очередь доведенный до совершенства *метод перевода конкретных общественных отношений*, классовых потребностей на язык сжатых абстрактных юридических формул»⁸. Правовая система Англии 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 понадобилось бы описать теорию О. Холмса в нескольких строках, то, пожалуй, они мало отличались бы от сказанного, поскольку напрямую завязана на данных особенностях.

В подразделе 1.4.2 «Особая роль суда присяжных в формировании common law: английский расцвет и американский апогей» раскрывается онтологическое значение жюри в качестве неотъемлемого элемента судебной деятельности и, следовательно, судебного common law. Описана история и причины становления сильного института жюри в Англии, начиная от правления короля Генриха II (Кларендонская, Виндзорская ассизы). Жюри в те времена стало воплощением «института, проистекающего из наивысшего равенства» вместо судилища-поединка, по которому защитить своё законное притязание был лишь шанс. Подтверждается, что учреждение 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. Жюри, наделённое решающим голосом в вопросах права, в большинстве случаев состояло не из аристократии или высшего джентри, а из людей независимых намерений, что

⁸ Томсинов В.А. Римское право в Средневековой Англии // Античная Древность и Средние века. Проблемы социального развития. Издательство Уральского гос. ун-та : Свердловск, 1985. С. 131.

называется «среднесортных» (*middling sort*). И именно эти *люди* стали считаться краеугольным камнем английской демократии⁹. Важнейшей особенностью английского жюри стало то, то их функция жюри никогда не сводилась к решению уголовных дел; напротив, не менее важной всегда считалась работа жюри именно в делах о защите гражданских прав и свобод.

Посягательства английских чиновников и самого короля на этот институт в Новой Англии стали одним из ключевых факторов революционного возмущения. Правовые достижения англичан (*common law*), созданные с непосредственным участием и под контролем самого общества (жюри), считались заслугой и ценностью самого этого общества, а не ненавистного революционерам английского государства – короля и парламента. Более того, жюри считалось выполняющим конституционную функцию ограничителя недозволительной власти, поскольку зачастую не позволяло чиновникам и судьям применять к людям излишние меры принуждения. Поэтому борьба за «бесценную привилегию быть судимыми судом своих равных соседей (*peers of the vicinage*)» стала одной из основ революции. Отказ короля вернуть подданным колоний исконные гарантии их свободы имел эффект «пружины» и с победой революции привёл к колоссальному усилению и закреплению незыблемости всеобъемлющего института жюри (как по уголовным, так и по гражданским делам), которому была отведена особая конституционная роль. Ключевым отличием от Англии стало отсутствие имущественного критерия для отбора присяжных. Показано, что в Америке 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. Источники подтверждают, что в отличие от Англии американское жюри с самых своих истоков было во много раз более народовластным и менее подвержено страху перед судьей. Придание новой силы названным ценностям привело к качественной трансформации жюри не только и

⁹ Landsman S. The Civil Jury in America: Scenes from an Unappreciated History. *Hastings Law Journal*. 1993. Vol. 44. Iss. 3. P.588.

не столько как процессуального института, но как идеологической основы для новой правовой реальности.

Онтологической особенностью американского жюри, повлиявшим на правовую идеологию О. Холмса, является то, что их власть в рамках *common law* (1) распространяется на все сферы жизни общества и (2) является правотворческой, что кажется абсурдным в континентальных системах.

Во второй главе «Источник реального (жизненного) права, руководящий принцип правообразования и институт жюри в правовом учении О. Холмса» рассматривается система идей О. Холмса о первичном источнике и движущей силе формирования права и роли жюри в данном процессе.

В разделе 2.1 «Общие принципы онтологии *common law* как основа максимы децентрализованного правотворчества» даются общие представления о таких отправных точках самобытности правовой системы *common law*, 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. Во-первых, поводом к формированию той или иной нормы *common law* всегда были и остаются только реальные дела – настоящие насущные проблемы. 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. В-третьих, формирование нормы судебного *common law* предполагает обязательное и реальное (непосредственное) участие общества. Сделан вывод, что ключевой особенностью концепции (философии) *common law*

является невозможность и нежелательность принятия правовых решений в одностороннем порядке, как это возможно при 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 суд жюри в общественном форуме под управлением независимого судьи, не имеющего заранее установленной позиции по этому вопросу (реальный процесс согласования интересов). О. Холмс в цикле «Общее право» написал об этом: «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»¹⁰.

В разделе 2.2 «Категория усреднённого члена сообщества как мерило правомерного поведения (принцип «усреднённости»)» раскрываются взгляды О. Холмса непосредственно на созданный в самой жизни сообщества людей без участия государства руководящий принцип (критерий) правообразования. Холмс именуется его принципом «усреднённости» (principle of averages) или уравнивающим обобщением (featureless generality), 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» прямым образом из повседневной жизни, на основании своего опыта должны помочь судье обнаружить норму правомерного поведения применительно к конкретным обстоятельствам. Как указал сам

¹⁰ Holmes O.W. The Common Law. Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. P. 112.

О. Холмс, «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». *Реальное* право, таким образом, рассматривается как отражение *реального* уклада общественной жизни, созданного в результате цивилизационной соорганизации и выработки в конкретном обществе принципов безопасного сосуществования людей с целью защиты жизни и собственности.

В разделе 2.3 «Влияние принципа «усреднённости» на понимание границ правового бытия (к вопросу соотношения права и политики)» указываются реалистические идеи, касающиеся того, как руководящий принцип правообразования в судебном common law влияет на отделение его от права политического. Общая идея реализма О. Холмса в данном аспекте заключается в том, что закон не может быть создан исходя только из субъективных посылок (прихотей), но должен быть отражением только действительных – объективных параметров общественных отношений, имеющих качественно-количественную измеримость в плоскости потенциально «ощутимого» объективного вреда. В этом плане О. Холмс находится в русле фундаментальной для англо-американского общества концепции либерализма, построенного вокруг цели борьбы со всеми формами тирании (включая тиранию большинства). Его мысли созвучны мыслям как Дж. Ст. Милля, писавшего об Англии, так и А. де Токвиля, Дж. Мэдисона и Дж. Адамса, писавших об Америке. Поскольку тирания большинства, воплощающая закон как господствующее в обществе мнение или образ жизни, противоречит самой идее усреднённости, 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. 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»¹¹.

В разделе 2.4 «Жизнь (опыт) как первичный источник права и материально-эмпирический базис принципа «усреднённости» исследуются идеи О. Холмса о том, каким образом сама жизнь сообщества может стать эмпирической основой для действия принципа усреднённости («уравнивающего обобщения») и о том, что именно понимается под такой жизнью. О. Холмс последовательно показывает, как в системе *common law* лицо не должно нести ответственности перед обществом или другим лицом, если «человек среднестатистического склада ума и чувства предусмотрительности не будет обвинён в том, что поступил точно так же»¹². При этом порицаемость (*blameworthiness*) действий, не отвечающих стандарту человека среднестатистического благоразумия (т.е. чувства и отношение, испытываемое «средними» членами сообщества), является фактором правообразования (критерием правомерности / противоправности). Жюри поэтому применяют внешний, объективный стандарт поведения, определяемый путем *сравнения поведения обвиняемого с поведением среднего разумного и осмотрительного человека* (*average reasonable and prudent person*). Но какова содержательная часть этой категории и откуда берётся понимание усреднённости? Источник права и эмпирическая основа для применения «теста среднего благоразумия», согласно теории О. Холмса, именно 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 или группы людей. В реализме О. Холмса речь идёт о чувствах, формируемых именно

¹¹ Holmes O.W. The Common Law. P. 53.

¹² Holmes O.W. The Common Law. P. 100.

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 напрямиком из этой жизни («twelve men taken at random from the street»), а затем судьями в процессе поступательного развития прецедентного права, становится «консенсуальным стандартом сообщества».

В разделе 2.5 «Основные претензии к «реализму с помощью жюри»: аргументы к случайности и неопределённости. Соотношение знания и понимания закона» представляется основанный на идеях О. Холмса ответ на претензии позитивистов и натуралистов о том, что в теории реализма право поставлено в зависимость от случайности и субъективности. Главное требование к присяжным 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». Для этого присяжные отбираются из рядовых членов общества и ими не могут стать люди, выказавшие явные недостатки своего рассудка в обычной повседневной жизни, очевидно неспособные выражать совесть социума (здравый смысл) и быть мерилom рассудка «обычного осмотрительного человека» (преступники и т.п.). Следовательно, после такого барьера, согласно теории реализма, уже не важно, кто именно будет взят из этой оставшейся части сообщества – все эти люди могут отличаться по полу, национальности и т.п.

Что касается претензии о правовой неопределённости, О. Холмс, напротив, обосновывает необходимость определённости в праве: «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»¹³. Он показывает, что легитимность принудительной силы требований (норм), которые предъявляются к членам сообщества, основана не на *знании* их из внешних источников, а на *опыте* «нормальной» жизни, то есть внутреннем ощущении, *доступном каждому* здравомыслящему человеку. Конечно, он 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. Определённость права, согласно его учению, поддерживается за счёт особой методологии судебной деятельности, которая раскрывается в главе 3 диссертации.

В разделе 2.6 «Объективность права: неотъемлемость фактических обстоятельств, внешний характер стандарта и теория «очищения» показана важность идей О. Холмса о внешнем характере формируемых жизнью норм права, о недопустимости их смешения с субъективным мнением, прихотями и не подкреплёнными опытом установками. О. Холмс уделяет особое внимание потребности обеспечить такой принцип работы жюри, при котором они будут выражать только первичный стандарт, а не собственные субъективные моральные воззрения. 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. Он пишет, что право не предполагает возможности обрушения силы общественного принуждения на человека случайно или по прихоти какой-либо группы людей (включая присяжных). По убеждению Холмса, как раз, наоборот, от присяжных требуется, чтобы они оставили свои «причуды» за дверью суда и представили чувство жизни сообщества (feeling of the

¹³ Holmes O.W. The Common Law. P. 101.

community). О. Холмс был одним из главных противников не только искусственной предопределённости права (позитивизм), но и субъективной моральности права (метафизика). В этом проявляется, можно сказать, теория «очищения» деятельности присяжных от установок, не относящихся напрямую к рассматриваемой жизненной ситуации. Неспособность жюри следовать этой необходимости или неспособность судьи обеспечить надлежащую работу жюри О. Холмс описал как «один из самых прискорбных дефектов с точки зрения их теоретической функции»¹⁴.

В разделе 2.7 «Собственный взгляд на источник и руководящий принцип права как основа позиционирования философии О. Холмса в качестве реализма» подводятся итоги рассуждения о взглядах О. Холмса на первичный источник права и руководящий принцип правообразования, которые рассматриваются как критерий классификации его учения в науке истории правовых учений. Сделаны выводы, что реализм О. Холмса, прежде всего, 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. 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 регулирования). Наконец, речь о *реальном механизме* выявления «стандарта среднестатистического благоразумия».

В третьей главе «О. Холмс о предназначении теории права и роли судьи в системе common law» рассматривается система идей О. Холмса о несвойственных для континентального правопонимания задачах судейской должности и методологии судейского правотворчества.

¹⁴ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. Harvard Law Review, 1899. Vol. 12. № 7. P. 460.

В разделе 3.1 «Общее осмысление сути судебной деятельности, места и роли судьи в системе права» с учётом состоявшихся рассуждений о первичном источнике права раскрывается понимание О. Холмсом того, что происходит с ним после «объективирования», как работают с ним судьи и как образуется уже вторичный источник права – обобщённые судьями стандарты поведения. Важнейшая функция судьи, которую он призван выполнять посредством методологической правовой работы – это обеспечение правовой определённости, когда на место разбросанных по разным делам казуальных норм и на место всеобщего (максимально абстрактного) стандарта средне-благоразумного человека (принцип «усреднённости») приходит устойчивое правовое понятие, правило, доктрина. Вторая задача – поддерживать процесс развития права из жизни, поскольку, как показал О. Холмс, линия «здравого смысла» (*common sense*), проводимая судьей на основании обобщения накопленного опыта правовой жизни сообщества, проводится «рядом» с данным *common sense* и постепенно может 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. Яркий пример – дело, рассмотренное ещё одним реалистом-судьей Б. Кардозо, о котором подробно сказано в подразделе 3.2.3.

В разделе 3.2 «О. Холмс о методологии судебного правотворчества» рассматривается система убеждений О. Холмса о методах и стадиях работы судей с первичным правовым материалом, собранным из жизни сообщества. Показано, что онтологической особенностью *common law* согласно идее О. Холмса 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).

В подразделе 3.2.1 «Общие представления о методологии выявления (констатирования) реального (общественного) права» даётся общее понимание

и предпосылки индуктивной методологии судебного правотворчества. Прояснение (to clarify) «жизненного» права в результате решения конкретных дел с участием жюри и последующее преемственное применение аналогии (доктрина прецедента – like cases maxim) позволяет с течением времени происходить последовательному, постепенному процессу «обогащения» или «насыщения» права, подготавливая плодородную почву для того, чтобы индуктивно, как говорил Холмс, «вынести из этого урок». Аналогия и индукция выступают в данном случае двумя столпами теории, которая, в отличие от континентального 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. Обнаружена связь (взаимозависимость) между объективным характером стандарта среднего благоразумия (разделы 2.4-2.6 главы второй) и методологией деятельности судей. Очевидно, если бы в целях процесса правообразования в расчёт бралось субъективное понимание «здравого смысла», то невозможно было бы применить к «правовому» материалу чёткий метод, способный привести право в систему. Как объяснил Холмс, система common law настроена на выявление объективного стандарта, неотделимого от объективной стороны тех или иных повторяющихся деяний, поэтому 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 – *метафизическая* реальность, а конкретного сообщества – *объективная* реальность).

В подразделе 3.2.2 «О триединстве «аналогия – индукция – теория»: индуктивно-сознательное владение законом как мастерство судейской профессии» исследуется процесс определения судьями обобщённого стандарта поведения в результате последовательного и системного применения методов аналогии и индукции. Правовая теория, являющаяся, по убеждению Холмса, орудием юридического ремесла, 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). Изначально стандарт разрешения споров искали в самой жизни – первичном источнике права, затем начинал действовать залог адекватности (аналогия) – если в одном деле поступаем так, то и в другом таком же должны поступить тоже так, и тогда уже закономерным становится вопрос о возможности обобщить увиденное в общее правило (индукция). 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).

Сделан вывод, что не случайно центральной фигурой теории реализма О. Холмса стали именно судьи. Никто в профессии так, как судьи, не погружён ежедневно на профессиональной основе непосредственной тренировке этого индуктивно-сознательного навыка выявления, констатирования закона. Важно, что судьи 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.

В подразделе 3.2.3 «О судебной индукции, выявляющей консенсуальное суждение сообщества для решения вопросов права» подробно раскрывается процесс и условия применения метода индукции для выявления общих закономерностей общественного опыта и формирования устойчивых общих положений закона. Генеральная идея О. Холмса в том, что по мере наращивания общественного опыта по определённому 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. Сам О. Холмс пишет, что «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»¹⁵. В подразделе для наглядности исследованы конкретные примеры выявления судьями такой «линии» и «консенсуального суждения сообщества», в том числе обозначенные самим О. Холмсом: серия прецедентов об оставлении несовершеннолетних на улице без присмотра, а также дела *Calye's case*, *Roberts v. Case Hotel Co., Inc*, серия деликтов по ответственности за причинение вреда здоровью; серия прецедентов по свободе слова (доктрина *clear and present danger*), цепочка дел по вопросу иммунитета президента, начиная с *Prohibitions Del Roy*, а также дело *GCHQ case*. Особенно показательным является пример того, как судья-реалист Б. Кардозо сам определил «общий смысл» заложенных в прецедентном опыте решений для разрешения дела *MacPherson v. Buick Motor Co.*

В четвертой главе «Осмысление индуктивной сущности абстрактных норм, конституционного контроля и предиктивная теория О. Холмса» исследуется система взглядов О. Холмса на влияние рассмотренной в третьей главе методологии судебного правотворчества на процессы кодификации, конституционного контроля и предсказания судебных решений.

¹⁵ 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.

В разделе 4.1 «Об абстрактных нормах (принципах, доктринах) и значении писаного законодательства (кодексов) в common law» объясняется позиция О. Холмса о том, что разница между законом, который находится в руках жюри, и законом, которым оперируют впоследствии судьи, не в сущности правовой нормы, а в степени её конкретизации. Это является отправной точкой создания общих положений законодательства. Для Холмса общий правовой принцип (абстрактная норма – general legal principle) формируется именно по методу индукции, как он рассмотрен в главе 3 – посредством процесса, который он описал в одном из ранних теоретических эссе как «последовательное приближение». Он подчёркивает, что законодатель не отменил, а подхватил эту работу и стал 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 эмпирика. Даже статутным положениям поэтому необходима последовательная оценка его сути и действительности «дело-за-делом» (case-by-case evaluation, как закрепил сам О. Холмс, будучи автором позиции Верховного Суда по делу *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*). Кодексы рассматриваются не как фантазия или логические измышления законодательного органа, а обобщённые в удобную форму принципы (доктрины), соединённые воедино и систематизированные. Холмс отвергает континентальное понимание кодексов и стремится «заменить пустые слова научно обоснованным [содержанием]». Он «избавляется от нереальных объяснений, [которые дают позитивисты и юс-натуралисты] для нереальных формул и неадекватных обобщений»¹⁶.

Сделан вывод, что О. Холмс 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 (формируются последовательно и умеренно самой жизнью и

¹⁶ Holmes O.W. Law in Science and Science in Law. P. 455.

индуктивно выводятся из реальной эмпирики и опыта сообщества (содержательные, содержание которых можно проследить в источниках); 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). Первые, поэтому, могут быть отнесены к понятию реального права (реализм), вторые же в данном аспекте оказываются совершенно бесполезны.

В разделе 4.2 «О влиянии индуктивных начал common law на сферу конституционного контроля и о значении истории права. Категория common sense» рассматривается связь идеологии О. Холмса с закономерностями функционирования американской системы децентрализованного конституционного контроля, а также значимость знаний истории права в этом процессе. Установлена общая идея реализма О. Холмса о том, что, 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*, которые рассмотрены в главах 2 и 3 диссертации. Холмс показывает, что изучение истории, то есть традиции неразделимого в системе common law процесса правообразования и правоприменения, есть изучение опыта судейской деятельности и опыта сообщества, о котором подробно говорилось ранее (главная категория реализма опыт = история). 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).

Обнаружено, что такое положение дел, такие особенности судейской миссии, а также онтология формирования и функционирования common law как права общества (а не государства), в том числе как они описаны О. Холмсом, неизбежно

влиять на конституционный статус судебной власти в целом. Известный американский правовед Дж. Мерримэн так и говорит: стороны в англо-американских системах представляют свои проблемы перед «судьей-отцом»¹⁷. Судьи поэтому, согласно теории реализма О. Холмса, воплощают преемственность и мудрость поколений, неся сквозь века только самое ценное – правила разумного размеренного и безопасного сосуществования членов сообщества, оставляя позади все сиюминутные политические склоки и разногласия, которые «лечит» время. Идеологически эти особенности, как можно проследить особенно в истории США, закладывают доктринальную основу для всеобщего судебного конституционного контроля, поскольку именно в руках судей находится «конституция общества». Одним из подтверждений данного вывода являются позиции О. Холмса о том, что Конституция США является, как раз, величайшим обобщением (кодификацией) принципов, издавна существующих в *common law* и привычных каждому американцу.

В разделе 4.3 «Предиктивная теория О. Холмса и её влияние на проблему соотношения права с логикой и моралью» предпринята попытка, на основе совокупности всего состоявшегося диссертационного исследования, развенчать мифы о теории предсказаний судебных решений О. Холмса. Показано, что в «предсказательных» постулатах нет ничего проблемного. Проблема возникает, если 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. 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». Сам О. Холмс в одном из менее известных произведений даёт подсказку правильному пониманию его мысли:

¹⁷ 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.

«Юрист *просчитывает* закон как то, что (*уже!* – Б.Л.) делали судьи в конкретных ситуациях»¹⁸. 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. Выявлена связь между рассмотренным методом индукции и процессом предвидения судебных решений, что 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. Это, однако, как показано, 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. В «Пути права», посвящённом предиктивной теории, Холмс указал на две ловушки (pitfalls), которые поджидают неопытных юристов на пути к правильному выявлению права и, собственно, предсказанию решения суда. Первая ловушка – неадекватное смешение права и морали (этики), выражающееся в преувеличенном учёте духовно-нравственного контекста функционирования той или иной правовой нормы, 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 первый. Под второй ловушкой понимается работа над и с абстрактными формулировками, в т.ч. писаного права, с применением логических приёмов и манипуляций без проникновения в «жизнь» права – опыт. Установлено, что мысль Холмса, экстрактом которой являются слова «жизнь права никогда не шла путём логики – только путём опыта»¹⁹, заключается в том, что при

¹⁸ Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law. The American Law Review. 1870. Vol. 5. Iss. 1. Доступ с использованием системы «ProQuest».

¹⁹ Holmes O.W. The Common Law. P. 3.

формально-логическом подходе законы логики вымещают законы самого общества. Право, как показал О. Холмс, должно быть 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» посредством метода индукции, в том числе процесса кодификации в том смысле, который рассмотрен в разделе 4.1).

В заключении обобщены основные выводы, к которым пришел диссертант на основе проведенного исследования.

ПУБЛИКАЦИИ АВТОРА ПО ТЕМЕ ДИССЕРТАЦИИ

Список работ, опубликованных в рецензируемых научных изданиях, рекомендованных для защиты в диссертационном совете МГУ по специальности:

1. Лесив Б.В. Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой идеологии О. Холмса // История государства и права. 2021. № 5. С. 17–27 (0, 97 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ: 0,182).

2. Лесив Б.В. Основы правового реализма О. Холмса // Право и государство: теория и практика. 2021. № 6(198). С. 188–192. (0, 67 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ: 0,178).

3. Лесив Б.В. О корректном понимании названия трудов О. Холмса «The Common Law» и «The Path of the Law»: теоретико-историческое рассуждение // Юридическое образование и наука. 2021. № 6. С. 23–28. (0,8 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ: 0,259).

4. Лесив Б.В. Авторитет решений англо-американских судей и эффективность их исполнения: в чем секрет? // Российская юстиция. 2021. № 6. С. 52–62. (1,15 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ: 0,716).

5. Лесив Б.В. Судебный контроль дискреционных решений исполнительной власти в США // Российская юстиция. 2022. № 4. С. 53–63. (1,2 п.л.). (5-летний импакт-фактор РИНЦ: 0,716).

Иные публикации:

1. Лесив Б.В. Онтологическая доминанта суда присяжных в англо-американском праве и её влияние на правовую доктрину О. Холмса // Юридическая наука: история и современность. 2021. № 4. С. 162–171. (0,99 п.л.).

2. Лесив Б.В. Реалистическая философия права О. Холмса: истоки, содержание и интерпретация // Философия права. Очерки: монография / под общ. ред. Е.А. Фроловой. М.: Проспект, 2022. (1,59 п.л.).