



Лесив Б.В. Правовой реализм против юридического формализма: вердикт судьи О. Холмса // Антиномии. 2024. Т. 24, вып. 2. С. 107-139. [https://doi.org/10.17506/26867206\\_2024\\_24\\_2\\_107](https://doi.org/10.17506/26867206_2024_24_2_107)

УДК 340.12

DOI 10.17506/26867206\_2024\_24\_2\_107

## Правовой реализм против юридического формализма: вердикт судьи О. Холмса

**Богдан Васильевич Лесив**

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»  
Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова  
г. Москва, Россия  
E-mail: [forbod@bk.ru](mailto:forbod@bk.ru)

*Поступила в редакцию 08.02.2024, поступила после рецензирования 29.04.2024,  
принята к публикации 29.05.2024*

Подход к праву, разработанный известным американским судьей О. Холмсом, остается малоизученным в России по ряду причин методологического характера. Одна из них заключается в том, что исследования не предваряются целенаправленной концептуализацией формализма как общего импульса, побудившего американское юридическое сообщество XIX–XX вв. рассматривать юридическую практику с точки зрения новых ценностей. Реалистический подход к праву зародился не в абстрактных рассуждениях, а в качестве ответа на конкретные проявления формалистского подхода. Следовательно, содержание одного из них (и его познание) в определенной степени обусловлено содержанием другого (и его познанием, вернее, познанием его «неправильных» элементов). В свою очередь, критика других течений правовой мысли – позитивизма, естественно-правовой



© Лесив Б.В., 2024

и исторической школ – стала скорее закономерным проявлением общей антиформалистской установки, нежели спором с каждым течением в отдельности. Еще одной методологической проблемой является такая особенность американского реалистического подхода, как направленность на *common law* (или американское право), но не право в целом как общесоциальный феномен. О. Холмс и другие правоведы отвечали в первую очередь на «практический» судебный формализм в Англии и США, достигший пика в XIX столетии. Восполнение указанных упущений и методологически последовательное обращение к учению О. Холмса актуально в двух аспектах: во-первых, для определения предметных границ и аксиологических координат правового реализма в американской юриспруденции с целью внесения уточнений в стандартную типологизацию правового мышления; во-вторых, для объяснения конкретных практических закономерностей развития американского права (особенно судебного) с точки зрения воплощения одной из самых авторитетных моделей правового мышления. Целью настоящей статьи является уточнение отправных точек реалистического подхода к праву в трудах О. Холмса через определение того, что понималось под юридическим формализмом, а также прояснение решений, которые предложили реалисты взамен формалистских практик. Корреспондирующей особенностью работы стали акценты на те положения, которые органично подтверждаются примерами из практики *common law*, в частности, доктрина свободного рынка идей.

*Ключевые слова:* правовой реализм, формализм, историческая школа права, формальная логика, источники права, общее право, судебное правотворчество, аналогия права, свободный рынок идей

## Legal Realism vs Legal Formalism: Justice Holmes' Judgment

**Bogdan V. Lesiv**

National Research University Higher School of Economics (HSE University)

Lomonosov Moscow State University

Moscow, Russia

E-mail: forbod@bk.ru

*Received 08.02.2024, revised 29.04.2024, accepted 29.05.2024*

*Abstract.* The approach to law elaborated by the distinguished American judge Oliver Wendell Holmes Jr. remains poorly studied in Russia due to several methodological obstacles. One of the problems arises when the study is not preceded by a deliberate conceptualization of legal formalism as a general impetus that prompted the American legal community in 19<sup>th</sup> – 20<sup>th</sup> centuries to discuss legal practice from the perspective of new values. The realistic approach to law was not the creation of abstract reasoning, but rather it was a response to concrete manifestations of another approach – the formalistic. Accordingly, the substance of the particular approach (and its cognition) is to a certain extent determined by the substance of the other (and cognition of it – or rather, cognition of its “wrong” elements). Moreover, realists criticized other movements of legal thought, i.e. positivism, natural law theory, and the historical school, also as an expression of a common anti-formalist attitude, rather than beginning a separate dispute with each of them. Another methodological issue relates to such a peculiarity of the American

realistic approach as a focus on contemplating the life of common law (or American law), but not law as a universal social phenomenon. Justice Holmes and other American jurists responded primarily to the “practical” judicial formalism in England and the USA, which peaked in the 19<sup>th</sup> century. Making up for these two omissions is essential for methodologically consistent reference to Holmes’ teachings and is relevant in two aspects: first, for enhancing and clarifying the standard classification of legal doctrines; secondly, it reveals the reasons for specific practical patterns of the development of American law (especially judicial) influenced by one of the most authoritative models of legal thinking. The article aims to clarify the starting points of the American realistic approach to law through Holmes’ works and by virtue of his definition of legal formalism. One of the key questions is what the solutions are that realists proposed instead of formalist practices. The corresponding feature of the article is the emphasis on those Holmes’ pieces which are organically confirmed by examples from the common law, in particular, the free market of ideas doctrine.

*Keywords:* legal realism, formalism, historical school of law, formal logic, sources of law, common law, judicial law-making, analogy of law, free market of ideas

*For citation:* Lesiv B.V. Legal Realism vs Legal Formalism: Justice Holmes’ Judgment, *Antinomies*, 2024, vol. 24, iss. 2, pp. 107-139. (In Russ.). [https://doi.org/10.17506/26867206\\_2024\\_24\\_2\\_107](https://doi.org/10.17506/26867206_2024_24_2_107)

### **Понятие и виды юридического формализма**

Сама по себе постановка вопроса о юридическом формализме в качестве концепции, противопоставляемой правовому реализму<sup>1</sup>, на первый взгляд кажется довольно необычной. Традиционными объектами внимания и критики реалистов считаются школы естественного права и правового позитивизма, и обычно историография правовых учений в данной части строится именно на соотношении указанных течений. Каким же образом в этот ряд мог попасть юридический формализм?

Юридический формализм не является нейтральной категорией или течением правовой мысли: в самом понятии скрывается доля скепсиса, подразумевающая нечто выходящее за рамки здравого смысла<sup>2</sup>. С учетом этого не совсем понятно, почему нечто негативное стало предметом общественно-правовой дискуссии, да еще и с глобальными последствиями в виде формирования целого блока теоретико-идеологических постулатов в рамках полномасштабного движения правовых реалистов.

---

<sup>1</sup> В настоящей статье термины «реализм» и «реалисты» используются в широком смысле для обозначения *реалистического подхода к общему праву*, как он описан в первых двух разделах, и не сводятся к идейному течению американского правового реализма 1920–1930-х гг. или его радикальным ответвлениям.

<sup>2</sup> Формализм – это формальность, то есть подкрепленная только внешними атрибутами мелочность действия, бездействия, решения и их аргументации, доведенные до системных масштабов, позволяющих охарактеризовать происходящее одним словом с характерным для такой цели суффиксом *-изм* (имеет значение мыслительного течения, системного стиля, в нашем случае – характера действия).

Школы позитивизма и юснатурализма вопросов в данном плане не вызывают. Это концепции бытия права, их внимание сосредоточено на том, каким право есть и должно быть, каковы его источники. С научно-теоретической точки зрения данные концепции нейтральны и представляют собой часть здоровой политико-правовой дискуссии, с ними можно соглашаться или нет. Общая теория права как наука изучает их равным образом в качестве объективного феномена, самоценных результатов мыслительной деятельности. Но формализм не укладывается в диапазон уступчивости по принципу плюрализма мнений, и в привычном нам понимании оставаться нейтральным к нему практически невозможно.

В американской юриспруденции сложилось особое представление о формализме. Речь идет не о конкретном течении правовой мысли, а о типе правового мышления при решении вопросов права и методологических подходах к работе с правовым материалом. Этот тип мышления реалисты противопоставляли типу судебного-правового мышления, который, как они полагали, присущ (или должен быть присущ) судам в системе *common law* – прецедентного (общего) права. Истоки такого противопоставления усматриваются в изначальном антагонизме восприятия римского права в Англии и континентальной Европе, в результате чего сформировались два разных методологических подхода к решению правовых вопросов – основанный на казусах и основанный на абстракциях (Лесив 2022а: 52–63). Первый представлял собой «метод перевода конкретных общественных отношений [на язык права]», второй – схоластический метод (Томсинов 1993: 128, 131), не работающий непосредственно с жизненной эмпирикой<sup>3</sup>. Методология традиционного *common law* казуистична: оно формировалось децентрализованно в процессе разрешения конкретных дел и имеет больше сходств с римской классикой. В свою очередь, метод симметрического построения кодифицированного континентального права при помощи формального анализа источников права больше напоминает постклассический период господства Свода Юстиниана.

В XIX в. второй подход получил новый виток развития, начал широко применяться в Европе и оказывать влияние на системы общего права, вызвав бурную реакцию американских представителей *common law*. Обычно правовой реализм (социологию права) рассматривают как прогрессивное и новаторское движение конца XIX – первой половины XX вв., но в действительности их можно было бы назвать консерваторами, отстаивавшими исконный (традиционный) подход *common law*. Камнем преткновения между реализмом и формализмом стали тезисы последнего о том, что систему права можно построить при помощи формальной логики, используя только ее приемы. Реалисты были в корне не соглас-

<sup>3</sup> Казуистический характер английского и американского права отсылает к методу классического римского права, тогда как симметрическая система кодифицированного континентального права заинтересована в «синтетическом анализе» и больше характеризуется как постримская, нежели подлинно римская.

ны с тем, что систему права может создать, не выходя из кабинета, клерк, ученый, философ или даже их группа, пусть самая интеллектуальная и образованная, но имеющая лишь *представления* о жизненном опыте, не работающая с ним *непосредственно* в процессе изучения и создания права.

Становится ясно, что в таком ключе и позитивизм, и школа естественного права могут представлять проявления формалистского подхода и, следовательно, быть «антагонистами» правового реализма: позитивизм – если речь идет о создании оторванных от жизни и не обусловленных ничем, кроме воли (разума) правителя, «команд»; естественное право – когда из одних «высших» общих принципов «выводятся» другие, конкретные. То есть скорее именно из-за формалистских проявлений указанные концепции получили львиную долю критики реалистов, а не из-за априорного несогласия с их положениями. Эта линия является центральной в трудах судьи Верховного Суда США Оливера У. Холмса (1841–1935).

Прежде чем приступить к анализу проблематики юридического формализма сквозь призму взглядов американского судьи, необходимо сделать еще одну контекстуальную оговорку, касающуюся двух известных проявлений этого феномена. В одном случае речь идет о жизненных ситуациях, еще не разрешенных при помощи права, другими словами, когда отсутствует (еще не принята законодательно или не сформирована прецедентной практикой) правовая норма. В отечественной юриспруденции об одной из разновидностей таких ситуаций принято говорить как о «пробелах в праве», имея в виду, что нормы не существует, хотя следовало бы (поскольку имеется практическая необходимость). В правопорядках, основанных на европейской традиции «рецепции» римского права, на этот случай предусмотрены понятия аналогии закона и аналогии права, то есть нормативные аналогии, в основе которых лежит исключительно логическая деятельность судьи: размышление над законодательными текстами, анализ наиболее близких по смыслу правовых институтов, выявление системно-структурных связей «вокруг» недостающей ячейки в системе права с целью формулировки решения, «восполнения» пробела вместо законодателя (можно сказать, повторяя мыслительную модель его нормотворческой техники)<sup>4</sup>. Формализм в таких случаях может проявляться в том, что для принятия решения по делу (а фактически – для создания нормы разрешения спора, для «восполнения» пробела) не используется *ничего, кроме инструментов формальной логики*.

Именно такому проявлению юридического формализма посвящены труды О. Холмса, поскольку здесь возникает проблема источников и методов судебного правотворчества, то есть проблема в масштабе системы

<sup>4</sup> В одном из флагманских гражданских кодексов Европы – ГК Швейцарии – так и сказано: в случае отсутствия законодательного положения или правового обычая судья решает дело в соответствии с правилом, которое он сам бы создал в качестве законодателя (п. 2 ст. 1). См.: Swiss Civil Code (December 10, 1907) // Fedlex Die Publikationsplattform des Bundesrechts. URL: [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233\\_245\\_233/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en) (дата обращения: 07.02.2024).

права как таковой. Тип юридического мышления влияет в данном случае на то, как определяется содержание правил, по которым должно жить общество, то есть поднимается вопрос об эпистемологической модели получения знания о надлежащем поведении. Следовательно, затрагивается в том числе вопрос и об источнике права, а в этой перспективе открывается путь к оценке и позитивизма, и естественного права. Так, например, формализм и рационализм как ключевые методологические компоненты деонтологических теорий этики больше ассоциируются с нормативизмом и естественно-правовой аксиоматикой, а эмпирическая методология – с прагматизмом, утилитаризмом и реализмом.

Вторая проблемная ситуация – формалистское применение *существующих* норм. Речь о сугубо формальном и буквальном приведении в исполнение судом законодательного текста вразрез со здравым смыслом ситуации. Это то, что современник О. Холмса, выдающийся российский судья А.Ф. Кони называл бездушной канцелярской формалистикой (Кони 1989: 301) и автоматическим применением закона (Кони 2018: 21). Одному из судей окружного суда, который скрывался от здравого смысла за формальными предложениями, А.Ф. Кони присвоил «звание» тупого формалиста (Кони 1989: 127). Он не был одинок в таких взглядах: и министр юстиции Российской империи того времени И.Г. Щегловитов, и декан юридического факультета Московского университета И.Т. Тарасов выделяли в качестве системных проблем правоприменительной практики законные должностные действия, которые имеют под собой только формальную справедливость (Щегловитов 1887: 109); формально правильные, но придирчивые и разорительные требования (Тарасов 1887: 33-35). Если говорить о сегодняшних реалиях, не может не вызывать одобрения принципиальная попытка Верховного Суда России пресечь подобную практику нижестоящих судов<sup>5</sup>, что в то же время свидетельствует о сохраняющейся остроте рассматриваемой проблемы.

В отличие от ранее указанного, второе проявление юридического формализма не привлекает значительного внимания О. Холмса. Этот вопрос определенно не менее важен для торжества законности в обществе, но, в отличие от формализма в правотворчестве, здесь все кажется очевидным. Сложно представить беспристрастного юриста, который утверждал бы, что «тупой формализм» (если пользоваться характери-

<sup>5</sup> В п. 17 Постановления № 21 от 28 июня 2022 г. Пленум Верховного Суда РФ предписал судам учитывать, что законность оспариваемых решений, действий (бездействия) нельзя рассматривать лишь как формальное соответствие требованиям правовых норм, а также запретил обременять граждан обязанностями, отказывать в предоставлении им какого-либо права лишь с целью удовлетворения формальных требований, если соответствующее решение может быть принято без их соблюдения. См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2022 г. № 21 «О некоторых вопросах применения судами положений главы 22 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и главы 24 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // Верховный Суд Российской Федерации. URL: <https://www.vsrfr.ru/documents/own/31334/> (дата обращения: 07.02.2024).

кой А.Ф. Кони) благотворно влияет на правовую систему. В действительности этот тип юридического мышления диссонирует с самим существом судебной власти, поскольку фактически представляет собой нежелание судей выполнять основную обязанность – *разбираться* в делах и всесторонним образом учитывать совокупность обстоятельств, *имеющих значение* для конкретного дела; вместо этого считается достаточным установить формальный *минимум* по составу фактов и слепо применить букву закона.

### **Предпосылки и предмет дискуссии о юридическом формализме в прецедентном праве**

История *common law* в качестве самобытной системы разрешения социальных противоречий началась в XII–XIII вв. с формированием особого принципа принятия судебных решений. Вместо централизованной подготовки писаных форм права, текстовое содержание которых признавалось бы самодостаточным, безусловным и единственным источником познаний о том, как следует разрешить конкретное дело, английские монархи легализовали децентрализованную систему принятия решений, в основе которой лежали два столпа справедливости: жюри местных жителей в качестве эквивалента среднего благоразумия и максима аналогичных дел (*like cases maxim*).

Конечно, существование писаного права на любой стадии развития *common law* не отрицалось. Первоначально это были специфические кодифицированные акты<sup>6</sup>, затем законодательные акты короля и конституционные акты Англии (Великая и Кларендонская ассизы, Великая хартия вольностей и др.), впоследствии акты Парламента. Важно не то, что писанные формы права существовали, а то, *как* они существовали (действовали) в системе права. На этом вопросе начинается водораздел двух подходов к разрешению споров: по сути, это и есть один из истоков дискуссии о формализме и реализме в юриспруденции. Ответ на него в наиболее упрощенной форме можно представить следующим образом: в системе *common law* правовые тексты не рассматривались в качестве единственного источника права, а суды не были «техническим инструментом» применения этих источников (путем дедукции или других логических приемов). Англия не пошла по пути придания тексту незыблемого юстиниановского авторитета, «в соответствии с которым мысль, воплощенная в тексте, истинна сама по себе и не может быть опровер-

---

<sup>6</sup> Их суть может быть передана различными понятиями – от закона, кодекса до правды, судебного. Наиболее известным собранием таких текстов является *Tome of Rochester* (лат. *Textus de Ecclesia Roffensi per Ernulphum episcopum*), содержащий более 30 актов, изданных до правления Генриха II, с которым связаны ключевые события в истории зарождения *common law*. См. текст на сайте Библиотеки Манчестерского университета: *Textus de Ecclesia Roffensi per Ernulphum episcopum*. URL: <https://luna.manchester.ac.uk/luna/servlet/detail/Man4MedievalVC~4~4~990378~142729> (дата обращения: 07.02.2024).

гнута реальной жизнью» (Томсинов 2010: 262-264). Указанные источники стали действовать на фоне принципа справедливого разрешения дел при помощи механизма принятия умеренных, взвешенных решений, синонимом-воплощением чего стало обеспечение *юридического равенства* (с погрешностью на структуру феодального общества). Писаное право существовало наряду с децентрализованно формируемыми нормами прецедентного права, и вместе они образовали систему, состоящую из двух взаимосвязанных элементов.

Обращаясь к вопросу соотношения источников общего права лишь вскользь, только в целях постановки проблемы настоящего исследования, необходимо отметить, что институт жюри стремительно сместил акцент с формального текста на *жизненный опыт*. Жюри издавна ассоциируется с опытом повседневной размеренной (законопослушной, не причиняющей вреда) жизни людей, что теоретически приближает этот институт к идеалу справедливости не только за счет понятной демократичности, но и обеспечиваемого им равенства («суд равных» в противовес субъективному мнению и «дедуктивным способностям» государственного агента). Профессор Дж. Тайер в этой связи приводит слова из трактата Р. Глэнвилла<sup>7</sup> назвавшего жюри «благим даром» монарха, благодаря которому у англичан появилась возможность решать споры при помощи «института, истекающего из наивысшего равенства» (Thayer 1898: 41). О непревзойденном конституционном значении этого механизма непосредственного обращения к опыту (жизни) как источнику права и об отношении к нему в качестве фундаментальной гарантии гражданских прав свидетельствуют ключевые документы Американской революции, именующие институт жюри «бесценной привилегией быть судимыми судом своих равных соседей», лишение «блага» которой названо одной из «обид», пробудивших новую нацию<sup>8</sup>.

Что касается максимы аналогичных дел, составляющей ядро, принцип функционирования прецедентного права, то буквально она означает, что одинаковые обстоятельства должны оцениваться одинаково, одинаковые события должны влечь за собой одинаковые последствия. Такой подход восходит к «Никомаховой этике» Аристотеля и является естественным требованием человеческого разума, поскольку иное не находит достаточного объяснения в природе вещей и сводится лишь к произволу. Известный американский правовед К. Ллевеллин подтверждает, что этот принцип приобрел системообразующее значение в *common law*, где правосудие всегда требовало, чтобы с похожими

<sup>7</sup>Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae («Трактат о законах и обычаях Английского королевства»).

<sup>8</sup>The Declaration and Resolves of the First Continental Congress (October 14, 1774). Res. 5 // American History Central. The Online Encyclopedia of United States History. URL: <https://www.americanhistorycentral.com/documents/first-continental-congress-declaration-and-resolves-text/> (дата обращения: 07.02.2024). См. также: Jefferson T. et al. 1997. The Declaration of Independence with Short Biographies of Its Signers. Bedford : Applewood Books. 36 p.

людьми обращались похожим образом при похожих обстоятельствах (Llewellyn 2008). В четкой юридической формулировке максима требует, чтобы аналогичные дела разрешались аналогичным образом (*like cases should be treated alike*).

По мере развития прецедентного права очевидным стало конституционное значение запрета отступать от «уже разрешенного» в качестве одной из основных сдержек властного произвола в угоду тем или иным интересам, возникающим от дела к делу. С одной стороны, это означает, что нельзя обосновать принципиально другое решение по делу, аналогичному уже разрешенным ранее, путем вольного схоластического толкования формальных признаков права – правовых текстов, логически разработанных понятий, институтов и т.д. С другой стороны, важно, что речь идет об обеспечении тождественности правового результата *по сути, а не по форме*. С учетом ранее обозначенных позиций об опыте в качестве источника прецедентного права было бы неприемлемо к аналогичным обстоятельствам формально принимать абсолютно тождественное решение, если бы это не приводило к аналогичному по сути правовому результату.

Подходя к существу противостояния формализма и реализма в *common law*, достаточно обозначить, что причиной стало *несоблюдение* описанных выше фундаментальных принципов. Как и любая система, зависящая от человеческого фактора (свободной мыслительной деятельности), прецедентное право не обладало абсолютным иммунитетом от связанных с этим негативных эффектов. К началу XIX в. общее право представляло собой одну из богатейших (с точки зрения опыта последовательного функционирования) правовых систем, и с развитием человеческой цивилизации, науки, техники появлялись новые вопросы, на которые не было ответа в рамках издревле существующей системы правовых координат. Строгость процедуры в судах *common law* и жесткость доктрины прецедента, умноженные на «почтенный возраст» прецедентных норм, постепенно привели к застою, когда преодолеть ранее сформулированную позицию временами было даже труднее, чем принять новый закон<sup>9</sup>. Среди английских, а затем и американских судей распространилась практика формального применения доктрины прецедента – *stare decisis* («стоять на решенном»), когда они видели в прецеденте формальный состав фактов и примененную к ним норму, не погружаясь в *причины ее принятия и цели правового регулирования ситуации* в целом в качестве общественного отношения. Под эгидой профессора К. Лангделла сторонники такого подхода считали, что из судебных прецедентов должны быть выведены правовые нормы в точных формулировках, чтобы затем все возникающие перед судами ситуации (наборы фактов) могли быть разобраны как младшие посылки и подведены под одну из текстовых формул (старших посылок) в обширном библиотечном каталоге

<sup>9</sup> Согласно оценке Палаты лордов, английское прецедентное право является «жестким» и трудноизменяемым (Lobingier 1946: 995).

судебных прецедентов. Следовательно, последующие правовые решения попали в зависимость от формальных рассуждений, что оградило их содержание от эмпирического исследования.

Впоследствии судьи стали прибегать к несвойственным для традиционной системы общего права техникам – толковать формально закрепленные в правовых источниках (в том числе прецедентах) понятия логическим путем, *отвлеченно от обстоятельств, побудивших их к жизни, и факторов, повлиявших на их первичное содержание*. Эти техники стали напоминать логическую интерпретацию абстрактных формул, характерную для систем, основанных на рецепции римского права. Р. Паунд называл такие подходы механической юриспруденцией (Pound 1908).

Одним из ярких примеров такого отклонения от истоков *common law* стала подхваченная в английском прецедентном праве позиция, получившая в XIX в. развитие в практике американских судей в качестве полноценной *доктрины встречной небрежности*. Они использовали негибкий набор формальных суждений для того, чтобы уклониться от власти жюри, члены которого представляли реальные жизненные заботы (интересы), были не чужды состраданию, милосердию, страху перед коллективным (корпоративным) гнетом (Friedman 1987: 351, 367), но не стремились удовлетворять интересы стремительно развивавшегося в то время бизнеса (промышленности, железнодорожных корпораций и т.д.).

С одной стороны, можно с уверенностью констатировать, что неспособность прецедентного права в определенный период обеспечить адекватность содержания права содержанию развивающихся отношений стала причиной активного развития парламентского правотворчества. С другой стороны, именно такая «оторванная от жизни» практика осуществления судебной власти стала первопричиной зарождения одного из самых масштабных течений правовой мысли в США – социологии права и правового реализма. Небрежное отдаление от исконной связи общего права с опытными, жизненными (эмпирическими) источниками привело к тому, что юридическая наука и судьи-реалисты, приверженные описанным ранее ценностям, дали *отпор юридическому формализму*. Они стремились показать, что не только парламентарии, но и судьи все еще способны удовлетворять насущную потребность общества в качественном правотворчестве. Другими словами, влиявший на практику «нормативный» формализм, а не теоретические концепции правопонимания побудили американских правоведов, в том числе самих судей, вступить в эпохальную дискуссию. Последовавшая за этим «научная» полемика стала лишь вторичным продуктом основного, обновленного подхода к американскому праву. Его флагманами были не ученые, а судьи-реалисты, сформировавшие первичный ценностно-понятийный базис на основе истории и практики *common law*.

В отличие О. Холмса, известного своими образными и зачастую эпатажными выражениями юридической мудрости, максимально точно проблематика дискуссии о юридическом формализме и правовом реализме обозначена современным американским судьей Р. Познером в книге «Раз-

мышления о деятельности судьи». Во-первых, он указал, что под формалистскими подходами к праву понимает «подходы, основанные на убеждении, что любой правовой вопрос может быть решен при помощи логики, текста, прецедента», в то время как личные качества судьи, культурно-исторический бэкграунд либо реальный жизненный опыт не имеют ни малейшего значения (Posner 2013: 1-2). Во-вторых, он прямо заявил, что является представителем реалистического подхода к праву, сформированного поколениями американских судей именно в качестве антагониста формалистским подходам. Этот антагонизм является онтологическим элементом самого реализма: именно на отрицании формализма зиждется самобытность реализма, он существует «в смысле отрицания формалистских подходов к праву» (Posner 2013: 1-2).

Одновременно с удачной попыткой предложить с учетом имеющихся сегодня знаний очень доступное современное понимание поставленной проблемы, Р. Познер все же подтверждает, что «программу» и основные поворотные точки правового реализма в качестве неугасающего типа правового мышления определили работы и практическая деятельность таких именитых судей, как Дж. Маршалл, О. Холмс, Л. Брендайз, Б. Кардозо, Р. Джексон, Р. Трейнор и др. (Posner 2013: 1-2). Именно они и, надо добавить, Р. Паунд заложили основу нового отношения к праву, которое, как отметил еще задолго до Р. Познера профессор Д. Инджерсолл, было направлено в первую очередь на *демифологизацию* изучения права в Соединенных Штатах (Ingersoll 1981: 490), то есть на выработку надлежащего *метода практической работы* с системой *common law*, формирование правильного отношения практикующих юристов к предмету их профессии.

Мысли Р. Познера о выделении общего сохраняющего актуальность «реалистического подхода» в американской юриспруденции в сравнении с «угасшим, хоть и не без следа» (Posner 2013: 1-2), движением «научных» или «радикальных» правовых реалистов, на самом деле не новы. Такой же логики придерживался Р. Паунд, не разделявший социологию права и правовой реализм, объединенные прагматическими установками. Этот общий, сдержанный и наиболее авторитетный реалистический подход к праву, как утверждает Д. Инджерсолл, не совпадает с более поздними «попытками изучения судебного бихевиоризма и более научных исследований судебного процесса» (Ingersoll 1981: 490), а является их идейно-ценностным предшественником. Не говоря уже о новом правовом реализме конца XX в., представители которого, по справедливому замечанию К. Санстейна и Т. Майлза, также продвигали эмпирическую методологию в праве, но делали право еще более научным, стремясь «понять источники решений, принимаемых судами, беря за основу поддающиеся [научной] проверке гипотезы и массивы больших данных» (Miles, Sunstein 2008: 831-832).

Исходя из вышесказанного, необходимо разграничивать изучение правового реализма как течения в научной юриспруденции и изучение *реалистического подхода к общему праву в качестве реально действующей*

системы. Первое представляет собой совокупность мнений о том, каково есть, каким может и должно быть право, которые никогда не найдут между собой общего языка (Escorihuela 2003: 753)<sup>10</sup>. Второе же, и это следует иметь в виду при изучении работ О. Холмса<sup>11</sup>, есть не теоретическая концепция, а судебская (как объяснил Р. Познер), она спорила не с именами великих теоретиков, а с подходами к *common law*. Она оказала влияние на первое, чем интересна для понимания основных идей последующих течений, и одновременно касается практики, что представляет ценность для понимания закономерностей конкретно взятой системы права.

В приведенном судебском ряду О. Холмс занимает особое место, разделяя (и одновременно соединяя), с одной стороны, пожалуй, самого известного главного судью США Дж. Маршалла, который заложил «зерно» реалистического подхода самой своей судебной практикой (достаточно вспомнить дело *Marbury v. Madison*), когда речи о доктринальном оформлении реализма еще не было, и, с другой стороны, членов Верховного Суда Л. Брендайза, Б. Кардозо, Р. Джексона, а также именитых судей Г. Френдли и Р. Трейнора, которые работали уже на фоне соответствующей активно развивающейся общественно-юридической дискуссии. Именно О. Холмс стал связующим звеном между поколениями американских судей<sup>12</sup> – «предвестником» правового реализма и вдохновителем названного «фона», глубоко осмыслившим онтологию прецедентного права с самых его истоков и напомнившим о значении опыта в качестве источника права, института жюри в качестве эквивалента средневзвешенного благоразумия в конкретных ситуациях, методологии экстракции правовых закономерностей из казусов, возникающих и разрешаемых в реальной жизни.

Таким образом, труды О. Холмса представляют особый интерес для изучения двух подходов к праву – юридического формализма и правового

<sup>10</sup> В процитированном исследовании, выполненном на базе Гарвардской школы права, отмечается, что научные (теоретические) направления правовой мысли (в том числе научный правовой реализм) бесконечно спорят между собой. Скандинавские реалисты обвиняли позитивизм, школы естественного и свободного права, Г. Гурвича и Г. Кельзена, а также американцев в нереалистичности; американские правовые реалисты обвиняли социологическую юриспруденцию в том же самом; последние же вместе с движением свободного права выдвигали аналогичные обвинения в адрес американского правового реализма.

<sup>11</sup> Профессор Ф. Келлог, отграничивая реалистический подход О. Холмса от научных ветвей правового реализма первой половины XX в., подчеркивает, что его мысль «отличается от доминирующих представлений юридического реализма» (Kellog 2018: 88-89).

<sup>12</sup> К. Ллевеллин, подчеркивая его особое место в ряду американских судей и правоведов, писал: «Холмс изваял Америку... [Необычно наблюдать], что обычного члена Верховного Суда, одного из девяти, причем не титулованного председателя, чествуют как самого выдающегося гражданина этой нации. [Необычно наблюдать] президента, призывающего в качестве само собой разумеющегося уделять внимание нации судье, который давно ушел на покой» (Llewellyn 1935: 485).

реализма. Особенность его работ в данном плане в том, что они основаны на изучении *common law* в качестве уникальной модели судебной деятельности и правотворчества: его выводы не только следуют из *common law*, они еще и прямо направлены на эту систему. А значит, вопреки мнению некоторых современных правоведов (Груздев 2021: 296), сложно согласиться с обвинением О. Холмса в банальном списывании идей у европейских реалистов (в частности, Р. Иеринга), которые основывали свои исследования не просто на другом, а на существенно отличающемся эмпирическом материале. Тот факт, что судья Холмс не отделял в привычном понимании вопросы теории права (юриспруденции) от вопросов практики *common law*, затрудняет корректное восприятие его идей континентальными юристами. Дополнительные сложности создают контекстуальный отпечаток времени создания его центральных трудов, характерный стиль изложения, а также то, что его позиции позднего периода, которые стали существенным дополнением к основным работам (и имели непосредственную практическую ценность, выходящую за рамки идей Р. Иеринга или кого-либо другого), разбросаны по различным материалам практики Верховного Суда США. Однако изучение его ответа юридическому формализму не теряет своей актуальности и способно раскрыть факторы, повлиявшие, во-первых, на выбор путей дальнейшего развития американского правового реализма, во-вторых (что не менее важно), на тенденции развития практики судов США в XX столетии и характер принимаемых ими решений.

### О «неправильной» логике

О. Холмс обозначил свою позицию в рамках представленной дискуссии однозначно и довольно категорично. Правда, в отличие от Р. Познера он не стал сопровождать свои выводы о *common law* прямолинейными объяснениями, что их следует рассматривать как идеологическую антитезу юридического формализма. Вместо этого он последовательно и всесторонне описал систему прецедентного права, действующую по исконно реалистичным принципам, сопроводив возникавшие или предлагавшиеся в то время отклонения от них соответствующей критикой. Возможно, поэтому одно из самых известных его изречений, ставших постулатом социологической и реалистической юриспруденции, редко рассматривается как прямое и недвусмысленное отрицание юридического формализма в обозначенном ранее понимании: «Жизнь права никогда не шла путем логики – только путем опыта»<sup>15</sup> (Holmes 2009: 3). Это сложно мгновенно воспринять при первичном обращении к трудам О. Холмса, но именно логика стала краеугольной категорией в его критической системе по отношению к юридическому формализму.

В отечественной юриспруденции понятие «логика» имеет положительный оттенок, поэтому при прочтении трудов О. Холмса (особенно

---

<sup>15</sup> Еще один вариант перевода: «Жизнь права никогда не была логикой, она всегда была опытом».

переводов на русский язык) трудно ассоциировать его с чем-то плохим, негативным. Однако, когда О. Холмс использовал данное понятие в критическом ключе, он связывал его именно с методологией формализма и юридической схоластикой, понятие которой приобрело негативную окраску как в русском, так и англоязычном юридическом лексиконе. Имелась в виду совокупность приемов *формальной логики*, которые как до падения Римской империи (постклассический период римского права), так и после (глоссаторы, комментаторы, легисты в Европе, отчасти позитивисты в Англии) были положены в основу, как считал О. Холмс, искусственно создаваемой системы права.

Первичный мотив неприятия американским судьей модели, основанной на так называемой рецепции римского права (включая континентальную парадигму кодификации частного права), проистекает из сути реалистического подхода к праву с самим *обществом* в центре внимания. Отторжение вызывало, прежде всего, предположение о том, что нормы для регулирования отношений в конкретно взятом обществе с его собственной культурой, традициями, ценностями могут создаваться на основе материалов, не имеющих никакого отношения к *этому обществу*, да еще и путем логических манипуляций – подстраивания, адаптирования под текущие условия. Другими словами, данные нормы не являются порождением реальной жизни общества, не следуют из *конкретного опыта*, их эффективность, уместность и жизнеспособность не проверялись, не подтверждены практикой отношений; напротив, они искусственно вводятся извне «сведущими» людьми. Судья Холмс категорически не соглашался с таким подходом, и эта позиция стала ориентиром для оценки любых других идей о праве, доктринах, законодательских предложениях или судебных техниках.

Так, например, трактат по уголовному праву Дж. Стивена в части, касающейся вопросов защиты владения, и книга «Институт владения в общем праве» Ф. Поллока и Р. Райта подверглись изящной критике О. Холмса за попытки отыскать «бесполезную квинтэссенцию» права в целом, одинаковую для всех общественных устройств (формально-логическое размышление), вместо того чтобы исследовать «точную анатомию» одной из систем (реалистичный взгляд на право) (Holmes 1997: 1006). По убеждению О. Холмса, из-за этого их стремление подвергнуть правовые явления анализу тщетны, тогда как, если закончить его мысль, научное исследование эмпирики конкретной правовой системы, действующих в ней правовых механизмов могло бы принести гораздо больше пользы за счет выявления закономерностей ее функционирования в условиях конкретного общества и прояснения уязвимых мест<sup>14</sup>.

Не обошел стороной судья Холмс и Дж. Остина, который, по его убеждению, был плохим специалистом в английском праве<sup>15</sup> и теорети-

<sup>14</sup> Корреспондирует ранее сделанному выводу о различии теоретических течений и реализма судей как практико-ориентированного подхода к праву.

<sup>15</sup> «Проблема Остина была в том, что он не знал достаточно английское право» (Holmes 1997: 1006).

зировав без глубокого погружения непосредственно в действующий закон, в складывающуюся юридическую практику, особенности функционирования правовой системы Англии (грубо говоря, был исключительно теоретиком, отдаленным от повседневной «жизни» права, развивавшейся в английских судах). Но при этом Холмс сделал существенный акцент, с одной стороны, отчасти смягчающий тяжесть предъявленных «обвинений», с другой – проводящий красную линию разграничения реализма и формализма в качестве глобальных типов мышления, влияющих на подход к праву. Он отметил, что труды и Дж. Остина, и его предшественников Т. Гоббса и И. Бентама, и достойных преемников Т. Холланда и Ф. Поллока посвящены осмыслению действующей системы права и способны принести хотя бы какую-то практическую пользу, в отличие от обращения к римскому праву, совет изучать которое О. Холмс относит к одной из главных «нереальностей» юридического образования (Holmes 1997: 1006). Напротив, о вышедшей в то время небольшой книге Ф. Поллока он говорит, что она пронизана меткостью, которая свойственна многим трудам британского юриста, и, что важнее, «совершенно свободна от извращающего влияния римских моделей (образцов)» (Holmes 1997: 1006).

Сотнями страниц своих историко-правовых трудов О. Холмс стремился показать, что в сообществе людей первичными являются практика общественных отношений, определение опытным путем границ разумного, дозволенного, допустимого, «прощупывание» правильности той или иной модели поведения в естественном процессе человеческого общежития с центральным ориентиром – необходимостью предотвращения вреда друг другу<sup>16</sup>. Прежде чем будет создано право, должен произойти указанный общественный процесс, созерцание и осмысление полученной эмпирики, чтобы понять, как эффективно урегулировать разногласия между конкретными людьми в конкретном сообществе. Нельзя случайному прохожему зайти со стороны и установить, продемонстрировав чудеса формальной логики, некие (обязательно самые лучшие, с его точки зрения) абстрактные правила. Таков подход реализма.

Именно по этим причинам О. Холмс и другие именитые американские юристы, на которых он оказал влияние, скептически относились к наследию римского права. В этом плане они, конечно, являются оппонентами идей исторической школы права (хотя, казалось бы, историческая школа ассоциируется, прежде всего, с теорией национального духа, историей нации, то есть с тем, что похоже на категорию опыта жизни людей в конкретном сообществе и на отношение О. Холмса к истории правовых институтов). Но Ф.К. фон Савиньи под знаменем убеждения народа (затем национального духа) и исторического метода стремился вовсе не утвердить авторитет национального права германских земель, а, напротив, очистить

---

<sup>16</sup> Позднее стало модным называть это процессом столкновения и согласования интересов, или свободных волей.

современные ему пандекты от примесей канонического и национального права, а их применение и толкование – от влияния каких-либо идей, помимо истинного духа римского права (Фролова 2017: 296-300), чтобы приблизить пандектное право к источникам римского права в их подлинном виде. А его последователь Г. Пухта предложил концепцию формально-логической пирамиды понятий, при которой новая норма может быть выведена дедуктивным методом из формальной системной связи понятий (Puchta 1841: 35).

Пандектная и институционная системы частного права (а романо-германскую модель часто называют системой гражданского права) стали воплощением идей о том, что систему права можно построить на основе приемов формальной логики, как математическую систему, где каждое звено занимает свое, заранее отведенное место. За счет этого каждое из них системно связано с другими, и, следовательно, выводы об одном могут быть сделаны посредством анализа других, подобно тому, как в математике решаются формулы с неизвестными значениями, где недостающее звено «вычисляется» при помощи известных. М. Хофлиш в статье «Право и геометрия: юридическая наука от Лейбница до Лангделла», как уже ясно из названия, проводит наглядные параллели между математикой и юриспруденцией, построенной на так называемой геометрической парадигме, которая возникла в результате схоластического подхода при изучении римского права (уподобление права набору математических аксиом). Автор отмечает, что средневековых юристов поразили не язык и не систематика кодификации Юстиниана, а упорядоченность, логика и измерительная точность, которую они нашли в римской правовой аргументации и благодаря которой работали «способность выводить общие положения, как эксплицитные, так и имплицитные, из Дигест и применять такие положения в силлогистической манере к детализированным фактическим схемам (factual patterns)» (Hoeflich 1986: 97).

Проблема в том, что математика – это наука о неживой природе, чего нельзя сказать о праве. В представленной парадигме отношения к праву специальные нормы могут быть выведены путем толкования и разложения (дедукции, редуцирования) общих положений, а в случае отсутствия нормы может применяться логическое выведение недостающего звена исходя из анализа абстрактного смысла всей совокупности имеющих положений или даже общих идей о правовых идеалах и ценностях. Этому может помочь «квадрат толкования» Ф.К. фон Савиньи, и нет ситуаций, которые нельзя решить при помощи логики и правовых текстов. Реалистически настроенные американские судьи и правоведы стали называть такой подход к праву формалистским, что было особенно актуальным на фоне популярных в XIX в. идей о необходимости систематизации в таком же духе огромного массива прецедентов, накопленных более чем за 500 лет.

Именно этому подходу О. Холмс посвящает следующие размышления в эпохальной статье «Путь права»: «[Одно из] заблуждений, о кото-

ром я веду речь, заключается в том, что будто бы единственная сила, довлеющая над [формированием и развитием] права – это логика» (Holmes 1997: 997). И продолжает: «[Существует опасность] 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» (Holmes 1997: 998). Эти тезисы можно было бы назвать субъективным мнением и одной из идей, которых только в истории политико-правовых учений насчитывают сотни, а в целом за историю юриспруденции еще больше. Но О. Холмс снискал широчайшее признание именно за то, что не был далеким от жизни философом; свои выводы он подтверждал работой с непосредственными источниками *common law* не только в качестве историка права, но и практикующего судьи. Он не упустил возможности подтвердить приведенные выше постулаты в официальной позиции Верховного Суда, поддержанной большинством судей, и в свойственной ему манере заявил: «Положения Конституции США – это не математические формулы, черпающие содержание из своей формы (текста. – Б.Л.), а органичные живые институты, пересаженные с английской почвы»<sup>17</sup>, то есть из *common law*. Даже здесь налицо противоположение: с одной стороны, формализм, с другой – реализм.

Следуя описанным установкам, О. Холмс довольно емко объясняет суть названного ранее постулата правового реализма о соотношении логики и опыта: «Ощущение общественных нужд конкретного времени, доминирующие моральные и политические теории, интуитивное чутье публичной политики, осознанное и очевидное для всех или бессознательное, и даже существующие в судейском сообществе предубеждения – все это, а не абстрактные силлогизмы, вносило посильный вклад в процесс определения правил, которые должны руководить [поведением] людей. В праве воплощена многовековая история национального развития, и с ним нельзя работать так, будто оно состоит, как учебник математики, исключительно из аксиом и неизбежно следующих из них выводов (заклучений, следствий). Чтобы понять, что есть право, нам следует понять, каким оно уже было (имеющийся опыт. – Б.Л.) и каким тяготеет стать (какова тенденция, общая закономерность развития, исходящая из накопленного опыта. – Б.Л.)» (Holmes 2009: 3).

Что касается исторической школы права, относимость к ее наработкам приведенных выше выводов О. Холмс демонстрирует на примере института владения, *практическое значение* которого можно установить из английского права, но в Европе он «попал в руки философов, а с ними превратился в краеугольный камень более чем одной сложной структуры» (Holmes 2009: 187). Эти доктрины, по убеждению О. Холмса, были выработаны на основе взглядов на римское право, которые имели «наиболее спекулятивные юристы Германии, от Савиньи до Иеринга,

<sup>17</sup> Gompers v. United States (Decided: May 11, 1914) // U.S. Supreme Court. Vol. 233. P. 605.

не только занимавшие профессорские должности по римскому праву, но и находившиеся под влиянием, если не сказать под контролем, некоторого рода кантианской или посткантианской философии» (Holmes 2009: 187). Немецкая спекуляция, как называл ее О. Холмс, в формировании понятия о владении опиралась не на исторически складывавшиеся отношения между людьми по поводу владения вещами и не на реальную цель, для которой люди ввели соответствующие правила и защитные механизмы (эмпирические причины), а на концепцию свободы человеческой воли в качестве самоопределяющейся вещи в себе, которая не требует доказательств и всего лишь признается и обеспечивается обществом или государством (Holmes 2009: 187). Посягательство на нее – зло само по себе, поэтому должно пресекаться независимо от каких-либо причин, «и тому подобное в духе Канта», к чему О. Холмс относит в том числе и аксиому Г. Пухты: «Воля, которая имеет волю по отношению к самой себе, то есть признание своей собственной субъектности, должна быть защищена» (Holmes 2009: 187). Тенденциозность первичных установок и недостаток опыта обесценивают претензии подобных теорий на универсальность, их эффективность может быть опровергнута конкретной эмпирикой.

Критический концепт антиформализма выглядел бы незавершенным, если бы судья Холмс не указал альтернативный вариант правовой работы, который соответствовал реалистическому подходу. Сделал он это, как и другие свои теоретические выводы, с опорой на историческую онтологию и эмпирику *common law*. Для раскрытия указанного варианта необходимо сквозь призму трудов О. Холмса проследить ответ на ключевой вопрос: что делать, если правовой нормы нет, но она необходима<sup>18</sup>, и при этом нельзя следовать схоластическому (формалистскому) подходу?

Весьма неожиданным может показаться ответ – доктрина свободного рынка идей. На первый взгляд, доктрина, ассоциирующаяся в первую очередь с практикой Верховного Суда США по первой поправке к Конституции (свобода слова), не особо сопоставима с полемикой правового реализма и юридического формализма. Но не стоит забывать, что именно судья Холмс стал основоположником широкого применения этой доктрины в американской юриспруденции (и она до сих пор является доминирующим принципом законодательства о свободе слова), теоретически и эмпирически обосновав содержание идеи «свободный обмен (торговля) идеями» (*free trade in ideas*) в условиях рыночной конкуренции в особом мнении к постановлению Верховного Суда США по делу *Abrams v. United States*<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> В том числе если дело, рассматриваемое судом, является необычным, сложным или неоднозначным, что не позволяет со всей очевидностью применить к нему конкретную существующую норму.

<sup>19</sup> *Abrams v. United States* (Decided: November 10, 1919) // U.S. Supreme Court. Vol. 250. P. 616-631.

Дело в том, что, как объяснил известный исследователь деятельности О. Холмса профессор Ф. Келлог, на ранней стадии развития какого-либо социального противоречия (появление неурегулированных спорных ситуаций – неважно, сегодня или несколько веков назад), найти его справедливое разрешение, основываясь на жизненном опыте (определить усредненный здравый рассудок сообщества, *common sense*, применительно к данным новым фактам и условиям) не представляется возможным, это только предстоит сделать. Обращаться к правовым текстам (где тоже еще ничего об этом не сказано) и формальной логике бессмысленно по ранее обозначенным причинам. Что тогда делать? 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]» (Kellog 2011: 218-219). Понятия о единственно правильном варианте поведения еще нет, его нужно определить, и сделать это нужно, согласно реалистическому подходу, не в результате схоластических рассуждений, а в ходе естественной социальной борьбы конкурирующих интересов на свободной и, что немаловажно, открытой арене судебного форума, доступ к которой имеют все члены сообщества. Они могут принять участие в этом процессе в качестве истцов, ответчиков, заинтересованных лиц, членов большого или ординарного жюри или же, наконец, в качестве слушателей (общественного контроля) в зале суда. Внести вклад в эту свободно развивающуюся общественную дискуссию способны свидетели, эксперты и специалисты, «друзья суда» (*amicus curiae*). Судья под контролем жюри обязан соединить все это воедино, сопоставить совокупность представленных идей и суждений, крупиц жизненного опыта с уже накопленным поколениями опытом других разрешенных дел и принять взвешенное решение под натиском эмпирического массива и противоборствующих интересов. Любое представленное суждение оценивается, а в случае отклонения обосновывается в сопоставлении с суждением, которое принимается. Это честный процесс за счет состязательности и открытости.

У самого О. Холмса по этому поводу было интересное наблюдение, которое он выразил в особом мнении еще задолго до дела *Abrams*: «Каждое мнение (взгляд на ту или иную социальную проблему. – Б.Л.) стремится стать законом»<sup>20</sup>. Но не каждое им станет. Именно для того, чтобы показать, как происходит этот судебный «отбор» взглядов, суждений и правовых ощущений, претендующих именоваться законом, О. Холмс предпринимал большинство своих правовых исследований. В позиции по делу *Abrams* он резюмирует: «...высшее желаемое благо лучше всего достигается за счет свободной торговли в сфере идей – лучшим испытанием истины является способность мысли добиться признания в условиях рыночной конкуренции,

---

<sup>20</sup> *Lochner v. New York* (Decided: April 17, 1905) // U.S. Supreme Court. Vol. 198. P. 76.

и эта истина является единственной почвой, на которой желания людей могут быть *безопасно* реализованы»<sup>21</sup>.

Следовательно, в отличие от подхода, который в американской юриспруденции назван формалистским и который акцентирует внимание на уже существующем тексте и якобы заранее заложенном в нем решении (авторитет-истина не в жизни, а в тексте или, если угодно, воле законодателя, если не конкретной, то хотя бы абстрактной), реализм утверждает: нет нормы – ситуация свободна. То есть надо допустить максимальную свободу мнений, идей, опыта, которые при помощи независимого открытого суда перед жюри *докажут* свою полезность, безопасность, практичность, укоренение в почве общественной поддержки. По мере расширения практики рассмотрения аналогичных дел и принятия по ним взвешенных и заранее не определенных решений происходит то, что О. Холмс называл процессом последовательного приближения (Лесив 2023: 165–173, 197–207). Появляется возможность выявить правовую закономерность, общий смысл принятых решений (цель, которую общество стремится достигнуть в данных обстоятельствах) для того, чтобы сформировать представление о конкретном общем правиле (норме). Оно будет иметь реальное эмпирическое (а не формально-логическое) содержание и обладать свойством эмпирического, а не формального демократизма.

Таким образом, согласно О. Холмсу, право должно быть выстрадано самим обществом, чтобы отражать его, а не чьи-то интересы. Да, он настаивал, что нельзя создать «хорошее» право впопыхах и на скорую руку кого бы то ни было. Необходимо запастись терпением и обратиться к ходу повседневной жизни (а не к текстам), чтобы закрепить правила, не только действительно полезные для этой жизни, но и, что важнее, долговечные (*common law* во многом тому пример). Да, он не отрицал, что поначалу придется разрешать ситуации казуально, но с опорой на жюри и в условиях открытой конкуренции суждений, что обеспечивает большую справедливость и умеренность казуальных решений, чем если бы они разрешались одним человеком на основании формально-логического толкования текстовых формул или идеальных абстракций в рамках его субъективной системы ценностей. Ситуации повторяются и если разрешаются в среднем справедливо (жюри плюс конкуренция), то решения должны быть (и есть, как показывает многовековая практика *common law*) примерно одинаковыми по своей сути. Точнее, решения в каждом деле отличаются (удовлетворить, отказать, какую сумму присудить и т.п.), но суть их одна. В скором времени у судов, особенно апелляционной инстанции, появится возможность проследить эту суть сквозь множество решений, принимаемых по всей стране, и вычленив из них цель (необходимость) регулирования, чтобы составить эмпирически обоснованное представление о норме. Пригодность и эффективность этой нормы проверена самой

<sup>21</sup> *Abrams v. United States* (Decided: November 10, 1919) // U.S. Supreme Court. Vol. 250. P. 630.

жизнью (практикой общественных отношений) и доказана в публичном демократическом состязании. Реалисты считают такой подход к правообразованию более справедливым и демократичным, чем любую систему, построенную на формальной справедливости (создание нормы заранее для теоретически возможных ситуаций при помощи формальной концепции народного представительства, но без реального решения конкретных и весьма сложных жизненных ситуаций с участием непосредственно общества). Реалистический подход призвал перестать витать в облаках, дискутируя об абстрактных категориях типа общей воли, и вернуться к самому обществу, ради которого право и существует, поскольку закон должен быть «реакцией общества на самого себя» (Holmes 1894: 9), то есть на конкретные поступки людей.

### О «правильной» логике

Вышесказанное представляет «дихотомическую ценность» для понимания концепции права, которой придерживался О. Холмс. С одной стороны, через выявление некоторых характерных проявлений логики в праве мы находим объяснение сути формалистского подхода к нему, а через его инверсию – объяснение реалистического подхода, сосредоточенного на отрицании первого. С другой стороны, становится ясно, что О. Холмс признавал не только возможность, но и необходимость позитивного влияния логики как величайшего изобретения человеческого разума на право. Основная загвоздка и ключ к корректному пониманию идей правового реализма, заложенных американским судьей, заключается в правильном разграничении двух проявлений логики.

Суть одного из них, которая отрицается, раскрыта в предыдущем разделе. Что касается второго, то сам О. Холмс после ранее процитированной мысли (логика не может быть единственной силой, руководящей формированием права) признает неизбежность соприкосновения права с логикой в определенной степени: «Действительно, это так, но только в самом широком смысле этого слова» (Holmes 1997: 997). Объясняя свой подход, он рассуждает о том, что Вселенная в целом построена на принципе качественной взаимосвязи между каким-либо явлением, его предпосылками и последствиями. Если и существует объект вне таких устойчивых отношений, то это не что иное, как чудо. Такой объект как раз и неподвластен логике и разумному объяснению, трансцендентен для человеческого сознания и относится к разряду метафизики. Но право, по мысли О. Холмса, не является таким объектом; это такая же часть нашей жизни и окружающего мира, такое же творение человеческого разума и рук, как и все остальные, что мы в состоянии познать. Подобные явления подчиняются вселенскому закону причины и следствия, а значит, формирование права как такового является результатом логического развития (Holmes 1997: 997-998). «Опасность, о которой я говорю, исходит не от допущения, что [логические] закономерности, управляющие другими явлениями, так же управляют правом...» (Holmes 1997: 998), а от понимания логики, согласно которому конкретную

систему и нормы права можно разработать при помощи приемов формальной логики.

Анализ ключевых трудов О. Холмса – цикла лекций «Общее право» и статьи-лекции «Путь права» – позволяет выделить *три элемента «правильной» логики*, которая не только может, но и должна присутствовать в праве.

Во-первых, *логичность системы права* на финальной стадии правообразования, то есть логичность права как результата этого процесса – как системы, созданной не посредством приемов формальной логики, а в результате работы с реальным жизненным опытом. Другими словами, когда первоначально разрозненные неурегулированные ситуации находят свое разрешение, проверяется правильность принятых решений, постепенно накапливается опытная эмпирика для установления точной нормы, все эти нормы должны быть обобщены и приведены в непротиворечивую систему (Holmes 1870)<sup>22</sup>. Однако далее эти нормы действуют, исходя из смысла, придаваемого им указанной эмпирикой, а не текстовой формулировкой *per se*.

Во-вторых, *логичность применения права* – правоприменительные решения, основанные на уже существующем законе, должны приниматься при четком и жестком соблюдении законов логики. Это гарант рациональности правоприменения в том смысле, который емко описала профессор Е.А. Фролова (Фролова 2023: 7-11), противоположностью является принятие правоприменительных решений по произволу и прихоти конкретных людей, что решительно отвергалось американской юриспруденцией со времен основания США (это один из центральных постулатов революции против произвола короля).

Требование соблюдения законов логики особенно сильно по отношению к юридической деятельности<sup>23</sup>: применение права, в первую очередь правосудие, строится на установлении связей между причинами и следствиями, это ядро такой деятельности, без него она бессмысленна. В частности, требование логичности и непротиворечивости наиболее очевидно в отношении правоприменительной практики по аналогичным делам: нельзя одни и те же ситуации сегодня решать одним образом, а завтра по-другому. Это противоречило бы здравому смыслу и основам человеческого разума, вносило бы смуту и беспокойствие в общественные отношения, делало бы их нестабильными. Данная позиция подтверждается О. Холмсом применительно к *common law*, где по мере накопления и обобщения судебного опыта происходит сужение сферы неопределенности. Он признает, что исключения (особые объяснения ситуаций) могут встречаться в категориях дел, где правило склонно быстро меняться, например, в некоторых вопросах медицинской помощи. В других случаях, если определенное суждение

<sup>22</sup> В этом суть процесса кодификации в системах *common law*, как она показана О. Холмсом в цитируемой статье «Кодексы и принципы организации права».

<sup>23</sup> Например, в прикладной политике гораздо менее строгий ценз логики, а грубые логические ошибки могут быть обыденностью, если имеет место популизм или демагогия.

является верным в ясных схожих делах, «это находит свое продолжение в логических последствиях» (Holmes 2009: 112-113), то есть в необходимости «стоять на решенном» и обеспечивать логичную непротиворечивость правовых отношений.

В-третьих, *обеспечение логики развития права* (процесс последовательного приближения, который упоминался ранее). Именно этот элемент можно назвать системообразующим для реалистического подхода к судебному правотворчеству в традициях американских судей-реалистов. Он стал ответом на «прецедентный застой» XIX столетия: право не должно оставаться мертвой формальностью в конкретном прецеденте (наборе фактов), оно должно развиваться вместе с общественными отношениями (живое право) и по мере накопления необходимого жизненного и судебного опыта расширять понимание и содержание ранее примененных правил и выявленных индуктивным путем закономерностей (доктрин). В этом заключается еще один антитезис, разделяющий формалистский и реалистический подходы к праву.

В лекции «Путь права» О. Холмс поделился историей об одном мировом судье из штата Вермонт, который рассматривал спор двух фермеров – один обвинял другого в поломке маслобойки. Судья долго сомневался, но в итоге заявил, что изучил законы (статуты) и ничего в них не нашел о маслобойках, поэтому решил вынести постановление в пользу ответчика (отказать в иске). О. Холмс, будучи на тот момент членом Верховного Суда Массачусетса, приходит к выводу, что точно такой же уровень правового мышления и логического развития отражают многие сборники судебных прецедентов и учебники по юриспруденции того времени, где под многообещающими заголовками типа «Железные дороги», «Телеграфы» или «Морское право» скрывается на самом деле применение рудиментарных норм (Holmes 1997: 1005-1006). Такой подход не одобряется реализмом как проявление совершенно заурядного судейского интеллекта и одной из крайностей формализма. Очевидно, что в названных разделах нет ничего о развитой железнодорожной инфраструктуре, новых поездах, новых способах связи, новых практиках морских перевозок и много чего еще, что по известным причинам стало обыденностью в XIX – начале XX в. Неужели суд может отказать лицам, ищущим правовой защиты, только лишь со ссылкой на формальное отсутствие определенных слов в тексте закона или прецедента, хотя смысл добросовестного поведения в названных сферах не поменялся? О. Холмс дает категорически отрицательный ответ на этот вопрос. Вместо этого он отсылает к глубинной сути решений, скрывающейся в томах прецедентного права, «как в укромном месте», к идейным образам права, общим закономерностям опыта и целям (причинам) регулирования по тому или иному общественно значимому вопросу. Он объясняет, что нужно взять уже имеющийся опыт, экстрагировать из него общий смысл, определить общее правило для этого рода ситуаций и распространить (расширить) до аналогичной (хотя и не тождественной) ситуации, находящейся на рассмотрении суда в данный момент, стремясь достигнуть обнаруженную цель регулирования.

Это и есть суть ответственного подхода к осуществлению судебной власти в системах *common law*, которая, по объяснению О. Холмса, не должна устраняться от своей главной обязанности – решать социальные конфликты посредством обращения к реально существующим нормам, сложившимся в сообществе и являющимся очевидными (наличными) в прецедентной практике. Именно в смысле *расширения понимания и содержания* существующих правил, проведения обоснованных опытом аналогий, а не в смысле произвольного фантазирования и рационалистической схоластики, в концепции О. Холмса развивается «живое право» и, если угодно, осуществляется *судебное правотворчество*. Такому подходу к работе с правом, вероятно, способствует практика обучения юристов в США, которая, особенно после введения К. Лангделлом в конце XIX в. кейс-метода, напоминает лабораторную модель (Stevens 1983: 35), сосредоточенную на уяснении норм посредством ознакомления с множеством решений настоящих дел, позиции судов по которым приобретают силу закона<sup>24</sup>.

В лекции «Путь права» приводится еще один наглядный пример, но уже по уголовной проблематике. Со времен античности была установлена ответственность за кражу, но отсутствовало формализованное понятие присвоения или растраты (Holmes 1997: 1001-1002). По своей сути это схожие проступки, заключающиеся в противоправном хищении чужого имущества, и по «правильной» логике оба должны признаваться преступлениями. Однако отсутствие четкого указания в законе (было понятие *larceny*, но не было *embezzlement*) приводило к тому, что виновники, прибегая к формальным уловкам, касающимся состава *larceny*, избегали ответственности. Мысль О. Холмса заключается в том, что такой формализм *не только бесполезен, но и вреден* для правопорядка, поскольку чинит препятствия там, где с точки зрения здравого смысла нет никакого спора. То есть вместо того, чтобы сглаживать конфликты и предупреждать споры, закон и судебная система, напротив, их провоцируют. В отношении примера воровства-растраты судья подытожил последствия формалистского подхода: «...закон был ущербным от того, что норма не имела воплощения в такой ясной *форме*, которая способна *достигнуть своей очевидной цели*» (Holmes 1997: 1007). Подобные примеры можно найти и в практике английских судов Новейшего времени<sup>25</sup>.

Другое дело, когда судьи, пользуясь «правильным» (в обозначенном смысле) логическим инструментарием и огромным опытом, накопленным за века практической судебной деятельности, распространяют (а не создают новые) сложившиеся принципы и применяют их к новым и новым обстоятельствам, при необходимости дополняя и конкретизируя. Именно такую работу с эмпирическим материалом, а не абстрактные логические теоретизации О. Холмс называет теорией права (юриспруденцией), обозна-

<sup>24</sup> Хотя О. Холмс и К. Лангделл очень по-разному определяли предназначение изучения студентами опытной (прецедентной) эмпирики.

<sup>25</sup> См., напр.: Smith v. Hughes (June 16, 1960) // The Weekly Law Reports. July 29, 1960. P. 830-833.

чая ее как высочайшее мастерство юридической профессии. Теоретические способности заключаются в умении распознать общие закономерности накопленного опыта, определить тенденцию правовой политики, здравый смысл, который остается единым, несмотря на калейдоскоп фактических обстоятельств.

Практическую сторону данного вопроса О. Холмс рассматривает на примере положений *common law* о сроках давности, которые «никогда не были надлежащим образом объяснены или теоретизированы» (Holmes 1997: 1007). Ключевым в процессе теоретизации для логического расширения принципа действия ранее установленного правила является, как следует из сказанного, установление его очевидной цели, то есть уяснение проблемы, ради решения которой оно было пробуждено к жизни в конкретных ситуациях. Можно назвать это определением исторически обусловленной телеологической направленности правового регулирования<sup>26</sup>. Как отмечает О. Холмс, конечная (формальная) цель норм о сроках давности вполне очевидна – не допустить по истечении определенного периода времени возможности судебного разбирательства и оспаривания определенных фактов. «Но как можно обосновать лишение человека его прав в результате истечения времени, [то есть оправдать] чистое, насколько это возможно, зло?» (Holmes 1997: 1007). Некоторые оправдывают такой подход утратой всех доказательств, но, по мнению американского судьи, это имеет второстепенное значение. Другие более предметно погружаются в тему и называют причиной желание жить в мире и спокойствии (не трогать то, что уже давно «не болит»), но судья вновь не соглашается: «Почему спокойствия через двадцать лет должно хотеться больше, чем до этого? Весьма вероятно, что [спустя столько лет] это случится и без помощи законодательства» (Holmes 1997: 1007).

В условиях этой якобы неразрешимой проблемы О. Холмс обосновывает важность теоретического и историко-правового осмысления нормы для выявления ее действительного содержания. На примере *law of prescription* он показывает, что ситуация может быть разрешена диаметрально противоположным образом в зависимости от того, следовать ли слепо формальным нормам, применяемым обычно к таким отношениям, или же вникнуть в причинную составляющую установленного регулирования и понять социальную потребность, для удовлетворения которой норма должна быть применена. Как отметил О. Холмс в контексте своего известного постулата о логике и опыте в жизни права, «чтобы узнать, что есть право, мы должны знать не только, каким оно было все это время, но и каким стремится стать. Мы должны попеременно обращаться к истории и действующим законодательным доктринам» (Holmes 2009: 3).

<sup>26</sup> В.С. Груздев называет это социальной телеологией, указывая, что именно предположение о заложенных в правовое регулирование рациональных целях позволяет праву приобрести инструментальный характер в понятиях О. Холмса о «прогнозировании» результатов рассмотрения дел судами, что противопоставляется моделям объяснения судебных решений, отсылающим к иррациональности и случайности (Груздев 2021: 403).

В результате глубокого проникновения в историю *law of prescription* О. Холмс обосновывает, что не стремление к всеобщему спокойствию, а не совершение в течение стольких лет<sup>27</sup> действий, направленных на защиту собственности, лишает владельца права требовать такой защиты в суде. В проведенном им исследовании раскрывается реальное содержание правил *common law* о сроках давности, без которого вряд ли возможно понять масштаб и правоприменительный потенциал нормы. По прошествии времени из-за бездействия происходит реальная «диссоциация» права с одним лицом и постепенная «ассоциация» с другим, за первым право держится только на формальных основаниях. «Иногда говорят, что если человек пренебрегает защитой своих прав, то он должен пенять на себя, если через некоторое время закон последует его примеру» (Holmes 1997: 1007). При этом судья обращает внимание, что одной такой общей фразы, без глубокого анализа, недостаточно для оправдания (обоснования) рассматриваемого законодательного регулирования.

Таким образом, согласно мысли О. Холмса, право (речь идет о *common law*) опирается на логику правового мышления, которая формировалась столетиями юридической практики. Основные принципы общественного взаимодействия в большинстве сфер уже сложились и продолжают действовать, если фактические обстоятельства по логике соответствуют тем, что были раньше, но изменилась лишь, к примеру, их внешняя форма. Именно такой логике и такой теории как инструментам деятельности юриста есть место в праве с точки зрения реалистического подхода.

Такой подход «в действии» был продемонстрирован еще одним судьей-реалистом Б. Кардозо при разрешении дела *MacPherson v. Buick Motor Co.*<sup>28</sup> Человек получил ранение в результате неисправности и разрушения одного из колес своей машины, однако согласно доктрине *privity* производитель как лицо, не состоявшее в отношениях с конечным покупателем, не несет ответственности. Кроме того, ранее суды в похожих ситуациях привлекали к ответственности только, если речь шла о вещи, штатная (обычная) функция которой – травмировать или уничтожить. Формальной нормы для разрешения спора (удовлетворения требований покупателя) не было – судья мог легко отказать в иске, последовав примеру «того самого» судьи из Вермонта. Несмотря на это, Б. Кардозо руководствовался исследованными в настоящей статье принципами реализма и определил общий смысл регулирования: осознанно работая с опасными для жизни людей вещами, любой благоразумный член сообщества обязан предпринять все необходимые меры заботы и осмотрительности, чтобы не допустить ошибки, в противном случае должен возместить весь причиненный

<sup>27</sup> 20 лет пользования земельным участком с согласия собственника, данного представителю якобы по сделке с пороком субъектного состава.

<sup>28</sup> *MacPherson v. Buick Motor Co.* (New York Court of Appeals. Decided: March 14, 1916) // Case Law. URL: <https://case-law.vlex.com/vid/macpherson-v-buick-motor-885340501> (дата обращения: 07.02.2024).

ущерб. Содержание ранее применявшейся нормы было расширено, причём не произвольно, а в результате полномасштабного анализа прецедентного и сопутствующего правового опыта, а также следуя *like cases maxim*. Для этого были проанализированы разнообразные ситуации, в которых суды постепенно отступали от доктрины *privity* (ущерб от строительных лесов, кофейной урны, бутылок с газировкой и т.д.). Гарантия от судебного произвола была в том, что Б. Кардозо не мог принять принципиально противоположное решение, выдумав новую норму «с нуля», «из головы». Он мог только основываться на *stare decisis*, проводя при этом аналогию: аналогичные обстоятельства влекут аналогичные последствия. Аналогия по самому своему определению не предполагает произвольности. Усмотрение судьи здесь ограничено и сводится к оценке сути наблюдаемых и уже запечатленных в прецедентах обстоятельств, установлению аналогий между ними. Такая оценка, безусловно, вторично (как следствие) влияет на содержание права, но вовсе не тождественна изобретению правовых норм с «чистого листа» или с опорой только на формальные источники (текстовые формальности). Сам О. Холмс недвусмысленно предостерегал юристов от понимания судебного правотворчества в качестве прямой «промульгации норм» (Holmes 1870).

Таким образом, реализм не предполагает, что если нормы не существует, то судья может создать принципиально новую самостоятельно здесь и сейчас (пришлось бы обращаться к жюри за опытом, «открывать» свободный рынок идей, начинать этот круг с нуля, как было описано в предыдущем разделе). Но когда опыт уже накоплен, его последовательная прогрессия, закреплённая поколениями судей в прецедентах, связывает руки и разум судьи, он обязан руководствоваться ими и вынести решение, как говорил О. Холмс, «поблизости» от генеральной линии здравого смысла (*common sense*). Таков его реалистический подход к логике, праву и судебному правотворчеству.

### Заключение

Вопреки широко распространённой ассоциации американского реалистического подхода к праву с отсутствием прочной нормативной системы и неограниченным влиянием судейского усмотрения (а также других внеправовых факторов) на содержание правил разрешения споров, настоящая статья не только объясняет, почему реалисты обвиняли другие концепции права в том же самом, но и демонстрирует это на ряде примеров из *common law*. Благодаря конвергенции теории и практики появляется возможность увидеть границы судейского реализма и понять, что в рамках этой концепции судьи не могут принимать произвольные решения и творить то, что заблагорассудится.

В результате проясняется суть реалистического подхода к американскому праву, ценностно-телеологическим ядром которого стал антиформализм. Этот подход выступал против формализма, склонного не только к несправедливости на практике, но и к произвольности-неограниченности

в правотворчестве. Последнее объясняется возможностью создавать правовые нормы формально логичные, но вне связи с реальной жизнью, возможностью придумать любую норму, даже если она не обусловлена закономерностями общественных отношений и не соответствует критерию жизненной (общественной) необходимости. Кроме того, сведение правотворчества к приемам формальной логики ставит объективное право в зависимость от когнитивных способностей субъекта правотворчества, и его мастерство логики становится единственным фактором, влияющим на качество правотворческого процесса и его результатов.

Провозглашение права системой понятий (норм), построенной за счет формальной логики и подчиняющейся ее законам, как показывали реалисты, приводит к формализму не только при создании этой системы, но и при возникновении трудноразрешимых ситуаций на практике (пробельность права). Имплементация идей школы свободного права в законодательство некоторых европейских государств привела к тому, что именно судья создает правовую норму, «как если бы это сделал законодатель», опираясь на логическую интерпретацию системы понятий. Эта норма – мнение судьи о законе и практике, фактически его свободное рассуждение (отсюда название – движение свободного права).

Реалистический подход О. Холмса в каждой спорной ситуации отсылает судью не к абстрактным формулировкам, а к последовательной прогрессии прецедентного опыта, обстоятельствам конкретных дел, из которых можно понять суть принятых решений, то есть принцип их урегулирования. Судье надлежит индуктивно выводить суть этого опыта для определения цели урегулирования и достигать ее в представшем перед ним деле. В отсутствие необходимого опыта (в том числе в силу общественного прогресса) судьи обязаны вместе с жюри открыть арену для формирования нового правила по принципам свободного рынка идей, допустить к участию всех заинтересованных со стороны общества. В таком подходе мало общего с идеями В. Эггеншвилера о суверенной роли каждого отдельного судьи во всей его психической «иррациональности», то есть даже, как заметил И.А. Покровский, судьи «ненормального» (Покровский 1916: 32).

Заложенный О. Холмсом подход, несмотря на постулаты «право никогда не было логикой, только опытом» и «общие положения не решают конкретных дел», вовсе не отрицал логику в праве в качестве бесспорного и величайшего достижения человечества. Не отрицалась ее польза как нормативной системы интеллектуальной деятельности, в том числе в сфере права (логичность и непротиворечивость правового регулирования и правоприменения). Отрицалась логика в значении непосредственного источника права и в качестве типа юридического мышления, определяющего правомерность и противоправность поведения в той или иной ситуации только посредством приемов формальной логики.

Исследованный подход к соотношению формализма и реализма в праве и судебном правотворчестве может быть интересен для систем

континентального права, в том числе российской<sup>29</sup>, как минимум в трех аспектах. С одной стороны, реалистический подход, отвергающий возможность формально обоснованного навязывания конкретному обществу с его собственной историей и опытом правовых идеалов извне, актуален для осмысления новых вызовов, которые бросает современным правопорядкам естественно-правовая глобализация. С другой стороны, он позволяет уяснить различия фактически осуществляемых в указанных системах практик судебного правотворчества, что иногда, особенно с учетом интереса судейского сообщества к постулатам реализма (Момотов 2022а: 7), важнее, чем априорные попытки установить между ними точки соприкосновения и потенциальной конвергенции. Наконец, проблема юридического формализма сама по себе глобальна и не чужда любому правопорядку. В конечном счете неготовность прибегать к тщательному анализу сложных ситуаций и брать ответственность за нетривиальное решение, восполняющее недосказанность существующих источников права, вызывает как у американского, так и у континентального судьи схожую реакцию – проще скрыться за буквой прецедента или абстрактной буквой закона. Поэтому ознакомление с проблемами, стоявшими перед одной из самых опытных судебных и правовых систем, и с выработанными ею ответами на вызовы формализма, может быть полезно для расширения границ антиформалистского мышления и осмысления доступных, *mutatis mutandis*, возможностей в стремлении к действительно справедливым и взвешенным правовым решениям.

### БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Груздев В.С. 2021. Реализм в юриспруденции: теоретико-методологический и исторический аспекты : дис. ... д-ра юрид. наук. Москва. 528 с.
- Кони А.Ф. 1989. Избранное. Москва : Советская Россия. 496 с.
- Кони А.Ф. 2018. Закон и справедливость. Статьи и речи. Москва : Эксмо. 640 с.
- Лесив Б.В. 2022а. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве : дис. ... канд. юрид. наук. Москва. 280 с.
- Лесив Б.В. 2022b. Методология судебной проверки дискреционных решений (действий) органов власти в Европе: национальные практики и универсальная ценность // Российская юстиция. № 6. С. 71-80. DOI 10.52433/01316761\_2022\_06\_71
- Лесив Б.В. 2023. Правовой реализм Оливера У. Холмса: учение об онтологии прецедентного права. Москва : Проспект. 296 с.

---

<sup>29</sup> Правовая система России тоже прибегает к творческой деятельности судей для восполнения пробелов в праве и формулированию руководящих обобщений судебной практики (Момотов 2022b). Кроме того, можно говорить о сложившейся практике развития Конституционным Судом РФ созданных им самим правил: рассматривая одну за другой ситуации правовой неопределенности, он опирается на ранее сформулированные правовые позиции, при необходимости раскрывая их смысл применительно к новым ситуациям и развивая тем самым содержание ранее установленных принципов. При этом он исходит из целевой направленности принципов, не ограничиваясь формальными рамками конкретного текста или дела.

Момотов В.В. 2022а. О влиянии судебной практики на развитие российского законодательства: российский опыт в исторической ретроспективе // Российская юстиция. № 9. С. 3-10. DOI 10.52433/01316761\_2022\_09\_03

Момотов В.В. 2022б. Судебное правоприменение и правотворчество в современном российском правовом порядке // Российская юстиция. № 12. С. 11-16. DOI 10.52433/01316761\_2022\_12\_11

Покровский И.А. 1916. «Прагматизм» и «релятивизм» в правосудии // Вестник гражданского права. № 5. С. 18-39.

Тарасов И.Т. 1887. Организация административной юстиции // Юридический вестник. Т. 26, № 9. С. 32-67.

Томсинов В.А. 1993. Юриспруденция в духовной культуре древнего и средневекового общества: историко-сравнительное юридическое исследование : дис. ... д-ра юрид. наук. Гродно. 352 с.

Томсинов В.А. 2010. О сущности явления, называемого «рецепцией римского права» // Виноградов П.Г. Очерки по теории права. Римское право в средневековой Европе. Москва : Зерцало. С. 262-279.

Фролова Е.А. 2017. История политических и правовых учений. Москва : Проспект. 512 с.

Фролова Е.А. 2023. Рациональные основания права: классика и современность. Москва : Проспект. 576 с.

Щегловитов И.Г. 1887. К вопросу о пределах повиновения незаконным распоряжениям и действиям должностных лиц // Юридический вестник. Т. 25, № 5. С. 103-109.

Escorihuela A.L. 2003. Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law // European Journal of International Law. Vol. 14, iss. 4. P. 703-766. DOI 10.1093/ejil/14.4.703

Friedman L. 1987. Civil Wrongs: Personal Injury Law in the Late 19<sup>th</sup> Century // American Bar Foundation Research Journal. Vol. 12, iss. 2-3. P. 351-378. DOI 10.1111/j.1747-4469.1987.tb00541.x

Hoeflich M.H. 1986. Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell // The American Journal of Legal History. Vol. 30, iss. 2. P. 95-121. DOI 10.2307/845705

Holmes O.W. 1870. Codes, and the Arrangement of the Law // The American Law Review. Vol. 5, iss. 1. P. 1-13.

Holmes O.W. 1894. Privilege, Malice, and Intent // Harvard Law Review. Vol. 8, iss. 1. P. 1-14. DOI 10.2307/1322381

Holmes O.W. 1997. The Path of the Law // Harvard Law Review. Vol. 110, iss. 5. P. 991-1009. DOI 10.2307/1342108

Holmes O.W. 2009. The Common Law. Cambridge : The Belknap Press of Harvard University Press. 393 p.

Ingersoll D.E. 1981. American Legal Realism and Sociological Jurisprudence: The Methodological Roots of a Science of Law // Journal of the History of the Behavioral Sciences. Vol. 17, iss. 4. P. 490-503.

Kellog F. 2011. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case // Archiv für Rechts und Sozialphilosophie. Vol. 97, iss. 2. P. 218-223. DOI 10.25162/arsp-2011-0017

Kellog F. 2018. Oliver Wendell Holmes Jr. and Legal Logic. Chicago : University of Chicago Press. 224 p.

Llewellyn K.N. 1935. Holmes // Columbia Law Review. Vol. 35, iss. 4. P. 485-492.

Llewellyn K.N. 2008. The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School. New York : Oxford University Press. 230 p.

- Lobingier C.S. 1946. Precedent in Past and Present Legal Systems // Michigan Law Review. Vol. 44, iss. 6. P. 955-996.
- Miles T.J., Sunstein C.R. 2008. The New Legal Realism // The University of Chicago Law Review. Vol. 75. P. 831-851.
- Posner R.A. 2013. Reflections on Judging. Cambridge ; London : Harvard University Press. 400 p.
- Pound R. 1908. Mechanical Jurisprudence // Columbia Law Review. Vol. 8, iss. 8. P. 605-623. DOI 10.2307/1108954
- Puchta G.F. 1841. *Cursus der Institutionen*. Bd. 1: Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk. Leipzig : Breitkopf und Härtel. 720 s.
- Stevens R. 1983. Law School: Legal Education in America from the 1850's to the 1950's. Chapel Hill : University of North Carolina Press. 334 p.
- Thayer J.B. 1898. A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law. Boston : Little, Brown, and Company. 636 p.

### References

- Escorihuela A.L. Alf Ross: Towards a Realist Critique and Reconstruction of International Law, *European Journal of International Law*, 2003, vol. 14, no. 4, pp. 703-766. DOI 10.1093/ejil/14.4.703
- Friedman L. Civil Wrongs: Personal Injury Law in the Late 19<sup>th</sup> Century, *American Bar Foundation Research Journal*, 1987, vol. 12, no. 2-3, pp. 351-378. DOI 10.1111/j.1747-4469.1987.tb00541.x
- Frolova E.A. *History of Political and Legal Doctrines*, Moscow, Prospekt, 2017, 512 p. (In Russ.).
- Frolova E.A. *Rational Foundations of Law: Classics and Modernity*, Moscow, Prospekt, 2023, 576 p. (In Russ.).
- Gruzdev V.S. *Realism in Jurisprudence: Theoretical, Methodological and Historical Aspects*. D.Sc. thesis, Moscow, 2021, 528 p. (In Russ.).
- Hoeflich M.H. Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell, *The American Journal of Legal History*, 1986, vol. 30, no. 2, pp. 95-121. DOI 10.2307/845705
- Holmes O.W. Codes, and the Arrangement of the Law, *The American Law Review*, 1870, vol. 5, no. 1, pp. 1-13.
- Holmes O.W. Privilege, Malice, and Intent, *Harvard Law Review*, 1894, vol. 8, no. 1, pp. 1-14. DOI 10.2307/1322381
- Holmes O.W. The Common Law, Cambridge, *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2009, 393 p.
- Holmes O.W. The Path of the Law, *Harvard Law Review*, 1997, vol. 110, no. 5, pp. 991-1009. DOI 10.2307/1342108
- Ingersoll D.E. American Legal Realism and Sociological Jurisprudence: The Methodological Roots of a Science of Law, *Journal of the History of the Behavioral Sciences*, 1981, vol. 17, no. 4, pp. 490-503.
- Kellog F. *Oliver Wendell Holmes Jr. and Legal Logic*, Chicago, University of Chicago Press, 2018, 224 p.
- Kellog F. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* [Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy], 2011, vol. 97, no. 2, pp. 218-223. DOI 10.25162/arsp-2011-0017
- Koni A.F. *Law and Justice. Papers and Speeches*, Moscow, Eksmo, 2018, 640 p. (In Russ.).
- Koni A.F. *Selected Works*, Moscow, Sovetskaya Rossiya, 1989, 496 p. (In Russ.).

Lesiv B.V. *Foundations of Legal Realism: O.W. Holmes Jr.'s Doctrine of Judicial Law-Making*. PhD thesis, Moscow, 2022, 280 p. (In Russ.).

Lesiv B.V. Methodology of Judicial Review of Discretionary Decisions (Actions) of Authorities in Europe: National Practices and Universal Value, *Rossijskaya yusticiya* [Russian Justice], 2022, no. 6, pp. 71-80. (In Russ.). DOI 10.52433/01316761\_2022\_06\_71

Lesiv B.V. *O.W. Holmes' Legal Realism: Ontology of the Common Law*, Moscow, Prospekt, 2023, 296 p. (In Russ.).

Llewellyn K.N. Holmes, *Columbia Law Review*, 1935, vol. 35, no. 4, pp. 485-492.

Llewellyn K.N. *The Bramble Bush. The Classic Lectures on the Law and Law School*, New York, Oxford University Press, 2008, 230 p.

Lobingier C.S. Precedent in Past and Present Legal Systems, *Michigan Law Review*, 1946, vol. 44, no. 6, pp. 955-996.

Miles T.J., Sunstein C.R. The New Legal Realism, *The University of Chicago Law Review*, 2008, vol. 75, pp. 831-851.

Momotov V.V. Judicial Law Enforcement and Lawmaking in the Modern Russian Legal Order, *Rossijskaya yusticiya* [Russian Justice], 2022, no. 12, pp. 11-16. (In Russ.). DOI 10.52433/01316761\_2022\_12\_11

Momotov V.V. On the Influence of Judicial Practice on the Development of Russian Legislation: Russian Experience in Historical Retrospect, *Rossijskaya yusticiya* [Russian Justice], 2022, no. 9, pp. 3-10. (In Russ.). DOI 10.52433/01316761\_2022\_09\_03

Pokrovsky I.A. "Pragmatism" and "Relativism" in Justice, *Vestnik grazhdanskogo prava* [Herald of Civil Law], 1916, no. 5, pp. 18-39. (In Russ.).

Posner R.A. *Reflections on Judging*, Cambridge & London, Harvard University Press, 2013, 400 p.

Pound R. Mechanical Jurisprudence, *Columbia Law Review*, 1908, vol. 8, no. 8, pp. 605-623. DOI 10.2307/1108954

Puchta G.F. 1841. *Cursus der Institutionen. Bd. 1: Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des Rechts bey dem römischen Volk* [Lectures on Institutions. Vol. 1: Introduction to Jurisprudence and the History of Roman Law], Leipzig, Breitkopf und Härtel, 720 p. (In German).

Shcheglovitov I.G. On the Issue of Limits of Obedience to Unlawful Orders and Actions of Officials, *Yuridicheskij vestnik* [Legal Herald], 1887, vol. 25, no. 5, pp. 103-109. (In Russ.).

Stevens R. *Law School: Legal Education in America from the 1850's to the 1950's*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1983, 334 p.

Tarasov I.T. Arrangement of Administrative Justice, *Yuridicheskij vestnik* [Legal Herald], 1887, vol. 26, no. 9, pp. 32-67. (In Russ.).

Thayer J.B. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown, and Company, 1898, 636 p.

Tomsinov V.A. *Jurisprudence in Moral Culture of Ancient and Medieval Society: Historical and Comparative Legal Survey*. D.Sc. thesis, Grodno, 1993, 352 p. (In Russ.).

Tomsinov V.A. On the Essence of the Phenomenon called "Reception of Roman Law", *Vinogradov P.G. Essays on Legal Theory. Roman Law in Medieval Europe*, Moscow, Zercalo, 2010, pp. 262-279. (In Russ.).

*ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ*

**Богдан Васильевич Лесив**

кандидат юридических наук, доцент департамента теории права и сравнительного правоведения, научный сотрудник Института исследований национального и сравнительного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»; ассистент кафедры теории государства и права и политологии юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, г. Москва, Россия;  
ORCID: 0000-0001-8085-3983;  
ResearcherID: JPK-0026-2023;  
SPIN-код: 6897-6491;  
E-mail: forbod@bk.ru

*INFORMATION ABOUT THE AUTHOR*

**Bogdan V. Lesiv**

Doctor of Philosophy (Ph.D) in Law, Associate Professor, Department of Legal Theory and Comparative Jurisprudence, Research Fellow, Institute of National and Comparative Legal Studies, National Research University Higher School of Economics (HSE University); Teaching Fellow, Department of Theory of State and Law and Political Science, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia;  
ORCID: 0000-0001-8085-3983;  
ResearcherID: JPK-0026-2023;  
SPIN-code: 6897-6491;  
E-mail: forbod@bk.ru