

**Научная статья****УДК 340.125****DOI: 10.37399/2686-9241.2023.2.43-66**

# Предсказуемость права и предсказание судебных решений в учении О. Холмса

**Богдан Васильевич Лесив***Москва, Российская Федерация**forbod@bk.ru***Аннотация**

*Введение.* В теоретико-исторических правовых исследованиях не угасает интерес к феномену судебного правотворчества и его проявлениям в условиях правовых систем современности. В настоящей статье впервые за долгое время через труды знаменитого судьи О. Холмса прослеживаются предпосылки для рассмотрения права как предсказания принимаемого судом решения и раскрывается действительное содержание предиктивной теории права.

*Теоретические основы. Методы.* Целью настоящей работы является исследование тех элементов сущности прецедентного права и принципов функционирования его системы, которые позволяют прийти к выводу о предсказуемости судебных решений. Для ее достижения решаются следующие задачи: исследовано отношение к источнику права при реалистическом взгляде на онтологию общего права; показывается значение института жюри присяжных в качестве «реза общества» в целях выявления закономерностей правовых отношений; проанализирована презумпция понимания общего права в сравнении с позитивистской презумпцией знания закона; обоснована связь индукции прецедентного права с методологией предсказания судебных решений.

В ходе исследования применялись методы системного анализа, герменевтики, идеографический метод и компаративистский подход.

*Результаты исследования.* В результате проведенного исследования автор пришел к следующим выводам: 1) децентрализованный характер системы прецедентного права и связь ее правовых установок с закономерностями реальной жизни сообщества (практикой и общим опытом отношений) обусловили неприменимость законодательного текста в качестве руководства судебными действиями; 2) выявление указанных закономерностей применительно к конкретным жизненным ситуациям (объективным фактам) с участием жюри – института «высочайшего равенства» и эквивалента среднеблагородного члена сообщества – обеспечивает свойство объективности права и создает условие для возможности его предвидения; 3) феномен судебного правотворчества в системе общего права непосредственно связан с особым пониманием источника права и работы с ним; 4) постепенное накопление выявленных первичных закономерностей и их осмыслинное обобщение судьями (индукция) позволяет установить еще более общую, производную закономерность («общий смысл») и сформулировать более определенное правило для дальнейшего привычного

применения и более удобного предвидения, какое решение примет суд исходя из уже имеющегося опыта.

**Обсуждение и заключение.** Обнаруженная системная связь центральных выводов этой теории с общими наблюдениями о сущности общего права показывает, что особое отношение к источнику права, процессу его формирования и приобретаемые им свойства имеют не меньшее значение для этой теории, чем сам процесс предсказания.

**Ключевые слова:** предсказуемость права, предсказание судебных решений, судебное правотворчество, источник права, прецедентное право, правовой реализм, О. Холмс

**Для цитирования:** Лесив Б. В. Предсказуемость права и предсказание судебных решений в учении О. Холмса // Правосудие/Justice. 2023. Т. 5, № 2. С. 43–66.  
DOI: 10.37399/2686-9241.2023.2.43-66.

## Original article

# Legal Predictability and Prediction of Judicial Decisions in O. W. Holmes' Theory of Law

**Bogdan V. Lesiv**

*Moscow, Russian Federation*

*For correspondence: forbod@bk.ru*

## Abstract

*Introduction.* Legal theorists remain engaged in a discussion on the phenomenon of judicial law-making and its manifestations in modern legal systems. This article through the writings of the famous judge O. W. Holmes, Jr., traces the prerequisites for the conclusion that law is what the court will decide, and the reveals actual content of the predictive theory of law.

*Theoretical Basis. Methods.* The purpose of this article is to research the ontological elements of the common law and the principles of its functioning to ascertain their relationship with the allegation of predictability of judicial decisions. To achieve it, the following tasks are solved: the approach to the source of law has been discovered through a realistic view of the ontology of common law; the role of the jury as a “slice of society” which helps to identify the patterns of legal relations has been described; the realistic presumption of foreseeing the law in comparison with the positivist presumption of knowledge of the law has been analyzed; the correlation of the induction of case law with the methodology of predicting court decisions has been substantiated.

The author used system analysis, hermeneutics, ideographic method and comparative approach as a philosophical basis of the research.

*Results.* As a result of the study, the following conclusions have been reached: 1) decentralized nature of the case law system and the connection of its legal grounds with the patterns distilled from the real life of the community (practice of relations and the general experience) caused the inapplicability of the statutory legislation as a main and direct guide to judicial actions; 2) the correlation of these patterns with specific life situations (objective facts) and their detection via jury trial – the institute of “the highest equality” and the equivalent of an average prudent person – provides the law

with a characteristic of objectivity and creates a primary condition for foreseeing legal demands; 3) the phenomenon of judicial law-making is directly related to a peculiar understanding of the source of law and the mechanism of its distilling; 4) the gradual approximation of detected primary patterns and their thorough generalization by judges (induction) allows us to establish an even more general, derivative pattern ("common sense") and formulate rather clear rule of conduct for further habitual application and more convenient prediction of the decision the court will make with due regard to the accumulated experience.

*Discussion and Conclusion.* The revealed systemic connection of its central conclusions with general observations about the ontology of common law shows that there is a special approach to the source of law, to the process of its formation and its characteristics. This approach is no less important to understand the predictive theory than the prediction process itself.

**Keywords:** legal predictability, prediction of judicial decisions, judicial law-making, source of law, common law, legal realism, O. W. Holmes

**For citation:** Lesiv, B. V., 2023. Legal predictability and prediction of judicial decisions in O. W. Holmes' theory of law. *Pravosudie/Justice*, 5(2), pp. 43–66. DOI: 10.37399/2686-9241.2023.2.43-66.

## Введение

Оливер Холмс, один из известнейших и наиболее уважаемых американских судей, объяснял, что в системе судебного правотворчества – прецедентного общего права (common law) – действует принцип усредненности (он же принцип «уравнивающего обобщения») [Лесив, Б. В., 2022b]. Он имманентно и имплицитно заложен в саму жизнь сообщества людей, появляется вместе с появлением самого человеческого общения (общежития, *sensu lata*) и становится залогом размеренных и спокойных отношений между людьми-в-обществе. Действие этого принципа, поскольку он неотделим от самого общежития, предшествует любому писаному и, тем более, политическому законодательству и обеспечивается не государством как формализованной бюрократической структурой, а «судами, которые ими (т. е. людьми-в-обществе. – Б. Л.) учреждены»<sup>1</sup> [Holmes, O. W., 2009, p. 99]. В этом заключается одно из объяснений самого понятия «общее право», где детерминант «общее» (common) подчеркивает связь правового материала с «общей жизнью обычных людей» и одновременно независимость от формализованных государственных институтов [Лесив, Б. В., 2022a, с. 38–49]. Система общего права, следовательно, является системой **децентрализованной**, поскольку источник ее правовых предписаний – практические (эмпирические) закономерности ежедневного взаимодействия людей друг с другом в ходе возникающих проблемных ситуаций, а не централизованная (односторонняя) воля какого-либо субъекта (правителя / социальной группы / доктринера / толкователя и т. д.). В этом специфика правового **реализма**, акцентирующего внимание *непосредственно на жизни* и возникаю-

<sup>1</sup> Все переводы с английского языка выполнены автором.

щих в ходе ее делах, а не на «мнениях» об этой жизни и этих делах (что имеет место в случае с позитивизмом или натурализмом).

### **Источник права в судебном реализме О. Холмса**

О. Холмс не затрагивает извечный вопрос «естественного состояния», в котором люди находились до начала нормального общения друг с другом, – в его теории мы не найдем, было ли это состояние войны, страха или полной свободы. Согласно описанному им принципу усредненности (*principle of averages*) человек в сообществе окружающих его людей вне зависимости от предшествующих состояний должен вести себя так, как повел бы в этой известной проблемной ситуации (при данных известных фактах) добросовестный рассудительный человек обычного склада ума и взвешенных чувств, а также должен принимать такие меры предосторожности и осмотрительности (заботы), какие способен принять такой человек с учетом всей совокупности релевантных данной проблемной ситуации фактических обстоятельств. *Первая часть* данной «формулы правового реализма» касается объективации первично субъективного (*индивидуального*) интеллектуально-волевого элемента, который становится объективным *по мере накопления* и проявления общего, совместного опыта людей-в-сообществе и отделения данного *общего* (*объективного*) опыта использования интеллектуально-волевых способностей от случайных субъективных чувств и «причуд». *Вторая часть* описанной формулы заключается в том, что определение правомерности поведения (характера и степени проявления интеллектуально-волевого элемента) имеет тесную связь с совокупностью конкретных фактических обстоятельств (*объективной стороной*), в ответ на которые происходит указанная интеллектуально-волевая *реакция* (первый элемент) среднеблагородного человека в виде приложения усилий того или иного рода и степени (правомерное поведение).

Правовой реализм, присущий онтологии общего права, отвергает базальный гнет большинства (или метафизическую «волю народа») в качестве основания вмешательства в частную жизнь и дела человека. Вместо незаурядных «идеалов», которые якобы должны приниматься людьми за истину *без опытной проверки и эмпирического обоснования* просто потому, что презюмируется, а точнее, декларируется их правильность в любом случае (например, суммарная «воля» большинства или религиозно-правовая догма), реализм связывает право с жизнью не через подобные юридические фикции, а через сложный, эмпирически обусловленный и методологически выверенный процесс **обнаружения закономерностей** правовых отношений.

Сам О. Холмс на основе исследования истории и онтологии прецедентного права пришел к такому выводу: «Закон по общему правилу не возлагает на человека ответственность... если, обладая [обыкновенной способностью избегать причинения вреда окружающим], он не мог и не

должен был предвидеть опасность, или, другими словами, если **человек среднестатистического склада** ума и чувства предусмотрительности не будет обвинен в том, что поступил точно так же» [Holms, O. W., 2009, p. 100] (здесь и далее выделено мною. – Б. Л.). В свою очередь признанный исследователь творчества судьи О. Холмса профессор Ф. Келлог объясняет: «По мере того как [Холмс] углублялся в... осмысление общего права, [он] пришел к осознанию того, что не только традиционные формы ограниченной ответственности, но и другие [стандарты] прав и обязанностей... достигались без исследования сознания (состояния разума) обвиняемого. Присяжные применяли **внешний, объективный стандарт поведения, определяемый путем сравнения поведения обвиняемого с поведением среднего разумного** и осмотрительного человека (average reasonable and prudent person). Вместо применения психологического теста к состоянию разума обвиняемого присяжные были вынуждены применять **консенсуальное суждение (стандарт) сообщества к поведению обвиняемого в свете всех имеющихся фактических обстоятельств дела**» [Kellog, F. R., 1987, p. 114].

В такой системе общественные отношения становятся правовыми не в силу внешнего фактора (наличия предписанной правовой нормы), а сами по себе в процессе повседневной общественной практики. Отношение можно назвать правовым, если возникшее социальное противоречие (столкновение интересов) необходимо разрешить так, как обычно в своей жизни поступает миролюбивый рассудительный человек со *средневзвешенными ощущениями себя-в-обществе*, умеренно отстаивая свой интерес и разумно жертвуя им в некоторой степени для сохранения общественного спокойствия (по принципу «эквивалента среднего благородства»). Конечно, в каждой конкретной конфликтной ситуации каждая из сторон заинтересована только в одном исходе – благоприятном для самой себя, а вовсе не в достижении идеалов «среднего благородства». Однако это не отменяет того факта, что, даже преследуя свои корыстные цели, стороны хотя и молчат об этом, но сознательно понимают, у кого действительно больше прав в данных обстоятельствах и как действительно было бы справедливо решить споры исходя из закономерностей обычного течения повседневной жизни,ющей степени осмотрительности и взаимного уважения интересов других лиц, а не только своих собственных. То есть стороны сознательно допускают, что поступили бы определенным образом, если бы они не находились в конфликте (*если бы смотрели на другую сторону не как на врага, а как на себя-самого-в-обществе*). Тогда и стандарт поведения можно считать **заранее известным в момент совершения** того или иного поступка, если преследовать не только свои-собственные цели и ценности, но и принимать во внимание себя-в-обществе.

Такой подход чем-то может напомнить принципы категорического императива И. Канта (и особенно – «поступай так, чтобы ты всегда от-

носился к человечеству и в своем лице, и в лице всякого другого как к цели, и никогда – как к средству) [Фролова, Е. А., 2013, с. 93], но с той разницей, что О. Холмс объявил бесполезным абстрактное применение указанного метода, т. е. проектирование норм права на основе логической интерпретации категорического императива *на перспективу*, указав на необходимость и возможность выявления *реальных (действительных, настоящих – действующих) закономерностей* такого поведения с целью извлечения права из самой жизни, а не логических максим.

По итогам рассуждения о руководящем принципе формирования судебного права О. Холмс пишет: «Принимая во внимание последние размыщения, взятые во взаимосвязи с [принципом усредненности], теперь следует заключить, что закон предполагает или требует от человека обладать *обыкновенной способностью* избегать причинения вреда окружающим (*requires a man to possess ordinary capacity to avoid harming his neighbors*), если только не будет доказана явная и неизбежная неспособность [человека] к этому» [Holmes, O. W., 2009, р. 100]. На протяжении всего цикла лекций по общему праву О. Холмс обращается к этому принципу в качестве первичной структуры правового бытия, подкрепляя рассуждение конкретными примерами: «В определенной степени к знанию применим тот же принцип, что и к пониманию (предвидению). Для здравомыслящего человека (*man of common understanding*) достаточно, если ему известны определенные жизненные обстоятельства, чтобы сделать из них вывод о том, что *обычно* происходит с остальной частью сообщества в данных обстоятельствах. Например, если рабочий на крыше дома в середине дня знает, что пространство под ним – это улица мегаполиса, то ему известны факты, из которых здравомыслящий человек сделал бы вывод, что внизу проходят люди. Следовательно, он тоже обязан сделать этот вывод или, другими словами, несет ответственность в силу знания этого факта, независимо от того, делает ли он такой вывод на самом деле. Если затем он бросит тяжелую балку на улицу, то он совершил действие, которое человек обычной осмотрительности (*person of ordinary prudence*) мог предвидеть в качестве возможной причины смерти или тяжких телесных повреждений; его будут судить именно исходя из того, что он это предвидел, независимо от того, сделал ли он это на самом деле. Если смерть наступила в результате этого действия, он виновен в убийстве. Но если у рабочего есть разумные основания полагать, что пространство внизу – это частный двор, с которого всех выгнали и который используется в качестве мусорной кучи, то его поступок не находит порицания (*is not blameworthy*), а причинение смерти является простым несчастным случаем» [Holmes, O. W., 2009, р. 52].

Следовательно, существование таких «реальных» стандартов среднеблагоразумного поведения – закономерностей нормального со-обще-

ния людей-в-обществе – является **объективной действительностью** с независимой сущностью, которая неперсонифицированно объединяет фактическое *поведение* (*а не мнения*) членов сообщества и которая отрицается или искается лишь тогда, когда субъект начинает добавлять к ней собственные «мнения», пристрастия, предрассудки и предубеждения («причуды», как говорил О. Холмс), т. е. когда превращает ее из сущности объективной в субъективную, манипулятивную. Именно так объективность этих закономерностей отрицается сторонами конфликта в период его острой фазы, хотя они готовы были бы признать ее, если бы речь шла о других людях, на которых они смотрели бы беспристрастно как на себя-в-обществе.

### **Институт жюри как механизм проявления эмпирических закономерностей жизни сообщества и краеугольный элемент судебного правотворчества**

С юридической точки зрения описываемое явление объясняется через естественно-правовой **принцип всеобщего равенства**: когда какой-либо субъект начинает отрицать объективность указанных закономерностей за счет собственных субъективных чувств, эмоций и мнения по этому поводу, тогда он ставит себя и свое мнение выше каждого другого (не только в совокупности, но и в отдельности), нарушая основу разумеренной жизни людей-в-сообществе и их взаимоуважительного добрососедства – принцип равенства. Если бы он этого не делал, а судил бы себя как равного-в-сообществе, то сам пришел бы к незыблемости и неизбежности соответствующей закономерности. Речь идет о **само-ощущении виновности (порицаемости, ощущения «неправды» – «blameworthiness»)** поведения человека в тех или иных жизненных обстоятельствах (не *факта* вины в каком-то формальном составе правонарушения, а *ощущения* виновности, которое испытывается, если человек подходит к себе как к себе-в-сообществе). Термины «виновности» и «неправды» использованы нами, чтобы в условиях специфики континентального правосознания разграничить ощущения относительно уголовных и гражданско-правовых вопросов, хотя в англо-американской юриспруденции понятие blameworthiness может быть общим.

А если это так, то эту объективную действительность (закономерность) можно, образно говоря, «испытать», т. е. сделать **предметом эмпирического (судебного) исследования**, вопрос только в том, как именно. Объективной эта действительность является для «соседей» двух состоявших в конфликте членов сообщества, т. е. для таких же членов сообщества, но не подверженных субъективным чувствам, обусловленным конфликтом. Справедливо предположить, что сторонние наблюдатели хотя и являются точно такими же «обычными» членами сообщества, но для них нет никакого интереса в «выигрыше» одной из конфликтующих сторон. По этой причине онтологической чертой судебного пра-

ва (реального, создаваемого самим обществом и только фиксируемого судьями) является **институт жюри присяжных** [Лесив, Б. В., 2021]. И при этом члены жюри – рядовые члены сообщества, в отличие от судьи, действуют на непрофессиональной основе, что окончательно формирует «обычность» их мироощущения применительно к рассматриваемой ситуации. Они при соблюдении определенных условий и процедур способны решить дело, как это принято говорить, «по справедливости», хотя на самом деле за этим понятием здесь стоит вовсе не та или иная логически разработанная теория справедливости, а конкретное требование решать споры исходя из закономерностей обычной мирной жизни этих людей в сообществе на основе *принципа всеобщего равенства, воплощением которого исторически стал именно институт жюри*.

Так, даже самые древние правовые памятники английского права, например трактат Глэнвилла, подтверждают, что суд присяжных по «Великой ассизе» стал «благим даром», давшим возможность решать споры при помощи «института, проистекающего из наивысшего равенства» вместо судилища-поединка, когда люди калечили и убивали друг друга ради «сомнительного шанса защитить свое законное владение» [Thayer, J. B., 1898, p. 41].

Именно поэтому, как видится судье О. Холмсу на основе исследований многовековой практики судебного общего права, случайно (нетенденциозно) «вырванные» из самой повседневной жизни такие сторонние арбитры, «соседи» (но не «знакомые» или «сведущие»), погруженные в обстоятельства конкретного конфликта интересов, но не имеющие в нем собственного интереса (*смотрящие на другого, как на себя самого*), при соблюдении надлежащих условий и процедур становятся наиболее точным определителем (своего рода «лакмусовой бумагой») закономерностей нормального сообщения людей-в-обществе. Их участие (институт жюри) позволяет **выявить и закрепить такие фактические закономерности**, которые являются частью объективной реальности, но не самоочевидны и не извечно одинаковы, чтобы провозгласить их без специальной проверки.

Право, являющееся результатом такого рода процесса, рассматривается Холмсом как **объективное воплощение усредненных ощущений** в сообществе применительно к конкретным обстоятельствам (с глубоким погружением в такие обстоятельства в качестве присяжных), а не как механически возведенное в закон *мнение* той или иной социальной группы (большинства или меньшинства) на основе абстрактного рассуждения на отвлеченную и непосредственно не затрагивающую самих субъектов рассуждения тематику, без достоверного погружения в факты. Институт жюри поэтому и сконструирован так, чтобы быть «срезом общества» или, словами самого О. Холмса, «**эквивалентом идеального среднестатистического благородного человека**» (*average prudent man*), чье чувство вины или невиновности необходимо для прояснения

права, которое существует в самом обществе (а не в законодательных текстах) и которое берется за основу теста (проверки) правомерности того или иного поведения [Holmes, O. W., 2009, p. 48, 101]. Когда закон неясен (неочевиден, нечеткий – unclear), для прояснения «тумана» судья в системе общего права предпочитает полагаться на совесть и **опыт** жизни-в-сообществе самих членов этого сообщества, **очищенный** от личных предрассудков за счет правила единогласия жюри и жестких процедурных гарантий. В целом к такому же выводу приходит профессор Г. Полман [Pohlman, H. L., 1991, p. 229], один из серьезных исследователей творчества О. Холмса.

Таким образом, **свойство предсказуемости** судебного права, формируемого по описанным принципам, заложено в саму его сущность, поскольку источником права и эмпирической основой для применения «теста среднего благоразумия», согласно наблюдениям О. Холмса, становится именно *жизнь самого сообщества* – объективный кумулятивный опыт всех его членов, ежедневно на протяжении многих лет взаимодействующих друг с другом, который можно исследовать, *a вовсе не субъективный разум или изменчивые убеждения* того или иного обособленного члена сообщества (равно как и группы таких членов, объединенных схожестью убеждений, но по-прежнему состоящей из обособленных членов с собственным субъективным разумом). Стандарт поведения в такой системе координат, как показано, **объективен** (следовательно, предсказуем), формируется самой жизнью за счет приобретения членами конкретного сообщества негативного опыта и чувств (ощущения порицания, неправды) в ответ на *определенные* действия при *определенных* обстоятельствах.

Категорически важно не поддаться подмене понятий, словно имеются в виду субъективные чувства людей, пусть и собранные в совокупность: как если бы, почтав популистские газеты или посмотрев телевизор, большинство людей подумали, что алкоголики неисправимы и нужно их уничтожить (возможно, именно по этим причинам в США присяжным запрещается смотреть телевизор). Нет, в реализме О. Холмса речь идет о чувствах, формируемых именно жизнью (опытом) самих людей (common/general experience), а не воздействием на их психику. Накапливаемый такой опыт взаимодействия членов сообщества друг с другом в процессе решения повседневных дел (обмен благами, предотвращение вреда, взаимовыгодные предприятия и т. д.), который в случае возникновения споров, не поддающихся разрешению самой жизнью (мирным регулированием самими участниками отношений), *объективируется и согласуется* сначала раз за разом двенадцатью членами сообщества, вырванными прямиком из этой жизни («twelve men taken at random from the street»), а затем судьями в процессе постепенного развития прецедентного права и становится «консенсусальным стандартом сообщества».

## Позитивизм и реализм: презумпция знания закона и презумпция понимания (чувствования) закона

Предиктивную теорию права, констатируемого судами, т. е. теорию его предсказуемости (*to predict* – предсказывать), предвосхищает не только вопрос о его объективном источнике. Прямыми условием возможности предсказания (предвидения) судебных решений является свойство определенности этого «живого» права (стабильности, последовательности). Если бы сущность права связывалась с судебными решениями как уникальными актами, случайно выносимыми то здесь, то там и всего лишь решающими конкретную ситуацию «здесь и сейчас» (*res judicata*), не претендя на какое-либо более глобальное значение (*erga omnes*), то вряд ли могла бы здаться речь о возможности их предсказания субъектом заранее (*in advanced*) с целью руководства своим поведением. Как было изложено, судебное право возникает из общих закономерностей последовательно (кумулятивно) накопленного опыта, а закономерность по своей природе противоположна случайности, поэтому уникальность выявляемого при помощи жюри опыта по конкретным делам постепенно растворяется в обнаруживаемой закономерности («консенсуальном стандарте»).

Исследования О. Холмса на теоретико-идеологическом уровне не только **опровергают суждение о неопределенности** феномена общего права, но, более того, за счет этого «рикошетом» отражают претензию неопределенности «демократически создаваемого» парламентского (статутного) законодательства. Предваряя дискуссию о теории «очищения» чувств присяжных для того, чтобы они выражали устойчивый общественный стандарт, а не личные убеждения, О. Холмс так и обосновывает эту необходимость: «В конечном счете теоретически должна обеспечиваться **способность знать норму права заранее**. Когда человека обязывают возместить ущерб, предполагается, что он **нарушил закон**, но также предполагается и то, что он **знал этот закон** (имеется в виду общее право, а не писанный закон. – Б. Л.)» [Holmes, O. W., 2009, р. 101]. То есть теория О. Холмса, будучи построена на анализе работы суда присяжных, в то же время прямо и недвусмысленно предусматривает необходимость определенности и предсказуемости правовой нормы, что, казалось бы, несовместимо с привычным для многих видением «случайного» правосудия присяжных и «неограниченности» судебного правотворчества в целом [Фролова, Е. А., 2021]. При этом важным представляется акцент, сделанный в приведенном наблюдении, подчеркивающий использование судьей понятия «способность знать» норму (*capacity*), а не «возможность знать» (*possibility*). Следовательно, для объективной интерпретации утверждений О. Холмса в данном контексте необходимо учитывать ранее обозначенную совокупность идейных акцентов о принципах работы жюри, которые на теоретическом уровне придают результатам такой работы свойство постоянности, позво-

ляя заранее предвидеть (*предчувствовать*) опыт сообщества, который будет объективирован в вердикте присяжных. Неспроста О. Холмс при описании сущности общего права постоянно обращается к категориям, органично подталкивающим к самой идее о возможности предвидения права, – среднестатистический человек, срез общества, чувство общей (обычной) предусмотрительности и усредненный интеллект (благоразумие), центральным обобщением чего является упомянутый принцип усредненности.

В частности, в главах I–III цикла «Общее право» О. Холмс на примере института юридической ответственности проводит теоретическую линию о том, что человека можно осудить тогда, когда он действует вразрез с известными из самой жизни интересами сообщества. И здесь же мы видим контраст реалистического и позитивистского подходов к критерию знания закона: ведь О. Холмс показывает, что легитимность принудительной силы требований (норм), которые предъявляются к членам сообщества за совершение тех или иных причиняющих вред поступков, основана не на *знании* этих норм из внешних источников, а на *опыте* «нормальной» жизни, т. е. внутреннем ощущении, **доступном каждому** здравомыслящему человеку (в отличие, скажем, от доступности понимания многостраничных текстов специализированного законодательства, написанных жестким и не всегда лаконичным канцеляритом, пусть и заранее опубликованных). Конечно, О. Холмс прямо не противопоставлял концепции внешнего и внутреннего знания закона, однако из сути описываемых в его трудах правовых явлений можно сделать вывод, что знание правовой нормы в его понимании существенно **отличается от позитивистской конструкции презумирования знания закона**. Один из венцов концепций позитивизма – презумпция знания закона – теоретически относится скорее к разряду фикций, нежели презумпций, поскольку субстанциально она ничем не подкрепляется, кроме факта опубликования закона *per se*, и не может быть опровергнута. Напротив, теория О. Холмса не сводит знание закона (общего права) к факту его опубликования (требование опубликования судебных прецедентов появилось относительно недавно и не является всеобщим), а говорит, **во-первых**, о способности любого психически здорового и внимательного человека знать закон, поскольку он (закон) является не изложенным в текстовом формате предписанием, а выражением закономерности опыта среднестатистического среза общества, частью которого является, в том числе, и рассматриваемый субъект; и, **во-вторых**, об обязанности возводить в закон (фиксировать в прецедентах) только такую эмпирическую закономерность и ничего больше.

Получается завершенная система. То есть согласно идеи правового реализма норма существует заранее, но она не предписана и не выведена логически, а вырабатывается самой жизнью (практикой отношений) в сообществе. В процессе судебного разбирательства сообщество

через жюри лишь дает понять, мог ли и должен ли был человек, если он обладает умственными способностями наравне с другими членами сообщества, в конкретных обстоятельствах *предвидеть* ужасность своего поведения и принять те или иные конкретные меры для предотвращения вреда.

В трудах О. Холмса отдельное внимание удалено тому, что именно созерцание, знание и осмысление *конкретных фактических обстоятельств*, имеющих место в повседневной жизни каждого, дает здравомыслящему человеку возможность понять правовое бытие общества в данных обстоятельствах (пример с рабочими на крыше). И это не фикция знания, а презумпция *понимания*, ведь факт понимания из жизненного опыта подтверждается двенадцатью присяжными, причем, как правило, единогласно. К слову, в вопросе отнесения этой правовой конструкции к разряду презумпций, а не фикций важен скорее не столько вопрос подтверждения знания (*понимания*), сколько возможность его опровержения. В отличие от знания текста опубликованного статута, опровергнуть которое можно фактически, знание (*понимание*) реального закона, выявляемого в жизни сообщества, может опровергнуть само жюри, констатировав, что человек не мог и не должен был знать (*предвидеть*) больше, чем он смог в действительности, и, следовательно, не мог (не должен был) действовать иначе в определенной ситуации, исходя из учтенных им фактов и чувства общей (средней) осмотрительности (*благородства*).

На способность понимания (*предвидения*) права в противовес фикции знания изначально влияет реалистическая формула правообразования, конфигурирующая ключевые категории (*источник / принцип – повседневный жизненный опыт / принцип усредненности / жюри присяжных*) таким образом, чтобы правом становились только действительно доступные усредненному члену сообщества жизненные закономерности, – как говорил О. Холмс, «уроки опыта», т. е. несложные правила для предотвращения вреда: «[Чтобы стать объектом правового внимания,] опасность, которую *фактически* несут в себе известные человеку *обстоятельства*, должна быть такого рода, чтобы ее мог *предвидеть* человек обоснованной осмотрительности (*man of reasonable prudence*). На степень порицаемости поступка одинаково влияет как *незнание* фактов, так и неспособность *предвидеть* их последствия. Если нет возможности предвидеть последствия, нет и возможности их избежать. Но есть практическое различие – в то время как в большинстве случаев *вопрос о знании* является вопросом фактического состояния сознания ответчика, *вопрос об объеме* того, что человек мог предвидеть, **определяется с помощью стандарта благородного человека** (*standard of the prudent man*, принцип усредненности. – Б. Л.), **т. е. путем обращения к общему жизненному опыту** (*general experience*)» [Holms, O. W., 2009, p. 53].

Таким образом, вместо автоматического применения фикции знания закона в теории судебно-правового реализма содержание права напрямую зависит от человекоориентированной категории жизненного опыта, т. е. от того, с чем человек реально и постоянно соприкасается (в отличие от законодательных текстов). Тогда противоправность определяется как порицаемость (осуждаемость, ощущение «неправды») действий *не сама по себе в силу факта нарушения формальной нормы закона, а в аналогии с любым другим человеком, использующим опыт повседневной жизни для предвидения опасностей и конфликтов*. Этот опыт как эмпирика правовой материи доступен любому члену сообщества, *во-первых*, по источнику его происхождения, к которому есть доступ у каждого (первичная опора на собственный опыт и опыт своих близких, соседей), и, *во-вторых*, в ситуациях, когда собственного жизненного опыта оказывается недостаточно в какой-либо новой, особенно проблемной жизненной ситуации (возникновение вопросов, с которыми непосредственно субъект раньше не сталкивался, – например, человек впервые получает наследство), тогда на помощь приходит богатый опыт, *накопленный целыми поколениями таких же рядовых членов сообщества в обычных делах, запечатленный и последовательно обобщенный судьями в плеядах судебных прецедентов, пронизывающих единым смыслом всю историю сообщества по тому или иному вопросу (прецедентное право)*. В этом, пожалуй, лучше всего отражается идея О. Холмса о том, что право является «великим антропологическим документом и дверью ко всем теориям, этике, экономике, социологии, теологии или атеологии или, проще говоря, к вашему взору на жизнь и этот мир» [Holms, O. W., 1991, р. 182].

О. Холмс подчеркивает характерный для системы common law принцип констатирования права судом по конкретному делу, который позволяет праву в целом обладать свойством предсказуемости: 1) имеются фактические обстоятельства, опасность (угроза вреда) → 2) причинение вреда, конфликт → 3) определяется релевантная совокупность общего (не единичного) жизненного опыта по аналогичным совокупностям фактов, который выступает реальной (эмпирической) основой для принципа усредненности → 4) к этим фактам и этому опыту применяется формула принципа усредненности, чтобы определить характер и степень предусмотрительности (предвидения) благоразумного человека в таких обстоятельствах (так называемая категория «common sense») → 5) если стандарт, примененный к опыту, покажет, что у благоразумного человека была возможность предвидеть последствия в таких обстоятельствах, то поведение заслуживает порицания (неодобрения) и является неправомерным. Помимо прочего, приведенная цитата Холмса об «общем опыте» дополнительно акцентирует внимание на внешнем (объективном) характере категории «порицание».

Еще одним экстрактом правовой мысли О. Холмса, подтверждающим состоявшиеся выводы, является сформулированная им позиция Верховного Суда США по резонансному делу *Buck v Bell* 274, U. S. 200 (1927)<sup>2</sup>. Фактически позиция указывает на то, что умственно отсталые люди исключены из правовой жизни общества и, следовательно, могут быть угрозой для «безопасности и здоровья нации», поскольку, не давая отчет в своих действиях и не соблюдая стандарты общей жизненной предусмотрительности, они автоматически встают на тропу хаотического и непредсказуемого поведения, в том числе в вопросах причинения вреда окружающим. Если посмотреть на эту позицию, что называется, *contradictio in contrarium*, она подчеркивает красную линию реализма, указывающую, что источником права является рассудительная жизнь обычных людей, понимание устройства человеческого сообщества и чувства основных его правил, уроков опыта взаимодействия людей-в-сообществе. Суть далеко не в том, что умственно обделенный человек не способен прочитать и выучить наизусть законы, а в том, что он *не может почувствовать (понять)* поведенческие грани, связывающие сами по себе автономные действия людей в систему взаимообусловленных отношений, складывающихся в обычной жизни (у них такой жизни нет), и следовать им в своем поведении на свой страх и риск.

На возможность предвидения права влияет не только умственная инвалидность, но и соблазн субъекта отклониться от сложной эмпирической работы в сторону разного рода предрассудков и предубеждений, чему активно потворствуют невежество, демагогия и популизм. Правовую сущность, как упоминалось, составляют только рассудок и убеждения, формируемые опытным путем с закономерностью реального опыта и не имеющие приставки «пред». Поэтому значительное внимание в трудах О. Холмса уделено необходимости «очистить» работу присяжных от их «личных причуд», защитив тем самым «чистые» отношения людей-в-общества от искажения.

Он пишет: «Правило, согласно которому закон в целом устанавливает ответственность в зависимости от порицательного характера (*blameworthiness*) определенного поступка, является ограниченным, поскольку *не допускается учитывать в этих целях изменяющиеся от человека к человеку личностные различия* (*differences of character are not allowed for*). Иными словами, закон предусматривает **только то, что осуждается средневзвешенным человеком**, человеком обычного склада ума и степени предусмотрительности (*average man, the man of ordinary intelligence and prudence*), и устанавливает за это ответственность. Но тот, кто умен и благоразумен (предусмотрителен, осто-

<sup>2</sup> URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/> (дата обращения: 01.05.2023).

рожен), согласно теории права, **не действует под страхом** наказания. Напротив, только тогда, когда он не проявляет предусмотрительности, **на которую способен**, или проявляет ее со злым умыслом, он отвечает за последствия» [Holmes, O. W., 2009, p. 99]. «Но [усредненный человек] – это идеальное существо, представленное присяжными, когда к ним обращаются; его поведение является внешним и объективным стандартом применительно к любому конкретному человеку. С моральной точки зрения человек может быть безупречен, хотя для этого ему не обязательно иметь обычный интеллект или благородство. Но [с правовой точки зрения] этими [минимальными] качествами он обязан обладать на свой страх и риск. Если они у него есть, то он, как правило, не будет нести ответственность за поступки, за которые он не чувствует своей вины» [Holmes, O. W., 2009, p. 48].

Последняя фраза особенно подчеркивает суть *презумпции понимания* и означает, что человеку, добросовестно использующему обычный рассудок или чувство предусмотрительности, не обязательно читать тонны законодательных текстов: он может использовать *собственное чувство вины («неправды») как индикатор правомерности и противоправности*, т. е. способен понимать (чувствовать) право, не зная его наверняка.

Именно объективность (привязанность к известным фактическим обстоятельствам) и внешний характер (общий и *непосредственный* жизненный опыт) делает справедливым требование о соблюдении стандарта любым человеком. Казалось бы, в этом штрихе можно усмотреть сходство реализма с позитивизмом, но это видение ошибочно. Отличие в том, что согласно постулатам реализма человек на свой страх и риск должен соответствовать не чьим-то командам-предписаниям, а реальным ожиданиям своих соседей в привязке к определенным известным жизненным фактам (объективная реальность вокруг человека и оценка того или иного поведения применительно к этим фактам), *которые вправе рассчитывать на его благородство и свою безопасность от возможного вреда*. Эта разница дает теоретические основания рассуждать о презумпции *понимания* закона в противовес презумпции *знания* законодательных текстов.

### **Судебное правотворчество = судебная индукция, а не судейское усмотрение**

Связывая законодательную функцию судов с описанными представлениями о «реальных» источниках права (повседневная жизнь, опыт, отношения → принцип «усредненности» → устойчивое чувство вины, признания, осуждения, «неправды»), О. Холмс логически рассуждал, что если обязательства (гражданские, уголовные) возникают из-за несоблюдения сложившихся в ходе повседневной жизни единобразных «внешних» правил поведения, которые предполагаются заранее известными

и которые каждый «нормальный» (ordinary) человек не только способен, но и должен предвидеть, то рано или поздно появляется возможность достаточно четко («до некоторой степени определенности») сформулировать стандарт поведения (норму).

**«Это, в конечном счете, и является прерогативой (предназначением, ремеслом – business) судебной власти»,** – пишет О. Холмс [Holmes, O. W., 2009, p. 102] и продолжает: «Очевидно, что норма уравнивающего обобщения, согласно которой подсудимый (ответчик) обязан проявлять такую степень осторожности (заботы – care), как это сделал бы среднестатистический благородный человек в определенных обстоятельствах, должна постепенно **уступать место вполне конкретной норме**, согласно которой он обязан применять ту или иную конкретную меру предосторожности при тех или иных конкретных обстоятельствах. Норма, к которой подсудимый (ответчик) должен был прийти своим разумом, является стандартом определенного поведения *в ответ на определенные обстоятельства, в которых он оказался (specific acts or omissions, with reference to the specific circumstances)*» [Holmes, O. W., 2009, p. 102].

По убеждению О. Холмса, по мере накопления опыта решения обычных дел вместе с жюри судьи, в рамках процесса саморазвития механизмов судебной системы, просто вынуждены были развить этот опыт до некоторого относительно определенного умозаключения (четкого правила). А если бы они это не сделали, постоянно полагаясь только на универсальный принцип общей осмотрительности, оставляя «каждое дело, подобно кораблю в открытом море без руля и компаса, на откуп присяжным», то они просто обнаружили бы перед всеми свою собственную неспособность ответить на вопрос о законе, знания которого они требуют от граждан, и тем самым «подтвердили бы косвенно, что из опыта (практики) невозможно извлечь полезный правовой урок».

Эту мысль он подкрепляет простыми **примерами**: если человек стреляет в совершенно пустой прерии и случайно попадает в прохожего, кого там быть не должно, то его поведение очевидно не противоправно (не вызовет чувство виновности-неправды с точки зрения человека среднестатистического благородства); если он делает это на улице города – поведение очевидно противоправно; если человек переходит железнную дорогу, когда поезда не видно за тысячу ярдов, то в случае несчастья (смерти илиувечий) у него или его родственников возникает правомерная надежда на компенсацию; если же он делает это перед приближающимся через 10 футов со скоростью 600 миль/ч поездом – он очевидно действует неблагородно и не может надеяться на правовую поддержку [Holmes, O. W., 1899, p. 458]. По мысли Холмса, в таких простых ситуациях, когда стандарт среднего благородства очевиден из общего опыта жизни сообщества (common sense/experience), **долг судьи – без лишней «суэты» самостоятельно констатировать право**

и принять решение уже без помощи жюри. Миссия судьи в таком случае – избавить общество от ненужных волнений и растраты ресурсов, сократить период правовой неопределенности и разрешить дело быстро и самостоятельно на основе уже накопленной *внушительной базы опыта* жизни сообщества.

О. Холмс справедливо рассуждает, что если система, описанная ранее и основанная на жизни (опыте) в качестве первичного источника права, позволяет любому «нормальному» человеку *заранее предвидеть* правовые чувства сообщества (правомерность или противоправность поведения), т. е. заранее сформировать понимание о стандарте поведения, и если достаточный объем такого опыта *уже накоплен* сообществом (жизнью, практикой, в том числе с присяжными), то судья – человек, который профессионально посвятил себя этому процессу и постоянно работает с жюри, погружаясь в реальные жизненные ситуации, рано или поздно приобретает способность не хуже любого присяжного формулировать этот стандарт и *выражать общее чувство (интерес)* сообщества – здравый смысл (*common sense*) применительно к *повторяющимся* в практике делам (аналогичным фактическим обстоятельствам). О. Холмс подчеркивает, что речь идет не просто о *способности* судьи сделать это: у судьи в силу его должности и призвания должен быть профессиональный *интерес* сделать это. Если фактические обстоятельства дел похожи и не имеют различий принципиального характера (только «поверхностные», несущественные различия фактов), то было бы явно не соответствующим уровню компетенции и высокому предназначению судебской должности постоянное беспорядочное обращение за помощью жюри для определения стандарта поведения в этих обстоятельствах. Вместо этого, как показывает судья О. Холмс, происходит **индуктивное обобщение** опыта сообщества применительно кенным обстоятельствам и **определение «общего смысла» (*common sense*)** всех состоявшихся судебных решений с целью дальнейшего обращения к нему для оперативного разрешения подобных дел и, как следствие, эффективности правосудия (**судебная индукция**). Судья **связан эмпирической базой** и должен лишь методологически выверенно обобщать ее, причем его **исследовательская деятельность** не имеет никакого отношения к формальному праву и «творческому» процессу интерпретации законодательных текстов.

По мере применения «общего смысла» к новым обстоятельствам, которые не меняют его суть, но делают более ясным (точным) в отношении различных вариаций фактических обстоятельств (ситуаций), он дополняется и развивается. Одной из центральных идей реализма О. Холмса является то, что «право последовательно (gradually – постепенно, поэтапно, дело за делом, опыт за опытом. – Б. Л.) обогащает (букв. «наполняет» – enriching) себя [материалом] из повседневной жизни (from daily life), как оно и должно быть» [Holmes, O. W., 2009, p. 110], а судья яв-

ляется неотъемлемым институциональным субъектом этого процесса. «Право – это не наука, но его сущность в опыте (эмпирике – is essentially empirical)» [Holmes, O. W., 1870, p. 4].

**Обобщенные правила** (абстрактные нормы-доктрины) согласно теории правового реализма не могут возникнуть из ниоткуда – из разума, логики, доктринальной этики, политической воли или других априорных источников: они могут быть сформированы только опытным (индуктивным) путем, для чего требуется постепенное накопление соответствующей эмпирической базы, центральное значение в которой имеют конкретные реальные, жизненные ситуации (дела), подвергающиеся независимому и открытому судебному исследованию. Профессор Келлог, рассматривая учение О. Холмса, так говорит об этом: «[Идет] процесс выработки конкретных стандартов поведения в областях, где такие стандарты еще не были отсечены (settled upon) [из разных вариаций common sense по данному вопросу] **путем наращивания** (растягивания, прироста, расширения – growth) **прецедентной практики**» [Kellog, F. R., 1987, p. 114]. «В понимании Холмса, надлежащий **процесс образования** (выведения – derivation) **общих принципов** (абстрактных норм. – Б. Л.) в праве: они формируются постепенно (последовательно – gradually) **с возникновением** (зарождением – in the emergence) **консенсуса из множества предыдущих решений по конкретным делам**» [Kellog, F. R., 1987, p. 108].

Таким образом, особое понимание источника общего права, а также наличие специального способа его исследования, фиксации и дальнейшей обработки являются системообразующими элементами доктрины судебного правотворчества, которая позволила О. Холмсу и другим реалистам прийти к выводу о способности судов самостоятельно констатировать закон. Если нет этих элементов – нет оснований для таких выводов. Именно этот последовательный процесс – от объективного источника к проявлению закономерностей опыта, их пониманию, а затем к индуктивному обобщению – позволяет сделать вывод о возможности предсказания права, которое будет констатировано судом по конкретному делу.

### **Действительный смысл предиктивной теории и задача юриста в системе прецедентного права**

Зачастую считается, что основу предиктивной теории права О. Холмса составляют красноречивые коннотации о «предсказаниях» (predictions) права из лекции «Путь права». Например, одно из центральных: «Таким образом, объектом [юридического] познания является **предсказание**: предсказание того, какие отношения охватываются государственным принуждением посредством механизмов судебной системы» [Holmes, O. W., 1997, p. 991]. Или: «**Предсказания** того, что суды будут делать на самом деле, – вот что я считаю правом, ничего амбициозного» [Holmes, O. W., 1997, p. 994]. На основании этих отрывков многие юри-

сты склонны делать далеко идущие выводы о том, что О. Холмс якобы провозглашал всевластие судей-законодателей или создавал антиутопию, призывая людей не тратить время на глупые рассуждения о законах, – ведь в конечном счете все зависит от воли судьи, которую надо «угадать». Однако с учетом уже изложенного в настоящей статье становится ясно, что эти выводы далеки от истины. Проблема в том, что эти высказывания беспочвенно вырываются из контекста всей общей правовой теории О. Холмса и представляются как теория предсказания судебных решений самих по себе, что можно с уверенностью назвать одним из самых фатальных заблуждений о мыслях знаменитого судьи.

**Содержательную основу предиктивной теории**, скрытую за фразами о «предсказаниях», составляют отраженные в настоящей статье основные положения о первичном источнике права и индуктивном процессе установления его обобщенных форм. «Сужение области (сферы) неопределенности закона» – вот центральное требование, которое О. Холмс предъявлял к праву. Очевидно, что невозможно с точностью предсказать произвольные и ничем не обусловленные действия судей, как и любых других людей. Чтобы что-то предсказать (предвидеть), должна быть материально-эмпирическая основа для мыслительной «предсказательной» деятельности.

**Триада предиктивной теории** такова: первичное состояние права и свойство его объективности, условие возможности предсказания (презумпция понимания) → индукция (сужение неопределенности) → предсказание. Так, и никак иначе – никаких «судей-законодателей»! Речь идет о том, что судьи констатируют право сообщества (выявить, констатировать можно только то, что существует). Таким образом, предсказать требуется право, которое **уже есть** и которое **будет** констатировано судьей. Другими словами, юристу просто необходимо попытаться точно так же, как будет делать судья, **(0)** определиться с существенными фактами дела и провести аналогии, **(1)** произвести процесс индукции, исходя из имеющегося опыта, опираясь точно так, как и судья, на последовательную прогрессию прецедентов, **(2)** провести «линию» ratio, **(3)** объединить их, **(4)** провести «генеральную» линии поблизости, **(5)** выявить консенсуальное суждение сообщества («общий смысл») по данному вопросу, **(6)** применить его к фактам дела.

**Высшим искусством профессионального юриста** считается поэтому отточенный до совершенства навык индуктивной работы с таким опытом (генерализации, обобщения) и способность констатировать консенсуальное суждение, как и судья (это и значит «предвидеть» решение судьи). В системе общего права такой навык юриста жизненно необходим – это залог эффективного консультирования своих клиентов. На контрасте с этим судья О. Холмс объясняет бесполезность юристов, которые лишь выдают клиентам набор абстрактных предположений (мнения) о том, как следует читать ту или иную норму писаного права.

Он называет таких «бездарностями» и пишет: «**Настоящий юрист** видит все связи данного судебного дела со всеми другими. Но идеальных юристов мало, а остальным **надо учиться** своей профессии. Хорошо организованная система права не только будет обучать студента навыкам здраво мыслить в правовом направлении, но и устранит с его дороги все препятствия, которые он **преодолевает только через годы размышлений и накопления опыта**» [Holmes, O. W., 1870, p. 3]. Суть **реализма** в том, что юристы обнаруживают общий смысл, суть правовых принципов для той или иной ситуации, исходя не из знания каких-то текстов, а из опыта правовой жизни, исходя из тренировки «чутъя», «найтия» common sense («знают, как решить дело с учетом данных обстоятельств без детальных познаний в *ratio decidendi*»).

Холмс пишет: «Для юридических целей [субъективное] право – это всего лишь ипостась **предсказания** – воображение блага, подтверждаемое тем фактом, что сила общественного принуждения будет применена к тем, кто совершил действия... противоречащие ему, – точно так, как мы говорим о силе тяготения, объясняющей поведение тел в космосе» [Holmes, O. W., 1918, p. 42]. Но при прочтении этой мысли нельзя забывать одну из важнейших общих идейных линий, пронизывающую большинство работ О. Холмса (и в особенности – статью «Кодексы и принципы организации права»), о том, что юрист в системе common law искусно *просчитывает* закон как то, что уже делали судьи в конкретных ситуациях. Особый акцент поставлен на том, что настоящий юрист делает это не механически, банально меняя цифры и имена в делах и преподнося судье якобы готовое решение «по образцу», а в высшей степени *контекстуально, системно, доктринально* – применяя метод аналогии в широком смысле и выявляя все связи между имевшими место ситуациями и сделанными по ним выводами. Только такое обобщение правового опыта и предсказание его влияния на предстоящее решение является законом, по мысли О. Холмса, а вовсе не абсолютное усмотрение судьи или единственный конкретный прецедент из прошлого.

Таким образом, необходимо четко понимать, что в предиктивной теории речь идет о судьях – не перспективных законодателях, а ретроспективных (не с чистого листа, а на фоне и под условием последовательной прогрессии опыта). **Теория является предиктивной не в перспективном фокусе, а в ретроспективном.** Как прямо указывают исследователи творчества Холмса, закон, по крайней мере в аспекте его приведенных мыслей, представляет собой относительно систематизированный свод авторитетнейших обобщений (**генерализаций**) из **уже имеющегося опыта**, созданных или изданных с целью **направления и координации** поведения и урегулирования или предотвращения споров [Grey, T., 1995, p. 22]. То есть генерализация, как и говорил Холмс, нужна для сужения сферы неопределенности именно с целью предсказания права и возможности руководить своим поведением.

В этом и заключается главный посыл предиктивной теории (а не в концепции «судей-законодателей»)! Так мыслит судья Холмс в знаменитом «Пути права»: «Средствами юриста являются собрания предцедентов, правовые трактаты, законы, <...> имеющие шестисотлетнюю историю и пополняющиеся ежегодно сотнями. В этих пророческих страницах **заключена сила прошлого**, таящаяся в **разрозненных предсказаниях**, когда и где упадет дамоклов меч государства. Гораздо более важно, и это является едва ли не единственным предназначением каждой новой потуги юридического мышления, **сделать эти предсказания более четкими** и обобщить их в досконально взаимосвязанную систему» [Holmes, O. W., 1997, p. 991]. Как раз с этой целью Холмс уделяет в данной лекции огромное внимание, по объему ничуть не уступающее «предсказательным» афоризмам, значению и принципам теоретической деятельности юристов (процесс генерализации). Увы, почему-то часто именно это остается незамеченным «поклонниками» теории предсказаний. С учетом этого проясняется особая **системная связь предиктивной теории Холмса с общими положениями** его теории о реальном источнике права («foresee what an ordinary man of reasonable prudence (prudent and intelligent man) would have foreseen»), объективности выявляемого права («чтобы человек не нес ответственность за последствия, которые никто, за исключением разве что какого-то выдающегося эксперта, **не мог предвидеть**» [Holmes, O. W., 2009, p. 53]).

Профессор Келлог приходит примерно к таким же выводам, нацеливая на учет еще одной детали предиктивной теории: «И это проясняет, что [Холмс] имел в виду, называя право предсказанием решений судов. **Предсказание подразумевает взгляд на правила** не как на установленные конечные границы обязательств и правовых отношений, а как непрерывный процесс их формирования и уточнения» [Kellog, F. R., 1987, p. 115]. Речь идет о процессе «обогащения» и уточнения «общего смысла» по мере применения к новым обстоятельствам, о котором мы говорили ранее. Очевидно, что если бы право сводилось к тому, что все инструкции-команды для граждан и юристов точно прописаны и кроме них в праве ничего нет, то и предсказывать ничего не нужно было бы: *как можно предсказать то, что уже окончательно определено?* Это была бы застывшая сущность права, не требующая от юристов особых талантов для работы с ней, особенно в плане индукции-генерализации. Следовательно, предиктивная теория абсолютно не применима к позитивистским системам, которые на концептуальном уровне устроены на кардинально противоположном, по сравнению с общим правом, принципе, отрицающем последовательное и непрерывное (gradually) развитие и требующем от судей не погружения в индуктивный опыт, а обращения к «действующим», «закрепленным» абстрактным формулировкам закона.

На самом деле поскольку идея реализма в праве заключается в том, что оно «живое», «общественное», «опытное», «последовательное» и не предопределенное (не путать с неопределенным), то предиктивная теория и указывает, что высшее искусство в том, чтобы с учетом обозначенных средств и методов *проследить* в опыте общую очевидную закономерность, направленность юридической мысли, выявить *этот смысловой экстракт* и **«предсказать»**, каким право будет в данный конкретный момент при данных фактических обстоятельствах, т. е. до какой степени, точки оно разовьется в нашем конкретном деле. Холмс говорит «предсказать», но по факту – **констатировать** так же, как судья (дело, как видится, в том, что термин «предсказание» необходимо использовать, поскольку для чистоты теории нельзя назвать эту деятельность обычных юристов констатированием, так как на это есть только власть судей, хотя, по сути, имеется в виду одно и то же).

Таким образом, предиктивная теория права О. Холмса отсылает нас не к «гаданию на кофейной гуще» с акцентом на будущие судебные решения как отправную точку, а к самой сути системы общего права – мышлению аналогиями и принципами, методу индукции и непрерывному процессу обобщения уже имеющегося опыта, *последовательной прогрессии* судебных прецедентов. Осмысляя и объясняя эту суть и делая вывод не только о возможности качественного предсказания созданных в таком процессе конкретных правил поведения, но и о необходимости приведения этих предсказаний в четкую *систему*, О. Холмс, возможно, приоткрывает нам завесу тайны уникальной правовой преемственности, устойчивости, определенности (надежности) и синергии систем общего права, которые существуют уже более 800 лет без жесткого разделения границами государств и формами политического устройства общества.

### **Список источников**

Лесив Б. В. Онтологическая доминанта суда присяжных в англоамериканском праве и ее влияние на правовую доктрину О. Холмса // Юридическая наука: история и современность. 2021. № 4. С. 162–171.

Лесив Б. В. Правовой реализм: доктрина Оливера Холмса о судебном правотворчестве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2022а. 280 с.

Лесив Б. В. Реалистическая философия права О. Холмса: истоки, содержание и интерпретация // Философия права. Очерки : моногр. / под общ. ред. Е. А. Фроловой. М. : Проспект, 2022б. С. 138–160. ISBN: 978-5-392-35956-1.

Фролова Е. А. Этико-правовые проблемы философии права неокантианства // Государство и право. 2013. № 7. С. 93–97.

Фролова Е. А. Рациональные основания права: классика и современность : моногр. М. : Проспект, 2021. 576 с. ISBN: 978-5-392-37850-0.

Grey T. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice // William & Mary Law Review. 1995. Vol. 37, issue 1. P. 19–45.

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

Holmes O. W. Law in Science and Science in Law // Harvard Law Review. 1899. Vol. 12, issue 7. P. 443–463.

Holmes O. W. Natural Law // Harvard Law Review. 1918. Vol. 32, issue 1. P. 40–44.

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

Holmes O. W. The Law // The American Journal of Economics and Sociology. 1991. Vol. 50, issue 2. P. 182.

Holmes O. W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1997. Vol. 110, issue 5. P. 991–1009.

Kellogg F. R. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism // Transactions of the Charles S. Peirce Society. 1987. Vol. 23, issue 1. P. 99–120.

Pohlman H. L. Justice Oliver Wendell Holmes: Free speech and the Living Constitution. New York : New York University Press, 1991. 265 p.

Thayer J. B. A preliminary treatise on evidence at the common law. Boston : Little, Brown, and Co., 1898. 363 p.

## References

- Frolova, E. A., 2013. [Ethical and Legal Issues of Neo-Kantians' Legal Philosophy]. *Gosudarstvo i pravo* = [State and Law], 7, pp. 93–97. (In Russ.)
- Frolova, E. A., 2021. *Racional'nye osnovaniya prava: klassika i sovremenność* = [Rational grounds of law: classics and modernity]. Monograph. Moscow: Prospekt. 576 p. (In Russ.) ISBN: 978-5-392-37850-0.
- Grey, T., 1995. Molecular Motions: The Holmesian Judge in Theory and Practice. *William & Mary Law Review*, 37(1), pp. 19–45.
- Holmes, O. W., 1870. Codes, and the Arrangement of the Law. *The American Law Review*, 5(1), pp. 1–13.
- Holmes, O. W., 1899. Law in Science and Science in Law. *Harvard Law Review*, 12(7), pp. 443–463.
- Holmes, O. W., 1918. Natural Law. *Harvard Law Review*, 32(1), pp. 40–44.

- Holmes, O. W., 1991. The Law. *The American Journal of Economics and Sociology*, 50(2), pp. 182.
- Holmes, O. W., 1997. The Path of the Law. *Harvard Law Review*, 110(5), pp. 991–1009.
- Holmes, O. W., 2009. *The Common Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press. 393 pp.
- Kellogg, F. R., 1987. Holmes, Pragmatism, and the Deconstruction of Utilitarianism. *Transactions of the Charles S. Peirce Society*, 23(1), pp. 99–120.
- Lesiv, B. V., 2021. [The ontological dominant of the jury trial in Anglo-American law and its influence on the legal doctrine of O. Holmes]. *Yuridicheskaya nauka: istoriya i sovremennost'* = [Legal Science: History and Modernity], 4, pp. 162–171. (In Russ.)
- Lesiv, B. V., 2022b. [O. Holmes' realistic philosophy of law: origins, content and interpretation]. In: E. A. Frolova, gen. ed. *Filosofiya prava* = [Philosophy of Law]. Essays. Monograph. Moscow: Prospekt, 2022. Pp. 138–160. (In Russ.) ISBN: 978-5-392-35956-1.
- Lesiv, B. V., 2022a. *Pravovoj realizm: doktrina Olivera Holmsa o sudebnom pravotvorchesvye* = [Legal realism: the doctrine of Oliver Holmes on judicial lawmaking]. Cand. Sci. (Law) Dissertation. Moscow. 280 p. (In Russ.)
- Pohlman, H. L., 1991. *Justice Oliver Wendell Holmes: Free speech and the Living Constitution*. New York: New York University Press. 265 p.
- Thayer, J. B., 1989. *A preliminary treatise on evidence at the common law*. Boston: Little, Brown, and Co. 363 p.

### **Информация об авторе / Information about the author**

**Лесив Богдан Васильевич**, кандидат юридических наук, советник юстиции (Москва, Российская Федерация).

**Bogdan V. Lesiv**, Doctor of Philosophy (Ph. D) in Law, Counsel of Justice (Moscow, Russian Federation).

ORCID: 0000-0001-8085-3983.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares no conflict of interests.

Дата поступления рукописи в редакцию издания: 25.04.2023; дата одобрения после рецензирования: 16.05.2023; дата принятия статьи к опубликованию: 25.05.2023.

Submitted: 25.04.2023; reviewed: 16.05.2023; revised: 25.05.2023.