

ПРАВОВАЯ, ПОЛИТИЧЕСКАЯ И РЕЛИГИОЗНАЯ МЫСЛЬ

КОНЦЕПЦИЯ ПРАВОПОНИМАНИЯ ОЛИВЕРА У. ХОЛМСА (1841–1935)

© 2017 г. Леонид Гарриевич Берлявский¹

Статья посвящена исследованию концепции правопонимания Оливера У. Холмса, члена Верховного суда США на протяжении 30 лет (1902–1932). О. Холмс принял активное участие в реализации реформ преподавания юриспруденции в Гарварде. Его научные работы вошли в так называемый “канон правовой мысли США”. О. Холмс был сторонником концепции “живой Конституции”. Принципиальной особенностью его подхода к интерпретации американской Конституции стало раскрытие общих принципов и ценностей Конституции из принимаемых судебных решений.

The article is devoted to the research of the legal understanding concept by Oliver W. Holmes, an Associate Justice of the USA throughout 30 years (1902–1932). O. Holmes has taken active part in realisation of reforms of teaching of jurisprudence in Harvard. Its scholarly works have entered in so-called “Canon of American Legal Thought of the USA”. O. Holmes was the supporter of the conception “Living Constitution”. Disclosing of the general principles and values of the Constitution from accepted judgements became basic feature of its approach to interpretation of the American Constitution.

Ключевые слова: концепция правопонимания, Верховный суд США, Оливер У. Холмс, канон американской правовой мысли, концепция “живой Конституции”.

Key words: legal understanding concept, United States Supreme Court, Oliver Wendell Holmes, Canon of American Legal Thought, the conception “Living Constitution”.

Оливер Уэнделл Холмс-мл. – видный американский юрист, на протяжении 30 лет (1902–1932) состоявший членом Верховного суда США². Согласно опросу профессоров права, истории и политических наук, проведенному Американской ассоциацией адвокатов (*American Bar Association*), О. Холмса признают одним из четырех самых выдающихся судей этой страны наряду с Дж. Маршаллом, Р.Б. Тони и Л. Брандайзом³. *Journal of Legal Studies* включил О. Холмса в тройку самых цитируемых ученых-правоведов XX столетия⁴. Его вкладу в юридическую науку и практику посвящены многочисленные сочинения американских правоведов, в том числе вышедшие в по-

следние годы исследования К. Холла, Ш. Новик, Р. Коллинза и К. Кашмен и др.⁵ О. Холмс отно-

¹ Профессор кафедры конституционного и муниципального права Ростовского государственного экономического университета “РИНХ”, кандидат юридических наук, доктор исторических наук (E-mail: berlg@yandex.ru). Leonid Berlyavskiy, professor of Law Faculty, Constitutional and Municipal Law Department of Rostov State Economic University “RINH”, PhD in Law, Doctor of History (E-mail: berlg@yandex.ru).

² О. Холмс вышел в отставку в возрасте 90 лет и до сегодняшнего дня считается старейшим судьей Верховного суда США. Его преемник Б.Н. Кардозо назвал Холмса “самым значительным юридическим авторитетом в истории англоязычного мира”.

³ См.: *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States* / Ed-in-chief K.L. Hall; editors, J.W. Ely, Jr., J.B. Grossman. Oxford, New York, 2005. P. 1000.

⁴ См.: *Shapiro F.R.* (2000). *The Most-Cited Legal Scholars // Journal of Legal Studies.* 29 (1). P. 409–426.

⁵ См.: *Abraham H.J.*, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court.* 3d. ed. New York, 1992; *Alschuler A.W.* (2000). *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes* (Chicago); *Brown R.M.* *No Duty to Retreat: Violence and Values in American History and Society* (University of Oklahoma Press, Norman Publishing Division of the University, by arrangement with Oxford University Press, Inc. 1991); *Collins R.K.L., ed.* *The Fundamental Holmes: A Free Speech Chronicle and Reader.* Cambridge, 2010; *Cushman C.* *The Supreme Court Justices: Illustrated Biographies, 1789–1995* (2nd ed.) (Supreme Court Historical Society), (Congressional Quarterly Books, 2001); *Frank J.P.* *The Justices of the United States Supreme Court: Their Lives and Major Opinions* (L. Friedman and F.L. Israel, editors) (Chelsea House Publishers, 1995); *Frankfurter F.* (1916). *The Constitutional Opinions of Justice Holmes.* *Harvard Law Review* 29 (6): 683–702; *Hall K.L., ed.* *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States.* New York, 1992; *Healy Th.* (2013). *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America* (New York: Metropolitan Books); *Kearns G.D.* (2005). *Team of Rivals: The Political Genius of Abraham Lincoln* (New York: Simon & Schuster); *Lerner M., ed.* *The Mind and Faith of Justice Holmes: His Speeches, Essays, Letters and Judicial Opinions.* Boston, 1945; *Lewis A.* *Freedom for the Thought That We Hate: A Biography of the First Amendment.* New York, 2007; *Martin F, S.* and *Goehert R. U.* *The U.S. Supreme Court: A Bibliography* (Congressional Quarterly Books, 1990); *Novick Sh.M.* (2013). *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes* (Boston: Little, Brown and Company; revised and updated Book edition Plunkett Lake Press); *Urofsky M.I.* *The Supreme Court Justices: A Biographical Dictionary.* New York, 1994; etc.

сится к тем редким юристам, мнения которых нередко цитировались в кинофильмах.

Вместе с тем в отечественной научной литературе концепция правопонимания О. Холмса исследована фрагментарно. В энциклопедических словарях, как правило, упоминают только его отца – О. Холмса-ст. (1809–1894), писателя, ученого-медика, рационалиста, критика пуританского кальвинизма, религиозной нетерпимости⁶. В правоведении советского периода определен вклад в разработку проблемы внес В. Г. Каленский⁷. По словам З. М. Черниловского, невольно думается, что оппозиция О. Холмса и Л. Брандайза консервативному большинству Верховного суда “органически вписывается в общую картину американского правосудия как ее неперемный компонент, как семя надежды, как провозвестник будущего, на которое людям свойственно уповать. Так невозможна пьеса, в которой действуют одни отрицательные персонажи. Нужен герой, пусть даже и неудачливый”⁸.

Актуальной представляется комплексная оценка концепции правопонимания Оливера У. Холмса, его участия в реализации реформ преподавания юриспруденции в Гарварде, его научных работ, вошедших в так называемый “канон правовой мысли США”, а также вклада О. Холмса в формирование и развитие теорий конституционной интерпретации в США⁹. Социологическая

юриспруденция, одним из самых видных лидеров которой был О. Холмс, “наибольшее распространение получила в США, где она конкурировала с аналитической юриспруденцией и естественно-правовым направлением”¹⁰.

Для социологической юриспруденции характерно стремление понять право как социальное явление, отражающее закономерные условия социального бытия и относительно независимое от государства. Право с позиций социологического подхода возникает непосредственно в обществе, через отдельные правовые отношения, постепенно складываясь в нормы обычаев и традиций¹¹.

Кроме того, изучение концепций американской школы социологической юриспруденции весьма значимо для российского правоведения в связи с необходимостью объективной оценки влияния на него марксизма как радикального варианта социологической юриспруденции¹².

По мнению специалистов в области истории политических и правовых учений, развивая вслед за О. Холмсом идею о громадной роли внеправовых соображений и обстоятельств в судебном процессе и акцентируя вслед за Фрейдом роль подсознания в этом процессе, американская школа правового реализма по ряду своих догматов и методологических ориентаций может быть воспринята продолжательницей традиций психоло-

⁶ См.: Большой энциклопедический словарь / Гл. ред. А. М. Прохоров. М., 2004. С. 1318.

⁷ См.: Каленский В. Г. Билль о правах в конституционной истории США (Историко-критическое исследование). М., 1983.

⁸ Черниловский З. М. От Маршалла до Уоррена. Очерки истории Верховного суда США. М., 1982. С. 111.

⁹ См.: Берлявский Л. Г. Теории конституционной интерпретации в США // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 10. С. 77, 78; *Его же*. Оригиналистская доктрина в конституционном праве США // Там же. 2012. № 10. С. 68–72; *Его же*. Оригиналистская и ноноригиналистская концепции конституционной интерпретации в США // Журнал рос. права. 2013. № 8. С. 101–108; *Его же*. Концепция “живой Конституции” в Соединенных Штатах Америки // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 2. С. 14–18; *Его же*. Конституционно-правовая концепция Луиса Брандайза (1856–1941) // Гос. и право. 2014. № 7. С. 74–80; *Его же*. Теоретические истоки концепции “живой Конституции” в США // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 11. С. 61–64; *Его же*. Политико-правовая концепция Луиса Брандайза // Политическая концептология: журнал междисциплинарных исследований. 2014. № 3. С. 60–69; *Его же*. Развитие эволюционной концепции конституционной интерпретации // Юрид. вестник РГЭУ “РИНХ”. 2015. № 1–2. С. 12–17; *Его же*. Классификация теорий конституционной интерпретации в США // Правоведение. 2015. № 2. С. 64–87; *Его же*. Луис Брандайз и развитие конституционного права Соединенных Штатов Америки. М., 2016.

¹⁰ История политических и правовых учений / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2003. С. 681.

¹¹ См.: Поляков А. В., Тимошина Е. В. Общая теория права. СПб., 2005. С. 48.

¹² В частности, В. М. Сырых считает, что в советском варианте общей теории права влияние марксизма более или менее явственно ощущалось лишь при трактовке вопросов, связанных с причинами и закономерностями возникновения права, его историческим развитием, типологией и классовой природой. Остальные проблемы общей теории права (источники, система права, правоотношения, реализация права, правонарушение, юридическая ответственность и др.) интерпретировались с традиционных позитивистских позиций, основанных на главном постулате позитивизма, что позитивный закон и есть действительное, единственно возможное реальное право. С методологических позиций данная констатация привлекает внимание и тем, что служит поводом для оценки марксизма и позитивизма как противостоящих гносеологических установок правовой науки, конкурирующих подходов к праву, несовместимых в рамках одной теоретической дисциплины. “Но можно ли, – задается в связи с этим риторический вопрос, – такое эклектическое соединение марксизма с позитивизмом, конгломерат принципиально противоположных правовых учений всерьез воспринимать и выдавать за подлинную науку, за систему объективных, подлинно научных знаний о предмете общей теории права? Советские авторы не только полагали, что можно, но и неукоснительно верили в это” (см.: Сырых В. М. Логические основания общей теории права. В 2-х т. Т. 1. Элементный состав. М., 2000. С. 17).

гической трактовки права¹³. Подобные выводы нуждаются в уточнении и дополнении. Как убедительно показал В. Титов, “ничто в текстах Холмса не дает возможности признать его сторонником судебного психоанализа”¹⁴.

Школа правового реализма – это теоретическая оппозиция школе юридического позитивизма. Представители школы правового реализма скептически относятся к “нормам на бумаге”. Право для них состоит не из правил (закон и прецедент – это всегда правила), а представляет собой: деятельность лиц по разрешению конфликтов; решения судей и других администраторов по конкретным делам¹⁵.

При этом ряд ученых говорят об О. Холмсе как об американском судье и правоведе, являющемся учеником и приверженцем Р. Паунда (1870–1954), развившем положение о решающем значении практической целесообразности в судебных делах (В. П. Казимирчук, В. Н. Ксенофонов, В. Н. Кудрявцев, Ю. В. Тихонравов, В. А. Туманов). Другие авторы, наоборот, утверждают, что Холмс оказал влияние на Паунда (В. В. Лапаева отмечает, что Паундом были развиты некоторые тезисы Холмса). Как считает Г. Э. Адыгезалова, в данном случае можно говорить о взаимовлиянии двух ученых, относящихся к так называемой гарвардской школе права, каждый из которых в ходе научной и практической деятельности сформировал свою правовую теорию. “Неудивительно, что взгляды Холмса и Паунда перекликаются и имеют общую основу – прагматизм”¹⁶.

На формирование правовой концепции О. Холмса существенное воздействие оказали факты его биографии. С начала 50-х годов XIX в. он стал активным участником движения аболиционистов. В первые дни Гражданской войны между Севером и Югом Холмс оставил обучение в университете и ушел добровольцем на фронт. В армии северян он провоевал на передовой четыре года, дослужился до звания подполковника, был неоднократно ранен. Как утверждают его биографы, военный опыт сказался на формировании теоретических представлений О. Холмса о насильственной природе любой власти, в том числе государственной. Позднее Холмс развил на этой базе свою позитивистскую теорию права, отвергающую как дого-

сударственные формы естественного права, так и любые формы правового романтизма.

По окончании войны О. Холмс приступил к юридической практике в Бостоне, сочетая ее с научными изысканиями. В 1870 г. он приступает к изданию журнала *American Law Review*, а в 1882 г. становится профессором права в Гарвардском университете и одновременно судьей Верховного суда штата Массачусетс. В это время юридический факультет Гарварда (*Harvard Law School*) переживал подлинную революцию в преподавании права, инициированную его деканом К. К. Лангделлом. Причины реформ коренились в критической ситуации с обучением юриспруденции, сложившейся в 1860-х годах и хорошо описанной О. Холмсом, который охарактеризовал тогдашнее гарвардское правоведение как “мешок деталей”, а условия обучения на факультете он назвал позорящими штат Массачусетс и способными разочаровать настоящих студентов. Хорошо осознавая это, Лангделл провозгласил право “наукой, состоящей из определенных принципов и доктрин. Для того чтобы овладеть правом, следует научиться применять его с легкостью и уверенностью к самым запутанным человеческим отношениям. В этом состоит задача юриста и цель каждого серьезного студента-правоведа”¹⁷.

Реформы в преподавании права в Гарварде, активное участие в реализации которых принял О. Холмс, стали предметом изучения историков американской юриспруденции¹⁸. Конкретно заключались они в следующем:

механическое заучивание на память, зубрежка статей законов и “мертвой буквы” судебных прецедентов были заменены интерактивными методами обучения, в частности методом Сократа, дискуссиями, критическим анализом казусов и реальных судебных дел;

к обучению стали привлекаться видные практики судопроизводства, например бывший председатель Верховного суда штата Род-Айленд Ч. С. Брэдли, сочетавший обучение принципам общего права с юриспруденцией, основанной на естественно-правовых основах (“*natural justice*”);

поощрялось участие студентов в учебных судебных процессах (*moot courts*)¹⁹.

¹³ См.: История политических и правовых учений / Под ред. В. С. Нерсесянца. С. 687.

¹⁴ Титов В. Теоретичні погляди Олівера Венделла Холмса молодшого // Вісник. 2010. № 3 (62). С. 138.

¹⁵ См.: Мачин И. Ф. История политических и правовых учений. М., 2003. С. 214.

¹⁶ Адыгезалова Г. Э. Оливер Уэнделл Холмс // Правоведение. 2006. № 5. С. 185.

¹⁷ Urofsk M. I. Louis D. Brandeis: A Life. Ch. 1 (Pantheon Books, 2009).

¹⁸ См.: Sutherland A. E. The Law at Harvard: A History of Ideas and Men, 1817–1967. Ch. 6. Cambridge, 1967; Warren Ch. History of the Harvard Law School and of Early Legal Conditions in America. 2 vols. Ch. 43. New York, 1908; Stevens R. Law School: Legal Education in America from the 1850s to the 1980s. Ch. 2–4 (Chapel Hill, N.C., 1983).

¹⁹ См.: Vile J. R. Op. cit. P. 122.

В 1881 г. О. Холмс обобщил результаты своих исследований в капитальном труде “Общее право”. Его научные работы, как было отмечено ранее, вошли в так называемый “канон правовой мысли США”²⁰, в который включено около 20 произведений классиков американской юриспруденции. Сочинения Холмса указываются на первом месте в разделе “Атака на прежний порядок” (1900–1940) среди исследований У. Хофилда, Р. Хейла, Дж. Дьюи, К. Ллевелина, Ф. Коэна²¹. В этой связи К. Спиллинджер в своей публикации “Прочитывая юридический канон” отмечал, что американский конституционализм характеризуется не только своим влиянием на политику, но и тем, что опирается на авторитет прошлого²².

В 1902 г. О. Холмс становится судьей Верховного суда США. Практически тогда же классик российской школы конституционной компаративистики М. М. Ковалевский задавался вопросом: не существует ли в правовом государстве каких-либо гарантий против отмены законодательством обеспеченных конституцией публичных прав? Вывод его был однозначен и сводился к тому, что “такого стража знает пока лишь Конституция Соединенных Штатов в лице высшего федерального судилища и подчиненных ему инстанций. Задачей этого учреждения является, между прочим, судебное разбирательство по жалобам заинтересованных лиц вопросов о конституционности или неконституционности законов, изданных Конгрессом и представительными палатами отдельных штатов”. Подобные гарантии М. М. Ковалевский считал желательными в государствах континентальной Европы, где “практика свободных учреждений” непродолжительна и “независимость судов не вполне обеспечена”²³.

О. Холмс входил в число американских правоведов, которые были сторонниками концеп-

ции “живой Конституции”, основывавшейся на идее социальных изменений, эволюции правовой системы и Основного закона²⁴. “Живой конституционализм” требует, чтобы споры по конституционным вопросам, по словам О. У. Холмса, “разрешались с учетом целостного опыта, а не только на основании того, что было сказано по этому поводу сто лет назад”²⁵.

В деле *Missouri v. Holland* (1920) О. Холмс дал следующее определение “живой Конституции”: “Когда мы имеем дело с набором слов, из которых состоит акт, подобный Конституции Соединенных Штатов, мы должны понять, что они вызвали к жизни явление, развитие которого не могли предвидеть даже наиболее одаренные из его создателей. Им достаточно было понимания либо надежды, что ими был создан живой организм. Потребовалось много пота и крови на протяжении столетия, чтобы доказать, что они создали нацию”²⁶.

Историк американского права Ч. Бирд писал, что “Конституция на практике является живым существом”²⁷. По мнению А. С. Миллера, Конституция – “живой документ”²⁸. Дж. Тайлер характеризовал Конституцию в качестве органической²⁹. Прогрессисты популяризировали данную концепцию³⁰. Современные теоретики американского права, в частности К. Виттингтон, склонны ее поддерживать³¹.

Как утверждает в фундаментальной “Энциклопедии американской Конституции”, на формирование концепции “живой Конституции” оказали влияние следующие факторы: влияние дарвинизма и философии прагматизма на традиционную конституционную теорию; недовольство консервативной и сохраняющей свое влияние ориентации на “первоначальное намерение” (*original intent*), заложенное в Конституции; вызванное индустриализацией в начале XX в. растущее стремление населения к политическим

²⁰ См.: *The Canon of American Legal Thought* / Ed. by D. Kennedy and W. W. Fischer. Princeton, 2006.

²¹ См.: *Holmes O. W. The Path of the Law*. 10 *Harvard Law Review* 457 (1897); *Hohfeld W. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* // 23 *Yale Law Journal* 16 (1913); *Hale R. Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State*. 38 *Political Science Quarterly* 470 (1923); *Dewey J. Logical Method and Law*. 10 *Cornell Law Quarterly* 17 (1924); *Llewellyn K. Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound*. 44 *Harvard Law Review* 1222 (1931); *Cohen F. Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. 35 *Columbia Law Review* 809 (1935).

²² См.: *Spillenger C. Reading the Judicial Canon: Alexander Bickel and the Book of Brandeis* // *The Journal of American History* (June 1992). P. 125.

²³ Предисловие к рус. пер. Максима Ковалевского // *Вильсон В. Государство. Прошлое и настоящее конституционных учреждений*. М., 1905. С. XXXVII.

²⁴ См.: *Ackerman B. The “Living” Constitution*. *Harvard Law Review*, 2007. No 7. P. 1796, 1797, 1801.

²⁵ Quot.: *Winkler A. A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the “Living” Constitution*. Vol. 76 (New York, Law Review). P. 1456, 1463.

²⁶ 252 U.S. 416 (1920), 433.

²⁷ *Beard Ch. The “Living” Constitution*, 185 *ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI.* 29, 31 (1936).

²⁸ *Miller A.S. Notes on the Concept of the “Living” Constitution*, 31 *GEO. WASH. L. REV.* 881, 884 (1963).

²⁹ См.: *Thayer J.B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 *HARV. L. REV.* 129 (1893).

³⁰ См.: *Gillman H. The Collapse of Constitutional Originalism*, 11 *STUD. AM. POL. DEV.* 191, 215 (1997).

³¹ См.: *Whittington K.E. It’s Alive The Persistence of the Constitution*, 11 *GOOD SOC’Y* 8, 9 (2002).

реформам, которое выливалось в недовольство институтами, свойственными XVIII в.³²

Эволюционная модель конституционализма во многом базировалась на приложении теории Ч. Дарвина к правоведению. В своей монографии “Конституционное государство в Соединенных Штатах” профессор государственного права и будущий президент США В. Вильсон (1856–1924) утверждал, что, хотя “отцы-основатели” верили в то, что политика подчиняется законам механики и Конституция “отражает законы природы”, мы начинаем понимать, что “общество – это живой организм, который должен подчиняться законам жизни, а не механики”. Стремлением прогрессистов в эпоху развития, эволюции было “интерпретировать Конституцию согласно дарвиновским принципам; они признавали, поскольку исходили из того факта, что государство – это живой организм, а не машина”. Как полагал В. Вильсон, “государственное устройство Соединенных Штатов строилось на основе либеральной теории политической динамики, которая в неявной форме копировала теорию Вселенной Ньютона. В наши дни что бы мы ни обсуждали – природу или общество – мы сознательно либо бессознательно следуем за мистером Дарвином”³³.

Концепция “живого права”, ставшая влиятельной в период Нового курса, опиралась во многом на идеи О.У. Холмса³⁴. Его монография “Общее право” до настоящего времени считается одним из немногих фундаментальных сочинений, написанных практикующим юристом. В данном труде Холмс доказывал, что “право развивается всегда и никогда не пребывает в состоянии покоя. Оно, с одной стороны, адаптируется к новым принципам, почерпнутым из жизни, и, с другой стороны,

сохраняет верность прежним принципам, протекающим из истории”³⁵.

Рассматривая дело *Gompers v. United States* (1914), Холмс утверждал, что нормы Конституции являются “органическими, живыми институтами”³⁶. В работе “Право в науке и наука в праве” склонявшийся к социал-дарвинизму Холмс сравнивал развитие правовых концепций с “борьбой за существование между конкурирующими идеями”³⁷.

Подобные теоретические приложения О. Холмса к судебной практике иногда приобретали крайние формы. Именно он является автором решения Верховного суда США по делу *Buck v. Bell* (1927), которое подтвердило законность статута о принудительной стерилизации “неполноценных” людей, включая умственно отсталых с целью “защиты и здоровья нации”³⁸. Крайне спорный вывод этого видного американского государственоведа о том, что “трех поколений имбецилов достаточно”, был процитирован в речи адвоката Рольфа в фильме С. Крамера “Нюрнбергский процесс” (1961).

Холмс подчеркивал значение правосознания общества для адекватного функционирования юридических норм. В этой связи ученый обращал внимание на такие факторы, как насущные потребности эпохи, доминирующие моральные и политические теории, институты публичной политики, даже предрассудки, которые судья разделяет со своими современниками. Все они оказывают большее влияние на право, чем силлогизмы, определяющие правила, по которым надо управлять человеком. Право выступает одновременно как продукт истории развития нации за столетия и как результат современных трактовок законодательства. На пересечении этих двух линий возникает так называемое общепризнанное понимание права, характерное для каждой конкретной эпохи и наделенное своей спецификой³⁹.

Руководствуясь данной философией права, О. Холмс сформулировал особый подход к интерпретации американской Конституции. Его принципиальной особенностью является раскрытие

³² См.: Encyclopedia of the American Constitution / Ed. by L. W. Levy and K. Karst. 2nd ed. /A. Winkler, associate editor for the second edition. N. Y., 2000. P. 1632, 1633.

³³ Wilson W. Constitutional Government in the United States. New York, 1908. P. 54, 55.

³⁴ См.: Holmes O. W. (1995). The Collected Works of Justice Holmes (Sh. M. Novick, ed.) (Chicago: University of Chicago Press); Alschuler A. W. (2000). Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes (Chicago: University of Chicago Press); Frankfurter F. (1916). The Constitutional Opinions of Justice Holmes. Harvard Law Review 29 (6): 683–702; Novick Sh. M. (1989). Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes (Boston: Little, Brown and Company); Posner R. A., ed. (1992). The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Other Writings of Oliver Wendell Holmes (Jr. University of Chicago Press); Collins R. K. L., ed. The Fundamental Holmes: A Free Speech Chronicle and Reader. Cambridge, 2010.

³⁵ Holmes O. W. (2011). The Common Law (Toronto: University of Toronto Law School). P. 32.

³⁶ Gompers v. United States, 233 U.S. 604, 610 (1914).

³⁷ Holmes O. Law in Science and Science in Law, 12 Harv. L. Rev. 443 (1899), 449.

³⁸ Buck v. Bell, 274 U.S. 200 (1927). Данное решение Верховного суда США не отменено до настоящего времени, несмотря на критику со стороны судов штатов и представителей судейского сообщества (см.: Jeffrey F. G. Validity of statutes authorizing asexualization or sterilization of criminals or mental defectives, 53 A.L.R.3d 960).

³⁹ См.: Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. М., 2005. С. 70, 71.

общих принципов и ценностей Конституции из принимаемых судебных решений. В изолированном виде можно увидеть в Конституции только структуры правления и очень мало общих принципов права. Речь идет о том, чтобы выявить фундаментальные принципы общего права, модифицированные в некоторых отношениях специфическим языком Конституции⁴⁰.

В деле *Missouri v. Holland* (1920) О. Холмс утверждал, что текст Конституции «породил существо, развитие которого совершенно невозможно было предвидеть самым одаренным из отцов-основателей. С точки зрения этого “организма” следует рассматривать дело в свете нашего целостного опыта, а не с точки зрения того, что было сказано сто лет тому назад»⁴¹.

В деле *Lochner v. New York*, открывшем целую эпоху в истории американской юриспруденции, “Верховный суд был поставлен перед необходимостью выразить свое отношение к статуту названного штата, которым запрещался более чем 10-часовой рабочий день в хлебопекарнях и прачечных. В качестве мотива закон ссылался на интересы работниц и клиентов. Провоцируя власти, Лохнер дважды нарушил статут, за что был оштрафован”. Ища повод к удовлетворению иска, судьи поставили вопрос: является ли разумным и приемлемым “произвольное вмешательство властей в право личности”? В защиту нью-йоркского Закона выступил О. Холмс. Не игнорируя Конституции, он предложил такую ее интерпретацию, которая отвечала бы новой экономической ситуации, новым социальным учениям, позволила бы законодателю идти вслед за тем, что для передовых государств Европы было уже свершившимся фактом. Конституция, написал Холмс в своем особом мнении, не включает в себе никакой частной экономической теории, а значит, все, что должны обсуждать суды, сводится к тому, запрещает ли Конституция ту или иную меру в частном праве или не запрещает. Главным оппонентом Холмса в деле Лохнера оказался судья Бривер, с именем которого связывается окончательное формулирование так называемой *freedom – contract formula*, т.е. доктрины договора, свободного от правительственного контроля. “Патерналистская концепция, – говорил Бривер, – представляется одиозной. Совершенная свобода личности и все возможное в интересах защиты ее самой и собственности есть одновременно с тем и ее ограничение, и забота правительственной власти”⁴².

Как справедливо отмечал В. Г. Каленский, с социологической юриспруденцией и школой правового реализма связаны некоторые прогрессивные тенденции в развитии конституционной доктрины гражданских свобод. Л. Брандайс, например, еще в 1900 г. выступил в защиту личности от беззастенчивого вмешательства бульварной прессы в интимную жизнь человека, сформулировав принцип “права прайвеси” (*right of privacy*). О. Холмс и Л. Брандайс были яркими сторонниками “инкорпорации” федерального Билля о правах, т.е. распространения его гарантий на взаимоотношения граждан с властями штатов⁴³.

Современник О. Холмса К. Оливекрона писал, что в американской школе права некоторые писатели, возглавляемые судьей Холмсом и деканом Р. Паундом, делают сильный акцент на том, что судьи в противоположность старой теории действительно “создают право”⁴⁴.

Правовая концепция американской социологической юриспруденции XX в. аккумулировала многие идеи европейской правовой мысли. Это, во-первых, формула безусловного нравственного веления (категорический императив), предложенная И. Кантом. Во-вторых, идея интереса, выраженного в праве, разработанная немецким юристом Р. Иерингом. В-третьих, один из основных признаков утилитаризма, сформулированный Дж. Бентамом, в соответствии с которым в обществе должно достигаться “наибольшее счастье наибольшего количества людей”. В-четвертых, идея “живого права” Е. Эрлиха. Отмечается также влияние теории естественного права, оказанное на формирование взглядов американских правоведов. Сходство идей, выдвигаемых представителями различных правовых школ, указывает на универсальный характер политических и правовых учений, что объясняется одинаковыми по своей сути процессами развития общества⁴⁵.

В русле идей, обозначенных Е. Эрлихом, развивались концепции, разрабатывавшиеся в американской школе социологической юриспруденции. Признанный глава этой школы Р. Паунд в работе с характерным названием “Право в книгах и право в действии” определял право как правопорядок, который складывается на практике главным образом под влиянием решений, принимаемых судами и администрацией. На его концепцию права

⁴³ См.: Каленский В. Г. Указ. соч. С. 108.

⁴⁴ Оливекрона К. Право как факт / Пер. с англ. // Росс. ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 749.

⁴⁵ См.: Адыгезалова Г. Э. Правовая концепция американской социологической юриспруденции XX века (Роско Паунд, Толкотт Пврсонс и Гарри Бреддемейер). Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 15, 16.

⁴⁰ См.: там же. С. 71.

⁴¹ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920).

⁴² Черниловский З. М. Указ. соч. С. 102, 103.

повлияли идеи О. Холмса, трактовавшего право как своего рода предсказание решений, которые примут судьи по тем или иным делам. Их подход к пониманию права ориентировал правоприменителей на необходимость выхода за рамки застывших законодательных норм в поисках более гибких правовых решений, полнее отвечающих сложным и постоянно меняющимся жизненным обстоятельствам. Эти общие для американской социологической юриспруденции идеи особенно активно поддерживались и развивались представителями школы “реалистов”, которая сложилась в США в первой половине XX в. Сторонники этого направления социологической юриспруденции в духе положений “свободного права” утверждали, что закон, будучи всего лишь исходным материалом, предоставленным в распоряжение судей, приобретает правовое значение лишь тогда, когда он истолкован судом и, следовательно, принял форму прецедента⁴⁶.

Российско-французский правовед Г.Д. Гурвич более категоричен в оценке влияния О. Холмса на развитие правового реализма. С его точки зрения, Холмс обозначил то, что проф. Аронсон удачно назвал “социологическим восстанием в юриспруденции” Соединенных Штатов. Отрицая с равным рвением как логически-аналитические, так и исторические школы, Холмс настаивал на необходимости использования юристами беспристрастного эмпирического изучения живой и фактической социальной действительности, что имеет место в социальных науках, особенно в самой социологии⁴⁷.

Г.Д. Гурвич предпринял попытку ответить на вопрос: «Что же послужило причиной того, что идеи Холмса вдохновили не только представителей “социологической юриспруденции” (Паунда, Кардозо, Брандайза, Франкфуртера и др.), но и в равной степени приверженцев “юридического реализма”, которые придерживаются исключительно описания “официального поведения” – того, что судьи делают “и решают в каждом конкретном случае и что даже философ, противник бихевиоризма”, чувствует себя “обязанным обвинить Холмса в уступках этому искушению”?»». В этом плане Гурвич выделил три элемента концепции Холмса, которые подтолкнули его в направлении, противоположном первоначальному замыслу.

Во-первых, определение не только юриспруденции, но и самого права как “предсказания того,

что будут делать судьи”, ограничило обширную программу правовой социологии, концентрируя внимание Холмса на описании одного-единственного глубинного уровня социальной действительности права – права, связанного с деятельностью судов. В то же время настойчивость Холмса на полной независимости права от нравственного убеждения вследствие как чисто технической роли права, так и исключительно индивидуалистической интерпретации нравственности позволила неверно истолковать положения Холмса. Наконец, отождествление права и юриспруденции, где последняя расценивается только как обобщение первого, повлекло за собой недостаточную ясность по поводу взаимоотношений юриспруденции и юридической социологии, которые Холмс был склонен соотносить друг с другом. “Желая сделать юриспруденцию (которая является искусством) дескриптивной наукой в узком смысле этого слова, Холмс скорее невольно преобразовал подлинную науку юридической социологии в искусство, устраняя при этом цели настоящего искусства юриспруденции”⁴⁸.

Г. Паркс пришел к выводу, что в конце XIX в. американские юристы – члены Верховного суда США О.У. Холмс-мл., Л. Брандайз и Б. Кардозо, а также декан Гарвардской школы права Р. Паунд развивали идею о том, что право – это больше, чем о нем пишут в книгах, обосновывали расширительное понимание ценности права. Они пришли к выводу о том, что внеправовые факторы углубляют наше понимание права. Каждый из них стал основоположником правового реализма – направления в юриспруденции, которое начало преобладать в середине XX столетия⁴⁹.

Вместе с тем в их среде не было единства мнений. В частности, Д. Страус делает акцент на идентичности позиций Л. Брандайза и О. Холмса, зачастую упоминая “особые мнения Холмса – Брандайза”⁵⁰. С. Коневски, М. Урофски, Ф. Струм склонны видеть в большей степени различия во взглядах двух выдающихся судей Верховного суда США⁵¹. Судья Апелляционного суда 7-го округа и профессор Чикагской школы права Р. Познер обращает внимание на то, что подобно О. Холмсу Л. Брандайз был прежде всего сторон-

⁴⁸ Там же. С. 675.

⁴⁹ См.: Parks G.S. Toward a Critical Race Realism // Cornell Journal of Law and Public Policy. 17 (2008): 689.

⁵⁰ Strauss D. The living Constitution. P. 58, 64, 65, 68, 71–75.

⁵¹ См.: Konefsky S. The Legacy of Holmes & Brandeis: A Study in the Influence of Ideas. Ch. 9–10. N.Y., 1956; Strum Ph. Louis D. Brandeis: Justice for the People. Cambridge, 1984. P. 314–322, 335; Urofsky M. Mind of One Piece: Brandeis and American Reform. N.Y., 1971. P. 141–147.

⁴⁶ См.: Ланаева В.В. Типы правопонимания: правовая теория и практика. М., 2012. С. 64, 65.

⁴⁷ См.: Гурвич Г.Д. Философия и социология права. Избр. соч. / Пер. с фр. СПб., 2004. С. 674.

ником правового реализма. Однако, в отличие от Холмса, южанин Брандайс откровенно выражал свои политические пристрастия в духе Джефферсона: враждебность финансовым институтам, торговым сетям, крупному бизнесу в целом⁵².

Ф. Струм обоснованно пришла к выводу, что судья Верховного суда О. Холмс, Р. Паунд и др. были среди тех, кто признавал, что законы должны изменяться в соответствии с нуждами людей⁵³. Однако, с ее точки зрения, ни Холмс, ни Паунд не обратили внимания судей на то, как изменения обстоятельств общественной жизни вызывают перемены в конституционной интерпретации⁵⁴.

В частности, в деле *Pennsylvania Coal v. Mahon* (1922) рассматривался вопрос о конституционности нормативного акта штата Пенсильвания, запрещавшего угольным компаниям осуществлять добычу антрацита способами, приводящими к обвалу жилых домов. По мнению одной из угольных компаний, данный акт нарушал правила о надлежащей судебной процедуре, предусмотренные Поправкой XIV к Конституции США. О. Холмс согласился с этим, утверждая, что штат изымал собственность компании-нарушителя без компенсации после предоставления ей права на добычу угля. В отличие от него, Л. Брандайс в своем особом мнении утверждал, что государственная защита личной безопасности есть законное основание, а оспариваемый закон штата – обоснованное средство ее достижения⁵⁵.

Постепенно Л. Брандайс перешел к критической оценке разработанной О. Холмсом доктрины “явной и наличной опасности”, применявшейся для исследования ограничений свободы слова в условиях военного времени и чрезвычайного положения. Начав с того, что “конституционное право на свободу слова одинаково как в мирное время, так и в условиях войны”, Брандайс пришел к выводу о допустимости принятия государством законодательных актов, направленных на борьбу со шпионажем в военное время, и о недопустимости принятия подобных актов, направленных на борьбу с подстрекательством. Последнее он рассматривал не более чем идеи, которые госу-

дарство не одобряет и, как таковые, эти идеи не могут подвергаться запретам⁵⁶.

Поводом к делу *Abrams v. United States* (1919) было обвинение ряда лиц в том, что в одной из листовок под заголовком “Лицемерие Соединенных Штатов и их союзников” они осуждали правительство за посылку американских войск в Россию и разоблачали “лицемерие шайки плутократов в Вашингтоне”. В своем особом мнении Л. Брандайс совершенно справедливо отметил, что Закон штата Миннесоты еще более сурово ограничивал свободу слова, чем федеральный Закон о шпионаже 1917 г., поскольку распространялся также и на высказывания, сделанные в мирное время. Этот Закон, сказал Брандайс, “ограничивает свободу слова и печати не в условиях чрезвычайного положения, не в целях предотвращения явной и реально существующей опасности, но при любых обстоятельствах. Налагаемое данным Законом ограничение касается пропаганды самой доктрины пацифизма, и законодатель запрещает ее фактически на все время... При этом запрет налагается независимо от мотива, намерения или цели человека, высказывающего эту доктрину. Он применяется в равной степени к проповеднику в моленной комнате, профессору в университете, оратору на политическом митинге, лектору в обществе или на клубном собрании. Независимо от характера собрания, публичного или сугубо частного его характера, запрет абсолютен... Согласно этому Закону мотив, по которому оратор призывает не поступать в армию, не имеет значения”⁵⁷. О. Холмс поддержал приговор по такому явно антиконституционному Закону, обойдя молчанием аргументацию Брандайса⁵⁸.

По мнению большинства исследователей, Брандайзу в деле *Gitlow v. New York* (1925) удалось наиболее четко сформулировать критерий “явной и реально существующей опасности”. По Брандайзу, в фундаментальных правах человека, таких как право на свободу слова, право преподавать и право на собрание, не может быть отказано, и в принципе они не могут быть ограничены. В то же время эти фундаментальные права “по своей природе не абсолютны”. Их осуществление подлежит ограничению, если предполагаемая ограничительная мера нужна для спасения государства от гибели или устранения серьезного политического, экономического или морального вреда. Однако в таком законном ограничении нет необходимости, если высказывание не создает

⁵² См.: *Posner R. A. The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint, California Law Review. No. 3. Vol. 100 (2012): 528.*

⁵³ См.: *Holmes O. W. The Common Law. Boston, 1881; Holmes O. W. Collected Legal Papers. N.Y., 1921; Pound R. The Spirit of the Common Law. Boston, 1921; Pound R. An Introduction to the Philosophy of Law, New Haven, 1922; etc.*

⁵⁴ См.: *Strum Ph. Brandeis and Living Constitution. P. 122.*

⁵⁵ См.: *Pennsylvania Coal v. Mahon, 260 US 393, 415, 416, 422 (1922).*

⁵⁶ См.: *Shaefer v. United States, 251 U.S. 266 (1920) (dissenting), 495.*

⁵⁷ *Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).*

⁵⁸ См.: *Каленский В. Г. Указ. соч. С. 96.*

явной и реальной опасности причинения какого-либо существенного зла, для предотвращения которого государство имеет все конституционные основания⁵⁹.

Подводя итог, следует согласиться с выводом о том, что работы О. Холмса (как и работы Л. Брандайза, Б. Кордозо и Р. Паунда) открыли дорогу новому пониманию права. Их идеи (о том, что право следует применять как средство достижения определенных целей, о полезности достижений социальных наук для правоведения, о том, что право не столько логическая система, сколько реальный опыт) нашли отклик у многих ученых⁶⁰. В этом плане О. Холмс является предтечей и одним из основоположников правового реализма.

Вместе с тем вряд ли справедливо мнение о том, что Холмса «не следует принимать за либерала. Скорее он был приверженцем “честной игры” в позитивистском стиле»⁶¹. Будучи также и одновременно с этим сторонником социологической

юриспруденции, эволюционной концепции, прагматизма, он заложил основы юридического плюрализма в форме интегративной юриспруденции, которая теоретически оформилась в США только в середине XX в. “Ее представители – Дж. Холл, Г. Дж. Берман – полагали, что имеется достаточно оснований для объединения трех классических школ: правового этатизма, юснатурализма и социологической юриспруденции”⁶².

В рамках Верховного суда США О. Холмс примыкал к либеральному крылу (“трех мушкетерам”), которые противостояли судьям-консерваторам (“всадникам”). Как было показано выше, в ряде случаев по сравнению с Л. Брандайзом О. Холмс придерживался в большей степени компромиссных позиций.

Несмотря на то что Холмс был автором всего 72 особых мнений, присоединившись к позиции большинства состава Суда в 852 случаях, именно он заслужил репутацию “великого диссидента” в Верховном суде страны.

⁵⁹ См.: *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

⁶⁰ См.: *Parks G.S.* Op. cit. P. 689–691.

⁶¹ *Титов В.* Указ. соч. С. 150.

⁶² *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* Указ. соч. С. 50.