

УДК 340.12
ББК 67.0
Л50

Электронные версии книг
на сайте www.prospekt.org

Автор:

Лесив Б. В., кандидат юридических наук, магистр конституционного права, советник юстиции 3-го класса.

Рецензенты:

Горбань В. С., доктор юридических наук, главный научный сотрудник сектора философии права, истории и теории государства и права, руководитель междисциплинарного центра философско-правовых исследований Института государства и права Российской академии наук (ИГП РАН);

Клименко А. И., доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры теории государства и права Московского университета МВД России имени В. Я. Кикотя;

Корнев В. Н., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного права имени Н. В. Витрука Российского государственного университета правосудия.

Под общей редакцией доктора юридических наук, заведующей кафедрой теории государства и права и политологии юридического факультета Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова **Е. А. Фроловой**.

Лесив Б. В.

Л50 Правовой реализм Оливера У. Холмса: учение об онтологии прецедентного права : монография / под общ. ред. Е. А. Фроловой. — Москва : Проспект, 2023. — 296 с.

ISBN 978-5-392-39744-0

Оливер Уэнделл Холмс (1841–1935) — один из известнейших и наиболее цитируемых американских правоведов, судья Верховного Суда США с 1902 по 1932 г. Основоположник ряда социолого-реалистических направлений в истории правовой мысли. Его идеи и наблюдения, получившие развитие в течениях правового реализма и социологической юриспруденции, заложили основу для нового понимания права и дали ответ на многие вопросы, неразрешимые в рамках концепций формализма, позитивизма, нормативизма и юс-натурализма.

В монографии представлен не только контекстуальный анализ правовой мысли О. Холмса, но и юридический перевод многих ранее не исследованных в России аутентичных текстов его произведений.

Книга будет интересна ученым, практикующим юристам, а также всем, кто увлекается историей правовых учений, юридической компаративистикой, вопросами зарубежного законодательства, особенно системами общего (прецедентного) права.

УДК 340.12
ББК 67.0

Научное издание

Лесив Богдан Васильевич

**ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ ОЛИВЕРА У. ХОЛМСА:
УЧЕНИЕ ОБ ОНТОЛОГИИ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА**

Монография

Подписано в печать 17.07.2023. Формат 60×90 ¹/₁₆.

Печать цифровая. Печ. л. 18,5. Тираж 1000 (1-й завод 100) экз. Заказ №

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

ISBN 978-5-392-39744-0

© Лесив Б. В., 2023

© ООО «Проспект», 2023

Author:

Lesiv B. V., PhD in Law, Master of Laws by Research (Constitutional Law), 3rd Class Counsellor of Justice.

Reviewers:

Gorban V. S., Doctor of Law, Chief Researcher, Division of Legal Philosophy, History and Theory of State and Law, Head of Interdisciplinary Center for Legal and Philosophical Researches, Russian Academy of Sciences;

Klimenko A. I., Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law, Kikot Moscow University of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation;

Kornev V. N., Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional Law, Russian State University of Justice under the Supreme Court of the Russian Federation.

Under the general editorship of Doctor of Law, Head of the Department of Theory of State and Law and Political Sciences, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University **E. A. Frolova**.

Lesiv B. V.

O. W. Holmes Legal Realism: Ontology of Common Law : Monograph / under the general editorship of E. A. Frolova. — Moscow : Prospekt, 2023. — 296 p.

ISBN 978-5-392-39744-0

Oliver Wendell Holmes (1841–1935) was an outstanding American jurist, who served as an Associate Justice of the US Supreme Court from 1902 to 1932. The history of legal doctrines regards him as a founder-father of a sociological and realistic schools. His ideas and observations developed by followers of legal realism and sociological jurisprudence founded a new understanding of law and answered many questions that considered for a long time as insoluble within the concepts of formalism, positivism, normativism and natural law.

The monograph presents not only a contextual analysis of O. W. Holmes' legal thought, but also a legal translation of many authentic texts of his works that have not been previously studied in Russia.

It can be of interest to both scholars and practicing lawyers, as well as to anyone who gets involved into the history of legal doctrines, comparative legal studies, issues of foreign legislation, particularly the systems of common law.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	5
-------------------	---

Введение.....	9
---------------	---

Глава 1

ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ И ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ КОНТЕКСТ ПРАВОВОЙ ФИЛОСОФИИ О. ХОЛМСА

1.1. «Путь права», пройденный О. Холмсом: основные вехи профессиональной и творческой судьбы	19
1.2. Теоретико-исторические оговорки, необходимые для адекватного восприятия правовой мысли О. Холмса	20
1.3. Переводческие оговорки о сущности центральных понятий в теории О. Холмса.....	37
1.4. Историко-правовой генезис common law — центрального объекта профессионального и научного внимания О. Холмса.....	47
1.4.1. Характер римского влияния на истоки common law и его отголоски в правовой идеологии О. Холмса	49
1.4.2. Особая роль суда присяжных в формировании common law: самоуправление общества в правовых вопросах	60

Глава 2

ОСНОВЫ СУЩНОСТИ COMMON LAW: О. ХОЛМС ОБ ИСТОЧНИКЕ РЕАЛЬНОГО (ЖИЗНЕННОГО) ПРАВА, РУКОВОДЯЩЕМ ПРИНЦИПЕ ПРАВООБРАЗОВАНИЯ И ИНСТИТУТЕ ЖЮРИ

2.1. Общие принципы онтологии common law и децентрализованного правотворчества как фактор, повлиявший на формирование реалистической (не-позитивистской) правовой мысли	80
---	----

2.2.	Категория усредненного члена сообщества как мерило правомерного поведения (принцип «усредненности»)	95
2.3.	Влияние принципа «усредненности» на понимание границ правового бытия (к вопросу соотношения права и политики)	105
2.4.	Жизнь (опыт) как первичный источник права и материально-эмпирический базис принципа «усредненности»	120
2.5.	Основные претензии к «реализму с помощью жюри»: аргументы к случайности и неопределенности. Соотношение знания и понимания закона	129
2.6.	Объективность права: неразрывная связь правовых «ощущений» с фактическими обстоятельствами (объективной стороной), внешний характер стандарта и теория «очищения»	137
2.7.	Промежуточные выводы: собственный взгляд на источник и руководящий принцип права как основа позиционирования философии О. Холмса в качестве реализма	148

Глава 3

МИССИЯ СУДЬИ В СИСТЕМЕ COMMON LAW: О. ХОЛМС О МЕТОДОЛОГИИ СУДЕБНОГО ПРАВОТВОРЧЕСТВА И О ЗНАЧЕНИИ ТЕОРИИ ПРАВА

3.1.	Общее осмысление сути судебской деятельности, места и роли судьи в системе права	157
3.2.	О. Холмс о методологии судебского правотворчества	179
3.2.1.	<i>Теория (генерализация) как связующее звено между индуктивно-бессознательным и индуктивно-сознательным владением законом</i>	<i>179</i>
3.2.2.	<i>О триединстве «аналогия – индукция – теория»: индуктивно-сознательное владение законом как мастерство судебской профессии</i>	<i>188</i>
3.2.3.	<i>О судебной индукции, выявляющей консенсуальное суждение (норму общего права) из прецедентного опыта</i>	<i>197</i>
3.2.4.	<i>Подтверждение теории О. Холмса примерами из практики прецедентного общего права (common law) Англии и США</i>	<i>207</i>

3.3. Промежуточные выводы: правовая доктрина как результат судебной индукции и венец правотворческой работы судей	215
---	-----

Глава 4

ВЛИЯНИЕ ОНТОЛОГИИ COMMON LAW НА СТРУКТУРУ И СВОЙСТВА ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ: ИНДУКТИВНЫЕ ОСНОВЫ АБСТРАКТНЫХ НОРМ, КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ И ПРЕДСКАЗУЕМОСТИ СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ

4.1. Об абстрактных нормах (принципах, доктринах), сущности процесса кодификации и значении писаного законодательства в системе common law.....	225
4.2. О значении истории права и влиянии индуктивных начал common law на сферу конституционного контроля. Категория common sense.....	239
4.3. Предиктивная теория О. Холмса и ее влияние на проблему соотношения права с логикой и моралью.....	253
4.3.1. <i>Право и мораль</i>	262
4.3.2. <i>Право и логика</i>	265

Заключение	268
-------------------------	-----

Библиографический список	282
---------------------------------------	-----

I. Литература на русском языке.....	282
II. Литература на иностранном языке	285
<i>Труды Оливера Уэнделла Холмса Мл.</i>	285
<i>Иная литература</i>	286
III. Диссертации	290
IV. Документы	290
<i>Нормативные правовые акты Англии и США</i>	290
<i>Судебные акты Англии (Соединенного Королевства)</i>	291
<i>Судебные акты США</i>	291
<i>Иные судебные акты</i>	292
IV. Интернет-ресурсы.....	292