

## Предиктивная теория права: адекватный реализм или гадание на «судейской гуще»?

Научный руководитель – Фролова Елизавета Александровна

*Лесив Богдан Васильевич*

*Аспирант*

Московский государственный университет имени М.В.Ломоносова, Юридический факультет, Кафедра теории государства и права и политологии, Москва, Россия

*E-mail: forbod@bk.ru*

Прежде чем концепция правового реализма окрепла в умах юристов и утвердилась в юриспруденции США, видные американские правоведы конца XIX - начала XX веков только начинали «наощупь» искать в истории права, в юридической практике и общественном сознании те конструктивные закономерности, извлекать из них те онтологические структуры, которые могли бы наиболее точно и чисто отразить результаты, достигнутые непреклонным многовековым развитием прецедентного права, в то время как на них очень кстати «легла» и уже успела оказать влияние «новая справедливость» федеративного республиканизма.

Мастодонтами «новой школы» общепризнанно считаются декан юридического факультета Гарвардского университета **Р. Паунд** - основатель социологического направления (инструментальная прагматика) - и «вечно несогласный» (от англ. *dissenting*) судья Верховного Суда США **О. Холмс**. Последний считается наравне с **К. Левеллином** идеологом радикального направления юридической социологии - правового реализма, однако, мало кто вспоминает о том, что становлению реалистической концепции на основе взглядов **О. Холмса** предшествовали его собственные разработки относительно предиктивной сущности права (*prediction theory of law*).

Как следует из самого названия концепции, её краеугольным камнем является предсказание (*prediction*), эту теорию можно смело называть «предсказательной». Естественно, речь ведётся, по крайней мере, самими сторонниками предиктивных идей, вовсе не об астрологических предсказаниях, а о предсказаниях, напрямую влияющих на правовую материю - на реализацию прав и обязанностей. Основная мысль **О. Холмса**, которую он транслировал при формировании концепции, заключается в следующем: нет смысла искать право в законе, любом другом тексте или, что ещё "хуже", в разного рода правовых идеалах, если в итоге судья примет иное решение. Иными словами, нельзя быть абсолютно уверенным в своих правах или обязанностях, исходя лишь из самостоятельного чтения и осмысления законодательства - ведь если ситуация (спор) попадёт на рассмотрение судьи, то именно за ним и за его мыслями будет последнее слово. Поэтому право видится **О. Холмсом** как предсказание реакции судьи на конкретную сложившуюся жизненную ситуацию.

Таким образом, продолжая в своём роде традицию позитивизма, **О. Холмс** так же пытается отделить реально существующее право (сущее) от метафизических конструкций и абстрактных идеалов (должного). Однако ведущую роль в правотворчестве он при этом отдаёт вовсе не законодателю, не суверену или тирану, то есть не любому фактическому и подкреплённому принуждением проявлению государственной власти, а именно судьям - юристам, беспристрастным мыслителям.

Следует особо отметить, что речь он ведёт именно о судьях как о личностях или даже как о группе личностей (касте), но не о судах как о государственных органах. И это логично. Ведь предсказанию способны поддаваться закономерные природные (физические,

химические, биологические и т.п.) явления, а в нашем случае - поведение живого человека - судьи - как частый случай тех же природных явлений. Поведение, подлежащее предсказанию, и есть реакция судьи, выражаемая в его решениях по конкретному делу.

Заслугой **О. Холмса** в данном контексте видится то, что он «шагнул» дальше классических позитивистов в стремлении действительно отделить право от метафизики. Как ни парадоксально, но *per se* представление о праве как о воле (приказе) государства, растворившейся в воле (приказе) государственного органа, видится как раз ярким примером метафизики. . . или, по крайней мере, не до конца «очищенной» физики. Ведь всё ещё остаётся «прослойка» между фактическим источником регуляции и субъектами правоотношений - государственный орган как абстрактное явление. Нельзя забывать, что государственный орган на самом деле не существует в природе. И, если следовать совету **Э. Гуссерля** - вернуться «назад, к самим вещам», то сразу становится ясно, что государственный орган - это лишь отливающая золотом вывеска с гербом, величественное здание и *люди*, которые в нём работают. Очевидно, что формируют ту самую волю (приказ) вовсе не вывеска и не здание, а люди. В теории **О. Холмса** этими людьми являются судьи. Поэтому право, по Холмсу, есть предсказание мыслительной деятельности судьи, которую последний осуществляет при разрешении определенного спора.

Вот, как **О. Холмс** рассуждает о предназначении юристов в своём знаменитом трактате «Путь права»: *«Люди хотят чётко представлять, при каких обстоятельствах и в какой мере они рискуют столкнуться лицом к лицу с тем, кто обладает гораздо большей мощностью, чем они сами (с государственным принуждением - прим. моё, Б.Л.), и, следовательно, искусство обнаружения такой опасности становится полноценной профессией. Объектом нашего исследования, таким образом, является предсказание. . . предсказание момента, когда сила государственного принуждения обрушится на человека посредством механизмов судебной системы»* [2, р. 1].

Холмс искусно подкрепляет свою концептуальную идею материальной составляющей: *«Мы можем совершенно ясно убедиться в том, что преступником движет точно такое же желание избежать государственного принуждения, как и законопослушным человеком, а, следовательно, мы можем увидеть практическую значимость отделения морали от права. Тот, кому наплевать на этические нормы и убеждения своих соседей, тем не менее, весьма вероятно, очень даже печётся о том, чтобы избежать уплаты штрафа, и о том, чтобы не загреметь в тюрьму, если получится»* [2, р. 2].

Мысль интересна, ведь опытный судья всей своей задумкой настаивает на том, что само по себе чтение, к примеру, уголовного кодекса, то есть ознакомление с письменными уголовными запретами - абстракциями, вовсе не является изучением права, поскольку не обеспечивает уверенности в том, что наша мыслительная деятельность совпадёт с мыслями и прочтением судьи.

В цикле лекций «Общее право» **О. Холмс** поделился следующим выводом: *«Логика никогда не была существом права - им был и остаётся опыт. Чувство современных общественных потребностей, доминирующие моральные и политические теории, предчувствия государственной политики - общепризнанные или бессознательные - и даже предубеждения, которые разделяет судебское сообщество: всё это, нежелая абстрактные предпосылки, гораздо более продуктивно в процессе поиска правил, которым будет подчиняться общество. Право сквозь века вбирает в себя историю национального развития, и с ним нельзя работать так, будто оно состоит, как учебник математики, исключительно из аксиом и естественных умозаключений. Чтобы понять, что есть право, нам следует понять, чем оно уже было и чем оно наиболее вероятно будет»* [1, р. 1].

Конечно, на первый взгляд, такая трактовка права звучит довольно убедительно, особенно с учётом того, что последнее слово в вопросах права и его применения действительно остаётся за судьями - это их единственная работа. Знаменитая фраза американского судьи **Ч. Хьюгса** поэтому и стала афоризмом: «Мы находимся под действием Конституции (закона), но Конституция (закон) - это то, что говорят о ней судьи». Но, всё же, нельзя не обратить внимание на то, что основные положения предиктивной теории вступают в некоторое противоречие с фундаментальными ценностями, которые в принципе оправдывают существование права и закона. Да, действительно, всю суть американской правовой системы отражает цитата **Дж. Вашингтона**, возвышающаяся на фасаде Нью-Йоркского дворца правосудия: «*Истинное отправление правосудия есть крепчайшая опора хорошего правительства*». Однако, стоит заострить внимание именно на том, что один из отцов-основателей и первый президент США не просто указал на отправление правосудия, что наиболее соответствовало бы концепции **О. Холмса**, а намеренно сделал оговорку об *истинности* такого процесса. Если полностью отождествить право с любым поведением судьи, то произойдёт подмена понятий, поскольку верховенство закона, которое судьи должны претворять, будет поставлено на грань с верховенством их собственной, пусть даже ничем необусловленной, воли. А тогда возникает вопрос, насколько такая ситуация будет соответствовать другому «девизу» американского государства, воспринятому из трудов **Дж. Харрингтона** о верховенстве права, согласно которому США - это «правление закона, а не людей» [2, р. 37].

#### Источники и литература

- 1) Chun, M. John Dewey and the Democratic Life of the Law. PhD thesis. Columbia University, 2017.
- 2) Harrington, James (1747). Toland, John (ed.). The Oceana and other works (3 ed.). London: Millar.
- 3) Holmes, O.W., Jr. The Path of the Law. URL: <http://moglen.law.columbia.edu/LCS/palaw.pdf>.