

Смысловая доминанта термина "common law" в правовой идеологии Оливера Уенделла Холмса Мл.

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*

Цикл лекций О. Холмса «*The Common Law*» был впервые опубликован после блестящего прочтения в рамках *Lowell Institute Lectures* (г. Бостон) в газете «Бостонский Рекламный Ежедневник» (*Boston Daily Advertiser*) от 1 января 1881 года. В самой газете было отмечено, что «ни один курс в [этом] институте до этого не привлекал к себе внимания такого огромного количества молодых людей» [5, pp. 104-106]. Как отмечает виргинский профессор и историк американского права Э. Уайт, эти лекции О. Холмса продолжают спустя почти 140 лет рассматриваться в качестве *важнейшего творения американской юриспруденции (major work of American jurisprudence)* [1, p.vii]. Американский историк делает особый акцент на той роли, которую сыграли в судьбе О. Холмса эти лекции и приглашение от Института Лоуэлла. До этого почти уже сорокалетний Холмс не был широко известен в американском юридическом сообществе и тем более не считался академическим или профессиональным авторитетом, хотя нельзя сказать, что он был посредственным юристом - он часто публиковался в журнале *American Law Review* и даже составил собственную редакцию знаменитых «Комментариев к американскому праву» Джеймса Кента. Всё же приглашение от Института Лоуэлла стало переломным моментом: с одной стороны предстоящее престижное мероприятие придало Холмсу жизненных сил, но с другой - принесло много переживаний и заставило изрядно потрудиться. О том, что Холмс без оглядки отдавал себя работе и юриспруденции, иногда слишком много себя, говорили многие известные юристы, в том числе его современники [4, p. 58]. Не известно, предвидел ли Холмс, подобно своей теории предсказаний, последствия своей изнурительной подготовки к этим лекциям, но результат не заставил себя ждать: его идеи, глубокое знание и нестандартное видение сущности и истории американского права возымели настолько большой успех, что уже в 1882 году, меньше чем через два года после прочтения лекций, он был назначен судьёй сразу в Верховный Суд Штата Массачусетс.

Общеупотребительным, хотя, как правило, бессознательным переводом понятия «*common law*» в России служат различные, обоснованные и не очень, коннотации фразы «*общее право*». Однако, существуют различные точки зрения относительно верности такого понимания. Мы же задаёмся вопросом только о том, как мог понимать это понятие О. Холмс в 1880 году во время создания своих лекций. С одной стороны очевидно, что Холмс не придавал этому понятию современное значение, акцентирующее основное внимание на противопоставлении *common law* статутному законодательству, поскольку такая насущная необходимость в его времена ещё отсутствовала. С другой стороны, он вполне мог учитывать при формировании своего понимания *common law* определённую долю противопоставления так называемому праву справедливости (*equity*), поскольку он получил юридическое образование, когда в Англии ещё существовали канцлерские суды в качестве суда справедливости в противовес судам, применявших непосредственно право (отменены только в 1873 году). Эти два аспекта, а также глубокий исторический фон, который присутствует в лекциях «*The Common Law*», позволяют нам подойти к выводу о том, что

понимание этого термина в современном Холмсу ключе следует искать в его исторических корнях.

Оливер Холмс был одним из величайших знатоков истории и сущности *common law*. Он придавал этому явлению смысл всей юриспруденции, и именно поэтому в его правовом учении центральную и, пожалуй, единственную роль играет судебная власть - власть правовая, а не политическая. Вот почему мы практически не видим в его трудах и правовых позициях сколько либо значимых обращений к законодательным актам.

Из исторической сущности *common law* и акцентов, которые делает Оливер Холмс, рассуждая о процессе его формирования, наиболее корректным переводом применительно к его философско-правовой концепции будет вовсе не "общее право", а «обычное право», но не от слова «обычай», а от слов «обычный», «ординарный», и вот почему. Королевским судом, который рассматривал наибольшее количество споров в средневековой Англии, который формировал основную долю правовых принципов и который распространял компетенцию почти на все сферы общественной жизни, был именно Суд обычных (общегражданских) дел (*Court of Common Pleas*). Ответ на наш вопрос кроется в названии суда, и он достаточно прост: здесь рассматривались споры, в которых корона не имела никакого интереса, то есть споры между *обычными людьми* (*commoners*). Отсюда становится ясно, почему *common law* никогда не включало в себя чистое конституционное право в современном понимании - его объектом были «обычные» отношения обычных людей, поэтому *common law*, в отличие от статутов, сформировало большую часть уголовного и процессуального права до 20-го века, а также большинство дошедшего до наших дней договорного и деликтного права [2, § 1.7].

Этот вывод подтверждается и исследованиями Р. Давида, который указал, что после нормандского завоевания «необычные» дела, то есть дела государственной важности и дела с участием вельмож, разрешались в королевской Курии (*Curia regis*): «[Э]то, по существу, суд особо знатных людей и особо крупных дел, а не *обычный суд, доступный каждому*» [3, с. 258]. Позже из Курии выделились три судебные палаты, две из которых продолжили рассматривать «особые» дела, касающиеся казны и короны, а третьим стал именно Суд обычных дел. Термин «*common*» в данном случае подчёркивает, что именно обычные люди выносят свои проблемы «на суд», зачастую новые и ранее невиданные, выступая, таким образом, двигателем развития правовой системы.

Слово «*common*» в значении «обычный» является общеупотребительным в английском языке (например, «*common culture*» или «*common love*» и, к слову, представители «обычных» людей - House of Commons - стали противовесом аристократичным членам House of Lords), поэтому нельзя отрицать вероятность таких смысловых истоков и идеологического ядра термина «*common law*», особенно с учётом того, насколько часто О. Холмс в цикле лекций «*The Common Law*» использует это слово в сочетаниях, призванных отразить присутствие обычных граждан (жюри) и общества в целом в процессе формирования права (например, «*common sense*»). Одной из черт реализма О. Холмса является именно уделение особого внимания обществу и его реалиям, то есть обычным людям. По его мнению, американское *common law* является как раз таким «общественным» правом, которое создаётся «снизу вверх» по всей стране гражданами при помощи судей. Именно поэтому, на наш взгляд, наиболее близким к истинному содержанию доктрины О. Холмса был бы перевод понятия «*common law*» в качестве «права обычных людей», «права общества», «общегражданского права», то есть права, создаваемого самим обществом под свои нужды в процессе общественных отношений, а не государством.

### Источники и литература

- 1) G.E. White's Introduction to: O.W. Holmes, Jr. *The Common Law*. The Belknap Press

- of Harvard University Press, Harvard. 2009.
- 2) Farnsworth E.A. Contracts (4th Revised edition). Aspen Publishers, 2004.
  - 3) Давид Р. Основные правовые системы современности /Пер. с фр. и вступ. ст. В.А. Туманова. М.: Прогресс, 1988. 496 с.
  - 4) Mary James (Mrs. Henry James, Sr.) to Henry James, Jr., February 28, 1873, quoted in Perry, The Thought and Character of William James, as Revealed in Unpublished Correspondence and Notes, Together with His Published Writings, 2 vols. (Boston: Little, Brown, 1935), vol. 1.
  - 5) The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, ed. Sheldon Novick, 5 vols. (Chicago: University of Chicago Press, 1995), vol. 3.