

В. Титов, професор Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого

Теоретичні погляди Олівера Венделла Холмса молодшого*

Олівер Венделл Холмс молодший належить до когорти найбільш відомих і цитованих американських правників. Проте до недавнього часу не тільки у навчальній, а й у науковій літературі пострадянських країн відомості про нього були дуже обмежені. Мені вже доводилося наприкінці 1990-х привертати увагу до поглядів Холмса у зв'язку з обговоренням місця логіки у правознавстві США¹. Відтоді з'явилися російські та українські переклади різних праць Холмса², також йому присвячена досить інформативна стаття Г. Е. Адигезалової³. Проте у цій статті не розглянуті деякі важливі аспекти творчого доробку Холмса, до яких я хотів би привернути увагу вітчизняних юристів, особли-

* Автор висловлює щирю вдячність урядовим організаціям США – Fulbright Program in Ukraine та Kennan Institute за надання можливості ознайомитися з матеріалами для цієї статті протягом стажування у Woodrow Wilson Center (Washington, DC) у 2006 р. Глибока вдячність академіку М. В. Цвіку за цінні поради щодо змісту даної статті.

¹ Див.: Титов В. Д. Виникнення юридичної логіки в США / В. Д. Титов // Вісн. Акад. прав. наук України. – 1998. – № 4 (15). – С. 129–142.

² Перш за все це фрагменти праць Холмса у перекладі В. В. Безбаха: Забастовка газовщиків (із статті Холмса, опублікованої в журналі «Американское право» в 1873 году); Из письма к Гарольду Дж. Ласки от 26 января 1926 г.; Из особого мнения по поводу конституционности закона штата Нью-Йорк о продаже театральных билетов в деле Тьюсон и Бро против Бэнтон // Антология мировой правовой мысли : в 5 т. Т. 3 : Европа. Америка: XVII–XX вв. – М., 1999. – С. 662–665; деякі лекції Холмса з його праці «Загальне право» у перекладі Г.А. Есакова: Общее право. Лекция I. Формы ответственности в древности // Российское право в Интернете. 2003 (02); Общее право. Лекция II. Уголовное право // Российское право в Интернете. 2003 (03); Общее право. Лекция III. Деликты // Российское право в Интернете. 2004 (04). Крім того, є публікації інших праць Холмса у перекладі Г. Е. Адигезалової (див.: Холмс О. У. О кодификации и научной организации классификации права / О. У. Холмс // Правоведение. – 2006. – № 5. – С. 196–198; Холмс О. У. Право: Речь на обеде Ассоциации адвокатов Суффолка 5 февраля 1885 г. / О. У. Холмс // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 189–192; Холмс О. У. Профессия юриста / О. У. Холмс // Правоведение. – 2007. – № 1. – С. 191–192), а також у перекладі П. Тарашука: Голмс О. В. Молодший. Шлях права // Філософія права / за ред. Дж. Фейнберга та Дж. Коулмена. – К., 2007. – С. 172–179.

³ Адигезалова Г. Э. Оливер Уэнделл Холмс / Г. Э. Адигезалова // Правоведение. – 2006. – № 5. – С. 184–196.

во істориків, теоретиків та філософів права. Досить часто у науковій літературі пострадянських країн філософсько-правова позиція Холмса визначалася некоректно, інколи йому навіть приписували абсолютно невласиві теоретико-методологічні орієнтації, аж до психоаналізу. Наприклад, Л. І. Спиридонов та І. Л. Честнов писали: «Безсумнівний зв'язок психологічної теорії права Л. І. Петражицького з ідеями ... Р. Паунда, а також представників школи правового реалізму США (Д. Франка, К. Ллевелліна, О. Холмса та ін.). Останні доповнили (?) ідеї Л. Петражицького фрейдизмом (?) і розглядали право як психологічні мотиви судді при винесенні ним рішення (емоції, симпатії й антипатії, упередження, інтуїтивні передчуття та інші іраціональні фактори)¹. По-перше, хоча Холмса і вважають попередником правового реалізму², він не належав до цього руху, який виник лише на початку 1930-х років, коли Холмс вже відійшов від активної діяльності; по-друге, він став визнаним самостійним мислителем задовго не тільки до засновників правового реалізму Д. Франка (Jerome Frank, 1889–1957) та К. Ллевелліна (Karl Nickerson Llewellyn, 1893–1962), але й до Л. Петражицького (1867–1931); по-третє, ніщо в текстах Холмса не дає можливості вважати його прихильником судового психоаналізу. Нарешті, варто звернути увагу і на те, що «англомовні читачі покладаються в основному на компіляцію праць Петражицького за редакцією російсько-американського соціолога Н. С. Тімашева у 1955 р. Попри деякі недавні (!) зусилля представити та осмислити його внесок, він залишається практично невідомим на Заході»³. Таким чином, говорити про якийсь вплив Петражицького на Холмса неправильно, і тому слід докладніше ознайомитися з його працями, щоб не робити подібних помилок.

Олівер Венделл Холмс молодший (Oliver Wendell Holmes, Jr, 8.03.1841 — 6.03.1935) народився у шанованій сім'ї, що походила від перших поселенців Массачусетса. Його дід по батькові, Ейбіел (Abiel) Холмс (1763–1837), був священником конгрегаціоналістської церкви Гарвардського університету та істориком Нової Англії; дід по матері, Олівер Венделл, був суддею. На честь діда по матері онук та праонук

¹ Спиридонов Л. И. Л. И. Петражицкий: жизнь и научное наследие / Л. И. Спиридонов, И. Л. Честнов // Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – СПб., 2000. – С.18.

² Leiter B. American Legal Realism / B. Leiter // University of Texas Law, Public Law Research Paper No. 42. – 2003. – P. 3.

³ Leon Petrazycki < http://en.wikipedia.org/wiki/Leon_Petrazycki > Last modified on 11 February 2010.

отримали імена Олівер Венделл — відповідно старший і молодший.

Олівер Венделл Холмс старший (Oliver Wendell Holmes, Sr., 1809–1894) був видатним американським лікарем, винахідником медичних інструментів та методик, деканом Гарвардської медичної школи. Крім того, він також був відомим поетом і письменником, входив до кола класиків американської літератури та одночасно філософів-трансценденталістів Р. Емерсона, Г. Лонгфело, Г. Мелвіла та Н. Хоторна. З цими видатними особами Холмс (старший) мав близькі дружні стосунки.

Таким чином, Олівер Венделл Холмс (молодший) виховувався у рафінованій духовній атмосфері Бостонської інтелектуальної еліти з чітко вираженою аболіціоністською домінантою. Здобув освіту у приватній школі, в 1857 р. вступив до Гарвардського коледжу. У квітні 1861 р. розпочалася Громадянська війна, і молодший Холмс утік до війська північних штатів. Протягом війни (1861–1864) він служив лейтенантом, а згодом капітаном, брав участь у багатьох боях, був тричі поранений. Р. Ніксон наводив свідчення, що під час артилерійського обстрілу Форту Стівенс у липні 1864 р. Холмс побачив якогось цивільного на лінії вогню і вигукнув: «Падай на землю, дурню!» (*Get down, you fool!*)¹. Виявилось, що цим цивільним був Президент Лінкольн. Можливо, виконання цієї команди зберегло йому життя, проте сам Холмс тоді отримав третє поранення. У наведеному епізоді весь характер Холмса — різкий і одночасно щирий і турботливий. Набутий під час війни досвід визначив світоглядний скептицизм Холмса і переконання у справедливості дарвінівської тези про невпинну боротьбу за виживання, яке він проніс через усе життя. Це переконання стало підґрунтям подальшого скептицизму щодо природного права, яке він згодом отожднював із юридичним романтизмом².

Після одужання у 1864 р. Холмс вийшов у відставку і вступив до Гарвардської школи права, яку закінчив у 1866 р. Здобувши юридичну освіту, він вирушив у річну подорож до Європи, під час якої зібрав багаті матеріали для подальших наукових досліджень. Повернувшись із цієї подорожі, розпочав юридичну практику в Бостоні. Одночасно в 1870–1873 рр. став редактором заснованого ним часопису «Американський юридичний огляд» (*American Law Review*), що існує донині як

¹ Public Papers of the Presidents of the United States, Richard Nixon, 1971. – Washington: United States Government Printing Office, 1972. – P. 418.

² Holmes O. W. Natural Law / O. W. Holmes // Collected Legal Papers by Oliver Wendell Holmes. – New York: Peter Smith, 1952. – P. 310.

респектабельне загальнонаціональне видання. У 1873 р. Холмс відредагував класичні «Коментарі до американського права» Джеймса Кента¹.

Того ж року він одружився з Фані Діксвел (Fanny Bowditch Dixwell). Під час весільної подорожі до Англії у 1874 р. Холмс познайомився з багатьма провідними британськими правознавцями того часу, зокрема з істориком права Фредеріком Полоком (Sir Frederick Pollock, 1845–1937)². Із Полоком на довгі роки (аж до смерті Холмса) зав'язалася міцна дружба, що супроводжувалася інтенсивною перепискою³. Можливо, завдяки Полокові Холмс зацікавився історією англійського права і суду. Принаймні, як свідчить лист Полока вже від 1874 р., Холмс повідомляв йому про своє розуміння права — «того, що вирішує суддя», з яким Полок цілком погоджувався⁴.

Для честолюбного юриста, щоб зробити собі ім'я, є два традиційних шляхи: політика і наука. Молодий Холмс безпосередньо не переймався політикою, але досить рано потрапив у поле зору державних діячів. Уже в 1878 р. тодішній Президент США Хейс (Rutherford B. Hayes) збирався призначити Холмса федеральним суддею, але його переконали призначити іншого кандидата. Тоді Холмс звернувся до науки.

У літературі пострадянських країн не згадується важливий факт участі Холмса в діяльності так званого «Метафізичного клубу» (*The Metaphysical Club*). Цей Клуб був неофіційним академічним семінаром випускників Гарвардського університету. В його засіданнях брали участь дуже різні люди — від священників і поетів до професорів математики, фізики, біології та психології. Як відзначає Дж. Шук⁵, історія цього Клубу пройшла дві фази, що відрізнялися складом активних учасників та тематикою. Перша фаза тривала з 1871 р. до середини 1875 р., друга — з початку 1876 р. до весни 1879 р. Домінуючим ідейним стрижнем першої фази був прагматизм, а на другій фазі переважав ідеалізм.

¹ Kent J. Commentaries on American Law / J. Kent. In four volumes. – Boston, 1873.

² Pollock F. The History of English Law before the Time of Edward I / F. Pollock, F.W. Maitland. – Cambridge, 1898. – Two volumes. xxxviii, 688; xiv, 691 pp. Reprinted 1996 by The Lawbook Exchange, Ltd.

³ Holmes-Pollock Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock/ Ed. By M.deWolfe Howe. Third Printing. – Cambridge (Ma), 1941. Two volumes. Xxii, 275; 358 pp.

⁴ Letter to Mr. Holmes, July 3, 1874 // Holmes-Pollock Letters. – Vol. I. – P. 3

⁵ Shook J. The Metaphysical Club <http://www.pragmatism.org/research/metaphysical_club.htm>

Перша фаза Клубу визначалася впливом гарвардських викладачів — засновників прагматизму Ч. Пірса (Charles Sanders Peirce), Ч. Райта (Chauncey Wright) та В. Джеймса (William James). Ці три мислителі сформулювали пізнавальні та методологічні програми прагматизму, який розумівся як продовження дарвінівської філософії. Математик Ч. Райт (1830–1875) сфокусував дослідження своїх колег на феноменалізм та емпіризм у позитивістському стилі Міла, Дарвіна і Спенсера, як життєву альтернативу спекулятивному раціоналізмові.

До активної участі в Клубі Пірс, Райт і Джеймс залучили своїх близьких друзів — юристів Гріна (Nicolas St John Green), Ворнера (Joseph Bangs Warner) та нашого героя Холмса, які поділяли загальні настанови прагматизму щодо людської поведінки і антиформалістичного розуміння права і закону. Пірс визнавав, що його власна роль «батька прагматизму» не повинна затінити важливості внеску Гріна, якого слід визнавати «дідом» цієї філософії. Саме Грін (1830–1876) сфокусував проблематику Клубу на дослідження того, «для чого людина підготовлена діяти».

Згадані вище юристи у Клубі цікавилися теорією еволюції, емпіризмом і прагматичним визначенням людських переконань та активності. Грін і Холмс були насамперед зацікавлені у спеціальних проблемах визначення природи права в культурно-еволюційному контексті та інтерпретації злочинних настроїв. Обидва зробили важливі внески в теорію недбалості (the theory of negligence), що спиралася на прагматичний підхід до «переконань» (beliefs) та стандарт «розумної людини» (reasonable person). Холмс розпочав розробку прагматичного визначення права, що здебільшого орієнтувало на очікування майбутніх наслідків судових рішень, а не тільки на законодавчі акти.

Друга, «ідеалістична», фаза Клубу розпочалася після відбуття Пірса до Європи і переорієнтації проблематики на філософію Канта і Гегеля. Спочатку Холмс відвідував засідання Клубу на цій другій фазі, але скоро припинив брати в них участь, незадоволений надмірним спіритуалізмом нової проблематики. Згодом (у 1881) колишні члени «Метафізичного клубу» створили Гегелівський Клуб.

У 1880 р. Холмс на запрошення Інституту Лоуелла при Гарвардській школі права, що рекрутував талановитих юристів до професури, прочитав цикл лекцій, присвячених різним аспектам загального права. Наступного року на основі цих лекцій він видав книгу «Загальне право», яка ввійшла до англо-американської класики юриспруденції. Як пише Дж. Вайт, автор сучасної біографії Холмса: «Хоча більше роз-

хвалена, чим прочитана, ця книга унікальна в тому, щоб бути одночасно історією загального права Англії й Америки, теорією того, чому воно розвивалося, і філософією того, чим є право»¹.

«Загальне право» починається зі слів, які дуже часто цитуються і вважаються багатьма юристами майже за аксіому не тільки в Америці, а й в усьому світі: «Життя права не було логікою: воно було досвідом»². Ця заява є принциповою антитезою гегелівському положенню про те, що «поняття права за своїм становленням трактується поза наукою права, його дедукція вважається вже наявною, і його слід сприймати як дане»³. Згідно ж Холмсу, загальне право є не нерухомою сукупністю доктрин і виведених з них силогізмів, а органічною структурою, що зростає відповідно до «відчуваних нею запитів часу»⁴. Взагалі, як пояснює Холмс у VI лекції, теорія володіння на Європейському континенті потрапила до рук філософів і стала наріжним каменем для різноманітних спекулятивних систем. «Буде корисним для розважливого мислення показати, що набагато цивілізованіша система, ніж римська (тобто загальне право. — *В. Т.*), створена за планом, що суперечить апріорним доктринам Канта і Гегеля. Ці доктрини розроблені згідно з німецьким розумінням римського права. І більшість спекулятивних юристів Німеччини, від Савінії до Ієринга, що одночасно були професорами римського права, перебували під глибоким впливом, ... кантіанської або посткантіанської філософії. ... Німецька спекуляція ... пригнічує її власну претензію на універсальний авторитет»⁵.

Натомість Холмс продовжив альтернативну теоретичну позицію. Коли він ще тільки починав дослідницьку діяльність, британські філософи права Дж. Бентам і Дж. Остін вже виступили з різкою критикою концепції природного права. Продовжуючи аргументацію Гоббса, вони дивилися на право як на просту команду суверена, або суддів, що представляють суверена, або самих суддів. Сукупність таких команд і відповідних прав та обов'язків мають певну логіку, яка й лежить в основі права. Цей теоретико-методологічний підхід до права відомий як юридичний позитивізм. Його появі (цілком незалежно від загальнофілософського позитивізму О. Конта) сприяла просякнута критицизмом інтелектуальна ситуація епохи після Г'юма і Канта. Згідно з по-

¹ White G. E. Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self / G. E. White. — Oxford: Oxford University Press, 1993. — P. 94.

² Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. — Boston, 1881. — P. 1.

³ Гегель Г. В. Ф. Философия права / Г. В. Ф. Гегель. — М., 1990. — С. 60.

⁴ Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. — P. 1.

⁵ Там само. — P. 260.

глядами Бентама¹, природне право, що так чи інакше мусить впливати з об'єктивної «природи речей», насправді є «деонтологічним», тобто сукупністю суб'єктивно обумовлених моральних обов'язків, бо ми нічого не можемо впевнено знати про «природу» власне речей. Усе, що ми можемо знати, це те, як речі діють на нас.

Є два способи розуміти це положення. Можна, як німецькі ідеалісти на кшталт Шеллінга і Гегеля і як американські трансценденталісти Емерсон і Торо, вважати, що знання того, «як речі діють», обумовлене надпочуттєвим сприйняттям, бо все, що реально існує, є сприйняттям у вашому власному розумі. Протилежна позиція полягає в тому, щоб взагалі забути про метафізичні розмірковування і сконцентруватися на тому, як на практиці поводяться люди.

Холмс пише: «Підстави рішення суто практичні, і вони ніколи не можуть виводитися з граматики чи з логіки»². Теоретико-методологічним результатом такого підходу є біхевіоризм (від behavior — поведінка) як складова частина прагматизму.

По суті, прагматизм Холмса є продовженням класичного позитивізму з акцентом на «те, що спрацьовує» у вирішенні проблем повсякденного життя. «Проблемою» у розумінні прагматиста є сприйняття деякої невідповідності. Якщо вам вдається влаштувати справи так, щоб у вас більше не було цього сприйняття, тоді проблема вирішена. Якщо ефективний спосіб практичного вирішення не відповідає правилам логіки, то щось не так не з вашим вирішенням, а з правилами логіки. Філософія «Загального права» є прагматичною саме в такому значенні. Так, наприклад, у сфері договірної права (contract law) біхевіористська юриспруденція означала, що ви не повинні припускати, що відбулося взаєморозуміння (meeting of minds) між сторонами в контракті: усе, що ви повинні зробити, встановити те, що вони говорили, коли уклали контракт. Якщо вони говорили не те саме, то й не було ніякого контракту. «Розрізнення у праві засновані на досвіді, не на логіці. Тому ділові відносини між людьми не залежать від математичної точності. Що б не було обіцяно, людина має право на оплату своїх послуг, якщо її не надано; але з цього не випливає, що відсутність деяких незначних деталей уповноважить цю людину порушувати контракт... Протилеж-

¹ Bentham J. Deontology or the Science of Morality / J. Bowring, ed. – London: Longman, Rees, Orme, Brown, Green & Longman, 1834. – In 2 vols. Є нове видання: Bentham J. Deontology; together with A Table of the Springs of Action; and the Article on Utilitarianism / Ed. Amnon Goldworth, Oxford/New York: Clarendon Press; Oxford University Press, 1983.

² Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. – P. 338.

ні терміни повинні одночасно бути дуже важливими, — настільки важливими для думки суду, що, якби якийсь із них був випущений, контракт відрізнявся б по суті від того, що виражали слова сторін»¹.

Висловлювання «життя права не було логікою» одержало подвійне — так би мовити, вузьке та широке тлумачення, що й провело чітку межу між прихильниками та супротивниками широкого застосування логіки до розробки і оцінки права.

Вузьке тлумачення ґрунтується на буквальному значенні наведеної фрази. Цей зміст співвідноситься не з будь-яким правом, а тільки із «загальним правом» (Common Law), прийнятим в Англії, США та у деяких інших колишніх британських колоніях. Стосовно такої системи права твердження Холмса цілком справедливе — у ній головне не логічна виводимість, а досвід вивчення прецедентів та їхньої адаптації до сучасного правового матеріалу.

Вирване із цього конкретного контексту «широке» тлумачення висловлювання Холмса перетворилося на головну тезу прихильників антиінтелектуалізму в американському правознавстві (Arthur F. Bentley, Brooks Adams та ін.)², що поширили «сказане про частину» на «сказане про ціле» право, ігноруючи не тільки припущену ними грубу логічну помилку, а й звичайний здоровий глузд — з того факту, що *щось не було* логічним, зовсім не впливає, що воно *й не буде* логічним, а тому *й не повинне бути* логічним. Але головний дефект антиінтелектуалістів полягав і у фактичному незнанні, нерозумінні або замовчуванні того, що писав далі Холмс у цій книзі та в інших, також широко відомих працях.

Ще більш ясною і послідовною виглядає його позиція, викладена в статті «Шлях права» (1897). Як основоположник філософії правового прагматизму, Холмс виходив з того, що роль юриста і правової системи в суспільному житті визначається ступенем передбачуваності рішень суду. «Предметом нашого дослідження ... є передбачення (prediction) реалізації публічної влади через інструментальність судів»³. Разом із тим він вважає незадовільним поширене уявлення, що «право є системою розуму, тобто дедукцією з принципів етики, або прийнятих аксіом, або чогось такого, що може збігатися або не збігатися з рішенням».

¹ Holmes O.W., Jr. The Common Law / O.W. Holmes, Jr. – P. 312.

² Cohen M. R. The Place of Logic in the Law / M. R. Cohen // Harvard Law Review, 1916. – V. 29. – № 6. – P. 622.

³ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, 1897. – V. 10. – № 8. – P. 457.

ням суду»¹. Таке уявлення ґрунтується на помилковому змішуванні розмитих моральних і чітко фіксованих правових вимог. Припустимо, що є якась «погана» людина, яку в праві цікавить тільки те, яке покарання загрожує їй у судах Англії або Массачусетса у випадку невиконання закону, і є «гарна» людина, що буде лояльно поводитися, керуючись лише моральними принципами, незалежно від того — передбачене її поведіння правовими законами чи ні. Холмс заявляє, що як би цинічно це не звучало, він у цьому випадку повністю поділяє розуміння права «поганою людиною», що зовсім не цікавиться дедукціями з моральних принципів і лише бажає знати межі своєї безпечної поведінки, якою б алогічною вона не була. «Передбачення того, що будуть фактично робити суди, і є те, що я маю на увазі під правом»². Реальна практика судів навчає саме з погляду «поганої людини» робити абсолютний мінімум необхідного, щоб уникнути небажаних санкцій. Інакше кажучи, право мусить створювати об'єктивні стандарти, які не залежать від особистих чеснот або доброї волі громадян. Коли суд прагне визначити «намір» (the «intent») того, хто зробив певну дію, за яку тепер постав перед судом, суд не прагне визначити, чи хотіла ця людина зробити добро або завдати шкоди. Суд має цікавитися тільки тим, чи знала вона, якими будуть результати її дій і потім розглядати спостережувану поведінку звинуваченого чи відповідача.

Помилкове не тільки змішування моральних і правових принципів, а й уявлення про те, що логіка є єдиною силою, що забезпечує розвиток права. «Звичайно, у найширшому розумінні це уявлення може бути щирим. Постулат, на підставі якого ми мислимо про світ, полягає в тому, що існує фіксоване відношення між кожним явищем і його підставами та наслідками. Якби існувало явище без таких ... відношень, воно було б чудом. Воно перебувало б за межами причин та наслідків ... і перевершувало б наші розумові здібності. ... Небезпека, про яку я кажу, полягає не у визнанні того, що принципи, які управляють іншими явищами, управляють також і правом, але в тім, що поняття якоїсь даної системи, наприклад нашої, може бути виведене з деяких загальних аксіом поведіння, подібно математичному поняттю»³.

Холмс не заперечує того, що «підготовка юристів містить у собі тренування у виведенні аналогій, дедукцій і класифікацій, а мова су-

¹ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, 1897. – V. 10. – № 8. – P. 460.

² Там само.

³ Там само. – P. 464.

дових рішень ґрунтується на мові логіки»¹ як квінтесенції формалізованих причинно-наслідкових відносин. Він погоджується і з тим, що логічний метод і форма забезпечують ясність і послідовність юридичного пізнання. Утім, реалістично оцінюючи правову дійсність, він бачить проблему в іншому: «Ясність взагалі є ілюзія, а послідовність не властива людині. За межами логічної форми знаходяться судження, погоджені з відносною цінністю й значенням конкуруючих законодавчих підстав, які найчастіше явно не виражені, ... і у цьому полягає справжній корінь і нерв юридичного процесу в цілому... Деякі з наших установок непроникні для точного кількісного виміру і тому з них не можна вивести точних логічних висновків. Подібні [установки]... у дійсності є бойовищами, де значення не існують для визначень, придатних на всі часи, і де рішення не може бути чимось більшим, ніж втіленням переваги даного уявлення в даному часі та місці. Ми не знаємо, наскільки велика частина нашого права відкрита для перегляду під впливом невідчутних змін у звичках суспільної свідомості»².

Таким чином, ми зустрічаємо у Холмса не повне заперечення логіки, а одну з перших тверезих спроб установлення реальних обмежень її застосування до діючого права. Саме встановлення цих правових обмежень логічного виведення і повинне бути вихідним пунктом розвитку юридичної логіки, як конкретизації логіки загальної. Принципи юридичної логіки повинні наче «проростати» зі змістовного ґрунту фактично діючого права, а не привноситися ззовні.

Як вказує Дж. Вайт, англійські судді створювали загальне право, узгоджуючи свої думки із думками інших суддів і використовуючи якомога давні принципи. Хоча англійські юристи ніколи не заявляли, що загальне право збігається із природним правом, але припускали, що воно формувалося завдяки природному праву. Судді, апелюючи до «правильного розуму», могли розвинути існуючі правила загального права, щоб вони краще відповідали природному праву. (Наприклад, суддя лорд Менсфілд саме на цій підставі наприкінці вісімнадцятого сторіччя остаточно скасував рабство в Англії). Характерно, що судді, які користувалися таким підходом, казали, що вони не *робили* право, а *знаходили* його (they were not making law, but discovering it)³.

Коли американські колонії вийшли з юрисдикції британського парламенту, попри заклик Бентама вони не стали виходити зі сфери

¹ Holmes O. W. The Path of the Law / O. W. Holmes // Harvard Law Review, 1897. – V. 10. – № 8. – P. 465.

² Там само. – P. 466.

³ White G. E. Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self / G. E. White. – P. 125.

загального права, бо його створював не парламент, а судді. Загальне право було складним і часто незрозумілим, іноді явно несправедливим. Однак американські юристи все ж навчалися в традиції загального права і призвичаїлися дивитися з підозрою до статутного права. Навіть у наші дні, коли більшість галузей американського права кодифіковані, самі кодекси звичайно містять певний набір правил загального права. І коли судді у країнах загального права інтерпретують ці правила, вони насамперед орієнтуються на думки і рішення інших суддів, а не на текст кодексів.

На судову кар'єру Холмса істотно впливала його громадська популярність. Я незгоден з оцінкою ставлення Холмса до воєнного періоду, що міститься в статті Г. Е. Адигезалової — мовляв, Холмс називав війну «організованою нудьгою» («организованная скука»)¹. Важко сказати, де саме вона знайшла таке висловлювання у Холмса (відповідного посилання на джерело немає), але воно суперечить духові його патріотичних виступів, вже в 1880–1890-х, знаменитих на всю Америку. Так, у промові, проголошеній у День Пам'яті 30 травня 1884 р. з нагоди двадцятої річниці закінчення Громадянської війни перед її ветеранами, він сказав:

«Покоління, що брало участь у війні, виокремилася своїм досвідом. Через велику вдачу в юності наших сердець торкнувся вогонь. Нам було дано довідатися, що життя є глибока і пристрасна річ. ... Ми бачили на власні очі ... снігові вершини честі, і саме ми повинні сказати про них тим, хто прийде після нас»².

Виступаючи через багато років у День Пам'яті 30 травня 1895 р. перед студентами випускних курсів Гарвардського університету, що організували мітинг з цієї нагоди, Холмс говорив таке: «Моралісти і філософи ... заявляють, що війна є злою, дурною і незабаром взагалі зникне. Суспільство, в якому багато філантропів, реформаторів праці і просто модних людей, поєднуються в меланхолійному прагненні комфортно почувати себе ... без великої неприємності або будь-якої небезпеки. ... Я навіть чув запитання, чи варто було взагалі боротися в нашій війні. Є багато тих ... хто думає, що любов до Батьківщини — казка старої баби (an old wife's tale), на зміну їй варто заохочувати інтерес до профспілок, або, під назвою космополітизму, ... своєкорис-

¹ Див.: Адигезалова Г. Э. Оливер Уэнделл Холмс / Г. Э. Адигезалова. – С. 184.

² Holmes O.W., Jr. In Our Youth Our Hearts Were Touched With Fire / O.W. Holmes, Jr. // Speeches by Oliver Wendell Holmes, Junior. – Boston: Little, Brown, and Co., 1891. – P.11.

ливий пошук місця, де максимум задоволення можна одержати за мінімуму витрат»¹.

Цим егоїстичним поглядом Холмс протиставив свою точку зору. «Я думаю, що боротьба за життя є такий порядок світу, на який марно скаржитися. Я можу уявити цей тягар зміненим у спосіб, яким його буде легше перенести, але я не можу припустити, що він коли-небудь буде знятий зі спини людини. Я можу уявити майбутнє, у якому наука ... візьме під свій контроль життя. ... Але ми далекі від такого майбутнього. ... Принаймні тепер, і можливо доти, поки людина залишається на земній кулі, її доля — бій, і вона повинна змиритися з можливістю війни»². Холмс не намагався виправдати чи поетизувати війну, згадуючи не тільки висоти мужності та героїзму, але й ті безперервні і численні незгоди та жахи, що її супроводжують. «Війна, коли ви перебуваєте на ній, страшна і сутужна. Це тільки коли пройде час, ви бачите, що її послання було божественним. Я сподіваюся, що пройде багато часу, перш ніж нас призвуть знову сидіти біля ніг її хазяїна. Але всі ми маємо потребу у подібному вчителі»³. Молоді люди повинні поставити перед собою запитання — в якому світі вони хочуть жити? Чи хочуть вони бути джентльменами? Але бути джентльменом — значить цінувати честь вище за життя. Це було послання до молоді, якій слід не тільки пишатися тим, що вона ось-ось увійде до складу американської еліти, а й відчувати свою відповідальність за долю нації.

Саме завдяки своїм патріотичним виступам Холмс став популярним у всій країні. Зокрема, останнім із цитованих виступів захоплювався Президент Т. Рузвельт (Theodore Roosevelt), який влітку 1902 р. запропонував Сенатові кандидатуру Холмса на посаду судді Верховного суду США. Вже 8 грудня того ж року Холмс почав виконувати ці обов'язки. Хоча більшість американських дослідників вважає, що в цьому призначенні головним мотивом були не політичні міркування, а професійна репутація Холмса, політичної складовою не слід скидати з рахунку. Недовзі Холмс підтримав позицію Президента у так званих Острівних справах (The Insular Cases). Суть цих справ щодо набутих США внаслідок війни з Іспанією острівних територій (Пуерто Ріко, Гавайї, Гуам та ін.) підсумовувалася фразою «Чи мусить Конституція слідувати за прапором?» (Does the Constitution follow the Flag?). Йшлося про те, щоб

¹ Holmes O.W., Jr. The Soldier' Faith <<http://people.virginia.edu/~mmd5f/holmesfa.htm>>

² Там само.

³ Там само.

мешканцям нових територій не надавати конституційних прав громадян США. Більше того, Верховний суд вирішив, що навіть коли мешканці таких територій, як Пуерто Ріко, стануть громадянами США, у них не буде тих самих конституційних прав, як у громадян інших частин США¹.

Широкого суспільного резонансу набула особлива думка Холмса у рішенні Верховного суду США у справі *Lochner v. New York* (1905). Власник хлібопекарні Лохнер порушив закон штату про максимальну тривалість робочого дня у 10 годин, бо уклав зі своїми працівниками договори, що перевищували цей термін. Більшість членів Суду посилялися на 14-ту поправку до Конституції США, вважаючи, що вона забороняла легіслатурам штатів обмежувати свободу підприємця встановлювати тривалість робочого дня для найманих робітників. Незгідний з таким тлумаченням, Холмс обґрунтував особливу думку, в якій заперечував подібну свободу. Ця думка донині є взірцем у трактуванні 14-ї поправки, а конституційність законів щодо обмеження тривалості робочого дня надалі вже ніколи не піддавалася сумніву. Деяким нашим сучасним законопроектувальникам у галузі трудового права варто мати на увазі цей повчальний епізод.

Під час Першої світової війни Холмс виступив проти нових законів, що забороняли публічні виступи, в яких вбачалася «погана тенденція» перешкоджати мобілізації, або критикувати дії уряду, що могло б призвести до «небажаного для суспільного блага результату». Посилаючись на Першу поправку до Конституції у справі *Schenck v. United States* (1919), Холмс вказав, що не існує надійного тесту на визначення «поганої тенденції» і замість неї запропонував користуватися встановленням «ясної та існуючої небезпеки» (clear and present danger)². Через півроку в особливій думці у справі *Abrams v. United States* (1919)³ він заявив, що громадяни можуть говорити чи публікувати все, що побажають, аби тільки в їхніх виступах не було прямого заклику до заколоту. Аргумент «вільного ринку ідей», що є необхідною передумовою демократії, Холмс запозичив від своїх молодих друзів, Гаролда Ласкі та Фелікса Франкфуртера. Поняття ринку ідей відповідало позитивізму та прагматизму Холмса, який відкидав ідею абсолютної істини і відповідної монополії на неї. На його думку, суди повинні забезпечити, щоб навіть «погані ідеї» стали відомими суспільству, тому що інакше

¹ Insular Cases < http://en.wikipedia.org/wiki/Insular_Cases >

² Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919).

³ Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).

немає жодного способу переконатися, що «гарні ідеї» не могли б бути подавлені випадково. Перша поправка, таким чином, має бути не мертвою літерою, а ясним і ефективним обмеженням урядової влади.

Однак не слід вважати Холмса за ліберала. Скоріше, він є прихильником «чесної гри» у позитивістському стилі. У 1917 р. Холмс дав ясне вираження сучасного юридичного позитивізму в його особливій думці Верховного суду у справі *Southern Pacific v. Jensen*, тоді як більшість суддів вважала, що моряк, поранений у порту, не повинен одержати вигоду від закону про компенсації робітникам Штату Нью-Йорк. Морське право того часу не надавало морякам можливості отримати компенсацію за цих обставин, і більшість членів Суду вважала, що слід керуватися саме морським правом, а не законом Нью-Йорка. Холмс думав інакше: «Загальне право є не замислена всюдиприсутність (brooding omnipresence) у небесах, а членороздільний голос певного суверена або квазісуверена»¹. Пізніше, в особливій думці у справі, пов'язаній із конфліктом двох перевізників, у 1928 р. він наголошував: «Право в тому розумінні, у якому суди говорять про нього сьогодні, не існує без деякого певного авторитету, що стоїть за ним... Цим авторитетом, і єдиним авторитетом є держава, і ...голос, прийнятий державою ... промовляє останнє слово»².

Пік популярності Холмса прийшовся на 1920-ті, коли його погляди розповсюдилися серед прихильників соціальних та економічних реформ, борців за громадянські права і навіть лідерів робітничого руху. Тоді у пресі його стали називати «Янкі з Олімпу» і «Великим Незгідним» (the Great Dissenter).

Холмс вийшов у відставку на початку 1932, помер від пневмонії у 1935. Він користувався великою пошаною серед юридичної спільноти та Президента Ф. Д. Рузвельта і його адміністрації. Свій маєток поблизу Бостона він заповідав Урядові США. Похований на Арлінгтонському національному цвинтарі.

Його наступник у Верховному суді Б. Кардозо (Benjamin Nathan Cardozo) охарактеризував його як «найбільший юридичний інтелект в історії англomовного світу».

¹ *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 222 (1917) – Mr. Justice Holmes, dissenting.

² *Black & White Taxicab & Transfer Co. v. Brown & Yellow Taxicab & Transfer Co.*, 276 U.S. 518, 533, 535 (1928). – Mr. Justice Holmes, dissenting.