



**Евгений Никандрович  
ТОНКОВ,**

преподаватель Санкт-Петербургского  
института адвокатуры,  
кандидат юридических наук  
**e.tonkov@mail.ru**  
191186, Россия,  
г. Санкт-Петербург,  
ул. Казанская, д. 7

## ИСТОЧНИКИ ПРАВА В «РОССИЙСКОМ ПРАВОВОМ РЕАЛИЗМЕ»

**Аннотация.** В статье рассматриваются источники права в дискурсе концепции российского правового реализма. Автор обосновывает широкий подход к источникам права и считает феномены источника и формы права равными по смыслу. Отмечается прагматизация российской юриспруденции и недостаточность обращения внимания только на тексты нормативных правовых актов. Интерпретация действий по соблюдению или нарушению нормативных предписаний и критерии оценки доказательств становятся более актуальными в современных условиях, когда индивидуальная нормативная система правоприменителя опосредует его действия, детерминирует существо и детали принимаемого решения. При актуализации плюрализма источниковой базы особое внимание уделяется постклассическим характеристикам современного правоприменения и идеям Л. И. Петражицкого как основоположника психологической теории права. Широкое понимание источников права в XXI в. позволяет выявить актуальные источники нормирования и по-новому оценить факторы, обязывающие индивидов подчиняться воле других лиц. По мнению автора, право следует рассматривать и как результат и способ реального взаимодействия людей, порождающего субъективные права и обязанности, и как форму коммуникации, побуждающей человека к активной реализации приемлемых им в конкретной правовой ситуации источников права. Приведенный компаративный анализ правового реализма в северо-американском, скандинавском и российском обществах позволяет рассматривать правовой реализм в качестве посредника между книжным правом и практическими проблемами человека.

**Ключевые слова:** источники права, российский правовой реализм, нормативность, психологическая теория права, американский правовой реализм, скандинавский правовой реализм.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.75.11.096-104

**E. N. TONKOV,**

Lecturer-in-Law of the Saint-Petersburg Institute for Advocacy,  
Cand. Sci. (Law)

**e.tonkov@mail.ru**

191186, Russia, Saint-Petersburg, ul. Kazanskaya, 7

### SOURCES OF LAW IN «RUSSIAN LEGAL REALISM»

**Abstract.** The article examines the sources of law in the discourse of Russian legal realism concept. A broad approach to the sources of law is justified and the phenomena of the source and form of law as equal in meaning

*is considered. The author notes the pragmatization of Russian jurisprudence and insufficiency of paying attention only to the texts of normative legal acts. Interpretation of actions to comply with or violate regulatory requirements and criteria for evidence evaluation become more relevant in modern conditions, when the individual regulatory system of the law enforcement actor governs his actions, determines the essence and details of his decision. In order to actualize the pluralism of the source base special attention is paid to post-classical characteristics of modern law enforcement and the ideas of L. I. Petrazhitsky as the founder of the psychological theory of law. A broad understanding of the sources of law in the XXI century allows to identify current sources of regulation and re-evaluate the factors that oblige individuals to obey the will of others. According to the author, law should be considered as a result and method of real interaction of people, generating subjective rights and obligations, and as a form of communication that encourages a person to active realization of acceptable to him sources of law in a particular legal situation. The performed comparative analysis of legal realism in North American, Scandinavian and Russian societies allows us to consider legal realism as intermediary between law in books and practical human problems.*  
**Keywords:** sources of law, Russian legal realism, normativity, psychological theory of law, American legal realism, Scandinavian legal realism.

**Ш**ирокое понимание источников права и идеи правового реализма оказались востребованными в XXI в. Для анализа современного правопорядка необходимо актуализировать круг лиц, формирующих общую нормативность в своих корпоративных интересах. Реалистическая методология позволяет использовать все источники нормирования в равной степени, рационально оценивать факторы, обязывающие индивидов подчиняться воле других лиц.

Наравне с «правом в книгах» требуется учитывать также геоклиматические (региональные) особенности, религиозные традиции, политические доктрины, юридические практики, корпоративные нормы силовых ведомств, деловые обыкновения предпринимателей и иные факторы, воздействующие на социальный порядок. Право является многоаспектным явлением, состоящим из неравноценных по значимости правил; оставление без внимания всей палитры воздействий на правоотношения может привести к ошибочным стратегиям и непредсказуемым результатам.

Дискуссии о соотношении терминов «источник права» и «форма права» (в иных интерпретациях — об источнике права в материальном и формальном смыслах) постепенно утрачивают актуальность. Целесообразно рассматривать феномены *источник* и *форма* права как равные по смыслу, учитывая, что перечень и иерархия источников права зависят от типа правопонимания исследователя. Накал догматических разногласий по поводу *позитивистского* и *естественно-правового* типов мышления среди российских правоведов также заметно снизился, что явилось следствием прагматизации юриспруденции и начала эры диктатуры правоприменителя, мало интересующегося теоретическими аспектами права.



Существенным недостатком многих научных исследований становится обращение только к *текстам* нормативных правовых актов, тогда как основное поле юридических баталий концентрируется на интерпретации *действий* по соблюдению/нарушению нормативных предписаний и на *критериях оценки доказательств*. Независимо от статуса и предмета законодательных установлений, их реализация в значительной степени определяется индивидуальными свойствами личности правоприменителя, который руководствуется не столько *знанием* применяемых правил, сколько *субъективным усмотрением*. Профессиональные деформации юристов подчас имеют большее значение для принятия решения, нежели содержание текста закона. Индивидуальная нормативная система правоприменителя опосредует его действия, детерминирует существо и детали принимаемого решения.

Несомненно, оценка источника права производна от представлений о сущности и содержании права. Обоснование количества и качества источников зависит от типа правопонимания и цели исследователя, но по мере развития общества мы сталкиваемся с усложнением источниковой базы права. Распространенное убеждение в том, что основным источником права является нормативный акт, основано на игнорировании юридических практик, детерминированных не нормой закона, а волей и казуальным толкованием властного лица.

Анализируя юридические факты и правоотношения, правоприменитель не всегда способен установить, какой из источников права в большей степени формирует его убеждение в принятии итогового решения по делу. Формулируя текст правоприменительного акта, судья не перестает испытывать влияние разноплановых источников нормативности, среди которых не всегда основополагающим окажется закон. Следует учитывать, что у каждого источника права существуют видовые особенности формирования и воздействия на социальную среду. Актуализация плюрализма источниковой базы, введение в оборот «неканонических» форм права способствует всестороннему анализу правопорядка.

Основоположник психологической теории права Л. И. Петражицкий предложил классификацию источников права, удобную для понимания механизма правового регулирования. Его учение о позитивном праве расширило представления о феномене «источник права», выйдя далеко за пределы объема, который ему обычно предоставлялся догматической юриспруденцией. Петражицкий обосновал в том числе следующие виды позитивного права: обычное право; право судебной практики; право отдельных преюдиций (одного или нескольких однородных по содержанию решений, которым обязаны следовать суды); юдициальное право (право судебных решений); книжное право; право принятых в науке мнений; право учений отдельных юристов или их групп; право юридической экспертизы; право изречений религиозно-этических авторитетов; право религиозно-авторитетных примеров (образцов поведения); договорное право; право односторонних обещаний; право программ, сообщений о будущих действиях, программное право; право, ссылающееся на признание обязанной стороны; прецедентное право; право юридических поговорок; общенародное право и т.д.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений : учебник. СПб., 2007. С. 752.

В качестве разновидности неофициального права Л. И. Петражицкий выделил даже «преступное право» («право преступных организаций»). Ученый полагал, что в преступных сообществах вырабатываются и беспрекословно исполняются сложные системы императивно-атрибутивных норм, определяющих, например, «организацию шайки» или распределение прав и обязанностей между ее членами. Во всех организациях такого рода действует система наказаний за нарушение установленных норм, которая подчас сопровождается предварительным «судебным разбирательством».

Широкое понимание источников права в XXI в. позволяет выявить актуальные источники нормирования, по-новому оценить факторы, обязывающие индивидов подчиняться воле других лиц. Право возникает из многочисленных источников, среди которых следует назвать в первую очередь правовые обычаи, религиозные правила, нормативные правовые акты, прецеденты (акты высших судов, вынесенные по конкретным делам, имеющие обязательную силу для нижестоящих судов по аналогичным правоотношениям) и прецеденты толкования (официальные нормативные интерпретационные акты высших органов публичной власти).

Некоторые источники права становятся предметом дискуссий, не теряя при этом своих качеств нормативности. К ним относятся: юридическая доктрина, юридическая практика, моральные воззрения, локальные акты муниципальных образований, корпоративные нормы, деловые обыкновения, правосознание, договоры нормативного содержания, принципы права, нормы международного права, интуитивное право (индивидуальная нормативная система), наука (не только юридическая), нормы политических партий, нормы освободительных движений, нормы преступных сообществ, разум.

Право следует рассматривать как результат и способ реального взаимодействия людей, порождающего субъективные права и обязанности. Право как форма коммуникации побуждает человека к активной реализации приемлемых им в конкретной правовой ситуации источников права. «Осуществление права, его переход в действительность правоотношений есть жизнь и истина права, есть само право. Что не переходит в действительность, что находится лишь в законах, на бумаге, то является одним фиктивным правом, пустыми словами, и наоборот, то, что осуществляется в виде права, есть право, даже если его нет в законах и если народ и наука еще не осознали его. Таким образом, решающим моментом при оценке права является не абстрактное содержание законов, не справедливость на бумаге и нравственность на словах, а то, как это право объективируется в жизни, энергия, с которой все признанное необходимым исполняется и проводится в действительности»<sup>2</sup>.

Право как способ и результат взаимодействия позволяет человеку выбирать и реализовывать нормы всех источников права. «В России справедливость была всегда выше права. Практика обыденной жизни была такова, что люди жили не столько по законам, которые были для всех общие, сколько по обычаям, которые были особые в разных регионах»<sup>3</sup>. Человек участвует в формировании источников

<sup>2</sup> Иеринг Р. фон. Юридическая техника. М., 2008. С. 29.

<sup>3</sup> Степин В. С. Философская антропология и философия культуры. М.: Академический проект; Альма Матер, 2015. С. 308.



права, таким способом изменяя нормы своей будущей жизни. «В повседневной жизни люди ориентируются прежде всего на образцы, которым они неосознанно подражают или не подражают и которые их программируют. Идеи и нормы внедряются в жизнь посредством образцов, фиксирующих эти нормы. К сожалению, в нашей жизни имеется множество случаев, когда нарушение законов обеспечивает успех в достижении цели»<sup>4</sup>, — указывает В. С. Степин, обращая внимание на то, что соблюдение законов не является в нашем обществе условием благополучной жизни. В последнее время некоторые исследователи преувеличивают значение текстов и языковых конструкций, снижая актуальность юридических фактов и их оценок.

«Формальное право, устанавливаемое и обеспечиваемое государством, не является единственным правовым порядком на данной территории. Оно взаимодействует, конкурирует или сосуществует с другими правовыми системами, которые могут быть приняты в отдельных социальных средах или какими-либо группами для регулирования отношений. Это могут быть разные формы обычного права, элементы прошлых систем, формы самоуправления, отрицающие господствующее право, различные непризнанные системы саморегулирования. В качестве примеров можно привести параллельные правовые порядки, поддерживаемые сицилийской мафией, уголовные понятия и систему их толкования, самоуправление в этнических кварталах мегаполисов, соседство светского права с религиозным порядком или порядком, унаследованным от национальных традиций и сосуществующим с заимствованным современным правом. Это живые системы, от взаимодействия с которыми неизбежно трансформируется применение господствующего правового порядка, поддерживаемого государством»<sup>5</sup>.

Право может формироваться и действовать независимо от государственной власти — как «дух народа», как «признание юридической свободы, обнаруживающейся в лицах и их воле и в их воздействиях на предметы»<sup>6</sup>. Праксиологический подход к праву требует учитывать факторы, имеющие юридическое значение, оценивать доказательства, подтверждающие существование юридических фактов, — именно в таком смысле и содержании, которые пытаются представить стороны. И лишь после того, как доказано существование правоотношения того или иного субъектного состава и содержательного качества, может быть дана его оценка с точки зрения материального и процессуального права.

В отечественной науке под правовым реализмом долгое время подразумевались американский и скандинавский концепты, однако в последнее десятилетие актуализировался интерес к варианту правового реализма, сформировавшемуся на территориях бывшей Российской империи после Октябрьской революции 1917 г.

*Российский правовой реализм* выявляет исторические закономерности, заложенные в современной правовой системе, иллюстрирует особенности российского правопорядка, в том числе отвечает на вопрос: почему юридическая практика не

<sup>4</sup> Степин В. С. Указ. соч. С. 312—313.

<sup>5</sup> Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / под ред. В. В. Волкова. М.: Статут, 2011. (Extra Jus). С. 6—7.

<sup>6</sup> Пухта Г.-Ф. Энциклопедия права // Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. С. 432.

всегда согласуется с нормативными правовыми актами<sup>7</sup>. Если в американском правовом реализме правом принято считать то, что делают судьи, то в парадигме российского правового реализма право формируют субъекты исполнительной власти. Можно утверждать, что конвергенция ветвей публичной власти, заложенная после Октябрьской революции 1917 г. в основу функционирования советов народных депутатов, завершилась в XXI в. Постсоветскому правопорядку не удалось избавиться от доктрины руководящей и несменяемой политической власти. Широкий подход к пониманию источников права позволяет сторонникам прагматического подхода рационализировать юридические дискурсы современности.

Обращаясь к историческим предпосылкам возникновения правового реализма в североамериканском, скандинавском и советском обществах, следует отметить характерный для них прагматизм юридических методов. Принято считать, что термин «правовой реализм» возник в ходе научных дискуссий между Карлом Ллевеллином и Роско Паундом, полемика которых начиналась как дружественная научная переписка, но в дальнейшем переросла в публичную дискуссию<sup>8</sup>, к которой присоединился Джером Фрэнк<sup>9</sup>. Каждый исследователь правового реализма предлагал собственное видение концепции права, но во всех идеях реализма можно найти общий подход, согласно которому право — не совокупность правил, закрепленных в нормативных правовых актах, а акты толкования, осуществленные правоприменителями.

Среди недостатков концепции американского правового реализма некоторыми исследователями отмечается завышенная оценка роли бессознательных факторов судебного усмотрения. Действительно, практически неограниченная свобода судей в вынесении решений ведет к неравенству людей перед законом по причине того, что несправедливо решать одинаковые дела по-разному в зависимости от субъективного усмотрения судьи. Методы правовых реалистов обосновывают различное понимание источников права, что объясняет, почему судьи зачастую выносят решения, не предусмотренные статутными нормами.

По мнению В. В. Калиновской, «судебная истина, выраженная в решении и являющаяся результатом судебного усмотрения, в любом случае подвержена влиянию актов речевого воздействия участников судопроизводства: вопрос обоснованности решения складывается не только из количественных и качественных характеристик доказательств, но и из формы их преподнесения сторонами»<sup>10</sup>. Т. Д. Вит-

<sup>7</sup> См. подробнее: Тонков Е. Н. Российский правовой реализм и его влияние на концепцию толкования // Толкование закона в Англии : монография. СПб. : Алетей, 2013. (Pax Britannica). С. 274—287 ; Он же. Российский правовой реализм // Р. А. Ромашов, Ю. Ю. Ветютнев, Е. Н. Тонков. Право — язык и масштаб свободы : монография. СПб. : Алетей, 2015. С. 63—76 ; Он же. Российский правовой реализм // Постклассическая онтология права : монография / под ред. И. Л. Честнова. СПб. : Алетей, 2016. (Толкование источников права). С. 417—508.

<sup>8</sup> Llewellyn K. N. A realistic jurisprudence — the next step // Columbia Law Review. 1930. Vol. 30. № 4. P. 431—465.

<sup>9</sup> Llewellyn K. N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound // Harvard Law Review. 1931. Vol. 44. № 8. P. 1222—1264.

<sup>10</sup> Калиновская В. В. Речевое воздействие в юридическом дискурсе // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 1. С. 32—36.





лицкая, анализируя формы воздействия на судей, исследует речи талантливого русского адвоката Ф. Н. Плевако: «Система концептов с присущими Ф. Н. Плевако индивидуальными компонентами, т.е. теми характерными особенностями репрезентируемых концептов, которые свойственны именно данному человеку, позволяет ему формировать у слушателей необходимый ему фрейм как некий объем знаний о стереотипной ситуации и моделях поведения в ней»<sup>11</sup>.

Правовые реалисты смогли использовать методологию социальных наук не только в изучении права, но и в его применении. Фраза «мы все теперь реалисты» (*we are all realists now*) стала популярной в юридическом сообществе. Американские правовые реалисты наглядно демонстрируют, что в большинстве дел судьи легко находят доводы для оправдания противоположных решений без отмены предыдущих норм. Из этого с неизбежностью следует, что на исход дела имеют решающее влияние внеправовые соображения и что традиционная формула обоснования решений не обеспечивает единообразия и предсказуемости судебной деятельности<sup>12</sup>.

В концепции *скандинавского правового реализма* действующим правом также является право, применяемое судьями. Решения судей воспринимаются как устанавливающие не только вопросы факта, но также вопросы права и его корректного применения. Скандинавские реалисты воспринимают право как комплекс норм и категорий с устойчивой природой по отношению к миру ценностей, вне зависимости от типа имплементированной в общество идеологии. Право всегда действует одинаково, автономно от политики, можно оставаться в границах научной концепции права, только если исследование фокусируется на установлении норм, действительно применимых в жизни.

А. Хэгерстрём рассматривает правовую норму в качестве императива, содержащего требование конкретного действия; правовые нормы не имеют ничего общего с ценностями и регламентируют поведение людей просто воздействием волевого импульса, самой императивной формой, в которую облечено приказание<sup>13</sup>.

Похожую позицию занимал К. Оливекрона: правовой императив, который моделирует воображаемую ситуацию, и воображаемое действие представляют собой явления одного порядка. Разница между моралью и правом для него состоит в том, что специфика правовых императивов — в их связи с применением силы. И не потому, что выполнение правовых норм гарантируется и защищается при помощи силовых механизмов, а потому, что само их содержание относится преимущественно к проблемам применения силы, регламентирует человеческое поведение в тех аспектах, которые связаны с применением силы.

По мнению В. Лундштедта и А. Росса, право выполняет необходимые социальные функции и служит самосохранению общества, социальная организация которого детерминирует процесс правотворчества. Право порождается в процессе функционирования социальной организации: именно благодаря наличию органи-

<sup>11</sup> Витлинская Т. Д. Лингвистическая концептуализация понятия «правосудие» в речах Ф. Н. Плевако // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 1. С. 27—31.

<sup>12</sup> Тонков Д. Е. Американский правовой реализм: правовая определенность с позиции нормоскептиков // Правоведение. 2015. № 4 (321). С. 151—153.

<sup>13</sup> О подходе А. Хэгерстрёма см.: Тонков Д. Е. Философия права Акселя Хэгерстрёма // Труды Института государства и права РАН. 2018. Т. 13. № 3. С. 82—106.

зованных групп в обществе возникает потребность в сотрудничестве и кооперации, направленных на социальные цели, а не просто на биологическое выживание и воспроизводство жизни. То, что полезно с точки зрения укрепления социальной организации и достижения поставленных обществом целей, и составляет социальное благосостояние для данного общества, определяя содержание права.

Согласно концепции действенности права, правовые нормы являются ключом к интерпретации и прогнозированию социальных действий. Право имеет свойство обязывать конкретное общество (в том числе правоприменителей) к определенному поведению до тех пор, пока оно действительно. Не только интерпретируя закон, но и в случае принятия решения, противоречащего закону, судьи считают, что они действуют в соответствии с объективно существующими нормами<sup>14</sup>. В. Лундштедт сформировал «метод социального благополучия», основанный на исторических фактах, логической критике правовой идеологии, социальном и психологическом опыте. Он отрицал наличие у ценностных суждений какого-либо *правового* значения, так как они субъективны и зависят от чувств и эмоций конкретного лица<sup>15</sup>.

Американские, скандинавские и российские правовые реалисты имеют разные национальные истории, но они разделяют общее понимание своей роли как посредника между книжным правом и практическими проблемами человека. Правовые реалисты используют предпосылку о том, что право существует в виде практического инструмента, в таком смысле в период между двумя мировыми войнами американское, скандинавское и советское право становилось в большей степени опытом, юридической практикой, нежели теоретической конструкцией.

Несмотря на различия вариантов правового реализма, все три течения направлены на устранение препятствующего общественному развитию юридического формализма и утверждение понимания права как социально-психологического феномена.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Витлинская Т. Д. Лингвистическая концептуализация понятия «правосудие» в речах Ф. Н. Плевако // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 1.
2. Иеринг Р. фон. Юридическая техника. — М., 2008.
3. Калиновская В. В. Речевое воздействие в юридическом дискурсе // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2020. — № 1. — С. 32—36.
4. Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений : учебник. — СПб., 2007.
5. Право и правоприменение в России: междисциплинарные исследования / под ред. В. В. Волкова. — М. : Статут, 2011. — (Extra Jus).

<sup>14</sup> Тонков Д. Е. Философия права Акселя Хэгерстрёма. С. 100.

<sup>15</sup> См. подробнее: Тонков Д. Е. Метод «социального благополучия» Вильгельма Лундштедта // Труды Института государства и права РАН. 2020. Т. 15. № 1. С. 125—149.





6. *Пухта Г.-Ф.* Энциклопедия права // *Немецкая историческая школа права.* — Челябинск, 2010.
7. *Степин В. С.* Философская антропология и философия культуры. — М. : Академический проект ; Альма Матер, 2015.
8. *Тонков Д. Е.* Американский правовой реализм: правовая определенность с позиции нормоскептиков // *Правоведение.* — 2015. — № 4 (321).
9. *Тонков Д. Е.* Метод «социального благополучия» Вильгельма Лундштедта // *Труды Института государства и права РАН.* — 2020. — Т. 15. — № 1.
10. *Тонков Е. Н.* Российский правовой реализм и его влияние на концепцию толкования // *Толкование закона в Англии : монография.* — СПб. : Алетейя, 2013. — (Pax Britannica).
11. *Тонков Е. Н.* Российский правовой реализм // *Постклассическая онтология права: монография / под ред. И. Л. Честнова.* — СПб. : Алетейя, 2016. — (Толкование источников права).
12. *Тонков Е. Н.* Российский правовой реализм // *Р. А. Ромашов, Ю. Ю. Ветютнев, Е. Н. Тонков. Право — язык и масштаб свободы : монография.* — СПб. : Алетейя, 2015.
13. *Тонков Д. Е.* Философия права Акселя Хэгерстрёма // *Труды Института государства и права РАН.* — 2018. — Т. 13. — № 3.
14. *Llewellyn K. N.* A Realistic Jurisprudence — The Next Step // *Columbia Law Abstract.* — 1930. — Vol. 30. — № 4.
15. *Llewellyn K. N.* Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound // *Harvard Law Abstract.* — 1931. — Vol. 44. — № 8.