

Северо-Кавказский юридический вестник. 2023. № 2. С. 7–16
North Caucasus Legal Vestnik. 2023;(2):7–16

Проблемы теории и истории права и государства

Научная статья

УДК 34.01

doi: 10.22394/2074-7306-2023-1-2-7-16

ПРАВОВОЙ РЕАЛИЗМ КАК ОСУЩЕСТВЛЯЮЩАЯСЯ НОРМАТИВНАЯ КОММУНИКАЦИЯ ЛЮДЕЙ И РАЗНОВИДНОСТЬ ЮРИДИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ. РАЗМЫШЛЕНИЯ О ПРАВОВОЙ РЕАЛЬНОСТИ

Дамир Юсуфович Шапсугов

Южно-Российский институт управления – филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Ростов-на-Дону, Россия, shapsugov@yandex.ru

Аннотация. В статье рассматривается обобщенная концепция правового реализма как осуществляющейся нормативной коммуникации людей через многообразие применяемых ими нормативных систем и разновидность юридического мышления, понимаемого как подведение практических явлений под юридическую норму, представляющего собой один из вариантов рассудочного понимания права, не восходящего к постижению его сущности, останавливающегося на непосредственном восприятии видимой нормативной коммуникации людей как действительного права, процесс становления которого в этом случае остается непознанным. Дается обоснование перехода от позитивистской интерпретации концепции правового реализма к философско-правовой, совершенного в учении о праве Г. Гегеля и Р. Иеринга.

Ключевые слова: реализм, право, правовой реализм, новый правовой реализм, новый реализм, неправое, правовое мышление, юридическое мышление, понимание права, познание права, истина о праве, свободное мышление в познании права

Для цитирования: Шапсугов Д. Ю. Правовой реализм как осуществляющаяся нормативная коммуникация людей и разновидность юридического мышления. Размышления о правовой реальности // Северо-Кавказский юридический вестник. 2023. № 2. С. 7–16. <https://doi.org/10.22394/2074-7306-2023-1-2-7-16>

Problems of the Theory and History of Law and State

Original article

LEGAL REALISM AS AN ONGOING NORMATIVE COMMUNICATION OF PEOPLE AND A KIND OF LEGAL THINKING. REFLECTIONS ON LEGAL REALITY

Damir Yu. Shapsugov

South-Russia Institute of Management – branch of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Rostov-on-Don, Russia, shapsugov@yandex.ru

Abstract. The article deals with the generalized concept of legal realism as the normative communication of people being carried out through the variety of normative systems used by them and a kind of legal thinking, understood as summing up practical phenomena under a legal norm, which is one of the variants of the rational understanding of law, not ascending to the comprehension of its essence, stopping at the direct perception of visible normative communication of people as a valid law, the process of formation of which in this case remains unknown. The substantiation of the transition from the positivist interpretation of the concept of legal realism to the philosophical-legal one, made in the doctrine of law by G. Hegel and R. Iering, is given.

Keywords: realism, law, legal realism, new legal realism, new realism, wrong, legal thinking, understanding of law, knowledge of law, truth about law, free thinking in the knowledge of law

For citation: Shapsugov D. Yu. Legal realism as an ongoing normative communication of people and a kind of legal thinking. Reflections on legal reality. *North Caucasus Legal Vestnik*. 2023;(2):7–16. (In Russ.). <https://doi.org/10.22394/2074-7306-2023-1-2-7-16>

Юридическое мышление есть подведение практических явлений под норму права.

Реализм права есть выражение формирующихся и развивающихся потребностей и интересов свободной личности в их непосредственной связи с интересами общества.

Позитивизм – смертельный враг юриспруденции.

Р. Иеринг

Право есть фактическая и юридическая власть быть свободным человеком.

Г. Ф. Пухта

В правовом реализме видимое право рассматривается как действительное, а не как средство познания невидимого права.

Рассудок познает существующее, видимое, единичное – конечное. Несуществующее, существующее невидимое и всеобщее подвластно только разуму.

Юридическое мышление преимущественно только, рассудочное – для понимания юридико-технической реальности; правовое мышление преимущественно философско-правовое, разумное, для познания правовой реальности.

Современная научная концепция права может опираться на учение о рассудке и разуме, в котором заложена возможность познания единства юридического и правового мышления, воплощенного в Органоне юридической науки.

Д. Ю. Шапсугов



В последние годы предметом внимания отечественных ученых-юристов стала концепция права, которая долгое время специально не исследовалась. Поэтому заслуживают серьезного анализа появившиеся недавно фундаментальные труды по концепции правового реализма¹, в которых выделены его социальные истоки, связанные с **актуализацией фактического опыта и поведения акторов права**, как реакция на излишний формализм и абстрактность права в США, Швеции, России начала и середины XXI в., подробно исследованы основы российского правового реализма и проанализировано его развитие в XXI в., исследованы также другие варианты правового реализма (итальянского, генуэзского, болонского, французского, немецкого, (раннего) датского, нового) а также современные реконструкции и переосмысление истории реалистического подхода в юриспруденции [1].

Подробный анализ столь масштабного научного труда, каковым является монографическое издание Е. Н. Тонкова и Д. Е. Тонкова [1], в силу достаточной обоснованности и ясности изложенной в нем современной интерпретации концепции правового реализма, получившей позитивную оценку в рецензиях известных ученых России (например, см. [5]), не представляется возможным и необходимым в рамках научной статьи. Однако актуальным представляется краткое рассмотрение его содержания путем выделения ключевых понятий, определения их логической связи, анализа гносеологических, социальных, культурно-исторических, философско-правовых и собственно юридических оснований, а также технологий их развертывания в целостную, обобщающую концепцию с учетом явного приоритета эмпирических, опытных оснований, определяющих его концептуальные особенности. Поэтому представляется достаточным в рамках научной статьи остановиться на основных моментах понимания правового реализма, прежде всего, с точки зрения проблем мышления.

¹ Особо следует выделить фундаментальную монографию: Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм [1] и ряд других публикаций [2–10].

Как отмечает Е. Н. Тонков, «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 года.

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 всегда согласуется с нормативными правовыми актами. Если в американском правовом реализме правом принято считать то, что делают судьи, то **в парадигме российского правового реализма, право формируют субъекты исполнительной власти.** (выделено нами – Д. Ш.) Можно утверждать, что конвергенция ветвей публичной власти, заложенная после Октябрьской революции 1917 года в основу функционирования советов народных депутатов, завершилась в XXI веке. Постсоветскому правопорядку не удалось избавиться от доктрины руководящей и несменяемой политической власти. Широкий подход к пониманию источников права позволяет **сторонникам прагматического** (выделено нами – Д. Ш.) подхода рационализировать юридические дискурсы современности» [2, с. 100–101].

Концепция правового реализма в формате представленного изложения как вариант реалистического, осуждающего формализм, абстрактность и консерватизм в понимании права, как описание жизни права без идеализации и догматизма, исследована практически с самого начала своего появления в 30-х годах XX в. из полемики К. Ллевеллина и Р. Паунда, проведена через анализ его проявления в зарубежной юриспруденции, преимущественно американского и скандинавского, итальянского, французского, в советской социалистической правовой системе, в качестве преемника которого рассматривается российский правовой реализм.

Для понимания сущности данной концепции правового реализма важно проанализировать понятие реализма. «Реализм (англ. *reality* –реальность) – направление в теории государства и права, основной задачей которого является выявление фактических, действительных черт, присущих правовой системе. Опорными точками рассуждения в реализме, являются прагматизм, критичность и здравый смысл. Под понятием права реалисты понимают то, что фактически обязывает индивидов подчиняться, а именно страх перед санкциями, вызываемый в том числе возможностью применения насилия власти, принуждения» [11, § 18].

Продолжением этой мысли является трактовка публичных отношений, согласно которой «Политическое устройство общественной жизни в России в зависимости от точки зрения исследователя можно обозначить как демократическим, так и олигархическим, приведя в обоснование каждой из противоположных точек зрения достаточное количество аргументов. Гипертрофированный административный аппарат («бюрократическая машина») и следование традициям перенятым властными органами из советской модели управления государственными и правовыми структурами предыдущих лет, в известной степени формируют российскую правовую действительность. Российский правовой реализм можно рассматривать как преемник советского социалистического реализма» [11, § 18].

Детализируя эту позицию, Ромашов Р., Ветютнев Ю., Тонков Е. подчеркивают: «Движение правового реализма стремилось, в том числе, уменьшить влияние формализма в судопроизводстве, актуализировать значение судейского субъективизма, сделать процесс принятия решений более предсказуемым. Наиболее радикально формализм в праве был преодолен в ходе октябрьской (1917 года) революции в России» [12].

Авторы рассматривают формализм, догматизм, оторванность от практических проблем только как проблему существующей нормативности и деятельности правоприменителей, а **не как проблему мышления**, которая не принимается во внимание, вопреки известному давнему утверждению многих выдающихся мыслителей – «дело не в вещах, а в разумении». И именно поэтому не только не устраняют названные недостатки, но и серьезно усиливают даже наращивают их негативные последствия, что проявляется как в широкой практике «испечения» законов, так и произвольного их толкования и применения, что тоже происходит обязательно в существующем, но в новых вариантах, часто еще более утонченных и даже очень примитивных.

Концепция правового реализма, оставаясь разновидностью юридического мышления, с древних времен считавшегося выражением того, что делают юристы – подводит практические действия людей под юридические формулы и нормы, обобщенное определение которых было дано Р. Иерингом. Исследователи процессов правообразования, как правило, исходили из того,

что право есть то, что можно наблюдать и описывать в связи с тем, что оно существует как данное. В этом выводе и заключается неизбежность практической ориентации юридического мышления как по своей сути прикладного знания о праве, представленного через широкую трактовку источников и форм права, в которой снимается их различие путем введения многочисленных нормативных систем, каждая из которых рассматривается как компонент правообразования, а также выполняющая роль посредника между «книжным» правом и потребностями человека, что является рассудочным описанием осуществляющейся в обществе нормативности.

«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» [2, с. 97] (выделено нами – Д. Ш.).

«Право – это открытая система норм, саморегулирующаяся и изменяющаяся с течением времени. Право не является продуктом исключительно государства и не совпадает с законом, оно формируется из нескольких источников, в том числе: традиций; юридических практик; религиозных установлений; политических доктрин; нормативных актов публичной власти; международных договоров; уставов корпораций; обычаев сообществ и т.д. Право имманентно культуре соответствующего этноса, эволюционирующего во времени и в пространстве, оно есть результат и способ взаимодействия людей, порождающего субъективные права и обязанности. Право – это система норм, в формировании которых прямым волеизъявлением или молчаливым согласием принимает участие все население рассматриваемого социума» [1, с. 290].

Адекватной правовому реализму является, по мнению Е. Н. Тонкова, реалистическая методология, которая «позволяет выявить актуальные источники нормирования, по-новому оценивать факторы, обязывающие индивидов подчиняться воле других лиц» [2, с. 99]. С ее помощью преодолеваются существенные недостатки, в том числе: «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*», правоприменитель «руководствуется не столько *знанием* применяемых правил, сколько *субъективным усмотрением*», а «обоснование количества и качества источников зависит от типа правопонимания и цели исследователя» [2, с. 98].

Трудно спорить с существованием подобных явлений. Вопрос лишь в том, почему такая реальность называется правовой, даже с изложенным содержанием, не ограничивающимся только юридическими нормами и включающем явно неправовые формы деятельности?

Мысль о тождестве источников права и форм права вряд ли может быть принята как имеющая отношение к истине только по причине наличия или отсутствия дискуссий на эту тему. Ибо эти понятия на самом деле представляют разные аспекты правообразования, значение которых в познании действительного права только нарастает. В этой связи представляют интерес идеи Савиньи и Пухты о правообразовании. Опирающееся сначала на общее сознание народа, право исчезает по мнению Ф. К. фон Савиньи с образованием сословий. Он считает, что «в истории каждого народа наступают эпохи, неблагоприятные образованию права при помощи общенародного сознания. Эти эпохи совпадают с развитием индивидуального начала, обособлением занятий и знаний и зависящим от этого установлением сословий; правообразование, покоившееся ранее на общности сознания, вследствие этого, затрудняется» [13, с. 101].

Как развитие этой мысли можно рассматривать идеи Г. Ф. Пухты об обычном праве, источником которого является народное убеждение, законе, призванном выражать уже только общую волю, не совпадающую с народным убеждением и способную вовсе не считаться с ней [14, с. 460]. Здесь уже отчетливо выражена, как нам представляется, весьма важная мысль, что источники и формы права исторически взаимосвязаны и имеют разное содержание и формы, смешение которых делает невозможным познание не только процесса становления права, но и его внутренней дифференциации в процессе его дальнейшего развития.

Весьма интересным представляются в этой связи идеи Г. Ф. Пухты о различении видимого права (обычное право, закон, право юристов, которые выступают лишь *внешними образами* права,

средствами распознавания права, и невидимым правом, представленным в народном убеждении и общей воле). При этом он рассматривает фактически как недоразумение странные предположения, посредством которых «думали ... заменить невидимое чем-либо иным, осязательным». Здесь Г. Ф. Пухта далек от абстрактного понимания духа народа (народного убеждения), он постоянно подчеркивает его действительность как права «живущего в убеждении народа».

Концепция «разложенного» права Г. Ф. Пухты состояла в том, что оно включает видимое право, удовлетворяющее требованиям его достоверности, и невидимое право как выражение его сущности, проявлявшееся во взглядах на соотношение права, морали и нравственности, в которых фиксируются принципы права: свобода, справедливость, нравственность, познаваемые философией права. Исходя из этого различения он определял *область права, предмет юриспруденции и философии права*, составляющие в целом его концепцию права.

Другой важный аспект понимания права, подчеркиваемый Г. Ф. Пухтой – понимание права как единства фактической и юридической власти личности, без которого не могло бы существовать право как «юридическая власть быть человеком».

«В действительности личность, понимаемая – как подчеркивает Г. Ф. Пухта, – только как возможность прав, была бы бессильным существом, неудержимо стремящимся ко вне его лежащим предметам, в которых бы и исчезало, так как оно было бы лишено силы найти в себе хотя бы на один момент удовлетворение и покоиться в самом себе. Возможность, которая не могла бы быть возможностью, а необходимо должна была бы переходить в другое состояние, не была бы свободой» [14, с. 494].

Каждое юридическое положение, совокупность которых содержится в названных трех типах права, имеет свое начало в одном из этих источников, каждому из которых свойственны свои средства познания. Они, как подчеркивает Г. Ф. Пухта, представляют видимое право, но в качестве средства познания невидимого, каковое в действительности является делом свободных граждан Рима и вольных городов. Его глубокий смысл заключался в том, что такое правообразование являлось выражением самоуправления, способом формирования разумных, свободных граждан – главных носителей Духа народа как своего собственного Духа.

Как подчеркивает Г. Ф. Пухта, «Задача дальнейшего развития права, которое бы шло одновременно, согласно с развитием народа, никогда не извратится, если будет удержано за источниками права, активными участниками в этом развитии, *присущее им свободное движение* (подчеркнуто нами – Д. Ш.). Если же это взаимодействие нарушится, как это бывает, например, тогда, когда стараются ослабить силу непосредственного убеждения народа и науки и поставить дальнейшее движение права в зависимость единственно от законодателя, то неизбежным бывает одно из двух: или право не будет соответствовать требованиям времени, или оно внезапными обновлениями законодательства отрывается от общения с жизнью народа; в обоих случаях прекращается гармония права с развитием народа» [14, с. 444].

В правовом реализме это важное для познания права разграничение исчезает, то, что Пухта называет видимым правом, образом права, средством познания, становится правом, невидимое (сущность) исчезает, видимое, непосредственно существующее, объявляется правом. Призванное постоянно развиваться мышление останавливается и считается завершенным на стадии непосредственного восприятия, либо случайного воображения, которые, по определению Гегеля, выступают проявлением поверхностного мышления, останавливающегося на обнаруженной видимости права, которую рассудок выдает за действительность. Такой способ мышления о праве и является юридическим мышлением, классическое определение которого как обоснованное его обобщение дал Р. Иеринг. Поэтому трудно согласиться с тем, что современный правовой реализм представляет собой практический поворот в современной философии права [4]. На самом деле, как нам представляется, это не поворот, а традиционная особенность юридического мышления как постоянно обращенного к практическим явлениям, подводимым под нормы права, либо осуществляемую во всем своем многообразии, как полагают Е. Н. Тонков и Д. Е. Тонков, социальную нормативность. При этом следует иметь в виду отмечаемую в научной литературе «множественность версий правового реализма и размытость границ...», отличительной чертой которых является онтологизация социального опыта или социальных отношений, которые рассматриваются, во-первых, как независимая от человеческого сознания сфера бытия и, во-вторых, в этом качестве

они рассматриваются как более достоверный источник права, чем рациональные построения. Последнее оценивается так или иначе как инертный фактор – формализм или господство концептуализма, который ограничивает возможности права, игнорирует связь права и социального развития, а нередко трактуется и как ошибочный путь права» [6, с. 6].

Имела глубокий смысл критика Г. Ф. Пухтой уже признанной в его время концепции соотношения субъективного и объективного права, которая прочно утвердилась в последующей юриспруденции. Тем не менее, им были высказаны обоснованные сомнения в оправданности такой, ставшей традиционной, трактовки их соотношения. Исходя из присущего ему стремления развеять сомнения в действительном бытии права, неправомерности выведения его из разума, совмещаемого с утверждением духовности права, тем не менее, имеющего действительное существование в связи с тем, что именно разум является *посредником* между природной и духовной сторонами человека, он рассматривает естественность бытия права как действительно существующую *область права* [14, с. 432-434], которая включает все юридические положения, представленные в обычном праве, законодательстве, науке права. При рассмотрении этих источников права он проявляет большой интерес к их содержанию и форме, развитию и взаимосвязи, специально останавливаясь на вопросе *о средствах их познания*, призванных продемонстрировать *конкретность* существования права в каждую эпоху.

Приведенные основания позволяют ему показать неадекватность сложившегося в теории права разделения права на субъективное и объективное, поскольку при этом разрушается единство права, которое он видит в свободе, праве на власть как выражении достоинства личности, поскольку объективное право как система юридических норм выступает как явление, обособленно существующее от субъективного права.

Устанавливая отсутствие единства права в рассматриваемой конструкции, он оказывается гораздо ближе к пониманию единства субъективного и объективного права, чем авторы, признавшие обособленность этих разновидностей понимания права [14, с. 464–465].

Сегодня понятно, что понятия субъективного и объективного права являются рассудочным представлением о праве, произвольно разделяющим сущность права и его существование.

На самом деле, именно субъективное право, ставшее действительным, является объективным, отражающим естественность ***внутреннего процесса становления права***, что совершенно не принимается во внимание при определении объективного права как установленной государством системы общеобязательных норм для регулирования общественных отношений, чем становление действительного права заменяется властным установлением воли государства.

Надо отметить, что идея о существовании юридической нормативной системы и ее отличии от правовой системы была высказана еще в 2003 г. [15, с. 18–32] в рамках концепции разграничения права и закона, представляющей собой самостоятельный раздел в общей теории государства и права, в которой закон представлен как ядро нормативной юридической системы.

В известной мере можно согласиться с более широким толкованием нормативных систем, предложенным Е. Н. Тонковым, что не является основанием для отождествления их совокупности с правовой системой, при котором смешиваются различные, хотя и взаимосвязанные реальности: правовая и юридико-техническая, которая часто представляется как правовая, являясь на самом деле только ее видимостью [16].

Право не является совокупностью нормативных систем, воспринимаемых на уровне непосредственного рассудочного знания о нем, или их элементов. Понятие о праве является результатом обобщения, «снятия» по Гегелю непосредственного во всеобщем, с которым связано разумное понимание права как гуманитарного ядра цивилизации.

В мышлении при этом происходит представление непосредственного знания как всеобщего. Говоря конкретнее, правовое мышление, являющееся постижением невидимого права, отождествляется с юридическим, являющимся мышлением о видимом праве под предлогом более точного выражения правовой реальности в непосредственном восприятии юридически значимых явлений и подведении их под юридическую норму.

Юридическое мышление здесь преподносит себя в качестве правового и создает тем самым рассудочную «окову» в понимании права, останавливающую его познание и поэтому вынужденное «достраивать» по выражению И. Канта рассудочно построенное здание до уровня разумного, выходя тем самым за пределы своих возможностей [17, с. 139].

Переход мышления о видимом праве к постижению невидимого права при этом не становится предметом исследования в рассматриваемой концепции и, следовательно, познание сущности права не происходит.

Попытка опереться на опыт как источник получения действительного знания является давней традицией, начало которой в очень жесткой форме было положено Ф. Бэконом в его критике Аристотеля за «логизацию» бытия и предложившего идею «опытизации» познания (см. об этом: [18, с. 21–49]).

Однако сегодня вполне понятна ограниченность опытного знания и форм его познания, возможности которых не позволяют формулировать разумные (всеобщие) понятия, тем не менее, являющееся необходимым этапом к их получению. Опытное знание является непосредственным, действительно существующим в том смысле, в котором оно трактуется в концепциях правового реализма, претендуя на статус обобщающего понятия.

Таково рассудочное понимание реальности, не связанное с процессом становления действительного права, как реальности возможного, которая *становится* действительной через прохождение ряда этапов, подобно тому, как из семени рождается растение, затем приносящее плоды. Образно говоря, не из каждого семени возникает растение. Право также не является данностью, не имеющей своего становления.

Следует согласиться с квалификацией правового реализма как социологического проявления в позитивизме, представленного в научных трудах Е. Н. Тонкова и Д. Е. Тонкова, выражающего его прагматическую разновидность, практическую ориентацию в понимании реализма. Признание прагматизма, критичности и здравого смысла как опорных точек рассуждения о правовом реализме свидетельствует об относимости всей концепции правового реализма к разновидностям юридического мышления, особенность которого четко схвачена в приведенном выше его определении Р. Иеринга. Именно решению этой задачи подчинено и многообразие нормативных систем, которые по этой концепции участвуют в формировании права, без учета каждой из которых представление о праве оказалось бы явно неполным, и само понимание реализма в его отождествлении с существующим, признаваемым только в силу своего существования, и действительным. Реалистическая методология, призванная гарантировать полноту представлений о реализме, снять противоречия между различными его определениями, книжным правом и потребностями людей, примирить естественно-правовую и позитивистскую концепции права, представляющие собой обособленные трактовки видимости права, оказывается не настолько разработанной, чтобы решать эти задачи.

Становление права при таком его понимании и при таком способе мышления о нем не становится предметом познания. Реализм здесь выступает как подведение практических действий под социальную норму, производящее таким образом особую юридико-техническую реальность. Тем самым создается «парадокс отсутствия проблемы права» [8], отражающий ситуацию существования неправа в качестве права.

На примере развития учения Р. Иеринга о праве, как это показано в работах В. С. Горбаня [19–20], можно уточнить основания концепций правового реализма, одним из которых является приоритет нормативности в понимании права, его формирования и осуществления. Весьма распространенным было понимание реализма в учении о праве Р. Иеринга, которое считалось разновидностью социологического позитивизма.

Однако весьма жесткая критика позитивизма как смертельного врага юриспруденции, представленная в последних работах Р. Иеринга, свидетельствует о том, что реализм возможен и в другом формате как действительность права, когда субъектом правовой реальности является свободная личность, через которую формируются и осуществляются и общественные потребности, интересы, разумная воля человека, происходит становление действительного права. Такой реализм становится не посредником между юриспруденцией и потребностями жизни, субъективным и объективным правом, а свидетельством действительной познанный и реализованности права как свойства развивающейся личности и общества, когда источником формирования объективного права становится субъективное право, являющееся форматом действительной естественности права, интуитивно схваченного в концепциях естественного права как непосредственное свидетельство духа, через которое может быть по мнению Гегеля установлена истина о праве. Но этот аспект в познании права пока остается неисследованным.

Таким образом, принцип реализма в праве исторически складывался на двух основаниях. Первое – основание нормативности права, через которую оно познается и осуществляется и принцип свободной личности, через который право рассматривается как свойство свободной личности, свободного общества – единственного источника действительного права.

В первом случае мы имеем юридико-техническую реальность, во втором правовую.

Теоретическим мышлением, таким образом, выявлены два типа реальности, один из которых основан на нормативности, другой – на свободе личности, за которыми стоит юридическое и правовое мышление в их противопоставлении. Их действительное единство как разновидностей мышления может быть исследовано на основе учения о рассудке и разуме, которое в юриспруденции остается неизвестным.

Правовой реализм в формате социологического позитивизма скорее обнаруживает проблему, пытается ее решить, выступая в роли посредника, не учитывая того, что в обществе проблемы решаются через действительность освобождающихся от оков людей, не через создание новых оков, а посредством свободной деятельности разных людей.

Позитивизм пытается опереться на социологию и психологию, через которые стремится преодолеть разрыв с проблемами жизни людей, не осознавая того, что проблема в нем самом как видимости права. Р. Иеринг объявил позитивизм смертельным врагом юриспруденции, пытался вернуть в учение о праве свободную личность.

Это различие видимости правового реализма и его действительности было осознано уже Р. Иерингом, видевшим реализм права как действительное творение свободной личности, через потребности и интересы которой можно обнаружить и потребности и интересы общества, не создавая между ними противоречий, делающих невозможным их совмещение.

Иеринг осознал не только ограниченность социологического позитивизма, но и установил его опасность, определив его как смертельного врага юриспруденции¹, хотя современная юриспруденция преимущественно комфортно ощущает именно в такой своей разновидности.

Исходя из изложенного, естественным представляется такой обобщающий вывод. Концепция правового реализма стала выражением осознанности недействительности существующего, называемого «правом», обозначив необходимость поиска действительного права, ограничившегося до настоящего времени фиксацией некоторых форм правового отчуждения, практически не приведших к их преодолению в рамках данной концепции (см. об этом: [18]).

Возвращение живого конкретного человека в действующее право как его источника и творца, формирующего, формулирующего и реализующего право, преодоление созданного правового отчуждения, воплощенного, в частности, в абстрактном субъекте права, ставшем инструментом многообразных манипуляций живым, конкретным, свободным и разумным человеком (см. об этом: [21]) – вот действительная задача, породившая проблему реализма права и остающаяся до сих пор нерешенной. Правовая реальность создается и действует только с таким субъектом. Без него право не может ни возникнуть, ни развиваться. История права связана с его формированием и развитием.

Предложенная трактовка правового реализма в научных трудах Е. Н. Тонкова и Д. Е. Тонкова является образцом детального рассмотрения большинства вариантов правового реализма как одной из основных разновидностей юридического мышления, позволяющего можно сказать во всей широте, включая его историческое становление, представить себе содержание и форму реализма неправа (см. об этом: [18, с. 163–184; 22] как рассудочной разновидности юридического мышления о праве.

Теперь остается только создать аналогичный труд о **правовом** мышлении, после чего уже со знанием дела можно говорить о соотношении правового и юридического мышления, о начале действительного познания правовой реальности, но для этого нужны потенциал философии истории и развитое учение о рассудке и разуме.

¹ Иеринг Р. Является ли юриспруденция наукой? (доклад, 1868 г.). См. об этом: [19, с. 215–216].

Список источников

1. Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм. Санкт-Петербург: Алетейя, 2022. 464 с.
2. Тонков Е. Н. Источники права в «российском правовом реализме» // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2020. № 11. С. 96–104.
3. Тонков Е. Н. Историческая перспектива российского правового реализма // Труды Института государства и права РАН. 2020. Том 15. № 6. С. 27–45.
4. Честнов И. Л. Практический поворот в современной философии права // Российский журнал правовых исследований. 2017. Том 3. № 1 (10). С. 69–76.
5. Честнов И.Л. Реалистично о правовом реализме: рецензия на монографию: Тонков Е. Н., Тонков Д. Е. Правовой реализм. СПб.: Алетейя, 2022. 464 с. // Lex russica (Русский закон). 2022;75(12):145-153. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2022.193.12.145-153>
6. Груздев В. С. Правовой реализм: проблема типологизации и трактовки // Право и государство: теория и практика. 2020. № 10. С. 6–8.
7. Груздев В.С. Правовой реализм в философии права Б.Н. Чичерина // Общество: политика, экономика, право. 2020. № 10 (87). С. 68–71.
8. Груздев В. С. Новый правовой реализм // Право и политика. 2019. № 12. С. 1–8.
9. Груздев В. С. Иррациональность как атрибут правового реализма в оценках отечественных и зарубежных ученых конца XIX – начала XX вв. // Теория и практика общественного развития. 2020. № 11 (153). С. 76–79.
10. Груздев В.С. Философско-методологические основания современного правового реализма // Общество: политика, экономика, право. 2020. № 12 (89). С. 115–118.
11. Толкование закона и права. Том I / Коллектив авторов / Под общей ред. Е. Н. Тонкова. СПб.: Алетейя, 2015. 240 с.
12. Ромашов Р. А., Ветютнев Ю. Ю., Тонков Е. Н. Право – язык и масштаб свободы. СПб.: Алетейя, 2015. 591 с. 2 илл.
13. Ф. К. фон Савиньи. Римское право в Средние века / Немецкая историческая школа права. Челябинск, 2010. 528 с.
14. Г.-Ф. Пухта. Энциклопедия права / Немецкая историческая школа права. Челябинск: Социум, 2010. 528 с.
15. Шапсугов Д. Ю. Теория права и государства. Учебное пособие по курсу теории права и государства. Ч. II. Ростов н/Д.: «Эверест», 2003. 112 с.
16. Шапсугов Д. Ю. О предмете познания, исследования в юридической науке / Шапсугов Д. Ю. Познавая благо, себя и мир. Ростов н/Д., 2014. 383 с.
17. Кант И. Критика чистого разума / https://iphras.ru/elib/Kant_Chist_raz.html
18. Шапсугов Д. Ю. Проблема свободного мышления в юридической науке. М.: Ridero, 2020. 456 с.
19. Горбань В. С. Правовое учение Иеринга и его интерпретации. Диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук. М.: Институт государства и права РАН, 2019. 578 с.
20. Горбань В. С. Учение Р. Иеринга о праве в современном российском правоведении // Теория и практика общественного развития. 2017. № 5.
21. Покровский И. А. Абстрактный и конкретный человек перед лицом гражданского права // Вестник гражданского права. 1913. № 4.
22. Шапсугов Д. Ю. Видимость права как существующее неправо: проблемы познания, исследовательские практики, бытийная основа, системы обеспечения // Северо-Кавказский юридический вестник. 2017. № 2. С. 9–20.

References

1. Tonkov E. N., Tonkov D. E. *Legal realism*. Saint Petersburg: Aleteya; 2022. 464 p. (In Russ.)
2. Tonkov E.N. Sources of law in «Russian legal realism». *Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)*. 2020;(11):96-104. (In Russ.). <https://doi.org/10.17803/2311-5998.2020.75.11.096-104>
3. Tonkov E. N. Historical perspective of Russian legal realism. *Proceedings of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences*. 2020;15(6):27–45. (In Russ.)
4. Chestnov I. L. Practical turn in modern philosophy of law. *Russian Journal of Legal Studies*. 2017;3(1(10)):69–76. (In Russ.)

5. Chestnov I. L. Realistically about legal realism: a review of the monograph: Tonkov E. N., Tonkov D. E. Legal realism. St. Petersburg : Aleteya, 2022. 464 p. *Lex russica (Russian Law)*. 2022;75(12):145-153. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2022.193.12.145-153>
6. Gruzdev V. S. Legal realism: the problem of typologization and interpretation. *Law and the State: theory and practice*. 2020;(10):6–8. (In Russ.)
7. Gruzdev V. S. Legal realism in the philosophy of law B. N. Chicherina. *Society: politics, economics, law*. 2020;10(87):68–71. (In Russ.)
8. Gruzdev V. S. New legal realism. *Law and politics*. 2019;(12):1–8. (In Russ.)
9. Gruzdev V. S. Irrationality as an attribute of legal realism in the assessments of domestic and foreign scientists of the late XIX – early XX centuries. *Theory and practice of social development*. 2020;11(153):76–79. (In Russ.)
10. Gruzdev V.S. Philosophical and methodological foundations of modern legal realism. *Society: politics, economics, law*. 2020;12(89):115–118. (In Russ.)
11. Interpretation of law and law. Volume I / Team of authors / Under the general editorship of E. N. Tonkov. St. Petersburg: Aleteya; 2015. 240 p. (In Russ.)
12. Romashov R. A., Vetyutnev Yu. Yu., Tonkov E. N. *Law – language and the scale of freedom*. St. Petersburg: Aleteya, 2015. 591 p. 2 fig. (In Russ.)
13. F. K. von Savigny. Roman Law in the Middle Ages. In: *German Historical School of Law*. Chelyabinsk; 2010. 528 p. (In Russ.)
14. G.-F. Pukhta. Encyclopedia of Law. In: *German Historical School of Law*. Chelyabinsk; 2010. 528 p. (In Russ.)
15. Shapsugov D. Yu. *Theory of law and the state*. Textbook on the course of theory of law and the state. Part II. Rostov-on-Don: "Everest"; 2003. 112 p. (In Russ.)
16. Shapsugov D. Yu. On the subject of cognition, research in legal science. In: Shapsugov D. Yu. *Cognizing the good, oneself and the world*. Rostov-on-Don; 2014. 383 p. (In Russ.)
17. Kant I. *Critique of pure reason* / https://iphras.ru/elib/Kant_Chist_raz.html. (In Russ.)
18. Shapsugov D. Yu. *The problem of free thinking in legal science*. Moscow: Ridero; 2020. 456 p. (In Russ.)
19. Gorban V. S. *Iering's legal doctrine and its interpretations*. Dissertation for the degree of Doctor of Law. Moscow: Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences; 2019. 578 p. (In Russ.)
20. Gorban V. S. R. Iering's doctrine of law in modern Russian Jurisprudence. *Theory and practice of social development*. 2017;(5). (In Russ.)
21. Pokrovsky I. A. Abstract and concrete person in the face of civil law. *Bulletin of Civil Law*. 1913;(4). (In Russ.)
22. Shapsugov D. Yu. The appearance of law as an existing wrong: problems of cognition, research practices, the existential basis, security systems. *North Caucasus Legal Vestnik*. 2017;(2):9–20. (In Russ.)

Информация об авторе

Д. Ю. Шапсугов – заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор, директор центра правовых исследований, научный руководитель школы правового мышления ЮРИУ РАНХиГС.

Information about the author

D. Yu. Shapsugov – Honored Lawyer of the Russian Federation, Doctor of Lawyer Sciences, Professor, Director of the Center for Legal Research, Supervisor of the School of Legal Thinking of South-Russia Institute of Management – branch of RANEPa.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.

The author declares that there is no conflict of interest.

Статья поступила в редакцию 12.05.2023; одобрена после рецензирования 25.05.2023; принята к публикации 26.05.2023.

The article was submitted 12.05.2023; approved after reviewing 25.05.2023; accepted for publication 26.05.2023.