

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА И
ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

ОБЫЧАЙ В ПРАВЕ

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР

**Александр Иванович Поротиков
Роз-Мари Зурабовна Зумбулидзе
Обычай в праве (сборник)**

**Серия «Теория и практика
гражданского права и
гражданского процесса»**

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=11279535

*Обычай в праве (сборник): Юридический центр Пресс; Санкт-Петербург; 2004
ISBN 5-94201-330-6*

Аннотация

В сборник включены две работы. В первой работе «Обычное право как источник гражданского права» Р.-М. З. Зумбулидзе освещает место и роль обычая среди других источников гражданского права, выявляет исторические тенденции формирования и развития обычного права, выделяет существенные признаки обычного права, соотношение правовых обычаев с обычновениями и заведенным порядком, а также с нормами гражданского законодательства. Широко используются материалы дореволюционной отечественной цивилистики, а также современной арбитражной и договорной практики. Во

второй работе «Обычай в гражданском праве» А. И. Поротиков анализирует проблемы обычного права. Книга предназначена для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, работников правоприменительных органов и предпринимателей.

Содержание

Р.-М. 3. Зумбулидзе. Обычное право как источник гражданского права	8
Введение	8
Глава 1. Происхождение и эволюция обычного права как источника гражданского права	13
1.1. Происхождение обычного права как источника гражданского права	13
1.2. Развитие обычного права (исторический аспект)	52
Конец ознакомительного фрагмента.	68

Обычай в праве (сборник)

© Р.-М. З. Зумбулидзе, 2004

© А. И. Поротиков, 2004

© Изд-во «Юридический центр Пресс», 2004

* * *

Уважаемый читатель!

Вашему вниманию предлагается издание, состоящее из двух работ, написанных молодыми воронежскими учеными и посвященных одной теме – обычаю в гражданском праве. Совместная публикация двух исследований одинаковой тематики, необычная для настоящей книжной серии, объясняется желанием представить возможно более полную картину состояния современной теории обычного права. Обе монографии, построенные на разных исходных позициях, содержат подчас противоположные точки зрения на один и тот же предмет. Их соединение, на наш взгляд, дает интересный и познавательный результат.

До сих пор проблема правовой природы обычая в отечественной литературе, в особенности советской, рассматривалась преимущественно в теоретическом либо историческом аспектах. Тому были свои причины. Количество упоминаний обычая в советском праве было невелико, и большинство исследователей отмечали постепенное и неуклон-

ное их сокращение. Споры по этому поводу были скорее отголоском той полемики вокруг проблемы обычая, которая оживленно велась в дореволюционной литературе.

Однако реформа гражданского права последних лет перевела исследования из области теоретических рассуждений в практическую плоскость. В настоящее время законодатель стал как никогда активно использовать термины «обычай делового оборота», «местные обычаи», обращаться к категории обычного и т. п. Впервые появилось легальное определение обычая делового оборота, данное в ст. 5 ГК РФ.

Несмотря на видимые перемены, действительное отношение законодателя и правоприменителя к такой специфической форме правообразования, как обычай, сложившееся задолго до принятия нового ГК РФ, не претерпело существенных изменений. Место обычая в системе регуляторов по-прежнему остается едва ли не последним, а его применение на практике – явлением редким, почти исключительным. Участвовавшие отсылки к обычаю в законе служат, скорее, данью традиции.

Необходимость повышения статуса обычая как средства регулирования имущественных отношений вызвала потребность в теоретических разработках, помогающих осмыслить правовую природу рассматриваемого института, обосновывающих условия и возможность его применения на практике, формирующих современную концепцию обычая не как юридического памятника, а как действующего, актуального

источника российского гражданского права.

Нам кажется, что работы, помещенные в книге, так или иначе справляются с поставленными задачами и заслуживают интерес читателя. Надеемся, что оба исследования привлекут самый широкий круг специалистов и всех, кто интересуется современными проблемами гражданского права.

Р.-М. З. Зумбулидзе.

Обычное право как источник гражданского права

Введение

В последние годы в нашей стране произошли существенные изменения в сфере гражданско-правового регулирования имущественных отношений. Новое гражданское право России, которое основывается на частноправовых традициях и принципах, приобретает значение основного регулятора товарно-денежных и иных отношений, складывающихся в рыночной экономике. Присущие гражданскому праву принципы диспозитивности, юридического равенства, законодательного ограничения государственного вмешательства в частные дела, судебной защиты субъективных гражданских прав повышают его ценность в обществе. Изменения коснулись и области, которая непосредственно связана с осуществлением правового регулирования общественных отношений, – сферы источников гражданского права. Существенным нововведением является признание государством в качестве одного из источников гражданского права наряду с нормативным актом обычая делового оборота (ст.

5 Гражданского кодекса Российской Федерации)¹ и других правовых обычаев. Тем самым государство допустило возможность формирования гражданско-правовых норм в децентрализованном порядке, за рамками законотворческого процесса.

Необходимо отметить, что обычное право представляет собой одно из древнейших явлений в истории человечества. Причем проблемы возникновения, формирования и развития обычного права носят многоплановый характер, поскольку его нормы являются элементами национальной культуры, отражают ее особенности. Изучение обычаев, их соотношения с другими источниками права важно для понимания исторического процесса возникновения права, а также преемственности в развитии правовых норм.

Несмотря на длительное его существование, обычное право стало объектом серьезного научного исследования только с начала XIX века, которое осуществлялось, в основном, этнологами и историками. В правовой науке, как отечественной, так и зарубежной, обычное право в основном изучалось и изучается в историческом аспекте и в плане сравне-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: Принята Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 21 октября 1994 г. (в ред. Федеральных законов от 20 февраля 1996 г., 12 августа 1996 г., 8 июля 1999 г., 16 апреля 2001 г., 15 мая 2001 г., 21 марта 2002 г., 14 ноября 2002 г., 26 ноября 2002 г., 10 января 2003 г. и 23 декабря 2003 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 1996. № 9. Ст. 773; 1996. № 34. Ст. 4026; 1999. № 28. Ст. 3471; 2001. № 17. Ст. 1644; 2001. № 21. Ст. 2063; 2002. № 12. Ст. 1093; № 48. Ст. 4737; Ст. 4746; 2003. № 2. Ст. 167; № 52 (ч. 1). Ст. 5034.

ния обычной нормы с другими социальными нормами. Вместе с тем значительный вклад в развитие теории обычного права внесли выдающиеся немецкие юристы, представители исторической школы в юриспруденции Г. Гуго, К. Ф. Савиньи, Г. Ф. Пухта. В формировании научного подхода к изучению обычного права принимали участие и отечественные ученые. Среди них следует выделить работы дореволюционных ученых-юристов Д. И. Мейера, Ю. С. Гамбарова, Г. Ф. Шершеневича, К. М. Коркунова, а также юристов-этнологов М. М. Ковалевского и Ф. И. Леонтовича. В науке советского периода можно отметить работы С. И. Вильнянского, И. Б. Новицкого, О. С. Иоффе, С. Л. Зивса, И. С. Зыкина и специалистов в области правовой этнографии А. И. Першица, Ю. И. Семенова. В последнее время появились работы, посвященные анализу теоретических и исторических аспектов обычного права как источника права, в частности диссертационные исследования О. В. Маловой, С. Ю. Краснова, ученого из Казахстана К. А. Алимжана, а также труды, связанные с интенсивно развивающимся в науке направлением – юридической антропологией. Особо следует отметить исследование обычая в гражданском праве Российской Федерации, предпринятое А. И. Поротиковым.

Вместе с тем обычное право как юридическое явление в настоящее время рассматривается в качестве исторически ценного, но малоактуального источника в современных условиях. Этому способствует та незначительная роль, ко-

торая ему отводится в правовых системах современных государств. Однако в условиях развития договорных отношений, особенно в сфере предпринимательской деятельности, законодательство не всегда способно урегулировать все элементы имущественных отношений. Здесь на помощь приходит формирующееся стихийно, но с учетом интересов отдельных групп лиц, обычное право. Разумеется, нельзя не отметить, что в современной судебной практике ссылки на обычное право применяются крайне редко, но достаточно интенсивное развитие получает практика заключения гражданско-правовых договоров на основании обычных норм, а также формирование корпоративных кодексов или сводов единообразных обычаев и правил. Слабая теоретическая разработанность, необходимость осмысления обычного права как юридического феномена и установления его роли в регулировании гражданско-правовых отношений, а также потребности практики обуславливают актуальность и значимость настоящего исследования.

Работа представляет собой комплексное исследование проблем формирования, развития и функционирования обычного права как источника гражданского права. В ней выявлены исторические тенденции развития обычного права, начиная с древних правовых систем по настоящее время; проанализированы научные идеи и гипотезы происхождения обычных норм, без которых невозможно охарактеризовать понятие и сущность обычного права; выделены су-

ественные признаки обычного права как источника гражданского права; разработана классификация способов выражения обычного права как источника гражданского права; предложены новые идеи о соотношении правовых обычаев с обыкновениями и заведенным порядком, а также с императивными и диспозитивными нормами гражданского законодательства. На основе сделанных выводов внесены предложения об изменении действующего законодательства.

Надеемся, что теоретические положения, содержащиеся в нашем исследовании, найдут применение при дальнейшей научной разработке проблем функционирования обычного права как источника гражданского права, а предложения по совершенствованию гражданского законодательства – в правотворческой деятельности.

Глава 1. Происхождение и эволюция обычного права как источника гражданского права

1.1. Происхождение обычного права как источника гражданского права

Возникновение обычного права с исторической точки зрения было обусловлено определенными социально-экономическими и культурными предпосылками, в связи с чем в науке выработаны различные концепции происхождения обычных норм. Настоящее исследование не ставит задачу всестороннего анализа проблем генезиса и эволюции обычного права как нормативного регулятора отношений между людьми и их сообществами, поскольку они являются предметом изучения таких наук, как социология, история, этнология, нормативная этнография, юридическая антропология, теория права и др. Вместе с тем характеристика понятия и сущности обычного права как источника гражданского права без рассмотрения его происхождения, на наш взгляд, невозможна.

В этнологической науке и в теории права последнего времени развиваются две концепции, отправной точкой кото-

рых является определение представления о наличии или отсутствии детерминирующей роли государства в процессе зарождения права. Первая теория касается появления обычного права в период распада родового строя и формирования частнособственнических тенденций. Наиболее обстоятельно она разработана в трудах А. И. Першица и В. П. Алексеева, которые связали возникновение обычного права с расщеплением так называемой мононорматики первобытного общества и становлением государства². Под *мононормой* (от греч. *monos* – один и лат. *norma* – правило) авторы понимают «недифференцированное, синкретное правило поведения, которое не может быть отнесено ни к области права, ни к области нравственности с ее религиозным осознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенности всякой поведенческой нормы»³. Мононормы имеют и институциональные (как нормы права), и неинституциональные (как нормы морали) основы. По мнению В. П. Алексеева и А. И. Першица, к первобытным обществам применение понятия обычного права неправомерно. «Иногда под обычным правом называют и сами обычаи эпохи классообразования или... социальные нормы в первобытном обществе... Вообще это неточно, так как права в строгом смысле этого слова

² См.: Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии // Исследования по общей этнографии. М., 1979. С. 213.

³ Там же. С. 215.

не могло быть там, где еще не было государства»⁴. Концепция получила разработку в отечественной и зарубежной этнологии, археологии, а главное – в теоретическом правоведении⁵.

Идея монономы обнаруживается и в трудах отечественных правоведов дореволюционного времени. В частности, Н. М. Коркунов писал: «Первоначально право, нравственность, религия, приличие – все это смешивается воедино»⁶. Сходной позиции придерживался и другой видный дореволюционный ученый-юрист Г. Ф. Шершеневич, который, раскрывая сущность и содержание социальных норм, указывал, что «...если на самых ранних ступенях культуры общественная жизнь испытывает, как и теперь, действие норм, то существенное различие обнаруживается в том, что в неразвитом состоянии общества замечается однородность социальных норм, тогда как в дальнейшем ходе истории социальные нормы подвергаются закону дифференциации... вначале нормы представляют единую, крепкую и устойчивую сеть, которая покрывает всех индивидов, принадлежащих к группе»⁷.

Согласно другой теории, также активно разрабатываемой

⁴ Алексеев В. П., Перишый А. И. История первобытного общества. М., 1990. С. 287–288.

⁵ См., например: Венгеров А. Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. М., 1999. С. 49–71.

⁶ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909. С. 30.

⁷ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. I. М., 1910. С. 160–161.

в зарубежной и современной отечественной науке, наиболее адекватной характеристикой регулятивной системы первобытности является именно обычное право. Оно рассматривается как самостоятельный исторический тип права наряду с выделяемыми последнее время сословным, формальным и социальным правом⁸. В качестве синонима термина «обычное право» используется понятие «архаическое право», чем подчеркивается его отличие от современного права. В специальной этнологической литературе также используются термины «примитивное право» или «традиционное право»⁹. В рамках указанного подхода к объяснению происхождения обычного права существует несколько самостоятельных концепций, в частности, теория Ю. И. Семенова, рассматривающая обычное право как одну из форм общественной воли, наряду с табуитетом, моралью и собственно правом¹⁰. Ученый утверждает, что «исходным в обычном праве является понятие ущерба, который члены одной человеческой группы причиняют членам другой группы»¹¹. Подобное мнение раз-

⁸ См.: *Лейст О. Э.* Сущность и исторические типы права // Вестник МГУ. Серия II. Право. 1992. № 1. С. 50.

⁹ См., например: *Ковлер А. И.* Антропология права: Учебник для вузов. М., 2002. С. 106–138.

¹⁰ См.: *Семенов Ю. И.* Обычное право в доклассовом обществе: возникновение, сущность и эволюция // Обычное право народов Сибири. М., 1997. С. 43–45; *Он же.* Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // Этнографическое обозрение. 1997. № 4. С. 25.

¹¹ *Семенов Ю. И.* Место обычного права среди форм общественной воли в доклассовом обществе // Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся

деляют некоторые западные юристы-антропологи¹².

Большинством этнологов и правоведов не принимается позиция об обычном праве как форме общественного бытия исключительно древних обществ. Авторы работ по данной тематике делают выводы о трансформации обычаев, сложившихся в первобытно-общинном строе, в условиях формирования классового общества. В качестве исходного постулата для обоснования подобного подхода к пониманию проблемы происхождения права служит положение о том, что правовой регулятор существует там, где существует общество (*ubi societas, ibi ius*), то есть процесс зарождения права не связывается с формированием государства и его структур. В западной литературе в области нормативной этнографии подчеркивается даже, что феномен права существовал на самых ранних стадиях развития общества. Так, французские ученые Р. Пэнто и М. Гравитц утверждают, что «любое человеческое общество определяется правом и невозможно без определенного правопорядка»¹³.

В действительности не очень просто разобраться в том, какая из обозначенных выше концепций наиболее адекватно отражает происхождение и процесс формирования пра-

ся обществах (Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму. Москва. 18–22 августа 1997 г.). М., 1997. С. 89.

¹² См., например: Рулан Н. Юридическая антропология: Учебник для вузов: Пер. с фр. М., 2000. С. 55–60.

¹³ Цит. по: Проблемы теории государства и права: Учебное пособие / Под ред. М. Н. Марченко. М., 2001. С. 329.

вового регулятора в человеческом обществе, поскольку каждая из них опирается на данные археологических, исторических и этнографических исследований. В настоящее время достаточно сложно определить тот этап в развитии человеческого общества, к которому можно было бы отнести возникновение первичных элементов социальной регуляции. Очевидно, что они не были изобретены людьми, достигшими известного нам культурного уровня, а появились из постепенно усложнявшихся форм жизни и развивались вместе с ними.

Успехи современной этнографической науки в изучении и реконструкции жизни некоторых народов, находящихся на уровне каменного века, позволяют выявить и оценить связь социально-регулятивной системы с экономикой и идеологией первобытного общества, в котором человек является частью природы и присваивает готовые естественные продукты. Перед исследователями первобытного общества возникает такое многозначительное явление, как *синкретизм* (слитность, нерасчлененность) жизненного уклада, который просматривается во всех аспектах данного общества. По мнению Г. В. Мальцева, идея синкретизма применительно к древности малоинформативна и означает сочетание явлений, которые «в своем досинкретическом состоянии не определились, поэтому на вопрос, что с чем сливается, мы можем ответить лишь из современных понятий и представ-

лений»¹⁴. Ключ к пониманию синкретизма видимо лежит в особенностях мышления первобытного человека и уклада его повседневной жизни. Естественной средой, в которой формировалось и развивалось человеческое сознание, складывались представления об окружающем мире являлся коллектив. А природный коллективизм представлял собой универсальный принцип жизни и мировоззрения, основу отношения человека к миру.

Основными формами приспособления человека к окружающему миру, имевшему коллективный характер, были использование естественных орудий труда, их совершенствование методом проб, ошибок и подражания удачным образцам, охота, обустройство жилищ, что требовало передачи навыков из поколения в поколение. Вполне логично предположить, что у сообщества людей, взаимодействующих в повторяющихся актах производства, появились внутренние связи, которые требовали определенной регуляции. Саморегуляция на ранних стадиях социогенеза являлась необходимой предпосылкой выживания человека в условиях жесткого отбора и соблюдения баланса между коллективным и индивидуальными интересами. По мнению Т. В. Кашаниной, саморегуляция является отличительным признаком человечества, а социальные регуляторы первобытного общества выполняли две функции. «Первая функция социальных норм состо-

¹⁴ Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / Под ред. В. С. Нерсисянца. М., 2001. С. 30.

яла в том, что они позволяли первобытным людям освободить свою психическую энергию от страха перед окружающим миром и направить ее на производительную деятельность... Вторая функция социального регулирования заключается в установлении в обществе стабильных отношений, поскольку именно такие отношения исключают влияние случайных, чисто субъективных мотивов и обстоятельств, могущих исходить от каждого из сородичей и соплеменников»¹⁵.

Следствием коллективного образа жизни первобытного человека явился и особый художественно-образный тип мышления, который давал возможность неосознанно превращать идеи в фантазию или миф, не создавал у человека чувства хозяина мира, а был своеобразной гарантией неотчуждения человека, включенного в коллектив, от своей среды. Такой характер отношения человека к среде привел к созданию базиса для единения субъекта и объекта, нерасчлененности индивидуума и общества, так же как индивидуума и природы. Слияние представления древнего человека о предмете с нормой поведения по отношению к нему служит проявлением специфического синкретизма. Исследования первобытного искусства и мифологии предоставили возможность убедительно обосновать вывод о нераздельности представления о предмете и образа как выражения худо-

¹⁵ *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы: Учебное пособие. М., 1999. С. 182–184.

жественной связи субъекта с познаваемым объектом¹⁶. При этом необходимо иметь в виду, что мыслительные конструкции первобытного человека, характеризующиеся синкретизмом, в большинстве случаев имели нормативную функцию и служили в качестве некой социальной нормы, регулировавшей отдельные виды человеческой деятельности.

По мнению известного африканиста Б. Дэвидсона, «в традиционном образе мышления... восприятие мира носило целостный характер. Оно касалось не только того, что было, но и того, что должно было быть и почему должно быть таким, а не иным. Оно содержало объяснение мира и имело силу закона»¹⁷. Целостная картина мира для первобытного человека носила не только объясняющий, но и нормативный характер. Поэтому нельзя отрывать социальные нормы, которые представляют собой «повторяющиеся и устойчивые общественные связи, возникающие в процессе деятельности людей по обмену материальными и духовными благами и выражающие потребность социальных систем в саморегуляции»¹⁸, от сознания первобытного человека. Первобытное общество характеризовалось традиционализмом, под которым немецкий социолог М. Вебер понимал установ-

¹⁶ См., например: Каган М. С. Морфология искусства. П., 1973. С. 180–83.

¹⁷ Цит. по: Синицына И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. (История изучения. Кодексы обычного права). М., 1978. С. 7–8.

¹⁸ Касьянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права. Ростов-на-Дону, 2002. С. 224.

ку на повседневно привычное и веру в него как в непрерываемую норму поведения. А традиционалистским авторитетом ученый называл «господство, основанное на том, что действительно мнимо или предположительно существовало всегда»¹⁹. Преемственность между поколениями людей, передача опыта старших могли осуществляться только через усвоение традиций.

Древний человек не ставил себе цель создавать посредством норм новые формы жизни. Функциональная роль нормативных установлений состояла в обеспечении надежных условий сохранения и развития рода. Соответственно, необходимыми считались только те формы поведения, которые были оправданы многократным повторением и испытаны «на прочность». В нормативном регулировании первобытного общества прошлое господствовало над настоящим, формируя его «по своему образцу». Особая природа первобытной нормы состоит в том, что в ней проявляется сущностная связь между прошлым и настоящим, а не между сущим и должным (такая связь характерна для социальных норм настоящего времени). Эту особенность некоторые юристы называют «нормативной силой фактического», которая подразумевает ситуацию, когда «факт требует многократного воспроизводства, сам для себя является нормой, сущее утверждается в нем как должное и, таким образом, со-

¹⁹ Вебер М. Избранное. Образ общества. М., 1994. С. 68.

храняет форму в настоящем»²⁰. Эта проблема будет раскрыта в следующей главе применительно к определению отличительных признаков обычного права как источника гражданского права.

В связи с вышеизложенным хотелось бы вернуться к воззрениям ученых на происхождение правового регулятора в человеческом обществе. На наш взгляд, большинство теорий сводится к поиску наиболее адекватного названия социальным нормам первобытного общества и определению исторических корней генезиса права. Некоторые авторы, применяя современные критерии, называют первобытную нормативную систему моралью, из которой эволюционным путем выделились право, этикет и другие виды социальных норм. В этом плане показательной является концепция, разработанная в 1974 г. Д. Ж. Валеевым²¹, который связывает формирование обычного права с преобразованием в обычаи норм морали, реализация которых обеспечивается органами управления первобытного общества, а также с обычными нормами, возникающими из решений этих властных учреждений. Данная теория, разумеется, имеет право на существование, однако она не объясняет, как нормы морали переросли в нормы права (обычаи), почему одни трансформировались из норм нравственности в обычные нормы, а дру-

²⁰ Нерсесянц В. С. Право и закон. М., 1983. С. 8.

²¹ Валеев Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса// Правоведение. 1974. № 6. С. 89–100.

гие так и остались нравственными нормами, наконец, каким образом возникли сами моральные нормы. Простого перечисления норм, которыми руководствовались первобытные люди, достаточно чтобы убедиться, что в них присутствовали элементы различных типов регуляции, от обеспеченных строгим принуждением жестких типов, до гибких, диспозитивных. Если все это считать моралью, то для нее необходимо «изобрести» более широкое определение.

Представители некоторых социологических направлений считают древнюю нормативную систему целостно религиозной, а мораль и право системами, эмансипировавшимися от религии. По мнению основателя теории «солидаризма» Э. Дюркгейма, религия является наиболее первобытным из всех социальных явлений, «именно из нее путем последовательных трансформаций возникли все другие проявления коллективной деятельности: право, мораль, искусство, наука, политические формы и т. д.»²². Эта идея нашла отражение и в трудах современных ученых-правоведов²³.

Интересна с точки зрения объяснения сущности социальных норм первобытности концепция А. И. Першица и В. П. Алексеева, согласно которой, как уже отмечалось, синкретные, недифференцированные правила называются мо-

²² Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение. М., 1995. С. 206.

²³ См., например: Папаян Р. А. Христианские корни современного права. М., 2002. С. 34–155.

нонормами, а в эпоху разложения первобытного общества они дифференцируются на мораль и право. Конструкция мононорм представляется научно обоснованной, и она была поддержана отечественными учеными²⁴. Вместе с тем она порождает ряд вопросов. Для кого социальные нормы первобытности были едиными и неделимыми? Нуждались ли первобытные люди в «расщеплении» этих норм? Скорее всего дифференциация социальных норм является задачей ученых, исследующих различные аспекты существования первобытного общества. По мнению Т. В. Кашаниной, мононормы являются всего лишь научным вымыслом, фантазией ученых, а не реальностью. Она предлагает иную, «субъектную» трактовку мононорм: «Мононормы – это различные по своему характеру правила поведения первобытного общества (ритуалы, обряды, обычаи, религиозные нормы и другие), единые для всех его членов»²⁵. Подчеркивается при этом, что нормы едины потому, что общество еще не дифференцировано. Но ведь эти правила в неразвитом сознании человека приобретают единую понятийную установку «должного – недолжного».

Спор, по нашему мнению, возник из-за неодинаковости вкладываемых в одно и то же понятие оттенков смысла. Кон-

²⁴ См., например: *Синицына И. Е.* Человек и семья в Африке (По материалам обычного права). М., 1989. С. 15–17; *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. М., 1999. С. 56–58.

²⁵ *Кашанина Т. В.* Происхождение государства и права. С. 215.

струкция мононормы при всей ее условности вполне может быть принята в качестве теоретической абстракции как специфического научного приема, поскольку дает емкое определение изучаемого явления. Однако возникает еще один вопрос. Почему мононорма трактуется как преходящее явление первобытности, тогда как это вполне реальный феномен современной культуры? И в наше время можно исследовать единую норму, разложив ее на моральную, правовую и религиозную составляющие. В частности, такие императивы как «не убий», «не кради», «не лги» соединяют в себе религиозную заповедь, моральную максиму и правовое требование. В развитом обществе социальные нормы становятся более единообразными на основании единства так называемых прав человека.

Анализ различных точек зрения о сущности социальных норм древнего общества приводит нас к выводу о том, что изречение *ubi societas, ibi jus* к данному обществу неприменимо. В истории человечества была «доправовая» и «доморальная» эпоха. Между тем возникает вопрос о том, как правильно определить синкретные социальные нормы первобытности с точки зрения формы их выражения. На наш взгляд, наиболее адекватным понятием, которое могло бы обозначить форму выражения норм первобытного общества, является *обычай*. Отметим, что под обычаем здесь мы понимаем не правовой обычай, а продукт архаического способа мышления, освященный временем и опытом предыду-

щих поколений. Практически во всех изучаемых сообществах людей нормативные требования неизменно приобретали форму традиционного поведенческого стереотипа, передаваемого от старших поколений младшим. Такой формой и являлся *обычай*, который можно определить как *правило поведения, которое сложилось на протяжении жизни нескольких поколений людей и стало всеобщим в результате многократного повторения*²⁶. Посредством повторения осуществлялась связь между прошлым и настоящим, практическими действиями и нормой поведения. По содержанию социальные нормы первобытного общества были весьма детализированы (мифы, обряды, ритуалы), но по форме они были унифицированы и выражались посредством многократного повторения (обычая), имеющего естественно-обязательный характер. В данном смысле вполне можно принять конструкцию мононорм и назвать обычаи первобытного общества мононормами-обычаями, как это сделал С. С. Алексеев в одной из своих работ²⁷.

Обычаи в первобытном обществе имели определенную структуру и по своим регулятивным особенностям подразделялись на запреты (табу на инцестные браки), дозволения (разрешение охоты, собирания пищи), а также позитивные обязывания, преследовавшие цель организации необходимого поведения в процессах приготовления пищи, строи-

²⁶ Там же. С. 198.

²⁷ Алексеев С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения. М., 2001. С. 141.

тельства жилищ, изготовления орудий труда и т. п.²⁸ Способы регулирования сочетали в себе как элементы права, так и признаки морали, разумеется, в современном понимании данных категорий. К примеру, по адатам (обычаям) кабардинцев брак между близкими родственниками, с одной стороны, «безусловно запрещался», а с другой стороны «считался позором»²⁹.

Обычай не являлся в отдельности правовым, моральным, религиозным или политическим. Он был универсальным, не противостоял коллективному сознанию и выполнял все нормативные функции, необходимые для общества того периода. В общественной жизни должны были произойти фундаментальные изменения, прежде чем человек научился бы видеть в определенной норме внешние требования к своему поступку, и у него появились бы критическое отношение к единой системе норм, заинтересованность проблемами обоснования норм, выявления их отличия от образа действий, продиктованных хозяйственной целесообразностью. Для этого люди должны были разделиться по социальному признаку. Необходимость под угрозой принуждения навязывать господствующую систему норм людям, несогласным с ней, могла возникнуть только в результате распада перво-

²⁸ Черных Е. П., Венгеров А. Б. Структура нормативной системы в древних обществах (методологический аспект) // От доклассовых обществ к раннеклассовым. М., 1987. С. 26–27.

²⁹ Леонтович Ф. И. Адаты кавказских горцев. Материалы по обычному праву Северного и Восточного Кавказа. Одесса, 1882. Вып. I. С. 242–244.

бытного уклада, подготовленного объективными экономическими предпосылками.

Специалисты полагают, что распаду способствовали переход от присваивающей к производящей экономике, возникновение и развитие орошаемого земледелия, скотоводства и горнометаллургического производства³⁰. В результате в обществе появился регулярный прибавочный продукт. Общество стало дифференцироваться, происходило отделение «верхушки», не участвовавшей в материальном производстве, от рядовых производителей избыточного продукта, поскольку усложнение производственной деятельности и специализации труда повлекло за собой появление управленческих функций. Соплеменники стали отличаться друг от друга по социальному положению (главы семей, вожди) и по роду деятельности (земледельцы, скотоводы, ремесленники). Присвоение прибавочного продукта способствовало появлению новых форм собственности и породило необходимость становления новой регулятивной системы. А наличие сходных потребностей у людей, выполнявших определенные профессиональные или социальные функции в обществе, вызвало стремление установить определенные нормы для защиты их интересов.

Формирование правовых норм раннеклассовых обществ хорошо просматривается на материалах раннеземледельче-

³⁰ См.: Думанов Х. М., Першиц А. И. Мононорматика и начальное право. Статья первая // Государство и право. 2000. № 1. С. 99–100.

ских культур Передней и Малой Азии VII–VI тысячелетия до н. э. Поскольку вести земледелие было невозможно без астрономических знаний, создавались агрокалендари (системы исчисления времени, основанные на периодичности явлений природы, связанной с движением небесных светил), которые по дням расписывали всю жизнь каждого члена земледельческой общины. Появились способы регулирования поведения человека путем указания на то, что необходимо (должно), запрещено (нельзя), разрешено делать (можно), или когда можно поступать по своему собственному усмотрению.

По мнению ученых первичное право стало упорядочивать время, что явилось большим достижением человеческого разума, ведь время, как и пространство, является основным условием существования человечества³¹. Примеры жесткой регламентации и соблюдения сроков проведения сельскохозяйственных работ можно встретить в более позднее время. В частности, согласно нормам обычного гражданского права осетин, исследованным М. М. Ковалевским, «... никто не смел начать покоса, пока не настанет июль месяц и все жители деревни и околodka не соберутся на праздник... атенек», на котором старики решали, начинать покос или нет. Для пахоты также существовали свои сроки. «Обработка земли плугом – ежегодно в течение 15 дней весной (газабхули), летом два срока – 40 дней (анеули) и 13 дней (угели), наконец,

³¹ См., например: Венгеров А. Б. Теория государства и права. С. 60.

осенью – 17 дней (шесемодгома)»³².

Однако более важными предпосылками возникновения права, по нашему мнению, были возникшие в позднепервобытной общине зачатки социального неравенства. Обособление отдельного человека, обретение им качества самостоятельного индивида с социально обусловленной необходимостью обеспечения свободы способствовали появлению новых нормативных начал. Дифференциация общества стимулировала возникновение групповых, этнических, классовых или индивидуальных антагонизмов. В сообществе людей, строящих свою жизнь в условиях свободы, появилась конфликтная среда, которая, по мнению немецкого философа И. Канта, наряду с ее негативными характеристиками, стала главной движущей силой саморазвития общества³³.

Возникла потребность закрепить и сделать незыблемыми отношения, складывающиеся по поводу персонифицированной собственности, утвердить новые экономические связи, создать стабильные условия для самостоятельности и активности отдельных индивидов. Задачи такого рода были не под силу первобытным формам регуляции. Потребовался принципиально новый, более мощный и стабильный регулятор, рассчитанный на человека как разумное суще-

³² Ковалевский М. М. Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. М., 1886. Т. 1. С. 111.

³³ См.: Алексеев С. С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М., 1998. С. 41–43.

ство. Он должен был обладать твердостью и надежностью для обеспечения самостоятельной, разумной деятельности людей, возможности предельно точно закрепить условия поведения лиц и последствия, которые могли бы наступить при наличии тех или иных фактических обстоятельств.

Ученые обращают внимание на весьма интересный факт в процессе регулирования имущественных отношений. «В послеродовых общинах земледельческая продукция, как правило, потреблялась внутри хозяйств и отдельных семей, тогда как охотничья, а иногда и рыболовецкая добыча широко распределялась между всеми общинниками. В отношении первой, таким образом, действовали новые нормы, выработанные в условиях производящего хозяйства, а в отношении второй – древние традиционные нормы, доставшиеся в наследство от предшествующей эпохи»³⁴. Иными словами, в процессе применения норм стали учитываться различия в социальном положении общин, родов и в имущественном положении отдельных индивидов. Право многих народов защищало собственность оформляющейся элиты и было снабжено соответствующими санкциями, которые были значительно суровее санкций, существующих в праве развитого общества. Видимо не случайно название записи древнегреческого обычного права – «Законы Драконта» – стало нарицательным для обозначения свирепости правовых норм того времени.

³⁴ Цит. по: Алексеев С. С. Восхождение к праву. С. 160.

Обращает на себя внимание и тот факт, что первоначально право было исключительно конкретным. Все элементы правовой нормы – гипотеза, диспозиция и санкция – были детализированы до крайности, что, вероятно, было связано с предметностью мышления древнего человека. Излишняя конкретизация правовых норм существовала и в системах обычного права более позднего периода. Приведем пример из собранных Ф. И. Леонтовичем адатов осетин. В ст. 123 главы VI «О долгах» содержится такая норма: «За долги взимается большой процент и всегда процент на процент следующим образом: а) за чистые деньги платится 25 % со ста в год и на следующий год процент на процент, б) за мерку хлеба платится через год 1–1/2 мерки, через два года 2 % и т. д., в) за корову через год – корова с телятком...»³⁵

При рассмотрении вопроса о генезисе обычного права появляется еще одна весьма важная проблема. Выделившееся на стадии разложения первобытного общества из единых и нераздельных социальных норм право является продуктом определенной группы людей. Но какие именно социальные группы могли устанавливать правовые нормы и обязывать своих членов их соблюдать? Здесь необходимо вспомнить, что принудительный характер осуществления норм в обществе обеспечивает власть. В первобытном обществе такой властью являлась сама община с ее коллективным мнени-

³⁵ Леонтович Ф. И. Алаты кавказских горцев. Материалы по обычному праву Северного и Восточного Кавказа. Одесса, 1883. Вып. II. С. 29.

ем и авторитетом, а также родоплеменные властные (потестарные) структуры. Немалую роль в этом отношении играли главы первобытных общин (обычно старики 40–50 лет), власть которых современные ученые называют геронтократией³⁶. Конфликты разрешались советом старших мужчин племени либо собранием всех членов общины. В позднепервобытной общине становится более выраженным индивидуальное лидерство, вожди или иные предводители (например, бигмены), обладая определенным авторитетом, поддерживали сложившийся порядок и осуществляли правоохранительную деятельность. На этапе распада первобытного общества стали создаваться раннегосударственные структуры, которые сложно дифференцировать. Обычно их объединяют под общим названием *политии*, и подразделяют на *вождества*, в которых власть захватили предводители; *элитархии*, в которых властвовала старинная родоплеменная знать и *бигменства*, в которых к власти приходили «большие люди»³⁷. Древние политии, являясь носителями властных функций, представляли собой зачатки государственного устройства и в определенной степени способствовали утверждению правового регулятора в обществе. В одних случаях они санкционировали старые первобытные обычаи, в других – создава-

³⁶ Думанов Х. М., Перишиц А. И. Мононорматика и начальное право. Статья вторая // Государство и право. 2001. № 9. С. 86.

³⁷ Думанов Х. М., Перишиц А. И. Мононорматика и начальное право. Статья первая. С. 108–109.

ли новые нормы.

В связи с вышеизложенным отметим, что в юридической науке существуют различные методологические подходы к объяснению роли государства в происхождении правового регулятора, особенно в его первоначальной форме. Происхождение и становление обычного права как источника гражданского права вполне уместно рассматривать через призму различных типов правопонимания, выработанных учеными. Вообще понятие права является одним из труднейших вопросов теории познания, поскольку оно представляет собой не только общеобязательные нормы и другие юридические реалии, но и сложное социальное образование, имеющее свою особую природу и логику, «явление мирозданческого порядка – одно из начал и проявлений жизни разумных существ, людей»³⁸. В юриспруденции, как и в других науках, так или иначе изучающих право как феномен человеческого общества, нет единого взгляда на его сущность. Выдающийся ученый Л. И. Петражицкий писал: «Гениальный философ Кант смеялся над современной ему юриспруденцией, что она еще не сумела определить, что такое право. Он сам работал над решением этой проблемы и полагал, что ему удалось ее решить. После него работали над этой проблемой многие другие выдающиеся мыслители, философы и юристы, но – и теперь еще юристы ищут определение

³⁸ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 3.

для своего понятия права»³⁹. Осмысление сущности права как особого социального института занимает значительную часть всех теоретико-правовых концепций, а различие между ними, как правило, кроется в установлении приоритета таких элементов правовой действительности, как идеи, нормы и отношения.

Мы не преследуем цель исследовать все тонкости теоретических концепций о сущности права, так как они являются предметом изучения теории права. Вместе с тем в условиях необходимости формирования осмысленной методологии в науке гражданского права мы видим своей задачей выявление влияния указанных концепций на становление и развитие учения об обычном праве как источнике гражданского права. Если в советское время юридическая теория была ориентирована на построение методологии общей теории права, которая вырастала из отраслевых наук, то сейчас пора развивать частноправовую методологию теории права. «При этом в ближайшее время следует всячески приветствовать обратный... процесс, т. е. начать культивировать трансформацию общетеоретических построений в цивилистические доктринальные конструкции»⁴⁰.

Для правильного понимания сущности подвергаемых ана-

³⁹ *Петражицкий Л. И.* Введение в изучение права и нравственности (Эмоциональная психология). СПб., 1905. С. 19.

⁴⁰ *Степанов Д. И.* Вопросы методологии цивилистической доктрины // Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей / Под ред. О. Ю. Шиловых. М., 2003. Вып. 6. С. 3.

лизу теорий и применяемого ими понятийного аппарата отметим, что юриспруденции известны два противоположных типа правопонимания, борьбой между которыми в известной мере пронизаны вся история и теория правовой мысли. Академик В. С. Нерсесянц обозначил их как *юридический* (от лат. *jus* – право) и *легистский* (от лат. *lex* – закон)⁴¹. В своих рассуждениях мы будем следовать этой условной классификации. При краткой характеристике указанных типов правопонимания можно установить, что согласно легистскому подходу под правом понимается продукт государственной воли. Понимание сущности права сводится к принудительно-властным установлениям, к тому, что официально наделено законной силой. Для юридического подхода к правопониманию, напротив, характерно различение права и закона. Под правом понимается объективное, не зависящее от воли, усмотрения или произвола законоустанавливающей власти, социальное явление со своей природой и спецификой, своей сущностью и т. д.⁴² Юридический тип правопонимания не является единым, в его рамках существуют разные теории: естественно-правовая, либертарно-юридическая и др.

Сначала остановимся на естественно-правовых учениях, называемых *юснатурализмом* (от лат. *jus naturale* – естественное право) и прошедших различные этапы своего раз-

⁴¹ Нерсесянц В. С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства: Для юридических вузов и факультетов. М., 1999. С. 3.

⁴² Там же. С. 4.

вития: античность, средневековье, «новое время», современный период. Необходимо отметить, что уже древние греки и римляне проводили различие между правом и законом, естественным правом, не зависящим от воли людей (*фюсисом*), и созданным людьми позитивным правом (*номосом*). Так, Ульпиан в первой книге «Институций» пояснял: «Частное право делится на три части, ибо оно составляется или из естественных предписаний, или из [предписаний] народов, или [из предписаний] цивильных. Естественное право – это то, которому природа научила все живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным... Право народов – это то, которым пользуются народы человечества; можно легко понять его отличие от естественного права: последнее является общим для всех животных, а первое – лишь для людей [в их отношениях] между собой» (D. 1, 1, 1)⁴³. Право народов многие римские юристы понимали как часть естественного права. Согласно естественно-правовым учениям античности позитивный закон должен был соответствовать праву и утверждать в обществе равенство, свободу, справедливость, исключая из человеческих отношений произвол и анархию. И христианская доктрина естественного права эпохи средневековья, развитая в трудах святых Августина Блаженного и Фомы Аквинского, и учение так называемой школы естественного права, зарождение и развитие ко-

⁴³ Дигесты Юстиниана: Пер. с лат. / Отв. ред. Л. Л. Кофанов. М., 2002. Т. I. С. 83.

торой в XVII–XVIII вв. было связано с именем знаменитого голландского философа Г. Гроция, представляли естественное право присущим человеку от рождения, независимым от произвольных определений и опирающимся на высший нравственный порядок жизни⁴⁴. Основной тенденцией юс-натурализма было стремление к нравственной оценке права через этические начала, к осознанию которых человечество пришло в процессе своего развития. Поэтому такие воззрения называют юридико-аксиологическим (ценностным) подходом к определению сущности права.

С точки зрения школы естественного права, которая объясняла существующее зло уклонением общественной жизни от естественных начал, все, сложившееся исторически, представлялось сплошным заблуждением. Народные обычаи были не чем иным, как «бессознательным уклонением от законов природы» и должны были уступить место законам, «вырабатываемым на рациональных началах, независимо от случайностей времени и места»⁴⁵. В законодательных актах той эпохи можно обнаружить отрицательное отношение к обычному праву, вплоть до крайне негативного. К примеру, проект Уложения Иосифа II угрожал уголовным наказанием за покушение создать новый обычай⁴⁶. С позиции естествен-

⁴⁴ См.: *Шершеневич Г. Ф.* История философии права. СПб., 2001. С. 124–126.

⁴⁵ *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. Т. I. Введение. Казань, 1901. Вып. I. С. 150.

⁴⁶ Там же. С. 151.

но-правовых учений, единственным «разумным» источником права мог быть только установленный государством закон. Лозунгом революционно настроенных теоретиков естественного права было выражение: «Все для народа, но ничто через народ»⁴⁷. Разумеется, с таких позиций все, кроме закона, теряло самостоятельное значение и выступало в качестве производного от него факта. Соответственно основанием существования обычного права, которое определяли как совокупность фактически существующих обычаев, считалась санкция законодателя.

В начале XIX в. период рационализма в праве сменился периодом историзма, а «космополитизм» был заменен национализмом. До этого в юридической науке отмечался некоторый застой, поскольку рационалистическая философия и систематическое игнорирование ею истории отразились неблагоприятно на научной обработке позитивного права. «Вольфианская философия права скорее задерживала, чем вызывала развитие юридической науки... Вместо того, чтобы сообщать юристам идеальные начала или побуждать их к историческим исследованиям, вольфианцы давали положительному праву рационалистическое обоснование и закрепляли существующее печатью разумности»⁴⁸. Новое движение в юридической науке выступило не только против господства практических стремлений, но и против утвердив-

⁴⁷ *Оертманн П.* Обычай и закон: Пер. с нем. В. Розенберга. СПб., 1899. С. 9.

⁴⁸ *Новгородцев П. И.* Историческая школа юристов. СПб., 1999. С. 31.

шихся научных приемов.

На смену естественно-правовой школе пришла так называемая *историческая школа права*, ознаменовавшая собой идейный перелом в общей атмосфере упадка и разочарования, царившей в Европе после Французской революции. Ее приход в юриспруденцию был подготовлен развитием немецкой юридической науки в результате мощного подъема национального настроения в Германии, вызванного идеей общегерманского объединения. Историческая школа права связана с именами выдающихся немецких цивилистов К. Ф. фон Савиньи и Г. Ф. Пухты. Идее произвольного законодательного установления права они противопоставили идею непрерывного развития права под действием внутренних сил народной жизни. Новое учение предложило органическое объяснение процесса правообразования, развития права в силу внутренней необходимости из «народного духа». Основным источником права признавалось обычное право, выступавшее самостоятельным и единственно нормальным источником права. В основе правопонимания исторической школы лежит предположение о том, что обычное право складывается из тех же юридических элементов, что и право, основанное на законе. Разница состоит в том, что закон исходит от государственной власти, а обычное право имеет свой непосредственный источник в «душе народа» и не нуждается в санкции государственной власти. «Оно заключает в самом себе свое основание и служит первоначальной фор-

мой, из которой выливаются и развиваются все последующие формы права» – утверждал К. Ф. Савиньи⁴⁹. Таким образом, историческая школа предложила «спиритуалистическую» концепцию о происхождении и сущности права, основанную на идеализации народного правотворчества.

Критика данной теории была как раз основана на том, что должно пониматься под «народным духом». Ю. С. Гамбаров, подвергая сомнению основы построения концепции происхождения права из «духа народа», писал: «Как, в самом деле, утверждать, что порядок гражданского права происходит от "духа народа", когда 9/10 этого народа... лишены в течение целой жизни всех преимуществ этого порядка? Современный гражданский порядок, унаследованный новыми законодательствами... от старого обычного права, навязан имущими классами неимущим в результате многовековой борьбы, которая не теряет своей остроты и силы»⁵⁰. Отсюда делается вывод о «химеричности» обычного права, основанного на всеобщем убеждении, которое возможно только в небольших и примитивных общинах. С разрастанием общин и усложнением их общественной жизни раскалываются интересы, развиваются политические, экономические и другие союзы, между которыми нет общности ни в правовых воззрениях, ни в практике совершаемых юридических

⁴⁹ Цит. по: Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. I. Общая часть. СПб., 1911. С. 191.

⁵⁰ Там же. С. 195–196.

действий. Общественные группы способны только к индивидуальному, мелкогрупповому правотворчеству, тогда как абстрактное общее право должно создаваться в рамках целого государства. Возникшее в общественной группе обычное право может быть навязано всему обществу, однако его достоинства с социальной точки зрения весьма сомнительны.

Наиболее обстоятельной критике учение исторической школы подверг Р. фон Иеринг, который считал, что любое значительное правообразование достигается при резкой коллизии интересов, право всегда рождается в борьбе. Твердость и определенность представлялись ученому высшими качествами права, поэтому он отдавал предпочтение закону как источнику права перед обычаем и менее всего разделял представления Ф. К. Савиньи и Г. Ф. Пухты о невидимой позитивации права «в тайниках народного духа до практики их применения в жизни»⁵¹. Вместе с тем нельзя не признать, что историческая школа права – это крупное продвижение теоретико-правовой мысли в изучении происхождения и сущности права, поскольку она уловила роль и значение «глубинного этнокультурного пласта возникновения права и особенности этого процесса у разных народов»⁵². В концепциях данной школы отчасти были гиперболизированы представления о самоорганизации права, решающей роли народных

⁵¹ *Иеринг Р.* Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. I. СПб., 1875. С. 25–26.

⁵² *Венгеров А. Б.* Теория государства и права. С. 70.

традиций и духовных начал, однако невозможно отрицать ее значение в утверждении эволюционного характера содержания права и его источников.

Примерно в середине XIX в. стало активно развиваться направление юриспруденции, характеризующееся пониманием права как совокупности установленных или санкционированных государством норм (*легизм*). Данный подход к определению сущности права, основанный на отождествлении права и закона как формы позитивного права, стал принципом и смыслом так называемого *юридического позитивизма*, который, по мнению В. С. Нерсесянца, является не юридическим, а легистским позитивизмом⁵³. Поскольку позитивизм, сводя право к закону, отрывает закон как правовое явление от его правовой сущности, трактует его как продукт воли или произвола законоустанавливающей власти, то специфика права неизбежно сводится к его принудительному характеру. Закон представляет собой не просто источник права в формальном смысле, он порождает и формирует право, то есть является правообразующей силой. Поэтому позитивизм сводит юриспруденцию к догматике, формально-техническому описанию права как уже познанного объекта, классификации и систематизации норм, разработке вопросов юридической техники, толкованию текста законов и т. п.

Позитивистские представления в XIX в. получили разви-

⁵³ Нерсесянц В. С. Философия права: Учебник для вузов. М., 2000. С. 65–66.

тие в трудах ряда отечественных дореволюционных ученых, таких как Е. В. Васьковский, С. В. Пахман, Г. Ф. Шершеневич и др. В частности, Г. Ф. Шершеневич утверждал, что «всякая норма права – приказ», а название правовых присваивается только тем нормам, «соблюдение которых предписывается под угрозой, исходящей от государства»⁵⁴. С аксиологической точки зрения юридический позитивизм отвергает собственно правовые ценности и признает лишь ценность закона, которая заключается в его официальной общеобязательности.

В этом отношении весьма показателен радикально-позитивистский подход Г. Кельзена, согласно «чистому учению о праве» которого право ценно только как приказание, как норма, то есть форма долженствования. Теория Г. Кельзена, наряду с концепцией Г. Харта и других ученых, стала крайним проявлением позитивизма, которое называют *юридическим неопозитивизмом* или *нормативной теорией права*. Основу такому подходу к праву положил английский ученый И. Бентам, который считал, что естественное право – это «словесная фикция, метафора, а неотчуждаемые права человека – химера воображения»⁵⁵. В концепциях нормативизма придается всепоглощающее значение нормативности как особому свойству права. Они в известной степени дискре-

⁵⁴ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. I. С. 281–282.

⁵⁵ Цит. по: Бергсбей Ж.-Л. Общая теория права: Пер. с фр. / Под общ. ред. В. И. Даниленко. М., 2000. С. 52.

дитировали позитивную теорию, способствовали представлению ее в виде «отрасли знания из пошлого, заскорузлого и крайне формалистичного "юридического позитивизма", далекого от требований современного гражданского общества»⁵⁶.

Распространению нормативистских воззрений особенно способствовало состояние отечественной юридической науки в советское время. В обстановке тоталитарного режима, соединенная с коммунистическими догмами, нормативная теория права стала бурно развиваться и проявилась в марксистской концепции происхождения права, преувеличивавшей связь права с государством, экономическим строем, классовыми структурами, принуждением и насилием. В своей крайней форме эта теория сформировалась в СССР в 30-е годы прошлого столетия. Наиболее ярко отождествление права с законодательством было выражено в определении А. Я. Вышинского: «Закон есть форма, в которой выражается воля господствующего класса. Право – это не один закон, а вся сумма или вся совокупность законов»⁵⁷.

Волевая трактовка сущности права повлекла за собой неизбежность признания его «исключительным продуктом» государства. В одном из учебников по общей теории права сказано: «Самим фактом своего появления право обязано государству, оно производно от него и без него суще-

⁵⁶ Алексеев С. С. Право: азбука – теория – философия. С. 163.

⁵⁷ Вышинский А. Я. Вопросы теории права. М., 1949. С. 421.

ствовать не может»⁵⁸. При понимании права как системы установленных или санкционированных государством норм единственным его источником может быть признан закон. Следовательно, воле законодателя не могут противопоставляться другие начала, выработанные обычаем, наукой, субъективным сознанием. Такое этатизированное правопонимание было свойственно и представителям европейской науки. Например, австрийский социолог Л. Гумплович и немецкий юрист Р. Иеринг считали государство исторически и логически первичным по отношению к праву, представляющему собой форму государственной политики⁵⁹.

Нормативистские и в целом юридико-позитивистские концепции имели положительные стороны. Они способствовали основательному пониманию свойств права как институционального образования и стали предпосылкой для углубленных теоретических исследований. Разумеется, нельзя отрицать практической ценности догматической науки, но такое знание не дает никакого «ручательства в истине». Н. Л. Дювернуа, критикуя позитивистские теории, подчеркивал, что «отождествление права с техникой, природы его с принудительным аппаратом есть столь же ошибочное, как отождествление искусства с инструментом, живой мысли и ре-

⁵⁸ Общая теория права: Учебник для юридических вузов / Под ред. А. С. Пиголкина. М., 1994. С. 69.

⁵⁹ См.: Гумплович Л. Общее учение о государстве. СПб., 1910. С. 114; Иеринг Р. Цель в праве. СПб., 1881. Т. 1. С. 187–188.

чи с мертвыми знаками придуманного алфавита»⁶⁰. Крайние позитивистские воззрения ограничивают предмет юридических знаний одними лишь нормами и становятся преградой к тому, чтобы включить в эту сферу и другие элементы юридической материи. Как следует поступить, если установления позитивного права, предписывая нечто как должное являются по существу ложными, нелепыми, бессмысленными и безнравственными? «Юрист, который сознает эту опасность, не может не почувствовать законного стремления выбраться тем или иным путем из мира номинального знания и попытаться войти в соприкосновение с "истинным объектом", если он только вообще может быть отыскан»⁶¹. Условность юридической догматики, ее формальные подходы к изучению права могут привести к полной правовой беспринципности.

В мировой юриспруденции существуют целые научные направления, представители которых пытаются постигнуть общественные функции права и понимают под ним нормативные образования, порожденные жизнью общества, а не государства. К таким направлениям относятся различные социологические теории, признающие в качестве права действительность, реальные правоотношения, которые могут складываться вопреки существующим правовым идеям

⁶⁰ *Дювернуа Н. Л.* Чтения по гражданскому праву. Т. I. Введение и Часть общая. СПб., 1898. Вып. I. С. 31.

⁶¹ *Алексеев Н. Н.* Основы философии права. СПб., 1999. С. 24.

и нормам, отраженным в законах. Корни социологического позитивизма можно найти в философско-правовых учениях Л. Дюги, Э. Дюркгейма, С. А. Муромцева, Е. Б. Пашуканиса и других ученых. Волевою концепцию права подверг критике Л. И. Петражицкий, создавший особую *психологическую теорию права*, согласно которой под правом подразумеваются «этические переживания, эмоции которых имеют атрибутивный характер»⁶². Он признавал существование обычного права как одного из видов позитивного права.

Учение Л. И. Петражицкого установило односторонний подход к праву, поскольку право как феномен общественной жизни обуславливается не только психологическими переменными, но и политическими, экономическими, социальными и другими объективными процессами. Тем не менее оно приобрело широкое признание в России и за рубежом и тесно связано с концепциями социологических школ права. К примеру, одно из социологических направлений рассматривает право как «живое право». «Позитивное право является "живым" не в смысле действующего права, а в смысле того, что оно должно отвечать как сегодняшним требованиям изменяющихся общественных отношений, так и требованиям данной ситуации, заложенной в ней правовой сути»⁶³. Теория живого права признает существование обыч-

⁶² *Петражицкий Л. И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 232–234.

⁶³ *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции

ного права, но идеализирует результаты судебной практики, ограничивает функции права «рабским отражением фактов», настаивает «на щепетильном и часто неточном детерминизме даже тогда, когда человеческая воля может предложить свои варианты выбора»⁶⁴.

В юридической науке последнего времени развиваются идеи, пытающиеся примирить позитивистские и антилегистские концепции с учетом их рациональных моментов и недостатков. К таким направлениям относятся либертарно-юридический подход, предложенный В. С. Нерсисянцем, коммуникативная теория права А. В. Полякова и другие концепции интегральной (синтезированной) юриспруденции⁶⁵. По мнению профессора И. Ю. Козлихина, конфликт существует не между различными типами правопонимания, а между типами миропонимания, либерально-индивидуалистическим и коллективистско-этатистским⁶⁶. Подвергая общей оценке учения о сущности права, важно отметить, что каждое из них при всех недостатках и дискуссионности отстаиваемых положений выполняло свою функцию и внесло

мирового правового развития – надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 103.

⁶⁴ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. С. 55.

⁶⁵ См.: Нерсисянц В. С. Философия права. С. 57–61; Поляков А. В. Возможна ли интегральная теория права? // <http://lawfac.narod.ru/>; Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще незавершенный проект // Ежегодник российского права. М., 2001. С. 121–135.

⁶⁶ Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право // <http://lawfac.narod.ru/>.

вклад в процесс обогащения и развития юридической науки. Здесь уместно было бы привести высказывание Уэвеля: «Нам может казаться, что принципы, составлявшие торжество предыдущих периодов знания, низвергаются и уничтожаются позднейшими открытиями, но на деле эти принципы входят в последующие учения той долей истины, которая была в них»⁶⁷.

Подводя некоторые итоги рассуждениям относительно происхождения обычного права в человеческом обществе, хотелось бы подчеркнуть, что нам представляется недостаточно обоснованным увязывать этот процесс с возникновением государства. Известный правовед и социолог П. А. Сорокин утверждал, что «появление государственной формы общежития не означает собою чего-то исключительного, а знаменует лишь возникновение новой формы общежития, где объединяющей связью выступает иная, чем в тотемическом или родовом обществе»⁶⁸.

Взаимосвязь государства и права несомненна, однако этот феномен, наблюдаемый в современной действительности, не означает невозможности возникновения права ранее возникновения государства, поскольку в догосударственном обществе уже существовала достаточно развитая нормативная

⁶⁷ Цит. по: *Муромцев С. А.* Очерки общей теории гражданского права. М., 1877. Ч. I. С. 204.

⁶⁸ *Сорокин П. А.* Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства. Ярославль, 1919. С. 3–4.

система регуляции обычно-правового характера. Государство нашло лишь адекватные формы закрепления и интерпретации права в интересах господствующих сил. А. К. Романов отмечает, что «правовой обычай предполагает общину, а не государство», его применение не требует специальных правотворческих и правоприменительных органов⁶⁹. Члены первобытного общества на стадии его разложения относились к обычному праву как к праву, отличая его от морали или религии. А для обоснованного ответа на вопрос о том, какие основания имеются для того, чтобы считать обычное право правом, необходимо проанализировать процесс его эволюции как источника права вообще и гражданского права в частности.

1.2. Развитие обычного права (исторический аспект)

Обычное право, зародившись в недрах первобытного общества на стадии его разложения, начало постепенно обретать черты главного средства социального регулирования имущественных отношений. Структурно неустойчивые, хрупкие и слабые ранние государства первоначально старались опираться на традиционные формы власти (лидеров общин), за которыми стояли обычное право и привычный консервативный уклад жизни. Ранние государства не обладали

⁶⁹ Романов А. К. Правовая система Англии: Учебное пособие. М., 2000. С. 186.

развитой legislaturой, которая в современном понимании представляет собой аппарат, способный создавать правовые нормы. Власть в большей части базировалась на нормативных установлениях обычного права. Привязанность к своим обычаям как общая черта древних народов была предпосылкой высокого престижа обычного права. К примеру, в варварской «Салической правде» (*Lex Salica*), провозглашенной от имени «славного народа франков», говорится, что «салический закон был продиктован начальниками этого народа, которые тогда были его правителями». Короли же Хлодвиг, Хильдеберт и Хлотарь всего лишь исправили то, «что оказалось в этом уложении неудобным»⁷⁰.

Осмотрительное и деликатное отношение к старому обычному праву являлось особенностью периода становления государственности, весьма растянутого во времени. Высшая суверенность царской или королевской власти в области правотворчества еще не была достигнута. По словам известного французского ученого-компаративиста Р. Давида раннее право «существовало независимо от приказов властей; суверен не был уполномочен ни создавать, ни изменять право», он выполнял «чисто административные функции, мог вмешиваться только в целях организации и облегчения отправления правосудия, помогать формулированию

⁷⁰ Хрестоматия по Всеобщей истории государства и права / Под ред. К. И. Батыра и Е. В. Поликарповой. М., 2000. Т. 1. С. 239.

права, которое он не создавал»⁷¹.

Выработка новых правовых форм совпала со знаменательными культурно-историческими процессами, к которым относятся появление письменности и распространение мировых религий на Западе и Востоке. Существует мнение о том, что нужды правового оборота в определенной степени подтолкнули наиболее развитые культуры к изобретению систем письменности. Например, в Месопотамии пиктографические таблички служили мнемотехническим средством при заключении сделок и осуществлении взаимных расчетов. Изобретение письменности в этом регионе (середина IV – начало III тысячелетия до н. э.) приписывают шумерским храмовым чиновникам, управлявшим общественными работами и занимавшимся регистрацией торговых сделок и хозяйственных операций. Востоковеды полагают, что нужды частнопроводного оборота и недоверчивость заимодавцев к заемщикам привели к открытию письма в этом регионе. Сохранившиеся клинописные таблички того времени имели хозяйственно-правовой характер⁷². Письменность перевела регулятивную систему общества в более доступную информационную форму.

Письменные источники древности часто назывались законами. Но возникновение письменности не сразу повлек-

⁷¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В. А. Туманова. М., 1999. С. 33.

⁷² См.: Проблемы общей теории права и государства. С. 129.

ло за собой появление законодательного права. Первым писанным источником права становится именно правовой обычай. Многие так называемые законы раннеклассового общества представляют собой не что иное, как сборники обычаев, выражающие идеалы устройства первых государств, обязательства царей, попытки ограничения роста богатства, ростовщичества, закрепления справедливых цен и т. п.

Изначально письменные источники права излагались в форме афоризмов или пословиц (например, древнеиндийские сборники законов Апастамба и Гаутама, написанные афористической прозой). Позднее их стали выражать в стихотворной форме для облегчения запоминания при заучивании. Достаточно вспомнить о священных индусских ритуальных законах Ману, написанных на санскрите и состоящих из правильных эпических стихов *sloka*. В законах Ману, помимо ритуальных норм, содержатся нормы, регулирующие наследственные и семейные отношения, взаимоотношения различных каст, отношение общества к старикам и т. п.⁷³ Вообще древнее обычное право очень тесно было связано с поэзией. Древние правовые акты, юридические поговорки и пословицы были полны ритмических созвучий и поэтических оборотов. У восточных славян были целые юридические поэмы, в частности, «Суд Любуши», в котором в

⁷³ Мэн Г. С. Древний закон и обычай. Исследования по истории древнего мира. М., 1884. С. 7–9.

стихах излагался спор братьев о наследстве⁷⁴. А у древних скандинавов существовали так называемые *руны*, под которыми подразумевались не только письма, но и таинственные изречения, законы, передаваемые в стихотворной форме⁷⁵.

Вещатели права в древности часто были поэтами, творцами своих изречений, потому что они хотели сильнее запечатлеть в умах слушателей свои решения, формулы которых выпадали из их уст в приятном для уха созвучии, в легко схватываемом обороте речи. Памятники сохранили много правовых постановлений в удивительно изящной и живо приходящей на ум форме. Сравнительное изучение памятников языка и права разных народов дает весьма интересный материал для уяснения общих признаков, сопровождающих эти явления человеческой культуры. Скажем, феодальное обычное право нельзя изучать в отрыве от песен труверов и миннезингеров, без былин и других памятников древней словесности. Такие языковые приемы, как аллитерация, тавтология, рифма и прочие, сопровождают древние правовые изречения римлян, германцев, славян и отражают особый символизм древнего права и его связь с поэзией⁷⁶.

⁷⁴ Филиппов А. А. Народное обычное право как исторический материал // Русская мысль: Ежемесячное литературно-политическое издание. Год седьмой. Книга IX. М., 1886. С. 62.

⁷⁵ Там же. С. 63.

⁷⁶ Владимирский-Буданов М. Ф. Хрестоматия по истории русского права. Киев, 1915. Вып. II. С. 52–60.

В древних письменных правовых источниках прослеживается тесное соприкосновение между правовыми нормами и исполнением культовых обрядов, жертвоприношений, которые характеризуют правовые воззрения древних людей. Так, возникновение права на наследование после смерти предка у индусов было неразрывно связано с определенным обрядом жертвоприношения со стороны наследника⁷⁷. Обряды, сопровождавшие заключение договора купли-продажи у наших предков, указывали на то, что человек приобретал право собственности на вещь путем наложения руки на предмет, прикосновения к нему. А там, где вещь по каким-либо причинам не могла быть передана в момент заключения договора, передавался ее условный эквивалент, например, дерн при отчуждении земли⁷⁸. Интересно отметить, что когда собственник терял свою вещь и потом находил ее в руках другого лица, он, прежде чем возвратить (виндигировать) ее себе, налагал на нее свою руку с произнесением формулы *се мое* (аналогия с римским *manus injectio*).

Для понимания сущности древних правовых установлений можно обратиться к источникам римского права. Представления о нормальном поведении римляне передавали из поколения в поколение и со временем сформировали целую систему *mos Romanum* (римский обычай), которая существовала не только в повседневном обычном поведении

⁷⁷ Мэн Г. С. Древний закон и обычай. С. 59–60.

⁷⁸ Филиппов А. А. Народное обычное права как исторический материал. С. 61.

римлян, но и в языковой (устной, а иногда письменной) форме. При этом сакральные порядки действовали благодаря сверхъестественным силам, а право было укоренено в естественном порядке вещей (*rerum natura*). Преемственность нормативной традиции в докодификационную эпоху обеспечивали жрецы – понтифики, которым было вверено хранение заветов предков (*mores maiorum*)⁷⁹. Понятие *mores maiorum* относится к нормам, не закрепленным в законах XII таблиц. Они представляли собой древние формы правового общения, и, претерпев значительные изменения в ходе интерпретации законов XII таблиц, стали составляющей частью *jus civile*. Со временем *mos* и *mores* утратили значение права и перешли в разряд моральных категорий.

Примерно с I в. до н. э. особое юридическое значение приобрел термин *consuetude*, также переводимый на русский язык как обычай. Однако этот термин применялся для обозначения обычного права как элемента нормативной реальности. *Consuetude* становилось в один ряд с *leges* (законами, то есть предписаниями, установленными римским народом) и *mores* в роли источника обновления *jus civile*. В качестве примера можно сослаться на высказывание римского юриста Юлиана: «Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это право называется правом, установленным нравами. Ибо если сами законы связывают нас

⁷⁹ Дождев Д. В. Римское частное право: Учебник для юридических вузов и факультетов / Под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М., 2000. С. 83–85.

в силу лишь того, что они приняты по решению народа, то заслуженно связывает всех и то, что народ одобрил, не записав. Ибо какое имеет значение, объявил ли народ свою волю путем голосования или путем дел и действий...» (D. 1, 3, 32, I)⁸⁰.

Единственным специфическим признаком обычного права являлось отсутствие письменной формы его фиксации, в чем, по мнению римских юристов, не было необходимости. В эпоху классического римского права юристы прибегали к обычному праву в поисках действующих норм. При этом *mores* они трактовали как самостоятельный вид позитивных норм, наряду с *consuetude*. Законы и обычаи имели одинаковую юридическую силу и не противопоставлялись друг другу. Так, Гай в первой книге «Институций» указывал: «Все народы, которые управляются законами и обычаями, пользуются своим собственным правом, частью общим правом всех людей...» (Gai. 1,1)⁸¹. В первой книге «Институций» Ульпиана формулировки *leges* и *mores* под влиянием древнегреческого права заменены на *jus ex scripto aut ex non scripto*. «Это наше право состоит или из писаного (права), или из неписаного, как у греков сказано: "из законов одни являются писаными, другие неписаными"» (D. 1, 1, 6, I)⁸². Такое

⁸⁰ Дигесты Юстиниана. С. 113.

⁸¹ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М., 1997. С. 17.

⁸² Дигесты Юстиниана. С. 85.

разделение воспроизведено и в «Институциях» Юстиниана: «Состоит же наше право или из права писаного, или неписаного, как у греков: одни законы у них записаны, другие не записаны...» (I. 1, 2, 3). При этом в категорию неписаного права Юстиниан включил только *mores*. «Из неписаного явилось то право, которое создали обстоятельства. Именно, продолжительные обычаи (*mores*), одобренные соглашением руководствовавшихся ими (*consensus itentium*), приравняются к законам» (I. 1, 2, 9)⁸³. Только в постклассическое время согласно конституции императора Константина (С. 8, 52, 2) обычное право могло быть приравнено к закону, если обычай не противоречил здравому смыслу (*ratio*) или закону⁸⁴. Обычное право уже могло лишь восполнять пробелы законодательства.

Интересный материал для исследования обычного права содержат древнерусские источники. В начальной летописи «Повести временных лет», составленной монахом Нестором Печерским, имеются следующие слова о быте славянских племен: «Имяху бо обычаи свои, и законы отец своих, и преданья, кождо свой нрав...»⁸⁵ Предания, идущие от отцов, летописец называл то обычаями, то законом, вкладывая

⁸³ Памятники римского права: Институции Юстиниана / Под ред. Л. Л. Кофанова и В. А. Томсинова. М., 1998. С. 19–21.

⁸⁴ Барон Ю. Система римского гражданского права: Пер. с нем. Л. И. Петражицкого. Вып. I. Кн. I. Общая часть. М., 1898. С. 18.

⁸⁵ Цит. по: Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб., 1910. С. 17.

в эти термины одинаковый смысл. В договоре князя Олега с Византией 911 г. содержится клятва руссов: «Мы же кляхомся по закону и по покону языка нашего». Предположить, что в X в. у восточных славян существовала законодательная власть, творившая право по своему усмотрению, вряд ли возможно. Но слово *закон* действительно употребляется в древних памятниках наряду с термином *обычай*. Что же оно означает? Нестор Печерский передал в летописи все, что ему было известно о быте славян, без обособления внешней обстановки от нравов, обычаев и религиозных обрядов. В связи с этим В. И. Сергеевич задавался вопросом: «Можно ли при таком смешении нравов, права и религии думать, что в области права он различает уже обычай от закона и в том именно смысле, как можем различать их мы?»⁸⁶. Ученый указывал, что слово *закон*, как и слово *покон* означали обычай.

Этимологически слова *закон* и *покон* происходят от корня *кон*, который означает правило в общем смысле и ведет свое происхождение от санскритского корня *kip* («начало», «предел», «острие» или «край»). Это слово в древнерусском языке по смыслу соответствует древнегреческому слову *νομος* (номос), то есть правилу, установленному посредством исконного обычая⁸⁷. Предлог *за* с винительным падежом вы-

⁸⁶ Там же. С. 18.

⁸⁷ Исаев М. А. Толковый словарь древнерусских юридических терминов: От договоров с Византией до уставных грамот Московского государства. М., 2001. С. 44.

ражает предел движения, а употребленный слитно, придает слову значение границы или предела (забор, запруда и т. п.). Предлог *по* имеет то же значение. Отсюда словами *закон* и *покон* устанавливается граница человеческой деятельности или свободы. Закон и покон означают порядок, которому человек должен подчиняться в своих действиях. При этом в эпоху русского язычества правила божеского и человеческого происхождения назывались по-разному. Обязательная сила человеческого правила опиралась на взаимную волю людей, а обязательная сила божеского правила опиралась на волю племенных богов и обожествленных предков. Право божеского происхождения считалось священнее человеческого права.

По мнению Д. Я. Самоквасова, слово «закон» в языческие времена означало «догму народной веры»⁸⁸. Он выделял четыре источника правил общежития или обычаев русского права языческой эпохи: «1) взаимная воля людей, выражающаяся в договоре (*ряде*); 2) воля органов государственной власти – *устав*; 3) воля богов – *закон* или догмы национальной религии; 4) воля предков – *покон* (обычаи, правила жизни, наследуемые потомками от предков)»⁸⁹. Все указанные формы выражения воли, за исключением устава, представляли собой обычаи.

С подобными явлениями можно столкнуться при изуче-

⁸⁸ См.: Самоквасов Д. Я. Курс истории русского права. М., 1908. С. 76.

⁸⁹ Там же. С. 78.

нии источников так называемого варварского права. Некоторые редакции «Салической правды» содержат ссылки на *lex salica*, подразумевая не писаное право, а народные обычаи, послужившие материалом для издателей салического закона. Аналогичный пример можно найти в истории становления средневекового норвежского права. В норвежских областных судебных книгах XIII в. термин *log* (закон) применялся для обозначения не столько законов, сколько народных обычаев, в противоположность термину *rettr*, обозначающему право как в объективном, так и в субъективном смысле⁹⁰.

Следует отметить, что слово *lex* в средневековых германских памятниках употреблялось не в том узком смысле, который оно имело в Риме, оно обозначало не только закон, но и обычай. Соответственно *lex salica* не является непременно законом, оно может быть живым народным обычаем. В этом предположении нет ничего невероятного. Как в памятниках древне-франкского права ссылки на неписанный «салический закон» означают существование обычного права, так и в договорах с Византией ссылки на «русский закон» предполагают существование русского обычая.

Указания на существование «русского закона» в смысле неписаного обычного права имеются и в «Русской Правде» Ярослава Мудрого. «Этот закон русский, то есть обычное право языческой Руси, и лег в основание Русской Правды,

⁹⁰ Закс В. А. Особенности формирования норвежского средневекового права // Право в средневековом мире. 2001. Вып. 2–3. С. 207.

был основным ее источником» – замечал гений российской исторической мысли В. О. Ключевский⁹¹. Это при том, что «Русская Правда» составлялась уже после крещения Руси. Вероятно, нормы обычного права прошли проверку временем и не противоречили христианским догмам. Важно отметить, что первоначально значение древнегреческого термина *νομος* и латинского *lex* определялось не как закон, а как распоряжение, назначение кому-нибудь. Предполагается, что *закон* в Древней Руси был скорее близок к латинскому *fas* или древнегреческому (*ρῥοιή* (фюсис), которыми обозначалось сакральное, нежели к *lex*. Древние римляне утверждали: «*Fas ad religionem, jura pertinent ad homines* (божественное право касается богопочитания, человеческие права относятся к людям)»⁹².

В источниках древнерусского права наряду с законом встречались и такие термины как *правда* и *суд*. *Правда* имела значение законоустановления, истины или справедливости, а также суда или судопроизводства. Причем судопроизводство понималось именно в смысле отыскания истины на суде. Сам же термин *суд* означал не только осуществление правосудия через дознание истинности, но и закон или устав. Древнейшее название Русской Правды в переводе на современный русский язык звучит так: «Суд Ярослава Владими-

⁹¹ Ключевский В. О. Курс русской истории. М., 1918. Ч. I. С. 269.

⁹² Латинский словарь юридических терминов и выражений / Сост. В. А. Минасова и И. Ю. Губина. Ростов-на-Дону, 2000. С. 89.

ровича: Правда Русская». Несомненна связь указанных понятий со словом *право*, которое в русском языке, судя по всему, имеет санскритское происхождение от корня *rita*, обозначающего общий порядок во вселенной⁹³.

В наиболее древнем значении *право* представляется как истина (общее понятие истины). То есть *суд* и *правда* состояли в поиске истины и справедливости, в чем нет ничего удивительного. Если провести аналогию с латинской терминологией, то можно увидеть, что слово *jus*, переводимое на русский язык как «право», имеет общие корни со словом *justitia*, означающим справедливость. Еще Ульпиан утверждал: «Изучающему право надо прежде всего узнать, откуда произошло слово "право". Право получило свое название от (слова) "справедливость"⁹⁴, ибо согласно превосходному определению Цельса *jus est ars boni et aequi* (право есть искусство доброго и справедливого (в другом переводе – эквивалентного))» (D. 1, 1, 1)⁹⁵.

В силу давности применения русский закон представлял собой не что иное, как все обычное право русского народа, а не какой-то акт формального государственного законодательства. По словам И. В. Эверса, «славянский закон – это

⁹³ Исаев М. А. Толковый словарь древнерусских юридических терминов. С. 82–83, 104.

⁹⁴ В другом переводе *justitia* означает *правосудие*, которое видимо и должно состоять в поиске справедливости.

⁹⁵ Дигесты Юстиниана. С. 84.

обыкновение, нрав, вера (религия), и потом уже закон в собственном смысле»⁹⁶. Именно в этом значении и применяли его древние летописцы.

Но когда же слово *закон* разошлось в смысловом значении со словом *обычай*? Видимо это произошло в тот момент, когда на Руси стало распространяться византийское право. Переводчики греческой литературы встречали слово *νομος* в смысле императорских постановлений. Передать его значение на русский язык словом *обычай* было неудобно, так как «греческое право вносило новые начала, к которым у нас не было привычки»⁹⁷. Слово же *закон* такого неудобства не представляло, поэтому *νομος* стали переводить как *закон*. Например, в кормчих книгах извлечения из постановлений императора Юстиниана носят название «Юстиниана Царя закон» и т. п. Слово же *покон* в народе и в наше время употребляют в смысле *обычай* (ведется из покон века). Хотя в Древней Руси слово *покон* обозначало еще и княжеские распоряжения. В этом смысле в ст. 7 Русской Правды Троицкого списка говорится о «поконах вирных», то есть тарифах пошлин для чиновников княжеской администрации при исполнении ими своих обязанностей⁹⁸.

⁹⁶ Эверс И. В. Древнейшее русское право в историческом его раскрытии. СПб., 1835. С. 15.

⁹⁷ Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. С. 20.

⁹⁸ Исаев М. А. Толковый словарь древнерусских юридических терминов. С. 74.

И здесь в целях проведения адекватного анализа становления правового регулятора в человеческом обществе нам бы хотелось заострить внимание на одной принципиальной особенности этого процесса. Для обеспечения и осуществления правил поведения в обществе были необходимы способы контроля за их выполнением. Если в первобытный период в роли контролера выступало общество в целом, группы, либо общественные лидеры, то на стадии разложения первобытного общества появилась необходимость в осуществлении данной функции специально назначенными лицами или целыми социальными институтами (например, армией). Для поддержания норм права, разрешения конфликтов и наказания нарушителей уже требовалась совершенно другая система, нежели система первобытного самоуправления, которая постепенно и уступила место институту посреднического суда.

В раннепервобытной общине эпизодически существовали судьи, в основном, это были старики. Но повсеместное и сколько-нибудь упорядоченное отправление правосудия сложилось в эпоху политогенеза. Судьями обычно становились вожди, немного реже – жрецы или люди, совмещавшие в одном лице функции предводителей и священнослужителей, хотя вопрос о совмещении их функций является в настоящее время предметом научных дискуссий⁹⁹

⁹⁹ Думанов Х. М., Перишиц А. И. Мононорматика и начальное право. Статья вторая. С. 88.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.