

Наряду с прецедентом, источником права является обычай, коим создается так называемое обычное право. Под юридическим обычаем разумеются такие правовые нормы, которые сложились путем постоянного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни.

Такие нормы могут слагаться как при участии, так и без участия органов государственной власти. Но во всяком случае — без прямого предписания власти; в этом отличительная черта обычая от закона в обширном смысле.

В сущности, обычай сводится к прецеденту: он есть не что иное, как множественный прецедент. В самом деле, ясно, что все юридические нормы, относимые к обычаю, первоначально сложились не путем обычая, а путем прецедента: так называемые юридические обычаи возникали по поводу единичных случаев; возникшее таким образом правило затем применялось к ряду однородных случаев и становилось обычаем. Обычай, таким образом, только скреплял правило, возникшее путем прецедента; иначе говоря, обычай есть многократно повторявшийся прецедент.

Это можно выяснить на примере любого юридического обычая. Положим, например, что путем обычая домашняя прислуга получила право на улучшенную пищу в определенные праздничные дни, или, скажем, студенты получили право выбирать курсовых старост. Доказывать право в том и другом случае можно только ссылкой на прецеденты, т. е. на случай в прошлом, когда прислуге давались к празднику, положим, куличи или университетское начальство позволяло студентам избирать старост, признавало их, вступало с ними в сношения. Необходимость ссылки на прецеденты по всех случаях, где требуется установить существование нормы обычного права, доказывает тождество обычая с множественным прецедентом.

Иногда для создания нормы права достаточно прецедента единичного; иногда же только обычай, т. е. многократное повторение, может сообщить прецеденту силу права. Так, например, тот факт, что единичная крестьянская община признала право на избю за старшим сыном умершего крестьянина, еще не устанавливает общей нормы права. Но если будет доказано, что с незапамятных времен крестьяне именно в этом смысле решали споры о наследстве, то существование данной нормы наследственного права будет уже несомненным. Таким образом, множественный прецедент — обычай — сплошь да рядом создает юридические нормы, коих не под силу создать прецеденту единичному.

В чем же заключается различие обычая юридического от обычая простого, не имеющего юридического значения?

Далеко не все обычаи, господствующие в той или другой общественной среде, суть обычаи юридические: путем обычая создается ряд правил, вовсе не имеющих правового содержания; путем обычая слагается целый кодекс общепринятого, господствующий в том или другом обществе; этим путем слагаются все правила приличия и образуется необозримое множество обрядов, исполняющихся в разных случаях жизни, например обряды свадебные, похоронные, праздничные. Никому не придет в голову утверждать, чтоб такие обычаи, как, например, обычай есть куличи или обмениваться красными яйцами на праздник Пасхи, обычай наших крестьян креститься на все четыре стороны при входе в дом или наш обычай надевать белый галстук, когда мы едем на бал, суть обычаи юридические: кто не ест кулича на Пасху, тот, очевидно, не считается нарушителем чьего-либо права; равным образом, если мой сюртук или галстук будет несколько отличаться от общепринятого типа, то меня или сочтут чужаком, или скажут/что я не знаю приличий, но никто не сочтет меня нарушителем чужого права.

В чем же заключается разница между обычаями юридическими и неюридическими? Ответ на этот вопрос сам собою предreshается данным уже нами раньше определением права. Мы видели, что отличительная черта всякой правовой нормы заключается, с одной стороны, в предоставлении, с другой стороны — в ограничении внешней свободы лиц. Предоставляя определенную сферу внешней свободы одним лицам (уполномоченным) правовая норма соответственным образом ограничивает сферу внешней свободы других лиц (обязанных). Юридическими, следовательно, должны признаваться только те обычаи, которые заключают в себе оба этих необходимых признака правовых норм, следовательно, только те, которые, предоставляя известную сферу внешней свободы одним лицам, соответственным образом ограничивают внешнюю свободу других лиц.

Само собой разумеется, что при таком понимании юридического обычая сама область обычного права должна значительно расшириться: в нее войдет многое такое, что с точки зрения господствующего учения вовсе не относится к области права. Так, например, обычай дуэли в тех странах, где дуэль не признается или даже прямо воспрещается государственной властью, с точки зрения весьма распространенного в науке мнения, вовсе не является нормой права. Многие из современных юристов склонны видеть в дуэли простой обычай, условное правило общежития, а не юридическую норму. Это воззрение должно быть признано безусловно ошибочным: из того, что обычай дуэли не признается государственной властью в тех или других

государствах, вовсе не следует, чтобы он был лишен юридического значения, ибо признание государственной властью, как мы видели, вовсе не служит отличительным признаком права. Если считать юридическими только те обычаи, которые признаются государственной властью, то придется прийти к тому заключению, что ранее образования государства право вообще не существовало, — заключение, с которым трудно согласиться образованному юристу. Мало того, с этой точки зрения пришлось бы признать лишенными правового значения вообще все те нормы, которые не признаются государством; на этом основании пришлось бы отвергать, например, юридический характер норм права церковного и международного в тех странах, где эти нормы не пользуются официальным признанием государственной власти. Наконец, с точки зрения разбираемого воззрения, пришлось бы признать, что сама государственная власть не имеет никаких юридических оснований, так как права государственной власти, очевидно, не могут обуславливаться ее собственным признанием; если государственная власть имеет право повелевать своим подданным, то это обуславливается, очевидно, не тем, что сама она признает за собой такое право.

Если признание или непризнание государственной властью того или другого обычая за право не может служить признаком для различения юридических от обычаев простых, то нет никаких оснований не признавать обычай дуэли за обычный юридический. В этом обычае мы имеем норму, которая, с одной стороны, предоставляет известную сферу внешней свободы одному лицу — оскорбленному и подвергает соответствующему ограничению свободу другого лица — оскорбителя. Оскорбленный может вызывать на поединок оскорбителя: ему, значит, предоставляется свобода располагать определенными действиями последнего; с другой стороны, оскорбитель обязан принять вызов: тем самым налагается на его внешнюю свободу известное ограничение в пользу оскорбленного; следовательно, здесь имеются налицо все необходимые признаки нормы права, притом права обычного, так как обязательность дуэли всецело покоится на авторитетности обычая, господствующего в той или другой среде. Или возьмем какой-либо другой пример: обычай родовой мести, господствующий у кавказских горцев, есть обычай несомненно юридический, так как он ограничивает свободу отдельных родичей, предписывая им месть, и вместе с тем предоставляет сородичам свободу требовать друг от друга исполнения этой обязанности. Здесь опять-таки мы имеем дело с обычаем юридическим, несмотря на то, что этот обычай не признается государством. Указание на безнравственность таких обычаев, как дуэль и родовая месть, разумеется, не может служить аргументом против их правового характера, потому что, как мы видели, нравственность предписания вообще не служит необходимым признаком правовой нормы: есть много норм, прямо безнравственных по содержанию (например, крепостное право) и вместе с тем — несомненно юридических. Требование, чтобы право всегда согласовалось с нравственностью и разумом есть требование идеала, которому действительность далеко не всегда соответствует. К тому же, как мы видели, далеко не все те требования, которые предъявляются нравственностью к праву, отличаются характером постоянным и неизменным; существует множество таких нравственных требований, которые видоизменяются в зависимости от характера культурного развития каждой данной общественной среды.

К кавказским горцам нельзя предъявлять тех же нравственных требований, которые могут предъявляться, например, к русскому крестьянину; поэтому даже в том случае, если бы мы условились считать за правовые только нормы нравственные по своему содержанию, то нельзя было бы признавать лишенными правового значения все те обычаи народов малокультурных, которые противоречат более развитому нравственному сознанию.

Как по вопросу о сущности обычного права, так и по вопросу об основаниях его обязательности между юристами до сих пор еще существует большое разногласие, причем в различных мнениях, которые высказывались и высказываются по этому поводу, обнаруживается отсутствие сколько-нибудь удовлетворительного определения права вообще.

Обычай, как сказано, наряду с прецедентом, есть, несомненно, древнейшая форма позитивного права, которая предшествовала закону, существовала даже раньше образования государства; и тем не менее до начала XIX столетия никому из ученых не приходило в голову признавать юридический обычай за самостоятельную форму права. До появления немецкой исторической школы все вообще ученые были согласны в том, что единственным источником положительного права является государство, что оно одно может сообщить тем или другим правилам обязательное значение, силу правовых норм. Возрастающее это шло вразрез с действительностью, так как в действительности не только у дикарей, но и у народов, стоящих на высокой ступени развития, правовые отношения определяются не одним законом, но и рядом норм, сложившихся путем обычая. Чтобы так или иначе согласовать факты со своей неверной теорией, ученые до начала XIX столетия обыкновенно прибегали к фикции: такие юристы, как, например, Гуфеланд,²⁷ Тибо,²⁸ Глюк, и другие утверждали, что обычай получает обязательную силу от государства в силу молчаливого согласия законодателя, причем это согласие может быть выражено или в форме категорического заявления законодателя, или же в форме молчаливого признания с его стороны. Если только законодатель не высказался против того или другого обычая и допускает его применение, то этого достаточно, чтобы обычай получил силу и значение молчаливо установленного закона, *lex tacita*. Словом, обычай там, где он действует, так или иначе получает свою силу от государства, от законодательной власти.

Это воззрение не встретило возражений вплоть до появления в начале XIX столетия исторической школы, которая нанесла ему сильный удар. Историческая школа, как уже было раньше сказано, вообще относилась отрицательно к творческой деятельности законодателя в области права: по смыслу первоначального учения Савиньи, от которого, впрочем, сам он отступил в 40-х годах истекшего столетия, все вообще право развивается и должно развиваться произвольно, само собой; но, во всяком случае,

исторической школе удалось, несомненно, доказать, что закон вовсе не есть единственный фактор образования права, что существует множество правовых норм, которые сложились и приняли форму обычая помимо всякого вмешательства законодателя.

Особенно важное значение для выяснения сущности обычного права имеет капитальное сочинение Пухты "Обычное право". Развивая воззрения исторической школы, Пухта учит, что юридический обычай — вполне самостоятельная форма права. Сложившись помимо всякого воздействия законодателя, юридический обычай обязателен совершенно независимо от того, признается или не признается он законодателем. Обычай представляет собой наиболее непосредственное и верное выражение народных воззрений; в этом и заключается источник его обязательной силы: ибо народные воззрения, по мнению Пухты, составляют источник всякого права вообще; юридические нормы, вошедшие в обычай, обязательны не потому, что они в течение долгого времени применялись на практике к однородным случаям жизни, а потому, что в них выразилось живущее в народе сознание права. Обычай сам по себе не создает ни новых юридических понятий, ни новых правовых норм: он только закрепляет существующие в народе правовые воззрения; он служит доказательством того, что народ признает обязательным те или другие нормы, которые в силу этого и имеют значение норм правовых. Иначе говоря, нормы права обязательны потому, что они выражают собой воззрение и волю народа как целого.

Таким образом, Пухта признает за обычным правом вполне самостоятельное значение: обычай, по его мнению, — самостоятельная форма права, которая для своего юридического существования не нуждается ни в явном, ни в молчаливом признании законодателя. Но такое значение Пухта признает только за обычаями целого народа, и в этом заключается один из главных недостатков его исследования. Уже современники Пухты (Унтергольцнер,^{*} Мюленбрух, Кирульф) указывали, что таких обычаев, которые были бы обычаями целого народа, сравнительно мало: в действительности существует гораздо больше обычаев местных, сословных (вообще обычаев частных), нежели обычаев общенародных. В чем же, спрашивается, заключается источник обязательной силы этих обычаев? На этот вопрос Пухта не дает удовлетворительного ответа; чтобы так или иначе на него ответить, Савиньи видит в народном единстве единственно возможную почву для образования юридического обычая и последнее основание для обязательной силы обычая. Но, в отличие от Пухты, Савиньи полагает, что как центральная власть в государстве издает законы не всегда для всего государства, а иногда для отдельных местностей или для отдельных классов общества, так же точно и сознание народа может принять форму обычаев отдельных местностей, отдельных классов. Как законодательная власть не гнет всех своих подданных под одну и ту же мерку, а сообразуется с особенностями отдельных местностей и сословий, издавая для них различные законы, так же и народное сознание создает для различных местностей и классов разнообразные нормы, которые и проявляются в виде разнообразных

обычаев.

Однако и с такими поправками учение исторической школы не может быть принято. Прежде всего сам процесс развития правосознания в народе изображен у Савиньи неправильно: по его учению выходит, будто живущее в народе сознание права есть нечто от начала данное, будто первоначально сложились воззрения, общие всему народу, а потом уже на почве этих общенародных воззрений зародились и выросли обычаи сословные и местные. Между тем новейшими исследованиями выяснено, что как раз наоборот, обычаи частные, т. е. обычаи местные, сословные вырабатываются раньше, а потом уже из этих частных обычаев постепенно вырабатываются обычаи общие. Другая ошибка исторической школы заключается в том, что она приписывает обычаю характер исключительно национальный и выводит обязательную силу юридических обычаев только из того, что они выражают собою общие национальные воззрения. На самом деле существует множество юридических обычаев, которые вовсе не имеют национального характера: так, например, существуют обычаи церковные, международные, которые не служат выражением воззрений какой-либо национальности, а между тем — суть обычаи несомненно юридические.

Ошибка исторической школы заключалась в том неверном предположении, будто юридический обычай черпает свою обязательную силу в национальных воззрениях. На самом деле юридические обычаи вовсе не всегда выражают собою воззрения народа; но они всегда выражают собою воззрения, господствующие в какой-либо общественной группе, будь то сословие, местность, союз религиозный, каким является церковь, или, наконец, целая группа государств, находящихся между собою в международном общении. Обязательность юридического обычая точно так же, как и обязательность всех вообще норм позитивного права, непременно обуславливается тем, что за ним стоит тот или другой общественный авторитет.