

Выяснив, таким образом, вопрос о сущности обычного права и об основаниях его обязательности, мы можем перейти теперь к вопросу об отношении обычного права к законодательству. Этот вопрос решается различно разными учеными в зависимости от тех или иных взглядов на происхождение права.

Когда господствовавшее до начала нынешнего столетия воззрение видело в законодательстве единственный источник права, единственную причину, образующую право, то обычное право просто-напросто игнорировалось. Против этого воззрения в начале XIX века, как мы уже знаем, восстала историческая школа: Савиньи и Пухта учили, что обычай есть не только вполне самостоятельная форма права, но и во всех отношениях форма наиболее совершенная. По их мнению, юридический обычай заслуживает предпочтения перед другими источниками права, так как он служит самым точным и верным выражением народного правосознания. Такое пристрастие к обычному праву со стороны исторической школы вполне понятно и естественно. Оно объясняется указанными уже раньше политическими и научными тенденциями исторической школы. В политическом отношении историческая школа права представляла прямую реакцию против идей Французской революции. Мыслители революционной эпохи верили во всемогущество законодателя, в возможность пересоздания на началах разума всего существующего правового порядка. Историческая школа противопоставила этим воззрениям уважение к старине, к вековым преданиям и обычаям, унаследованным от предков. Юридический обычай, выражающий старые, веками установившиеся нормы, является наиболее консервативной формой права, и потому неудивительно, что историческая школа обратилась к нему как к самому надежному и могущественному противовесу революционным стремлениям, радикальной ломке в области права. Пристрастие сторонников исторической школы к обычному праву вытекало, однако, не только из их консервативных симпатий, но также из их научных тенденций. Если в XVIII веке господствующее течение в науке права носило на себе характер космополитический, то историческая школа, наоборот, является выразительницей националистических стремлений. По мнению Савиньи и Пухты, преимущество обычая перед законом заключается в том, что обычай, как непосредственное проявление народного творчества в области права, является самым лучшим отражением народных стремлений и потому оказывается наиболее верным средством к удовлетворению разнообразных потребностей народа, относительно коих законодатель очень часто бывает плохо осведомлен. Возникновение обычая всегда и непременно вызывается насущными потребностями народной жизни; закон же нередко служит выражением беспочвенных личных взглядов законодателя, его фантазии и произвола. Обычное право имеет еще то преимущество перед законом, что, будучи проявлением сознания самого народа, оно более, нежели закон, доступно пониманию народных масс и потому пользуется большим уважением со стороны народа. Вследствие всех этих преимуществ, по мнению Савиньи и Пухты, обычай должен играть преобладающую роль при создании правовых норм. Законодатель не должен изобретать каких-либо новых, не существовавших раньше норм; его главная и единственная задача заключается в том,

чтобы собирать, приводить в систему и давать более точную формулировку тем нормам права, которые уже до него сложились в сознании народа и выразились в форме обычаев. Законодатель должен устранять противоречия, неизбежно встречающиеся в обычном праве, и давать точное, ясное выражение народно-правовым воззрениям. Только при таких условиях законодательство, по словам Савиньи, может быть действительно полезным.

Но законодательство ни при каких условиях не может охватить всего разнообразия человеческих отношений и потребностей. Как бы ни было совершенно и полно то или другое законодательство, как бы ни был широк охватываемый им круг явлений — все же, за невозможностью все предвидеть, останется множество фактов, не предусмотренных законом; всякий законодательный кодекс всегда будет заключать в себе пробелы, которые и будут заполняться обычным правом. Последний аргумент является, без сомнения, самым сильным, самым убедительным из всех доводов, которые приводят Савиньи и Пухта в пользу обычного права. Нетрудно, однако, убедиться, что, сопоставляя обычай и закон, эти мыслители преувеличили значение первого из них и умалили то значение, которое должно выпадать на долю последнего в странах, достигших известной ступени культурного развития. Совершенно справедливо утверждение, что обычное право необходимо для пополнения пробелов законодательства. Трудно представить себе такое время, когда будет выработан совершенный законодательный кодекс, который охватит собой всю совокупность правовых отношений и сделает вследствие этого обычное право излишним. Хотя, таким образом, есть основание предполагать, что обычай всегда будет служить дополнением закона, однако не следует забывать и того, что это — самая примитивная, самая архаическая и несовершенная форма права.

Недостатки воззрений на обычное право старой исторической школы были прекрасно выяснены Иерингом. Историческая школа смотрела на эпоху господства обычного права как на золотой век права, и в переходе от обычая к писаному законодательству видела, по выражению Иеринга, нечто вроде грехопадения права. Вопреки такому взгляду представителей старого историзма, Иеринг доказал, что замена обычая писанным законом является одним из важных завоеваний цивилизации. По его мнению, совершенство обычного права, о котором так много говорят Савиньи и Пухта, на самом деле мнимое, кажущееся. Совершенно верно, что отличительными чертами обычая является гибкость, способность легко приспособляться к условиям действительной жизни; но верно также и то, что черты, характеризующие закон, — твердость, определенность, точность и устойчивость — имеют для права несравненно более важное значение. Кроме того, в обычном праве господствует нередко величайшая путаница понятий: смешиваются понятия нравственные, религиозные и юридические. Проведение границы между правом и тем, что не есть право, приведение в ясность и систему юридических понятий составляет прогресс в области права, и этот прогресс является результатом деятельности законодателя. В обычном праве встречается

нередко противоречие между отдельными нормами, вследствие чего иногда возникает спор о самом существовании той или иной нормы права. Закон устраняет противоречия в области права, полагает этим конец множеству споров и недоразумений; он ограничивает возможность произвола и колебаний в применении права. Словом, закон обеспечивает господство в праве строгого и единообразного порядка. Исключительное господство обычая возможно только у народов, стоящих на низших ступенях культурного развития, когда общественный строй и отношения людей носят примитивный характер. Но по мере того, как общество развивается,— отношения людей и общественные потребности изменяются и усложняются, одного обычая оказывается недостаточно, и возникает потребность в писаном законодательстве. С дальнейшим прогрессом культуры значение обычного права все уменьшается, сфера его применения все суживается, тогда как задачи законодательства все расширяются. В большинстве современных культурных государств на долю обычая выпадает лишь скромная роль — пополнения пробелов законодательства.

Почти все законодательства допускают в большей или меньшей степени действие обычного права, хотя и в ограниченных пределах. В частности, наше русское законодательство не признает юридического обычая за самостоятельную форму права. Действие обычая допускается у нас только в виде исключения в тех случаях, когда применение честных обычаев дозволено законом (ст. 130 Уст. Гр. Судопр.)- Ст. 107 Положения о крестьянах 19 февраля 1861 г. разрешает волостным судам решать тяжбы между крестьянами на основании местных обычаев; IV том нашего Свода разрешает кочующим инородцам управляться по собственным степным обычаям и законам и пр. Во всяком случае, несомненно, что у нас роль обычая гораздо значительнее, чем то можно думать на основании определений отечественного законодательства. Объясняется это существованием в нашем отечестве многочисленных общественных групп-сословий: мещан, крестьян и проч., инородческих племен и т. д., своеобразные бытовые особенности коих еще не вполне выяснены и потому не всегда в достаточной степени приняты во внимание законодательством. Вследствие этого наше законодательство имеет много пробелов, которые по необходимости заполняются обычным правом.