

*Ибрагимов Ж.И.*

**ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ИЗУЧЕНИЯ ОБЫЧНОГО ПРАВА**

*Zh.I. Ibragimov*

**THEORETICAL ASPECTS OF THE STUDY OF CONVENTIONAL**

УДК: 34.03 (04)

*Автор рассматривает роль и значения теории обычного права в системе всеобщей концепции права.*

*The author examines the role and importance of the theory of customary law in the universal concept of law.*

В теоретическом ключе для исследователя эта тема актуальна тем, что речь идет о сохранении правового наследия казахского народа и использование достижений и ценностей традиционной правовой системы. По мере ускоренного развития современной правовой системы, для нас актуальны проблемы сохранения национальных особенностей политических и правовых систем, которая в свою очередь будет в период глобализации взаимодействовать наравне с общепризнанными принципами права.

Систематическое изучение теории обычного права начинается в Новое время, в XIX в. До этого проблема обычного права была отнесена на задний план, что обуславливалось объективными причинами (становление и укрепление крупных централизованных государств в Европе, развитие законодательства и явное возвышение этой формы права и др.). Большинство юристов, не отрицая факта существования обычного права, единственным источником права считало закон; признание обычая самостоятельным источником права вновь устанавливается лишь во второй четверти XIX в.<sup>1</sup>

Заслуга в возрождении интереса к обычному праву, выдвигании его на первый план в науке права и юриспруденции и обосновании обычая как явления права, а также самодовлеющего значения данной формы права принадлежит деятелям исторической школы.

Важный вклад в разработку теории обычного права внесли германские юристы Фридрих Карл фон Савиньи (1779-1861) и Георг Фридрих Пухта (1798- 1846). Концепция обычного права вытекала из общего учения о праве исторической школы. Её приверженцы исходили из динамичности права как явления необходимости рассмотрения его в непрерывной эволюции. Будучи реакцией на новейшие естественно- правовые концепции того времени, историческая школа обосновывала недопустимость рационалистического произвола, который мог пагубно отразиться при вмешательстве в органичный процесс формирования и развития права.

Представители школы выдвинули оригинальную теорию происхождения права, пересмотрели устоявшуюся систему его источников, по-новому расставив акценты в иерархии последних. Адепты этого течения рассматривали право в историческом контексте как "живой организм". Оно не есть порождение одного поколения конкретного народа.

Ф.К. Савиньи писал: "Всякий период творит свой мир не для себя одного и произвольно, но устанавливает его в неразрывной связи со всем прошедшим"<sup>2</sup>. Право - результат деятельности ряда поколений одного народа, т.е. динамичное явление, которое возникает, живёт и умирает вместе с народом, его создавшим. Возникновению и эволюции права присущ спонтанный, органический характер, поэтому недопустимо произвольное вмешательство законодателя либо юристов.

Г.Ф. Пухта отмечал, что "гармония развития" права нарушается "когда... парализуют силу непосредственного народного убеждения и науки и всё дальнейшее развитие права переключают на законодателя"<sup>3</sup>.

В гипотезе о происхождении права ключевое значение имело понятие "дух народа", которое призвано выражать общее убеждение, общую волю определённого народа, а тем самым - его самобытность, неповторимость. "Дух народа", определяя содержание народного правосознания, выступает основным правообразующим фактором. Право суть отражение правосознания народа. Нормы права содержатся в завершённом виде в народном сознании, являясь выражением общих правовых убеждений, и вытекают из него первоначально в форме обычаев. Обычаи составляют обычное право как непосредственное адекватное отражение "духа народа". Наряду с ним существует законодательство - опосредованное выражение народного правосознания в виде рациональных официальных текстов, которые должны соответствовать первоисточнику, т.е. содержанию правосознания.

Согласно Г.Ф. Пухте, "основа обычного права есть естественная общность убеждения целого народа. Это... народное убеждение выражается в нравах; его осуществление в нравах есть, следовательно, непосредственное, своеобразное проявление обычного права. Нравы, обычаи суть точно также первоначальные формы этого права, как система - своеобразная форма права юристов, а слово - для права законодательного..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Изд. 4-е.СПб..1897.

<sup>2</sup> Шершеневич Г.Ф. История философии права. СПб.. 1907.

<sup>3</sup> Нерсесянц В.С. Право и закон.Из истории правовых учений. М.,1983.

<sup>4</sup> Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. Изд. 4-е.СПб..1897.

Итак, обычное право, в интерпретации Г.Ф. Пухты, - это явление, суть которого определяется "духом народа"; оно содержится в окончательно сформировавшемся виде в народном правосознании, проявляется непосредственно в форме нравов и обычаев, которые выступают единственными источниками познания обычного права. "Что же касается фактического соблюдения подлежащей нормы, то оно является только неизбежным результатом и спутником обычного права..., но к существу обычного права не относится", "для наличности обычного права требуется и достаточно существование соответственного народного правопонимания"<sup>5</sup>.

Теоретики исторической школы полагали, что не постоянное соблюдение известных правил порождает обычаи и обычное право, а наоборот, выбор тех или иных действий носит не случайный, а сознательный характер, поскольку основан на убеждении, что именно так и следует поступать. Следовательно, эти действия не создают обычное право, но, проявляясь в форме нравов и обычаев, доказывают доопытное существование обычного права.

Анализ теории происхождения и сущности обычного права Г.Ф. Пухты позволяет говорить о её слабой обоснованности. Во-первых, приходится априори допускать изначальное единство некоего народа - создателя обычного права, а также существование в его незримом правосознании определённой системы (совокупности) правовых норм. Во-вторых, не уделено внимания механизму формирования нравов и обычаев: не понятно, каким образом они вообще возникают. В-третьих, нравы и обычаи признаны в равной мере внешними формами правовых норм, однако не определено их содержание, соотношение и вероятное различие.

Эта теория подверглась серьёзной критике. Ещё Ф.К. Савиньи говорил о невозможности принять учение Г.Ф. Пухты без некоторых поправок. Однако его попытки устранить отдельные явные недостатки этой теории не привели к удовлетворительному результату.

Тем не менее учение исторической школы сыграло некоторую положительную роль, определённое время господствуя в правовой науке Германии и оказав заметное влияние на русскую науку права, которая как раз переживала период становления. На наш взгляд, недостаточное внимание, которое поныне уделяют обычному праву юристы, как ученые, так и практики, не соответствует значению и роли этого явления в истории права и в современной жизни многих человеческих сообществ.

**Рецензент: д.ю.н. профессор Абдрасулов Е.Б.**

<sup>5</sup> Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. 1-2. СПб., 1907.