

Doctor of History, Professor M.O. Kosven has left a rich scholarly heritage, having studied history and ethnography of the peoples of the Caucasus mostly on the basis of archival documents and reports supplied by a wide network of correspondents. For fourteen years he headed the Sector of the Peoples of the Caucasus of Institute of Ethnography (today Institute of Ethnology and Anthropology) of the Academy of Sciences. He was a gifted organizer of science and teacher of three dozens of candidates and doctors of science. His students work in Moscow, all the states of the Transcaucasus and in the republics and oblasts (provinces) of the North Caucasus.

© 2000 г., ЭО, № 3

**С.С. К р ю к о в а**

### **ОБЫЧНОЕ ПРАВО В НАУЧНОМ НАСЛЕДИИ РАННЕЙ ИСТОРИЧЕСКОЙ ШКОЛЫ ПРАВА В ГЕРМАНИИ**

В центре внимания настоящей статьи – взгляды немецкой исторической школы права на явление, ставшее «открытием» историко-правовой науки в начале прошлого века и остающееся до сих пор предметом острых дискуссий, – явление, обозначенное в философской, юридической, исторической и антропологической дисциплинах термином «обычное право». Различные исследовательские направления на протяжении почти двух столетий давали свою интерпретацию его происхождения, свойств и значения как в общественном развитии в целом, так и на примере истории конкретных сообществ. Результатом столь пристального внимания явилась весьма пестрая картина в понимании сущности и основных черт обычного права и соответственно в применении тех или иных его терминологических обозначений. Прежде всего это связано именно со сложностью определения самой категории права и такой же многозначностью некоторых правовых терминов<sup>1</sup>. К тому же изучение обычного права осуществлялось представителями разных научных дисциплин, что также накладывало определенный отпечаток на его понимание. При всем разнообразии подходов в его изучении можно выделить следующие основные направления.

1. *Философское* – определение обычного права или обычая в ряде учений о формировании права, осмысление глубинных причин возникновения обычного права, его сущности, функций и роли в ходе общественного развития.

2. *Юридическо-институциональное* – рассмотрение вопроса о месте обычного права в системе законодательства, практике судопроизводства, соотношении с писаным правом в ходе кодификаций в конкретных временных и географических пространствах.

3. *Историко-социологический и этнологический* – исследование механизмов реального действия обычного права на примере различных институтов исторических общностей<sup>2</sup>.

С развитием научного знания менялись теоретическое содержание и терминологическое обозначение понятия «обычное право», одновременно претерпевала изменению и оценка его прикладной роли<sup>3</sup>.

В последние годы интерес к обычному праву заметно усилился, при этом наблюдается преобладание исторических и этнологических исследований в этой области. Появившийся недавно библиографический указатель трудов «Обычное право народов России» продолжает известную библиографию Е.И. Якушкина и представляет собой своевременное обобщение научного опыта за последнее столетие<sup>4</sup>.

Тема обычного права занимает особое место в истории России, время от времени оказываясь в центре внимания ученых и законодателей-практиков. В прошлом веке это поиски решения законодательного оформления правового развития русского крестьянства – большинства населения России – и полиэтничного меньшинства единой империи, характеризуемого преобладанием и большой ролью «живого», неписаного права, не отраженного в букве закона. Сегодня интерес к обычному праву обусловлен обсуждением проблем тех народов, которые пытаются сохранить и возродить элементы обычного права в процессе становления новой государственности и устройства России в условиях децентрализации власти со всеми вытекающими отсюда последствиями экономического и социально-политического характера. Таким образом, основной определяющий фактор, поддерживающий внимание к этой проблеме, – реальная практическая значимость последней и явно ощутимая потребность в ее дальнейших исследованиях. Несмотря на длительное и многоплановое обсуждение, до сих пор остаются спорными вопросы о разграничении обычая и обычного права, механизмах функционирования обычно-правовых норм в судопроизводстве, критериях и сфере применения этих норм, об исторических пределах их действия и др. Особенно остро эти вопросы стоят при обсуждении действующего права. Попытки их решения предпринимались и будут скорее всего предприниматься еще многими поколениями исследователей.

В рамках настоящей работы предполагается своеобразная «инвентаризация» учения ранней немецкой исторической школы права, с тем чтобы рассмотреть и систематизировать материал об обычном праве, накопленный представителями этого известного научного направления, с позиций сегодняшнего знания. Данный экскурс, возможно, поможет критически, сквозь призму уже имевшихся в начале XIX в. результатов, взглянуть на современные достижения в этой области. Обращение к архиву научного прошлого продиктовано в первую очередь недостаточностью историографических работ в отечественной этнологии при заметном преобладании эмпирических исследований в этой области. Между тем давно назрела необходимость в обобщении сложившихся традиций в теоретических разработках указанной проблемы, касающаяся целого ряда научных школ, направлений и концепций.

Относительно недавно в советской науке историческая школа права рассматривалась со строго «классовых» позиций – как реакционное направление в германской юриспруденции конца XVIII – первой половины XIX в., защищавшее крепостничество и феодальную монархию и выступавшее против либерально-демократических идей Французской буржуазной революции конца XVIII в.<sup>5</sup> В качестве решающего аргумента в пользу такого взгляда цитировалось высказывание К. Маркса: «Школа, узаконяющая подлость сегодняшнего дня подлостью вчерашнего, школа, объявляющая мятежным всякий крик крепостных против кнута, если только этот кнут – старый и прирожденный исторический кнут»<sup>6</sup>. Столь негативная характеристика исторической школы права была предопределена несоответствием между ее концепцией возникновения и развития права независимо от воли законодателя, с одной стороны, и правовой теорией социалистического государства, базирующейся на определении права как воли господствующего класса, возведенной в закон, – с другой.

Изучение этого крупнейшего научного направления в обычно-правовом аспекте осталось практически вне поля зрения отечественных исследователей XX в. Исключение составляют фундаментальные труды правоведов, посвященные теории государства и права<sup>7</sup>. В них содержатся краткие обзоры взглядов основных представителей школы – Г. Гуго, Г.Ф. Пухты и Ф.К. Савиньи – на образование права в контексте изложения общей истории политических и правовых учений.

Историки и этнографы, к сожалению, оказываются часто ограничены методологическими рамками своих наук и, опираясь на богатый фактический материал, при попытках его обобщения порой выявляют черты, функции и закономерности обычного права, известные уже в начале прошлого столетия. Между тем именно ранняя историческая школа права, возникшая на рубеже XVIII-XIX вв. в Германии, впервые

сфокусировала внимание на обычном праве как на источнике правового развития, суммировала предыдущий научный опыт и выделила основополагающие признаки обычного права<sup>8</sup>.

Основные положения немецкой исторической школы права были критически оценены уже в прошлом веке как соотечественниками, так и представителями российской правовой науки. Однако вклад этого теоретического направления в определение сущностных свойств обычного права до сих пор не утратил своего значения. Учение об обычном праве как источнике права было предметом многочисленных обзоров и дискуссий в трудах немецких и российских правоведов, где рассматривались доктрины различных историографических направлений, в том числе и исторической школы права<sup>9</sup>. В контексте развития научного знания доктрина исторической школы права оценивалась как реакция на естественную теорию происхождения права, доминировавшую в юриспруденции и философии до начала XIX в.<sup>10</sup> В рамках исторических событий в Германии этого периода она получила иную интерпретацию – как реакция на поиски новой системы германского права.

В XIX в. тема обычного права и для России, и для Германии стала «гордиевым узлом» в философских и историко-правовых исследованиях. Если XVIII в. был временем систематизации правовых знаний в процессе постепенной подготовки к созданию единых законодательных систем, то XIX в. стал веком «больших кодификаций» и «великих реформ». В России уже со времен Петра I работали разнообразные кодификационные комиссии, итогом деятельности которых стало первое Полное собрание законов Российской империи, а затем и Свод законов Российской империи<sup>11</sup>. В различных землях Германии также назревала необходимость в гражданских кодексах, которые преодолели бы пестроту действовавших норм, представлявших собой комбинарованную смесь римского и обычного права. С середины XVIII в. такие кодексы формируются по землям. Первым по времени считается *Codex Maximilianes Bavaricus civiles* (Гражданский кодекс Максимилиана Баварского), составленный для Баварского королевства в 1756 г. В Пруссии с 1794 г. вступило в силу *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (Общее земельное право прусских провинций), в 1811 г. Австрия получила *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (Общее гражданское уложение), в 1865 г. стало действовать Саксонское гражданское уложение.

Одновременно с составлением гражданских кодексов в отдельных землях Германии в начале XIX в. проявились тенденции к созданию общегерманского права. Основными причинами этого принято считать борьбу с Наполеоном, освобождение германских государств от французского владычества и, как следствие, общий национальный подъем после франко-прусской войны. В 1814 г. была опубликована брошюра профессора из Гейдельберга А. Тибо «О необходимости общего гражданского права для Германии» с призывом к созданию общегерманского гражданского уложения<sup>12</sup>. Она послужила поводом к дискуссии по этому вопросу. Возражения против предложения А. Тибо были высказаны Ф.К. Савиньи, который указывал на недостаточную разработку исторического материала, отсутствие точного юридического языка и терминологии и высказывал сомнение в полезности кодификации вообще в качестве фактора, задерживающего естественное развитие права в народном сознании.

Сепаратизм отдельных германских правительств сдерживал процесс создания единой кодификации, и только в 1874 г. была назначена комиссия, подготовившая проект гражданского права (государственное, административное, процессуальное, конкурсное и торговое право были объединены в единое для всей Германии одновременно с ее политическим объединением). Однако окончательный вариант был утвержден лишь в 1896 г. По мере подготовки и оформления этих кодификаций выстраивалась концепция развития права, в ходе обсуждения которой рассматривался вопрос и об обычном праве.

Историческая школа права не была первооткрывателем обычного права в полном смысле этого слова, однако стала важнейшим рубежом в его изучении: она не только подвела итоги предыдущих научных изысканий по этой проблеме, но и совершенно



иначе интерпретировала роль обычного права в процессе развития общества. Вместе с тем в своей основе историческая школа права по сути воспроизводила или повторяла идеи, выработанные к концу XVIII в. философией истории и философией права. В теоретических разработках ее доктрины лежали прежде всего положения греческих и римских мыслителей. Классический образец римского права – свод Юстиниана (*Corpus juris civilis*) – послужил основой для развития центральных положений теории.

Представители школы пытались найти исторические корни изучения обычного права в трудах древних философов: именно греческая философия и римское право легли в основу европейской науки в целом и германского и российского правоведения в частности<sup>13</sup>. В трудах греческих мыслителей закон понимался в прямой взаимосвязи с правителем и государством, а закон неписанный считался естественным, обусловленным природой. Хотя собственно сам термин «обычное право» не употреблялся в их текстах и не выделялся как отдельный источник права, свойства неписаного права позволяют отнести его в системе древнегреческих правовых представлений к категории естественного. В трудах римских философов и юристов также отсутствовало четкое и обстоятельное определение черт обычного права, что объяснялось преимущественно практической ориентацией их деятельности и относительно ограниченным вниманием к общим абстрактным вопросам теории<sup>14</sup>.

Согласно учению римлян, положительное право каждого народа состояло из двух различных составных частей: 1) норм, установленных людьми и изменяемых ими по их усмотрению; 2) норм общих, неизменных, всегда и везде существующих, обусловленных самой природой человека. Основными определениями для обозначения обычного права служили выражения «*consuetudo*», «*mos*» или «*more*». Реже использовались термины «*usus*», «*vetustas*», «*antiquitas*». Эти определения указывали на «беспрерывный, постоянный, ровный внешний образ действия». Перечисленные термины не всегда употреблялись в ссылках на обычное право и выступали иногда в других значениях, что создавало трудности в их интерпретации. В частности, выражение «*consuetudo*» означало у римлян не только повторяемость в рамках сообщества, но и привычки отдельных представителей этого сообщества. Кроме того, этот термин не всегда обозначал правовой обычай, иногда им называлось повторение действия среди членов сообщества вне связи с его правовым характером. Термины «*mos*» или «*more*», относившиеся в юридическом смысле в подавляющем большинстве случаев к сообществу людей, включали в себя значение обычая, нравственности и обычного права. Эти три различные категории в латинском языке не получили четкого разграничения<sup>15</sup>.

Несмотря на отсутствие ясности обозначений обычного права в римском праве, представляется важным наличие некоторых характеристик, позволивших реконструировать представления римских юристов об обычном праве по следующим пунктам: 1) сущность обычного права, 2) предпосылки возникновения, 3) сфера применения, 4) соотношение с законом. Такая реконструкция позволила создать следующий эскиз обычного права, впоследствии нашедший отражение в трудах представителей исторической школы: 1) в основе взглядов на сущность обычного права – указание на длительное, постоянное, повторяемое правовое поведение, однако без определения конкретного числа или продолжительности повторений; 2) в основе обычно-правового повторения (*consuetudo*) лежит внутренний момент (*consensus*) – согласованность взглядов, убеждение, всеобщая воля; 3) в качестве областей образования и действия обычно-правовых норм – упоминание о широких и узких естественных и политических сообществах, проживающих совместно в ограниченном пространстве; 4) в вопросе о соотношении обычая и закона наличествовала антимония, т.е. противоречивые и взаимоисключающие положения<sup>16</sup>.

Историческая школа права, унаследовав перечисленные положения, впитала в себя и последующие разработки канонистов, глоссаторов, постглоссаторов и других политико-правовых учений. В частности, Д. Вико склонялся к тому, чтобы видеть в праве один из элементов народной жизни; общее убеждение сословия, народа или человечества он выделял в качестве источника права. Ш. Монтескье, Ф. Шеллингу и

И. Канту также приписывали влияние на взгляды представителей исторической школы права. Б. Чичерин охарактеризовал ее учение как «Кантову теорию права, видоизмененную органическим воззрением Шеллинга»<sup>17</sup>. Основное теоретическое содержание трудов Г. Гуго, Ф.К. Савиньи и Г.Ф. Пухты составила интерпретация развития права, направленная против господствовавшей ранее естественно-правовой доктрины. Главным же достижением представителей школы явилось подробное изложение вопросов, связанных с возникновением права, что неизбежно поставило в центр их внимания вопрос об обычном праве.

Основоположителем научного направления считается Густав Гуго (1764–1844), профессор Геттингенского университета. Его основным произведением считается «Учебник естественного права, как философии позитивного права» («Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts»), опубликованный в 1809 г. Кроме того, подробное изложение своих взглядов Г. Гуго дал в рецензиях (около 300 рецензий в «Göttinger gelehrte Anzeigen») и статье «Законы не являются единственными источниками юридических истин»<sup>18</sup>.

Г. Гуго оспорил общепринятое положение, согласно которому закон (результат веления человеческого разума; правило, установленное верховной властью) – единственный источник права. Он писал о том, что развитие права осуществляется и помимо законодательной власти, в форме добровольно принимаемых народом норм. Под ними он, по-видимому, подразумевал обычное право. Согласно его учению, право, как и любая наука, является частью языка. Поскольку язык развивается самостоятельно, то и право складывается само собой, без распоряжений и предписаний свыше, в силу объективно существующих обстоятельств. Как на развитие языка наибольшее влияние оказывает пример тех, кто говорит лучше всех, так и право образуется в ходе постепенного отбора наиболее приемлемых норм. Поэтому право и нравы возникают без законов, установленных правителем.

Г. Гуго обращает внимание на то, что в реальной жизни действуют далеко не все законы, определенные в законодательстве. Например, никто из правителей не устанавливал правила снимать головной убор при встрече в знак уважения. С другой стороны, хотя правительство устанавливает определенные правила поведения, они далеко не всегда выполняются. Так, автор опирается в своих рассуждениях на следующий пример: те улицы Лерраха и Геттингена, которым начальство хотело дать новые названия, все равно всеми назывались по-старому. В образовании права автор также проводит аналогию с играми. Есть немногие игры, изобретенные одним человеком (например, бостон), но они во многом уступают тем, правила которых создавались постепенно, выбором самых оптимальных свойств в случае возникновения спорных ситуаций. Итогом признания самобытного развития права послужило закономерное отрицание реформаторских инициатив, направленных на изменение существующего правового порядка<sup>19</sup>.

Тезис Г. Гуго о праве, создаваемом самим народом вне предписаний и приказов сверху, лег в основу доктрины исторической школы права. Сравнение права с языком и нравами, примененное ученым, впоследствии стало одним из основных положений в дальнейших исследованиях представителей исторической школы. К ее крупнейшим представителям относят Фридриха Карла Савиньи (1779–1861), немецкого юриста, профессора Берлинского университета, крупнейшего специалиста по истории римского права, прусского министра по пересмотру законов, автора ряда трудов, значение которых позволило сравнивать Ф.К. Савиньи в правоведении с Ч. Дарвиным в естествознании<sup>20</sup>. Ф.К. Савиньи были написаны «История римского права в средние века» в 6 томах, «Система современного римского права» в 8 томах, «Право владения» и др. Свои взгляды на развитие права он изложил главным образом в двух работах: «Призвание нашего времени к законодательству и науке права» и первом томе «Системы нынешнего римского права»<sup>21</sup>.

Ф.К. Савиньи отводил решающую роль в процессе правообразования народному духу, деятельности целого народа, выражающейся в общенародном убеждении. Право

не может устанавливаться волей отдельных лиц. Согласно рассуждениям юриста, право, так же как язык и нравы, носит отпечаток народной жизни и развивается самопроизвольно, вне зависимости от воли законодателей и индивидуального творчества: им управляет закон внутренней необходимости. В пользу такого взгляда он ссылается на понятие необходимости, присущее правовому сознанию, и не характерное для возникновения права путем волевого установления<sup>22</sup>. Таким образом, повсюду право образуется не законодателем, а благодаря органическому развитию внутренних сил народа, путем обычного права. Подобно языку, нравам и учреждениям, право имеет определенный характер, свойственный данному народу.

Под народом Ф.К. Савиньи понимал территориальное и духовное целое, чье единство закрепляется употреблением общего языка. Каждый народ имеет свою индивидуальность, однако это не исключает наличия в каждой индивидуальности известных общечеловеческих, единообразных направлений. В ходе исторического развития постепенно, самопроизвольно, одновременно с языком у народа формируется и право, оформляемое впоследствии законодателями. Обычай является непосредственным выразителем народного правосознания и источником права. Законодательство может лишь оказывать содействие обычному праву: в виде установления большей определенности его положений (например, относительно давности срока) и выяснения старых обычаев<sup>23</sup>. В более поздних работах Ф.К. Савиньи приходит к выводу о возможности влияния законодательства на право в случае, если вследствие изменения нравов, воззрений и потребностей появляется необходимость в новых институтах. Когда наступает эпоха, неблагоприятная для образования права путем общенародного сознания, когда развивается индивидуальное начало, дифференцируются занятия, знания и сословия, правообразовательная деятельность переходит к законодательству<sup>24</sup>.

Воззрения Ф.К. Савиньи как крупнейшего представителя исторической школы права неоднократно анализировались немецкими юристами и до сих пор остаются предметом разностороннего исследования. Для настоящей работы важным представляется обратить внимание на следующие характеристики, выделенные ученым при перечислении свойств обычного права: общее убеждение народа, внутренняя необходимость, независимость от индивидуального произвола, органическое развитие в истории, национальный характер.

Общепризнанный представитель классического учения об обычном праве – Георг Фридрих Пухта (1798–1846) – юрист, профессор университетов в Эрлангене, Мюнхене, Марбурге, Лейпциге и Берлине, государственный советник и член комиссии по реформе законодательства Пруссии, автор ряда трудов по истории римского права<sup>25</sup>. Одна из его работ – «Энциклопедия права» – была переведена на русский язык и издана в Ярославле в 1872 г. Если перечисленные выше представители исторической школы касались проблемы обычного права в рамках своих трудов о происхождении и развитии права в целом, то Г.Ф. Пухта посвятил собственно обычному праву фундаментальное двухтомное сочинение, которое так и назвал – «Обычное право»<sup>26</sup>. Он не только продолжил теоретические традиции школы, но и существенно развил ее основные положения, связанные с национальным характером права и обычным правом. Поэтому его взглядам следует уделить особое внимание.

Содержание двух томов составили: подробное изложение истории теоретических представлений об обычном праве, начиная с римлян; теории Г.Ф. Пухты о понятии, действии и значении обычного права; учения о требованиях, средствах распознавания, действии и доказательствах обычного права, а также о его соотношении с другими составными частями права – церковным и государственным. В качестве основополагающего принципа в интерпретации правового обычая он выдвинул латинское высказывание «*Usus non vincit rationem*» (обычай не противоречит разуму), поместив его в качестве эпиграфа к главе, посвященной определению обычного права<sup>27</sup>.

Возникновение права в целом Г.Ф. Пухта объясняет действием двух факторов: 1) божественной воли, наделяющей человека сознанием вообще; 2) естественным развитием свободы и воли народа, вырабатывающим юридическое сознание. Объяснение



понятия «обычное право» ученый осуществляет в неразрывной связи с рассмотрением понятия «народ». Ссылаясь на священное писание, он рисует общую картину образования народа в виде следующей схемы: мужчина  $\Rightarrow$  мужчина + женщина = семья  $\Rightarrow$   $\Rightarrow$  семейное родство  $\Rightarrow$  племенное родство  $\Rightarrow$  народ<sup>28</sup>. Происхождение народа обусловлено не только физическим, но и духовным родством, поэтому народ не может быть создан искусственным путем или волевым решением и образуется естественным, природным образом<sup>29</sup>.

В качестве условий, необходимых для возникновения народа, Г.Ф. Пухта перечисляет общность происхождения, языка и территории. Разделение народов началось путем физического обособления в странстве, в пределах которого создавалась возможность самостоятельного развития. Каждый народ имеет «индивидуальность» – национальный характер, зависимый от климата, что, безусловно, действует на формирование духовного мира его членов, включая и право. Важнейшую роль правовед отводит национальности, ее влиянию на нравственное состояние людей: есть различные взгляды и убеждения, свойственные не отдельным личностям, а целому народу. Источник этих взглядов – не дух отдельных личностей, а народный дух. Таким образом, различного рода убеждения (моральные, правовые) – результат деятельности народа<sup>30</sup>.

Г.Ф. Пухта проводит границу между моралью и правом: право не может существовать как единичное явление (у одного человека или даже в рамках семьи), оно – результат лишь народной деятельности; моральное убеждение присуще всем перечисленным состояниям – человеку, семье, народу. Возникновение государства он связывает с наличием всеобщей воли, имеющей в своей основе естественное согласие общества, его духовное родство<sup>31</sup>. Одновременно автор выступает с критикой взглядов, связывающих возникновение права только с образованием государственности: право юристов является источником права в столь же незначительной степени, в какой полиция служит источником морального убеждения или церковь – источником религии<sup>32</sup>.

Обычное право у Г.Ф. Пухты органически связано с народом и народным духом. Основа обычного права – это естественная общность убеждения целого народа. Непосредственное народное убеждение выражается: 1) в сознании его членов, и поэтому является необходимым; 2) в их действиях, определяемых сознанием, чем достигаются применение права и его повторение – *die Übung*. Многократное повторение правового убеждения, рожденное из непосредственного народного убеждения, и есть обычное или обычай (*die Sitte*). Ученый подчеркивает разницу между собственной интерпретацией обычного права и пониманием его римлянами, используя при этом разные термины: «*Gewohnheitsrecht*» и «*Sitte*». Римляне определяли обычай как механическое повторение и использовали название, которое соответствует немецкому термину «*Gewohnheit*», Г.Ф. Пухта же использует термин «*Sitte*», акцентируя неразрывную связь между этим повторением и непосредственным правовым убеждением народа, его духом. Он неоднократно повторяет тезис о том, что не отдельные личности, а только целый народ является источником обычного права. Суммируя свои рассуждения, правовед подчеркивает следующее: 1) отличительным признаком обычного права служит то, что оно исходит непосредственно от народа; 2) обычное право исходит от народа естественным путем, описанным выше; 3) обычное право существует в обычае (обыкновении) народа<sup>33</sup>.

Аналогичные взгляды изложены Г.Ф. Пухтой и в другой работе – «Энциклопедии права»: «Все члены народа соединены... общим сознанием, как общим языком, общей религией... в один союз, основанный на телесном и духовном родстве, выходящий за пределы семейной жизни, возникший вследствие разделения человечества... Следствием этого возникновения является различие прав по народам; особенность юридических воззрений так же, как и язык, принадлежит к характеристическим признакам различной национальности»<sup>34</sup>. Первый из выделяемых Г.Ф. Пухтой источников права (непосредственное народное убеждение, законодательство и наука) – народное убе-

ждение – проявляется благодаря обычаю. Обычай сам по себе не производит права, он служит средством его выражения. Именно обычай происходит из юридического убеждения, а не наоборот; именно обычай, т.е. соблюдение, повторение одного и того же убеждения, служит способом выявления обычного права, способствует его познаваемости. Таким образом, то, что называется «обычным правом», представляет собой народное убеждение. Соблюдение юридического положения может быть как судебным, так и несудебным. Для надежного распознавания обычного права соблюдение нормы или, иначе говоря, обычай, должно обладать такими качествами, как 1) юридическая необходимость, происходящая из народного духа; 2) постоянное одинаковое повторение. Помимо обычая в качестве средства распознавания обычного права ученый указывает на показания благонадежных лиц о существовании обычая и письменные сборники<sup>35</sup>.

Г.Ф. Пухта признает наличие «провинциализма» в праве, так же как и в языке. Он останавливается на вопросе об общем и партикулярном обычном праве, отмечая относительность этих понятий: «Общим правом может называться право какой-либо большей части народа в противоположность партикулярным правам меньших отделений, заключающихся и находящихся свое единство в этой большей части. Отношение между ними всегда такое, как рода к виду»<sup>36</sup>. Касаясь вопроса о правовых взаимоотношениях общего и партикулярного обычного права, автор отмечает подчиненность последнего общему юридическому положению.

Соотношение между обычным правом и законом правовед рассматривает на примере отношений между государством в роли законодателя и отдельными его частями: городскими и сельскими общинами, а также другими корпорациями (университетами, цехами). Он называет эти организации «государствами в малом виде», существующими в рамках единого целого. Взаимоотношения между ними и государством должны строиться, с одной стороны, с учетом известной степени самостоятельности в управлении их собственными делами, а с другой – на предупреждении ситуаций, ведущих к ослаблению целого. В качестве способа предупреждения конфликтов правовед предлагает следующую модель отношений: «Для таких случаев, в которых общинное правление непосредственно касается интересов государства, нормы устанавливаются путем государственного законодательства, для случаев же, касающихся собственно интересов общин, а государства лишь на столько, на сколько община состоит его членом, в благосостоянии или неблагосостоянии которого оно участвует, предоставляется самим общинам (под надзором государственного управления)»<sup>37</sup>.

Государство и народ, пишет Г.Ф. Пухта, связаны теснейшим образом. Объединяет их прежде всего человеческая воля, народный дух, составляющий фундамент права и государства. Связь между народом и государством обусловлена также единой территорией. При соединении нескольких народов в одно государство их продолжительное существование зависит от способности одного из национальных элементов ассимилировать прочие. Этот процесс сопровождается «разладом, если даже господствующий элемент... достаточно крепок для того, чтобы сдерживать... сопротивляющийся элемент»<sup>38</sup>.

Отдельно правовед останавливается на вопросе о церковном праве. Церковная власть, согласно его концепции, представляет собой особый, самостоятельный правовой институт со своим законодательством, равный государственному, имеющий вне-национальный характер. Так же, как государство, церковь имеет в своей структуре ряд «меньших корпораций, которым принадлежит наряду с церковным законодательством автономия»<sup>39</sup>.

Одна из основополагающих идей Г.Ф. Пухты – положение об исторической изменчивости обычного права (и права в целом), обусловленной изменениями в жизни народа. Ученый формулирует эту мысль лаконично и емко: «Право имеет историю»<sup>40</sup>. Развитие права он представляет как движение от простого к сложному и одновременно от «строго-национальных особенностей» и «индивидуально-своеобразного духа народа» к общим идеям, выходящим за пределы одного народа. Он признает, что правовое



развитие народов происходит различным образом в зависимости от исторически складывающихся обстоятельств: в римском праве такому изменению соответствует различие между *jus gentium* и *jus civile*, у германских народов такое значение имеет рецепция римского права. Вместе с тем решающую роль в этом развитии Г.Ф. Пухта отводит закону и юридической науке. Закон в данном случае фиксирует уничтожение одного юридического положения другим, а правовая наука (в лице ученых и юристов-практиков) призвана урегулировать спорные, взаимоисключающие моменты<sup>41</sup>.

Именно идея закономерного исторического развития права, имеющего в своей основе общественный характер формирования, а не произвольный случай или волевое установление, стала общепризнанной заслугой исторической школы права. Хотя в своей основе доктрина школы опиралась на идеи, разработанные к началу прошлого века философией истории, главным ее достижением признавалось развитие исторического подхода в праве. Однако ее учение уже в 1850-е годы было подвергнуто критике со стороны ряда немецких (возглавил это направление Рудольф фон Иеринг) и российских исследователей. На содержание концепции Р. фон Иеринга указывают названия его основных работ: «Борьба за право», «Цель в праве»<sup>42</sup>. Основной претензией, высказанной немецким ученым в адрес исторической школы права, было отсутствие личного творчества, личной воли в истории. Он принципиально иначе трактовал идею развития, которое, по его мнению, должно идти не органичным, постепенным путем, а путем борьбы. Кроме того, он указал на чрезмерное преувеличение роли национального характера права, исключаящее взаимовлияния и рецепции в праве различных народов<sup>43</sup>. Ряд исследователей критиковали и другие стороны теории: заимствования из предшествующих учений, отсутствие оригинальности; противоречивость, двойственность отдельных положений теории; мистификация «народного духа», наделение его особой сверхъестественной силой; приписывание правотворческой деятельности лишь отдельному народу; чрезмерная унификация в применении понятий<sup>44</sup>.

Вместе с тем историческая школа права оказала существенное влияние на юридическую науку и законодательную практику в Германии. Ее идеи вызвали повышенный общественный и научный интерес к германскому праву. В первой половине XIX в. особенное распространение получили идеи германистов, защищавших отечественное право в отличие от романистов, опиравшихся на римское право<sup>45</sup>. Учение Г.Ф. Пухты об обычном праве не осталось чисто академической теорией: немецкие суды к 50-м годам XIX в. опирались на обычно-правовую концепцию исторической школы и тем самым практически подкрепляли ее<sup>46</sup>. Под влиянием идеи исторической школы о «непризванности» законодателя в правотворческой деятельности, т.е. о естественном происхождении права из народного обычая, «кодификационные опыты сразу оборвались... мысль о едином кодексе замерла вовсе»<sup>47</sup>.

В России историческая школа права также нашла благоприятную почву для развития, протекавшего первоначально в направлении простого усвоения ее основных положений. Российское правоведение первой половины XIX в. находилось в этот период в процессе формирования: именно в это время открывались первые университеты, в которых большое внимание уделялось усвоению курсов о государстве и праве<sup>48</sup>. Однако очевидным пробелом в первой трети столетия было отсутствие собственно российских научных разработок, что привело к преподаванию догматических основ римского права в изложении западноевропейских, главным образом немецких, исследователей. «До издания свода науки законоведения были в самом жалком положении. Читали римское право, объясняли институты и пандекты, излагали историю римского права, раскрывали кой-какие теории государственного, гражданского и уголовного права, а русское законодательство стояло на самом последнем плане», – констатировал правовед А. Орлов<sup>49</sup>.

Если в первой четверти века в отечественном правоведении господствовали принципы естественного права, то со второй четверти быстро распространилось и стало преобладающим учение исторической школы права<sup>50</sup>. Российское правительство в

немалой степени способствовало овладению его теоретическими основами: ряд молодых правоведов был отправлен в Берлин на обучение к Ф.К. Савиньи (А. Благовещенский, С. Богородский, В. Знаменский, К. Неволин, С. Орнатский)<sup>51</sup>. Овладение юристами доктриной исторической школы было весьма успешным, и, по упоминанию А. Станиславского, ученики удостоились лестных отзывов от Ф.К. Савиньи, признавшего возможным преподавание права российскими учеными в германских университетах.

Влияние немецких юристов привело к тому, что часть правоведов «просто-напросто перелагали в своих сочинениях труды, вышедшие в Западной Европе»<sup>52</sup>. Так, например, Я. Баршев в своей работе «О влиянии обычая, практики, законодательства и науки на развитие уголовного, в особенности русского права», изданном в 1847 г., фактически пересказывает труд Г.Ф. Пухты: «Обычай служит у всех народов первоначальным деятелем на поприще права, первым проявлением права в истории... первоначальное образование права подобно первоначальному образованию языка. Язык в начале образуется сам собой по необходимости и передается от отца сыну, от предков потомству, как необходимый орган для обмена и передачи другим наших мыслей и желаний; точно так же и право, как норма для внешних, взаимных отношений людей между собой, есть порождение их нужд и потребностей...»<sup>53</sup>.

Однако уже во второй половине XIX в. учение школы стало предметом не только изложения ее основных положений, но и дальнейшего теоретического развития крупнейшими российскими правоведами – С. Муромцевым, Б. Чичериным, П. Новгородцевым и др. Исторический подход к праву прочно утвердился в российской юриспруденции. В немалой степени этому способствовало совпадение идей исторической школы права с основными установками общественной идеологии России – «православие, самодержавие, народность»<sup>54</sup>. Следует отметить, что к учению немецкой школы были близки взгляды З.А. Горюшкина, русского правоведа, который еще в начале XIX в., не будучи знаком с теорией Гуго, Савиньи и Пухты, также развивал мысль об историческом развитии права из народной жизни, «народного уместования»<sup>55</sup>.

С теоретическими положениями исторической школы права были созвучны основания философии славянофильского направления – идеи прогресса и народности. Ядро учения исторической школы права, нацеленное на поддержание самобытности юридических начал, в дальнейшем дало мощный толчок конкретно-историческим исследованиям народного быта: со второй половины XIX в. началось активное и весьма плодотворное этнографическое и социологическое изучение обычного права.

На этом можно было бы и завершить предпринятый обзор учения об обычном праве исторической школы права, уже давно ставшей достоянием архива научной мысли. Однако обращение к трудам современной юридической антропологии показывает, что они несут в себе отголоски позиций рассмотренной доктрины. С одной стороны, концепцию исторической школы права об обычном праве можно рассматривать как отжившую свою век догму, с другой – сегодня можно наблюдать эти догмы в модифицированном виде. Формализация теоретических построений Г. Гуго, Ф.К. Савиньи и Г.Ф. Пухты позволяет выделить следующие характеристики обычного права, не утратившие своего значения по сей день.

1. Обычное право – это народное убеждение, возникающее одновременно с формированием народа и проявляющееся в его обычаях.

2. Внешнее проявление и способ распознавания обычного права – сознание юридической необходимости и длительное, одинаковое повторение, соблюдение действий, направленных на применение юридического положения судебным и несудебным путем. Доказательством обычного права являются также показания благонадежных лиц о его существовании и письменные сборники.

3. Обычное право – один из наиболее древних, но не единственных видов права. Помимо него право образуется из законов, составляющих законодательство, и продуктов научной дедукции.

4. Обычное право развивается органически, независимо от индивидуального произ-

вола, от простого к сложному; сопровождается непрерывным процессом сопротивления отношений, неравенства и постоянным преодолением его.

5. Обычное право носит индивидуальный характер народа, имеющий свойство со временем приобретать общие черты, присущие ряду народов; это происходит либо путем рецепции права, либо вследствие естественного внутреннего развития.

6. Партикулярное право не может уничтожить общего юридического положения.

7. Государственная власть в лице правительства является олицетворением общей воли народа и призвана содействовать обычному праву на принципах подчинения частных интересов целому.

В обобщениях современных исследователей концепция сущности и свойств обычного права выглядит следующим образом: «Главным признаком правового обычая является... его суть: обычай должен быть основан на сознании его необходимости (обязательности), как правила поведения, на убеждении, что следует поступать непременно так, а не иначе в интересах общезнания. Данный обычай живет в сознании народа, как закон». Правовой обычай отличают «неоднократность применения», «нравственная основа» и «действие в юридически значимых сферах»<sup>56</sup>. Взаимоотношения между законом и обычным правом рекомендуется строить, руководствуясь следующими принципами: «правовой обычай действует тогда, когда молчит закон»; «обычное право не может противоречить закону» и применяется в случаях, дозволенных федеральным законом; «обычное право не отменяет закон, оно может только ослабить его действие, если положения позитивного права входят в противоречие с народными убеждениями»; «закон может отменить обычай, противоречащий публичному порядку и добрым нравам» и др.<sup>57</sup> При выработке правовых реформ в России рекомендуются «интеграция и параллельное сосуществование государственного и традиционного права», исключаются «стратегия отрицания и подавления правового разнообразия и традиционных правовых норм» и в равной степени «стратегия отрицания централизованного, государственного права»<sup>58</sup>.

В прошлом веке аналогичный рецепт политических маневров предлагался Г.Ф. Пухтой: «Государства состоят из известного числа более тесных союзов... Задача мудрого правительства заключается в том, чтобы, с одной стороны, предоставить им известную степень самостоятельности в управлении собственными делами, без чего немислимо их существование, необходимое для благосостояния самого государства, с другой – предупреждать изолирование и искажение самостоятельности, ведущей к ослаблению целого»<sup>59</sup>. При внимательном сопоставлении современной научной интерпретации обычного права и взглядов исторической школы права таких общих положений оказывается немало. Неизбежные аналогии в понимании института обычного права сегодня и почти 200 лет назад еще раз напоминают нам, что история науки – это зеркало, в которое мы иногда должны глядеться, чтобы понять, как часто мы «открываем Америку».

Дихотомия «обычай – закон» в сегодняшней России по сути продолжает отражать противоречие не столько между законом и практикой, сколько между общегосударственными и местными территориальными интересами. В современных исследованиях обычного права, как и в учении исторической школы, вновь витает «народный дух» Пухты и Савиньи. Известно, какое воплощение нашли выборочные идеи исторической школы в Германии в годы третьего рейха. Между тем именно тезис о взаимообусловленности обычного права и национальности отвергнут наукой прошлого столетия, пришедшей к мысли о необходимости сравнительных исследований с целью доказательства универсальности общечеловеческих правовых начал.

Исследования обычного права, инициированные сегодня в России в связи с законодательными реформами, переводят науку в область очень скользкой игры, в которой сталкиваются практические интересы различных политических стратегий. Обсуждение современных законодательных трансформаций, как и в прошлом веке, вызывает интерес к вопросам, прямо или косвенно связанным с целым рядом центральных понятий этнологической дисциплины: «обычное право», «обычай», «традиция», «этни-



ность». При этом сфера применения этих понятий – историческая реальность – существенным образом изменилась. Закономерно возникают важные вопросы: в какой мере обычай сегодня является отражением этнически-специфического, а не общесоциального начала? Насколько правомерно противопоставление обычая в ипостаси национального права закону в образе универсальной формулы? Вопросы внутренних смысловых изменений в используемой терминологии, ее адекватности современным условиям и корректности применения требуют дальнейших исследований.

### Примечания

<sup>1</sup> В.С. Нерсесянц в одном из новейших изданий «Философии права» характеризует процесс познания права как вечный: «Вопрос о том, что такое право, имеет для философии права такое же фундаментальное значение, как и вопрос "что такое истина?" для философии и человеческого познания в целом... И именно потому, что речь идет об истине, вопрос "что такое право?" остается актуальным и открытым для дальнейших поисков, несмотря на множество (прошлых и современных) глубоких ответов...». См.: *Нерсесянц В.С. Философия права*. М., 1997. С. 32. Э.В. Кузнецов, анализируя состояние философии права в России, указывает на ряд смысловых вариантов понимания одного из центральных понятий права – юридического позитивизма: неопределенность и противоречивость в определении «положительного» права, «источников права», закона и пр.; различия в понимании предмета «энциклопедия права». См.: *Кузнецов Э.В. Философия права в России*. М., 1989. С. 98–109, 111. И. Ильин уже в начале XX в. писал о том, что «способов изучения права много; каждый из них в отдельности ценен, необходим и незаменим. Вера в спасительный методологический монизм падает и уступает место принципиальному признанию методологического плюрализма». См.: *Ильин И. Понятие права и силы*. М., 1910. С. 3.

<sup>2</sup> Сегодня целый ряд наук занимается изучением обычного права: антропология, культурология, философия, социология, этика, психология, педагогика, история, этнография. При этом в различных странах существует ряд конкретных обозначений направлений, связанных с рассматриваемым явлением: «нормативная этнография», «юридическая антропология», «anthropology of law», «anthropologie juridique», «Rechtsethnologie», «Rechtsethnographie» и др.

<sup>3</sup> Для обозначения исследуемого явления использовались различные термины: «обычное право», «правовой обычай», «народный юридический обычай», «common law», «folk law», «customary law», «Gewohnheitsrecht», «Sitte», «Volksrecht» и др. В зависимости от исследовательских направлений различным образом понимается и внутреннее содержание обычного права: это и источник письменного права, предприво (доправо), и народный обычай, обладающий юридической силой, действующий в «традиционных» обществах; и «живое право» – нормы, обладающие функцией социального контроля. Некоторые исследователи вовсе отказываются от понятия «обычное право», понимая его лишь как фикцию, искусственное обозначение и признавая лишь дихотомию «обычай – право».

<sup>4</sup> *Якушкин Е.И. Обычное право. Материалы для библиографии обычного права*. Вып. 1–4. Ярославль, Москва, 1875–1909; Обычное право русских инородцев. Материалы для библиографии обычного права. М., 1899; Обычное право народов России. Библиографический указатель 1890–1998 / Сост. А.А. Никишенков. М., 1998.

<sup>5</sup> Большая советская энциклопедия. Т. 19. М., 1954. С. 10.

<sup>6</sup> *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. Т. 1. М., 1938. С. 387.

<sup>7</sup> *Тихонравов Ю.В. Основы философии права*. М., 1997; *Нерсесянц В.С. Философия права*. М., 1997; *История политических и правовых учений* / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 1998.

<sup>8</sup> Историческая школа права охватывает по времени не только XIX, но и XX в. Выделение в качестве объекта исследования ранней исторической школы в лице Г. Гуго, Г.Ф. Савиньи и Ф.К. Пухты предопределено, с одной стороны, ее стадийностью (это был период формирования основ этого направления), с другой – содержанием теоретических построений этого периода, основное внимание в которых уделялось обычному праву.

<sup>9</sup> *Adickes F. Zur Lehre von den Rechtsquellen*. Kassel; Göttingen, 1872; *Bergbohm K. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Bd. I. Leipzig, 1892; *Bülow J. Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft. Beiträge zur Theorie des Gesetzes- und Gewohnheitsrecht*. Leipzig, 1901; *Brie F. Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (eine historisch-dogmatische Untersuchung)*. Breslau, 1899; *Eich F. Gewohnheitsrecht und Gewohnheitstheorien*. Erlangen, 1900; *Esser J.P. Die derogatische Kraft des Gewohnheitsrecht*. B., 1889; *Geisler G. Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts*. Leipzig, 1904; *Hildenbrand K. Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie*. Leipzig, 1866; *Klötzer W. Versuch eines Beitrages zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht*. Jena, 1813; *Lenz G. Über die geschichtliche Entwicklung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule von G. Lenz*. Leipzig, 1854; *Neukamp E. Das Gewohnheitsrecht in Theorie und Praxis des gemeinen Rechts* // *Archiv für*

Бürgerliches Recht. Bd. 12. B., 1897; *Schmidt Bruno*. Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwilles. Leipzig, 1899; *Stahl F.J.* Geschichte der Rechtsphilosophie von F.J. Stahl. Tübingen; Leipzig, 1878; *idem*. Die Philosophie des Rechts. Bd. 1.2. Tübingen; Leipzig, 1845–1878; *Stintzing R.V.* Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. 3. München; Leipzig, 1910; *Sturm A.* Die Form des Rechts. Hannover, 1911; *idem*. Gewohnheitsrecht und Irrtum. Kassel, 1884; *Schwanert H.* Gesetz und Gewohnheit. Rostock, 1873; *Stobbe O.* Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Bd. 1–2. Braunschweig, 1860–1864; *Zitelmann E.* Gewohnheitsrecht und Irrtum // Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 66. Heidelberg; Freiburg, 1883; *Неволин К.* Энциклопедия законоведения. Т. 1. Киев, 1839; *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. Казань, 1901; *Коркунов Н.М.* История философии права. СПб., 1903; *его же*. Лекции по общей теории права. СПб., 1903; *Муромцев С.* Образование права по учениям немецкой юриспруденции. М., 1886; *Новгородцев П.Н.* Историческая школа юристов, ее происхождение и судьба. М., 1896; *Покровский И.А.* Основные проблемы гражданского права. Пг., 1917 и др.

<sup>10</sup> Идея естественного права получили широкое распространение в XVII–XVIII вв. в трудах идеологов Просвещения – Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтескье, Д. Дидро и др. В основе этой доктрины, развивавшейся еще в древности софистами, лежит положение о том, что происхождение и функционирование права определяются естественной природой человека и не зависят от конкретных социальных условий. В концепциях просветителей естественное право выступало в качестве неизменных принципов природы человека и его разума, которые должны быть выражены в действующих законах.

<sup>11</sup> Работа над первым Полным собранием законов Российской империи, начиная с Соборного уложения 1649 г. и кончая Манифестом 12 декабря 1825 г. о восшествии на престол Николая I, была завершена в 1830 г. Собрание состояло из 40 томов и 6 томов приложений. Одновременно составлялось второе Полное собрание законов с 12 декабря 1825 г. В 1832 г. были составлены и изданы 15 томов Свода законов Российской империи, включившие нормативные акты до 1 января 1832 г. Дальнейшая кодификация происходила на основе Свода законов российской империи. См.: Развитие русского права в первой половине XIX в. М., 1994. С. 30–33.

<sup>12</sup> *Thibaut Anton Friedrich Justus*. Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland. Darmstadt, 1959.

<sup>13</sup> С римлянами тесно связано развитие собственно юридической науки в Европе. Формирование европейской цивилизации в целом правоведами связывали с влиянием трех элементов: римского, христианского и германского. В правовой сфере влияние христианства рассматривалось преимущественно в связи с семейным правом, германское влияние – с поземельным и наследственным правом, римское – с обязательственным. Именно в Риме философские начала соединились с практической деятельностью юристов. В эпоху Августа были созданы две юридические школы, с этого же времени широкое распространение получило учение об естественном праве, унаследованное от греков. См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. раб. С. 21.

<sup>14</sup> В дошедших до исследователей XIX в. отрывочных сведениях греческих мыслителей уже ставился вопрос о соотношении закона и природы, хотя изучение права еще не выделилось в отдельную, самостоятельную отрасль научного знания и трактовалось лишь в контексте общефилософских воззрений на окружающий мир. Н.М. Коркунов указывает, что впервые философское выяснение оснований права было выдвинуто софистами в середине V в. В частности, уже Гиппий противопоставлял природу и закон, естественное право и положительное. По свидетельству Ксенофонта, Протагор отрицал всякое значение писанных законов и подчинение им. В учениях Сократа и Демокрита, Платона и Аристотеля четко проводилась граница между писанным законом и реальностью, осознавалось несоответствие между ними. Платон указывал на то, что истинно мудрый правитель не должен быть ограничен законами: закон никогда не в состоянии предписать всем и каждому все соответствующее, так как людские отношения непрерывно изменяются и разнообразяются. См.: *Коркунов Н.М.* История философии... СПб., 1903. С. 13–27.

<sup>15</sup> *Brie F.* Die Lehre vom Gewohnheitsrecht (eine historisch-dogmatische Untersuchung). Breslau, 1899; *Geister G.* Das Gewohnheitsrecht als Quelle des geltenden Handelsrechts. Leipzig, 1904. S. 1–2.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> *Чичерин Б.* История политических учений. Ч. 4. М., 1877. С. 438; *Муромцев С.* Указ. раб. С. 3–4.

<sup>18</sup> Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten // *Civilistisches Magazin*. 1813. Bd. IV. S. 89. Сведения о Г. Гуго и названия его работ см.: *Juristen*. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. München, 1995. S. 303–304.

<sup>19</sup> *Hugo G.* Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten // *Civilistisches Magazin*. 1813. Bd. IV. S. 117–123.

<sup>20</sup> *Коркунов Н.М.* История философии... С. 347.

<sup>21</sup> *Savigny F.K.* Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1814; *idem*. System des heutigen Römischen Rechts. Bd. I. B., 1840.

<sup>22</sup> *Savigny F.K.* Vom Beruf unserer Zeit für... (перездано: *Thibaut und Savigny*. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften. Darmstadt, 1959. S. 75–80).

<sup>23</sup> *Ibid.* S. 80–86.

- <sup>24</sup> Savigny F.K. System des heutigen...  
<sup>25</sup> Juristen. Ein biographisches Lexikon... S. 503–504.  
<sup>26</sup> Puchta G.F. Das Gewohnheitsrecht. Bd. 1, 2. Erlangen, 1828; 1837 (переиздано: Darmstadt, 1965).  
<sup>27</sup> Ibid. S. 133.  
<sup>28</sup> Ibid. S. 133–134.  
<sup>29</sup> Ibid. S. 136–137.  
<sup>30</sup> Ibid. S. 139.  
<sup>31</sup> Ibid. S. 136.  
<sup>32</sup> Ibid. S. 143.  
<sup>33</sup> Ibid. S. 144–145, 148.  
<sup>34</sup> Энциклопедия права Г.Ф. Пухты. Ярославль, 1872. С. 22.  
<sup>35</sup> Там же. С. 29–33, 37.  
<sup>36</sup> Там же. С. 23.  
<sup>37</sup> Там же. С. 31–32.  
<sup>38</sup> Там же. С. 23.  
<sup>39</sup> Там же. С. 32.  
<sup>40</sup> Там же. С. 42.  
<sup>41</sup> Там же. С. 43–46.  
<sup>42</sup> Jhering R.V. Der Kampf um's Recht. Wien, 1872; *idem*. Der Zweck im Recht. Leipzig, 1886; *idem*. Recht und Sitte. München, 1924; *idem*. Begriff des Rechts. Darmstadt, 1973; *idem*. Der Geist des Rechts. Bremen, 1965.  
<sup>43</sup> Jhering R.V. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. V Aufl. Bd. 1. Leipzig, 1891. S. 5.  
<sup>44</sup> Так, критиковалось выражение «общее народно-правовое убеждение»: юридическая норма может быть присуща не только всему народу, но и его отдельным членам; любой общественный союз, связанный общностью интересов и условий общественного развития, способен производить право. См.: Муромцев С. Указ. раб. С. 19–20; Новгородцев П.И. Указ. раб. С. 123.  
<sup>45</sup> Историческая школа права по сути дала импульс развитию ряда последующих направлений в исследовании права как в Германии, так и в России. Весьма плодотворным было начало активного социологического и этнографического изучения права, инициированное положением школы о первенстве обычая перед законом. Так, ученик Савиньи Я. Grimm под влиянием идей своего учителя обратился к лингвистическому и этнографическому исследованию древнего германского права. Вместе с тем ряд идей школы, связанных с национальным развитием права, был впоследствии использован в фашистской Германии.  
<sup>46</sup> Landau P. Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des XIX. Jahrhunderts // Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992. Lund, 1993. S. 76.  
<sup>47</sup> Покровский И.А. Указ. раб. С. 43.  
<sup>48</sup> 1803 г. – учреждение в Ярославле Высших наук училища, переименованного позже в Училище правоведения; 1804 г. – основание университета в Казани; 1805 г. – открытие Харьковского университета; 1811 г. – открытие Царскоевельского лицея; 1819 г. – основание Петербургского университета; 1834 г. – учреждение Университета Св. Владимира в Киеве. См.: Развитие русского права в первой половине XIX в. М., 1994. С. 39.  
<sup>49</sup> Орлов А. О современном юридическом образовании в России // Современник. 1850. № 5. С. 95–96.  
<sup>50</sup> Развитие русского права... С. 46, 47.  
<sup>51</sup> Станиславский А. О ходе законовведения в России и о результатах современного его направления. СПб., 1853. С. 52–53.  
<sup>52</sup> Развитие русского права... С. 47.  
<sup>53</sup> Баршев Я. О влиянии обычая, практики, законодательства и науки на развитие уголовного, в особенности русского права. М., 1847. С. 46, 47–48.  
<sup>54</sup> Емельянова И.А. Всеобщая история права в русском дореволюционном правоведении. XIX в. Ч. 1. Казань, 1981. С.40.  
<sup>55</sup> Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства. М., 1811. С.42–73.  
<sup>56</sup> Кряжков В.А. Право и обычай в российской действительности: проблемы взаимодействия // Обычное право и правовой плюрализм. М., 1999. С. 21.  
<sup>57</sup> Там же. С. 21–22.  
<sup>58</sup> Обычное право и правовой плюрализм. С. 7.  
<sup>59</sup> Энциклопедия права Г.Ф. Пухты. С. 31.



## S.S. K r y u k o v a. Common law in the scientific heritage of the early historical school of law in Germany

The object of study of this article's author are the views of the German historical school of law on common law. For the first time in Russian ethnological science there appears an essay on the works of G. Hugo, G.F. Puchta and F.K. Savigny which have produced great influence on the study of common law as a phenomenon. Today, like also in the course of the 19<sup>th</sup> century's reforms in Russia, the theoretical propositions of the said scholars attract increased attention of Russia's historians, jurists and sociologists in view of the existing attempts at restoring national customs and elements of folk laws on the territory of the former USSR. In the author's opinion the characteristic of the article interdisciplinary approach to studying common law seems to be most promising.