

ДИСКУСІЇ ТА ОБГОВОРЕННЯ

УДК 340.141(477)

Б. С. Бачур, канд. юрид. наук, доцентОдесского национального университета имени И. И. Мечникова
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина**ИСТОРИКО-ФИЛОСОФСКИЕ АСПЕКТЫ
РОЛИ ОБЫЧНОГО ПРАВА В РАЗВИТИИ
ПРАВОВОЙ НАУКИ УКРАИНЫ**

В статье в историко-философском аспекте рассматривается возможность возрождения традиций как духовного начала народно-правовой культуры украинцев (в данном случае обычного права) в новых правовых реалиях XXI века.

Ключевые слова: обычное право, обычай и закон, правовая норма, национальная идентичность, правовая культура.

С момента возникновения на карте мира Украины как независимого государства мы уже более двух десятков лет пытаемся найти свой путь, соответствующий не только нашим традициям во всех аспектах развития общества, но и новому мышлению XXI века.

Наше мышление, особенно развитие правового мышления, является процессом достаточно сложным, поскольку, с одной стороны — это отражение реальной действительности, с другой стороны — мышление является коммуникативным общественным процессом, другими словами, обращено к обществу, которому, собственно говоря, и сообщает результаты своей мыслительной деятельности.

Безусловно, что в данном случае мы говорим о развитии именно правового мышления, поскольку оно связано с возникновением определенных общественных отношений.

Огромную роль в развитие европейской культуры, науки, философии внесли древнегреческие мыслители, что же касается права, особый интерес российской науки с середины XIX века к римской юриспруденции не был случайным, так как, по словам А. Д. Рудокваса, «представлял закономерную реакцию на эволюцию экономических и социальных отношений в России в тот период... вступившей в полосу модернизации и связанные с этим изменения существующего правопорядка требовали осмысления опыта правового развития стран Западной Европы, социально-экономическое устройство которых во многом воспринимались как образец для подражания» [1, 5].

В историю отечественной юриспруденции внес свой вклад Н. Е. Чижов, работавший с 1882 г. в Новороссийском университете в Одессе (ныне ОНУ имени И. И. Мечникова), сначала в должности доцента, а затем ординарного профессора кафедры энциклопедии права и истории философии права. Судя по его статьям в журнале «Юридический вестник»: «Обычай и закон как форма права» (1877) и «Усвоение личностью права» (1877), он уже тогда задумывался о взаимосвязи философии и права.

«Существенный признак каждой науки состоит в том, — писал Н. Е. Чижов, — что она является системой истин, полученных путем разнообразных логических

операций. Правоведение как наука есть система юридических истин, основанная на познанных законах юридических явлений» [2, 6].

Живя в правовом государстве, мы неоднократно становимся очевидцами попрания прав и свобод граждан, поэтому неплохо было бы вспомнить сегодня мысли Н. Е. Чижова, который неоднократно в своих работах высказывал мысль о том, что хорошее общество требует и хороших законов. Хороший закон — есть признак хорошего (имеется в виду справедливого) общества. Такое общество всякое проявление полного произвола законодателя тот час же вытесняет из своей жизни вместе с его автором. Если же общество этого сделать не может по своей слабости, то оно постепенно будет гаснуть.

Хотим ли мы этого? Безусловно, нет. На наш взгляд, вся сложность реформирования правовой науки заключается сегодня в том, что мы старательно ищем новые пути (что, безусловно, необходимо), но также старательно стараемся обойти вопрос о нашем менталитете, веками складывающемся на наших правовых традициях.

На некоторую скрытую противоположность свободы и необходимости западного и славянского правопонимания обратили внимание еще в XIX веке славянофилы. Определяющими началами в формировании типов правопонимания славянофилы считали характер веры народа и его культурно-исторические традиции, по этому поводу И. В. Днепроvская приводит слова И. В. Киреевского: «Если вера народа имеет такое тесное соединение с его нравами и обычаями, то как же не будут иметь к ним никакого значения его законы» [3, 204].

В 30–40 гг. XIX века появляются работы по истории русского права, западно-украинское (т. е. украинское) рассматривалось как неотъемлемая часть. Тогда же в историко-правовой литературе появляются работы, связанные с исследованиями, прежде всего обычного права в процессе его становления и развития на украинских землях.

Как справедливо замечает И. В. Днепроvская, у славян в противопоставлении двух племенных стихий — земледельческой, семейно-общинной и государственной стихии-дружины можно проследить и два различных типа правосознания и правовой культуры: культуры как закона, как предела инструмента власти и культуры права как взаимодействия, диалога, ценностно-нормативного творчества. За этими началами скрыта противоположность свободы и необходимости. Эта дихотомия существует и сегодня.

Огромная роль в изучении украинского права принадлежит М. С. Грушевскому, который уделял большое внимание роли и значению обычного права на дальнейшем развитии украинского права. В своей работе «Нарис історії Київської землі від смерті Ярослава до кінця XIV сторіччя» пишет: «В исследовании я старался по возможности установить взаимное отношение фактов внешней истории, найти их связь с внутренней жизнью, угадать характер этой последней, подметить своеобразные отличия истории Киевской земли, выделяющие ее из ряда других земель, ее так сказать индивидуальную физиономию, наконец — найти посредствующие звенья, связывающие исследуемую эпоху киевской истории с предшествующей и последующей» [4, 412].

В научной литературе сегодня существует достаточное количество работ (начиная с XIX в.), посвященных проблеме возникновения, развития и дальнейшего использования норм обычного права.

Не останавливаясь подробно на существующих и в теории права, и в этнологической науке двух концепций его возникновения, основанных на определении представления о наличии или отсутствии детерминирующей роли государства в процессе зарождения права, мы постараемся рассмотреть более подробно вопрос о том, насколько полно развитие мышления человека в определенных социально-экономических условиях приводило к необходимости процесса формирования правового регулятора.

По нашему глубокому убеждению, суть достаточно длительного существования норм обычного права на украинских землях (Ф. И. Леонтович датирует использование некоторых его норм в Харьковской губернии концом XIX века) не в том, что они были изобретены учеными-юристами, а в том, что по обыкновению закон не сочинялся, а или передавался устно, или записывался на бумаге уже после того, как он сам собой образовывался в понятиях народа.

Следует заметить, что одним из главных отличий греческого права от римского было отсутствие профессиональных юристов, и по выражению немецких юристов XIX века, право было «делом неспециалистов».

Говоря о том, что обычное право зарождается, прежде всего, в понятиях народа, необходимо четко представлять как, каким образом эти понятия возникают, поскольку никакая наука, тем более право не может без них существовать.

Исследуя то или иное правовое явление, мы, безусловно, не можем обойтись без понятийного аппарата. И здесь пальма первенства, без всякого сомнения, принадлежит римским юристам, которые занимались «юридическими деталями» и их формализм на долгие годы был просто необходим для развития правовой науки.

А вот благодаря работам философов и математиков Древней Греции, человечество смогло сделать решающий шаг от «архаического мышления к научному, то есть от мышления в терминах воспринимаемых характеристик и отношений предметов к мышлению в понятиях и категориях, направленному на выявление общих закономерностей, которые объясняют фенотипические особенности разнообразных частных явлений» [5, 263].

На ранних этапах развития общества юридический обычай совпадает с правосознанием и, следовательно, в обычном праве обязательно содержатся элементы общественной психологии (вначале семейной, затем общинной и т. д.). Говоря о времени возникновения обычного права та территории Украины, французские правоведы Р. Пэнто и М. Гравитц отмечают, что обычное право как первоначальный способ создания правовых норм возникло еще до того как общество конструировалось в политическом отношении, и основную роль играли правовые традиции. Подобной точки зрения придерживался и М. Б. Свердлов, утверждавший, что еще в VII — первой половине IX века в Среднем Поднепровье прошла унификация близких по составу и социальной природе норм права в «Закон Русский», юрисдикция которого распространялась на всю территорию южного государственного образования восточных славян. При этом нормы обычного права были предназначены для юридического регулирования всей совокупности социально-экономических и правовых отношений в каждом племени или племенном союзе¹.

Соблюдение баланса между коллективными и индивидуальными интересами могло сохраниться только при существовании определенной саморегуляции, которая на ранних стадиях социогенеза являлась необходимой предпосылкой выживания человека в условиях жесткого отбора.

Рассматривая процесс дальнейшей эволюции обычного права, мы обязательно столкнемся с проблемой соотношения государства и права, которую невозможно охарактеризовать с помощью приоритета государства или права.

Вероятно, поэтому до сих пор остается открытым вопрос о существовании обычного права до возникновения государства. «Если понимать право как нормативно закрепленную справедливость, то оно вторично по отношению к государству, поскольку нормативное закрепление исходит от государства, так как право не может быть таковым, не пройдя через государство. Но не всякая норма исходит от государства, есть право, и в этом и состоит отличие права от закона. Право — только справедливые нормы. Поэтому с точки зрения содержания право первично, оно лишь призвано закрепить сложившееся в обществе представление о справедливости» [6, 17].

¹ См.: Гравитц М., Пэнто Р. Методы социальных наук. — М.: Прогресс, 1972. — 607 с. Свердлов М. Б. От закона русского к Русской Правде. — М.: Наука, 1988. — 175 с.

Право — особая форма духовного освоения действительности относится к оценочному познанию, именно поэтому правовая наука может познавать общественные процессы косвенным путем, анализируя правовые взгляды и нормы на различных этапах ее развития.

При правовых исследованиях необходима правильная оценка взаимозависимости объективного и субъективного в общественном развитии, объективных условий и субъективного фактора, недооценка данных факторов приводит к неверному истолкованию тех или иных правовых явлений.

Зарождавшееся в недрах первобытнообщинных отношений общество стремилось уйти от хаоса к определенному порядку. Такой порядок представлялся в виде сохранения традиций, обычаев, но как показывает история, и не только нашего государства, не все обычаи становились правовыми нормами. Везде и всегда существовали бытовые сферы, вовсе не подчиняющиеся никаким правовым нормам, и если даже сохранились народные традиции и обычаи, постоянно соблюдающиеся и хранящиеся народом, то такое значение обычаев нельзя еще никоим образом рассматривать как результат их юридической обязательности.

Фактическая сила этих обычаев заключается не в их юридической необходимости, а лишь в силе простой привычки (например, свадебный обряд, обряд обручения, погребения или поминок, сохранившиеся и до наших дней, и многие другие).

История не может, к сожалению, дать определенного ответа на вопрос, когда и как возникают те или иные обычаи и традиции, так как человеческое общество застаёт их уже сложившимися и окрепшими. И все наши предположения по этому поводу основаны главным образом на явлениях более позднего времени.

В научной литературе много и по-разному говорят о преемственности поколений, безусловно, что эта мысль не нова, как мир.

Но, к огромному сожалению, мы задумываемся об этом и с философской, и с исторической, и с правовой точек зрения только тогда, когда что-то выходит из-под контроля государства, и мы тщетно пытаемся понять, когда и в какой момент была нарушена эта преемственность поколений.

Мы не раз говорили о «японском экономическом чуде», и не удивляемся тому, что большинство японцев предпочитают для брачной церемонии — национальные костюмы, никто не заставляет немцев на фестивале пива с удовольствием ходить в костюмах бабушек и дедушек, почему же определенный скепсис вызывает у нас словосочетание «шароварная Украина»?

Нам просто необходима «прививка», позволяющая рационально относиться не только к миру, но и к себе самим. Мы стремимся в «Европу», в «Европейский Союз», а ведь там уже давно поняли, что является определяющим для национальной интерпретации прошлого.

В этой связи хотелось бы процитировать слова Й. Файхтингера, высказанные им в докладе, прочитанном на Международной интелектуальной конференции «В поисках Европы» в Веймаре-Османнштеде (20.03–24.04.2006 г.), в частности, он остановился на том, «что в странах Европы большинство заручается своей национальной идентичностью за счет меньшинства, которое не владеет легитимным языком, придерживается других обычаев или исповедует другую веру. Но трагическая судьба этого меньшинства состоит в том, чтобы быть вечно представленным в качестве Иного. Этого требует логика национального принципа. Национальное государство создает не только граждан своего государства, но необходимым образом также и Иного или Иных: людей которые живут, правда, в национальном государстве, но не являются частью группы «Мы».

В конечном счете все это нацелено не на абсолютное неприятие Иного, а на его очевидное вытеснение. Чтобы углубить этот разрыв, нация выставляет на позиции такую «тяжелую артиллерию, как «культура», «память», «идентичность» [7, 33].

Попытка диалога философии, социальной психологии, моральной практики и этического знания была и в XIX и XX вв., существует она и сегодня. Главная идея заключается в философской мысли, в ее отношении к общественной жизни, в том, что не общество, а каждый человек в отдельности чувствует, к чему стремится, ищет пути реализации своих жизненных планов: поэтому от людей все исходит и к ним возвращается.

Б. Чичерин в «Философии права» писал, что субъективное право определяется как нравственная возможность или иначе — как законная свобода что-либо делать или требовать. Объективное право — есть сам закон, определяющий эту свободу. Соединение обоих смыслов дает нам общее определение: право есть свобода, определяемая законом [8, 84].

Основная задача общества — не только помочь найти человеку свое место в жизни, позволяющее чувствовать себя полезным и получающим от этого удовольствие и ощущение свободы, а в том, чтобы с помощью сложившихся в обществе нравственных традиций, определенных правовых норм с ранних лет сформировать у человека четкое представление о границах, определяющих степень этой свободы.

Уходя от тоталитарного общества и пытаясь построить демократическое, правовое государство, мы часто забываем о том, что демократия — это не вседозволенность, а неукоснительное соблюдение законов.

Законы создают люди, наделенные для этого определенными полномочиями, но разве не каждый из нас вносит в это определенную лепту, голосуя за того или иного депутата?

Государство является лишь внешним органом для выражения общенародного убеждения (в этом плане в научной литературе говорят о роли и значении прикладной этики), так как именно на его основе возникает общая юридическая норма, определяющая характер действия отдельных лиц.

Право, в основе которого лежит здравый смысл, или говоря другими словами, здоровый прагматизм, существует довольно долго, и наоборот, право не нормальное, с точки зрения народа, не может существовать достаточно долго.

Задумываясь над тем, почему на украинских землях так долго существовали нормы обычного права, с уверенностью можно говорить о том, что все это время сохранялась органическая зависимость обычного права от сущности и характера народа, базировалось на здравом смысле, чувстве справедливости. Нормы обычного права не содержали в себе противоречий между запросами того или иного социума и существующей социальной нормой. По мнению французского социолога Э. Дюркгейма, если в обществе существует такое противоречие, то неизбежно возникает аномия, своего рода кризис, который переживает общество из-за падения права и экономики [9, 14].

Любое современное правовое явление или процесс имеет свои корни в прошлом, отражаются в настоящем и будут развиваться в будущем. Поэтому научное исследование правовых явлений или процессов, или просто отдельных правовых норм не может ограничиваться изучением их состояния лишь в данный момент, поскольку при этом условии будет утрачена причинно-следственная связь в историческом развитии.

В познании права, как впрочем, и вообще в познании главную роль играет познающий субъект, и именно благодаря его активной деятельности в процессе познания правовых явлений добытые им знания, которые по своей форме являются субъективными, по своему содержанию являются объективными.

Традиционно функциональная роль нормативных установок состояла в обеспечении надежных условий жизнедеятельности человека, никто и никогда не придумывал правовых норм, они диктовались самой жизнью.

XXI век внес определенные коррективы в процесс познания, и используя в ходе исследования правовых явлений определенные понятия, исследователь должен

четко представлять, что любое понятие (тем более, если оно лежит в основе закона, законодательного акта или каких-либо других правовых документов) должно с максимальной точностью отражать основные признаки лежащего в его основе явления.

Закон должен не только быть понятен, но и содержать в себе своеобразный «духовный субстрат народно-правовой культуры украинцев». В этом плане хотелось бы привести слова С. Сливки о том, что возникает «актуальна проблема — необхідність формування нової людини ХХІ століття, якій були б притаманні нове бачення світу, поглиблене філософське сприйняття його, яке можливе на основі випробуваної і вивіреної часом правової культури і свідомості. Крім того, це вимагає чималих зусиль, спрямованих на збереження, засвоєння і розвиток тисячолітньої культурно-правової спадщини» [10, 4].

Возрождение традиций — процесс сложный и долгий. За годы советской власти мы многое потеряли, в отличие от Западной Европы, традициям можно научить (но они не должны быть в качестве «показательных выступлений»), они должны быть в душе каждого, кто их чтит.

Историко-философский подход в исследовании юридических обычаев украинского народа — единственная возможность использовать все то лучшее, что было в обычном праве, для разработки идеи правосознания нового общества, для разработки принципов взаимоотношений между людьми, поскольку те законы, которые пишет жизнь, сильнее тех, которые пишутся на бумаге.

Именно поэтому сфера правового регулирования должна расширяться как за счет вытеснения прежде существовавшей соционормативной культуры, так и за счет переосмысления издавна существовавших традиций и юридических обычаев украинского народа.

Литература

1. Покровский И. А. *История римского права / Вступ. ст., пер. с лат., науч. ред. и коммент. А. Д. Рудокваса. — СПб.: Издательско-торговый дом «Летний сад», 1998. — 560 с.*
2. Чижев Н. Е. *Материалы к истории системы права (энциклопедия права): К вопросу о системе права у римлян (из очерков римской юриспруденции). — Одесса: Типография «Одесский вестник», 1885. — 139 с.*
3. Днепровская И. В. *Образы права в социокультурной концепции славянофилов // Вестник Санкт-Петербургского университета. Серия 6. — 2008. — Вып. 4. — С. 204–212.*
4. Грушевський М. С. *Нарис історії Київської землі від смерті Ярослава до кінця ХІV сторіччя. — К.: Наукова думка, 1991. — 580 с.*
5. Кликс Ф. *Пробуждающее мышление: У истоков человеческого интеллекта. — М.: Прогресс, 1983. — 302 с.*
6. Лившиц Р. З. *Право и закон в правовом государстве // Советское государство и право. — 1985. — № 2. — С. 15–22.*
7. Файхтингер Й. *По ту сторону методического национализма. — М.: Перспективы памяти и идентичности в Европе // Вопросы философии. — 2007. — № 9. — С. 32–37.*
8. Чичерин Б. *Философия права. — Тип. И. Н. Кушнерева и К°, 1900. — 336 с.*
9. Дюркгейм Э. *Методы социологии. — К.; Х, 1899. — 153 с.*
10. Сливка С. *Українська національна філософія права: онтологічний ракурс. — Львів: Воля, 2001. — 168 с.*

Б. С. Бачур, канд. юрид. наук, доцент

Одеського національного університету імені І. І. Мечникова,
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

**ІСТОРИКО-ФІЛОСОФСЬКІ АСПЕКТИ РОЛІ
ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА В РОЗВИТКУ
ПРАВОВОЇ НАУКИ УКРАЇНИ**

РЕЗЮМЕ

Основну увагу в дослідженні даної теми звернуто на акцентуванні взаємозв'язку філософії та права в розгляді тих чи інших правових явищ, враховуючи той факт, що право — основна форма духовного освоєння дійсності, відноситься до оціночного пізнання, й прийняття нової норми вимагає аналізу її розвитку на різних ступенях суспільного розвитку.

Ключові слова: звичаєве право, звичай і закон, правова норма, національна ідентичність, правова культура.