

# ОБЪ ОТНОШЕНИИ

## ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОБЫЧАЕВЪ

КЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ.

Н. КАЛАЧОВА.

С. Петербургъ.

№ 43. Типографія В. Кирибаума, въ д. Министер. Фан., на Дворт. площ.

1877.

Изь Записокъ Императорскаго Русскаго Географическаго Общества по Отдѣленію Этнографіи,  
т. VIII.

Печатано по распоряженію Императорскаго Русскаго Географическаго Общества.

## ОБЪ ОТНОШЕНИИ ЮРИДИЧЕСКИХЪ ОБЫЧАЕВЪ КЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ 1).

Милостивые государи! Предметъ, на который я намѣренъ настоящимъ моимъ докладомъ обратить ваше вниманіе, заслуживаетъ, безспорно, самага тщательнаго и всесторонняго обсуждения. Обычай нашей народной жизни, на сколько они намъ до сихъ поръ извѣстны, примѣнительно къ отношеніямъ и сдѣлкамъ, существующимъ какъ между отдѣльными лицами, такъ и цѣлыми группами лицъ, извѣстныхъ подъ именемъ *общинъ* и *артелей* и потому должны носить названіе отношеній и сдѣлокъ *юридическихъ*, не могутъ быть чужды нашему законодательству. Скажу болѣе: законодательство уже признало, уже утвердило силу такихъ обычаевъ, какъ нормъ юридическихъ отношеній, въ разныхъ слояхъ и въ разныхъ сдѣлкахъ нашего общества. Въ дѣлахъ торговыхъ обычаевъ во всѣхъ законодательствахъ, въ томъ числѣ и въ нашемъ, уже присвоено значеніе началъ, опредѣляющихъ и устанавливающихъ разнообразныя приемы и дѣйствія коммерсантовъ. Въ Положеніяхъ о крестьянахъ во многихъ статьяхъ не только вполнѣ утверждена, но и освящена сила обычаевъ примѣнительно къ разнымъ отношеніямъ въ быту семейномъ, гражданскомъ и общественномъ. Можно сказать, что и волостные суды, установленные этими Положеніями, отдѣлены въ особую группу судовъ не только потому, что они близки къ крестьянамъ по мѣсту ихъ жительства, но и потому, что они разбираютъ ихъ дѣла по обычаямъ, установившимся не

1) Речь, читанная на первомъ съѣздѣ русскихъ юристовъ въ Москвѣ въ 1875 г.

въ силу положеній законодательныхъ, а по всеобщему признанію ихъ твердыми правилами разнообразныхъ отношеній и сдѣлокъ въ крестьянскомъ быту съ *незапамятныхъ* временъ, какъ *пошло изъ старины*, по словамъ нашихъ древнихъ памятниковъ. Но на признаніи юридической силы обычая въ волостныхъ судахъ и остановилось наше законодательство, не признавая возможнымъ распространить ихъ обязательность и на отношенія въ другихъ слояхъ общества, кромѣ крестьянъ. Правда, была попытка выдвинуть вопросъ о значеніи и силѣ обычая и въ новыхъ судахъ въ то время какъ составлялись уставы, которыми они должны руководствоваться. Вопросъ этотъ возникъ при составленіи правилъ о порядкѣ производства дѣлъ въ мировыхъ судебныхъ установленіяхъ. Онъ былъ возбужденъ мною въ комисіи, на которую было возложено начертаніе судебныхъ уставовъ, на томъ основаніи, что мировые судьи, такъ близко стоящіе къ сельскому населенію, не могутъ, какъ мнѣ казалось, оставаться чуждыми къ тѣмъ обычаямъ, которые управляютъ дѣйствіями крестьянъ не только въ отношеніяхъ между ими одними, но и въ сдѣлкахъ съ помѣщиками и лицами другихъ сословій. Я долженъ сознаться, что мое тогдашнее предложеніе какъ въ отдѣленіи юридическомъ, такъ и въ общемъ собраніи комисіи было выслушано съ большимъ вниманіемъ и даже сочувствіемъ; но въ то время, какъ и теперь, обычай, управляющіе крестьянскимъ бытомъ, были такъ мало извѣстны, или лучше сказать, вовсе неизвѣстны, что нельзя было признать юридическую силу обычая уже *вообще*, а не только въ отношеніяхъ между крестьянами, иначе какъ съ самою большою осторожностью. Вотъ почему и была постановлена статья 130 Устава Гражданскаго судопроизводства въ такой редакціи: „При постановленіи рѣшенія мировой судья можетъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, но лишь въ томъ случаѣ, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно неразрѣшаемыхъ законами“. Силою этой статьи обычай признанъ источникомъ права, признана даже ихъ обязательность, но чтобъ убѣдиться въ томъ, что извѣстный обычай существуетъ на мѣстѣ, мировому судѣ приходится, при несогласіи спорящихъ сторонъ въ существованіи обычая, собирать о немъ свѣдѣнія въ своемъ

округѣ и лишь въ томъ случаѣ, если показаніе о немъ подтвердится, принимать его въ уваженіе, да и то лишь тогда, если спорный случай не разрѣшается положительно закономъ. Понятно, что къ такимъ разысканіямъ на счетъ обычнаго права мировые судьи не приступаютъ за неизмѣнимъ времени, и потому обычаями не руководствуются. Еще менѣе можетъ быть рѣчь о признаніи силы обычая въ какихъ-либо судахъ общихъ, начиная съ судовъ окружныхъ до кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената. Отсюда прямой выводъ, что, говоря строго, обычай признается у насъ имѣющими юридическую силу только въ крестьянскомъ быту и въ отношеніяхъ между одними крестьянами. Притомъ они допускаются по причинѣ неграмотности крестьянъ, и слѣдовательно по невозможности имъ руководствоваться законами писанными. На вопросъ же о томъ: въ какомъ отношеніи находится законъ къ обычаю, когда существуетъ и тотъ и другой,—до сихъ поръ не представлялось надобности останавливаться. Въ мировыхъ судахъ, какъ мы видѣли, обычай допускаются лишь въ исключительныхъ случаяхъ и притомъ тогда лишь, когда они именно указаны, то-есть, опредѣлены въ точности закономъ, или когда нѣтъ вовсе закона, который могъ бы разсматриваемый случай рѣшать иначе, чѣмъ рѣшаетъ его обычай. Въ судахъ волостныхъ, напротивъ того, крестьяне не обязаны руководствоваться непременно закономъ, хотя бъ онъ былъ и несогласенъ съ обычаемъ. Отсюда явилось въ волостныхъ судахъ то зло, на которое такъ основательно нападаютъ противники обычнаго права: рѣшенія совершенно произвольныя и даже часто не мотивированныя никакими обычаями; рѣшенія, противныя не только законамъ существующимъ, но и принципамъ нравственности, благоустройства и т. п. Не слѣдуетъ ли—продолжаютъ изъ-за этого враги обычнаго права—не только воспретить крестьянамъ руководствоваться обычаями, но и самыя волостныя суды ихъ уничтожить?..

Вамъ извѣстно, мм. гг., что нѣсколько лѣтъ тому назадъ, по этому вопросу, учреждена при министерствѣ юстиціи коммисія, которая должна была на мѣстахъ ознакомиться съ дѣятельностью волостныхъ судовъ и по возможности собрать рѣшенія этихъ судовъ. Коммисія объѣхала много губерній и издала въ свѣтъ семь томовъ, которые представляютъ драгоцѣннѣйшій матеріалъ для

изученія нашего народнаго быта, хотя нельзя при этомъ не замѣтить, что матеріалы составлялись и собирались для комисіи весьма часто такъ, что нельзя пользоваться ими иначе какъ съ самою осторожною критикой. Какъ бы то ни было, теперь намъ представляется самый животрепещущій вопросъ: быть или не быть волостнымъ судамъ въ ихъ настоящемъ значеніи, продолжать существовать крестьянскимъ обычаямъ или кануть имъ въ вѣчность, то-есть, быть признанными однажды на всегда отмѣненными, утратившими всякую практическую силу? Странно, что этотъ вопросъ возбуждается въ то самое время, какъ наша литература съ такою любовью и жаромъ устремилась какъ на изученіе народнаго быта вообще, такъ и въ особенности юридическихъ обычаевъ. Въ отношеніи послѣднихъ то и дѣло выходятъ цѣлныя изслѣдованія, сборники и статьи. Еще недавно мы читали прекрасные труды гг. Богшича и Карасевича, правда, не относящіеся прямо къ русскому обычному праву, но заключающіе въ себѣ драгоцѣнные и для насъ указанія и мысли. Но и сборники нашего туземнаго обычнаго права дѣятельно составляются въ разныхъ мѣстахъ, разными обществами и лицами. Кромѣ относящихся сюда матеріаловъ въ разныхъ журналахъ, мы слышали объ одномъ такомъ сборникѣ, находящемся въ рукахъ г. Якушкина (въ Ярославлѣ) <sup>1)</sup>. Но особенно считаю нужнымъ остановиться при этомъ на трудахъ С.-Петербургскаго Географическаго Общества. Оно уже давно, почти съ самаго его основанія, собираетъ матеріалы, относящіеся къ народному быту. Въ 1860-хъ годахъ составлена была имъ программа для собиранія народныхъ обычаевъ, которая уже вся разошлась, и въ настоящее время Общество приступило къ составленію новой программы, въ основу которой будутъ положены программа, составленная для собиранія юридическихъ обычаевъ г. Богшичемъ и составляемая нарочно для Общества программа г. Ефименко. Правда, что труды Общества до сихъ поръ еще мало увѣнчались успѣхомъ: отвѣтовъ на программу его, разосланную въ разные концы Россіи, получено весьма немного; но надо замѣтить, что были при этомъ и недостатки со стороны Общества въ способѣ разсылки программы и сношеній съ тѣми, отъ кого можно бы надѣяться получить на нее

<sup>1)</sup> Первый томъ этого сборника уже вышелъ въ концѣ 1875 г.

желательные отвѣты. Безъ сомнѣнія, теперь дѣло пойдетъ успѣшнѣе, особенно съ помощью нѣкоторыхъ лицъ, взявшихъ на себя въ разныхъ мѣстахъ собраніе народныхъ обычаевъ, и вотъ еще недавно получена Обществомъ превосходная статья въ этомъ родѣ, составленная женщиной среди ея другихъ сельскихъ занятій. Все это я говорю къ тому, чтобы выяснитъ необходимость, прежде чѣмъ правительство рѣшится закрывать настоящіе волостные суды, а съ ними предавать забвенію и народные обычаи, — какъ можно тщательнѣе вникнуть въ самый бытъ нашихъ крестьянъ и изучитъ обычаи, которыми они руководствуются. Имѣю полное основаніе думать, что трудовъ комисіи, работающей подъ предсѣдательствомъ сенатора Любоцинскаго, для этой цѣли еще недостаточно. Лучшимъ подтвержденіемъ моему мнѣнію можетъ служить вышедшая недавно брошюра одного изъ членовъ этой комисіи, М. И. Заруднаго, подъ заглавіемъ: „Законы и жизнь. Итоги изслѣдованія крестьянскихъ судовъ“. Вотъ къ какому результату приходитъ авторъ послѣ разсмотрѣнія волостныхъ судовъ и ихъ обычаевъ въ разныхъ мѣстностяхъ:

„По истинѣ можно выразитъ ту мысль, что легче было бы составить проектъ преобразованія даже кассационнаго сената, чѣмъ мѣстнаго суда, затрогивающаго всѣ струны народной жизни. Тамъ есть указаніе науки, опытъ другихъ странъ, образцовые кодексы, наконецъ ученые судьи; здѣсь же одна ширь да гладь, въ которой никого и ничего не видно. Притомъ трудность установленія у насъ одного общаго суда для мелкихъ дѣлъ обусловливается еще и своеобразнымъ складомъ именно крестьянскаго быта. Здѣсь непременно слѣдуетъ имѣть въ виду, что признанный закономъ 1861 года крестьянскій общай выражается въ возможности къ каждому отдѣльному случаю примѣнять не строгія и постоянныя требованія права, но видоизмѣняемыя требованія жизни; что волостной судъ можетъ обусловливать свои рѣшенія не только буквальныймъ смысломъ закона, но и требованіями справедливости, нерѣдко своеобразной по примѣненію къ крестьянскому быту; что рѣшенія волостнаго суда (напримѣръ, въ дѣлахъ о наслѣдствахъ, раздѣлахъ, выдѣлахъ, убыткахъ и проч.) весьма часто объясняются не столько юридическими, сколько хозяйственными соображеніями относительно исправности въ платежѣ податей, трезвой или пьяной жизни и т. п.

условіями жизни громадной неграмотной массы, разсѣянной по безпредѣльнымъ пространствамъ и связанной между собою не существующими на западной почвѣ условіями (круговая порука и общинное землевладѣніе); что договоры между крестьянами обуславливаются не писанными контрактами, а напимѣрь, битьемъ по рукамъ, когда торгуются, обращеніемъ къ Богу (молитвою), когда торгъ состоялся; что въ семейной сферѣ порядокъ сватовства, право жены и мужа на приданое, власть отца и мужа, власть хозяина по отношенію къ работникамъ и сочленамъ семьи,—всѣ эти отношенія обуславливаются исключительно обычаями, иногда совпадающими даже съ началами римскаго права (гдѣ отецъ имѣлъ почти неограниченное право надъ дѣтьми); что трудность разысканія и опредѣленія обычаевъ большею частью объясняется не столько неразвитостію крестьянской среды и непривычкою ея къ теоретическимъ разсужденіямъ (какъ многіе думаютъ), сколько недостаточною подготовкою, неопытностію, непривычкою говорить безхитростнымъ русскимъ языкомъ и бѣдностью средствъ самаго изслѣдователя,—и наконецъ, что улучшенію волостныхъ судовъ, поднятію ихъ нравственнаго и юридическаго уровня можетъ содѣйствовать преимущественно развитіе грамотности“ (стр. 188—190).

Считаю долгомъ заявить, что во всемъ сказанномъ М. И. Заруднымъ я ему вполне сочувствую; но съ другой стороны, не могу отвергать и тѣ возраженія, которыя дѣлаются противниками волостныхъ судовъ и крестьянскихъ обычаевъ. Чтобъ убѣдиться въ томъ, что эти суды постановляютъ свои рѣшенія на какихъ-либо основательныхъ соображеніяхъ, необходимо имѣть въ виду эти соображенія и тѣ обычаи, которыми они вызываются. Между тѣмъ что видимъ мы въ самой значительной массѣ судебныхъ рѣшеній? Одни приговоры или доводы личные волостныхъ судей, или наконецъ, основанія религіозныя, нравственныя (да и то по понятіямъ крестьянъ). Самая суть дѣла—обычай—не выдвинуть въ такихъ рѣшеніяхъ, какъ бы это слѣдовало, а умолченъ какъ слишкомъ извѣстный, безспорный. Какъ же судить о такихъ рѣшеніяхъ лицамъ, не знающимъ ни обычаевъ, ни быта крестьянъ? Съ точки зрѣнія человѣка образованнаго, то-есть, не знающаго крестьянскаго быта, и юриста, то-есть, лица, знакомаго съ одними законами, такіа рѣшенія должны казаться весьма часто не только несправедли-



выми, но даже и абсурдными. И каждую минуту такой критикъ можетъ подтвердить свои слова самими, по видимому, убѣдительными доказательствами. Вотъ, напримѣръ, рѣшеніе, постановленное, очевидно, послѣ обильной попойки: волостные судьи, какъ извѣстно, большею частію вслѣдъ за произнесеніемъ своихъ рѣшеній угощаются стороною оправданною или даже обѣими, но иногда та или другая сторона ухитряется и до суда задобрить виномъ кого нужно. Вотъ другое рѣшеніе, записанное такъ коротко, что даже неясно: приговоренъ ли подсудимый къ наказанію за извѣстное дѣйствіе, или только потому, что на него принесена извѣстная жалоба; а есть и такія рѣшенія, изъ коихъ даже очевидно, что никакого розысканія или хотя бы допроса по жалобѣ произведено не было.

Чтобъ устранить подобныя возраженія, необходимо представить критикамъ волостныхъ судовъ и обычнаго права: 1) самые обычаи, которыми вызвано то или другое рѣшеніе; 2) основаніе, почему тотъ или другой обычай примѣняется къ извѣстному случаю, съ доказательствомъ, что онъ исполнѣн или въ значительной мѣрѣ подходить къ этому случаю и оправдывается мѣстными условіями; другими словами: необходимо собрать всѣ обычаи, которые могутъ быть названы *юридическими*, записать ихъ и комментировать, то-есть, обставить тѣми соображеніями, которыя оправдываютъ ихъ и разъясняютъ. Дѣло это, конечно, весьма нелегкое и не могло быть исполнено комиссіей, которая объѣзжала волости официально и просматривала рѣшенія, записанныя въ волостныхъ судахъ лицами, часто совершенно чуждыми мѣстному населенію и хвастающимися умѣньемъ подводить рѣшеніе подъ ту или другую статью Свода Законовъ, какъ справедливо отзывался М. И. Зарудный о писаряхъ волостныхъ судовъ. Здѣсь, напротивъ того, нуженъ пріемъ совершенно другаго рода. Необходимо, чтобы рѣшенія и обычаи, на коихъ они основаны, были взяты, такъ сказать, прямо изъ народной жизни и притомъ лицомъ, близко знающимъ эту жизнь и именно желающимъ выставить и уяснить намъ крестьянскій бытъ, а не выказывать свою мнимую ученость и знаніе Свода Законовъ. Лицо это должно потому не мелькомъ проѣхать по волости, а пожить въ ней болѣе продолжительное время. Всего же лучше такое собраніе юридическихъ обычаевъ и обстановка ихъ нужными

соображеніями могла бы быть исполнена мѣстными обывателями, интересующимися этимъ дѣломъ и понимающими, что исполненіемъ его они окажутъ истинную услугу наукѣ и обществу. Но для направленія дѣятельности такихъ мѣстныхъ собирателей обычаевъ должна бы быть учреждена особая коммисія въ Петербургѣ или Москвѣ, которая съ одной стороны принскала бы и вызвала такихъ дѣятелей къ подлежащему имъ труду, а съ другой стороны подготовила бы изъ этихъ трудовъ *Сборникъ юридическихъ обычаевъ* по разнымъ мѣстностямъ, съ основаніями, которыми эти обычаи установились въ практикѣ. Такой сборникъ могъ бы служить правительству или даже коммисіи г. Любоцинскаго лучшимъ пособіемъ для ознакомленія съ юридическими обычаями и для составленія, подъ вліяніемъ ихъ, *Сельскаго Судебнаго Устава*, о необходимости коего заявлялось уже не разъ разными вѣдомствами, управляющими крестьянами, и между прочимъ бывшими редакціонными коммисіями по крестьянскому дѣлу. Такой уставъ, рассмотрѣнный въ законодательномъ порядкѣ, могъ бы быть примѣненъ, если бы то было признано полезнымъ, ко всѣмъ однообразнымъ отношеніямъ не только между крестьянами, но и лицами другихъ сословій. Такимъ образомъ обычаи перешли бы въ законъ, и притомъ въ такой законъ, который согласовался бы вполне съ народными потребностями и условіями жизни поселянъ, коихъ отношенія опредѣляются не только общими основаніями сдѣлокъ, но и разнообразятся мѣстными требованіями и особенностями земли, воды и климата. Въ пользу внесенія такого практикою осмысленнаго элемента права въ законодательство не можетъ быть никакого сомнѣнія, ибо если обычаи удержаны до сихъ поръ самимъ правительствомъ между крестьянами, то нѣтъ основанія думать чтобъ они вскорѣ оказались для крестьянъ же совершенно ненужными и бесполезными. Напротивъ, возведеніе ихъ въ законъ и распространеніе и на лица другихъ сословій, находящіяся въ томъ же положеніи, какое вызвало эти обычаи въ сословіи крестьянъ, придастъ имъ не только извѣстность и большую обязательность, но во многихъ случаяхъ принесетъ практическую пользу какъ испытанный уже регуляторъ взаимныхъ отношеній и сдѣлокъ между лицами, живущими въ средѣ, которою было издревле обусловлено ихъ возникновеніе и развитіе. Нельзя поэтому сомнѣваться, что

такой способъ восполненія законодательства слѣдуетъ признать самымъ надежнымъ для пригодности и твердости новыхъ законовъ. Наконецъ, такого рода приемъ былъ много разъ и съ полнымъ успѣхомъ испытанъ во всѣхъ законодательствахъ, начиная съ римскаго права. Какъ много обычаевъ, возникшихъ въ разныхъ мѣстностяхъ Франціи, вошло въ послѣдующее французское законодательство, можно видѣть въ упомянутомъ выше сочиненіи профессора Карасевича. Но и русское законодательство въ основу даже дѣйствующаго нынѣ Свода положило обычное право, такъ какъ краеугольный камень Свода—Уложеніе царя Алексѣя Михайловича, составлено, помимо иноземныхъ источниковъ—византійскихъ и Литовскаго Статута и туземныхъ казуистическихъ рѣшеній—изъ статей, внесенныхъ въ предшествующіе памятники законодательства какъ положенія обычнаго права.

Вотъ, мм. гг., моя мысль о значеніи нашихъ юридическихъ обычаевъ и о томъ примѣненіи, которое они должны бы получить въ дальнѣйшей судьбѣ нашего юридическаго быта. По спорности однако этого моего воззрѣнія, по тѣмъ возраженіямъ, которыя, какъ намъ всѣмъ извѣстно, въ ходу противъ юридическихъ обычаевъ, я считаю долгомъ просить вашего мнѣнія по настоящему вопросу 1).

Н. Калачовъ.

---

1) Возникшія вслѣдъ за этимъ чтеніемъ пренія на первомъ съѣздѣ юристовъ будутъ сообщены въ Трудахъ этого съѣзда. Н. К.