

## **Характерные особенности правового обычая как источника права**

Развитие современных правовых систем характеризуется динамичным развитием источников права. Во многом дискуссионным вопросом остается история и происхождение правового обычая, его характерные черты и особенности как источника права. Происходящие процессы требуют теоретического осмысления и выявления основных закономерностей становления и функционирования правового обычая как особого источника права. Такие представления об общих и особенных тенденциях развития правового обычая необходимы для оценки состояния всей системы источников современного права.

Вокруг правового обычая как особого и достаточно специфического источника права ведутся традиционные дискуссии о его месте в регулировании общественных отношений, характере и способах проникновения в законодательство и перспективах дальнейшего развития. После более чем полувекового затишья эти дискуссии активизировались, проводятся диссертационные и иные исследования, обсуждаются судьбы правового обычая в XXI веке.

Представляется, что внимание к проблемам правового обычая в современных условиях обусловлено поисками новых и восстановлением апробированных форм управления, развитием демократических институтов, децентрализацией государственной и общественной жизни в отдельных сферах, а также децентрализацией всей системы правового регулирования. Востребован правовой обычай в региональном и местном правотворчестве, в целом ряде случаев и в федеральном законодательстве, в функционировании режима законности. Закон, опирающийся на правовой обычай, должен не умалять роли последнего, а повышать эффективность своего действия

за счет оптимального сочетания сфер и механизмов регулирования обоих источников современного права.

Для полноценного анализа проблемы и формулирования предложений о путях совершенствования российской системы источников права необходимо принимать во внимание зарубежный опыт. По справедливому замечанию Р. Давида, обоснованные выводы могут быть сделаны с полной ясностью, только если посмотреть на проблему со стороны, выйти за рамки собственной правовой системы [1, с. 20; 2, т. 1, с. 325].

Несмотря на то что правовой обычай долгое время позиционировался как источник права, который изжил себя, и рассматривался достаточно критично в доктринах различных государств, тем не менее, его существование прослеживается во многих странах романо-германской системы права и, в частности, в России. В этой связи в научной литературе проводится взаимосвязь правового обычая с древними системами права и общества, где нормы обычного права исключались из понятия права в целом и рассматривались лишь как нормы морали, просто обычаи или моонормы. По мнению М.Н. Марченко, «современные правовые концепции существенно повлияли на правовые явления в целом. Наличие разнообразных правовых систем позволяет считать обычай правовым. Специфика взаимодействия права и государства в ходе их исторического развития определяет активность государства в ходе формирования системы источников права» [3, с. 89].

Представляется, что наличие правового обычая обусловлено в силу прямой санкции государства и вследствие признания его через определенные социальные общности, касты, религиозные общины, профессиональные союзы и т.д. Прослеживается значимая роль государства в наделении правового обычая статусом источника права.

Исследование источников права в отдельной правовой семье позволяет проследить формирование их общих черт, проявление национальных особенностей и в конечном счете

определить, насколько сохраняется своеобразие источников права в данной правовой семье на современном этапе.

Природа правового обычая характеризуется несколькими особенностями, которые заключаются в том, что «он носит локальный характер и применяется в сравнительно небольших общественных группах людей; носит консервативный характер и закрепляет то, что сложилось в результате длительной общественной практики» [4, с. 89].

В определенных условиях государство к различным обычаям относится по-разному: может запрещать, одобрять, развивать их.

А.А. Демичев, О.В. Исаенкова считают, что «правовой обычай (то есть обычай, на который дана отсылка в нормативном правовом акте и реализация которого обеспечивается санкциями государства) является в Российской Федерации дополнительным источником права. В большей степени (хотя это положение не абсолютно) применение правовых обычаев характерно для отраслей частного права» [5, с. 17].

И.Ю. Богдановская правовой обычай относит к вторичным источникам права [6, с. 69]. Она полагает, что «роль правового обычая также различается. В английском праве правовые обычаи формировались еще в саксонский период. Они складывались на территории страны, также заимствовались германские обычаи» [6, с. 69].

Правовая доктрина стран «общего права» проявляет активный интерес к правовому обычаю. Классикам аналитического позитивизма, исходящим из понимания права как приказа суверена, пришлось обосновывать, почему правовой обычай признается источником права. Следуя основному положению о верховенстве государства над правом, они стремились доказать, что обычай становится правовым только после факта его признания со стороны государства. По мнению Богдановской, «из таких рассуждений возникал вопрос о соотношении судебного прецедента и правового обычая» [6, с.69]. Полагаем, что

суды устанавливали судебные прецеденты, в которых, в том числе, содержались элементы правовых обычаев. В результате этого на первоначальном этапе развития системы общего права судебный прецедент рассматривался как часть обычного права.

Развитие судебного прецедента и увеличение его роли в системе источников англосаксонского права поменяло его соотношение с правовым обычаем. В современной науке и правоприменительной практике прецедентное право включает в себя правовые обычаи.

В.К. Белов, А.Ф. Воронов, Е.Н. Голенко под правовым обычаем понимают «общеобязательное правило поведения, сложившееся в результате длительного повторения людьми определенных действий, благодаря чему оно установилось как устойчивая норма. Правовой обычай соблюдается в силу целесообразности или традиции и обеспечивается мерами государственной защиты». Авторы полагают, что «правовые обычаи прямо не зафиксированы в законодательстве, но используются в гражданском, семейном, земельном и некоторых других отраслях права. Роль правового обычая и сфера его применения невелики. Чем выше нормативная урегулированность какой-либо сферы общественных отношений, тем меньше роль и сфера действия правового обычая» [7, с. 135].

Думается, что с данной позицией согласиться в полной мере нельзя. Полагаем, что в современной правовой литературе стран «общего права» правовой обычай рассматривается как самостоятельный источник права, но не играющий вместе с тем существенной роли и подчиненный прецедентному праву.

Неопозитивистами правовой обычай был использован в качестве удобного объекта для подтверждения несостоятельности основного тезиса классиков аналитического позитивизма о том, что право создается посредством приказа суверена. Если исходить из того, что обычай становится

правовым только вследствие судебного признания, то получается, что одни источники права (как, к примеру, статут) являются таковыми вне зависимости от судебного признания, а другие – только в результате судебного применения. Неопозитивисты обосновывали правовой обычай, ссылаясь на правило признания.

В результате того, что правовая доктрина не заняла ясно очерченной позиции в определении правового обычая как источника права, ее задачу выполняет судебная практика. Однако суды также осторожно формулируют свою позицию, особенно в тех областях, где изменение обычая может привести к существенным политическим изменениям.

Правовой обычай является одним из древнейших и важнейших для ранних правовых систем источников права. Характерные черты и особенности правовых обычаев в основном совпадают с типичными признаками неправовых обычаев с той весьма существенной разницей, что первые, будучи санкционированы государством, приобретают юридическую силу и обеспечиваются в случае их нарушения государственным принуждением. В то же время неправовые обычаи, не обладая юридической силой и не будучи источниками права, обеспечиваются лишь общественным мнением.

Возникает ряд проблемных моментов к требованию, которым должен отвечать правовой обычай. Немаловажным является вопрос об эффективности воздействия правового обычая на общественные отношения. Существует несколько ответов на данные вопросы.

Так, по мнению Г.Ф. Шершеневича, правовой обычай должен отвечать следующим требованиям: «а) содержать в себе нормы, которые “основываются на правовом убеждении” и проявляются “в более или менее частом применении”; б) не противоречить разумности; в) не нарушать добрых нравов; и г) “не иметь в своем основании заблуждения”. О наличии правового обычая можно говорить лишь тогда, когда “в осно-

вании однообразной повторяемой нормы лежит правовое сознание или народное убеждение...» [8, т. 1, с. 440].

С точки зрения английского правоведа Н. Салмонда, правовой обычай должен быть прежде всего разумным; не противоречить статутному праву (законам); быть установленным «как бы по праву», без использования силовых средств, и должен иметь характер старинного обычая, существовать с «незапамятных времен» [9, с. 199].

При этом понятие «разумности» правового обычая в одних случаях связывается с фактом участия в процессе его применения присяжных заседателей, в других же – в случае неучастия последних в деле – с фактом рассмотрения дел несколькими судьями или даже одним судьей. Что же касается требования, предъявляемого к правовому обычаю, иметь характер обычая с «незапамятных времен», то в качестве такового в Великобритании считается обычай, существующий с 1189 года.

По мнению французского правоведа М. Ориу, непереносимое требование, которому должен отвечать правовой обычай как источник национального права, – это требование, чтобы он «являлся результатом функционирования того или иного национального института» и существовал в рамках «процедур, свойственных всей национальной жизни». Если же всего этого не происходит, то на такие обычаи и традиции «нельзя ссылаться перед судьей даже в тех странах, которые в принципе допускают авторитет обычая» [10, с. 138].

Исторически правовой обычай как источник права предшествует всем другим источникам права. Впервые он возникает на переходном этапе от первобытнообщинной, до государственной организации общества, к государственной в результате санкционирования существующих обыкновений нарождающимися государственными структурами.

С древних времен в государственно-организованных обществах правовой обычай занимал ведущее положение. Так, в

Древнем Риме, например, из правовых обычаев складывались важнейшие отрасли и институты права. Среди обычаев выделялись обычаи предков, обычаи, сложившиеся в практике магистратов.

Исследователи римского права отмечают, что в течение долгого времени Древний Рим не знал писаных законов вообще. При простоте хозяйственного строя и всей общественной и государственной жизни, при неразвитости товарооборота в законах просто не было необходимости. Издание закона как общего акта к тому же вызывало, особенно на ранних этапах развития римского общества, большие трудности. В силу этих и иных причин повсеместно действовало обычное право. Предание гласит, – писал в связи с этим известный российский ученый И.Б. Новицкий, – будто еще в царский (дореспубликанский) период издавались *leges regiae* – царские законы (в частности, легендарному царю Сервию Туллию приписывается 50 законов о договорах и деликтах), что недостоверно. Даже исторический памятник – законы XII таблиц (V в. до н.э.) – по существу представлял собой, по-видимому, преимущественно кодификацию обычаев с некоторыми позаимствованиями из греческого права.

Исходя из вышеизложенного, следует сделать вывод о том, что развитие общественных отношений, становление государства привело к постепенному вытеснению правового обычая, а вместе с ним и обычного права. Отнесение правового обычая к второстепенным источникам права возникло с учетом развития и возникновения централизованной власти, государственных институтов и образований, которые способствовали процессу их вытеснения, замены нормами правового содержания, предписаний закона.

В настоящее время правовой обычай и его место незначительно в системе форм (источников) права большинства стран. Полагаем, что если речь идет о действии правового обычая в масштабах региона, страны (обычаи торгового мореплавания,

обычаи портов, международные обычаи), то актуальность данного института остается приемлемой.

На наш взгляд, следует не упускать и оценивать должным образом значительную роль правового обычая с точки зрения его положения в иерархии форм права, эффективности и перспектив использования в различных сферах правового регулирования.

Возникновение крупных государственных образований централизованной власти, процесс замены правовых обычаев законами и другими нормативно-правовыми актами ускорился. Изменения общества и государства привели к тому, что правовой обычай был вытеснен законами. Поэтому правовой обычай стал второстепенным источником права. Однако их не следует недооценивать. Существуют наглядные примеры, которые свидетельствуют о том, что обычаи торгового мореплавания, обычаи портов, международно-правовые обычаи действуют и в масштабе крупных регионов, и в масштабе страны.

Правовой обычай остается важнейшим источником права прошлого и настоящего времени. Оптимальный механизм реализации и формализации санкционирования правовых обычаев в законодательстве следует учитывать при реформировании и построении правового государства России.

### Список литературы

1. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1997.
2. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. Т. 1. Основы. М.: Международные отношения, 1998.
3. Теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. М.: «Зерцало», 2009.



4. Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М.: Юристъ, 2009.

5. Демичев А.А., Исаенкова О.В. Нетрадиционные источники гражданского процессуального права России // «ЭЖ-ЮРИСТ». 2006. № 33.

6. Богдановская И.Ю. Понятие источника права // Право и политика. 2007. № 1.

7. Белов В.К., Воронов А.Ф., Голенко Е.Н. и др. Военное право: Учебник. М.: «За права военнослужащих», 2004.

8. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Т. I–II. Москва: Издание Бр. Башмаковых, 1910.

9. *Salmond N. Jurisprudence. L., 1982.*

10. Оriu М. Основы публичного права / Пер. с франц. М.: Изд. Ком. Акад., 1929.

**Научный руководитель** – С.А. Иванов, кандидат юридических наук, доцент