

Исследуется правовой обычай как первый из источников права. Правовой обычай долгое время занимал основополагающее место в формировании всей системы права. В настоящее время в большинстве современных и развитых стран господствует верховенство письменных источников права (нормативно-правовые акты), а значимость обычая стала резко уменьшаться. В связи с этим возникают казуистические ситуации при практическом применении нормативно-правовых актов и установившихся правовых обычаев, легализованных государством. На основании этого исследование современного положения правового обычая в системе российского права признается актуальной необходимостью для единообразного ведения дел и соблюдения принципов равенства и справедливости.

Важным моментом является то, что правовой обычай остается неотъемлемой частью жизни общества и не может игнорироваться правовой системой, так как именно он изначально определял границы дозволенности и морали, а потому надлежит основывать законотворческую деятельность в соответствии с существующими правовыми обычаями, искореняя те, что противоречат базовым конституционным принципам или потребностям современного общества.

Ключевые слова: обычай; обычное право; правовой обычай; источник права.

Ирина Михайловна Максимова, канд. юрид. наук, доцент,
кафедра «Теория и история государства и права»,
ФГБОУ ВО «Тамбовский государственный университет
имени Г. Р. Державина», Тамбов, Россия;
irma_tmb@mail.ru

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА: ИСТОРИЧЕСКИЙ И ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТЫ

Введение. Длительный период изучения обычаев разных народов, в том числе и правовых, позволил сделать вывод о том, что данная форма права является первой и старейшей. В этом сходятся все исследователи данного вопроса.

Более того, считается, что обычай (для того времени использование слова «правовой» не логично) являлся одним из главных инструментов формирования общества и поддержания его жизнеспособности. Складываясь под влиянием внешних факторов, он передавался поколение в поколение в незакрепленной (устной) форме и помогал людям определять границы приемлемого поведения, порядок разрешения споров или конфликтов.

Силу и стойкость обычая составляли длительность его образования (что позволяло множество раз испробовать его на практике), а также то, что он исходил «снизу», то есть от народа, наилучшим образом выражая волю последнего.

Обсуждение. Трансформация родового, а затем общинного строя в более сложные системы заставляла людей уже в древние времена задумываться о месте обычая в жизни общества и о том, может ли формирую-

щаяся на том этапе государственная власть по своему желанию менять и отменять обычаи. Как показала историческая реальность – нет.

Первоначально государственной власти приходилось не то, что считаться со сложившимися на определенной территории обычаями, но и доказывать создаваемые государством правила (прообразы законов) этими самыми обычаями. То есть начинается процесс нормативного закрепления обычаев.

Государство стремилось по мере увеличения своего собственного авторитета не просто закреплять существующие обычаи, предавая им легальный и нормативный статус (здесь уже можно говорить о формировании «правового» обычая), но и искоренять те обычаи, которые противоречили целям государства и вектору развития.

В наиболее ранних цивилизациях (Вавилон, Древняя Греция и Древний Рим) формирование системы права было полностью сопряжено с работой над нормативным закреплением обычаев. Так, одни из первых законодательных сборников: Законы Ману, Законы Хаммурапи, Законы XII таблиц были не чем иным, как сведенными вместе и нормативно оформленными обычаями, получившими одобрение государства.

Важно отметить, что в рассматриваемый исторический период письменное право только начинало формироваться, и действовало на ряд ограниченных сфер (например, в Древней Греции первоначально на судебную и административную). В связи с чем теоретики и практики того времени придерживались мнения о необходимости формирования нормативных актов на основе поддерживаемых населением обычаев.

В древнекитайском трактате дается довольно хорошее описание данной ситуации: «когда законы устанавливаются без учета обычаев народа, то люди перестанут им подчиняться и ничего не удастся достигнуть» [4, с. 74].

Римское право, которое легло в основу большинства правовых систем, так же долгое время основывалось в основном на так называемом обычном праве.

В исторической и правовой литературе под обычным правом понимается «система правовых норм, основывающихся на обычае, регулирующая общественные отношения в данном государстве, в определенной местности либо для данной этнической или социальной группы» [3, с. 93].

Зачастую областями применения обычного права долгое время оставались сферы наследования, семейно-брачных отношений, ведения сделок и другие.

Применительно к истории нашей страны можно сказать, что «Русская правда», наравне с «Салической» и «Баварской» являлись ни чем иным, как систематизированными сборниками обычаев, принимаемых обществом для решения вопросов на протяжении длительного периода. Во времена феодальной раздробленности доля нормативных актов, которые принимались государством без базирования на обычаях, были не столь существенны.

По мере роста силы государственной власти необходимость в подкреплении принимаемых законов консервативными традициями отпала, и государство смогло выработать принципы правотворческой деятельности. Теперь уже соблюдение законов поддерживалось не только «привычкой»

общества, но и силой государственного принуждения. В нашей стране этот период совпал с реформаторской деятельностью Петра Великого (то есть начало XVIII века).

И хотя обычное право претерпело существенные изменения, оно оставалось одним из источников права. Дело в том, что государство зачастую просто санкционировало правовой обычай, превращая его в нормативно-правовой акт, который обязателен к исполнению, в связи с чем и менялась сущность явления.

В современном мире правовой обычай остается наиболее сильным источником права в странах Латинской Америки, Юго-Восточной Азии и Африки. В странах Европы он наиболее заметен в консервативных странах, к примеру, в Соединенном Королевстве, а также в международной торговле и международных сделках, отчасти упрощая процесс коммуникации.

Рассмотрев довольно кратко исторический путь трансформации правового обычая как источника права, можно сделать вывод, что с позиции первого и главенствующего он сместился на второй и вспомогательный в большинстве стран мира. Его существование объясняется полезностью для общества и стабилизирующей функцией.

Для того чтобы понимать, что подразумевается в современной научной литературе под «правовым обычаем», обратимся к определениям, на которых строится большинство научных трудов. Они все однотипны и лишь меняют словесную оболочку без перемены смысла. В связи с этим предлагается следующее определение, которое является наиболее полным.

Правовой обычай – это «сложившееся в результате многократного, длительного применения, общепризнанное (в том числе государством) и повсеместно используемое в какой-либо сфере социальных взаимодействий правило, официально не зафиксированное в каком-либо нормативно-правовом акте» [5, с. 180].

Исходя из определения, сразу же вытекают ключевые признаки правового обычая:

– длительность формирования. Первоначально правовые обычаи складывались на правилах, применяемые как минимум одним поколением (около 50 – 70 лет). Однако в настоящее время, с нашей точки зрения, логично говорить, что понятие длительности становится относительным и зависит как от конкретной правовой системы и национальных традиций, так и конкретной ситуации;

– общепризнанность. Правовой обычай, несмотря на отсутствие закрепления его в качестве письменного закона, должен, так или иначе, быть известен определенной группе лиц, на которых он распространяется. Ранее это выражалось в фольклоре, сейчас же в принципах профессиональной деятельности в той или иной области, сложившихся не писаных правилах работы между организациями или в «общеизвестных фактах и практиках», которые признаются теми, на кого они направлены. Немаловажно указать, что общепризнанность касается и государства как правотворческого органа. Если какой-либо обычай противоречит действующему законодательству, то он не может считаться общепризнанным;

– многократность применения. Считается, что использовать правовой обычай можно в том случае, если его многократное применение в прошлом носило положительный эффект (ускоряло процесс рассмотрения дел, способствовало соблюдению принципа справедливости или помогало избежать длительных переговоров и обсуждений, давая сторонам удовлетворение их потребностей). Если же применение данного принципа приводит к возникновению отрицательных последствий, он не имеет права считаться правовым обычаем;

– незафиксированность. Оговоримся, что имеется в виду не то, что правовой обычай не зафиксирован нигде, а то, что он не отражен в действующих нормативно-правовых актах. Более того, если этот обычай отражается в деловых бумагах, протоколах и других подобных вещественных носителях информации, то это позволяет ускорить его использование в ходе судебных разбирательств;

– локальность. Нормативно-правовые акты, установленные государством, действуют на территории всей страны или определенных субъектов и касаются всех граждан или отдельных категорий. В то время как правовой обычай куда более специфичен и может касаться небольшой территории или незначительной группы лиц (иногда принимая почти «индивидуальный характер»);

– непротиворечивость. Как уже отмечалось ранее, правовой обычай не может противоречить действующему законодательству. В связи с этим странам, принимавшим конституцию и стремившимся к демократизации политического строя, приходилось часто бороться с кровавыми и неконституционными обычаями (кровная месть, непризнание за женщинами гражданских прав и т.д.).

Рассмотрев определение и признаки правового обычая, следует перейти к проблемным аспектам санкционирования государством правового обычая. К сожалению, мнения ученых-правоведов по этому вопросу существенно разделились и в большинстве своем носят политизированный оттенок (то есть исходят из интересов политической сферы и существующего государственного строя).

Так, например, правоведы, изучающие англо-саксонскую ветвь права, выражают в своих трудах возможность санкционирования обычая через судебные решения, в которых он отражен. Это связано с высокой силой судебного прецедента в данной ветви власти. В частности, в Соединенном Королевстве активно использовалось санкционирование обычаев через судебные решения, а институт судебного прецедента делал возможным дальнейшую опору на него в более поздних разбирательствах.

В качестве положительных последствий можно назвать ускорение процесса принятия обычая в качестве зафиксированного источника и отсутствие необходимости каждый раз доказывать его существование и легитимность. С другой стороны, абсолютизация данной функции за судами приведет в итоге к казуистическим заключениям и путанице в судебных разбирательствах, когда судить будут не по букве закона, а по обычаям и традициям, что может привести к деградации правовой системы.

Ряд исследователей, например, С. Л. Зивс, придерживаются мнения, что государству надлежит санкционировать лишь возможность приме-

ния обычаев и косвенно давать ссылки на них, оставляя остальную работу судам [2, с. 45]. И здесь возник вопрос, могут ли суды считать признанными правовые обычаи, по поводу которых государство «промолчало».

Ученые-юристы сошлись во мнении, что «молчаливого согласия» государства в данном вопросе быть не может [1, с. 126]. Использовать правовой обычай в той сфере, где его применение государством не установлено, нельзя. Это отчасти объясняется слабостью советской власти в первый период после Гражданской войны и засильем обычаев в решении вопросов между крестьянами. Государство было вынуждено разрешить применение обычаев в данной сфере хотя бы для того, чтобы избежать беззакония и путаницы в дальнейшем.

Следует отметить, что в современном мире господствует точка зрения о необходимости государственного одобрения как на использование обычаев в практике, так и на указание, в каких вопросах они могут быть применимы. В результате правовой обычай становится основой для будущего закона. Важно отметить, что принятие нормативно-правового акта, содержащего обычай, превращает его в закон и наделяет соответствующей силой.

Заключение. Правовой обычай – это источник права с определенной спецификой и незакрепленный в законодательных актах, но используемый в юридической практике. Сложность использования правового обычая на практике в нашей стране сводится к его доказательству в ходе судебного разбирательства, а также в том, что суды зачастую используют его как вспомогательный аргумент (инструмент), но количество арбитражных дел, в которых даются ссылки на правовой обычай или обычай делового оборота с каждым годом растет. Несоответствие теоретических концепций реальным ситуациям вынуждают теоретиков и практиков искать компромисс и продолжать изучать данное явление. Одной из главных причин этого – казуистичность правовых обычаев и их неоднозначность в практическом применении.

Список литературы

1. **Бошно С. В.** *Формы российского права: монография.* М.: Право и закон, 2004. 319 с.
2. **Зивс С. Л.** *Источники права.* М.: Наука, 1981. 239 с.
3. **Лазарев В. В., Липень С. В.** *Теория государства и права: учеб. для вузов.* Изд. 3-е, испр. и доп. М.: Спарк, 2004. 527 с.
4. **Шан Цзюнь Шу.** *Книга правителя области Шан / Пер. с кит. Л. С. Переломова.* М.: Ладомир, 1993. 392 с.
5. **Ярмонова Е. Н.** *Правовой обычай как источник права // Международный журнал гуманитарных и естественных наук.* 2019. № 2-2. С. 180 – 182.

References

1. **Boshno S. V.** *Formy rossiyskogo prava: monografiya* [Forms of Russian law: monograph], Moscow: Pravo i zakon, 2004, 319 p. (In Russ.).
2. **Zivs S.L.** *Istochniki prava* [Sources of law], Moscow: Nauka, 1981, 239 p. (In Russ.).

3. **Lazarev V.V., Lipen' S.V.** *Teoriya gosudarstva i prava: ucheb. dlya vuzov* [Theory of state and law: textbook. for universities], Izd. 3-ye, ispr. i dop. Moscow: Spark, 2004, 527 p. (In Russ.).

4. **Shan Tszyun' Shu, Perelomov L.S. (Trans.)** *Kniga pravatelya oblasti Shan* [The book of the ruler of the Shan region], Moscow: Ladomir, 1993, 392 p.

5. **Yarmonova Ye.N.** [Legal custom as a source of law], *Mezhdunarodnyy zhurnal gumanitarnykh i yestestvennykh nauk* [International journal of the humanities and natural sciences], 2019, no. 2-2, pp. 180-182. (In Russ.).

Legal Convention as a Source of Law: Historical and Theoretical Aspects

I. M. Maksimova, *Cand. Sci. (Law), Associate Professor,
Department of Theory and History of State and Law,
Derzhavin Tambov State University, Tambov, Russia;
irma_tmb@mail.ru*

The article examines legal custom as the first source of law. For a long time legal custom has occupied a fundamental place in the formation of the entire system of law. At present, in most modern and developed countries, the supremacy of written sources of law (regulatory legal acts) dominates, and the importance of custom has begun to decline sharply. In this regard, casuistic situations arise in the practical application of normative legal acts and established legal customs legalized by the state. On the basis of this, the study of the current position of legal custom in the system of Russian law is recognized as an urgent need for a uniform conduct of business and compliance with the principles of equality and justice.

An important point is that the legal custom remains an integral part of the life of society and cannot be ignored by the legal system, since it was he who initially determined the boundaries of permissibility and morality, and therefore it is necessary to base legislative activity in accordance with existing legal customs, eradicating those that contradict the basic constitutional principles or the needs of modern society.

Keywords: custom; customary law; legal custom; source of law.

© И. М. Максимова, 2021

Статья поступила в редакцию 01.07.2021

При цитировании использовать:

Максимова И. М. Правовой обычай как источник права: исторический и теоретический аспекты // *Право: история и современность*. 2021. № 4(17). С. 59 – 64. doi: 10.17277/pravo.2021.04.pp.059-064