

ВИЛЬНЮССКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

ЕЛЕНА ВЛАДИМИРОВНА ЦАРЕГОРОДСКАЯ

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ: СУЩНОСТЬ И МЕХАНИЗМ ДЕЙСТВИЯ

Докторская диссертация
Социальные науки, право (01S)

Вильнюс, 2014

Диссертация защищается экстерном

Научный консультант:

проф. др. Евгений Маховенко (Вильнюсский университет, социальные науки, право – 01S)

VILNIAUS UNIVERSITETAS

ELENA VLADIMIROVNA TCAREGORODSKAIA

TEISINIS PAPROTYS: ESMĖ IR VEIKIMO MECHANIZMAS

Daktaro disertacija
Socialiniai mokslai, teisė (01S)

Vilnius, 2014

Disertacija ginama eksternu

Mokslinis konsultantas:

prof. dr. Jevgenij Machovenko (Vilniaus universitetas, socialiniai mokslai,
teisė – 01S)

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	7
I. ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПОЗНАНИЯ ФЕНОМЕНА ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ	22
1. Теоретические характеристики сущности правового обычая.....	22
1.1. Философские категории «сущность» и «явление» как ключ к познанию феномена правового обычая.....	22
1.2. Обычай в контексте видимости, действия и психологической установки на совершение обязательных действий.....	26
1.3. Роль теорий происхождения права в познании процесса возникновения правового обычая.....	32
1.4. Отличительные свойства правового обычая, совокупность которых формирует его качественную определенность.....	35
1.5. Связь закона и обычая в правовой доктрине и практике Европы античной, средневековой, нового и новейшего времени.....	38
1.6. Вклад исторической школы права в познании правового обычая и её влияние на законодательную и судебную практики.....	47
1.7. Юридический позитивизм и правовой обычай.....	52
1.8. Противоположность обычая и закона.....	56
1.9. Материальный и психологический элементы правового обычая в трактовке исследователей от античности до начала XX века.....	61
1.10. Разработка проблемы материального и психологического элементов правового обычая в трудах современных исследователей.....	67
1.11. Дефиниции правового обычая.....	76
2. Юридический аспект содержания правового обычая.....	79
2.1. Философское обоснование категорий «форма права» и «содержание».....	79
2.2. Признаки, составляющие содержание правового обычая.....	83
2.3. Доказывание правового обычая в суде.....	92
2.4. Нормативность правового обычая.....	98
2.5. Виды обычно-правовых норм.....	107

2.6. Проблема разграничения правового обычая и других правовых регуляторов.....	110
II. МЕХАНИЗМ ДЕЙСТВИЯ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ.....	121
1. Характеристика механизма действия правового обычая.....	121
1.1. Циклы зарождения и реализации правового обычая.....	121
1.2. Роль принуждения в механизме действия правового обычая.....	128
1.3. Проблема санкционирования правового обычая государством.....	132
1.4. Механизм действия правового обычая как системы.....	140
1.5. Реализация обычая через правоотношение.....	143
1.6. Связь механизма правового обычая с правосознанием, общей и правовой культурой.....	145
1.7. Связь механизма правового обычая с механизмами правопорядка, законности и коммуникации.....	149
1.8. Легитимация правового обычая.....	152
2. Реализация правового обычая в современной системе права.....	159
2.1. Правовой обычай как подсистема метасистемы права.....	159
2.2. Правовой обычай в западных национальных правовых системах и международном частном праве.....	164
2.3. Правовой обычай в российской национальной правовой системе...	169
2.4. Решение проблемы юридической коллизии с участием правового обычая.....	177
ВЫВОДЫ.....	187
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ....	190
СПИСОК НАУЧНЫХ СТАТЕЙ АВТОРА ПО ТЕМАТИКЕ ДИССЕРТАЦИИ.....	216
СПИСОК НАУЧНЫХ КОНФЕРЕНЦИЙ, НА КОТОРЫХ БЫЛИ ОПУБЛИКОВАНЫ РЕЗУЛЬТАТЫ ДИССЕРТАЦИОННОГО ИССЛЕДОВАНИЯ.....	217
ОПИСАНИЕ ЖИЗНИ, НАУЧНОЙ И ТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АВТОРА ДИССЕРТАЦИИ (CV).....	218

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность исследования. Проблемы правового обычая привлекают к себе внимание исследователей вследствие теоретической и практической значимости правового обычая. Хотя его традиционно связывают с генезисом права, правовой обычай обладает не только исторической ценностью – среди разнообразия форм права обычай сумел сохраниться и занять определённое место в их системной иерархии, выполняя свойственную ему регулятивную роль. Несмотря на доминанту закона в правовых системах большинства стран правовой обычай по-прежнему воздействует на общественные отношения.

Правовой обычай интересен прежде всего тем, что он является одной из форм и показателей участия в правотворчестве негосударственных институтов. Свойственный западной традиции права плюрализм (по-мнению Г. Дж. Бермана, – ее важнейшее качество¹) предполагает наличие реальной альтернативы государственному правотворчеству, его процедурам и формам. Отказ от идеологизации и политизации права, плюрализм концепций и школ (заменивший диктат юридического позитивизма), конституционно закреплённая и реализуемая на практике (с преодолением немалых трудностей) доктрина правового государства в России и Литве создала благоприятные условия для развития институтов демократии и гражданского общества, в том числе и саморегулируемых негосударственных организаций². Инициирование указанными организациями правовых обычаев способно, с одной стороны, усилить позиции правового обычая в системе форм

¹ БЕРМАН, Г. Дж. *Западная традиция права: эпоха формирования*. Москва, 1998.

² Так, в контексте долгосрочной задачи развития гражданского общества в России принят Федеральный Закон от 01.12.2007 № 315–ФЗ «О саморегулируемых организациях» (*Российская газета*, 2007, 6 декабря, № 273), в соответствии с которым одним из признаков саморегулирования профессиональной и предпринимательской деятельности является разработка и установление стандартов и правил указанной деятельности.

права, с другой стороны, обострить проблемы его соотношения с законом.

Актуальность изучения и систематизации правового обычая прослеживается также в аспекте современного развития мирового сообщества, подверженного влиянию двух противоположных явлений – глобализации и национальной идентификации. Отчасти благодаря правовому обычаю реализуются и глобализация, основанная на правовой унификации, и национальная идентификация традиционных обществ, учитывающая национальное своеобразие культуры, в том числе и правовой. Россия и Литва вовлечены в эти процессы, поэтому с учётом современных реалий необходимы новые теоретико-методологические подходы к исследованию правового обычая, к решению связанных с ним теоретических проблем.

Имеющиеся исследования по рассматриваемой теме посвящены исторически первым правовым обычаям, этническим правовым обычаям, отраслевым правовым обычаям, что, при всех научных достоинствах работ указанной направленности, ведёт к абстрактному разделению видов правовых обычаев. Поэтому за рамками исследований остаётся сущностная основа, объединяющая практически все правовые обычаи. Открыт вопрос о том, каковы механизмы формирования и действия большей части правовых обычаев, что их отличает от иных социальных и правовых регуляторов. Кроме того, научные работы о правовом обычае ограничиваются отдельными аспектами его проблематики – соотношение обычая с законом, значение для него государственных санкций и т. п. Вместе с тем проявления правового обычая разнообразнее, спорные вопросы, связанные с ним, более содержательны. Для успешного функционирования системы права и развития правовой теории, для формирования методологии оценки эффективности правовых норм важным является решение вопросов сущности, содержания, понятия правового обычая, особенностей его формирования и действия,

соотношения с другими формами права, места правового обычая в системе права.

Помимо этого изучение правового обычая в целом расширяет представление о самом праве и вносит весомый вклад в решение проблем правопонимания. Не следует также упускать из виду, что правовой обычай как форма права представляет собой средство освоения и отражения окружающей действительности.

Прикладной аспект исследования состоит в том, что познание механизма формирования правового обычая делает возможным целенаправленное инициирование правовых обычаев в той сфере, где это необходимо и с тем содержанием, которое необходимо. Например, вместо предполагаемого принятия норм права в виде закона «Об электронной торговле» и подзаконных актов в сфере интернет-торговли, появилась бы возможность сохранить имеющееся сейчас создание самими хозяйствующими субъектами соответствующих норм в форме правового обычая, что могло бы снять напряженность в этих вопросах, появившуюся в России в конце 2013 г. – начале 2014 г.

Вспомним закон необходимого разнообразия (англ. *the law of requisite variety*), сформулированный одним из основоположников кибернетики Уильямом Россом Эшби в работе «Введение в кибернетику». В популярном изложении (для широкой аудитории) суть закона состоит в том, что сложность (разнообразие) системы управления (в нашем случае – права) должна соответствовать сложности управляемой системы (в нашем случае – совокупности общественных отношений). Управление направлено на уменьшение вероятности нежелательных состояний управляемой системы и увеличение вероятности желательных состояний, а достичь этого можно только за счёт увеличения разнообразия управляющей системы. Таким образом, огромное многообразие общественных отношений и сложность отраженных в них интересов предполагает не меньшее многообразие мер, способов, рычагов и форм правового воздействия. Добавить к уже

существующим правовой обычай – значит повысить управляемость системы. А ведь в этом и состоит предназначение права.

В том, что это не только теория, нас убеждает исторический опыт. Вспомним право средневековой Европы, обеспечившее управляемость весьма сложной даже по современным меркам системы отношений в сильно стратифицированном и иерархическом обществе. Надо полагать не случайным тот факт, что в новейшем учебнике истории права, изданным в Литве, плюрализм средневекового европейского права обоснован именно законом Эшби, вынесенным и в качестве эпитафии к соответствующему разделу³.

Целью работы является всестороннее исследование и переосмысление общетеоретических проблем правового обычая, направленное на познание его сущности, особенностей формирования и действия, а также определение его перспектив в системе права и способов повышения эффективности правового регулирования, использующего возможности правового обычая.

Исходя из указанной цели исследования, его основными **задачами** являются:

– выявить причины и исторические условия возникновения правового обычая, его сходство с обычаем как социальной нормой и отличия от последнего;

– определить основу сущности правового обычая и её особенности в разных исторических условиях;

– исследовать сущность правового обычая через призму его противоречия с законом в следующих аспектах:

а) причины перехода правового обычая в закон; качественное сравнение правового обычая и закона;

б) исторические условия соотношения правового обычая и закона;

– установить юридический аспект содержания правового обычая;

³ MACHOVENKO, J. *Teisės istorija*: Vilniaus universiteto vadovėlis. Vilnius: Registrų centras, 2013, p. 177.

– раскрыть механизм действия правового обычая в теоретико – правовом аспекте, определив циклы действия, процедуры, формы поведения субъектов, методы реализации, роль государства (его санкций), правосознания, правовой культуры;

– выявить характерные особенности механизма действия правового обычая как системы с целью получения целостного представления о нём;

– изучить реализацию правового обычая в современной системе права, влияние на него принципа иерархичности, возможные способы предотвращения противоречий между обычаем и законом.

Объектом исследования выступает правовой обычай как явление социальной и правовой данности. Предметом исследования является понятие правового обычая, которое в абстрактно-теоретической форме выражает знание о нём. Предмет составляют объективные признаки правового обычая, закономерности его возникновения, функционирования и развития как самостоятельной формы права в его понятийно-правовом постижении и выражении.

Методологическая основа исследования. Исследование осуществлялось на основе плюралистического подхода, который предполагает многообразие методологических правил, применяемых совместно. К числу использованных методов принадлежат: методы сравнительного и исторического правоведения, формально-юридический метод; общенаучные методы (анализ, синтез, индукция, дедукция, аналогия, абстрагирование, сравнение, конкретизация); социально-психологический метод; также был задействован системный подход. Особое место в данном ряду занимает диалектический метод познания явления правового обычая (диалектический метод в научной интерпретации Г. В. Ф. Гегеля).

Степень научной разработанности темы. Теоретическая основа исследования. По проблематике правового обычая автором исследован большой спектр научной литературы, относящейся к различным направлениям – теория и история государства и права, отраслевые

юридические специальности, антропология, этнология, этнография, социология. Начало изучению правового обычая положила римская правовая традиция (Юлиан, Павел, Каллистрат, Ульпиан, Гермогениан), чьи положения о правовом обычае получили широкую доктринальную обработку в работах представителей школы глоссаторов (Ирнерий, Вакарый, Булгар, Ацо) и постглоссаторов (Бартол, Балд). Неоценимый вклад в развитие научных представлений о правовом обычае внесла историческая школа права (Ф. К. Савиньи, Г. Ф. Пухта). Правовой обычай получил достаточно весомую поддержку в трудах представителей социологического, антропологического, этнологического научных направлений (К. фон Бенда-Бекман, Г. Вудман, Ж. Гурвич, Ж. Карбонье, Э. Ламбер, А. Леви-Брюль, К. Леви-Строс, Б. Малиновский, Л. Морган, Г. Мэн, А. Рэдклифф-Браун, Л. И. Петражицкий, П. Сорокин, Э. Тэйлор, Н. Рулан, Е. Эрлих). Правоведы позитивистского толка (Д. Остин, Р. Иеринг, Г. Еллинек, П. Эртманн) выражали традиционное для данного направления скептическое отношение к правовому обычаю, занижая его роль в правовом регулировании.

В истории российского правоведения изучение правовых обычаев началось под влиянием исторической школы права в XIX в. Данная научная направленность проявляется в трудах таких учёных дореволюционного периода, как М. Ф. Владимирский-Буданов, Ю. С. Гамбаров, А. Я. Ефименко, Н. П. Загоскин, К. Д. Кавелин, М. М. Ковалевский, А. Ф. Кистяковский, Н. М. Коркунов, В. И. Лебедев, Д. И. Мейер, С. А. Муромцев, П. И. Новгородцев, С. В. Пахман, В. И. Синайский, В. И. Сергеевич, В. М. Хвостов, Г. Ф. Шершеневич.

В межвоенной Литве интерес исследователей к правовому обычаю можно охарактеризовать как прикладной – П. Ляонас, К. Шалкаускис, С. Беляцкинас искали ответа на вопрос, в каких именно случаях литовские суды имеют право или обязанность руководствоваться правовым обычаем. Понятно, что в условиях вынужденного партикуляризма частного права Литвы, временного действия в ней части законодательства

бывшей Российской империи, фундаментальные исследования природы правового обычая должны были уступить место решению актуальных проблем правоприменения.

В российской и литовской науке советского периода правовой обычай считался пережитком прошлого; атрибутом традиционных систем права; явлением, которое имеет место быть в международном публичном и международном частном праве; как действующая, самостоятельная форма права государственной системы права он отрицался. По указанным причинам правовой обычай не был объектом специальных исследований (возможно единственное исключение – очерк по теории обычного права А. С. Доброва), он изучался в контексте тем, посвящённых формам права и источникам права (Н. Г. Александров, С. А. Голунский, Д. А. Керимов, С. Ф. Кечекьян, А. Ф. Шебанов, С. Л. Зивс, И. Б. Новицкий), истории зарождения права (Л. Е. Куббель, А. И. Першиц, Х. М. Думанов, Д. Ж. Валеев), традиционным явлениям в обществе (В. Д. Плахов, И. В. Суханов, Б. Я. Токарев), международному публичному праву и международному частному праву (И. С. Зыкин), традиционным системам права (Е. И. Сеницына, М. А. Супатаев, Г. И. Муромцев). Литовские исследователи К. Яблонскис, С. Вансявичюс исследовали правовой обычай лишь как объект истории права, начальный этап становления литовской правовой системы.

Нельзя сказать, что после восстановления независимой Литовской Республики в 1990 г. исследователи обходили вниманием правовой обычай – наряду с другими источниками права о нем говорится в учебниках теории права (А. Вайшвила, С. Вансявичюс, Э. Спруогис и др.) и истории права (Е. Маховенко, М. Максимайтис, А. Андриулис и др.), однако, пожалуй, лишь одну статью (Г. Ластаускиене и Э. Шимашюс) можно считать попыткой возбудить интерес к изучению природы правового обычая. Зато в России в постсоветский период наблюдается всплеск научного интереса к проблематике правового обычая, появляются работы, рассматривающие его с разных позиций,

переосмысливающие значение правового обычая. Значительный вклад в актуализацию проблематики правового обычая внесли исследования И. Л. Бабич, А. И. Ковлера, С. С. Крюковой, И. Б. Ломакиной, Г. В. Мальцева, Н. И. Новиковой, Л. Г. Свечниковой, Ю. И. Семёнова. Также вопросам, касающимся правового обычая, посвящены работы С. В. Бошно, Д. Г. Грязнова, Н. И. Кочетыговой, М. Н. Марченко.

Источниковедческая основа исследования. Источники настоящей работы составили нормативно-правовые и судебные акты Российской Федерации; нормативно-правовые акты Российской империи; международные нормативно-правовые акты. Для сравнительного анализа были привлечены нормативно-правовые и судебные акты некоторых европейских стран. В работе не использовались правовые обычаи международного публичного права в силу того, что исследование их сущности и механизма действия не является целью настоящего исследования.

Научная новизна работы. Анализ литературы, посвящённой правовому обычаю, показывает две основные тенденции в его теоретическом исследовании: 1) Первоначально сущность правового обычая изучалась в формате структуры, состоящей из материального (повторяющиеся действия) и психологического элементов (убеждение в необходимости повторяющихся действий), степень влияния каждого из элементов на формирование сущности обычая, значимость каждого из элементов. К данной направленности исследований научный интерес был утрачен в начале XX в., и в последующем, вплоть до настоящего времени, сущность правового обычая рассматривается с позиции установления его признаков, особенно в части государственной санкционированности. Государственное санкционирование рассматривается как необходимое условие отнесения обычая к правовым формам. 2) Изучение действия правового обычая в контексте его соотношения с законом; его способности противоречить закону, отменять закон; его регулятивных возможностей; в контексте отношения к нему государства. В настоящее

время данная научная тенденция занимает доминирующее положение при исследовании правового обычая, предлагая способы предотвращения противоречий между правовым обычаем и законом.

Вместе с тем, только исходя из понимания сущности правового обычая, особенностей его формирования можно объяснить противоречие между ним и законом, обосновать практическое соотношение между обычаем и законом и закономерности этого соотношения, а также прогнозировать направления его развития. Благодаря знанию сущности правового обычая раскрываются также тенденции изменения и развития самой этой сущности. Кроме того, заданный ещё римской юриспруденцией подход, при котором сущность правового обычая представляется в виде двух элементов (материального и психологического) обоснован. Поэтому характеристика сущности правового обычая, ограниченная исключительно установлением его свойств, является недостаточной. Важным также является самостоятельное существование правового обычая, а не только в фокусе его соотношения с законом. Постоянное присутствие правового обычая в социальной практике ставит под сомнение абсолютную значимость для него государственных санкций и делает необходимым выяснение причин общественного авторитета правовых обычаев.

В связи со сказанным в работе сущность правового обычая исследуется в традициях римской юриспруденции – как дуализм повторяющихся действий и убеждения в их необходимости. При этом полярность сущности правового обычая актуализировала использование в работе диалектического метода познания, который помог увидеть противоречивую сущность правового обычая как взаимодействие двух противоположностей (действий и убеждения в их необходимости), находящихся в единстве. Выявление сущности правового обычая в таком виде позволило исключить из круга его сущностных признаков санкционированность государством, невозможность противоречия закону. Государственное санкционирование является потенциальным,

непроявленным свойством правового обычая в современном государственно-организованном обществе, которое относится не к сущности, а к содержанию правового обычая. Диалектическое понимание сущности правового обычая послужило основанием для рассмотрения механизма действия правового обычая как автономной системы, состоящей из множества взаимосвязанных элементов. Определение структуры данной системы, выявление её внутренних интегративных связей и связей с другими подсистемами системы права, способов передачи информации внутри системы, позволили установить самостоятельный характер действия правового обычая, свободный от влияния государства и закона. В работе правовой обычай и закон не подвергаются абстрактному разделению как крайности, а, напротив, представлены как противоположности, взаимоисключающие, взаимопроникающие и находящиеся в неразрывном единстве. Данное отрицательное единство обнаруживает и реализует сущности обычая и закона. Такое понимание взаимодействия правового обычая и закона способствует более полному восприятию целостности системы права. Изложенные концептуальные идеи, положенные в основу исследования, сообщают ему научную новизну.

Кроме того, привлечение в работе междисциплинарных научных данных, посвящённых правовому обычаю, наряду с творческим применением плюралистической модели исследования, включающей среди прочих диалектический метод познания правового обычая и системный подход, обеспечили самостоятельный характер исследования правового обычая, формулирование собственного его определения. Предложенная теоретическая конструкция выявляет источники эффективности правового обычая и его регулятивные возможности в системе права, что способствует совершенствованию функционирования системы права.

Теоретико-правовые, историко-правовые исследования, посвящённые проблематике правового обычая, опираются зачастую

только на этнические, или отраслевые, или исторически ранние правовые обычаи. В рамках работ указанной направленности остаётся открытым вопрос о том, что является объединяющей основой для практически всех правовых обычаев. Особенностью данной работы является подтверждение её отдельных положений обычаями делового оборота, международными торговыми обычаями, примерами современной юридической практики. Это обстоятельство, а также использование научных результатов и выводов, основанных на анализе разных видов правовых обычаев, позволили определить единые для большинства правовых обычаев (этнических и неэтнических; современного общества, ранних государств, обычаев традиционных обществ; за исключением обычаев международного публичного права) сущность и механизм действия.

Проведенное исследование позволяет сформулировать следующие новые или содержащие элементы новизны положения:

1. Правовой обычай – правило поведения, характеризующееся такими свойствами, как общественная значимость, обязательность, общественная санкционированность, нормативность, степень развития которых значительно превышает их степень развития в неправовом обычае, но уступает степени их развития в законе; сущность которого образует противоречивое единство многократно повторяющихся единообразных действий и убеждения в их необходимости; способствующее реализации субъективных интересов и всеобщего интереса через их взаимное проникновение; действующее в пределах определённой социальной группы; противоречие которого с законом в условиях государства является источником их движения и жизненности.

2. В исторических условиях перехода к производящей экономике в раннепервобытной общине, которые требовали большей стабильности общественных отношений, внутреннее противоречие обычая стало причиной появления правового обычая. В свою очередь, внутреннее противоречие правового обычая между действиями и убеждением в

необходимости их совершения закладывает в нём потенциальную возможность возникновения закона, которая исторически впервые реализовалась в условиях централизации государственной власти, необходимости обеспечения целостности общества.

Переход обычая в правовой обычай, а правового обычая – в закон всегда осуществляется скачкообразно: накапливающиеся на протяжении длительного времени количественные изменения однажды превышают допустимую меру (при которых сущность не изменяется) и приводят к появлению нового качества, составляющего уже новую сущность.

Правовой обычай и закон не исключают друг друга, напротив, их отрицательное единство в системе права государственно-организованного общества неизбежно и необходимо, поскольку представляет собой для каждого из них возможность вернуться в своё основание и не погибнуть.

3. Содержание правового обычая в юридическом аспекте включает в себя его сущность, а также общие для всех форм права признаки (общественная значимость, общеобязательность, нормативность, санкционированность, формальная определенность, системность) и специфические свойства, определенные его сущностью (повторяемость, однородность (единообразие), продолжительность (долговременность, распространенность), определенность, локальность, необходимость доказывания в суде. При этом обосновано, что государственное санкционирование относится не к сущности, а к содержанию правового обычая, являясь непрямым свойством обычая. В отличие от судебного прецедента, в котором мера санкционированности выражена более интенсивно в силу обязательности судебного решения; государственное санкционирование судебного прецедента является его реальным признаком, а не потенциальным.

Сопоставление общих свойств, характеризующих все формы права, и специфических признаков правового обычая показывает, что по принципу тождества внешнего и внутреннего в специфических свойствах

под влиянием сущности правового обычая его общие свойства как формы права конкретизируются.

4. В теоретико-правовом аспекте механизм действия правового обычая включает в себя два цикла (возникновения и реализации), носит процедурный характер, предполагает известные теории формы реализации обычая (использование, соблюдение, исполнение, применение), методы убеждения и принуждения.

С позиции системного подхода механизм действия правового обычая представляет собой самоорганизующуюся систему, структура которой представлена следующими взаимосвязанными элементами – социальные группы, общество, государственные органы, фактические общественные отношения, обычно-правовые нормы, основанные на них обычно – правовые отношения, правосознание, правовая культура. Его нормальное функционирование определяется влиянием психологической составляющей, соотносимой с правосознанием и правовой культурой, санкциями, легитимацией, внешними связями с другими правовыми системами (правопорядка, законности). Целью данного механизма как системы является и сохранение стабильности человеческой деятельности, и её преобразование.

5. В современном государстве реализация правового обычая может столкнуться с силой закона, вследствие чего вероятны противоречия между правовым обычаем и законом. Одним из способов разрешения противоречий в системе права является принцип иерархичности формальных источников права, в соответствии с которым обычай занимает подчиненное положение по отношению к закону. Иерархия источников права наряду с другими коллизионными процедурами (судебными, третейскими, переговорами, соглашениями) обеспечивает системную связь между правовым обычаем и законом, поддерживают систему права в функциональном равновесии. Наличие в правовом регулировании правовых обычаев, участвующих в социальной

идентификации субъектов, способствует формированию солидарности в обществе и снижению социальных конфликтов.

Теоретическая и практическая значимость работы состоит в том, что теоретико-правовые наработки могут послужить основой для обоснования предложений, нацеленных на повышение эффективности законотворческой и правоприменительной практики в контексте совершенствования источников права. В частности, выводы и обобщения, полученные в ходе анализа сущности, содержания правового обычая, механизма его действия в условиях современной системы права могут быть использованы при разработке и принятии специального закона «Об источниках права в Российской Федерации», который станет основой правового режима предотвращения противоречий между источниками права. Также итоги работы могут быть полезны при формировании теоретических и прикладных знаний о правовом обычае, например, в процессе анализа полученной информации о практике реализации правового обычая, в процессе оценивания правовых позиций участников коллизионной ситуации между обычаем и законом, в процессе фиксации правовых обычаев, формулирования принципов и приоритетов обычного права.

Полученные результаты работы представляют собой теоретическое основание для дальнейших исследований в сфере теории и истории государства и права, юридической антропологии, особенно при всестороннем изучении проблематики форм права, правового обычая.

Результаты работы могут также послужить основой для разработки проблемно-ориентированных лекционных курсов в области теории и истории государства и права, юридической антропологии.

Все вышесказанное относится в равной мере как к России, так и к Литве. Однако, если в России эта работа соединяется с усилиями других авторов и поддерживает темп исследований в этой части юридической науки, то в Литве, в контексте невысокого интереса к правовому обычаю, проделанная работа еще более значима – это первая такого рода работа в

Литве, и уже сам факт ее появления мог бы стимулировать исследования феномена правового обычая. Хотелось бы, чтобы усилия Института истории права Кафедры публичного права Юридического факультета Вильнюсского университета по поиску альтернативы государственному правовому регулированию в историческом прошлом были бы поддержаны коллегами, специализирующимися на проблемах теории права.

Структура диссертации определяется направленностью проведенного исследования, ориентирована на достижение поставленной цели и соответствует последовательному решению обозначенных задач. Работа включает введение, два раздела, объединяющие четыре подраздела, выводы, библиографию.

В первом разделе работы обрисована общетеоретическая проблема правового обычая в контексте его исторического возникновения и противоречия с законом; ведётся анализ различных научных подходов к решению данной проблемы и её исторический аспект; аргументируется собственная позиция автора в изучаемой проблематике с акцентом на идеалистическую диалектику в методологии. В результате были сделаны выводы о приобретении обычаем статуса правового вне государственно-организованного общества, о необходимом единстве правового обычая и закона в государстве, воплощающем идею права. Выводы первого раздела позволили теоретически обосновать положения второго раздела о механизме действия правового обычая, в том числе в современной системе права.

Во втором разделе изучаемая проблема анализируется в разрезе механизма действия правового обычая с использованием теоретико-правового и системного подходов. Определяется тенденция развития исследуемой проблемы и способы ее разрешения в современной системе права.

I. ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПОЗНАНИЯ ФЕНОМЕНА ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ

1. Теоретические характеристики сущности правового обычая

1.1. Философские категории «сущность» и «явление» как ключ к познанию феномена правового обычая

В философской традиции категория «сущность» рассматривается в связке с категорией «явление». Эти категории занимают особое место в процессе познания. В целом в истории философии их содержание значительно менялось. Указанная пара категорий была раскрыта и обоснована древнегреческими философами, которые рассматривали сущность и явление как первоначальное и производное или как несоединимые противоположности. В научное понимание сущности и явления неограниченный вклад внесла диалектика, поэтому в данной работе используется диалектическая концепция указанных категорий.

Определение сущности формулируется по-разному, как «совокупность глубинных связей, отношений и внутренних законов, определяющих основные черты и тенденции развития материальной системы»⁴, как «смысл данной вещи, то, что она есть сама по себе, в отличие от всех других вещей и в отличие от изменчивых состояний вещи под влиянием тех или иных обстоятельств»⁵. Явление характеризуется как «конкретные события, свойства или процессы, выражающие внешние стороны действительности и представляющие некоторую форму проявления и обнаружения некоторой сущности»⁶.

Важное значение для выяснения содержания этих категорий имеет идеалистическая диалектика Г. В. Ф. Гегеля. Сущность в учении Гегеля

⁴ *Философский словарь* / под ред. И. Т. Фролова. Москва, 1987, с. 469.

⁵ Там же.

⁶ Там же.

имеет несколько смысловых оттенков. В широком смысле сущность – это абсолютная идея. В узком смысле сущность – это определённая ступень в развитии абсолютной идеи, раскрываемая через систему некоторых категорий.

Основное определение сущности состоит в том, что она – определённое наличное бытие, простое тождество с собой. Сущность самостоятельна, сама себя определяет, благодаря чему бытие становится наличным бытием, сама себя опосредует, соотносится с самой собой. Сущность соотносится также с явлением, в итоге явление обнаруживает сущность, а сущность являет себя. Явление полагается и опосредуется сущностью, а сущность многообразно обнаруживает себя в явлениях, приобретая определённые внешние свойства⁷. Согласно учению Гегеля сущности предшествует бытие, а явлению – сущность.

Сущность и явление – абстрактные термины, которые раскрываются через другие категории. Сущность – это система так называемых рефлексивных определений, к которым принадлежат тождество, различие, противоречие, основание⁸. Тождество – это момент постоянства сущности, её равенства с самой собой⁹, то, что отличает явление в многообразии. Но поскольку имеет место быть развитие, постольку тождество преходяще и предполагает различие, а также существует благодаря ему. Различие соотносится само с собой и не возникает через нечто внешнее, оно отличается не от иного, а от себя самого¹⁰. Различие, как и тождество, бывает внутренним и внешним. Внешнее тождество Гегель называет одинаковостью, внешнее различие – неодинаковостью. Две вещи в одном отношении одинаковы, в другом – неодинаковы: поэтому не бывает двух вещей полностью одинаковых или полностью неодинаковых. При сравнении осуществляется переход от

⁷ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики*. Санкт-Петербург, 2005, с. 354–355, 368–371, 435.

⁸ Там же, с. 368.

⁹ Там же, с. 370–376.

¹⁰ Там же, с. 376–377.

одинаковости к неодинаковости и, наоборот, в результате одна исчезает в другой, и образуется отрицательное единство обеих¹¹.

Различие завершается в противоположности, которая имеет две стороны – положительную и отрицательную. Положительное и отрицательное являются таковыми сами по себе, вне сравнения с чем-то иным. При этом каждой стороне присуще и положительное и отрицательное¹². «Противоречие – корень всякого движения и жизненности; лишь поскольку нечто имеет в самом себе противоречие, оно движется, имеет побуждение и деятельно»¹³. Противоречие – это ступень развития соотношения тождества и различия, при которой каждая из сторон противоположности существует в единстве со «своим другим». Каждое из них обладает безразличной самостоятельностью, «благодаря тому, что содержит в самом себе соотношение со своим другим моментом»¹⁴. Самостоятельность состоит в том, чтобы содержать в себе своё другое определение и одновременно исключать из себя своё другое определение.

В различии две его стороны сосуществуют друг с другом; в противоположности они определяются одна через другую, отрицая и исключая друг друга. В противоречии противоположности переходят, превращаются одна в другую. Это непрерывное исчезание противоположностей друг в друге образует единство, новую связь, которые Гегель назвал основанием¹⁵. В основании противоположности теряют свою самостоятельность. «Разрешённое противоречие есть основание, сущность как единство положительного и отрицательного»¹⁶.

Сущность должна себя являть. В широком смысле явление – это инобытие абсолютной идеи. В этом случае категория «явление»

¹¹ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 377–380.

¹² Там же, с. 383–386.

¹³ Там же, с. 398.

¹⁴ Там же, с. 390.

¹⁵ Там же, с. 391–392.

объясняется Гегелем через ряд таких категорий, как существование, собственно явление и существенное отношение. В собственном смысле явление предстаёт как сущность в её существовании (она наличествует в нём непосредственно)¹⁷ и раскрывается через категории «закон», «явление», «отношение». Закон – «это, то что остаётся равным себе в смене явлений»¹⁸, то, что существенно в явлении, сохраняющаяся устойчивость. Закон распадается на противоположности: являющийся мир (чувственный, непосредственно данный в созерцании) и существенный мир (сверхчувственный, абстрактное бытие, основа чувственного мира). Гегель указывает на то, что каждый из миров имеет в самом себе момент другого, непрерывно продолжается в другом¹⁹. Тем самым они образуют противоречивое единство в явлении, названное Гегелем существенным отношением. Существенное отношение – это отношение между целым и частями, где целое – это существенный мир, а части – мир являющийся. Они самостоятельные стороны отношения, но каждая отсвечивает в другой; целое и части обуславливают друг друга. Отрицательное единство, в котором разрешается противоречие между целым и частями, проявляет тождественность своего внешнего со своим внутренним. Внутреннее определяется как сущность, а точнее как завершение сущности по форме; внешнее – как бытие. Сущность недостаточна, поэтому она дана как соотношение с внешним, но внешнее также не есть просто бытие, но нечто соотносящееся с внутренним²⁰.

Таким образом, сущность и явление диалектически связаны взаимоположением и взаимоотрицанием. Сущность и явление – универсальные категории природной и социальной данности, как

¹⁶ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 393.

¹⁷ Там же, с. 435, 453.

¹⁸ Там же, с. 454.

¹⁹ Там же, с. 454, 459–465.

²⁰ Там же с. 465–469, 477–479.

определения объекта познания они применимы при исследовании правового обычая.

1. 2. Обычай в контексте видимости, действия и психологической установки на совершение обязательных действий

Зачастую между знаниями о явлении, полученными на уровне живого созерцания, и его скрытыми определениями существует несоответствие. Оно возникает не только в научном исследовании, но характерно также и для обыденного сознания, которое понимает видимое как существенное. В таких случаях действительность представляется не как результат противоречивого развития сущности, а как чистая непосредственность. Здесь с явлением объективно соотносится видимость. С одной стороны, видимость противостоит сущности, она несущественна, не обладает бытием, с другой стороны, она положена самой сущностью, это определённость сущности. В видимости сущность является неполно, скрывается, но видимость – это видимость самой сущности, а не чего-то иного²¹. Адекватнее сущность выражается в существовании. Иначе можно сказать, что видимость – это предварительное знание о явлении, в ней отлагаются стереотипы мыслительной деятельности. Наиболее ощутимо видимость проявляется в обыденном восприятии обычая.

В русском языке слово «обычай» означает привычку, принятое, усвоенное дело, принятый порядок²². В основе обычая лежат исключительно коллективные привычки; «привычки, остающиеся находкой и достоянием индивида, не могущие стать основой для поведения всех членов общества, не есть обычай»²³. В процессе деятельности обычай проявляет себя в форме привычки. Эта особенность обычая, доступная непосредственному наблюдению, нашла своё

²¹ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 354–359.

²² ДАЛЬ, В. *Толковый словарь живого великорусского языка*. Москва, 1995, т. 2, с. 637.

²³ МАЛИНОВСКИЙ, Б. *Научная теория культуры*. Москва, 1999, с. 128.

отражение в языке. Привычка – элемент деятельности, выполняемый механически, не требующий активных мыслительных процессов, позволяющий нам сосредоточить всё внимание на более важных в данный момент задачах. Привычка является «одним из существенных условий, делающих те или иные морально-нравственные убеждения (а соответственно и акты ими вызываемые) устойчивыми»²⁴. Выполнение этого механизма ведёт к достижению определённой цели – стабилизации значимых общественных отношений. Если в некоторой степени упрощать обычай, то можно говорить также и о его стереотипности. Л. Н. Гумилёв, применительно к этносу, писал, что структура стереотипа поведения – это строго определённая норма отношений: а) между коллективом и индивидом; б) индивидов между собой; в) внутриэтнических групп между собой; г) между этносом и внутриэтническими группами²⁵. Это утверждение может в равной степени распространяться на любой обычай (как способ упорядочивания социальных отношений).

Однако неправильно ограничиваться знанием одной лишь видимости и сводить обычай исключительно к механическим действиям, которые составляют только одну из сторон сущности обычая. Другая сторона сущности обычая, которая не всегда нам очевидна – психологическая установка на совершение обязательных действий. В отношении обычая действие установок на индивидуальном уровне не исключается, но речь идёт, прежде всего, об установках, присущих социальным группам, т. е. о социальных установках. Под социальной установкой подразумевается определённое, организованное состояние сознания, выражающее готовность к реакции, основанное на предшествующем опыте, и оказывающее направленное влияние на поведение²⁶. Но возможен и обратный процесс, когда поведение контролирует установки, этим может объясняться изменение содержания

²⁴ СОРОКИН, П. *Человек. Цивилизация. Общество*. Москва, 1992, с. 129.

²⁵ ГУМИЛЁВ, Л. Н. *Этногенез и биосфера Земли*. Москва, 1994, с. 118.

²⁶ АНДРЕЕВА, Г. М. *Социальная психология: учебник*. Москва, 2002, с. 283.

обычая. Установки усваиваются в процессе общения, подражания, а также через наказание, благодаря чему достигается единство коллектива. Единство основывается или на почве солидарности интересов индивидов, или на принуждении²⁷. То есть установка, в виде которой обычай проявляется на уровне сознания, готовит индивида к определённому роду действий с учётом прошлого опыта поведения в подобной ситуации. Установка отчасти формируется под давлением конформности, проявляющимся в виде насмешек, осуждения или отторжения лица, отклоняющегося от общепринятой нормы. Давление конформности поддерживает равновесие социальной группы путём сохранения установок. «Представление тех выгод или невыгод <...>, которые он [человек] связывает с теми или иными поступками в качестве последствий этих поступков»²⁸ является сдерживающей силой для тех, кто склонен к нарушению общепринятых правил поведения. Вместе с тем, соблюдение обычая как социальной нормы в большинстве случаев основано всё-таки на добровольности, признании (осознанном или неосознанном) авторитетности самого обычая²⁹. С учётом сказанного обычаю следуют и в силу установки на такое соблюдение, и в силу механичности действий, его образующих. Два названных определения обычая совместно представляют собой составляющие компоненты его сущности.

Изначально в познании обычай является как механически повторяющиеся действия. Но миру являющемуся противостоит мир существенный. Мир существенный и мир являющийся противопоставляют друг друга, но одновременно каждый мир продолжается в другом. Без соответствующей установки действия, составляющие обычай, становятся невыполнимыми. Но и установка не может быть реализована без

²⁷ БЕХТЕРЕВ, В. М. *Избранные работы по социальной психологии*. Москва, 1994, с. 99, 105.

²⁸ СОРОКИН, П. *Человек. Цивилизация <...>*, с. 115.

²⁹ ПЛАХОВ, В. Д. *Традиции и общество: опыт философско-социологического исследования*. Москва, 1982, с. 209.

совершения действий. Поэтому установка содержит в себе момент действий, а действия – момент установки. Непрерывное исчезновение установки в действиях, а действий в установке позволяет сущности обычая являться. Как противоположности они едины, составляя определённую целостность – обычай.

Являясь различающимися компонентами сущности обычая, повторяющиеся действия и психологическая установка на их совершение, определяют её как единое целое. Помимо тех свойств, которая каждая часть несёт в себе, они сообщают обычаю дополнительные свойства, не присущие им в отдельности. Обычай представляет собой прежде всего социальную норму, социальное правило поведения, и в качестве такового он выделяет из общественных отношений нечто общее, неоднократно повторяющееся, которое приобретает в общественном сознании форму идеального образа.

С помощью этого образа оцениваются реальные отношения, и конструируется поведение их участников, как в настоящем, так и в будущем. Поэтому обычай выступает особым средством накопления и передачи социального опыта, созданного предыдущими поколениями. Тем самым он избавляет людей строить свои отношения каждый раз заново и, с одной стороны, обеспечивает преемственность поколений, а, с другой стороны, подчиняет интересы индивида интересам коллектива. Обычай направлен на упорядочивание общественных отношений, снижение стихийных тенденций и сохранение социального единства. Поэтому обычай цементирует установленный им социальный порядок, одновременно предполагая изменение общественных отношений. При этом данная особенность обычая зависит исключительно от взаимодействия частей – действий и установки на их совершение.

Сущность обнаруживает себя во взаимодействии с другими сущностями, а явление предстаёт как результат этого взаимодействия. В явлении выражается отношение одной сущности к другой. Внешне явления различаются, т. е. обладают неодинаковостью, внутренне друг с

другом не связаны. В процессе сравнения явлений осуществляется переход от неодинаковости к одинаковости, внешнему тождеству, и наоборот. В результате устанавливается, что в одном отношении явления одинаковы, в другом неодинаковы. Это соотношение принадлежит сущности явлений, участвующих в сравнении и один из путей определения сущности явления. Достаточно близко к обычаю такое явление как традиция. Совпадение обычая и традиции заключается в том, что оба явления служат формой передачи социального опыта новым поколениям, выражением общего, повторяющегося. Они уходят корнями в далёкое прошлое и на подсознательном уровне формируют установки, на которых строятся абстрактные, рациональные программы. Каждый обычай – это традиция, но не каждая традиция – это обычай. Значение термина «традиция» более универсальное, в то время как «обычай» предполагает детальное предписание поведения в конкретной ситуации и отсюда ограниченность определёнными сферами социальной жизни³⁰. Обычай носит локальный характер и обязан своим происхождением некоторой социальной общности, традиция отрицает подобную ограниченность, приобретая качество трансцендентности³¹. Не останавливаясь на сходствах и различиях указанных терминов, отметим, что обычаи и традиции являются достоянием культуры, обеспечивая её преемственность во времени. Механизм культуры хранит и передаёт информацию, а также вырабатывает новую, тем самым, восполняя недостатки индивидуального сознания. Пространство культуры – это

³⁰ ПЛАХОВ, В. Д. *Традиции и общество <...>*, с. 17, 18; СУХАНОВ, И. В. *Обычаи, традиции и преемственность поколений*. Москва, 1976, с. 8, 25; КУЛАЖНИКОВ, М. Н. *Право, традиции и обычаи в современном обществе*. Ростов-на-Дону, 1972, с. 32, 48–52; ТОКАРЕВ, Б. Я. *Советское право и обычаи в их связи и развитии*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Саратов, 1970, с. 6.

³¹ СТАНИСЛОВАЙТИС, Р. И. *Обычаи и традиции в механизме социального действия права*. Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 1989, с. 16, 18.

пространство некоторой общей памяти³². В этом смысле культура характеризуется коммуникативностью, сообщая это определение обычаю и традиции.

Сущность есть определённое наличное бытие. Наличное бытие имеет качество, в котором оно определённо и ограничено. Если изменяется качество наличного бытия, то тем самым изменяется его определённость, благодаря которой оно именно это бытие, а не какое – либо другое³³. Качественная определённость явления – это то, что делает его устойчивым и отграничивает от других явлений. Любое явление обладает также количественной определённостью: темпом протекания процессов, степенью развития свойств. Определённое количество имеет две стороны – с одной стороны, изменяя его, можно не изменять качества; с другой стороны, изменяя его, изменяется качество. Единство количества и качества образуют меру. Мера – это та граница, переходя которую количественные изменения приводят к изменениям качественным. Но изменение качества явления также ведёт к изменению количества. Точки перехода от одного качественно отличного к другому выступают как узловые линии мер на шкале «большого» и «меньшего». Сущность явления имеет некоторый простор, в пределах которого она остаётся безразличной к количественным изменениям и поэтому не изменяет своего качества. Но возникает такая точка изменения количественного, в которой меняется качество³⁴. «Всякое рождение и всякая смерть – это <...> скачок из количественного изменения в качественное»³⁵. Основываясь на сказанном, можно сделать вывод о том, что количественные изменения обычая как социальной нормы привели к качественному изменению и, в итоге, к возникновению правового

³² ЛОТМАН, Ю. Н. *Избранные статьи*. В 3 т. Т. 1: Статьи по семиотике и типологии культуры. Таллинн, 1992, с. 44, 45, 55, 200.

³³ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики <...>*, с. 93, 95.

³⁴ Там же, с. 299, 303, 333–335.

³⁵ Там же, с. 335.

обычая. Прежде чем определить, какие именно изменения претерпел обычай, став правовым, необходимо установить характеристики правового обычая, присущие ему изначально, при его появлении. Рассмотрение этого вопроса неизбежно в историческом ракурсе и связано с происхождением правового обычая.

1.3. Роль теорий происхождения права в познании процесса возникновения правового обычая

Первые исследователи (Г. Мэн, Й. Бахоффен, Дж. Мак-Леннан, Дж. Леббок, Л. Морган, Э. Тэйлор) происхождения права на примере примитивных обществ показали, что обычай является первообразом собственно юридической формы в условиях родовой общины. Они установили, что обычаи рода или племени формируются в результате эмпирического обобщения поведенческих актов, и, способствуя созданию порядка в обществе, обязательны для соблюдения. Следующее поколение исследователей первобытных человеческих коллективов, изучая родственные отношения и семейную организацию, обычаи, ритуалы разных народов, развили идею о существовании права в форме обычая в догосударственных образованиях. При этом они подчеркнули специфику традиционного (обычного) права – его связь с магией, религией, мифологией, моралью. Описание правового порядка традиционных обществ осуществлялось через такие категории, как авторитарность, обязательность, санкционированность³⁶, принуждение, правосудие, нормативность³⁷. По мнению А. Р. Рэдклифф-Брауна, юридический элемент в отношениях родства некоторых народов Африки выражается в наличии правил. Правила налагают на индивидов обязанности – разрешающие или запрещающие. Нарушение этих правил влечет за собой применение санкций. Санкции выражены в принуждении,

³⁶ ПЕТЕВ, В. Ein spontanes Recht? Из *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*. Berlin, 1993, s. 304.

³⁷ КУЛЬЧАР, К. *Основы социологии права*. Москва, 1981, с. 137–138.

сопровождаются моральным осуждением, зачастую носят религиозно-ритуальный характер. Решение о наложении санкций принимают признанные сообществом арбитры или судьи в соответствии с процедурой, утвержденной коллективом. Обозначенные правовые действия - решение об ответственности, оценка нанесенного ущерба, порядок осуществления санкций – урегулированы обычными правилами³⁸.

Российские исследователи предложили свое видение проблемы исторического происхождения права. Например, Д. Ж. Валеев связывает становление обычного права с моралью и появлением родоплеменных объединений людей. Нормы обычного права формулируются сознательно, представляя собой установления надстроечных институтов родового общества – совета старейшин, вождей, народных собраний и т.п. Их соблюдение обеспечивалось моралью, а также контролем со стороны вышеназванных институтов. Обычное право регулировало отношения, затрагивавшие интересы общины: запрет на кровосмешение, имущественные отношения, кровная месть, выборы старейшин и вождей. Валеев заключает, что обычное право – самостоятельный феномен общественного сознания в доклассовом обществе³⁹.

Теория происхождения права, выдвинутая Ю. И. Семеновым, заключается в том, что первоисточком нормативной системы человеческого общества являются три системы предписаний: табуитет, мораль и обычное право. Обычному праву были чужды понятия преступления и наказания. Исходными категориями обычного права

³⁸ РЭДКЛИФФ-БРАУН, А. Р. *Структура и функция в примитивном обществе*. Очерки и лекции. Москва, 2001, с. 237, 245–247, 250; РЭДКЛИФФ-БРАУН, А. Р.; ФОРДЕ, Д. Африканские системы родства и брака. Из *Личность. Культура. Общество*. 1999, т. 1, вып. 1, № 1/2, с. 149–151.

³⁹ ВАЛЕЕВ, Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса. *Правоведение*, 1974, № 6, с. 71–78.

были ущерб и возмездие, нарушение и восстановление справедливости, перешедшие в отрасль гражданского позитивного права⁴⁰.

Историк А. И. Першиц связывает возникновение права с расщеплением мононорматики первобытного общества. Им был введён термин «мононорма», под которой понимается синкретное правило поведения, не относящееся ни к области права, ни к области нравственности, ни к области этикета и т.д. Она соединяет в себе все особенности любого нормативного правила. Мононормы рождались стихийно и распространялись с помощью механизма имитативности. Распад мононормы на право и мораль совпадает с распадом первобытно-общинного строя. Обычное право, возникающее в период классообразования, – это совокупность традиционных мононорм, обычаев, санкционированных государством. Оно несет на себе следы религиозных представлений, нравственных максим, фольклора. Позже в эту концепцию А. И. Першицем и Х. М. Думановым были внесены некоторые уточнения, касающиеся правового аспекта мононормы – обычного права. Они предложили, во-первых, вместо термина «обычное право» «начальное право». И, во-вторых, изменили положение о том, что нормы поведения становятся правовыми благодаря государству⁴¹.

Концепция мононормы получила признание и дальнейшую разработку другими учеными⁴². Так, Л. Е. Куббель, присоединяясь к этой концепции, акцентировал внимание на роли религиозных представлений

⁴⁰ СЕМЕНОВ, Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право. *Этнографическое обозрение*, 1997, № 4, с. 3–12; СЕМЕНОВ, Ю. И. Основные понятия обычного права: возникновение и развитие. Из *Юридическая антропология. Закон и жизнь*: сб. ст. / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 2000, с. 15–44.

⁴¹ ПЕРШИЦ, А. И. Проблемы нормативной этнографии. Из *Исследования по общей этнографии*: сб. ст. / отв. ред. Ю. В. Бромлей. Москва, 1979, с. 212–225; ПЕРШИЦ, А. И.; ДУМАНОВ, Х. М. Мононорматика и начальное право. *Государство и право*, 2001, № 9, с. 28–29.

⁴² ВЕНГЕРОВ, А. Б. *Теория государства и права*: учебник. Москва, 1998, с. 61–75; МУРОМЦЕВ, Г. И. Источники права. *Правоведение*, 1992. № 2, с. 28–29; КОВЛЕР, А. И. *Антропология права*: учебник. Москва, 2002, с. 118.

в становлении начальных форм права. С. И. Нагих, отмечая синкретичный характер нормы первобытного общества, указывает, что она проявляется в форме обычая. Причем в первобытном обществе с некоторого времени его существования могут появляться юридические обычаи, отличающиеся высокой степенью императивности по сравнению с другими обычаями⁴³.

1.4. Отличительные свойства правового обычая, совокупность которых формирует его качественную определенность

Опираясь на вышеизложенные положения, к отличительным свойствам правового обычая, совокупность которых формирует его качественную определенность, можно отнести следующие: общественная значимость, обязательность, нормативность, санкционированность. Однако обычай, не являющийся правовым, как социальное правило поведения, также располагает этими признаками. Он выполняет важную роль в регулировании общественных отношений, будучи нацеленным на их сохранение и стабильность; единство повторяющихся действий и психологической установки на их совершение сообщают ему обязательность; он представляет собой социальную норму поведения; обеспечен санкциями, носящими моральный, а зачастую сакральный характер. Но через узловую шкалу мер, в данном случае именно через «большее», мера общественной значимости, императивности, нормативности, санкционированности обычая была нарушена (увеличена) и появилось нечто совершенно иное – правовой обычай. Неправовой обычай имеет простор для внутренних изменений, которые

⁴³ КУББЕЛЬ, Л. Е. Потестарная и политическая этнография. Из *Исследования по общей этнографии*: сб. ст. / отв. ред. Ю. В. Бромлей. Москва, 1979, с. 241–270; НАГИХ, С. И. Нормативная система догосударственного общества и переход к государству. Из *Юридическая антропология. Закон и жизнь*: сб. ст. / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 2000, с. 33–40.

не приводят к качественному изменению, то есть к изменению его сущности. Но однажды возникла такая точка количественных изменений, в которой изменилось прежнее качество, и появилась совершенно новая качественная определённости. Отчасти последняя имеет моменты сходства с тем качеством, которое претерпело изменения, но в основном имеют место быть различия.

Вышеперечисленные свойства правового обычая и неправового обычая различаются степенью их развития, особенно это касается санкционированности. В итоге правовой обычай и обычай, не относящийся к правовому, связаны соотношением одинаковости и неодинаковости. Причиной возникновения правового обычая стало внутреннее противоречие неправового обычая между действиями, его составляющими, и установкой на их совершение. Диалектическое тождество обычая, не относящегося к правовому, изначально содержало в себе различия, переходящие в противоположности и далее в противоречие. В некоторых случаях это приводило к взаимному исключению действий и установки, следовательно, исключалось действие обычая. В условиях усложнения социальных связей, перехода к производящей экономике, жёсткой дисциплины труда, возникновения устойчивых семейно-клановых групп, создания сравнительно устойчивых систем самоуправления, действия принципа эгалитарности в раннепервобытной общине требовалась большая стабильность в регулировании общественных отношений. Эту задачу мог выполнить только правовой обычай.

Подвергаясь воздействию внешних влияний и обстоятельств, сущность, сохраняя свою устойчивость, остаётся неизменной качественно, тождественной самой себе, но она способна изменяться, изменяя при этом некоторые свои свойства. Поэтому в разных исторических условиях сущность проявляется по-разному, и демонстрирует различные свои стороны и возможности. Этому процессу подвергается также и сущность правового обычая. В этом смысле

интересной представляется тема обеспечения правового обычая в период его возникновения. Многие санкции, обеспечивающие обычно-правовые нормы, носили сакральный характер. Пока существовала вера людей в силу и неотвратимость подобных санкций, они были эффективны. Духовный авторитет обычая оправдывался мифом, потому обычай постоянно актуализировал мифологию. Миф, объясняющий создание жизни и определяющий правила регулирования этой жизни, в первобытном обществе творил право, утверждал идеальный юридический порядок. Он ориентировал общество на ту всеобщую гармонию, достижение которой является идеалом любой правовой системы⁴⁴. Исполнение обычаев, а также процедура наложения санкций за их нарушения зачастую сопровождалась ритуалами. Ритуальными способами действий человека снабжала магия, предоставляя ему выход из трудных ситуаций. Она являлась «свойством связи между человеком и вещью», помогая ему повлиять на законы природы⁴⁵.

Система обеспечения правовых обычаев на историческом этапе его становления носила многогранный характер: обычаи испытывали на себе влияние мифологии, магии, морали, облекались в ритуальную форму. Правовой обычай обеспечивался не только с помощью сакральных и моральных санкций, источниками которых были отдельные группы людей или социум в целом, но и принудительными санкциями, исходившими от специально уполномоченных на то групп людей. Специфическая санкционированность правового обычая проявилась в первобытном обществе и способствовала соблюдению обычая даже в условиях отсутствия государственных институтов.

⁴⁴ РУЛАН, Н. *Юридическая антропология: учебное пособие*. Москва, 1999, с. 57–58; БАННИКОВ, К. Л. Отношения мифопоэтического и правового сознаний в традиционной картине мира. Из *Обычное право и правовой плюрализм* / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 1999, с. 244.

⁴⁵ ЛЕВИ-СТРОС, К. *Структурная антропология*. Москва, 1983, с. 163–164; МАЛИНОВСКИЙ, Б. *Магия, наука, религия*. Москва, 1998, с. 75, 89.

Сущность есть определённое наличное бытие, которое возникает из становления. Становление не что иное, как изменчивость явлений и вещей. В процессе становления правовой обычай изменялся, воздействию внешних влияний подвергались его свойства, сам же он сохранялся в изменении, сохраняя свою сущность. Однако моментом становления является не только возникновение, но и прехождение. Наличное бытие конечно, а конечное не только изменяется, но и преходит⁴⁶. «Бытие конечных вещей, как таковое, состоит в том, <...> что час их рождения есть час их смерти»⁴⁷. Но прехождение само преходит, поэтому оно не есть последний момент⁴⁸. В прехождении конечное становится некоторым другим конечным. Это движение по кругу, не имеющее ни начала, ни конца. И то, и другое составляют суть изменения бытия. Эта закономерность коснулась и правового обычая. Достигнув некоторой границы в своей конечной определённости, правовой обычай, двигаясь, «перешагнул» её в иное – закон. Конечность, ограниченность явления – это его противоречие, заставляющее его выходить за свои пределы. Поэтому диалектика правового обычая заключается в том, чтобы стать законом⁴⁹.

1.5. Связь закона и обычая в правовой доктрине и практике Европы античной, средневековой, нового и новейшего времени

Понятие закона (*lex*) возникло в античной правовой традиции, которая определяла его «как письменно зафиксированный приказ народа, принятый народным собранием, подтверждённый клятвой, в силу

⁴⁶ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 90, 93, 111.

⁴⁷ Там же, с. 111.

⁴⁸ Там же, с. 113.

⁴⁹ В данной части исследования «закон» употребляется в широком смысле, в противоположность обычаю, как норма права, выработанная и введенная в действие определенными, уполномоченными на то лицами, представляющими государство.

которой он становится обязательным для всех римских граждан»⁵⁰. Данное понятие эволюционировало «в направлении от преимущественного понимания его в период царей как «божественной воли» к безусловному пониманию его в период ранней Республики как «приказа народа»⁵¹. Право периода ранней Республики характеризуется постоянным противостоянием закона (*lex*) как приказа народа и *jus* как совокупности неписаных прав (*mores*) патрицианских родов⁵², основанных на обычном праве. В Риме правовые обычаи впервые были записаны в Законах XII Таблиц (V в. до н.э.), что послужило началом первенства закона перед обычным правом. В период Республики роль закона как приказа народа стала доминирующей по отношению к обычному праву. Данная тенденция приоритета закона перед обычаем сохранилась и в период Империи, хотя законодательная власть народным собраниям уже не принадлежала. С течением времени все больший удельный вес среди источников права в Риме приобретало законодательство императоров. В IV в. император Константин установил конституцию (вошедшую позднее в *Corpus juris civilis*), согласно которой сила обычая не признавалась ничтожной, но обычай все же не мог противоречить закону и требованиям логики. Это давало возможность императорам отвергать какой-либо обычай, идущий вразрез с законом или с волей самих императоров⁵³.

Продемонстрировав высокий регулятивный потенциал закона, римляне, тем не менее, сохраняли благоговейное отношение к обычаю и умелое использование его на практике. Римские юристы приравнивали обычай по значимости к закону⁵⁴, допуская возможность отмены закона

⁵⁰ КОФАНОВ, Л. Л. *Lex и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII–III в.в. до н.э.* Москва, 2006, с. 167.

⁵¹ Там же, с. 168.

⁵² Там же, с. 187.

⁵³ КИПП, Т. *История источников римского права.* Санкт-Петербург, 1908, с. 18–21.

⁵⁴ D.1.3.32.1: *Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон <...> Ибо если сами законы связывают нас в силу лишь того, что они приняты по решению народа, то*

молчаливым согласием всех путем его неприменения⁵⁵. Вместе с тем, они отводили обычаю роль дополнения закона⁵⁶.

С падением Западной Римской империи в 476 г. римское право не прекратило своего существования – оно оказывало влияние на правовую культуру германских народов. Начиная с середины V в. до IX в. ими осуществлялись записи племенного права, в котором переплелись германские, римские, христианские правовые установления. Право записывалось, как правило, в судебники, на латыни, с использованием германских выражений (*Breviarium Alarici* (VI в.), *Lex Romana Burgundionum* (VI в.), *Edictum Theodorici* (V в.), *Codex Euricianus* (V в.), *Lex Salica* (VI в.), *Lex Alamannorum* (VIII в.), *Lex Baiuvariorum* (VIII в.). Основу племенного права составляли обычаи германских народов.

В некоторых странах, например, в Норвегии и Швеции, запись обычаев племенного права совершилась несколько позднее – например, в Польше, Норвегии и Швеции – в XIII в. Обычное право пруссов записали их завоеватели крестоносцы, составившие Христбургский договор 1249 г. и Памедский (Прусский) Судебник 1340 г. Последний, по предположению В. Т. Пашуто, мог применяться и на части территории Литвы – в Жямайтии – в период нахождения последней в административно-юридической зависимости от Ордена (в начале XV в.)⁵⁷. К. Яблонскис придерживался мнения о существовании сборников

заслуженно связывает всех и то, что народ одобрил, не записав. Ибо какое имеет значение, объявил ли народ свою волю путем голосования или путем дел и действий. D.1.3.35: Но и то, что одобрено долговременным обычаем и соблюдалось в течение многих лет, должно быть соблюдаемо <...> не менее, чем записанное право. D.1.3.36: Это право (обычное право) пользуется тем большим авторитетом, что доказано отсутствие необходимости придать ему письменную форму.

⁵⁵ D.1.3.32.1.

⁵⁶ D.1.3.32: Если мы не имеем писаных законов для каких-либо дел, то следует соблюдать установленное нравами и обычаем. D.1.3.33: Долго применявшийся обычай следует соблюдать как право и закон в тех случаях, когда не имеется писаного (закона). D.1.3.37: Обычай является лучшим толкователем закона.

⁵⁷ ПАШУТО, В. Т. *Образование Литовского государства*. Москва, 1959.

(судебников) обычного права и в Литве⁵⁸, однако это предположение до сих пор не подтверждено. Чаще всего исследователи судят об обычном праве Литвы на основе аналогии с Памедским судебником, считая его «одним из важных, хотя и косвенных, источников права Литвы»⁵⁹.

На территории России первым древнейшим правовым памятником, в котором нашли отражение нормы обычного права, была Русская Правда (первая редакция Русской Правды относится к XI в.). Изначально обычай был неписаной формой права, поэтому в тенденции записи обычаев проявилось изменение его свойства. Эти сборники правовых норм не были законодательством в современном понимании этого слова. Политические позиции центральной власти были слабы, и она проявляла мало инициативы в законотворчестве, хотя всё же наполняла отдельные обычаи новым содержанием⁶⁰. Обычай передал этим письменным памятникам права некоторые свои свойства: связь с религией и моралью, казуистичность, коллективная ответственность за отдельные проступки, символический характер наказаний, принцип равного воздаяния (кровной мести, талиона), возмещение ущерба как главная цель наказания.

За разделом Франкской империи в 843 г. последовало постепенное прехождение письменной традиции права, вновь установившейся в XII в. В этот переходный период вышло на первый план партикулярное право отдельных территорий Западной Европы, также базировавшегося на обычаях. Правовая практика была представлена в нормотворчестве цехов, гильдий, городов, церкви, местных общин, княжеств, королевств. Главное

⁵⁸ JABLONSKIS, K. *Istorija ir jos šaltiniai / Sudarė ir spaudai paruošė V. Merkys*. Vilnius: Mokslas, 1979; JABLONSKIS, K. *Lietuvos valstybės ir teisės istorija nuo XIV a. pabaigos iki XVI a. vidurio*. Vilnius, 1971.

⁵⁹ ANDRIULIS, V., et al. *Lietuvos teisės istorija*. Vilnius: Justitia, 2002, с. 42.

⁶⁰ БЕРМАН, Г. Дж. *Западная традиция права <...>*, с. 64, 78, 90–91; ЭННЕКЦЕРУС, Л. *Курс германского гражданского права*. Т. 1, п/т 1. Москва, 1949, с. 24; *Право в средневековом мире*: сб. ст.; вып. 2–3 / отв. ред. О. И. Варьяш. Санкт-Петербург, 2001, с. 203, 261, 263; ЗАГОСКИН, Н. П. *История права русского народа*. Т. 1. Казань, 1899, с. 467; ВЛАДИМИРСКИЙ-БУДАНОВ, М. Ф. *Обзор истории русского права*. Вып. 1, Киев, 1886, с. 70.

место в праве занимали не племенные обычаи, а феодальные, которые тоже записывались, что подтверждают, например, «Книга феонов» Умберто де Оро (XII в.), «Обычаи Генуи» (XI в.). На протяжении XIII–XV в.в. также осуществлялась частная кодификация обычаев (Саксонское зеркало, Швабское зеркало, Кутюмы Бовези и др). Названные сборники обычаев способствовали до известной степени универсальности обычного права. В российской истории в период феодальной раздробленности тоже осуществлялась кодификация правовых источников, о чём свидетельствуют Псковская и Новгородская судные грамоты (XV в), почерпнувшие своё содержание из обычаев⁶¹. Отсутствие политического единства исключало монополию государства в правовой сфере.

Потребности вновь образованных городов, прежде всего в Италии, их внутреннее родство с римским правом привели в XI–XII в.в. к новому расцвету римского права, которое признавалось в качестве общего права. Став общим правом (*jus commune*) для Европы, римское право формально воспринималось как обычное право, конкурировавшее с правовыми обычаями отдельных местностей⁶². Проникновению римского права в общественную жизнь способствовали не только экономические, но и политические причины – церковь и королевская власть видели нем средство централизации всего общества и, следовательно, государства.

Важную роль в своеобразном возрождении римского права сыграла юридическая школа глоссаторов. Она восстановила и обработала римские правовые источники, в особенности Дигесты; с учетом новых условий

⁶¹ БЕРМАН, Г. Дж. Западная традиция права <...>, с. 279, 294–295, 334; *История государства и права зарубежных стран*: учебник. Ч. 1 / под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. Ф. Жидкова. Москва, 1999, с. 252–254, 396–397, 420; ВЛАДИМИРСКИЙ-БУДАНОВ, М. Ф. *Обзор истории русского права* <...>, с. 72–74.

⁶² *История государства и права зарубежных стран*. Ч. 1. Учебник для вузов / под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. А. Жидкова. Москва, 1999, с. 257–261, 371–377, 400, 422; *Гражданское и торговое право капиталистических стран*: уч. пособие / под ред. В. П. Мозолина, М. И. Кулагина. Москва, 1980, с. 20–21; ЭННЕКЦЕРУС, Л. *Курс германского* <...>, с. 30.

жизни, сложившихся в Европе в XII в., прокомментировала малопонятные к тому времени тексты и термины, снабдив при этом свои записи новыми идеями. Среди представителей этой школы наибольшую известность получили Ирнерий (её основатель), Вакарий, Булгар и др.

Глоссаторы уступили место новому поколению юристов – постглоссаторам (Бартол, Балд и др.), доминировавшим в юриспруденции в XIII–XV в.в. Исходным пунктом своих толкований они сделали работы глоссаторов, а также высказывания некоторых римских юристов, прежде всего Юлиана. Постглоссаторы выработали основные принципы и положения по применению римского права в соответствии с действующим обычным правом, судебной практикой и иным нормативным регулированием.

На протяжении всего средневековья обычай занимал лидирующие позиции в правовой сфере, поскольку он достаточно органично интегрировался в феодальные отношения, закрепляя все их основные виды. Несмотря на то, что в разные периоды средневековья политическая власть была рассредоточена, государство становилось главным политическим институтом. Оно было единственным представителем всей страны в целом. Поэтому государство стремилось обрести исключительное право установления юридических норм, противодействуя тем общественным институтам, которым была свойственна правовая саморегуляция, – церкви, цеховым организациям, местным общинам. Уже в XII–XIII в.в. в странах Европы начинается регулярное издание королевских законов, которые постепенно унифицировали право. В свете этого интересны воззрения глоссаторов и постглоссаторов в вопросе соотношения «правовой обычай – закон». Часть глоссаторов (Ирнерий, Ацо) отказывали обычаю в дерогаторной силе, т.е. считали невозможным существование обычая, который был бы способен преодолеть закон. Объяснялось это тем, что с переходом законодательной власти к императору возможность отклонения закона через обычай должна связываться с молчаливым признанием императора.

Поздние глоссаторы дерогаторную силу признавали только за общим правом. Иное обычное право способно отменить закон, если последний не запрещает противоречащий ему обычай. По мнению постглоссаторов, преимущество закона перед обычным правом заключается в способе возникновения первого и большей его определенности. В целом, как и глоссаторы, постглоссаторы придавали обычаю силу, равную закону. Они распространяли дерогаторную силу и на специальное обычное право, отличное от общего. Некоторые из них высказывали точку зрения, согласно которой упразднение какого-либо обычая должно быть в законе ясно выражено⁶³.

Усиление роли государства неизбежно влекло за собой изменения в правовой системе каждой страны – появилась тенденция к доминированию форм права, исходящих от государства. Эта направленность правового развития интенсивнее проявляет себя в новое время, когда законодательство приобретает значение системообразующего начала в праве. Конечно, в новое время право отражает потребности общества так же, как и прежде, но основной формой его существования становится не обычай, а закон.

В Европе в целом «эра закона» начинается с Великой Французской революцией и принятием Конституции Франции 1791 г., а первым законом, действительно отодвинувшим на второй план все иные формы в сфере частного права стал «Гражданский кодекс французов» 1804 г., более известный под именем Кодекса Наполеона. По мнению Е. Маховенко, в Великом Княжестве Литовском закон стал основной формой дворянского сословного права с принятием в 1529 г. Первого Литовского Статута⁶⁴.

С начала XVIII в. российское законодательство развивается преимущественно посредством издания отдельных законов –

⁶³ BRIE, S. *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*. Breslau, 1899, s. 119–123, 135, 156–157, 160.

⁶⁴ MACHOVENKO, J. *Teisės istorija <...>*, с. 120.

регламентов, уставов, положений, наказов, указов, манифестов и т.д.⁶⁵ Но этому периоду доминирования закона предшествовал период конкуренции правового обычая и закона в русском праве. На протяжении XVI–XVII в.в. в публично-правовой сфере приоритетным источником права становится закон, а в частно-правовых отношениях значительную роль выполнял обычай⁶⁶. В конце XVIII – начале XIX в.в. в крупных государствах Европы проявляется стремление изложить право в едином кодексе в соответствии с требованиями государственной монолитности, чему в немалой степени способствовала концепция естественного права. Начало этому процессу положила Пруссия, опубликовав в 1794 г. «Всеобщее земское право для прусских государств»; в 1804 г. был обнародован «Гражданский кодекс французов», под сильным влиянием которого в России в 1832 г. было принято Гражданское уложение Свода Российской империи. Данные кодексы построены, в основном, на материалах обычного права (обычное право, действовавшее в отдельных местностях; римское право, воспринимавшееся как обычное право)⁶⁷.

Первые европейские кодексы опирались на обычаи. В этом проявился один из уровней отношений между обычаем и законом, когда положения обычая воспроизводятся в тексте закона. Современной системе права также известны подобные трансформации. Тем не менее, правовые обычаи сохраняли свое действие, например, в торговле, в местных общинах; продолжали существовать обычаи отдельных профессий, социальных слоев населения. Закон отсылал к ним или они восполняли пробелы в законе без таковой отсылки⁶⁸.

⁶⁵ ЗАГОСКИН, Н. П. *История права русского народа* <...>, с. 193.

⁶⁶ ПЕТРОВ, К. В. Соотношение обычного права и закона в русской судебной практике XVI–XVII в.в. *Государство и право*, 2007, № 7, с. 80–83.

⁶⁷ ЭННЕКЦЕРУС, Л. *Курс германского* <...>, с. 44–47; БЕРЖЕЛЬ, Ж.-Л. *Общая теория права*. Москва, 2000, с. 110; ВЛАДИМИРСКИЙ-БУДАНОВ, М. Ф. *Обзор истории русского права* <...>, с. 225.

⁶⁸ ЖЮЛЛИО ДЕ ЛА МОРАНДЬЕР, Л. *Гражданское право Франции*. Т. 1. Москва, 1958, с. 121, 125–126; ЗАГОСКИН, Н. П. *История права русского народа* <...>, с. 196.

Правовой обычай в течение длительного времени изменялся – приобретал писанный характер в противоположность своему изначально неписаному характеру, санкционированность со стороны властных органов. Происходившие количественные изменения обычая означали изменение степени развития присущих ему свойств (например, санкционированности, общественной значимости, обязательности). С диалектической точки зрения, количественные изменения достигли такого уровня, когда имевшиеся свойства стали исчезать и появились совершенно иные. Переход от исчезающего к новому не был постепенным, он представлял собой скачок, благодаря которому возник закон. Через «большее» и «меньшее» мера общественной значимости, обязательности, нормативности, санкционированности правового обычая была прервана, и он перешёл в совершенно иную форму права – закон. При этом закон имеет другую меру общественной значимости, обязательности, нормативности, санкционированности. В количественном отношении мера перечисленных характеристик закона существенно превышает их меру в правовом обычае, это обстоятельство придаёт этим характеристикам уникальную специфику, превращая их в качественно другие, присущие уже закону.

Установление закона государством сообщает ему высшую юридическую силу по сравнению со всеми остальными формами права. Это письменный правоустановительный акт, всегда сопровождаемый специальным механизмом обеспечения со стороны государства. Следствием его письменного формулирования является чёткая структурированность закона как нормы поведения. Закон обнародуется и доводится до сведения каждого, и в случае его нарушения существует возможность физического принуждения со стороны государства. Психологическая установка на совершение действий не является условием возникновения закона, тем более условием его обязательности, как это происходит в случае с правовым обычаем. По отношению к закону она выступает условием эффективности его действия. Деятельное

участие государства в процессе образования закона делает его более значимым в вопросе сохранения целостности общества, централизации государственной власти, требует от участников общественных отношений его безусловного соблюдения, придаёт признаку санкционированности закона высшую степень.

1.6. Вклад исторической школы права в познание правового обычая и ее влияние на законодательную и судебную практики

Обычай и обычное право вновь стали объектами научных изысканий благодаря исторической школе права, возникшей в Германии в начале XIX в. По выражению Г. Ф. Пухты, право не возникает благодаря государству, более того, оно является предпосылкой возникновения государства. Законы всегда уже предполагают право; законодательство возможно только в государстве, но государство основано на праве, поэтому оно не может самостоятельно, без права создаваться⁶⁹. Основное положение исторической школы состоит в том, что право живёт в сознании народа, подобно его языку и нравам. Как считал представитель этой школы Ф. К. Савиньи, право вырастает вместе с народом, формируется вместе с ним, и, наконец, отмирает, если народ теряет свою индивидуальную характеристику⁷⁰. Народ в единое целое связывает его общее убеждение, равное чувство внутренней необходимости. В этом убеждении проявляется объективный и абсолютный дух народа. Обусловленность права духовностью народа сообщает ему неповторимое своеобразие, включающее культурную и национальную составляющие⁷¹. Его последователь Г. Ф. Пухта в своих взглядах также исходил из того, что основу родства народа составляет народный дух, являющийся

⁶⁹ PUCHTA, G. F. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Bd. I. Leipzig, 1859, s. 22–23.

⁷⁰ SAVIGNY, F. K. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1828, S. 11.

⁷¹ Там же, с. 8–16.

источником особого общенародного убеждения. На национальном, естественном родстве убеждений покоится право, прежде всего, обычное⁷².

Данная традиционалистская концепция развития права построена на идее преемственности и постоянства. Несмотря на это исторической школой проводилось различие между властно установленным правом и обычным правом. По мнению Ф. К. Савиньи, в истории каждого народа наступают такие ступени развития, когда дополнение права через общее народное сознание неблагоприятно. В такой ситуации необходимо действие законодательства, которое и дополняет право и поддерживает его распространение. Законодатель концентрирует в себе дух, мысли, потребности народа, поэтому он действительный представитель народного духа⁷³.

Историческая школа права оказала глубокое влияние на правовые исследования XIX в., на законодательную и судебную практику. Рассматривая право как органически развивающийся продукт народного духа, Ф. К. Савиньи в своё время выступил резко против кодификации немецкого права. Он считал, что предложение создать общегерманское гражданское уложение преждевременно – волевое вмешательство законодателя может нарушить спонтанный процесс развития права. Такая точка зрения задержала принятие германского гражданского уложения практически до конца XIX в. На это Г. В. Ф. Гегель замечал, что «отказывать образованному народу или его юридическому сословию в способности составить кодекс <...> было бы одним из величайших оскорблений, которое вообще могло бы быть нанесено нации или её юридическому сословию»⁷⁴.

В Финляндии историческая школа права получила распространение начиная с 50-х г.г. XIX в., но ещё до этого факта, на

⁷² PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht*. Bd. 1. Erlangen, 1828, s. 137, 139, 160.

⁷³ SAVIGNY, F. K. *System des heutigen Römischen Rechts*. Bd. I. Berlin. 1840, s. 39–42.

⁷⁴ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Философия права*. Москва, 2007, с. 281–282.

практике правовые обычаи часто изменяли законодательные предписания. Так, согласно действовавшей в Финляндии шведской конституции король должен быть лютеранином, но обычай *contra legem* устанавливал обязательность православного вероисповедания российского императора, являющегося князем финляндским и главой исполнительной власти Финляндии. Однако при этом вплоть до второй мировой войны финские юристы достаточно осторожно относились к возможности правового обычая изменять или отменять закон⁷⁵.

В России учение исторической школы стало распространяться со второй четверти XIX в., постепенно получая теоретическое развитие в трудах русских учёных. Совпадение идей исторической школы с основными установками славянофильства, общественной идеологии России – «православие, самодержавие, народность» – способствовало утверждению исторического подхода в отечественной юриспруденции. Это дало начало для юридического, этнографического, социологического, исторического изучения обычаев, народного быта со второй половины XIX в.⁷⁶.

Обычаю отводилась существенная роль в торговом праве Российской империи. Согласно ст. 1 Торгового Устава Российской империи торговые обычаи были призваны восполнить пробелы в законодательном регулировании торговых сделок – при отсутствии торговых и гражданских законов, применялись торговые обычаи⁷⁷. Для стабилизации торгового оборота обычаи записывались в сборниках (Свод Новороссийских торговых обычаев, торговые обычаи Рижской биржи, Свод Виндавских торговых обычаев). Производилась запись не только торговых обычаев, но также и крестьянских; подобной работой

⁷⁵ TAPANI, Hannu Klami. Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle. Einige Gesichtspunkte aufgrund der finnischen Rechtsquellenlehre. *Annales Universitatis Turkuensis*, Ser. B. Humanoria. Turku, t. 167, 1984, s. 55–63, 85.

⁷⁶ КРЮКОВА, С. С. Обычное право в научном наследии ранней исторической школы права в Германии. *Этнографическое обозрение*, 2000, № 3, с. 144.

занималась Комиссия при этнографическом отделении Императорского Русского Географического общества.

Законодательство Российской империи зачастую прямо указывало на отношения, где допускалось применение обычая (например, ст. ст. 452, 2112, 1539 Свода Законов Российской империи, т. X, ч. 1). Особое административно-юридическое положение, основанное на обычае, имели в дореволюционной России инородцы. В вопросах управления семейным имуществом, опекуна, наследования, торговли, в области судопроизводства им достаточно широко разрешалось руководствоваться обычаями. Освобождение крестьян от крепостной зависимости стимулировало интерес к народным обычаям и народной юстиции. Местными обычаями регулировались вопросы наследования и опеки у крестьян (ст. ст. 21, 38 Положения о крестьянах 1861 г.), имущественные отношения. Даже после земельной реформы начала XX в., которая ввела институт личной собственности в земельные отношения крестьян, право наследования по-прежнему регламентировалось обычаями, ориентированными на общинную и семейную собственность. В волостных судах, рассматривавших имущественные споры между крестьянами, обычаи, безусловно, превалировали над законами (ст. 107 Положения о крестьянах)⁷⁸. Помимо волостных судов, в торговых и инородческих судах обычай также явил собой самостоятельную форму права – применялся независимо от ссылки на него сторон. В мировых и общих судах обычай мог применяться к разрешению дела при ссылке на

⁷⁷ *Свод Законов Российской империи*. Т. XI, ч. 2. Санкт-Петербург, 1903.

⁷⁸ ИЛЛАРИОНОВ, Н. С. *Обычное право*. Ч. 1: Очерк отношений обычного права к законодательствам. Харьков, 1894, с. 18; ГОЛЬМСТЕН, А. X. *Учебник русского гражданского права*. Санкт-Петербург, 1913, с. 26; ЕФИМЕНКО, Н. *Приданое по обычному праву крестьян Архангельской губернии*. Санкт-Петербург, 1872, с. 43–45; ЛАЗОВСКИЙ, Н. *Личные отношения супругов по русскому обычному праву*. Москва, 1883, с. 20–21; СОЛОВЬЕВ, Е. Т. *Гражданское право. Очерки народного юридического быта*. Вып. 1. Казань, 1888, с. 141–143.

него одной из сторон, в случаях, не урегулированных законом⁷⁹. Обычай требовал доказывания в суде, в качестве доказательств его существования принимались заключения компетентных учреждений, например, биржевых комитетов; судебные решения по однородным делам. В случае неизвестности суду обычая, на который указывала сторона процесса, на суде лежала обязанность разыскания средств констатации обычая⁸⁰.

Историческая школа права явилась своеобразным ответом на абстрагирование естественного права от исторического масштаба, которое создаёт разрыв между правовой нормой и конкретной ситуацией. Тем не менее, историческая школа подверглась идеологической критике со стороны К. Маркса, который характеризовал её метод как некритичную апологию всех исторически данных порядков и авторитетов⁸¹. Идея исторической школы о влиянии на право метаюридических начал имела, кроме указанных, иные своеобразные последствия. Восхождение к народному духу, который проявляется в чувствах, идеях, понятиях, вызвало пристальный интерес к юридическому документу, интерпретации юридических текстов, формирование юриспруденции понятий. В дальнейшем это усилило позитивистские течения, увлечённость формально-логическими операциями и догматикой⁸².

Традиции исторической школы, позитивистской догматики были пересмотрены в середине XIX в. Р. Иерингом. Он попытался приблизить право к жизни, заменив анализ понятий на анализ интересов. Для него

⁷⁹ ДУГАНОВ, М. И. *Местные обычаи в наследовании у крестьян*. Киев, 1912, с. 10; ИЛЛАРИОНОВ, Н. С. *Обычное право <...>*, с. 18; *Свод Законов Российской империи*. Т. XI, ч. 2. Санкт-Петербург, 1903.

⁸⁰ ЦИТОВИЧ, П. П. *Очерки по теории торгового права*. Вып. 1. Санкт-Петербург, 1901, с. 3–4; ШЕРШЕНЕВИЧ, Г. Ф. *Курс торгового права*. В 4 т., т. 1. Москва, 2003, с. 100; АННЕНКОВ, К. *Система русского гражданского права*. Т. 1. Санкт-Петербург, 1894, с. 43; СИНАЙСКИЙ, В. И. *Русское гражданское право*. Вып. 1. Киев, 1917, с. 20–22.

⁸¹ МАРКС, К.; ЭНГЕЛЬС, Ф. *Собр. соч.* Изд. 2-е, т. 1. Москва, 1955, с. 85–86, 416.

⁸² МАЛЬЦЕВ, Г. В. *Социальные основания права*. Москва, 2007, с. 315–316.

право – это живая сила, защищающая интересы. В борьбе за свои интересы, в их защите человек обретает право и самого себя. Право создаётся личным творчеством. Поэтому его сущность, в том числе и обычного права, заключается в борьбе целей, стремлений и интересов, что исключает момент постепенности в его возникновении и развитии⁸³. Борьба за право предполагает не только противостояние, но и взаимное общение, отсюда делается вывод о том, что национальные системы права оказывают влияние друг на друга, обмениваясь правовыми учреждениями. По мнению Р. Иеринга, историческая школа придавала чрезмерное значение национальной детерминированности права⁸⁴.

1.7. Юридический позитивизм и правовой обычай

Лидирующие позиции юридического позитивизма, которые он занял во второй половине XIX в., в условиях трансформационных экономических, политических, социальных процессов, протекавших в обществе, были подорваны в XX в. иными научными подходами к праву. Речь идёт, прежде всего, о социологии, этнологии, антропологии, которые показали совершенно другое происхождение и детерминанты права, чем представляло учение позитивизма, возводящее всё к воле законодателя.

Социологические течения в праве утверждали примат неорганизованного права в обществе, но при этом избегали традиционализма обычая. Представителями этих направлений проводилось различие между первичными источниками права (социальными фактами) и вторичными, формальными источниками права (техническими процедурами фиксирования первичных источников), признавалась относительность последних. Право берёт своё начало в социальных фактах, которые по сути являются нормативными, именно

⁸³ ИЕРИНГ, Р. *Цель в праве*. Ярославль, 1880, с. 130, 145; ИЕРИНГ, Р. *Борьба за право*. Санкт-Петербург, 1912, с. 15–19.

⁸⁴ ИЕРИНГ, Р. *Значение римского права для нового мира*. Санкт-Петербург, 1875, с. 7–9.

они, по мнению Е. Эрлиха, регламентируют поведение людей⁸⁵. Закон и обычай приобретают юридическую силу в самом факте своего существования.

Этнологические и антропологические исследования (Ф. Боаса, Б. Малиновского, К. Старке, А. Р. Рэдклифф-Брауна, М. Мосса, Э. Эванс-Причарда, К. Леви-Стросса, Н. Рулана) на примере примитивных форм социальной жизни показали, что право является ровесником общества. Задолго до возникновения государства появились нормы правового характера (прежде всего это касается обычаев), которые развивались благодаря тому, что они вели к формированию порядка в деятельности общества. Они важны для сохранения общества, эффективно передаются и соблюдаются. По этой причине они оказывают влияние и на современное общество, которое не в состоянии от них отказаться. В связи с этим в современной науке получает развитие концепция правового плюрализма, согласно которой в едином и единовременном гражданском обществе могут сосуществовать и воздействовать друг на друга несколько правовых систем – исходящих от государства и не связанных с ним (обычное право)⁸⁶. Данная концепция предполагает гибкое взаимодействие разных систем права, исключая при этом абсолютное доминирование обычного права⁸⁷.

Между тем, позитивистский подход продолжил своё развитие в XX в. Например, в России научные концепции права советского периода исходили из того, что государство и право являются надстроечными формами, обусловленные базисными (производственными) отношениями. С этих позиций право понимается как принудительные

⁸⁵ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München-Leipzig, 1913, s. 19, 33, 67, 189, 382–388.

⁸⁶ *Юридическая антропология. Закон и жизнь*: сб. ст. / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 2000, с. 7.

⁸⁷ БЕНДА-БЕКМАН, К. фон. Зачем беспокоиться о правовом плюрализме? Вопросы изучения и осуществления политики правового плюрализма. Из *Обычное право и правовой плюрализм* / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 1999, с. 9–13.

установления государства, как обязательные предписания власти, отсюда право отождествляется с законом. Позитивистская концепция выталкивала обычай как самостоятельную форму права. В советской юридической литературе на протяжении длительного времени обычай оценивался как пережиток прошлого, подлежащий искоренению⁸⁸. Тем не менее, в 20–30-е гг. достаточно широко применялись этнические правовые обычаи в регулировании отношений народов Севера, Сибири, Северного Кавказа. Однако Уголовный Кодекс Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (далее – РСФСР) 1960 г. ввёл уголовную ответственность за некоторые преступления, составляющие пережитки местных обычаев. Но поскольку обычаи продолжали существовать, указанные составы впоследствии были декриминализованы⁸⁹. Действие местных обычаев допускал Земельный Кодекс РСФСР 1922 г. (ст.ст. 8, 55, 77). Ссылки на обычай содержались также в Гражданском Кодексе РСФСР 1922 г., Кодексе торгового мореплавания Союза Советских Социалистических Республик (далее – СССР) 1929 г. Советские законодательные акты, принятые позднее, также

⁸⁸ ГОЛУНСКИЙ, С. А.; СТРОГОВИЧ, М. С. *Теория государства и права*: учебник. Москва, 1940, с. 151–155, 187–190; ДЕНИСОВ, А. И. *Теория государства и права*: учебник. Москва, 1948. С. 483, ЗИВС, С. А. *Источники права*. Ленинград, 1981, с. 30, 153; КЕРИМОВ, Д. А. *Общая теория государства и права*. Предмет. Структура. Функции. Москва, 1977, с. 18; КЕЧЕКЬЯН, С. Ф. О понятии источника права. *Ученые записки МГУ*, 1946; вып. 116. Труды юрид. факультета, кн. 2, с. 4–7, 18–19; НЕДБАЙЛО, П. Е. *Введение в общую теорию государства и права*: уч. пособие. Киев, 1971, с. 5–9; ТОКАРЕВ, Б. Я. *Советское право и обычаи <...>*, с. 10; ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права*. Москва, 1968, с. 16.

⁸⁹ КОЧЕТЫГОВА, Н. И. *Правовой обычай как источник права России (на примере этнического правового обычая)*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2007, с. 15–16; САДОХИНА, Н. Е. *Развитие источников российского права в советский и постсоветский период*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Тамбов, 2005, с. 16; БРАГИНСКИЙ, М. И.; ВИТРЯНСКИЙ, В. В. *Договорное право*. Кн. 1: Общие положения. Москва, 1998, с. 52–53.

обращались к понятиям «обычай» и «обычное» (Гражданский Кодекс РСФСР 1964 г., Кодекс торгового мореплавания 1968 г.)⁹⁰.

В Литве межвоенного периода правовые обычаи были официально признаны источниками права – в 1927 г. кассационным решением в деле № 743 Главный Литовский трибунал признал их силу в тех сферах, где законы разрешили действие обычаев. К. Шалкаускис также полагал их имеющими силу там, где имеются пробелы в законах. Следует отметить, что в обеих случаях стороны и суд лишь имели право, но не были обязаны руководствоваться правовыми обычаями. Как отмечает М. Максимайтис, в межвоенный период (особенно в первые годы Независимости) обычное право использовалось довольно широко (особенно в отношениях между крестьянами). Однако суды в аналогичных делах то признавали, то не признавали существующими определенные обычаи, руководствуясь при этом лишь своим пониманием справедливости. Поэтому общей тенденцией было стремление законодателя всемерно ограничить сферу применения правовых обычаев⁹¹.

О том, что закон не исключает других форм выражения права и имеет смысл лишь в сочетании с ними, пишут зарубежные авторы, например, – Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. По их мнению, «обычай не является тем основным и первичным элементом права, как того хочет социологическая школа. Он лишь один из элементов, позволяющих найти справедливое решение. Но его роль вместе с тем отнюдь не так незначительна, как полагает юридический позитивизм»⁹².

На протяжении истории права закон, как символ монолитности и суверенитета государства в юридическом аспекте, не вытеснил

⁹⁰ БРАГИНСКИЙ, М. И.; ВИТРЯНСКИЙ, В. В. *Договорное право <...>*, с. 52-53; *Гражданский Кодекс РСФСР. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР. Кодекс о браке и семье*. Москва: Юрид. лит., 1979.

⁹¹ MAKSIMAITIS, M. *Lietuvos teisės šaltiniai 1918-1940 metais*. Vilnius: Justitia, 2001, с. 111–112.

полностью из правовой сферы обычая. Исторически изменялось только их реальное соотношение в пользу одной или другой формы выражения права. Вплоть до настоящего времени, очевидно влияние обычая в регулировании некоторых общественных отношений. В науке значимость правового обычая оценивалась по-разному: или его значение несправедливо принижали, или необоснованно преувеличивали.

1.8. Противоположность обычая и закона

Изучение вопроса перехода обычая в закон выявило тождество и различие между ними. Исторический анализ взаимосвязи правового обычая и закона показал наличие противоречия между ними. Как правило, правовой обычай и закон противопоставляются друг другу, воспринимаются как противоречащие друг другу формы права, прежде всего потому, что они различаются. Считается, что их несходство, неодинаковость абсолютны, поэтому они друг друга исключают. «Одинаково ли одно нечто с другим нечто или нет – это не касается ни того, ни другого нечто; каждое из них соотнесено лишь с собой есть в себе и для себя то, что оно есть»⁹³. С диалектической точки зрения одинаковость и неодинаковость закона и обычая – это внешнее отношение к ним сравнивающего субъекта. В сравнении они соотносятся не друг с другом, а с чем-то третьим. Поэтому в одном отношении закон и обычай одинаковы, в другом – неодинаковы. В различии закон и обычай сосуществуют друг с другом. Переход «от одинаковости к неодинаковости и от неодинаковости обратно к одинаковости заставляет одну исчезать в другой и есть на деле отрицательное единство обеих»⁹⁴. Природа одинаковости и неодинаковости закона и правового обычая

⁹² ДАВИД, Р.; ЖОФФРЕ-СПИНОЗИ, К. *Основные правовые системы современности*. Москва, 1997, с. 77, 94.

⁹³ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики <...>*, с. 378.

⁹⁴ Там же, с. 379–380.

заключается в том, что они образуют отрицательное единство. Следующей ступенью развития противоречия диалектика признаёт противоположность, имеющей положительную и отрицательную сторону. Закон и правовой обычай противопоставляются друг другу. Рефлектированная в себя одинаковость правового обычая и закона, содержащая в самой себе соотношение с неодинаковостью, составляет положительную сторону противоположности; неодинаковость обычая и закона, содержащая в самой себе соотношение с одинаковостью, представляет собой отрицательную сторону. Стороны противоположности отрицаются и исключаются друг другом, но они определяются одна через другую.

Положительное существует только благодаря тому, что есть отрицательное; и наоборот – отрицательное существует благодаря положительному. Положительное и отрицательное являются таковыми сами в себе, вне соотношения с чем-то третьим. Научное знание, направленное на закон, отрицает обычай в том случае, когда снимает внутреннее отрицание закона, и наделяет его положительностью. Знание, направленное на обычай, исключает закон тогда, когда снимает внутреннее отрицание обычая, в этом случае положительным становится только обычай. Вместе с тем закон и обычай сами по себе не являются положительными или отрицательными, сравнивающий субъект делает их таковыми. На ступени собственно противоречия завершается отрицание. Положительное снимает себя в отрицательном и превращает себя в отрицательное; а отрицательное снимает себя в положительном и превращается в положительное. Таким образом, в противоречии противоположности переходят и превращаются друг в друга. В этом состоит разрешение противоречия. Разрешённое противоречие есть основание, сущность как единство положительного и отрицательного⁹⁵. В соотношении обычая с законом выявляются положительное и

⁹⁵ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 393.

отрицательное в обычае и в законе, создающие внутреннее противоречие каждого из них. Непрерывный переход положительного и отрицательного друг в друга, их взаимное снятие разрешает противоречие и обнаруживает сущность правового обычая и закона. Тем самым постигается истинное основание обычая и закона. Сущность правового обычая и сущность закона возвращаются в себя, но не буквально, не к прежнему уровню, а к более высокому. В каждом противоположении сторон есть нечто их объединяющее, что можно увидеть на примере следующих сопоставлений.

В вопросе письменного формулирования закона и обычая значение придаётся возможности их широкой известности. Закон – письменный нормативный акт, что делает возможным его обнародование; в сравнении с законом обычай не обязательно должен быть письменно зафиксирован, поэтому он может быть неизвестен, и сторона, ссылающаяся на него в суде, обязана его доказать. В этом проявляется неодинаковость закона и обычая. Но вероятна ситуация незнания закона участниками правоотношений, а обычай может быть хорошо известен внутри той социальной группы, в которой он сложился. Закону, как правило, приписывается способность легко адаптироваться к переменам социальных условий, в отличие от обычая, считающегося консервативным. Однако закон способен к достаточно продолжительному существованию во времени, и в этом кроется его высокая вероятность препятствовать нововведениям. Обычай – весьма традиционное явление, поэтому обычаю также свойственна определённая консервативность и стремление к сохранению даже в условиях социальных изменений. С другой стороны, закон может стать причиной, стремительного изменения существующего социального порядка (по разным причинам); и правовой обычай, не обладая уровнем абстракции закона, ближе соприкасаясь с реальными фактами, отражает их переменчивость, и потому также обладает подвижным характером.

В данном сравнении проявляются свойства правового обычая и закона – они одновременно консервативны и подвижны, но сила их развития в законе выше, чем в обычае. Закон устанавливается государством, в отличие от него правовой обычай возникает вследствие привычных действий и установки на их совершение. В процессе образования закона государство не только самостоятельно формулирует правила поведения, но иногда включает в текст закона обычно-правовую норму; в последнем случае причиной возникновения закона являются действия государства, повторяющиеся действия и психологическая установка на их совершение. Закон и обычай одинаково обеспечены санкциями. Но характер санкций неодинаков. Закон всегда обеспечен санкциями со стороны государства, то есть возможностью физического принуждения; обычай не обязательно сопровождается государственными санкциями, для него основные санкции – моральные и/или религиозные. Закон и правовой обычай – явления одинаково нормативные. Но законодательная норма более чётко структурируется, содержит более ясные формулировки, вследствие этого легче понимается, чем обычно-правовая норма. Тем не менее, достаточно часто ошибки в юридической технике делают законодательную норму запутанной и трудно понимаемой.

Налично сущее противоречие – это корень всякого движения. В соотношении обычая и закона положительное определение обычая переходит в своё отрицательное определение, внутри обычая возникает противоречие, благодаря чему обычай становится живым единством. То же самое происходит и с законом, в его соотношении с обычаем. Поэтому их совместное существование в государственно-организованном обществе – это не изъян, а возможность для каждого из них вернуться в своё основание и не погибнуть. Самостоятельность закона не может отрицать, исключать правовой обычай, пренебрегать им. Равно как и самостоятельность обычая не может отрицать закон. Более того, «самостоятельность, доведённая до крайности, как для – себя – сущее

«одно», есть абстрактная, формальная самостоятельность, сама себя разрушающая <...> Эта самостоятельность, таким образом, есть отрицательное отношение к самой себе, которое, желая обрести собственное бытие, разрушает его, и это его действие есть лишь проявление ничтожности этого действия. Примирение заключается в признании, что то, против чего направлено отрицательное отношение, есть скорее его сущность»⁹⁶.

В современном мире, в условиях существования института государственной власти изоляция закона от иных форм права, прежде всего от правового обычая, означает его гибель. Закон имеет своё собственное историческое предназначение, достичь которого он может только рядом с правовым обычаем. Поскольку закон «вышел» из правового обычая, постольку он включает обычай в снятом, преобразованном виде как свой собственный момент. Правовой обычай способен выполнять регулятивные функции без закона, но в обществе, не знающем государственной организации. Действуя в государстве, правовой обычай способен полноценно раскрыться только рядом с законом.

«Конечные вещи в своём безразличном многообразии вообще таковы, что они противоречивы в себе самих, надломлены внутри себя и возвращаются в своё основание»⁹⁷. Правовой обычай по своей сущности также представляет собой противоречивое явление. Источник этого противоречия образуют два элемента правового обычая, традиционно выделяемые в теории обычного права – материальный и психологический. В исследованиях правового обычая как положительное или отрицательное периодически оценивали то один, то другой элемент.

⁹⁶ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 151–152.

⁹⁷ Там же, с. 401.

1.9. Материальный и психологический элементы правового обычая в трактовке исследователей от античности до начала XX века

Первые сведения об элементах правового обычая можно почерпнуть из Дигест. Римские юристы именовали обычай *consuetudo*, *mos*, *mores* или *usus*. Данные термины приближают объяснение интересующего нас явления к привычке, обыкновению делать что-либо, т.е. к действиям. По этой причине один из двух факторов образования обычно-правовой нормы сводился к ее применению и был назван римлянами собственно *consuetudo*⁹⁸ – длительное, однообразное повторение обычных правоустановлений. В основе обычно-правового повторения лежит внутренний момент – *consensus*, который понимался римскими юристами как молчаливо выраженная коллективная народная воля⁹⁹, как молчаливое соглашение граждан¹⁰⁰. Отсюда следует, что под внутренним моментом правового обычая подразумевалось мнение людей о порождении обычно – правовым правилом определённых юридических последствий.

Правовые обычаи широкую доктринальную обработку получили в рамках канонического права, школы глоссаторов и постглоссаторов. Глоссаторы придавали большее значение внешнему, фактическому моменту в становлении обычая. Постглоссаторы, напротив, акцентировали внимание на внутреннем, психологическом моменте, в отношении которого и теми и другими были высказаны следующие замечания:

1. Каждый обычай покоится на *tacitus consensus populi*; понималось под этим молчаливое выражение воли всего народа (согласно Юлиану). Спорный вопрос о том, может ли согласие народа на придание обычно-применяемому положению юридической силы заменяться согласием его представителей, первоначально был затронут

⁹⁸ D. 1.3.32.1; D. 1.3.35; D. 1.3.40.

⁹⁹ D. 1.3.32.1.

¹⁰⁰ D. 1.3.35.

гlossаторами. Они полагали, что повторяющиеся действия могут исходить от представителей народа – Совета или магистрата, поскольку, участвуя в применении обычая, члены Совета, магистрата выражают волю всего народа. Постгlossаторы частично приняли идею репрезентативности народа при выражении *tacitus consensus*, частично решили эту проблему иначе, предложив презумпцию знания народом обычая: поскольку народ знал об обычае и не препятствовал, его применению, постольку он разрешил придание обычному повторению действий юридической силы. Некоторые постгlossаторы утверждали, что обычай так же, как и закон, может исходить от верховного правителя (короля, императора) по той причине, что обычное право возникает только посредством его, молчаливо выраженной воли.

2. Проблему влияния заблуждения на становление обычая гlossаторы и постгlossаторы решали следующим образом: часть из них полагала, что фактическое заблуждение исключает *consuetudo* вследствие того, что оно нарушает *consensus*, другая часть связывала влияние заблуждения с дерогаторной силой обычая по отношению к закону. В этом случае для обычая требовалось уверенное знание возникающего закона, т.к. заблуждение касалось противоречащего обычаю закону. Согласно данной точке зрения заблуждение народа никогда не исключает *consensus*.

Ни гlossаторы, ни постгlossаторы не могли обойти вниманием законы отдельных городов, которые играли в политической жизни средневековой Европы очень важную роль. Гlossаторы отождествляли правовые установления городов (*lex municipalis*) с *consuetudo*. Постгlossаторы, напротив, разграничивали их: статут возникает через простое и непосредственное выражение воли общества, а обычай – через молчаливое¹⁰¹.

¹⁰¹ BRIE, S. *Die Lehre <...>*, s. 104–117, 141–149.

И глоссаторы, и постглоссаторы обязательную силу обычного права, за исключением партикулярных обычаев, определяли через одобрение, дозволение законодателя¹⁰². С возвышением в Европе королевской власти над обществом фикция молчаливой санкции обычая монархом (благодаря чему обычай становится юридическим), предложенная теоретической науке средневековыми юристами, получила признание у последующих поколений правоведов и просуществовала довольно длительное время, пока не была опровергнута исторической школой права.

Представитель исторической школы права Ф. К. Савиньи утверждал, что правовое правило возникает через непосредственное убеждение об истине и силу правила имеет в себе самом, без внешней санкции. Это убеждение может проявлять себя посредством равномерных, непрерывных действий, то есть через обычай¹⁰³. По мнению Г. Ф. Пухты, право, которое возникает и формируется непосредственно в сознании народа, – это обычное право¹⁰⁴. В сознании народа присутствует общее убеждение, создающее некое правоположение, которое воплощается и закрепляется в действиях¹⁰⁵. Для обозначения обычая Пухта использует термин «*die Sitte*», отмечая тем самым отличие между собственным пониманием обычного права и интерпретацией его римлянами, последней наиболее адекватно слово «*die Gewohnheit*», т.е. обычай в данном контексте связан с автоматическим повторением действий, носящих индивидуальный характер. Обычай происходит из общего народного убеждения в его целесообразности и необходимости, не наоборот. Само же повторение (*die Übung*) есть только

¹⁰² КАРАСЕВИЧ, П. Л. *Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии*. Москва, 1875, с. 33.

¹⁰³ SAVIGNY, F. K. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. I. Berlin, 1840, s. 177–178.

¹⁰⁴ PUCHTA, G. F. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Bd. I. Leipzig, 1859, s. 25.

¹⁰⁵ PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht <...>*, s. 144–147; PUCHTA, G. F. *Vorlesungen <...>*, s. 22, 27.

средство познания обычая (*die Sitte*). А обычай, в свою очередь, – это внешнее проявление и средство распознавания обычного права¹⁰⁶.

Таким образом, обычай должен обладать следующими признаками:

1) сознание юридической необходимости, идущее от народного духа (имеет первоочередное значение);

2) повторение одного и того же убеждения в действиях (играет второстепенную роль по отношению к сознанию).

Историческая школа встретила противников, отказывавших правовому убеждению в способности порождать обычное право, как следствие этого акцент в исследованиях правового обычая сместился в сторону фактического применения. Один из них был Р. Иеринг, который утверждал, что правовое убеждение, образующее обычное право, возникает только в процессе действия, а не из народного духа, только благодаря этому действию оно доказывает свою силу, ибо сущность права есть действие¹⁰⁷. Г. Еллинек видел основу того или иного обычая в практической реализации его положений. Фактическое применение приобретает нормативный характер в силу особенностей нашей психики, а именно: «<...> то, что постоянно окружает человека, что он непрерывно воспринимает и делает, он рассматривает не только как факт, но и как норму, в соответствии с которой он оценивает, судит то, что от нее уклоняется». Из этого общего психологического своеобразия и возникает обязательная сила обычая. Длительное следование обычаю вызывает в общественном сознании убеждение в его императивности, отсюда «фактическое, постоянно повторяемое рассматривается как нормативное»¹⁰⁸. По мнению Э. Цительманна, сила длящегося факта является тем самым моментом, который придает обычному праву

¹⁰⁶ PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht* <...>, s. 168–170; PUCHTA, G. F. *Vorlesungen* <...>, s. 32.

¹⁰⁷ ИЕРИНГ, Р. *Борьба за право*. Санкт-Петербург, 1912, с. 20–21, 58.

¹⁰⁸ ЕЛЛИНЕК, Г. *Общее учение о государстве*. Санкт-Петербург, 1908, с. 247–248.

значимость¹⁰⁹. А. Штурм вводит термин «правовое чувство», под которым понимает внутреннее ощущение нерушимой связанности друг с другом. Это чувство, в противоположность правовому убеждению, лишено индивидуальности, субъективности; имеет эмпирическое обоснование (Штурм объясняет его деятельностью нервной системы) и вызывается к жизни фактическим применением норм¹¹⁰.

Похожую точку зрения разделяли и русские ученые В. И. Синайский, В. И. Лебедев, полагавшие, что норму обычного права образуют повторяющиеся действия, однообразное применение¹¹¹. Ю. С. Гамбаров, В. М. Хвостов основу обязательности обычая также выводили из продолжительного применения его на практике, или из привычки, признавая в то же время внешний и внутренний моменты необходимыми признаками обычая. К тому же Ю. С. Гамбаров считал, что главным здесь является не убеждение всего народа, а отдельного лица, исполняющего обычай, о его юридической обязательности¹¹².

Результатом этой критики явилось новое осмысление концепции исторической школы о сущностных началах обычая правоведами второй половины XIX в., конца XIX – начала XX в.в. Приведем конкретные примеры. Так, О. Гирке указывает на то, что два основных момента обычая неотделимы друг от друга, слиты в одно целое, представляя собой внешнюю и внутреннюю стороны процесса его образования. Без повторения действий, соответствующих правовому убеждению, последнее не может приобрести силу действующей нормы, с другой

¹⁰⁹ ZITELMANN, E. *Gewohnheitsrecht und Irrtum*. Из *Archiv für civilistische Praxis*. Bd. 66, 1883, s. 446.

¹¹⁰ STURM, A. *Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts*. Leipzig, 1900, s. 2–15.

¹¹¹ СИНАЙСКИЙ, В. И. *Русское гражданское <...>*, с. 20; ЛЕБЕДЕВ, В. И. *Общая теория права*. Санкт-Петербург, 1903, с. 36.

¹¹² ГАМБАРОВ, Ю. С. *Курс гражданского права*. Санкт-Петербург, 1911, с. 194, 215; ХВОСТОВ, В. М. *Общая теория права*. Санкт-Петербург – Москва, 1914, с. 85, 87, 89.

стороны, необходимо, чтобы обычай «чувствовался и представлялся» как правовая норма¹¹³.

Этим идеям были созвучны идеи Ф. Регельсбергера, повторявшего, что при образовании обычая внешний и внутренний моменты действуют совместно. В отношении убеждения о существовании нормы достаточным условием выступает распространение этого убеждения в кругу лиц, непосредственно соприкасающихся с ней¹¹⁴.

Оригинальную концепцию механизма обычая предложил французский исследователь Ф. Жени. Он установил двойственные условия появления обычного права: позитивные и негативные. Позитивные заключают в себе материальный и психологический моменты. Первый (*l'usage*) предусматривает постоянное и длительное выполнение ряда действий, создающих определенные отношения в общественной жизни. Второй – юридическое чувство субъектов обычно-правовой практики в том, что они формально не выраженную норму принимают как норму объективного права и действуют сообразно с ней. Подобное психологическое восприятие является общим для всех заинтересованных сторон, объединенных на этой почве в группы. Эта общность, характеризующаяся добровольностью и спонтанностью, – главный признак юридической ценности обычая, который отличает его от простых жизненных привычек, и гарантия наиболее эффективного предотвращения конфликта интересов сторон. Негативные условия содержат в себе препятствия обязательной силе обычного права, в частности, иррациональность обычая, под которой Жени понимает противоречие обычая писаному праву, морали, основам политической и социальной организаций¹¹⁵.

¹¹³ GIERKE, O. *Deutsches Privatrecht*. Leipzig. B. I, 1895, s. 164–165.

¹¹⁴ РЕГЕЛЬСБЕРГЕР, Ф. *Общее учение о праве*. Москва, 1897, с. 62–65.

¹¹⁵ Цит. по: ДОБРОВ, А. С. Правотворчество без законодателя. *Иваново-Вознесенский юридический вестник*, 2001, № 6, с. 29–30; ЛУКОВСКАЯ, Д. И. *Социологическое направление во французской теории права*. Ленинград, 1972, с. 77, 80.

Поднятая проблема оснований значимости правовых норм (в том числе и обычая) привлекла внимание в конце XIX – начале XX в.в. представителей научных направлений, ориентированных на социологию и психологию. Сторонники социологического направления в праве юридическую ценность нормы обуславливали фактическим выполнением или невыполнением ее, а не фактом установления правовой нормы законодателем. Для социологической школы живыми правовыми нормами являются только те, что осуществляются в действительности, все остальное – теория¹¹⁶. Именно живое право является действующим правом. Это говорит о том, что в изучении обычая ударение делалось на его материальном моменте. Сферой научного интереса социологов права были некоторые положения исторической школы, например, понятие «общего народного правового убеждения». Так, С. А. Муромцев полагал, что данная психологическая составляющая является условием образования вообще всех юридических норм, а не только обычаев. Определения «общее» и «народное» не имеют существенного значения по следующим причинам: 1) всеобщность не обязательна для признания нормы юридической; 2) не только народ в целом способен образовывать право, иные общественные союзы также располагают такой возможностью. И, наконец, термин «убеждение» не вполне соответствует сущности того, что он обозначает. Убеждение сопровождает любую юридическую норму, будь то закон или обычай¹¹⁷.

1.10. Разработка проблемы материального и психологического элементов правового обычая в трудах современных исследователей

В XX в. теория права по-прежнему различает два элемента в правовом обычае: материальный и психологический. Метаюридические объяснения

¹¹⁶ EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie* <...>, s. 108, 189.

¹¹⁷ МУРОМЦЕВ, С. А. *Образование права по учениям немецкой юриспруденции*. Москва, 1886, с. 17–23.

природы обычая его связью с народным духом, предложенные исторической школой, воспринимаются скептически. Такова, например, позиция французских юристов¹¹⁸. Также и в современной немецкой юридической доктрине утверждается, что для возникновения обычного права (*das Gewohnheitsrecht*) одного правового убеждения недостаточно, для этого требуется и фактическое повторение действий, и *opinio necessitates*¹¹⁹. Психологический момент – признание обычая в качестве правового ставится в зависимость от сознания определенной социальной группы или коллектива¹²⁰. Для того, чтобы сложившийся и действующий внутри группы поступок стал правовым, достаточно, как писал А. Леви-Брюль, «чтобы этот поступок конформировался в сознании группы»¹²¹.

В российской правовой доктрине на психологическом элементе механизма, как правило, внимание не заострялось. Исключение составляют работы по юридической природе международного обычая, в которых в качестве основного момента процесса обычно-правового нормообразования выделяют *opinio juris* – признание государствами сложившейся практики как правовой нормы. Это признание носит характер молчаливого согласования воли государств. При этом на современном этапе *opinio juris* приобрело решающее значение в создании обычных норм по сравнению с обширной практикой¹²². Ряд

¹¹⁸ МАРТЪЯНОВА, Т. С.; КОВАЛЬ, Г. О. Обычай как источник французского частного права. *Кодекс-инфо*, 1999, № 8, с. 13.

¹¹⁹ PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 7. München, 1989, s. 5.

¹²⁰ РУЛАН, Н. *Юридическая антропология* <...>, с. 279.

¹²¹ Цит. по: ПЭНТО, Р.; ГРАВИТЦ, М. *Метод социальных наук*. Москва, 1972, с. 65.

¹²² НАЙКО, Г. Д. *Обычные нормы международного права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 1972, с. 10, 18; ПАЛЬЧИК, С. Г. *Юридическая природа международного обычая*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 1975, с. 9, 16; ДАНИЛЕНКО, Г. М. *Процесс создания обычая в международном праве*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 1981, с. 7, 9; САМХАРАДЗЕ, Д. Г. *Взаимодействие источников современного международного права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2005, с. 22.

исключений в этом смысле можно дополнить исследованиями А. С. Добрава, Г. В. Мальцева, Ф. Т. Селюкова.

Согласно мысли А.С. Добрава *opinio necessitatis* правовых норм сводится к представлению об угрозе в случае их нарушения, о возможном физическом принуждении со стороны государства¹²³. Психологическая составляющая обычая в интерпретации Г. В. Мальцева звучит как «установка психики и сознания на совершение определенных необходимых и обязательных действий на коллективном и индивидуальном уровнях»¹²⁴. По мнению Ф. Т. Селюкова, действия, составляющие обычно-правовые правила поведения, создаются в группе, коллективе по взаимному согласию, т.е. носят консенсуальный характер¹²⁵. А. В. Поляков *opinio necessitatis* определяет как сочетание убеждения в необходимости исполнения обязанности и осознания наличия соответствующего ему правомочия. Существование или отсутствие «правообязывающей структуры» кладётся в основу деления правовых и неправовых обычаев¹²⁶.

В современной доктрине психологический момент обычая уступает по значимости материальному: практика, формирующая обычай, выходит на первый план. В отечественной науке определение обычая традиционно формулируется, исходя из решающего в процессе образования обычая элемента – материального:

«Под обычаем понимается правило поведения, соблюдаемое в обществе в силу установившейся привычки, в силу многократного применения в течение долгого времени»¹²⁷.

¹²³ ДОБРОВ, А. С. Правотворчество без законодателя. *Иваново-Вознесенский юридический вестник*, 2001, № 7/8, с. 50.

¹²⁴ МАЛЬЦЕВ, Г. В. Очерк теории обычая и обычного права. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на-Дону, 1999, с. 16.

¹²⁵ СЕЛЮКОВ, Ф. Т. *Происхождение действующего права*. Москва, 1997, с. 32–33.

¹²⁶ ПОЛЯКОВ, А. В. *Общая теория права: учебник*. Санкт-Петербург, 2001, с. 509.

¹²⁷ ГОЛУНСКИЙ, С. А.; СТРОГОВИЧ, М. С. *Теория государства и права <...>*, с. 168.

«Обычаем называется правило поведения, сложившееся вследствие фактического его применения в течение более или менее продолжительного времени»¹²⁸.

Обычай – это «исторически сложившаяся и распространенная в обществе или в коллективе форма действий, повторяющихся в определенных обстоятельствах»¹²⁹.

«Обычай – правило поведения, ставшее юридической нормой вследствие его общего значения и длительности фактического применения»¹³⁰.

Обычай – это «правило поведения, основанное на длительности и многократности его применения»¹³¹.

Обычай – «вошедшее в привычку в результате многократного повторения общее правило поведения, действующее в пределах данного сообщества в отношении всех <...>, кто охватывается содержанием правила»¹³².

Из вышесказанного следует, что абсолютного тождества не существует и тождество правового обычая диалектически содержит в самом себе противоположение двух моментов (материального и психологического) – действий и установки на их совершение (убеждение в их необходимости)¹³³. Действия, составляющие основание правового

¹²⁸ *Теория государства и права: учебник* / отв. ред. М. П. Карева, Г. И. Федькин. Москва, 1955, с. 350.

¹²⁹ ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права* <...>, с. 228.

¹³⁰ СПИРИДОНОВ, Л. И. *Теория государства и права: курс лекций*. Санкт-Петербург, 1995, с. 142.

¹³¹ БРАГИНСКИЙ, М. И.; ВИТРЯНСКИЙ, В. В. *Договорное право* <...>, с. 49.

¹³² АЛЕКСЕЕВ, С. С. *Восхождение к праву. Поиски и решения*. Москва, 2001, с. 284.

¹³³ Следует отметить, что речь идет не просто о действиях и установке на их совершение (или убеждении в их необходимости), а о действиях и установке, которым необходимо непременно следовать, которые обеспечивают равновесие интересов участников общественных отношений, обеспечены общественными санкциями, лежат в основе нормы и общезначимых общественных отношений. Но при этом мера перечисленных свойств, присущих правовому обычаю, значительно превышает их меру в неправовом обычае.

обычая, вследствие многократного повторения в определённых условиях становятся автоматическими, без усилий осуществляемыми, фиксированными, поэтому принадлежат к длительным состояниям. Установка на совершение указанных действий – это готовность к определённой активности, и хотя она потенциально повторяема, ей свойственно динамичное состояние. В то же время и действия, и установка одновременно помогают легко адаптироваться в конкретной ситуации, предвосхитить результаты действий, они придают характер предсказуемости происходящему. В этом очевидно их сходство. Поэтому различие между ними – это результат внешнего сравнения.

Но действия и установка – это не одно и то же, будучи рефлексированными в себя, они остаются разными. Как противоположности, действия и установка отрицаются друг другом. Зачастую действия, образующие правовой обычай, не совершаются автоматически. Индивид или группа индивидов в силу иной установки не совершают требуемого обычая действия. Но и установка также может быть блокирована. Действия, требуемые правовым обычаем, совершаются по разным причинам, в том числе ради получения благоприятного общественного отношения, внутренней удовлетворённости от осознания правильности своих поступков, по самостоятельно осознанному личному мотиву, по собственной привычке, и в этом случае возникают препятствия для новой установки, отличающейся от прежней. В то же время действия определяются через установку на их совершение, а установка – через действия: действия не могут быть совершены без убеждения в их необходимости, без готовности их совершить, а установка не может быть реализована без совершения действий. Действия и убеждение в их необходимости одновременно и положительное, и отрицательное, и не только в сравнении друг с другом, а в самих себе. Так, действия – это положительное, но и отрицательное, поскольку в самих себе они – противоположение правовому убеждению. Равным образом и правовое

убеждение – это положительное, а также отрицательность в силу того, что в самом себе оно есть противоположение действиям. Каждое из них (действия и правовое убеждение) в самом себе содержит другое.

В исследованиях правового обычая, как правило, удерживается одна из определённостей – действия или убеждение в их необходимости (установка на их совершение), другая определённость, содержащаяся в первой, устраняется. Отсюда действия и убеждение в их необходимости оцениваются или положительно или отрицательно. Когда научное знание относится отрицательно к действиям, составляющим правовой обычай, то оно снимает внутреннее отрицание убеждения. Когда оно относится отрицательно к правовому убеждению, то оно снимает внутреннее отрицание действий. Вместе с тем такой путь в исследованиях имеет не только недостатки, связанные с односторонностью, но и достоинства. Если бы, например, историческая школа права не поставила бы за рамки изучения действия, лежащие в основе правового обычая, то сила правового убеждения не была бы столь очевидна. Если бы социологи права не отнеслись критично к ментальному в праве, то мы не увидели бы значимости факта, и, следовательно, действий, образующих правовой обычай. В целом научное представление воспринимает действия и правовое убеждение как разные вообще, забывая об их отрицательном единстве.

В противоположении действий и правового убеждения выступает противоречие правового обычая, благодаря которому обычай деятелен. В силу того, что действия и правовое убеждение – существенно различимые моменты, безразличные друг другу, но одновременно постоянно переходящие друг в друга (соотносящиеся друг с другом отрицательно) противоположные действия и правовое убеждение содержат противоречие.

Правовой обычай – это отрицательное единство. Противоречие правового обычая разрешается в основании, которое образуют действия и правовое убеждение, теряющие свою самостоятельность. Основание – это

новая связь между действиями и убеждением, благодаря которой тождество и различие сущности правового обычая существуют в единстве друг с другом. Таким образом, сущность правового обычая предстаёт как самодвижение отношений тождества, различия, противоположности, противоречия и основания.

Сущность правового обычая переходит в своё существование, а сущность в существовании – это явление. Правовой обычай как явление распадается на два мира – мир существенный и мир являющийся, взаимодействующие друг с другом в форме противоположности. Единство действий и правового убеждения принадлежит существенному миру, который служит определённым основанием для правового обычая, принадлежащего являющемуся миру. В являющемся наличном бытии правовой обычай предстаёт как повторяющиеся действия, как правило поведения. То, что в являющемся мире положительно, отрицательно в его сущностном мире, и наоборот. То, что в являющемся мире предстаёт как действия есть в себе и для себя единство действий и убеждения. Истина правового обычая как явления состоит в единстве двух миров, которое завершается в существенном отношении.

Из сказанного о сущности правового обычая следует, что санкции, идущие от государства, не имеют к сущности правового обычая никакого отношения. Теория санкционирования правового обычая государством – юридическая фикция, в действительности основу сущности правового обычая составляет отрицательное единство повторяющихся действий и убеждения в их необходимости.

Правовой обычай, как уже указывалось ранее, подвержен процессу изменения. Но сущность правового обычая в этом процессе не затрагивается, его определение остаётся неизменным. Существует граница, в пределах которой, изменения сохраняют обычай, а внутреннее противоречие между действиями и убеждением в их необходимости создаёт корень движения правового обычая. Его сущность повторяется в многообразии окружающих явлений. Однако в действительности

правового обычая заключена возможность возникновения такой формы права, как закон. Пока возможно какое-то явление, возможно и противоположное ему явление. Сущность правового обычая может реализовать эту возможность, перевести её в новую действительность при наличии конкретных условий (социально-экономических, политических, культурно-исторических). В зависимости от определённых условий формальная возможность возникновения или не возникновения закона исчезает. Реальная возможность возникновения закона выступает в единстве с действительностью, другими словами, потенциальная действительность закона реализуется.

Причина появления закона заключена в сущностном противоречии правового обычая между повторяющимися действиями и убеждением в их необходимости (установка на совершение действий), которое на определённом историческом этапе выступило не только как источник развития правового обычая. Сущностные составляющие правового обычая – действия и убеждение подвержены влиянию закономерностей функционирования сознания (индивидуального и массового). Они достаточно прочно вплетаются в деятельность отдельного человека и, будучи продуктом сознания, зачастую исключают друг друга и в итоге нарушают соблюдение обычая. Действия и убеждение, составляющие основу обычая, рассматриваются отдельным индивидом через призму его личного морального сознания и опыта, что может иногда препятствовать действию правового обычая. Действительность общественной санкционированности правового обычая допускает возможность альтернативного, отклоняющегося поведения. Данное внутреннее противоречие правового обычая затрудняло правовое регулирование в исторических условиях растущей централизации государственной власти. В средневековый период истории, в условиях политической децентрализации только сильная государственная власть в лице монарха могла обеспечивать экономическое развитие, умерять нарастающие общественные противоречия. Государство являлось единственным

представителем страны и народа в целом и осуществляло военную (поддержание мира), фискальную функции, функцию обеспечения общественного порядка. Основу правовой культуры общества составлял правовой обычай. Государство, призванное решать общие дела, не могло реализовать своё историческое назначение, опираясь исключительно на правовой обычай. Во-первых, правовой обычай способствует правовому партикуляризму; во-вторых, эффективность обычно-правового регулирования в значительной мере зависит от индивидуального сознания. Поэтому государство, стремясь обеспечить целостность и сохранность общественного организма, издаёт новые нормативно-правовые акты – законодательные, которые в большей степени, чем какая-либо другая форма права способствуют достижению цели государства.

В концепции государства Гегеля «цель государства есть всеобщий интерес как таковой, а в нём – сохранение особенных интересов, субстанцию которых он составляет»¹³⁴. Выразителями особенных интересов являются различные социальные группы. По Гегелю, корпоративный дух переходит в государственный дух, приобретая в государстве средство сохранения особенных интересов¹³⁵. Право полноценно приобретает всеобщность в форме закона. В отличие от него знание обычно-правовых норм субъективно и случайно, а «всеобщность мысли в них замутнена»¹³⁶. В результате в новое время были созданы интегрированные национальные правовые системы, в которых доминировал закон. Обозначенное внутреннее противоречие сущности правового обычая мешает ему быть основным началом в государственно-правовом регулировании. Успешная реализация государством общих дел опирается на закон. Поэтому в современном праве обычаю отводится

¹³⁴ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Философия права* <...>, с. 294.

¹³⁵ Там же, с. 330.

¹³⁶ Там же, с. 247.

роль субсидиарного источника права, и его действие ограничивается теми сферами, где отсутствие влияния или незначительное влияние государства не угрожает целостности общества. Существование правового обычая согласно его сущности и идее права в современном, государственно-организованном обществе обладает свойством необходимости, как любая действительность. Следует отметить, что корпоративность обычая, его замкнутость на данное сообщество присущи ему до настоящего времени.

1.11. Дефиниция правового обычая

С учётом вышесказанного можно предложить следующую дефиницию правового обычая:

правовой обычай – правило поведения, характеризующееся такими свойствами, как общественная значимость, обязательность, общественная санкционированность, нормативность, степень развития которых значительно превышает их степень развития в неправовом обычае, но уступает степени их развития в законе; сущность которого образует противоречивое единство многократно повторяющихся единообразных действий и убеждения в их необходимости; способствующее реализации субъективных интересов и всеобщего интереса через их взаимное проникновение; действующее в пределах определённой социальной группы; противоречие которого с законом в условиях государства является источником их движения и жизненности.

Вместе с тем, любая дефиниция представляет собой абстрагирование от предмета, вследствие чего отбрасываются его многообразные определения. Поэтому в дефиниции, заимствующей свои определения для предмета из наличного бытия, предмет в некоторой степени упрощается. Закон и правовой обычай являются текущими моментами необходимости развития права, которое представляет собой постоянный процесс возникновения и разрешения противоречий. В

концепции правопонимания Г. В. Ф. Гегеля, обусловленной диалектической спецификой, право есть вообще свобода как идея. Оно состоит в том, что наличное бытие вообще есть наличное бытие свободной воли. Свободная воля представляет собой единство двух моментов. Первый момент – это бесконечная всеобщность, ограничение всякой особенности, определённости, упразднение различий. Вторым моментом – это переход к различению, определению, к обособлению. Отдельно друг от друга эти моменты негативны, но в единстве они дают третий момент воли, который заключается в том, что, ограничивая себя ради всеобщего, ради других, отдельный субъект в этом ограничении находится у самого себя, удерживая при этом всеобщее. Поэтому деятельность свободной воли заключается в том, что в стремлении к реализации своей цели определённый субъект объективирует её, погружаясь во всеобщее, ограничивает себя ради других субъектов, но при этом не растворяется во всеобщем и остаётся у самого себя¹³⁷. Благодаря этой идее свободы, заложенной в праве, общественные отношения развиваются как единство прав и обязанностей. Поскольку человек имеет права, постольку он имеет и обязанности. Обязанность связывает произвол индивида и способствует достижению его сущности. Единый принцип обязанности и права составляют личную свободу человека. Тем самым достигается тождество всеобщей и особенной воли¹³⁸. Идея права как деятельность свободной воли создает объединяющую основу для закона и правового обычая.

Понятие права конкретизируется Гегелем на нескольких ступенях, каждая из которых представляет собой особое право. Одну из названных ступеней занимает закон, а вершину этой лестницы венчает государство. На примере государства Гегель показывает, как свобода достигает своего высшего права. Государство в себе и для себя есть осуществление свободы, когда особенные интересы личности реализуются, переходя во

¹³⁷ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Философия права* <...>, с. 89, 67, 70–75, 87–89.

¹³⁸ Там же, с. 203, 207, 288.

всеобщий интерес, становясь его частью. Поэтому всеобщее обладает значимостью рядом с особенным интересом, а отдельный человек в достижении своего личного интереса одновременно действует ради всеобщего¹³⁹. В праве, таким образом, обретает развитие субъективность (особенные интересы личности), но при этом полноценно осуществляется всеобщее (интерес каждого как особенного), в силу единства всеобщности и особенности. Идея правового обычая как конкретной формы выражения права также заключается в свободной воле. Правовой обычай не только стремится к свободной воле, но благодаря ей он достигает в существовании своей сущности. В противном случае понятие правового обычая остаётся абстрактным, идея не рождается, и нечто, названное правовым обычаем, представляет собой просто явление. Понятие правового обычая и его осуществление формируют идею правового обычая. Поэтому понятием правового обычая является наличное бытие свободной воли в вышеуказанном смысле. В правовом обычае всеобщее и особенное взаимно проникают друг в друга, и особенный интерес становится тождественен всеобщему. Правовой обычай способствует реализации субъективных интересов отдельных индивидов через всеобщее, а реализации всеобщего – через субъективное. В ином случае обычай не истинен, поскольку в нём не реализовано его понятие, и не живёт идея права. Определением обычая является то, что он чётко выражает интересы некоторых социальных групп, по этой причине всеобщий интерес в нём несколько размыт. Особенно в сравнении с законом, в котором право, по выражению Гегеля, обретает форму своей всеобщности¹⁴⁰.

Суммируя сказанное, следует сказать следующее. В исторических условиях перехода к производящей экономике в раннепервобытной общине, которые требовали большей стабильности общественных отношений, внутреннее противоречие обычая стало причиной появления

¹³⁹ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Философия права* <...>, с. 279, 283, 286.

¹⁴⁰ Там же, с. 247.

правового обычая. В свою очередь, внутреннее противоречие правового обычая между действиями и убеждением в необходимости их совершения закладывает в нём потенциальную возможность возникновения закона, которая исторически впервые реализовалась в условиях централизации государственной власти, необходимости обеспечения целостности общества.

Переход обычая в правовой обычай, а правового обычая – в закон всегда осуществляется скачкообразно: накапливающиеся на протяжении длительного времени количественные изменения однажды превышают допустимую меру (при которых сущность не изменяется) и приводят к появлению новых свойств, в совокупности составляющих уже новую сущность.

Правовой обычай и закон не исключают друг друга, напротив, их отрицательное единство в правовой сфере государственно-организованного общества неизбежно и необходимо, поскольку представляет собой для каждого из них вернуться в своё основание.

2. Юридический аспект содержания правового обычая

2.1. Философское обоснование категорий «форма права» и «содержание»

Сущность – это основание предмета, но не всё его содержание. Философская категория «содержание» является частью категориальной пары «содержание – форма». В исследованиях диалектики категорий формы и содержания значительный прогресс был достигнут Г. В. Ф. Гегелем. В рамках его диалектического учения форма и содержание понимаются следующим образом. Сущность имеет некоторую форму и определения формы, которые находятся в сущности. Свойственные сущности определения формы – это рефлексивные определения (тождество, различие, противоречие, отношение основания). Форма

определяет сущность, удерживает определения сущности. Форма придаёт материи определённую, а материя придаёт форме устойчивость. Единство формы и сущности как лишённой формы неопределённости (материи) образует содержание¹⁴¹. Таким образом, в понимании Гегеля содержание имеет внутри себя и некоторую форму, и некоторую материю. Здесь речь идёт о внутренней форме, как способе организации самого содержания. В этом случае содержание оказывается тем, что сейчас называют структурой, системой взаимных определённости элементов явления между собой. В то же время содержание противостоит форме, но не внутренней, а внешней, той, которая полагает его извне, ограничивает в наличном бытии, придавая явлению качественную определённую. Внешняя форма составляет систему взаимных определённости явления с другими явлениями. Отсюда следует, что содержание представляет собой единство формы (внешней и внутренней) и материи. В содержание входят как актуальные, так и потенциальные определённости явления¹⁴².

Сущность определяет содержание и форму явления в системе его соотношений с другими явлениями. Содержание включает в себя не только сущность, но и другие стороны, компоненты явления, поэтому оно шире, чем сущность. Оно подвижно и изменчиво по сравнению с формой, придающей бытию устойчивость.

В правовой традиции также используются категории формы и содержания в исследовании проблемы источников права. Прежде всего следует отметить, что понятие «источник права» трактуется по-разному. Источник права как явление и отражающее его понятие необходимо рассматривать одновременно с разных сторон: с этимологической стороны; как естественно-географический, климатический, биологический фактор, оказывающий непосредственное влияние на процесс правообразования; как социальный, политический,

¹⁴¹ ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики* <...>, с. 405–413.

¹⁴² ТОЛПЕГИН, А. В. *Форма явленного бытия*. Екатеринбург, 1995, с. 19–21, 79–81.

идеологический, культурологический фактор; с материальной стороны, а также в философском плане и формально-юридическом плане. В последнем случае основное внимание концентрируется на средствах внутренней организации правовой материи и формах её выражения вовне¹⁴³.

Как отмечалось в литературе, понятие «источник права» в силу своей исторической метафоричности изначально многозначно. Впервые эту метафору предложил Тит Ливий, охарактеризовав Законы XII Таблиц как источник права¹⁴⁴. Впоследствии этот термин был воспринят правовой наукой. На понятийном аппарате научного языка отражаются также лексико-семантические особенности естественного языка. Так, слово «источник» в русском языке многозначно¹⁴⁵ (то же можно сказать и о его соответствии в литовском языке – «šaltinis»), вследствие чего термин «источник права» также приобрёл несколько значений¹⁴⁶. Поэтому при употреблении этого термина предлагается присоединять дополнения, указывающие на область его применения – социальный, политический, формальный.

В российской и литовской теоретико-правовой традиции выделяют материальные источники права (экономические, политические, социальные факторы, порождающие право) и формальные источники права (формы права) – формы внешнего выражения содержания права¹⁴⁷.

¹⁴³ МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права: учеб. пособие*. Москва, 2008, с. 45–51; ИВАНОВ, С. А. *Источники права Российской Федерации: лекции*. Москва, 2000, с. 5.

¹⁴⁴ РУБАНОВ, А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности сознания. Из *Судебная практика как источник права* / отв. ред. Б. Н. Топорнин. Москва, 1997, с. 42–47.

¹⁴⁵ ОЖЕГОВ, С. И. *Словарь русского языка*. Москва, 1990, с. 258.

¹⁴⁶ VAIŠVILA, A. *Teisės teorija: vadovėlis*. Vilnius: Justitia, 2000, p. 236.

¹⁴⁷ ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права <...>*, с. 41–42; *Теория государства и права: учебник* / под ред. А. И. Денисова. Москва, 1967, с. 295–309; *Теория государства и права: учебник* / под ред. Н. Г. Александрова. Москва, 1974, с. 103–108; ИОФФЕ, О. С.; ШАРГОРОДСКИЙ, М. Д. *Вопросы теории права*. Москва, 1961, с. 53–55; ЗИВС, С. Л. *Источники права, <...>*, с. 8–10; НЕРСЕСЯНЦ, В. С. *Общая теория права и государства:*

Материальные факторы детерминируют право, по отношению к ним формальные источники вторичны. Вопрос соотношения понятий «источник права» и «форма права» до настоящего времени является дискуссионным. Для решения этой проблемы предлагается, например, использовать формулировку «источник (форма выражения) права». Равнозначными ей являются следующие формулировки – «юридические источники права», «источники права в формальном (или специально-юридическом) смысле», «внешняя форма права»¹⁴⁸. Таким образом, форма и источник права совпадают, если подразумеваются источники права в формально-юридическом смысле. Кроме того, различают внешнюю форму права (способ объективирования права) и внутреннюю форму права (способ организации права)¹⁴⁹. Некоторые литовские исследователи говорят об «источниках норм права» и «источниках правовой мысли», относя к последним всякие тексты (вплоть до литературных произведений), содержащие сведения о действующих или когда-либо действовавших правовых нормах и воплощенных в них правовых идеях¹⁵⁰.

Теория права традиционно различает несколько видов форм права как способов внешней фиксации юридических норм (обычай, закон, судебная практика и судебный прецедент, договор, юридическая доктрина), из которых исторически первым был обычай. Как форма права обычай отражает сущность права и его специфические признаки. Тем самым определяется содержание обычая, то есть то, что заключено в обычае как в форме права. В литературе советского периода исходным

учебник. Москва, 1999, с. 400; BAUBLYS, L., et al. *Teisės teorijos įvadas: vadovėlis*. Vilnius: Leidykla MES, 2010, p. 156.

¹⁴⁸ САС, Д. В. *Источники права в римской правовой традиции и их современное развитие*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2006, с. 12–13.

¹⁴⁹ МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права <...>*, с. 40; ЗИВС, С. Л. *Источники права, <...>*, с. 8–10; ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства. Проблемы теории права и государства*. Москва, 2001, с. 111; ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права <...>*, с. 22–25.

¹⁵⁰ VAIŠVILA, A. *Teisės teorija <...>*, p. 237.

моментом в характеристике содержания права была воля господствующего класса, а также экономические, политические и идеологические составляющие¹⁵¹. В настоящей работе содержание обычая как формы права будет рассмотрено в рамках юридической сферы, вне указанных факторов, которые обуславливают содержание права.

2.2. Признаки, составляющие содержание правового обычая

Содержание правового обычая включает в себя такие актуальные свойства, которые отражают сущность права и объединяют все формально-юридические источники права – общественная значимость (направленность на сохранение целостности общества), общеобязательность (распространённость действия на всех членов общества), нормативность (фиксация модели повторяющихся социально полезных отношений), санкционированность (общественная защищённость, возможность применения принудительных мер), формальная определённость. В предыдущем разделе при рассмотрении вопроса о сущности правового обычая указанные признаки уже были названы.

Относительно такого существенного признака правового обычая, как санкционированность, следует отметить, что им предполагается общественная защита обычая, защита определёнными социальными группами. В современном обществе, государственно-организованном, возможно действие государственных санкций также и отношении правового обычая. Поэтому в этом случае можно утверждать, что свойством правового обычая является государственное санкционирование. Для его реализации потребуются некоторые условия. При этом следует помнить, что государственная санкция правового

¹⁵¹ ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права <...>*, с. 17–21; КЕЧЕКЪЯН, С. Ф. *О понятии источника права <...>*, с. 11–12.

обычая – это свойство, относящееся исключительно к содержанию обычая, но не к его сущности.

В содержание правового обычая входят не только общие для всех форм права признаки, но также специфические признаки правового обычая. В первую очередь речь идёт о сущностной основе обычая – единстве повторяющихся действий и убеждения в их необходимости. Внутреннее дифференцирование правового обычая на указанные элементы и образование ими целостного единства демонстрирует, кроме того, такое свойство правового обычая, как системность, которое тоже поглощается содержанием. С действиями и убеждением в их необходимости связан ряд характеристик, детерминированных сущностью правового обычая и придающих ему своеобразную «смысловую наполненность»:

– Повторяемость. Действия, лежащие в основе правового обычая, совершаются неоднократно, постоянно. Представители канонического права, школы глоссаторов и постглоссаторов полагали, что для возникновения обычая необходимы два случая повторения действий¹⁵². Некоторые авторы полагают необязательным многократное повторение действий для приобретения ими правового характера¹⁵³. Количество действий должно быть достаточным для создания обычая в каждой отдельной ситуации.

– Однородность (единообразие). Данный признак означает обобщение обычно-правовым правилом устоявшейся практики, когда оно соблюдается в большинстве случаев¹⁵⁴. Об однообразной и постоянной практике соблюдения правового обычая писали ещё римские юристы¹⁵⁵.

¹⁵² BRIE, S. *Das Gewohnheitsrecht* <...>, s. 104–117, 141–149.

¹⁵³ ПЭНТО, Р.; ГРАВИТЦ, М. *Метод социальных наук* <...>, с. 65.

¹⁵⁴ БЕРЖЕЛЬ, Ж.-Л. *Общая теория* <...>, с. 148; РАМЗАЙЦЕВ, Д. Ф. О значении обычаев в международной торговле. Из *Международные торговые обычаи* / под ред. М. В. Нестерова, К. К. Бахтова. Москва, 1958, с. 6.

¹⁵⁵ ЕФИМОВ, В. В. *Догма римского права*. Петроград, 1918, с. 19–20; БАРОН, Ю. *Система римского гражданского права*. Вып. 1, кн. 1. Санкт-Петербург, 1909, с. 15–16.

Немногие глоссаторы и постглоссаторы утверждали, что отклоняющееся действие препятствует образованию обычая¹⁵⁶. Правило, предусмотренное правовым обычаем, соблюдается в подавляющем числе случаев. Но поскольку обычно-правовая норма носит диспозитивный характер, постольку допустимы незначительные отклонения от неё, не меняющие кардинально содержание нормы. Ф. Регельсбергер писал, что для однообразия правового обычая «достаточно, чтобы чаша весов со случаями применения опускалась значительно ниже чаши с исключениями»¹⁵⁷.

– Продолжительность (долговременность). Распространённость. Для возникновения обычая необходимо время. Единого мнения о сроке, в течение которого проверяется правовой обычай, не существует. В римской правовой традиции продолжительность не определялась каким-либо промежутком времени¹⁵⁸. Средневековые юристы, например, полагали, что для образования и существования обычая, необходимы 10–20 лет, что соответствовало сроку давности. Постглоссаторы объяснили отличие продолжительности от срока давности тем, что в сравнении с давностью обычай создает объективное право. Часть постглоссаторов согласилась с продолжительностью времени в 10 лет, а другая утверждала, что 10 лет недостаточно для образования конкретного правового обычая¹⁵⁹. Однако в современном международном публичном праве этот признак не является необходимым для образования обычаев. Так, в Решении Международного Суда ООН по делу о континентальном шельфе Северного моря в 1969 г. было указано следующее: «короткий

¹⁵⁶ BRIE, S. *Das Gewohnheitsrecht* <...>, s. 104–117, 141–149.

¹⁵⁷ РЕГЕЛЬСБЕРГЕР, Ф. *Общее учение* <...>, с. 62–65.

¹⁵⁸ ЕФИМОВ, В. В. *Догма римского* <...>, с. 19–20; БАРОН, Ю. *Система римского* <...>, с. 15–16.

¹⁵⁹ BRIE, S. *Das Gewohnheitsrecht* <...>, s. 104–117, 141–149.

период времени не является обязательно или сам по себе препятствием для образования новой нормы международного обычного права»¹⁶⁰.

Признак продолжительности предполагает, что обычай успел сложиться и распространиться среди широкого круга лиц. Представляется, что чёткие сроки практического значения не имеют, вопрос о длительности существования обычая должен решаться с учётом мнения об известности данного обычая, так как установить период действия обычая достаточно сложно. На практике решение этой проблемы может выглядеть следующим образом.

В деле, которое рассматривал Арбитражный суд г. Москвы в 1997 г., истец основывал свои исковые требования на обычае делового оборота, согласно которому платежное поручение с отметкой банка об исполнении является подтверждением осуществленного платежа и достаточным основанием для передачи товара по договору купли-продажи. В качестве доказательств существования обычая истец представил суду заключения трёх банков, которые подтвердили распространённость указанной сложившейся практики в банковской сфере. Три банковских заключения явились достаточными основаниями для квалификации судом сведений, содержащихся в них, как обычая делового оборота, который подлежит применению¹⁶¹.

– Определённость. Любая форма права определённа, но так как обычай является неписанным формально-юридическим источником права, то в процессе его применения может возникнуть необходимость установления точного его содержания. По этой причине некоторые авторы называют определённость обычая условием для признания его

¹⁶⁰ САМХАРАДЗЕ, Д. Г. *Взаимодействие источников современного международного права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2005, с. 21.

¹⁶¹ КАЛАШНИКОВ, Д. Применение арбитражным судом делового обычая при оценке доказательств в спорах, вытекающих из договоров купли-продажи. *Право и экономика*, 1998, № 1, с. 122–124.

правовым¹⁶². Однозначному и точному пониманию обычаев способствует запись обычаев в соответствующих сборниках. Например, в настоящее время в области международной торговли унификацией и изданием сборников международных торговых обычаев занимается Международная торговая палата (далее – МТП), в области торгового мореплавания – Международный морской комитет (неправительственная организация, равно, как и МТП), способствуя тем самым одинаковому пониманию международных обычаев.

Документальная фиксация обычая не переводит его в разряд иных формально-юридических источников. Вместе с тем, запись обычно-правовых правил зачастую воспринимается как сознательное внесение изменений в содержание обычаев, что ставит под сомнение сохранение ими своего прежнего статуса обычаев¹⁶³. Кроме того, высказывается точка зрения о том, что создание сборников обычаев может «законсервировать» их содержание, вследствие чего им будет трудно адекватно реагировать на те или иные социальные перемены¹⁶⁴. Вместе с тем в систематизации правовых обычаев, сопровождающейся их обработкой (кодификацией), присутствуют положительные моменты. Она приводит в символический порядок нормы, стремится сформировать полный и исчерпывающий набор ситуаций. Благодаря ей норма освобождается от воздействия случайного, и утверждается системность. Кодификация сглаживает разрыв между нормой и конкретным случаем, подчиняя его некой общей идее¹⁶⁵.

– Локальность. Действие правового обычая ограничено определённой социальной группой, которая формируется по

¹⁶² РАМЗАЙЦЕВ, Д. Ф. О значении обычаев в международной торговле. Из *Международные торговые обычаи* <...>, с. 6; *Теория государства и права*: учебник / отв. ред. М. П. Карева, Г. И. Федькин. Москва, 1955, с. 370.

¹⁶³ ЗЫКИН, И. С. *Внешнеэкономические операции: право и практика*. Москва, 1994, с. 235–241.

¹⁶⁴ HOLZHAMMER, R. *Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht*. Wien, New York, 1993, s. 108.

¹⁶⁵ ИСАЕВ, И. А. *Власть и закон в контексте иррационального*. Москва, 2006, с. 356, 470–471.

территориальному, профессиональному или национальному признаку. Обычай обеспечивает равновесие корпоративных интересов в масштабе некоторой социальной общности.

К специфическим признакам правового обычая относят также рациональность (разумность, нравственность). Однако данными признаками должны обладать также иные формы права, поэтому они скорее являются не специфическими, а общими для всех форм права свойствами. Впервые признак разумности обычая был выделен каноническим правом, в рамках которого утверждалось, что обычай, равно как и закон, не может противоречить церковным установлениям и общественному интересу. Глоссаторы и постглоссаторы требование рациональности также распространяли и на обычай, и на закон. Применительно к обычаю они указывали, что он не может преодолеть *ratio*, следовательно, иррациональный обычай не имеет правовой силы. Основу недействительности обычая образуют нарушение им церковных установлений, общественного интереса (*utilitas publica*) и противоречие *jus naturale*¹⁶⁶.

Правовой обычай призван создать равновесие социальных интересов, справедливо распределить социальные блага, установить границы социальной активности субъектов, то есть полноценно воплотить правовую идею свободы; в этом контексте обычай не может противоречить моральным ценностям, традиционным представлениям о добре, зле, справедливости, совести, безопасности, порядке. В противном случае обычай будет представлять собой случайное явление.

Вышеперечисленные признаки правового обычая сформулированы в романо-германской правовой семье. Английская правовая традиция отчасти синхронизирует их, придавая им иную формулировку (древность (существование с незапамятных времен), определенность, непрерывность действия, согласованность обычаев). Но кроме этого, она предлагает

¹⁶⁶ BRIE, S. *Das Gewohnheitsrecht* <...>, s. 104–117, 141–149.

дополнительные свойства, при наличии которых обычай признаётся юридически значимым: разумность, обязательность, использование с общего миролюбивого согласия¹⁶⁷.

Содержание правового обычая можно представить как тождество внутреннего и внешнего. Внешнее определяется как форма бытия правового обычая – это его существование как формы права, в этом случае правовому обычаю сообщаются свойства всех форм права. Внутреннее определяется как форма его сущности. Внешнее (качественная определённость как формы права) в правовом обычае зависит от его внутреннего, его повторяющейся сущности. Внутреннее (единство повторяющихся действий и убеждения в их необходимости) не дано непосредственно, оно познаётся через внешнее, через проявление. Иными словами, при сопоставлении общих признаков, характеризующих все формально-юридические источники права, и специфических свойств правового обычая, следует, что в отдельных специфических свойствах под влиянием сущности обычая его общие признаки как формы права конкретизируются. Общественная значимость, общеобязательность, нормативность специфически преломляются в таких характеристиках, как повторяемость, однородность, распространённость. Формальная определённость и санкционированность раскрываются в правовом обычае напрямую. Традиционные требования судебной практики подтверждают данный вывод – предметом доказывания правового обычая в суде является свидетельство специфических свойств обычно-правового правила, но не общих характеристик.

К признакам правового обычая относят также спонтанность, непрерывность¹⁶⁸, не противоречие закону. Вопрос о спонтанности правового обычая не является однозначным. Согласно одним взглядам

¹⁶⁷ УОЛКЕР, Р. *Английская судебная система*. Москва, 1980, с. 84–86; РОМАНОВ, А. К. *Правовая система Англии*. Москва, 2002, с. 181–182.

¹⁶⁸ БОШНО, С. В. Правовой обычай в контексте современного учения о формах права. *Современное право*, 2004, № 9, с. 49, 51, 52.

обычай не исходит от какого-то официального органа, он вырабатывается неорганизованно, спонтанно, стихийно. Точную дату его возникновения назвать трудно. Датой вступления правового обычая в силу является не момент его официального признания, а сама практика, проявление соответствующего поведения¹⁶⁹. Однако научной точке зрения, констатирующей спонтанность (интуитивность) правового обычая, противостоит иное воззрение, в соответствии с которым вопрос о спонтанном возникновении права должен оставаться открытым. В обосновании этой мысли используются данные исследований традиционных обществ. Многие процессы в традиционных обществах управляются обычаями, необходимость которых сознается всеми членами общества. При этом даже в архаичных обществах, где уже царит конфликт интересов, трудно ожидать добровольного признания правил поведения каждым человеком. Поэтому в целях сохранения установленного порядка появляются санкции к нарушителям норм, которые носят принудительный характер. Это говорит о высшей степени организации, которая отличает право от иных социальных институтов. Она характеризует и традиционные, и современные общества. Таким образом, право возникает и действует организованно¹⁷⁰. Но это не означает, что обычай создается кем-то целенаправленно, он формируется «постепенно, независимо от воли и желания каких бы то ни было органов и лиц»¹⁷¹. Обычай возникает самостоятельно, без участия государства, но из этого не следует, что он спонтанен. Право по своей природе системно, упорядочено и организованно, эти особенности не могут не сообщаться правом обычаю.

¹⁶⁹ РАЗУМОВИЧ, К. Н. Источники и форма права. *Советское государство и право*, 1988, № 3, с. 24; ДЕНИСОВ, А. И. Теория государства <...>, с. 448; РУЛАН, Н. *Юридическая антропология* <...>, с. 59; ПЭНТО, Р.; ГРАВИТЦ, М. *Метод социальных наук* <...>, с. 74.

¹⁷⁰ РЕТЕВ, V. Ein spontanenes Recht? Из *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit* <...>, s. 301–309.

¹⁷¹ МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права: учебное пособие*. Москва, 2008, с. 499.

Непрерывность предполагает постоянное действие обычая, не сопровождаемое периодами бездействия, иначе обычай забывается. Динамику действия правового обычая достаточно трудно проследить, сложно установить были ли перерывы в действии обычая или их не было. Глоссаторы утверждали, что для возникновения обычая необходимы два случая его повторения. При этом неизвестно, какой период времени отделяет эти два случая, вполне возможно, что продолжительность этого временного отрезка можно назвать бездействием. Обычай весьма тесно привязан к психологическому сознанию, что придаёт ему некоторую непредсказуемость. По этой причине с уверенностью наделять правовой обычай таким признаком, как непрерывность сомнительно. Свойство непротиворечивости обычая закону больше относится к сфере долженствования, нежели к его реальным определённостям.

К специфическим особенностям правового обычая принадлежит необходимость доказывания его в суде, поскольку считается, что обычай как неписанный источник права может быть неизвестен суду. Ещё в римской правовой традиции было обращено внимание на способ познания обычая через удостоверение его судебным решением¹⁷². Школы глоссаторов и постглоссаторов признавали обычное право объективным, что обязывало суд принимать его положения. Но поскольку обычное право – неписаное право, то оно далеко стоит от фактов и может быть неизвестно суду, поэтому сторона, ссылающаяся на обычай, должна его доказать¹⁷³. В качестве доказательств выступали предыдущие решения суда (два решения суда, из которых следует существование обычая, – полное доказательство), показания свидетелей, указания экспертов. Рассматриваемое свойство правового обычая обозначило проблему значения суда в образовании правового обычая. Глоссаторы считали, что судебные действия образуют обычай. Постглоссаторы не сомневались в том, что судебные решения могут обосновывать обычное право, но не

¹⁷² D. 1.3.34

¹⁷³ ДЁРНБУРГ, Г. *Пандекты*. Т. 1: Общая часть. Москва, 1906, с. 71.

являются необходимыми для его образования. Они допускали также, что и внесудебные действия подходят для образования обычного права. Ф. К. Савиньи полагал, что судебные решения, основанные на обычае, являются свидетельством существования правового обычая, но они не создают обычай. Он уподоблял правовой обычай иностранному закону для тех, кто находился за пределами круга того общего правового сознания, в котором сложился обычай. В силу этого судья не обязан знать обычай, но сторона, ссылающаяся на него, обязана его доказать, а доказанный обычай судья обязан соблюдать¹⁷⁴.

2.3. Доказывание правового обычая в суде

Представляется интересным рассмотрение вопроса доказывания правового обычая в современном судопроизводстве. Российское законодательство обязывает арбитражные суды и суды общей юрисдикции применять обычаи делового оборота в случаях, предусмотренных нормативными правовыми актами (п. 1 ст. 13 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, п. 1 ст. 11 Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации). Так, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в рекомендациях по применению законодательства о рекламе, аргументировал применение обычая делового оборота, указав, что размещение уличной вывески (таблички) с наименованием юридического лица как указателя его местонахождения или обозначения места входа в занимаемое помещение, здание или на территорию является общераспространенной практикой и соответствует сложившимся на территории России обычаям делового оборота¹⁷⁵. В российском судопроизводстве при доказывании обычая

¹⁷⁴ SAVIGNY, F. K. *System des heutigen römischen Rechts* <...>, s. 173, 182, 191.

¹⁷⁵ Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе». *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 2002, № 1.

будет применяться общее процессуальное правило доказывания – сторона, участвующая в деле, должна доказать обстоятельства, на которые она ссылается как на основание своих требований и возражений (п. 1 ст. 56 Гражданский процессуального кодекса Российской Федерации, п. 1 ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации). При этом в рамках гражданского процесса суд, по ходатайству заинтересованной стороны, полномочен оказывать содействие в собирании и истребовании доказательств в ситуации, когда представление необходимых доказательств является затруднительным для стороны (п. 1 ст. 57 Гражданский процессуального кодекса Российской Федерации)¹⁷⁶. Данная норма будет распространяться и на случаи доказывания обычая. Активное участие арбитражного суда в деле доказывания обычаев стимулируется тем, что одной из задач судопроизводства в арбитражных судах является формирование обычаев делового оборота (п. 6 ст. 2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации).

В процессуальной практике Западной Европы проблема доказывания правового обычая разрешается аналогичным образом – суд наделяется полномочиями самостоятельно осуществлять поиск доказательств обычая. Например, Гражданский процессуальный кодекс Германии (§ 293)¹⁷⁷, Гражданский процессуальный кодекс Австрии (§ 271)¹⁷⁸ не ограничивают суд доказательствами существования обычного права, представленными сторонами, предоставляя суду возможность

¹⁷⁶ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 18.11.2002, № 46, ст. 4532; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.07.2002, № 30, ст. 3012.

¹⁷⁷ Die Zivilprozessordnung. *Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <http://bundesrecht.juris.de/zpo/___293.html>.

¹⁷⁸ Die Zivilprozessordnung. *Bundeskanzleramt. Rechtsinformationssystem* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR12020406/NOR12020406.html>>.

использовать иные источники информации об обычном праве. Средствами установления обычного права могут выступать юридическая литература, судебные решения по другим делам, данные экспертизы, свидетельские показания, служебные справки, записи, научные работы¹⁷⁹.

При установлении существования правового обычая суд исследует вопросы, связанные с повторяемостью, распространённостью, однородностью, определённой обычаем, с непротиворечием обычая закону. Но предметом судебной оценки также может являться отдельно правовое убеждение, включённое в сущность правового обычая. Так, в одном из рассмотренных дел Высший финансовый суд Германии отказался квалифицировать как обычное право многолетнюю практику, в соответствии с которой наследник при исчислении собственного налога на доходы имел право учесть унаследованные убытки наследодателя, не учтенные последним. Суд отметил, что данная норма фактически повторялась на протяжении четырёх десятилетий. Но для признания её как обычного права требовалось общее убеждение причастного круга лиц (налогоплательщиков, финансово-налогового ведомства, судов, признанных авторов соответствующей литературы) о правовом характере нормы. В силу того, что в литературе высказывалось значительное число авторов против сложившейся практики, суд пришёл к выводу об отсутствии общего правового убеждения и, как следствие, соответствующего обычного права¹⁸⁰.

Как показывает судебная практика, отсутствие доказательств наличия обычая и его содержания является основанием для отклонения

¹⁷⁹ JAUERNIG, O. *Zivilprozessrecht*: Studienbuch. München, 1988, s. 178; *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*. Bd. I. Bern, 1962, s. 142; ЭННЕКЦЕРУС, Л. *Курс германского гражданского права*. Т. 1, п/т 1. Москва, 1949, с. 147.

¹⁸⁰ Der Bundesfinanzhof. Beschluss vom 17.12.2007, GrS 2/04. *Bundesfinanzhof. Oberster Gerichtshof des Bundes für Steuern und Zölle*. Entscheidungen online [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>>.

судом ссылок на обычай¹⁸¹. Кроме того, проблема доказывания обычая может возникать не только в государственной судебной системе, но также и в третейских судах, коммерческих арбитражных судах¹⁸².

Помимо прочего следует отметить, что доказательствами, подтверждающими обычай, могут быть свидетельские показания, судебные акты, сборники обычаев, а также, например, свидетельства Торгово-промышленной палаты Российской Федерации о регистрации обычаев делового оборота. Поскольку Торгово-промышленная палата Российской Федерации в соответствии с п. 3 ст. 15 Закона Российской Федерации от 07.07.1993 № 5340–1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» полномочна свидетельствовать торговые и портовые обычаи, принятые в России¹⁸³.

Необходимость доказывания правового обычая может возникнуть не только в суде, а к средствам доказывания обычая могут относиться не только вышеперечисленные. 4 декабря 2001 г. Торгово-промышленная палата Российской Федерации зарегистрировала обычай делового оборота (торговый обычай) в сфере вексельного обращения, заключающийся в необходимости проверки субъектами предпринимательской деятельности приобретаемых ими векселей посредством обращения к векселедателю за сведениями о векселе и об обстоятельствах, препятствующих его законному обороту. Этот обычай применяется на всей территории Российской Федерации (Свидетельство

¹⁸¹ *Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.01.2008 № 18189/07; Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 18.06.2006 по делу №А82–9693/2005–36 [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2013]. Режим доступа: <<http://arbitr.ru>>.*

¹⁸² *Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации за 1998 г. / сост. М. Г. Розенберг. Москва, 1999, с. 131-134.*

¹⁸³ *Российская газета*, 1993, 12 августа, № 154.

Торгово-промышленной палаты Российской Федерации № 04 В/120 от 04.12.2001)¹⁸⁴.

С просьбой зарегистрировать данный обычай делового оборота в сфере вексельного обращения в 2001 г. в Торгово-промышленную палату Российской Федерации обратилось Столичное агентство деловых консультаций (г. Москва, далее – Агентство). По мнению представителей упомянутого агентства, регистрация данного обычая будет способствовать стабилизации правовой инфраструктуры, дополнит действующее законодательство Российской Федерации, предотвратит мошеннические манипуляции с векселями. К тому же важно определить значимость обычая в регулировании вексельного оборота, так как историческое возникновение векселя в форме торгового обычая до сих пор оказывает влияние на правовые аспекты вексельного обращения.

Данное Агентство при обращении в Торгово-промышленную палату Российской Федерации пояснило, что приблизительно с 1995 г., в целях максимального снижения предпринимательского риска среди участников вексельного обращения в России сложилась практика проверки векселей при их приобретении и практика накопления векселедателями сведений о вексельных операциях и сообщений о них по запросу третьих лиц. Ввиду отсутствия на тот момент в Торгово-промышленной палате Российской Федерации регламента регистрации обычаев, Агентство для доказывания обычая делового оборота в сфере вексельного обращения предоставило результаты социологического исследования Независимого исследовательского центра «Ромир», проведённого по заказу Агентства. Сто опрошенных крупных российских банков и компаний (ОАО «Газпром», НК «Лукойл», РАО «ЕЭС России», ОАО «Северсталь» и пр.) подтвердили правило обязательной проверки приобретаемых векселей. Проверка производится на предмет

¹⁸⁴ Материалы, касающиеся регистрации обычая делового оборота в сфере вексельного обращения, любезно предоставлены автору Торгово-промышленной палатой Российской Федерации.

подтверждения факта выдачи, наличия (отсутствия в «СТОП ЛИСТЕ» в связи с поступившим постановлением из следственных органов об аресте, запрете оплаты, приостановлением операций по векселю, определением суда о запрещении оплаты векселя, иным обременением). Девяносто девять процентов опрошенных проверяют такие векселя на предмет отсутствия в категории недействительных, утраченных. По мнению девяноста пяти процентов опрошенных, этой практике следует большинство участников вексельного оборота. Кроме того, Агентство в качестве примера регулирования отношений в сфере вексельного обращения согласно данному обычаю сделало ссылку на «Стандарт передачи векселей», утвержденный на общем собрании представителей Ассоциации участников вексельного рынка (далее – АУВЕР) в 1998 г. В соответствии с п. 3.1 разд. 3 названного стандарта, приобретатель векселя обязан связаться с векселедателем и удостовериться, что приобретаемый вексель отсутствует в числе утраченных.

Дефинитивная норма ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации, давая определение обычаю, указывает на его необходимые признаки – систематическая повторяемость, единообразие, распространённость, использование в какой-либо определенной области («сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности правило поведения»), необязательность его фиксации в каком-либо документе, непредусмотренность законодательством¹⁸⁵. На Пленуме Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации был также назван ещё один признак обычая делового оборота – определённая содержания (п. 4 Постановления от 01.07.1996 № 6, №

¹⁸⁵ Гражданский Кодекс Российской Федерации, часть первая. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 1994, № 32, ст. 3301; Федеральный Закон от 30.12.2012 № 302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации». *Собрание законодательства Российской Федерации*, 2012, № 53 (ч. 1), ст. 7627.

8)¹⁸⁶. Согласно заключениям Аналитического центра по правовой политике Президента Российской Федерации (Институт государства и права), Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации в обычае делового оборота, состоящем в проверке приобретателями векселей факта выдачи векселей, отсутствия обременений, сведений об их утрате, путем обращения к векселедателю, наличествуют эти признаки. В подтверждение того, что сложившееся в сфере вексельного обращения правило поведения обладает признаками обычая делового оборота, Агентство представило в Торгово-промышленную палату Российской Федерации также указанные экспертные заключения. После рассмотрения запроса Столичного агентства деловых консультаций, изучения предоставленных им сведений Торгово-промышленная палата Российской Федерации зарегистрировала обычай делового оборота.

2.4. Нормативность правового обычая

Как уже отмечалось выше, характерным признаком правового обычая является нормативность, один из фундаментальных признаков права. Иными словами, содержание правового обычая представлено нормой права со всей её существенной определённой. Правовая норма является юридической формулой, в которой сосредоточивается логика предписания. Назначение формулы заключается в упрощении и формализации процесса правоприменения, в придании ему официальной значимости, представительности и авторитета¹⁸⁷. Нормативность предполагает, что круг адресатов нормы определён типовыми

¹⁸⁶ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации». *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 1996, № 9.

¹⁸⁷ ИСАЕВ, И. А. *Власть и закон* <...>, с. 427.

признаками, она рассчитана на неограниченное число однотипных случаев и вступает в действие периодически¹⁸⁸. Основными признаками правовой нормы являются общий характер, предоставительно-обязывающий характер, системность и формальная определённость¹⁸⁹. Об общем характере, подразумеваемом также и общеобязательность, уже было сказано, остановимся на других характеристиках правовой нормы.

Юридическая норма содержит в себе двустороннее качество, благодаря которому в ней указывается право одной стороны и соответствующая ему обязанность другой стороны. Отсутствие данного соответствия прав и обязанностей лишает норму регулятивного смысла. Юридическая норма – формальное правило поведения, которое устанавливает конкретные права и обязанности участников общественных отношений. Поэтому с точки зрения внутренней формы норма должна представлять собой конкретное предписание. С точки зрения внешней формы она должна быть зафиксирована в официальных формах права¹⁹⁰. Формальной определённости нормы способствует её системность, выраженная в специфическом строении. Юридическая норма представляет собой систему из определённых элементов и целесообразных связей между ними. Традиционно структуру нормы права изображают как трёхэлементную, состоящую из гипотезы (условия, при наступлении которых норма подлежит применению), диспозиции (взаимные права и обязанности участников отношений) и санкции (негативные последствия в случае нарушения диспозиции и гипотезы). Вместе с тем, в литературе отмечается, что «юридически целостная правовая норма состоит не из трёх, а из четырёх элементов, а точнее – из

¹⁸⁸ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 171.

¹⁸⁹ НЕРСЕСЯНЦ, В. С. *Общая теория права и государства* <...>, с. 391, 394; СПИРИДОНОВ, Л. И. *Теория государства и права* <...>, с. 151–152.

¹⁹⁰ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 171.

двух двухэлементных нормативно-правовых предписаний по схеме: «если <...>, то <...>, а если <...>, то <...>»¹⁹¹.

В качестве примера можно рассмотреть структуру торговых обычаев, объединенных ИНКОТЕРМС. ИНКОТЕРМС, официальные правила Международной торговой палаты (далее – МТП) для толкования торговых терминов, представляют собой источник информации об обычаях в международной торговле¹⁹².

ИНКОТЕРМС – 2000¹⁹³ содержат 13 терминов, применяющихся в сделках, основанных на договорах международной купли-продажи товаров. Каждая обычно-правовая норма, обозначенная тем или иным термином, достаточно сложна по содержанию. Каждая норма предписывает продавцу и покупателю совершить конкретные обязанности, носящие как материальный, так и процессуальный характер. К первой группе обязанностей относятся, например, обязанность продавца передать покупателю товар, погрузить товар или передать его перевозчику, обязанность покупателя принять поставку товара, уплатить цену товара. Ко второй группе принадлежат, в частности, обязанность продавца предоставить покупателю счет-фактуру, известить покупателя о погрузке товара. При этом в нормы ИНКОТЕРМС включены обязательства сторон, относящиеся не только к договору купли-продажи, но также к договорам перевозки, страхования (для терминов *CIF*, *CIP*), касающиеся таможенного права (выполнение таможенных формальностей – получение необходимых экспортных, импортных лицензий, оплата таможенных пошлин).

¹⁹¹ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 174.

¹⁹² Пунктом 4 Постановления Правления Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 28.06.2001 № 117–13 ИНКОТЕРМС признаны на территории Российской Федерации торговыми обычаями. *Торгово-промышленные ведомости*, 2001, № 19–20.

¹⁹³ Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс 2000». Публикация Международной торговой палаты № 560, № 620. Информационно-правовая система «КонсультантПлюс» [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_57195/>.

В целях сохранения стабильного характера торговой сферы ИНКОТЕРМС устанавливают чёткую границу юридической ответственности между продавцом и покупателем, совпадающую с моментом выполнения продавцом его обязательств по поставке. Момент перехода рисков определяется в ИНКОТЕРМС по-разному, в зависимости от особенностей тех или иных терминов. Например, в обычно-правовых правилах, объединённых терминами *FOB*, *CFR*, *CIF*, указанным моментом является переход товара через поручни судна в названном порту отгрузки; в терминах *DAF*, *DES*, *DEQ*, *DDU*, *DDP* – передача продавцом товара в согласованное место или пункт назначения на границе; в соответствии с термином *CPT* момент перехода рисков совпадает с передачей продавцом товара перевозчику.

Вне зависимости от наличия или отсутствия своей вины продавец несёт перед покупателем юридическую ответственность в случаях утраты или повреждения товара до тех пор, пока не исполнит своих обязательств по поставке. Согласно условиям *FAS* продавец считается выполнившим поставку в тот момент, когда товар размещён вдоль борта судна на причале или на лихтерах в указанном порту отгрузки. Утрата или повреждение товара до наступления указанного момента сохраняют за продавцом обязанность поставить товар покупателю. В этом видится основное предназначение ИНКОТЕРМС – способствовать эффективному осуществлению сделок международной купли-продажи. Они формулируют правила перехода рисков и исключают споры между участниками сделок купли – продажи. По этой причине ИНКОТЕРМС не позволяют устанавливать лицо, виновное в причинении вреда. Защита нарушенных прав той или иной стороны в сделке лежит в сфере действия иных правовых норм.

Резюмируя сказанное, можно отметить, что международные торговые обычаи, объединённые ИНКОТЕРМС, наилучшим образом структурируются в виде двух двухэлементных предписаний по вышеуказанной схеме «если <...>, то <...>, а если <...>, то <...>»:

наступление определённого момента (предоставление товара в распоряжение покупателя в обусловленном месте поставки, передача товара перевозчику, размещение товара вдоль борта судна, переход товара через поручни судна в названном порту отгрузки и др.) означает выполнение продавцом его обязательств по поставке товара и влечёт переход юридической ответственности (риски гибели или повреждения товара) с продавца на покупателя; ненаступление определённого нормой момента означает, что продавец не выполнил свои обязательства по поставке товара, поэтому он несёт перед покупателем юридическую ответственность за утраченный или повреждённый товар.

В двухэлементных конструкциях предлагается выявлять не гипотезу, диспозицию, санкцию, а элементы, указывающие на определённые юридически значимые обстоятельства, и элементы, указывающие на те правовые последствия, которые данные обстоятельства влекут¹⁹⁴. В обычно-правовых нормах, включённых в ИНКОТЕРМС, к юридически значимым обстоятельствам относится выполнение продавцом своих обязательств по поставке и определение момента, когда поставка считается им выполненной, в этом случае следует переход рисков утраты и повреждения товара с продавца на покупателя; если продавец не выполняет своих обязательств по поставке, риски утраты и повреждения товара не переходят на покупателя. Использование традиционной трёхэлементной схемы затрудняет выявление структуры данных обычаев.

Обычаи, включённые в ИНКОТЕРМС, весьма детализированы и сложно структурированы. Кроме того, данные нормы являются диспозитивными; носят одновременно регулятивный и охранительный характер, поскольку ими частично регламентируется поведение субъектов сделки купли-продажи и отношения юридической ответственности.

¹⁹⁴ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 176.

Системностью обладают также Йорк – Антверпенские правила об общей аварии, представляющие собой кодифицированные Международным морским комитетом обычаи в сфере торгового мореплавания¹⁹⁵. Йорк – Антверпенские правила состоят из литерных (*A, B, C, D, E, F, G*) и цифровых правил (I–XVIII). Данные правила содержат обычно-правовую норму дефинитивного характера, которая даёт определение общей аварии и основные её признаки (Правила *B, C* и *A*). Общая авария предполагает возмещение потерь, убытков или издержек, явившихся следствием морского происшествия, между всеми участвующими в морском предприятии интересами (Правила *B, C*). Литерное правило *A* устанавливает четыре признака, характеризующие общую аварию:

1) пожертвования и затраты, приводящие к общей аварии, должны быть чрезвычайны;

2) пожертвования и затраты осуществляются намеренно и разумно;

3) предпринимаемые действия должны быть направлены на достижение общей безопасности, а не в интересах какого-то отдельного имущества;

4) наличие опасности, общей для всего имущества, участвующего в морском предприятии. Причем опасность должна быть реальной и значительной.

При одновременном выполнении четырех указанных условий имеет место быть акт общей аварии – аварийные пожертвования и расходы подлежат отнесению на различные участвующие интересы (Правило *B*), то есть распределяются между всеми участниками морского предприятия. Часть обычно-правовых норм, включенных в Йорк – Антверпенские правила, наиболее оптимально конструируется в виде

¹⁹⁵ Йорк – Антверпенские правила об общей аварии, приняты в г. Гамбург 04.04.1974, с изм. 1990 г. Информационно-правовая система «КонсультантПлюс» [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010].

двух двухэлементных предписаний. Если морское происшествие соответствует частному случаю общей аварии (перечислены в литерных правилах) или общим признакам общей аварии (Правило А), то данное происшествие является общей аварией и убытки от неё распределяются между всеми участниками морского предприятия. Поскольку возмещение убытков традиционно рассматривается как форма юридической ответственности, то другими словами можно сказать, что в случае общей аварии ответственность распределяется между всеми участвующими в морском предприятии интересами. Если морское происшествие не подпадает под определение общей аварии, то убытки между всеми участниками не распределяются.

Распределение убытков между всеми участниками морского предприятия по Йорк – Антверпенским правилам об общей аварии представляет собой реализацию принципа о безвиновной ответственности, действующего в торговом праве. В условиях современного хозяйства, с присущей ему специализацией и кооперацией производства, бывает трудно установить лицо, виновное в причинении вреда. «Ставить выплату возмещения в зависимость от успешности поиска конкретного причинителя вреда означало бы сохранение неопределенности в положении потерпевшего, ущемление его имущественных интересов»¹⁹⁶. Виновность одной из участвующих в предприятии сторон не влияет на право на возмещение убытков по общей аварии (Правило С). Порядок установления вины и определение иных оснований, на которых компенсируется ущерб сторонам, регулируется не Йорк – Антверпенскими правилами об общей аварии, а другими международно-правовыми актами.

В данных правилах к юридически значимым обстоятельствам принадлежит квалификация произведённых ради общей безопасности, с

¹⁹⁶ КУЛАГИН, М. И. Предпринимательство и право: опыт Запада Из *Избранные труды*. Москва, 1997, с. 199, 282, 287.

целью предохранения от опасности имущества, участвующего в общем морском предприятии, пожертвований и затрат как намеренных, разумных и чрезвычайных. Правовые последствия данного обстоятельства заключаются в том, что убытки от таких пожертвований распределяются между всеми участниками морского предприятия. Указанные обстоятельства и их последствия образуют два элемента двухэлементного предписания. Элементы последующего двухэлементного предписания состоят в том, что квалификация морского происшествия как частной аварии не даёт оснований для распределения понесённых убытков между всеми участниками морского предприятия.

Кроме материальных норм, Йорк – Антверпенские правила включают процессуальные нормы, регламентирующие динамическую сторону правового регулирования. Процессуальные нормы содержат указание на процедуру распределения затрат по общей аварии (Правила G, XXVI, XVII, XIII, XIV, XV, XVI, XXII, XVIII). Они также конструируются на два двухэлементных предписания – если имеет место быть общая авария, то затраты распределяются установленным образом; в случае частной аварии данная процедура распределения затрат не действует.

Структурирование Йорк – Антверпенских правил по традиционной трёхэлементной схеме проблематично. Они также, как и ИНКОТЕРМС, детализированы, не отличаются высокой степенью абстрактности в изложении, диспозитивны, носят одновременно регулятивный и охранительный характер. Рассмотренные примеры показывают, что выражение структуры обычно-правовой нормы определяется не только взаимосвязью составных её частей, но и характером регулируемых ею общественных отношений. Наличие в обычно-правовых нормах состава и структуры, их целостное строение свидетельствуют о таком их свойстве, как системность.

Ранее уже отмечалось своеобразие содержания правового обычая на историческом этапе его становления, а именно: связь обычая с

мифологией, религией, моралью, ритуалами. Эта связь в настоящее время выражена гораздо слабее, но вряд ли можно утверждать, что она окончательно утрачена. Архетипы социальных отношений, возникшие на ранних стадиях социогенеза, проявляются и на современном его этапе¹⁹⁷. Так, мифический образ мышления используется в области права и современным обществом¹⁹⁸, поэтому обычаи в своём содержании могут сохранить мифологическую составляющую. Многие процессуальные правовые нормы, в том числе обычаи, сопровождаются ритуалами.

Что касается свойства правового обычая, которое соотносится с моралью, то следует обратиться к понятию добросовестности. Данное понятие тесно связано с торговым оборотом и охватывается содержанием торговых обычаев. Институт доброй совести предполагает учёт нравственных требований к поведению сторон в отношении друг друга, отсутствие намерения причинить вред другому. Например, в гражданско-правовой практике Германии требования добросовестности участников открытого торгового общества, командитных товариществ выражаются двояким образом: позитивно – обязанность соблюдать интересы общества, и негативно – обязанность не делать ничего, что эти интересы нарушает. В соответствии с требованиями добросовестности член общества обязан: сообщать об угрожающей обществу опасности; согласовывать составление завещания с другими членами общества; сохранять конфиденциальность в делах общества; принимать во внимание общество при выставлении требований ему; не имеет права добиваться особенных преимуществ перед другими¹⁹⁹. Добросовестность, сопровождая обычаи, апеллирует к моральной стороне поведения субъектов, требует учитывать общие интересы и наряду с другими факторами способствует соблюдению обычаев в современном обществе.

¹⁹⁷ ВЕРТИЙ, М. Ю. *Обычное право народов Северного Кавказа как феномен культуры*. Дис. <...> канд. философ. наук. Ростов-на-Дону, 2003, с. 49.

¹⁹⁸ РУЛАН, Н. *Юридическая антропология* <...>, с. 243–248.

¹⁹⁹ KLUNZINGER, E. *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*. München, 1990, s. 59, 60, 100.

2.5. Виды обычно-правовых норм

Виды обычно-правовых норм разнообразны, но их объединяет общность вышерассмотренных признаков. Правовые обычаи классифицируются по нескольким основаниям, образующим отличительные черты обычаев. Классификационная структура правовых обычаев может быть представлена линейно, когда каждый вид обычая разделяется на подвиды, последние также подвергаются дробному делению. Так, по сфере действия обычаи разделяются на общенациональные (действующие в пределах одной национальной правовой системы), международные, местные. Например, во французской правовой доктрине общенациональные обычаи регулируют брачно-семейные отношения, возникнув из норм канонического права. Местные обычаи регулируют земельные отношения и отношения найма жилых помещений (например, высота ограды между соседними участками, порядок взимания поднаимателем платежей за жилые помещения устанавливаются обычаями мест)²⁰⁰. К местным обычаям также можно отнести обычаи местного самоуправления, получающие освещение и в трудах отечественных авторов²⁰¹.

Общенациональные и международные обычаи можно разделить на частно-правовые и публично-правовые. В зависимости от принадлежности к той или иной отрасли права частно-правовые обычаи делятся на гражданско-правовые, торговые, обычаи торгового мореплавания; публично-правовые – на конституционные, которые

²⁰⁰ МАРТЪЯНОВА, Т. С.; КОВАЛЬ, Г. О. Обычай как источник французского частного права. *Кодекс-инфо*, 1999, № 8, с. 14–5.

²⁰¹ НЕКРАСОВ, Е. Е. Обычаи и традиции в организации и осуществлении местного управления и самоуправления. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на-Дону, 1999, с. 291–292.

становятся предметом изучения в современной российской литературе²⁰²; международные публично-правовые обычаи.

В пределах определённой отрасли обычаи можно подвергнуть дальнейшему делению, например, в гражданском праве выделяют обычаи делового оборота в обязательствах железно-дорожного транспорта²⁰³, обычаи банковской сферы и т.д. Так, в дореволюционной российской литературе среди торговых обычаев выделяли книжные, хлебные обычаи²⁰⁴. Разделённые по отраслям права обычаи можно подвергнуть делению на материально-правовые и процессуально-правовые, а те, в свою очередь, – на дефинитивные, и в зависимости от тех функций, которые они выполняют, – на регулятивные, охранительные.

Среди правовых обычаев можно также выделить нормы-принципы, которые закрепляют основные начала в определённой отрасли права. Например, в Германии, в области трудового права норма-принцип равенства перед законом утвердилась обычно-правовым образом²⁰⁵.

Если применять дальнейшее дробное деление обычаев, то при использовании такого критерия, как взаимодействие обычая и закона, обычаи можно классифицировать следующим образом: 1) обычай *adversus legem* отрицает закон, противоречит ему; 2) обычай *secundum legem* дополняет закон, действует субсидиарно; 3) обычай *praeter legem*

²⁰² ОВСЕПЯН, Ж. И. Соотношение конституционного и обычного права в РФ. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на-Дону, 1999, с. 283–286.

²⁰³ БАЛАСАНЯН, А. Р. *Обычай делового оборота в обязательствах железно-дорожного транспорта*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2007.

²⁰⁴ ШЕРШЕНЕВИЧ, Г. Ф. *Учебник торгового права*. Москва, 1994, с. 45; СЕРПУХОВ, Н. М. *Начала торгового и промышленного права*. Санкт-Петербург, 1900, с. 14.

²⁰⁵ Das Bundesarbeitsgericht. Urteil vom 03.12.2008, 5 AZR 74/08. *Bundesarbeitsgericht. Entscheidungen* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2008-12-3&nr=13251&pos=2&anz=3>>.

равен закону, применяется при пробелах в праве²⁰⁶. Вместе с тем высказывается точка зрения, согласно которой границы между обычаем *secundum legem* и обычаем *praeter legem* очень расплывчаты²⁰⁷.

Местные обычаи классифицируются аналогичным образом, за исключением деления на публично-правовые и частно-правовые.

Как видно, систематическая классификация правовых обычаев характеризуется иерархичностью и большой детализацией, что не всегда делает рациональным определение признаков того или иного обычая, отличающих его от другого обычая. Поэтому классификация правовых обычаев структурно может быть многомерной, исключая строгую соподчинённость. В пределах данной классификации, в дополнение к уже названным видам обычаев, можно выделить следующие виды обычаев. В зависимости от той социальной группы, которую они представляют – этнические, профессиональные. Профессиональные обычаи обязательны только для представителей определённой профессии и могут подразделяться на обычаи по отраслям промышленности, судебные, торговые, нотариальные, биржевые²⁰⁸.

Если говорить о такой критерии, как условность или безусловность правового содержания нормы права, то обычно-правовые нормы, действующие вне традиционной правовой системы, диспозитивны. Однако в традиционных правовых системах обычай, зачастую, выполняя роль основной формы права, императивен. Это даёт основания разделять

²⁰⁶ ДАВИД, Р.; ЖОФФРЕ-СПИНОЗИ, К. *Основные правовые системы <...>*, с. 94–95; БОШНО, С. В. *Форма права: теоретико-правовое исследование*. Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 2005, с. 25.

²⁰⁷ TAPANI, Hannu Klami. *Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle. Einige Gesichtspunkte aufgrund der finnischen Rechtsquellenlehre. Annales Universitatis Turkuensis, Ser. B. Humanoria. Turku, t. 167, 1984, s. 23.*

²⁰⁸ МАРТЪЯНОВА, Т.С.; КОВАЛЬ, Г. О. Обычай как источник французского частного права. *Кодекс-инфо*, 1999, № 8, с. 14–15.

обычаи на основные и субсидиарные²⁰⁹. Предлагается также классифицировать обычаи, действующие в традиционном праве (этнический правовой обычай), и обычаи, действующие в позитивном праве (позитивный правовой обычай)²¹⁰. Исторический критерий позволяет выделять правовые обычаи современного общества и правовые обычаи ранних государств²¹¹.

В заключение вопроса о классификации правовых обычаев следует отметить, что любая классификация весьма приблизительна и в упрощённой форме раскрывает связи между классифицируемыми предметами.

2.6. Проблема разграничения правового обычая и других правовых регуляторов

Возможность оценки некоторых правовых регуляторов как обычаев определённого вида поднимает проблему необходимости разграничения правовых обычаев и данных регуляторов. Речь идёт о соотношении обычаев делового оборота и деловых обыкновений (по-другому называемых торговыми обыкновениями или заведенным порядком). Некоторые авторы не разделяют этих понятий, обозначая собственно обычаи делового оборота обыкновениями²¹². Например, «Определения, используемых в чартерах терминов, относящихся к сталии», которые

²⁰⁹ МАЛОВА, О. В. *Правовой обычай как источник права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002, с. 18.

²¹⁰ КОЧЕТЫГОВА, Н. И. *Правовой обычай как источник права России: на примере этнического правового обычая*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2007, с. 9, 10, 18.

²¹¹ СВЕЧНИКОВА, Л. Г. *Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.* Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 2004, с. 32; ГРЯЗНОВ, Д. Г. *Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2001, с. 9.

²¹² НОВИЦКИЙ, И. Б. *Источники советского гражданского права*. Москва, 1959, с. 67; *Гражданское право: учебник*. Ч. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва, 1998, с. 36.

были изданы совместно Балтийской и международной морской конференцией, Международным морским комитетом, Федерацией национальных ассоциаций судовых брокеров и агентов, Генеральным советом британского судоходства, одни авторы называют обычаями, другие – обыкновениями. В порядке аргументации последние ссылаются на фрагментарный, частичный характер этих определений, что не свойственно правовым нормам²¹³. Вместе с тем, обычаи и обыкновения разграничиваются²¹⁴.

В российской литературе предложено следующее определение обыкновения: «правило поведения, сложившееся <...> на основе столь постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерениям»²¹⁵. Обыкновение, в отличие от обычая, является не нормой права, а представляет собой просто фактическое соблюдение того или иного образа действий²¹⁶. Сторона, ссылающаяся на обыкновение, также как и сторона, ссылающаяся на обычай, обязана его доказать. Но обыкновение в отличие от обычая является вопросом факта, а не права. Применение обыкновения к правоотношениям сторон поставлено в зависимость от их решения: регулирует ли данное обыкновение отношения между ними или нет.

Так, в юридической доктрине Германии от обычного права (*das Gewohnheitsrecht*) отделяют обычаи гражданского оборота (*die Verkehrssitte*) и торговые обычаи (*die Handelsbräuche*), не являющиеся правовыми нормами. В Германии обычаи гражданского оборота

²¹³ ИВАНОВ, Г. Г.; МАКОВСКИЙ, А. Л. *Международное частное морское право*. Ленинград, 1984, с. 120; ВИЛЬНЯНСКИЙ, С. И. *Лекции по советскому гражданскому праву*. Ч. 1. Харьков, 1958, с. 54.

²¹⁴ БОГУСЛАВСКИЙ, М. М. *Международное частное право: учебник*. Москва, 2000, с. 71; ПРОХАЧЕВ, А. В. *Обычай в системе форм права: вопросы теории*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Волгоград, 2002, с. 24.

²¹⁵ ЗЫКИН, И. С. *Обычаи и обыкновения в международной торговле*. Москва, 1983, с. 17.

²¹⁶ КОРКУНОВ, Н. М. *Лекции по общей теории права*. Санкт-Петербург, 1914, с. 292.

учитываются при толковании договоров на основании § 157 Германского гражданского кодекса и при определении содержания обязательственных отношений на основании § 242 Германского гражданского кодекса²¹⁷. Торговые обычаи сложились в предпринимательской сфере и в силу § 346 Германского торгового кодекса²¹⁸ должны приниматься во внимание при толковании торговых действий и волеизъявления сторон. Поскольку обычаи гражданского оборота и торговые обычаи не создают правовых положений, то для суда они являются средством толкования действий и предполагаемой воли сторон.

В науке высказывается взгляд, согласно которому типовые договоры (типовые проформы, общие условия) представляют собой обычаи при условии ссылки сторон в своем договоре на примерные условия типового договора, а также при условии, что примерные условия типового договора представляют собой сложившиеся и широко применяемые в соответствующей области правила поведения. Предлагается также типовые договоры, формуляры, стандартные формы рассматривать как особую разновидность обычаев делового оборота²¹⁹. Противоположная точка зрения заключается в том, что типовые проформы механически к отношениям сторон применяться не могут, хотя способны стать причиной возникновения правовых обычаев²²⁰. Следует отметить, что этот вопрос получил разрешение в российском законодательстве. Пункт 1 ст. 427 Гражданского кодекса Российской

²¹⁷ Das bürgerliche Gesetzbuch. *Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <<http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>>.

²¹⁸ Das Handelsgesetzbuch. *Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/_346.html>.

²¹⁹ БРАГИНСКИЙ, М. И.; ВИТРЯНСКИЙ, В. В. *Договорное право <...>*, с. 61–62; ПРОХАЧЕВ, А. В. *Обычай в системе форм права: вопросы теории*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Волгоград, 2002, с. 27.

²²⁰ ЗЫКИН, И. С. *Внеэкономические операции: право и практика*. Москва, 1994, с. 213–216, 244 - 245.

Федерации допускает применение к отношениям сторон примерных условий договора в качестве обычаев делового оборота, даже если в договоре не содержится ссылка к ним. Примерные условия разрабатываются для договоров соответствующего вида и публикуются в печати (п. 1 ст. 427). Однако опубликование примерных условий не означает, что они приобрели статус обычаев. Примерные условия должны, во-первых, соответствовать требованиям ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации (повторяемость, однородность, распространённость), во-вторых, быть доказаны заинтересованной стороной²²¹.

Теория *lex mercatoria* исторически развилась из обычаев и обыкновений международного коммерческого оборота. Часть её сторонников считает, что *lex mercatoria* обладает обычно-правовой природой и содержит исключительно обычаи международной торговли²²², которые могут быть выражены в виде типовых контрактов, проформ, стандартизированных условий, принципов.

Особое внимание заслуживает вопрос об отношении друг к другу правового обычая и судебного прецедента. Давность (неоднократность) применения и убеждённость в обязательности, способствующие формированию прецедента, давали основание рассматривать его как судебный обычай. Однако в правовых системах стран «общего права» (Англия, США, Северная Ирландия, Канада, Австралия, Новая Зеландия) судебный прецедент, в основном, рассматривается как самостоятельный источник права²²³. Согласно английской правовой доктрине решение суда

²²¹ Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 05.12.1994, № 32, ст. 3301; *Комментарий к ГК РФ, части первой* / отв. ред. О. Н. Садилов. Москва, 2002, с. 819.

²²² КАРСАКОВА, Н. А. *Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике*. Дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2006, с. 59.

²²³ СЕВРЭН, Э. О различных аспектах участия судов в нормотворчестве. Из *Судебная власть в России. Роль судебной практики: учебное пособие* / сост. Ю. А. Тихомиров. Москва, 2002, с. 226; БОГДАНОВСКАЯ, И. Ю. *Прецедентное право*. Москва, 1993, с. 81.

структурируется на три части: 1) установление существенных для дела фактов; 2) правовоположение, применимое к вопросам, возникающим из конкретных обстоятельств (*Ratio decidendi*); 3) вывод, основанный на соединении первой и второй частей. *Ratio decidendi*, представляя собой правовую аргументацию судьи, необходимую ему в принятии решения, образует судебный прецедент²²⁴. Принцип судебного прецедента (или доктрина обязательности прецедента) обязывает каждый суд следовать решению более высокого в иерархии судебных инстанций суда, а апелляционные суды (кроме палаты лордов) связаны своими прежними решениями. При этом обязательным является не само решение, а норма права, заключённая в решении. Судьи следуют данному принципу, не закреплённому законодательно, поскольку не сомневаются в его необходимости²²⁵.

Правило признания судебного правовоположения в том случае, если оно подтверждается несколькими судебными решениями, восходит ещё к римскому праву. В большинстве случаев прецедент создаётся в результате неоднократного применения одного и того же положения²²⁶. Правовоположение, лежащее в основе судебного прецедента, представляет собой определённое предписание, модель поведения, образ действий. Оно применяется неоднократно в силу убеждения в его полезности для права. Из сказанного следует, что аспектами сущности судебного прецедента являются неоднократно повторяющееся во времени правовоположение (образ действий и убеждение в их необходимости); они составляют внутреннее единство судебного прецедента. Отсюда прецедент обладает признаками повторяемости, однородности, распространённости. В этих же характеристиках раскрывается сущностная определённость обычая.

²²⁴ УОЛКЕР, Р. *Английская судебная система* <...>, с. 158–160; КРОСС, Р. *Прецедент в английском праве*. Москва, 1985, с. 56, 88.

²²⁵ УОЛКЕР, Р. *Английская судебная система* <...>, с. 157; КРОСС, Р. *Прецедент в английском праве* <...>, с. 28; БОГДАНОВСКАЯ, И. Ю. *Прецедентное право* <...>, с. 17.

²²⁶ БОГДАНОВСКАЯ, И. Ю. *Прецедентное право* <...>, с. 15, 17.

Судебный прецедент, равно как и правовой обычай, имеет неписанный характер. В результате этого прецедентные и обычно-правовые нормы не всегда сформулированы чётко и ясно. Поскольку прецедент и обычай относятся к неписаному праву, постольку определить дату вступления их в силу и дату окончания их действия невозможно. Неписаная норма формируется в течение неопределённого времени. Прецедентные и обычно-правовые нормы базируются на конкретных обстоятельствах, что придаёт им казуистичный характер. Не обладая абстрактностью законодательных норм, прецедент и обычай плохо поддаются кодификации. В тоже время они способны более чутко реагировать на особенности конкретных отношений и, как следствие, достаточно быстро изменяться. Существуют процедуры отмены судебного решения (когда затрагивается всё решение по делу) и отклонения прецедента (когда затрагивается только норма права, составляющая основу решения). Эта особенность придаёт прецеденту гибкость²²⁷. Стремление любой правовой системы к стабильности и предсказуемости приводит к тому, что прецеденту и обычаю предъявляются требования единообразия. В результате и прецеденту, и обычаю сообщаются некоторая жёсткость, консервативность. Так, в рамках прецедентного права жёсткость проявляется в ограниченности строгими рамками имеющихся прецедентов при принятии решения. В правовых системах стран континентальной Европы прецедент и обычай выполняют роль субсидиарных источников права, восполняющих пробелы в правовом регулировании.

Таким образом, правовой обычай и судебный прецедент обнаруживают одинаковую сущность. По этой причине точка зрения, оценивающая судебный прецедент как один из видов правового обычая, не лишена оснований. Вместе с тем различия в содержательных свойствах между судебным прецедентом и правовым обычаем дают

²²⁷ УОЛКЕР, Р. *Английская судебная система* <...>, с. 167.

основания считать судебный прецедент самостоятельной формой права. В нём мера санкционированности выражена интенсивнее, чем в обычае, в силу обязательности судебного решения. Защита судебного прецедента государством является его реальным свойством и не относится к потенциальному. Специфика судебного прецедента заключается в очевидности, установленности единичного случая, из которого он возникает. В силу этого возможно проследить первоначальный личностный аспект, который затем стирается. Прецедент (*ratio decidendi*) извлекается из судебного решения по конкретному делу, в этом заключается основная задача, стоящая перед юристом при анализе отдельного судебного акта²²⁸. Поэтому процесс определения прецедента достаточно субъективен. Судебный прецедент является результатом индивидуально-правовой деятельности суда. Для работы с прецедентами требуется специальная профессиональная подготовка, и это также придаёт прецеденту характер индивидуальности.

Характеризуя содержание правового обычая, необходимо обратить внимание на его дуальный характер, порождённый его сущностью, – он действует как форма выражения права и как материальный источник права. Отчётливо данное свойство проявляется при переходе правового обычая в другую форму права, чаще всего в закон. Но одновременно дуальность обычая приводит к некоторой путанице, когда не разделяется действие обычая как формы выражения права и как материального источника права. Так формируется мнение о том, что с момента фиксации содержания обычая законом начинают сосуществовать нормы закона и нормы обычая, то есть обычай в указанном случае не исчезает²²⁹. Однако при формулировании правоположений обычая в законе обычай

²²⁸ БАРАК, А. *Судейское усмотрение*. Москва, 1999, с. 105.

²²⁹ ГРЯЗНОВ, Д. Г. *Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2001, с. 20.

прекращает своё существование как форма права, проявив своё действие как источник права.

Идентичное воспроизведение в законе положений обычно-правовых норм не всегда возможно. В этом процессе неизбежны определённые отступления, обусловленные достаточно высоким уровнем абстрактности законодательных нормативных актов; особенностями самого правового акта, в который включаются обычаи; целями законодателя, опосредованными социально-экономическими, политическими условиями. Например, в Германии до введения § 127a Германского гражданского кодекса действовала обычно-правовая норма, согласно которой протоколирование судом мирового соглашения путём внесения в протокол заявлений сторон, заменяло собой любую другую форму, предписанную для юридической сделки²³⁰. Согласно § 127a указанные действия суда заменяют собой нотариальное удостоверение сделки²³¹.

Гражданский кодекс Российской Федерации 1994 г. заимствовал правовые обычаи из сферы международного частного права – унифицированные Международной торгово-промышленной палатой правила, относящиеся к правовым институтам банковской гарантии, расчётов по аккредитиву, по инкассо. При введении новых для российской правовой системы институтов законодатель стремился в общих чертах передать их юридический смысл и назначение. По этой причине Гражданскому кодексу Российской Федерации свойственно более чёткое и стройное изложение норм, регламентирующих расчёты по

²³⁰ Das Bundesarbeitsgericht. Urteil vom 23.11.2006, 6 AZR 394/06. *Bundesarbeitsgericht. Entscheidungen* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=6af2f494f92d629778de7feac751ead6&nr=11577&pos=8&anz=11>>.

²³¹ Das Bürgerliche Gesetzbuch. *Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_127a.html>

аккредитиву, по инкассо, отношения по банковской гарантии; Гражданский кодекс Российской Федерации сумел также избежать детализации и многочисленных повторений одних и тех же положений, что присуще вышеуказанным унифицированным правилам. В тоже время отказ законодателя от некоторых положений унифицированных правил может привести к пробелам в регулировании отношений, связанных с банковской гарантией, расчётами по аккредитиву и по инкассо.

Правовой обычай может послужить источником не только для закона, но и для международных конвенций, международных договоров и иных международных нормативно-правовых актов. Так, в 1988 г. Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА), межправительственной международной организацией, была принята Конвенция о международном финансовом лизинге. При её создании был учтён опыт действовавшей практики заключения лизинговых сделок, поскольку в силу большой изменчивости данной сферы отношений существенную роль в их регулировании играет лизинговая практика, формой существования которой являются судебная практика и правовые обычаи²³². Разработка конвенций на основе обычно-правовых правил осуществляется в международном публичном, например, в международном морском праве²³³. До подписания между Германией и Швейцарией 11.08.1971 Соглашения об избежании двойного налогообложения в области налогов на доходы и имущество в ходе многолетней практики, в том числе и судебной, сложилась обычно-

²³² КАБАТОВА, Е. В. *Лизинг: правовое регулирование, практика*. Москва, 1996, с. 55–61, 77–81; АНДРЕЕВ, П. А.; БАУТИН, В. М.; ГОЛИКОВ, Р. П.; ЮСУПОВА, А. Т. *Лизинг: общая характеристика, история применения в аграрном секторе*. Москва, 1993, с. 10; ПРИЛУЦКИЙ, Л. О конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге». *Лизинг-ревью*, 1999, № ½, с. 28; НИКОЛАЕНКО, А. Особенности международного финансового лизинга. *Лизинг-ревью*, 2003, № 3, с. 17.

²³³ БАРСЕГОВ, Ю. Г. Обычай как источник международного морского права. Из *Правовые и экономические проблемы регулирования международного судоходства* / отв. ред А. К. Колодкин. Москва, 1984, с. 42.

правовая норма, согласно которой деятельность директоров, руководителей акционерных обществ определяется по месту нахождения этого общества. Соответственно доходы физического лица от такой деятельности облагаются налогом в том государстве, где постоянно находится акционерное общество. В 1971 г. данный правовой обычай вошёл в ст. 15 указанного Соглашения²³⁴.

Таким образом, содержание правового обычая, охватывая его сущность, этим не ограничивается. Оно включает также иные стороны обычая, тем самым, развёртывая его сущность более конкретно.

Резюмируя сказанное, отметим следующее. Содержание правового обычая в юридическом аспекте включает в себя его сущность, общие для всех форм права свойства (общественная значимость, общеобязательность, нормативность, санкционированность, формальная определенность, системность), специфические признаки, определенные его сущностью (повторяемость, однородность (единообразие), продолжительность (долговременность, распространенность), определенность, локальность, необходимость доказывания в суде. Государственное санкционирование, относящееся не к сущности, а к содержанию правового обычая, будучи непроявленным признаком обычая, выступает его потенциальным компонентом.

Сопоставление общих свойств, характеризующих все формально-юридические источники права, и специфических признаков правового обычая показывает, что в специфических признаках под влиянием

²³⁴ Der Bundesfinanzhof. Urteil vom 25.10.2006, IR 81/04. *Bundesfinanzhof. Oberster Gerichtshof des Bundes für Steuern und Zölle*. Entscheidungen online [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <<http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>>; Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen. *Bundesministerium der Finanzen* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_74882/DE/BMF_Startseite/Service/Downloads/Abt_IV/dba/107,templateId=raw,property=publicationFile.pdf>.

сущности правового обычая его общие свойства как формы права конкретизируются.

II. МЕХАНИЗМ ДЕЙСТВИЯ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ

1. Характеристика механизма действия правового обычая

1.1. Циклы зарождения и реализации правового обычая

Эффективность правового обычая с неизбежностью ставит вопрос о механизме его действия, в котором проявляется динамическая сторона правового обычая. Механизм действия правового обычая представляет собой сложный комплекс как юридических, так и неюридических факторов. Понятие «действие правового обычая» интерпретируется в настоящей главе как проявление отношения правового обычая и социума, на стадиях возникновения и реализации обычая. В этом социально-творческом процессе правовой обычай преобразует общество, соотносится с ним адекватно его особенностям; он воспроизводит освоенное им поведение людей идеально, как некую модель, а также реально, воссоздавая его.

Действие правового обычая протекает в пределах двух циклов: первый – это зарождение обычая, второй – его реализация. В отношении первого цикла следует отметить, что ему не свойственна такая строгая урегулированность, как процессу подготовки и принятия закона. Это обстоятельство даёт основание зачастую делать вывод о стихийности образования обычая. Вместе с тем на данной стадии его жизни процедурность также присутствует, но в значительно упрощённом варианте по сравнению с законом. Речь идёт, прежде всего, о правотворческой процедуре. Вообще юридическая процедура рассматривается как система, ориентированная на достижение конкретного правового результата; состоящая из последовательно сменяющих друг друга актов поведения; обладающая предварительно установленной моделью своего развития; иерархически построенная; постоянно находящаяся в динамике; выступающая средством реализации

основного для неё правового отношения²³⁵. В процессе осуществления деятельности в социально значимой сфере определённая модель поведения, применяемая отдельными индивидами, обращает на себя внимание окружающих, поскольку она наиболее полезна и эффективна в достижении целей. Эту модель начинают использовать, предпочитая прочим, её применение расширяется. Так некоторая модель деятельности превращается в норму поведения, которая транслируется от поколения к поколению, и со временем становится общеобязательной, то есть правовой. Указанным образом акты поведения автоматизируются, упрощая жизнь каждому индивиду в отдельности и всем вместе. Источником данного формального порядка, основанного на обычае, являются типизированные структуры сознания и поведения индивидов.

Из сказанного следует, что правотворческая процедура создания правового обычая заключается в повторении, постоянном совершении в заданных условиях определённых действий, которые непременно сопровождаются убеждением в их необходимости. Процедура возникновения правового обычая не регламентирована кем-либо, базируется на инициативности социальных групп и чрезвычайно проста. При этом она направлена на создание правового обычая, представляет собой предварительно установленную программу, основанную на повторении одних и тех же актов поведения, и выступает средством реализации правоотношения, в рамках которого существует право на правотворчество. Особенность рассматриваемой процедуры заключается в том, что составляющие её акты поведения, согласованные со структурами сознания, в единстве с ними, являются сущностными определениями правового обычая. С точки зрения необходимости нормального функционирования механизма действия правового обычая, достижения им правового результата правотворческая процедура последовательна, достаточна, надёжна и эффективна. Она дублируется в

²³⁵ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 103–104.

цикле реализации правового обычая, который следует за циклом возникновения правового обычая.

Цикл реализации правового обычая также носит процедурный характер. В этот цикл добавляются процедуры, регламентирующие процесс правового принуждения в случае препятствий для реализации правового обычая. В последнем случае процедуры формируются как социальным сообществом, так и государством. Цикл реализации начинается с информированности о правовом обычае, следом идёт его социально-психологическая интерпретация индивидом, потом – принятие решения «в пользу» правового обычая или противоположного решения, и, наконец, – совершение действий, предусмотренных обычаем или воздержание от нежелательных действий.

Информирование о правовом обычае достигается с помощью записи в сборниках, регистрации, установления его существования в ходе судебного процесса. Но основной способ информирования состоит в устном распространении обычая, его передаче среди субъектов той социальной группы, которую он представляет. Для введения в действие правового обычая необходимы постоянная практика и убеждение в её обязательности. Действительность и действенность обычая совпадают. Его существование напрямую связано с осуществлением. В сравнении с законом письменная фиксация правового обычая не является основным элементом в фазе введения его в действие. В то время, как опубликование закона и информирование представляют собой последовательные, взаимосвязанные и необходимые шаги на пути к осуществлению закона.

Реализация правового обычая предполагает несколько форм поведения субъектов права – использование (извлечение управомоченным субъектом из процесса реализации полезных свойств обычая), соблюдение (воздержание от совершения неправомерных действий), исполнение правовых предписаний (совершение активных правомерных действий). Правовой обычай может быть также реализован в особой форме реализации – применении. Правоприменение разделяется

на позитивное и юрисдикционное²³⁶. Первое связано с правомерным поведением субъектов права, его целью является обеспечение беспрепятственной реализации правового обычая с помощью актов применения права специально уполномоченными государственными органами, например, посредством удовлетворения судом обоснованного иска.

Второе осуществляется по поводу правонарушения, связано с применением санкций в случае нарушения правового обычая, оформляется, например, как решение суда о возмещении ущерба. Необходимо отметить, что правоприменительной деятельностью в пределах своей компетенции занимаются не только государственные органы. Функции правоприменения выполняют также третейские суды, не относящиеся к государственной судебной системе и не осуществляющие правосудие. Разрешая спор между сторонами, третейский суд применяет право, которое стороны избрали в качестве применимого; при отсутствии указания сторон на применимое право, третейский суд применяет право, которое он считает применимым; во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учётом торговых обычаев, применимых к сделке²³⁷.

Теория права выделяет три стадии процесса правоприменения: 1) установление фактических обстоятельств дела; 2) юридическая квалификация этих фактических обстоятельств; 3) принятие решения по

²³⁶ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 79–81; ПЕРСЕСЯНЦ, В. С. *Общая теория права* <...>, с. 483–484.

²³⁷ О международном коммерческом арбитраже: закон Российской Федерации от 07.07.1993 № 5338-1. *Российская газета*. 1993, 14 августа, № 156; О международном торговом арбитраже: типовой закон ЮНСИТРАЛ: принят 21.06.1985. *Хозяйство и право*, 1994, № 6; Регламент по арбитражу и примирению Международного арбитражного суда Федеральной палаты экономики, Вена (Венские правила): принят 03.07.1991. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 1995, № 2, с. 64–72.

делу²³⁸. Первая стадия связана с установлением, исследованием юридически значимых фактических обстоятельств дела. Эта стадия протекает как процесс доказывания фактов, которые должны носить достоверный характер. На второй стадии фактический состав дела оценивается с точки зрения определённой нормы права. Первые две подготовительные стадии завершаются главной стадией применения права – решением по делу. Решение по делу представляет собой некоторый процесс, который заканчивается актом применения права, обязательным для исполнения.

Каким образом применяется обычно-правовая норма к фактическим обстоятельствам можно рассмотреть на примере. В одном из арбитражных дел, рассмотренных Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, суд установил следующие фактические обстоятельства, имеющие значение для данного дела, – истец (продавец) и ответчик (покупатель) заключили договор международной купли-продажи, согласно которому продавец обязался продать покупателю товар, а покупатель – оплатить его. Поставка товара осуществлялась на условиях *CIF* – Новороссийск (Инкотермс – 90). Факсограммой продавец предложил покупателю изменить базис поставки второй партии товара на *FOB* – Александрия (Египет). Покупатель зафрахтовал судно и направил его в порт погрузки Александрия. Кроме того, стороны изменили контракт, исключив из цены товара стоимость фрахта. По прибытии груза выявлено его ненадлежащее качество, что послужило основанием для полного отказа покупателя от оплаты этой партии товара. Покупатель, получив товар в негодном состоянии, счел это виной продавца, который односторонне изменил базисные условия поставки с *CIF* на *FOB*, что, в свою очередь, привело к ненадлежащему исполнению обязательств по сделке. Продавец настаивал, что имело место двустороннее изменение договора. В качестве доказательства

²³⁸ НЕРСЕСЯНЦ, В. С. *Общая теория права* <...>, с. 485; ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства* <...>, с. 80; СПИРИДОНОВ, Л. И. *Теория государства и права* <...>, с. 232.

приводились следующие обстоятельства: отправка факсограммы с предложением изменить базис поставки, уменьшение контрактной цены на стоимость фрахта, подача покупателем судна под погрузку и оплата им фрахта. Кроме того, в порту погрузки представитель покупателя подписал акт сдачи-приемки, которым подтверждено надлежащее качество товара. Покупатель отрицал факт двустороннего изменения условий договора.

Сделка относилась к категории внешнеэкономических, следовательно, к отношениям сторон применима Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года, вступившая в силу для России с 01.09.1991. Поэтому суд оценил представленные доказательства с точки зрения нормы Конвенции, устанавливающей обязательность письменной формы сделки и её изменений (ст. ст. 12, 29). В процессе юридической квалификации суд выбрал указанную норму Конвенции, подлежащую применению, проверил её действие во времени, в пространстве, по кругу лиц. Затем суд оценил установленные факты с позиции обычно-правовых норм, касающихся базисов поставки в сфере международной торговли *CIF* и *FOB*. Базис поставки *CIF* предусматривает обязанность продавца заключить договор перевозки и договор страхования. Согласно *FOB* договор перевозки заключает покупатель, страхование товара не производится. Используя юридико-источниковедческое, грамматическое, логическое, системное, функциональное толкование, а также буквальное толкование обычно-правовых норм, суд пришёл к выводу о письменном изменении сторонами базиса поставки с *CIF* на *FOB* и применил к отношениям сторон обычно-правовые нормы, относящиеся к условию поставки *FOB*. Первые две стадии процесса правоприменения осуществлялись судом практически параллельно. По результатам этого процесса суд вынес акт применения права – постановление, которым оставлено в силе решение суда первой инстанции, удовлетворившее требования истца (продавца) о

взыскании с ответчика (покупателя) задолженности за поставленный товар²³⁹.

Особую роль в механизме действия правового обычая играет такая специальная юридическая категория как толкование. Сущностные составляющие правового обычая (повторяющиеся действия и убеждение в их необходимости) делают его очень близким к обыденному правопониманию и правосознанию, что зачастую может способствовать снижению эффективности его действия. В такой ситуации возрастает значение толкования, под которым понимается уяснение смысла и объяснение содержания обычно-правовой нормы, подлежащей реализации в конкретных условиях её действия.

При толковании обычно-правовой нормы могут использоваться известные приёмы толкования права: юридино-источниковедческое, грамматическое, юридино-терминологическое, логическое, системное, историческое, функциональное, телеологическое. При уяснении содержания обычно-правовых норм теоретически возможны все виды толкования – уяснения: буквальное, расширительное, ограничительное. Но поскольку обычно-правовые нормы, как правило, казуистичны, то с большей степенью вероятности применительно к ним имеет место буквальное толкование.

В процессе разьяснения обычно-правовых норм можно выделить два вида толкования – официальное и неофициальное. Единственное исключение составляет аутентичное толкование, которому невозможно подвергнуть правовой обычай, в силу отсутствия персонифицированного субъекта, создавшего его. В материалах практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате России часто встречаются примеры применения международных торговых обычаев. Одним из условий эффективного применения

²³⁹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.03.1997 № 4670/96. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 1997, № 6.

обычаев, направленного на разрешение спорных ситуаций, является надлежащее толкование обычаев. Толкование Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате России международных торговых обычаев представляет собой неофициальное толкование и, как правило, буквальное. Из анализа практики упомянутого арбитражного суда следует, что среди способов толкования обычаев используются юридико-источниковедческое, грамматическое, юридико-терминологическое, логическое, системное, функциональное²⁴⁰.

1.2. Роль принуждения в механизме действия правового обычая

В проблематике реализации права достаточно значимым является аспект, относящийся к методам реализации права. Традиционно теорией права отмечается два метода – убеждение и принуждение. Принудительность рассматривается как существенный признак права. «Принуждение» употребляется в двух значениях – физическое принуждение и психическое принуждение. Первое предполагает восстановление общественного порядка при помощи физической силы, применяемой государственным аппаратом в отношении тех, кто нарушает правовые нормы. Второе подразумевает создание государством определенного мотива поведения угрозой невыгодных последствий в возможном случае нарушения нормы. Представление об этих последствиях обеспечивает подчинение норме²⁴¹. Физическое

²⁴⁰ Дело № 255/1994, решение от 11.06.1997; Дело № 220/196, решение от 11.04.1997. Из *Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1996-1997 г.г.* / сост. М. Г. Розенберг. Москва, 1998; Дело № 9/1998, решение от 22.10.1998; Дело № 101/1996, решение от 27.05.1998; Дело № 62/1998, решение от 30.12.1998. Из *Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г.* / сост. М. Г. Розенберг. Москва, 1999.

²⁴¹ ШЕРШЕНЕВИЧ, Г. Ф. *Общая теория права: учебное пособие*. Т. 1. Москва, 1995, с. 239–249.

принуждение применяется не каждый раз, а в тех исключительных случаях, когда нет добровольного исполнения/соблюдения нормы права, поэтому речь может идти о возможности физического принуждения.

Но существует противоположная точка зрения, согласно которой, принуждение не представляет собой основное свойство правовых явлений. Принудительная функция не является главной для правовой системы, которая несёт в себе, в первую очередь, конструктивно-организационные, упорядочивающие, освободительные начала²⁴². Это «наиболее удобное средство», вынуждающее исполнять правовые нормы, но право вполне может обойтись и без него²⁴³. Принуждение выбирают в качестве удобного критерия для разграничения права и морали. Но моральные нормы и религиозные, также могут сопровождаться принуждением. Поэтому главное в праве – добровольное следование ему, оно как таковое обладает силой убеждения²⁴⁴.

Новому пониманию «принуждения» способствовали исследования представителей таких научных дисциплин, как этнология, археология, сравнительное правоведение, юридическая антропология. Изучая обычаи традиционных обществ, ученые показали, что такие общества располагают нормативной системой достаточно высокого уровня, в том числе и правовой. Основу права традиционных обществ составляют обычаи, обеспеченные принуждением. Но принудительность исходит не от государства, поскольку такая властная политическая структура отсутствует в подобных обществах. Источником принуждения выступает

²⁴² МАЛЬЦЕВ, Г. В. *Нравственные основания права*. Москва, 2008, с. 132–134; МАЛЬЦЕВ, Г. В. Очерк теории обычая и обычного права. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на-Дону, 1999, с. 50–51; СЕЛЮКОВ, Ф. Т. *Происхождение действующего права <...>*, с. 11, 27–32; ЭННЕКЦЕРУС, Л. *Курс германского гражданского права <...>*, с. 117.

²⁴³ КОРКУНОВ, Н. М. *Лекции по общей теории права*. Санкт-Петербург, 1914, с. 71; ВИНОГРАДОВ, П. Г. *Очерки по теории права*. Санкт-Петербург, 1915, с. 26.

²⁴⁴ КОРКУНОВ, Н. М. *Лекции по общей теории <...>*, с. 75; ШАПП, Я. О свободе, морали и праве. *Государство и право*, 2002, № 5, с. 90–91.

само общество. Социальный антрополог и социолог Б. Малиновский утверждал, что совместное существование и кооперация людей неизбежно порождают правила, власть и принуждение. Правовые обычаи, входящие в нормативную систему, по Малиновскому, «должны быть юридически санкционированы, т.е. оснащены некоторым механизмом принуждения или действенности не просто в форме наказания, но также и через строго позитивное побуждение к уступчивости». Он определяет право через функцию взаимности обязательств членов общества друг перед другом: каждый выполняет свои обязанности и каждому обеспечены права. В этом заключен общий признак права, поэтому не следует связывать право с каким-либо центральным авторитетом, кодексом, судами. Цельность общества основывается на подобных обязательствах, а не на государственном принуждении²⁴⁵.

Принуждение лежит в основе наказания, воплощается в санкциях. По мнению Ж. Карбонье, признание санкции важнейшей чертой юридического равнозначно признанию того, что норма может быть нарушена. Отсюда критерием права становится возможность нарушения нормы²⁴⁶. По выражению Н. Рулана, «определять право через наказание означает то же самое, что определять здоровье через болезнь»²⁴⁷. «Санкции, – как писал А. Р. Рэдклифф-Браун, – это реакция со стороны сообщества на события, нарушающие его интеграцию»²⁴⁸. Одним из центральных моментов в исследованиях антропологов является процессуальный аспект права, связанный с процедурами урегулирования конфликтов в традиционных и современных обществах. Так, по мнению французского антрополога Е. Леруа, в современном обществе, кроме

²⁴⁵ РУЛАН, Н. *Юридическая антропология <...>*, с. 47; КУЛЬЧАР, К. *Основы социологии права <...>*, с. 133–134; МАЛИНОВСКИЙ, Б. Динамика культурного обмена. Введение в расовые отношения в Африке. *Личность. Культура. Общество*, 1999. Т. 1, вып. 1, № 1–2, с. 129–130.

²⁴⁶ КАРБОНЬЕ, Ж. *Юридическая антропология*. Москва, 1986, с. 145, 168–170.

²⁴⁷ РУЛАН, Н. *Юридическая антропология <...>*, с. 9.

²⁴⁸ РЭДКЛИФФ-БРАУН, А. Р. *Структура и функция в примитивном обществе. Очерки и лекции*. Москва, 2001, с. 230, 238, 243–247.

присущих ему способов решения конфликтов (судебное разбирательство) используются также способы, известные обществам с менее сложной структурой, основанные на переговорах и соглашениях²⁴⁹. С этой точки зрения санкции, как меры принуждения, не рассматриваются в качестве неотъемлемого признака права.

В российской науке проблема санкций нашла своеобычное преломление в вопросе связи правовых норм с санкциями. Некоторые авторы исходят из того, что всякая правовая норма имеет санкцию, следовательно, включает в себя возможность государственного принуждения; другие предлагают отказаться от обязательного включения в структуру нормы санкций и от идентификации принуждения с санкцией конкретной нормы; третьи утверждают, что не всякая юридическая норма должна иметь санкцию (например, нормы-дефиниции), поскольку не нуждаются в государственном принуждении, но при этом возможность государственного принуждения расценивается как признак права²⁵⁰.

Отталкиваясь от вышеприведённых представлений о принуждении и санкциях, можно заключить, что в процессе реализации права, в том числе реализации правового обычая, различаются возможность принуждения со стороны государства и возможность принуждения со стороны общества (например, публичное объявление порицания, осуждение, изгнание из определённого сообщества и др.). В любом случае мерами принуждения являются санкции. Действительно, реализация правового обычая может проходить противоречиво и неоднозначно. Правовой обычай представляет собой не только эталон поведения, он ещё выступает самостоятельным критерием оценки поведения. На пути действия правового обычая поведение субъектов

²⁴⁹ LE ROY, E. La conciliation et les modes precontentieux de reglements des conflits. *Bulletin de liaison de Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*. 1987, 12, p. 45–50.

²⁵⁰ ОВСЕПЯН, Ж.И. Государственное принуждение как правовая категория (теоретическая формула отношения принуждения к государству и праву). *Государство и право*, 2007, № 12, с. 10 - 14.

будет квалифицироваться как правомерное или неправомерное (правонарушение). В первом случае право предписывает применение поощрений, во втором – санкций, тем самым право формирует необходимые установки, мотивы, корректирует поведение.

Юридические последствия действия правового обычая связаны с санкциями – применением мер юридической ответственности. Вместе с тем, наряду с санкциями имеет место быть правовое стимулирование (поощрение) активного правомерного поведения, которое обеспечивает оптимальное направление реализации правового обычая. Основа поощрения заключается в осознании причастности к некоему сообществу, включённость в которое гарантирует субъекту безопасность, стабильность, удовлетворение его потребностей и достижение целей. Правовой обычай обязателен в силу общности правосознания лиц, соблюдающих его. Под данной общностью русский ученый Н. М. Коркунов понимал единое принятие обычая «всеми, принадлежащими к тому общению, где существует данный обычай. Я поступаю определенным образом при определенных условиях, и ожидаю от других такого же поведения при этих же условиях, равно как и они возлагают на меня аналогичные ожидания»²⁵¹.

1.3. Проблема санкционирования правового обычая государством

В отношении правового обычая тема государственных санкций получает своеобразное продолжение. Ещё средневековыми юристами была предложена концепция санкционирования обычая государством, благодаря чему он приобретает юридическую силу. Эта концепция, ставившая действие правового обычая в зависимость от санкций государства, подверглась критике со стороны исторической школы права и возродилась вновь в XIX в. В начале XIX в. Д. Остин утверждал, что

²⁵¹ КОРКУНОВ, Н. М. *Лекции по общей теории <...>*, с. 297–298.

обычай становится правовым только вследствие принятия его судом, после чего он обеспечивается принудительной силой государства. До этого момента обычай представляет собой моральное правило²⁵². Французский правовед Э. Ламбер также признавал юридическое значение за санкционированием какого-либо обычно-правового положения только судебной практикой. Судебная практика, не принимая участия в создании обычая, способствует превращению правового чувства в правовые нормы, простых обычаев в правовые²⁵³. П. Эртманн полагал, что не любое фактическое применение создает обычай, а исключительно государственное, т.е. через органы государственной власти, в том числе и через суды. В. М. Хвостов и Д. Гримм также писали, что обычай лишь тогда становится юридическим, когда применяется судами как обязательная, принудительная норма, при этом государство не устанавливает содержания обычая²⁵⁴. По мысли Эртманна, право – это продукт народа, а государство не что иное, как организованный народ. В силу этого государство не может не принимать участия в создании народного (обычного) права²⁵⁵. Теория санкционирования обычая государством нашла своих последователей в науке XX в. Санкция, по их мнению, может выражаться в форме отсылки к обычаю в законе, в форме

²⁵² AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*. London, 1869, V. II, p. 553–555.

²⁵³ Цит. по: ДОБРОВ, А. С. Правотворчество без законодателя. *Иваново-Вознесенский юридический вестник*, 2001, № 6, с. 35–36; ЛУКОВСКАЯ, Д. И. *Социологическое направление во французской <...>*, с. 80–82.

²⁵⁴ ХВОСТОВ, В. М. *Общая теория права*. Санкт-Петербург – Москва, 1914, с. 87; ГРИММ, Д. *К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм*. Санкт-Петербург, 1896, с. 21–22.

²⁵⁵ OERTMANN, P. *Rechtsordnung und Verkehrssitte*. Leipzig, 1914, s. 17; OERTMANN, P. *Volksrecht und Gesetzesrecht*. Dresden, 1898, s. 28–29.

систематической судебной или административной практики²⁵⁶.

Однако против концепции санкционирования правового обычая государством её критики выдвигают аргументы о необоснованном исключении из сферы права не санкционированных государством обычаев²⁵⁷; о древней истории права, не связанной с государством²⁵⁸; о фиктивности молчаливой санкции²⁵⁹. В работах российских и литовских авторов также доказывается, что «выведение обычного права из норм, санкционированных государственной властью, не представляется соответствующим исторической действительности. Этот подход обесценивает обычное право, лишает его самостоятельного статуса, нивелирует его социальную роль»²⁶⁰. Изначальную связь обычно-правовой нормы с публичной властью, но не с государством, подчеркивает Е. Маховенко²⁶¹. На достаточность воли сторон гражданского договора для превращения обычая в правовой обычай

²⁵⁶ ГОЛУНСКИЙ, С. А.; СТРОГОВИЧ, М. С. *Теория государства и права* <...>, с. 169; ДЕНИСОВ, А. И. *Теория государства и права* <...>, с. 451; ВИЛЬНЯНСКИЙ, С. И. *Лекции по советскому гражданскому праву* <...>, с. 52–53; НОВИЦКИЙ, И. Б. *Источники советского гражданского* <...>, с. 63; *Общая теория советского права: учебник* / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самошенко. Москва, 1966, с. 164; ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права* <...>, с. 47; КЕЧЕКЪЯН, С. Ф. О понятии источника права. *Ученые записки МГУ*, 1946; вып. 116. Труды юрид. факультета, кн. 2, с. 8; РАЗУМОВИЧ, К. Н. Источники и форма права. *Советское государство и право*, 1988, № 3, с. 26; ВЕНГЕРОВ, А. Б. *Теория государства и права* <...>, с. 423; НЕРСЕСЯНЦ, В. С. *Общая теория права и государства* <...>, с. 400–401; АЛЕКСЕЕВ, С. С. *Право: азбука – теория – философия*. Москва, 1999, с. 78; АЛЕКСЕЕВ, С. С. *Восхождение к праву. Поиск и решения*. Москва, 2001, с. 285–286 и др.

²⁵⁷ КИСТЯКОВСКИЙ, Б. А. *Философия и социология права*. Санкт-Петербург, 1998, с. 225.

²⁵⁸ ТРУБЕЦКОЙ, Е. Н. *Энциклопедия права*. Санкт-Петербург, 1998, с. 80–81; СОРОКИН, П. А. *Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государствам*. Ярославль, 1919, с. 7.

²⁵⁹ РЕГЕЛЬСБЕРГЕР, Ф. *Общее учение о праве* <...>, с. 49–50; ГАМБАРОВ, Ю. С. *Курс гражданского права* <...>, с. 184–185.

²⁶⁰ ЛОМАКИНА, И. Б. *Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект*. Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Санкт-Петербург, 2005, с. 26.

²⁶¹ МАСHOVENKO, J. *Teisės istorija: Vilniaus universiteto vadovėlis*. Vilnius: Registrų centras, 2013, p. 55–57.

указывают Г. Ластаускиене и Р. Шимашюс, интерпретируя таким образом ст. 1.4. Гражданского кодекса Литовской Республики²⁶².

Таким образом, согласно теории санкционирования обычая государством, обычай, не признанный государственной властью, является только показателем субъективных стремлений и желаний²⁶³. Сказанное выше позволяет утверждать, что вообще санкционирование обычая государством означает выражение отношения государства к обычаю. Санкционирование образуют действия суда, законодательных и исполнительных органов власти. В российской юридической науке уделяется особое внимание классификации санкционирования. Например, С. В. Бошно классифицирует санкционирование следующим образом: 1) законодательное и судебное (в зависимости от государственного органа, осуществляющего санкционирование); 2) письменное и устное (по характеру выражения); 3) конкретное и абстрактное (по степени распространённости санкционирования на отношения); 4) первичное (законодательное) и вторичное (правоприменительное) (по уровню санкционирования); 5) предварительное и последующее (по времени выполнения). Так, санкционирование с помощью прямого разрешения закона является письменным, абстрактным, первичным, предварительным. Санкционирование обычая судебной властью характеризуется как письменное, конкретное, вторичное, последующее. Автором допускается также поэтапное санкционирование (вначале санкционирование законодателя, затем – судом)²⁶⁴.

В работе О. В. Маловой законодательное санкционирование дробится на общее (в Конституциях), специальное (в законах,

²⁶² LASTAUSKIENĖ, G.; ŠIMAŠIUS, R. Teisinio papročio reikšmė teisiniam reguliavimui. *Jurisprudencija*, 2002, t. 24(16), p. 210.

²⁶³ ГРИММ, Д. *К вопросу о понятии и источнике <...>*, с. 21–22.

²⁶⁴ БОШНО, С. В. *Форма права: теоретико-правовое исследование*. Дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 2004, с. 178–182.

распространяется на определённые отрасли права), частное (в конкретной норме нормативного акта). Санкционирование судом и органами исполнительной власти являются подвидами правоприменительного санкционирования. Автором выделяются также ведомственное санкционирование и договорное (с помощью сторон в договоре)²⁶⁵. Касательно данной классификации следует отметить, что санкционирование органами исполнительной власти уже подразумевает ведомственное санкционирование.

Санкционирование как выражение отношения государства к обычаю обозначает государственное разрешение обычаю реализоваться, согласие государства с обычаем. Основной тезис концепции санкционирования состоит в том, что обычай, разрешенный государством, приобретает с его стороны правовую защиту в виде возможности государственного принуждения и, как следствие, юридическую ценность. Другой формой отношения государства к обычаю является запрещение государством действия обычая на стадии его реализации. В этом случае государство не согласно с каким-либо обычаем, отрицает его и стремится искоренить. Запрещение, отсутствие государственной санкции, влечёт, согласно рассматриваемой теории, лишение обычая правового качества. Однако практика показывает, что негативное отношение государства к обычаю в виде запрещения далеко не всегда достигает своей цели – обычай продолжает действовать и не теряет при этом качество правового.

В советский период истории немаловажную роль в правовом регулировании общественных отношений играли этнические правовые обычаи народов Северного Кавказа. Они существовали с самого начала советского государства, действуя одновременно с советским правом. Но в 1928 г. были приняты дополнения к Уголовному Кодексу РСФСР, которые криминализировали деяния, лежащие в основе этнических

²⁶⁵ МАЛОВА, О. В. *Правовой обычай как источник права основных правовых систем современности*. Дис. <...> канд. юрид. наук. Иркутск, 2006, с. 72.

правовых обычаев. К ним, например, относился обычай кровной мести; подобные преступления именовались пережитками родового быта. В Уголовном Кодексе РСФСР 1960 г. сохранилась глава, устанавливающая уголовную ответственность за преступления, составляющие пережитки местных обычаев (уклонение от примирения, уплата и принятие выкупа за невесту, принуждение женщины к вступлению в брак или воспрепятствование вступлению в брак, заключение соглашения о браке с лицом, не достигшим брачного возраста, двоеженство или многоженство). Только Уголовный Кодекс Российской Федерации 1996 г. декриминализировал указанные составы. Несмотря на запреты государства, этнические правовые обычаи сохранялись в обществе, зачастую принимая завуалированные формы. Кроме того, продолжал существовать традиционный правовой институт посредничества. Официальные судебные органы не препятствовали местному населению в желании использовать посреднические формы урегулирования различных конфликтов²⁶⁶.

Следование этническим правовым обычаям вопреки запрету побудило Верховный Суд РСФСР принять Постановление от 19.03.1967 № 47 «О судебной практике по делам о преступлениях, составляющих пережитки местных обычаев» (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.1993 № 11). В этом Постановлении отмечалось, что в деятельности судов республик, автономной области и автономных округов по рассмотрению дел о преступлениях, составляющих пережитки местных обычаев, имеются существенные недостатки. Среди них были названы освобождения от ответственности лиц, в действиях которых имеется состав преступления, составляющего пережитки местных обычаев; при установлении в действиях подсудимых составы нескольких преступлений, составляющих пережитки местных обычаев, суды иногда осуждают лишь за одно из

²⁶⁶ БАБИЧ, И. Л. Эволюция обычного права адыгов в советское и постсоветское время. *Этнографическое обозрение*, 1997, № 3, с. 100–102.

совершённых преступлений; неправильная квалификация действий лиц, вызванная недостаточным уяснением понятий составов некоторых преступлений, составляющих пережитки местных обычаев; невнимательное отношение судов к работе по предупреждению указанных преступлений. Пленум Верховного Суда рекомендовал судам устранить отмеченные недостатки в работе, чаще рассматривать дела данной категории с участием прокурора и представителей общественных организаций, не оставлять без соответствующего реагирования факты неправильных действий отдельных должностных лиц и граждан, а также другие обстоятельства, способствовавшие совершению преступлений, составляющих пережитки местных обычаев²⁶⁷. Это говорит о том, что в советский период суды на территории национальных автономных республик, округов, состоявшие преимущественно из национальных кадров, демонстрировали не просто лояльное отношение к этническим правовым обычаям, но и учитывали их при разрешении споров.

Похожие примеры высокой сохранности этнических правовых обычаев можно найти и в других странах. Так, проведённые в 2001–2003 г.г. научные исследования в центральной горной области острова Сардиния – Барбаджи современного состояния локальной правовой культуры показали широкое распространение обычно-правовой практики, в частности обычая кровной мести, несмотря на сопротивление со стороны официальных властей. Также были подтверждены наличие культурной преемственности в правовой сфере и исключение местными жителями возможности слияния государственного и обычного права, поскольку итальянское законодательство, по мнению сардинцев, не может отвечать их интересам²⁶⁸.

Приведённые примеры показывают, что не санкционированным государством правовым обычаям, то есть находящимся под запретом,

²⁶⁷ *Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда РФ 1961–1993 г.г.* Москва, 1994.

²⁶⁸ ФАИС, О. Д. *Обычное право в современной Сардинии (по материалам экспедиции)*. Москва, 2004, с. 8, 11–15, 20–21.

следуют добровольно, поэтому они не нуждаются в государственной защите. Они обеспечены общественными санкциями. При этом они сохраняют статус правовых обычаев, оставаясь общественно значимыми, общеобязательными, нормативными, санкционированными. В подобных ситуациях проявляется дерогационная сила правового обычая, на которую обращали внимание ещё римские юристы. Явление дерогации подразумевает создание правовым обычаем препятствий на пути реализации закона, но формально обычай не отменяет закон. Факты демонстрации обычаем такой способности известны в обществах с господством закона как формы права²⁶⁹.

Сказанное позволяет ещё раз заключить, что обеспеченность правового обычая государственной защитой, другими словами государственными санкциями, не является сущностной характеристикой обычая. Необходимость в защите государства может возникнуть в случае нарушения (несоблюдения, неисполнения) правового обычая. Поэтому государственное санкционирование правового обычая, представляя собой непроявленное свойство обычая, наполняющего не сущность его, а содержание, выступает потенциальным элементом механизма действия обычая.

Фактически концепция санкционирования определяет, каким образом государство выражает отношение к правовому обычаю, какие правовые способы воздействия на поведение людей в этом случае оно использует. Теории права известны три таких способа – дозволения, запреты, предписания. Дозволение используется в условиях отсутствия негативного отношения государства к обычаю; запреты и предписания – в противоположных условиях, когда государство не согласно с каким-либо обычаем или пытается сдержать его действие.

В эту модель не вписывается молчаливое санкционирование государством правового обычая. Идея молчаливого санкционирования

²⁶⁹ ГРЯЗНОВ, Д. Г. *Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2001, с. 11, 20.

была предложена в средние века с целью сдерживания влияния правового обычая, генераторами и хранителями которого выступали отдельные социальные группы. Отражаемая правовым обычаем высокая социальная сегментарность общества противоречила историческим требованиям его консолидации. Экономические, социальные и политические условия вызвали необходимость усиления централизованной политической власти. Только сильная королевская власть могла укрепить общество. Но поскольку её позиции были ещё достаточно слабы, в том числе и в правовой сфере, то идея санкционирования поднимала статус единой государственной власти и возвышала её, в действительности являясь юридической фикцией. В настоящее время нет сомнений в том, что в государственно-организованных обществах политико-правовым лидером является государство. Поэтому идеологическое положение о молчаливом санкционировании правового обычая государством, направленное на его поддержку, исторически устарело.

Таков в общих чертах механизм действия правового обычая. Также следует особо выделить два момента. Первый состоит в том, что обычай имеет прямое действие, то есть непосредственно реализуется на практике. В силу своей казуистичности обычай не нуждается в конкретизации другими актами. Второй момент заключается в инициативном, саморегулятивном начале правового обычая. В форме правового обычая процессы правотворчества и реализации права осуществляются без внешнего воздействия, благодаря активному правомерному поведению субъектов.

1.4. Механизм действия правового обычая как системы

При определении значения механизма действия правового обычая в правовом регулировании можно использовать возможности системного подхода. Цель рассматриваемого механизма как системы заключается в том, что им предусматривается сохранение стабильности протекания

человеческой деятельности с минимальными затратами на принятие решений в течение определённого промежутка времени и освобождение времени и возможностей для инноваций. Тревожность и неуверенность нейтрализуются за счёт стабилизации не только самого поведения, но и ожиданий определённого поведения. Другими словами, воздействие данного механизма призвано ориентировать поведение людей в заданном направлении.

Механизм действия правового обычая можно представить в виде системы с организационно-структурными, нормативными, информационными и управленческими характеристиками. В области права управление определяется «как всякого рода изменения характеристик управляемой правовой системы в зависимости от воздействий»²⁷⁰. С точки зрения управленческой характеристики в механизме действия правового обычая выделяются субъект управления и объект управления. Они объединены прямыми и обратными связями. Прямая связь, идущая от субъекта к объекту, определяет функционирование рассматриваемой системы в зависимости от управляющих воздействий. Обратная связь, направленная от объекта к субъекту, предполагает наличие качества, позволяющего регулировать будущее поведение правовой системы на основе результатов прошлых управляющих воздействий²⁷¹. На стадии возникновения правового обычая субъектом управления выступают фактические общественные отношения (как трёхкомпонентная система, слагаемая из людей, актов их поведения, социальных связей между ними), объектом – социальная группа, общество. Управляющее воздействие движется от субъекта (фактические общественные отношения) к объекту с целью выработки и установления обычно – правовых норм. На стадии реализации правового обычая осуществляется индивидуализация обычно-правовых норм,

²⁷⁰ РАССОЛОВ, М. М. *Проблемы управления и информации в области права*. Москва, 1982, с. 19.

²⁷¹ Там же, с. 19.

устанавливается обратная связь между объектом и субъектом управления. В пределах обратной связи они меняются ролями – субъектом управления становятся социальные группы, общество (кроме того, субъект управления расширяется, будучи дополненным государственными органами и обычно – правовыми нормами); объектом – фактические общественные отношения в вышеуказанном смысле.

Государственные органы следует рассматривать, во-первых, как субъект управления в современном обществе, не в традиционном; во-вторых, как возможный субъект управления в механизме действия правового обычая. Государство, используя, например, запрет в отношении какого-либо правового обычая способно изменить его характеристики. Но не каждый запрет государства достигает этой цели, и государство не оказывает перманентное воздействие на правовой обычай. В исключительных случаях нарушения правового обычая, когда создаются препятствия в его реализации, государственные органы могут его применить. Социальная группа предстаёт целостным системным образованием, входящим в состав другой системы – общества. Данный субъект механизма действия правового обычая организован по принципу солидарности и не отрицает отдельную личность, но рассматривает её как свою органичную составляющую. Отсюда индивидуальность, в том числе и поведения, раскрывается через коллективное. Необходимость единства социальной группы требует включённости отдельных индивидов в коллективное, поэтому в целом на механизм действия правового обычая воздействует деятельность социальной группы. Степень управляющего воздействия со стороны коллектива доминирует над воздействием со стороны личности и над возможным государственным воздействием. Что касается обычно-правовой нормы как субъекта управления, то она оказывает воздействие на волю индивидов посредством процесса осознания ими её содержания, а также через предоставление им юридических прав и возложение на них юридических обязанностей.

Каналами обратной связи предстают правоотношения, возникновение которых обусловлено юридическими фактами. Благодаря последним данная система начинает функционировать. Правоотношения обеспечивают перемещение информации о лицах, подпадающих под действие обычно-правовой нормы, о поведении, допустимом в конкретной ситуации, о возможных санкциях. На стадии реализации в объекте совершаются действия в соответствии с полученной информацией (реализуются субъективные права и обязанности) или противоположные действия. В первом случае система механизма действия правового обычая достигает своей цели, во втором – нет. В зависимости от сообщений о достижении целей субъект (социальные группы, общество, государственные органы и обычно-правовые нормы) определяет меру дальнейшего управляющего воздействия – не производит никаких изменений в системе, подвергает её изменениям или принимает решение об отказе от правового обычая.

1.5. Реализация обычая через правоотношение

Применительно к механизму действия правового обычая речь идёт об обычно-правовых отношениях – социально значимых, индивидуализированных общественных отношениях, участники которых связаны взаимными, корреспондирующими юридическим правами и обязанностями, установленными правовыми обычаями. В правоотношении конкретизируется предписание обычно-правовой нормы. Последней создаётся типовой масштаб поведения, который направлен на общее регулирование. Поведение участников фактических общественных отношений может соответствовать обычно-правовым отношениям и обычаю или отклоняться от них. Поэтому реализация обычая через правоотношение показывает, насколько он отвечает социальным требованиям, насколько он реален. В правоотношении наиболее полно проявляется творческий потенциал правового обычая.

Обычно-правовые отношения можно классифицировать по различным основаниям: по отраслевой принадлежности (конституционные, торговые); по субъектному составу (абсолютные и относительные); по составу участников (простые и сложные); по функциональным особенностям (регулятивные и охранительные). Также могут быть выделены материальные и процессуальные, публичные и частные обычно – правовые отношения. Данная классификация подробно дополняется иными видами обычно-правовых отношений И. Б. Ломакиной, которая предлагает разделить указанные правоотношения на партикулярные и непартикулярные, на официальные и неофициальные, санкционированные (органами государственной власти) и несанкционированные; по предмету правового регулирования (родовые, экономические и духовные); в зависимости от сферы действия (сакральные и несакральные); в зависимости от продолжительности (долговременные и недолговременные); по характеру (централизованные и децентрализованные); в зависимости от времени формирования (ретроспективные и новые перспективные)²⁷².

Важное значение имеет вопрос о содержании правоотношения на субъектном уровне. Под субъектом правоотношения рассматривают субъект права, который реализовал свою правосубъектность и стал участником конкретного правоотношения²⁷³. Субъекты права (и субъекты правоотношений) делятся на коллективные (юридические лица, общественные образования) и индивидуальные (физические лица).

Исторически первым субъектом обычно-правовых отношений был коллективный субъект – община. На стадии раннепервобытного общества обычным правом регулировались отношения между общинами, поэтому субъектами обычного права, следовательно, и обычно-правовых отношений, выступали родовые общины. Позднее на смену им пришли

²⁷² ЛОМАКИНА, И. Б. *Обычное право: институциональный аспект. Теоретико-правовой анализ*. Санкт-Петербург, 2005, с. 192–196.

²⁷³ ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства <...>*, с. 62.

общины, связанные с определённой территорией – территориальные общины. На стадии позднепервобытной общины, когда возникает частная собственность, социальное и имущественное неравенство, появляется необходимость контролирования усложнившихся отношений (отношений обмена) внутри общины. В данном случае субъектами обычно-правовых отношений стали родственные группы, из которых состоял род²⁷⁴. Таким образом, в условиях родового общества индивидуальный субъект обычно-правовых отношений подчиняется доминирующему положению коллективного субъекта. Проявилось это также в коллективной ответственности за нарушение обычно-правовых предписаний, в отсутствии идеи субъективного права в современном понимании, в преобладании обязанностей над правами²⁷⁵. Только в пределах общины мог реализоваться статус индивидуального субъекта обычно-правовых отношений.

Механизм действия правового обычая регулятивен, поэтому значимым является вопрос о том, каким образом в нём осуществляется правовое воздействие на субъектов. Здесь можно выделить императивный и диспозитивный методы; в большей степени общедозволительный тип правового регулирования, нежели разрешительный.

1.6. Связь механизма правового обычая с правосознанием, общей и правовой культурой

Все процессы, происходящие в механизме действия правового обычая, преломляются через коллективное и индивидуальное сознание субъектов, а также интерпретируются через призму общей культуры и правовой культуры. Благодаря правосознанию обнаруживаются и осмысливаются,

²⁷⁴ СЕМЕНОВ, Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право. *Этнографическое обозрение*, 1997, № 4, с. 3–12.

²⁷⁵ СУПАТАЕВ, М. А. *Культурология и право*. Москва, 1998, с. 42–44, 49–50.

подвергаются оценке правовые явления, связанные с правовым обычаем, а также то, что подлежит обычно-правовому регулированию. Под его влиянием субъектами интеллектуально и эмоционально осознаются и реализуются действия согласно требованиям правового обычая или противно им. Механизм правосознания не только способствует созданию правовых обычаев, но и понуждает субъектов определять своё место и свою роль в правовой действительности, выбрав конкретную модель поведения. Регулятивное качество правосознания сближает его с правом, поэтому неслучайно Л. Е. Петражицкий психологические императивно-атрибутивные переживания преувеличенно трактовал как правовые, как интуитивное право. На тесную связь правового и ментального обратили внимание представители исторической школы права. Так, Ф. К. Савиньи, утверждал, что право полностью проистекает из народного сознания и полноценным выражением последнего является обычай. Основу права составляет общее народное убеждение – «равное чувство внутренней необходимости»²⁷⁶. С этой точки зрения решающую роль в действии правового обычая играет массовое правосознание. Учитывая частую локальность правового обычая, следует отметить, что его действие сопровождается также и групповое правосознание. По отношению к первым двум видам индивидуальное правосознание в действии обычая занимает подчинённое положение. Правосознание действует на всех стадиях рассматриваемого механизма, будучи связанным со всеми его элементами. Это один из факторов, который обеспечивает эффективность механизма действия правового обычая.

На культурную и национальную детерминированность правового обычая указывала историческая школа права. Г. Ф. Пухта, подобно Савиньи, объединил образование и генезис права с народом, определяя последнее как естественное целое, имеющее в своей основе физическое и духовное родство. К условиям, необходимым для возникновения народа,

²⁷⁶ SAVIGNY, F. K. *Vom Beruf unserer Zeit* <...>, s. 8–12.

Пухта причислил общность происхождения, языка, территорий. В силу того, что все представители народа относятся друг к другу как духовные родственники, то каждому из них присущи некие общие убеждения (в том числе и те, которые лежат в основе правовых обычаев) и воззрения, источник которых – не дух отдельных личностей, а народный дух²⁷⁷.

Но право, согласно научным воззрениям Савиньи и Пухты, обладает не только индивидуальными признаками (присущими отдельному народу), но и общими (основанными на общности человеческой природы)²⁷⁸. Право вообще представляет собой результат общечеловеческой совместной жизни, являясь частью общекультурного развития народов. У представителей исторической школы общее в праве находится за пределами материального мира, оно объясняется в иррациональном аспекте. Савиньи полагал, что в каждом народе действует некий общий человеческий дух, являющийся в нём индивидуальным образом²⁷⁹. Основания для духовной общности народов он видел не только в их родственном происхождении, но также в общем религиозном убеждении, прежде всего христианском²⁸⁰. Непосредственно общее в праве является через признание нравственного достоинства и свободы человека, ограждение этой свободы через правовые институты²⁸¹. Г. Ф. Пухта за общим в праве признаёт трансцендентное происхождение. Общее в праве, присущее праву любого народа, он увидел в том, что существование права покоится на сознании людей о правовой свободе. Это сознание человек имеет от Бога, право – божественный порядок, данный людям и принятый их сознанием²⁸².

Правовой обычай, являясь частью права, также находится под

²⁷⁷ PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht* <...>, s. 133–139.

²⁷⁸ SAVIGNY, F. K. *System des heutigen Römischen Rechts* <...>, s. 52.

²⁷⁹ Там же, с. 19–21.

²⁸⁰ Там же, с. 33, 53–54, 81.

²⁸¹ Там же, с. 55.

²⁸² PUCHTA, G. F. *Cursus der Institutionen*. Bd. I. Leipzig, 1881, s. 14.

влиянием общечеловеческих культурных стремлений, не ограничиваясь только национальной детерминированностью. Правовые обычаи разных народов, отражая содержание права, нацелены на нравственное определение человеческой природы, признание свободы человека. Включённость правового обычая в общекультурное развитие, его принадлежность общей духовной основе объективирует его действие.

Составляющей культуры является правовая культура, отражающая общее состояние культуры, а также определённый уровень правосознания, правопорядка, юридической техники. Она характеризует степень знакомства людей с правом, понимание и уважение права. Механизм действия правового обычая под влиянием правовой культуры приобретает соответствующее её состоянию реальное воплощение. Чем выше уровень правовой культуры, тем более эффективен рассматриваемый механизм. В то же время имеется обратное влияние, когда правовая культура может быть совершенствована в зависимости от эффективности механизма действия правового обычая.

Необходимо отметить, что эффективность механизма действия правового обычая связана не только с санкциями, но и с психологической составляющей данного механизма, соотносимой с правосознанием и правовой культурой. Правовой обычай, учитывающий потребности и интересы людей, достигает оптимального сочетания интересов отдельного человека и интересов социальной группы, общества. Тем самым обеспечивается развитие необходимых мотивов поведения, вследствие чего обычай добровольно и сознательно исполняется. Таким образом, стимулирование поведения, формирование убеждения в его целесообразности придают механизму действия правового обычая креативное значение в правовом регулировании.

Из сказанного следует, что состав механизма действия правового обычая образуют такие элементы, как социальные группы, общество, государственные органы, фактические общественные отношения как сложная система, обычно-правовые нормы, основанные на них

правоотношения, юридические факты, правосознание, правовая культура (как часть общей культуры). Данные элементы и вышеописанные связи между ними образуют строение механизма действия правового обычая.

1.7. Связь механизма правового обычая с механизмами правопорядка, законности и коммуникации

Механизм действия правового обычая как система не существует без окружающего мира, формируя многообразные внешние связи и функционируя через них. Например, он связан с иными системами, к числу которых принадлежат механизмы правопорядка, законности. Более того, связь систем в каждом случае создаёт самостоятельную управляемую правовую систему, которую можно назвать совокупной системой или метасистемой. Совокупная система приобретает функцию «внутреннего окружающего мира» для частичных систем. При этом единство каждой частичной системы конструируется ею самой и не вносится из окружающего мира. Каждая из частичных систем имеет границы, отделяющие её от других систем, но одновременно предполагающие связь с ними посредством коммуникации²⁸³. Благодаря коммуникативным процессам, ориентируясь в различиях, система механизма действия правового обычая отбирает наиболее адекватные возможности связей между её элементами. Механизм действия правового обычая, постоянно меняя своё состояние с неопределённости на определённость, с нестабильности на стабильность, в связи с другими правовыми системами заимствует информацию, позволяющую определять последующее состояние.

Социальные общности, общество в целом, государственные органы, индивиды составляют субъект управления в системе, образуемой совместно механизмами действия правового обычая и правопорядка. Они

²⁸³ ЛУМАН, Н. *Социальные системы. Очерк общей теории*. Санкт-Петербург, 2007, с. 44, 57–59.

регулируют механизм действия правового обычая с целью создания должного общественного порядка, закреплённого юридическими нормами. Должный порядок обеспечивает устойчивость, организованность общественных отношений, пресекает правонарушения. Субъект в данной системе управляет сообразно поступающей от объекта (механизма действия правового обычая) информации, касающейся уровня знания правовых обычаев, чёткости их содержания, противоречивости, поведения субъектов в вопросах реализации правового обычая.

Составной частью механизма правопорядка является механизм законности, призванный обеспечить неуклонное соблюдение закона. Субъект законности представлен органами государственной власти, оказывающими влияние на механизм действия правового обычая с целью сохранения целостности государства. Необходимость в правовом режиме законности оправдывает правомерность применения в необходимых случаях государственного принуждения. Субъект законности непрерывно получает сведения о действии правового обычая, о его противоречии или непротиворечии закону, о соответствии поведения индивидов в конкретных ситуациях требованиям закона или правового обычая, о правонарушениях, о санкциях. В рамках взаимодействия механизмов законности и действия правового обычая может возникать столкновение правового обычая и закона. В этих условиях актуальной задачей государственных органов является выработка такой политики отношения к правовому обычаю, которая будет направлена на соблюдение и режима законности, и режима правопорядка.

Механизм действия правового обычая является следствием хабиитуализации (опривычивания), которой подвергается человеческая деятельность в масштабе указанного механизма, институционализации и легитимации. Любая типизация опривыченных действий есть институт. В институтах типичные действия и деятели предполагают историчность и

контроль²⁸⁴. Правовому обычаю как институту и механизму его действия присущ контролирующий характер, вне зависимости от санкций, которые их поддерживают.

Социальные институты создаются в процессе коммуникативного взаимодействия, в рамках которого осуществляется передача информации. Термин информации, последовательно используемый в системном подходе, понимается по-разному. Традиционно информация рассматривается как некоторые сведения, совокупность каких-либо данных, знаний²⁸⁵. Количественный подход обязательно связывает информацию с понятием выбора, уточнением неопределённой ситуации²⁸⁶. Благодаря коммуникации система повышает свою чувствительность к различного рода возмущениям, случайностям, и тем самым поддается действию эволюции²⁸⁷.

В современной теории права получает развитие коммуникативная концепция, согласно которой понятие информации в юридической коммуникации включает в себя выражение информации (некоторые знания) и её понимание. Данные компоненты не существуют независимо и только будучи взаимосвязанными обеспечивают нормативную коммуникацию. Понимание всегда не только объективно, но и субъективно, так как на него оказывают влияние эмоции, подсознание, духовный мир в целом. Нормо-послание доходит до получателя только в условиях коммуникативных отношений между субъектами. Отсутствие понимания между нормо-отправителем и нормо-получателем препятствует достижению цели, стоящей перед системой. При этом понимание допускает более или менее значительные разногласия, но они

²⁸⁴ БЕРГЕР, П.; ЛУКМАН, Т. *Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания*. Москва, 1995, с. 90–92.

²⁸⁵ *Философский словарь* / под ред. И. Т. Фролова. Москва, 1987, с. 172.

²⁸⁶ ВИНЕР, Н. *Кибернетика, или Управление и связь в животном и машинном мире*. Москва, 1983.

²⁸⁷ ЛУМАН, Н. *Социальные системы <...>*, с. 236.

контролируются и корректируются самой системой²⁸⁸. Эта проблема решается благодаря общему пониманию, что с необходимостью ставит вопрос о легитимации²⁸⁹.

1.8. Легитимация правового обычая

Легитимации требуются для объяснения и оправдания правового обычая как социального института, поскольку его первоначальный смысл недоступен пониманию последующих поколений. Легитимации передаются от одного поколения к другому, тем самым социализируя их в институциональный порядок, создаваемый правовым обычаем. С их помощью правовому обычаю придаётся характер общезначимости, обеспечивается функционирование механизма действия правового обычая.

Главным инструментом легитимаций является язык, усиливающий понимание коммуникации. Информация в системе механизма действия правового обычая оформлена текстуально, в виде устного и письменного текста. Более распространённой является устная фиксация правовых обычаев. В названном механизме используется несколько путей легитимации информации: следование традиции, которая указывает на давность обычая (статический способ); активное поведение участников обычно-правовых отношений (динамический способ); через коллективное и индивидуальное сознание. Легитимация информации общественным сознанием осуществляется также посредством действия системы архетипов, трансляции информации от поколения к поколению, использования мифологических и ритуальных систем, символизирующих

²⁸⁸ ЛУМАН, Н. *Социальные системы <...>*, с. 198–200.

²⁸⁹ ПОЛЯКОВ, А. В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации. *Правоведение*, 2006, № 2, с. 32, 37, 40–42; ЛОМАКИНА, И. Б. *Обычное право <...>*, с. 211–212.

объективность правовых обычаев²⁹⁰, посредством универсальности, олицетворяющей их связь со всеобъемлющей истиной.

П. Бергер и Т. Лукман выделяют четыре уровня легитимации, придающей осмысленность институциональным процессам. Первый уровень связан с передачей словарного запаса той или иной родственной группы. Исходным пунктом данного уровня выступает язык, благодаря которому в единое смысловое целое соединяются различные зоны реальности. Второй уровень предполагает теоретические утверждения в зачаточной форме – пословицы, моральные максимы, легенды²⁹¹. Например, выделяемые во французской правовой доктрине универсальные обычаи, объединяющие юридические максимы «никто не должен несправедливо обогащаться за счет другого», основные гражданские свободы, не вошедшие в нормативные акты «каждый волен в выборе времяпрепровождения», значения таких понятий, как «добрые нравы», «общественный порядок», «справедливость»²⁹², относятся ко второму уровню легитимации. Передаваемые на первых двух уровнях знания считаются в обществе само собой разумеющимися. Третий уровень легитимации объединяет теории, которые объясняют социальный институт в терминах дифференцированной системы знаний. Четвёртый уровень легитимации – это символические универсумы. Они обозначают реальности, отличные от реальностей повседневной жизни, посредством символических совокупностей²⁹³.

Символическому универсуму принадлежат мифологические коллективные представления и ритуалы. Миф объясняет в равной мере как прошлое, так и настоящее и будущее, поэтому события, о которых он

²⁹⁰ ЛОМАКИНА, И. Б. *Обычное право <...>*, с. 211–213.

²⁹¹ БЕРГЕР, П.; ЛУКМАН, Т. *Социальное конструирование реальности <...>*, с. 68, 110, 154, 155.

²⁹² МАРТЬЯНОВА, Т. С.; КОВАЛЬ, Г. О. Обычай как источник французского частного права. *Кодекс-инфо*, 1999, № 8, с. 14–15.

²⁹³ БЕРГЕР, П.; ЛУКМАН, Т. *Социальное конструирование реальности <...>*, с. 155–158.

рассказывает существуют вне времени. Он создаёт мир, обладающий своими логикой, пространством и временем. И в этом мире миф – всегда истина. Он структурирует события в определенном порядке, отводя каждой вещи, каждому явлению определенное место. Функционально, на уровне практической деятельности это требование порядка выражает себя в недопустимости совершения действий каждым индивидом спонтанно, под влиянием непосредственных эмоций. Каждый действует и ощущает себя так, как ему предписано. Роль подобных направляющих в поведении выполняют обычаи, которые К. Леви-Строс называет «внечувственными нормами», детерминирующими «индивидуальные чувства, как и обстоятельства, в которых те смогут или должны будут проявиться». Сам по себе обычай индифферентен, но его нарушение влечет за собой проявление эмоций²⁹⁴.

Б. Малиновский также, как и К. Леви-Строс, подчеркнул главную функцию мифа – поддержание традиции (всей системы социальных норм, обычаев, знаний, навыков), благодаря чему он является неотъемлемой частью культуры в целом. Миф может относиться к любой форме социальной власти и предстает подлинным источником, из которого родились мораль, социальное группирование, обряды и обычаи²⁹⁵. Миф всегда утверждает власть сакрального, имеющую высшую значимость. Компонентом символического универсума являются также представления о божественном происхождении права. Божественный разум требует от человека совершения социально значимых поступков. Любое отклонение от нормы влечёт наказание не только для нарушителя, но и для всего социума. Влияние религиозной доктрины на право проявилось в действии принципа «воздание – возмездие» в уголовном праве, в сфере государственного права – в появлении таких категорий, как

²⁹⁴ ЛЕВИ-СТРОС, К. *Первобытное мышление*. Москва, 1999, с. 85, 114–115, 121, 130, 134, 325; ЛЕВИ-СТРОС, К. *Структурная антропология*. Москва, 1983, с. 185–187.

²⁹⁵ МАЛИНОВСКИЙ, Б. *Магия, наука, религия*. Москва, 1998, с. 41, 59, 84, 99, 105, 149.

«суверенитет», «государство», «публичная власть», а также в юридической технике, на которой построен судебный процесс²⁹⁶.

Примером символической легитимации информации в механизме действия правового обычая может служить архаичное римское право. На ранних этапах истории римского государства римское право отличалось сакральностью. В правовых установлениях обнаруживалось, с одной стороны, стремление учесть личные интересы, с другой стороны, – интересы общины. В концептуальном плане это проявлялось в сочетании *fas* (божественные установления) и *jus* (юридические правила общежития). Сакральную защиту получали самые разнообразные социальные аспекты римской жизни: система налогообложения, договорные обязательства, процедуры рассмотрения споров, система наказаний. В основе сакральности лежала идея о том, что всё принадлежит Богу, и только божественное право покоится на принципе справедливости. Наказания за нарушения правил поведения рассматривались как способ искупления вины пред Богом. Многие значимые действия сопровождались ритуалами жертвоприношений и сакральными клятвами, а судебные полномочия принадлежали жрецам²⁹⁷. Важной составляющей жизни римской гражданской общины были такие ценности, как верность долгу (*fides*), благоговейный долг перед богами, родиной и согражданами (*pietas*), энергия и воля в выполнении этого долга (*virtus*). Реализация этих ценностей была гарантией соблюдения норм²⁹⁸. Ценностные установки, как правило, являются достоянием коллективного сознания и напрямую связаны с легитимацией. Они помогают рассматривать правовой обычай в механизме его действия с позиции должного.

Символическую значимость действительности сообщают также

²⁹⁶ ИСАЕВ, И. А. *Власть и закон в контексте иррационального <...>*, с. 165–166, 170.

²⁹⁷ *Жреческие коллегии в Древнем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права* / отв. ред. Л. Л. Кофанов. Москва, 2001, с. 8, 13, 14, 41–44.

²⁹⁸ КНАБЕ, Г. С. *Древний Рим – история и повседневность*. Москва, 1986, с. 20–21.

ритуалы²⁹⁹. Ритуалы апеллируют к индивидуальному сознанию, создавая сопричастность индивида коллективу, коллектива – Природе. Воздействуя на эмоциональную сферу, ритуал подчеркивает и усиливает важные для общества ценности, в символической форме закрепляет отношение человека к определенному событию³⁰⁰, способствует передаче информации. Движения, приемы, жесты, составляющие ритуал, символичны, отделены от реального процесса³⁰¹. Действия, составляющие обычай, по своей природе могут быть ритуальны, могут осуществляться в формализованных, символических актах. Ритуалы нейтрализуют явления ненадёжности, отклоняющегося поведения, обмана в силу того, что они подвергают схематизации внешние для механизма действия правового обычая неопределённости. Исторически ритуал вводил человека в сферу сакрального, и в контакте со священным человек начинал испытывать влияние могущества и мощи. Ощущение благоговения способствовало созиданию порядка.

Легитимация информации на уровне символического универсума в механизме действия правового обычая объединяет социальную общность людей, связывая воедино прошлое, настоящее и будущее поколения. Она свойственна обычаям не только на этапе их возникновения, не только традиционным обществам, но и правовым обычаям в современном обществе. В последнем случае она не так ярко выражена, но это не означает её полного отсутствия в механизме действия правового обычая в современном обществе. Символический универсум «расставляет всё по

²⁹⁹ В науке отсутствует единство в понимании термина «ритуал» – иногда его отождествляют с термином «обряд», иногда их разделяют. В целях данного исследования будет достаточно восприятие этих терминов как синонимов и использование одного из них – «ритуал».

³⁰⁰ *Ритуальное пространство культуры*: Материалы международного форума, Санкт-Петербург, 26 февраля – 7 марта 2001 г. / отв. ред. Е. Э. Сурова. Санкт-Петербург, 2001, с. 17–19, 51; РУЛАН, Н. *Юридическая антропология <...>*, с. 295.

³⁰¹ ПАХОМКИНА, М. Ф. Обычай как специфичное социальное явление. *Вестник Московского университета*, 1971, № 3, с. 53–54.

своим местам» в жизни индивида, способствует появлению чувства сплочённости и безопасности. Он связывает поколения людей в смысловом единстве³⁰².

Механизм действия правового обычая представляет собой, с одной стороны, замкнутую систему. Она автономна, имеет границы, отделяющие её от иных систем. Через различие с другими системами окружающего мира механизм действия правового обычая идентифицирует себя. Для построения структуры данной системы используются только её собственные операции. Она самостоятельно ориентируется в многовариантной информации, выбирая ту, что ей необходима, и отказываясь от той информации, которая содержит риски для неё.

Механизм действия правового обычая отражает взаимодействие правового обычая и общественной жизни. Правовой обычай, сформировавшийся на основе социальных потребностей, оказывает активное воздействие на общественные отношения. В то же время общественная практика (результаты реализации правового обычая, в том числе его применение, реакция общественного мнения) оказывает обратное влияние на действие правового обычая, на содержание обычая. В процессе своего развития данный механизм претерпевает изменения характеристик, но в целях самосохранения себя как системы справляется с внутренними неопределённостями. С другой стороны, механизм действия правового обычая является открытой системой, поскольку он открыт для восприятия и познания.

Сказанное свидетельствует о существовании объективных закономерностей функционирования механизма действия правового обычая и присущих ему самоорганизации и саморегулированию. Он направлен на закрепление и развитие определённого режима общественных отношений, наилучшим образом способствующего

³⁰² БЕРГЕР, П.; ЛУКМАН, Т. *Социальное конструирование реальности <...>*, с. 161–163.

сохранению и стабильности социальной группы, общества; на создание преград для развития такой модели общественных отношений, которая несёт в себе опасность для социальной группы. Так как механизм действия правового обычая содержит в себе управленческие качества, а управление связано не только с сохранением, но и изменением системы, то данный механизм также нацелен на содействие развитию новых общественных отношений.

В заключение необходимо отметить, что механизм действия правового обычая имеет юридический, психологический, социокультурный аспекты. Точкой, в которой названные аспекты соединяются в одно целое, является субъект права. В теоретико-правовом аспекте механизм действия правового обычая включает в себя два цикла (возникновения и реализации), носит процедурный характер, предполагает известные теории формы реализации обычая (использование, соблюдение, исполнение, применение), методы убеждения и принуждения.

С позиции системного подхода механизм действия правового обычая представляет собой самоорганизующуюся систему, структура которой представлена следующими взаимосвязанными элементами – социальные группы, общество, государственные органы, фактические общественные отношения, обычно-правовые нормы, основанные на них обычно – правовые отношения, правосознание, правовая культура (как часть общей культуры). Его нормальное функционирование определяется влиянием психологической составляющей, соотносимой с правосознанием и правовой культурой; санкциями, легитимацией, внешними связями с другими правовыми системами (правопорядка, законности). Целью данного механизма как системы является и сохранение стабильности человеческой деятельности, и её преобразование.

2. Реализация правового обычая в современной системе права

2.1. Правовой обычай как подсистема метасистемы права

Системность является объективным свойством права, результатом его естественно-исторического развития. Право изначально упорядочено и структурировано, что отражается в таком доктринальном понятии, как «система права»; оно включает в себя состав (набор элементов) и структуру права (целесообразный способ связи элементов). Система права является абстрактной логической конструкцией, выстраиваемой в ходе научного познания. Она представляет собой метасистему, систему высшего порядка, в которую закон, судебный прецедент, правовой обычай входят как элементы, являющиеся подсистемами. «Система права служит иммунной системой общественной организации»³⁰³, защищая её от множества помех. Ради достижения данной цели метасистема объединяет действия подсистем в коллективно связующее единство решений и действий – коллективное действие, для которого постоянно готовым управленческим потенциалом служит иерархия³⁰⁴.

Однако коллективное действие системы права не исключает противоречий между такими подсистемами, как закон и обычай. В условиях государства реализация правового обычая может столкнуться с силой закона. Несмотря на свою негативную составляющую, противоречие выполняет охранительную функцию – оно предупреждает о том, что система может прекратить своё существование. Противоречие проявляется в конкуренции и конфликте³⁰⁵. В ситуации конкуренции между источниками права реализация законом своих регулятивных целей снижает вероятность достижения обычая его целей по регулированию

³⁰³ ЛУМАН, Н. *Социальные системы <...>*, с. 489.

³⁰⁴ Там же, с. 271.

³⁰⁵ Там же, с. 488–489, 503, 508.

общественных отношений, и наоборот. Конфликт в системе права между законом и обычаем возникает тогда, когда ожидания одного источника права как системы не принимаются другим источником как системы. «Деструктивная сила заложена не в самом конфликте <...>, а в отношении к системе, в которой конфликт нашёл повод и выход»³⁰⁶. Н. Луман рассматривает конфликты как социальные системы, существующие паразитически, стремящиеся к поглощению системы – хозяина, а не к симбиозу³⁰⁷. Конфликт между законом и обычаем обращает внимание на проблемы в системе права.

Одним из способов предотвращения и устранения противоречий в системе права является иерархичность – вертикальная подчинённость, последовательное вертикальное расположение подсистем (элементов), составляющих данную систему, когда одна подсистема подчиняется другой. Для каждой подсистемы другая подсистема является её окружающим миром, с которым она связана. Вместе с тем характер этих связей в системе права не сводится только к подчинению, между ними устанавливаются также связи координации, взаимодополнения, детализации³⁰⁸. В системе права элементы можно выделить на нескольких уровнях: 1) отрасли права, 2) институты права; 3) формальные источники права (формы права); 4) элементы нормы права. В целях настоящего исследования интерес представляет третий уровень системы права и занимаемое там положение правового обычая, а также проявление иерархичности на этом уровне и её влияние на правовой обычай.

О необходимости иерархического устройства правового порядка писал Г. Кельзен. Он рассматривал право как систему норм, единство которых базируется на том, что они имеют общее основание – основную норму. Она постулируется как наивысшая и последняя норма, из которой выводится действительность всех остальных норм. Основная норма

³⁰⁶ ЛУМАН, Н. *Социальные системы <...>*, с. 510.

³⁰⁷ Там же, с. 510–511.

³⁰⁸ МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права <...>*, с. 112.

является вершиной иерархической пирамиды, образуемой вышестоящими и нижестоящими нормами. Кельзен допускал конфликт только между нормами одной ступени, исключая конфликт между нормами высшей и низшей ступеней³⁰⁹. Несмотря на попытку очистить право от всего неправового, Кельзен не смог исключить из правопонимания совершенно иррациональную категорию – «основная норма». Эта тенденция вполне закономерна, поскольку иерархия является проявлением мифологического восприятия мира. Оно представляет происхождение иерархии как трансцендентное, связанное с некоторым потусторонним первоисточником – «пранормой», «высшей волей». Идея верховенства, реализуемая иерархией, демонстрирует также влияние теологии на юриспруденцию. Она складывается из таких элементов, как лимитирование, ограничение, разделение, при этом ею сводятся воедино абсолютно различные нормы³¹⁰. В пространстве, создаваемом иерархией, каждая норма занимает строго отведённое ей место, всё находится в соответствии друг с другом. Замысел иерархии состоит в том, чтобы установить порядок, защитить его от разложения. «Установить порядок – значит сказать последнее слово, прекратить поиск вариантов, узаконить достигнутое и существующее»³¹¹. Иерархия поддерживает вечный правопорядок, имеющий непреходящие основания. В данном иррациональном контексте мотивы правотворчества и правореализации получают постоянное существование.

Концепция Г. Д. Гурвича отрицала иерархичность формальных источников права, которые являются только техническими процедурами констатирования нормативных, социальных фактов. Но поскольку отсутствие иерархии способно привести к разрушению единства права, то

³⁰⁹ *Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII Конгрессу международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987 г.*: сборник переводов / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. Вып. 2. Москва, 1988, с. 67–69, 77, 83, 86.

³¹⁰ ИСАЕВ, И. А. *Власть и закон <...>*, с. 453.

³¹¹ Там же, с. 463.

данной концепцией предлагается иерархия первичных, материальных источников права, которые сообщают действенность формальным источникам³¹².

Вместе с тем в современной науке правильность иерархичности в системе права оспаривается. Так, теория правового аутопойезиса противопоставляет идее иерархичности организации системы права идею гетерархичности. Гетерархичность заключается в создании системы горизонтальных отношений, в основе которой лежат образцы поведения, создаваемые не сверху вниз, а снизу вверх. Аутопойезис (самовоспроизводство системы) воспроизводит процесс, связывающий между собой события от одной операции к другой. Цель этого процесса – поиск создаваемых сетеподобных связей между событиями. Центральным элементом правовой системы является не государство, хотя оно не отрицается, а индивидуальные правовые акты (контракты и т.д.), относящиеся к действиям частных деятелей. Сети государственно-организованного права и социально-юридических трансакций пересекаются и влияют друг на друга. Концепция гетерархичности показывает снижение потенциала государства и способ принятия решений в условиях технологической, информационной, общественной неопределённости³¹³. Идея иерархичности Г. Кельзена была направлена на то, чтобы общую природу права определить через само право. В современной науке принимается во внимание метаюридическое влияние на право морали, нравственности, поэтому иерархическое построение системы права в настоящее время может рассматриваться как коллизионная процедура предотвращения и устранения противоречий между правовыми нормами.

³¹² ГУРВИЧ, Г. Д. *Философия и социология права: Избранные сочинения*. Санкт-Петербург, 2004, с. 328–330.

³¹³ ЛАДЁР, К.-Х. Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна. *Правоведение*, 2007, № 4, с. 16, 21, 33, 36, 37.

Следует отметить, что иерархию форм права воспроизводит и повторяет иерархия юридических норм. С иерархией связано явление юридической силы, являющейся одной из сторон действительности правовой нормы. Нормы, располагающиеся на разных иерархических уровнях, обладают разной юридической силой. Это связано с ценностной ориентацией иерархии – положение юридической нормы определяется социальной значимостью долженствования, выраженного в этой норме. Поэтому наиболее значимые (ценные) нормы наделяются высшей юридической силой. С этой точки зрения в иерархии правовых форм приоритет принадлежит закону, который лучше других правовых форм обеспечивает стабильность, безопасность, надёжность³¹⁴.

Базовый принцип иерархии формальных источников права заключается в том, что нормам с более высокой степенью абстракции подчинены нормы с более низкой степенью абстракции, а общим нормам подчинены конкретные³¹⁵. Наиболее абстрактным, стабильным, точным и социально предсказуемым формальным источником права является закон. В большинстве стран постулируется и конституционно оформляется принцип верховенства закона над всеми иными формальными источниками права. Стабильное обеспечение доктрины «верховенства закона» и следование ему на практике способствует преодолению юридических противоречий. Закон выступает ведущим источником права в романо-германской правовой семье. Данная тенденция явилась результатом исторического развития системы романо-германского права. Хотя в настоящее время закон занимает важное место в англосаксонском праве и играет там такую же роль, как в

³¹⁴ МАЛЬЦЕВ, Г. В. *Социальные основания права*. Москва, 2007, с. 611, 612, 629.

³¹⁵ МАРЧЕНКО, М. Н. Закон в системе источников романо-германского права. *Вестник Московского государственного университета*. Серия 11, Право, 2000, № 3, с. 33–34, 39; ХАЛФИНА, Р. О. Почему не работает закон. *Журнал российского права*, 1997, № 4, с. 20; МИЦАЙКОВ, М. Иерархия в праве. *Вестник Московского государственного университета*. Серия 11, Право, 1999, № 6, с. 53–55.

континентальной Европе³¹⁶. По отношению к законодательным нормам более конкретные обычно-правовые нормы занимают в системе права подчинённое положение.

2.2. Правовой обычай в западных национальных правовых системах и международном частном праве

Весьма важное практическое значение обычай имеет в Испании и некоторых испаноязычных странах, например, Аргентине. В четырёх провинциях Испании – Каталония, Альба, Бискайя, Галисия, где сильны сепаратистские тенденции, некоторые положения Гражданского Кодекса Испании действуют субсидиарно по отношению к местным правовым обычаям³¹⁷. Сохраняют свою силу местные правовые обычаи также на автономной территории Дании – Гренландии. Вообще в странах скандинавской правовой семьи, или иногда именуемой «северной», обычай служит важным источником права. Так, в системах права Дании, Норвегии, Швеции придаётся существенное значение торговым и морским обычаям. Кроме того, в Норвегии правовой обычай дополняет действующее законодательство, а в случаях законодательных пробелов становится первым источником права³¹⁸.

Своеобразно положение обычая в итальянском праве. Он официально признаётся источником права, действуя *secundum legem* и *praeter legem*. Но возможны ситуации, когда обычай занимает положение *contra legem*, например, в навигационном праве морской обычай

³¹⁶ МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права <...>*, с. 563–564.

³¹⁷ ЦВАЙГЕРТ, К.; КЁТЦ, Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права*. В 2 т. Т. 1. Москва, 1995, с. 165.

³¹⁸ *Правовые системы стран мира*: Энциклопедия. Москва, 2003, с. 235, 310, 574, 897.

превалирует над нормой Гражданского Кодекса³¹⁹. Следует отметить, что в Италии законодательно (в Общих положениях о законе, которые предпосланы тексту Гражданского Кодекса Италии) установлена иерархия источников права (законов, подзаконных актов и обычаев), дана их характеристика, правила толкования любых законов³²⁰.

Общее швейцарское обычное право уступает конфедеративному гражданскому законодательству. В вопросах восполнения пробелов, связанных с применением обычаев, весьма деятельное участие принимает суд. Согласно ст. 1, абз. 2 Швейцарского гражданского кодекса в случае отсутствия соответствующих норм в законе, судья обязан принимать решение в соответствии с обычным правом³²¹. Обычное право вступает в действие не только для восполнения пробелов, но также в ситуациях прямой отсылки к нему в законе. В швейцарской правовой доктрине признаётся дерогирующая сила обычного права, но ей не придаётся правовой характер, в правовом государстве она должна отрицаться³²². Кроме того, в Швейцарии законодательно не определенная или определенная не полностью область права преднамеренно была оставлена для регулирования местными правовыми обычаями в целях сохранения самобытности кантонов³²³.

В австрийской системе права обычай может приниматься во внимание только в тех случаях, на которые указывает закон (§ 10 Общего

³¹⁹ ПОПОВ, Н. Ю. *Правовая система Италии*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 1984, с. 16, 18.

³²⁰ *Правовые системы стран мира*: Энциклопедия. Москва, 2003, с. 325.

³²¹ *Das Zivilgesetzbuch*. Schweizerische Eidgenossenschaft. Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft. [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/a1.html>>.

³²² *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*. Bd. 1. Einleitung und Personenrecht. Bern, 1962, s. 143.

³²³ ЦВАЙГЕРТ, К.; КЁТЦ, Х. *Введение в сравнительное правоведение <...>*, с. 267.

Австрийского Гражданского Уложения)³²⁴.

Французская система права допускает действие правовых обычаев в случаях прямой отсылки к ним во Французском Гражданском Кодексе и подразумеваемой отсылки, последняя означает дополнение обычаем содержания закона. В сфере торгового оборота, банковской деятельности, страхования обычай действует независимо от закона, восполняя законодательные пробелы. Доктрина и практика допускают противоречие обычая закону, отступление его как от диспозитивных, так и от императивных норм, что способно привести к изменению закона³²⁵.

Относительно ограниченную роль правовой обычай играет в Германии, Нидерландах. Статья 2 Вводного Закона к Германскому гражданскому кодексу объявляет законом любую правовую норму в смысле кодекса и Вводного Закона³²⁶, тем самым формально и норму обычного права (*das Gewohnheitsrecht*). В немецкой доктрине под законом, которым обязан руководствоваться суд в соответствии с § 1 Закона «О судостроительстве», понимается кроме федеральных законов, права Европейского Союза, ратифицированных международных договоров, также обычное право³²⁷. Его действие прекращается предписанием закона или иным, противоречащим ему, обычным правом³²⁸. При этом следует отметить, что ст. 2 Вводного Закона к

³²⁴ Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Bundeskanzleramt. Rechtsinformationssystem. [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>> .

³²⁵ *Гражданское и торговое право капиталистических государств* / отв. ред. Е. А. Васильев. Москва, 1992, с. 41; ЖЮЛЛИО ДЕ ЛА МОРАНДЬЕР, Л. *Гражданское право Франции* <...>, с. 124–125.

³²⁶ Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bundesministerium der Justiz. Juris. [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://bundesrecht.juris.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG000103377>>.

³²⁷ *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*. Kommentar. Bd. 1. München, 1989, s. 2188.

³²⁸ *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd. 1. München, 1989, s. 5.

Германскому гражданскому кодексу неоднократно использовалась судебной практикой для обоснования обычаев, противоречащих закону³²⁹.

В правовой системе Нидерландов нормы обычного права имеют характер дополнительных источников права, следующих за международными правовыми актами, законодательством, судебными прецедентами. Нормы обычного права предшествуют только такому правовому источнику как правовая доктрина. Действие обычая не ограничивается только торговым правом, оно распространяется также и на парламентскую систему. Например, один из главных её принципов – «министры не могут оставаться в должности, если они утратили доверие Парламента» – не закреплён в писаной Конституции и является обычаем, утвердившимся в 1867 г.³³⁰.

Обычай признаётся источником права также в системе англосаксонского права. Играя значительную роль в системе права англоязычных стран в ранний период её становления, в настоящее время правовой обычай менее значим. Тем не менее, он оказывает влияние на правовое регулирование в некоторых областях, например, торгового мореплавания, торгового оборота, местного самоуправления, конституционного процесса, при установлении некоторых основополагающих правовых принципов³³¹.

Таким образом, в системах права ряда стран правовой обычай в целом исполняет роль субсидиарного источника права, в иерархической

³²⁹ *Гражданское и торговое право капиталистических стран* / под ред. Д. М. Генкина. Москва, 1949, с. 47; *Гражданское и торговое право капиталистических государств* / отв. ред. К. К. Яичков. Москва, 1966, с. 21.

³³⁰ *Правовая система Нидерландов* / отв. ред. В. В. Бойцова, Л. В. Бойцова. Москва, 1998, с. 22, 23, 27, 28, 30.

³³¹ МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права* <...>, с. 594, 604; ДЖИФФОРД, Д. Дж., ДЖИФФОРД, К. Х. *Правовая система Австралии*. Москва, 1988, с. 38; ШУМИЛОВ, В. М. *Правовая система США*. Москва, 2003, с. 132; РОМАНОВ, А. К. *Правовая система Англии* <...>, с. 180, 186–189.

системе форм права следуя за законом, обладая меньшей юридической силой. В некоторых отраслях права (торговом, банковском, семейном, наследственном праве, торговом мореплавании) правовой обычай предстаёт вполне самостоятельным источником права, в некоторых вопросах иерархически предшествуя закону. Помимо этого, в регионах отдельных государств с сильными традициями местного обычного права правовой обычай имеет большую юридическую силу в сравнении с законом.

Обычай традиционно является одним из основных источников в международном частном праве. В международном частном праве порядок устранения коллизий между источниками права не ограничивается только известными коллизионными нормами (закон места нахождения вещи, закон места совершения сделки и т.д.), а основывается также на иерархии источников, в которой обычаю отведено определённое место. Источники международного частного права носят двойственный характер – они подразделяются на международные (договоры, обычаи) и внутригосударственные (законы, обычаи, судебные прецеденты). В последовательности расположения источников международного частного права обычай уступает международным договорам, национальному законодательству, судебным прецедентам, несмотря на то, что в данной сфере права он играет существенную роль. Вопрос о применении обычаев разрешается на основе положений международного договора и тех норм применимого права (законодательства страны, подлежащего применению к отношениям сторон), которые отсылают к обычаям. Автономия воли сторон подчиняет обычай договору – он применяется тогда, когда это обусловлено в договоре. Обычай может быть также применён независимо от воли сторон при наличии пробелов в договоре (ст. 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.) и применимом праве, если обращение к обычаю вытекает из характера

соглашения³³². Таким образом, при регулировании гражданско-правовых отношений, возникающих в международной жизни, иерархическое положение правового обычая сохраняется таким же, как и в национальных системах права.

2.3. Правовой обычай в российской национальной правовой системе

Базовый принцип иерархии источников права, основанный на подчинении конкретных норм общим, присущ также российской системе права. Несмотря на принцип верховенства закона, распространяющий свое действие на всю систему права России (п. 2 ст. 4 Конституции Российской Федерации)³³³, правовой обычай не исключается ни доктриной, ни практикой. Так, в конституционном праве правовые обычаи официально не признаны, но на их основе формируются взаимоотношения между ветвями власти; парламентские процедуры, например, процедура голосования; деятельность парламентских комитетов, комиссий, фракций, групп³³⁴.

В качестве примера конституционного обычая можно сослаться на сложившуюся в 1994–98 г.г. практику, согласно которой Президент Российской Федерации может представлять Государственной Думе как одну и ту же кандидатуру Председателя Правительства Российской Федерации, так и кандидатуры разных лиц, поскольку п. 2 ст. 111 Конституции Российской Федерации не указывает – должна представляться одна кандидатура или кандидатуры разных лиц. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11.12.1998 «По делу о толковании ч. 2 ст. 111 Конституции Российской Федерации».

³³² БОГУСЛАВСКИЙ, М. М. *Международное частное право* <...>, с. 46, 71; *Международные торговые обычаи* / под ред. М. В. Нестерова, К. К. Бахтова. Москва, 1958, с. 8–10.

³³³ *Конституция Российской Федерации* (принята всенародным голосованием 12.12.1993). Российская газета. 2009, 21 января, № 7.

Федерации» подтвердило эту обычную практику и тем самым её правовой характер. Конституционные обычаи складываются в процессе осуществления государственной власти на основе конституционных (законодательных) положений³³⁵. Вместе с тем, по мнению отдельных авторов, такой источник права, как обычай недооценивается Государственной Думой Российской Федерации в ее законодательной деятельности, в отличие от парламента Франции или бундестага ФРГ³³⁶. Конституционные обычаи не могут противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам.

В системе гражданского права правовой обычай (обычай делового оборота) подчинён закону, под которым понимается Гражданский Кодекс Российской Федерации и принятые согласно с ним федеральные законы (п. 2 ст. 3 Гражданского кодекса Российской Федерации). Для выражения иерархической зависимости источников права законодателем используются специальные правовые формы – логико-лингвистические конструкции, формулировки. В частности, к ним относятся прямое указание закона на недопустимость противоречия между источниками права, установление обязательности одних источников перед другими³³⁷. Обычай зависим не только от закона, но и от соглашения сторон, что определяется общей нормой, содержащейся в п. 1 ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации. В п. 2 ст. 5 Гражданского кодекса

³³⁴ КОЛЕСНИКОВ, Е. В. *Источники российского конституционного права*. Саратов, 1998, с. 184.

³³⁵ *Конституция Российской Федерации. Комментарий* / под общ. ред. Б. Н. Топорнина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. Москва, 1994, с. 482; ОВСЕПЯН, Ж. И. Соотношение конституционного и обычного права в РФ Из *Обычное право России : проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на Дону. 1999, с. 281–289.

³³⁶ СИВКОВ, А. Л. Альтернативные источники парламентских процедур (практика, обычай, прецедент, толкование регламента). *Государство и право*, 2004, № 11, с. 82–84.

³³⁷ ТОЛСТИК, В. А. *Иерархия источников российского права*. Нижний Новгород, 2002, с. 112–118.

Российской Федерации не допускается применение обычаев, противоречащих императивным нормам законодательства или договору.

К статьям, которые отсылают к обычаям делового оборота и задают вышеуказанную иерархию, относятся ст.ст. 309, 311, 312, 314, 315, 316, 406, п. 1 ст. 452³³⁸, п. 2 ст. 474, ст. 478, п. 1 ст. 508, п. 1 ст. 510, п. 2 ст. 513, п. 2 ст. 724, ст. 992, ст. 1006 Гражданского кодекса Российской Федерации³³⁹. Так, в ст. 309 Гражданского кодекса Российской Федерации закреплён принцип надлежащего исполнения обязательств, согласно которому обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства, законом, иными правовыми актами. Если условия исполнения не определены законом, не урегулированы договором, то следует руководствоваться обычаями делового оборота. В некоторых специальных нормах Гражданского кодекса Российской Федерации, например, в п. 2 ст. 474, в схему подчинения обычая закону и договору добавляются ещё иные нормативные акты (Указы Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации, правовые акты, принятые отраслевыми органами исполнительной власти (п. 3–7 ст. 3 Гражданского кодекса Российской Федерации)). Анализ приведённых статей показывает, что в гражданском праве обычая отводится роль средства, восполняющего пробелы в законе, иных правовых актах и договоре. Законодатель принимает во внимание многовариантность гражданско-правовых отношений, наличие в них существенных особенностей, которые могут быть вызваны разными факторами, и поэтому в интересах стабильности гражданского оборота допускает менее абстрактное правовое регулирование на основе обычаев делового оборота.

³³⁸ Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 № 51–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

³³⁹ Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 26.01.1996 № 14–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.01.1996, № 5, ст. 410.

В соотношении обычаев друг с другом и в соотношении обычаев и диспозитивных норм закона проявляется второй принцип иерархии источников права. Суть его заключается в том, что специальные нормы, обладающие равной юридической силой с более общими нормами, превалируют над последними. В специальных нормах, которые содержатся в статьях Гражданского кодекса Российской Федерации, регулирующих отношения в банковской сфере (п. 1 ст. 836, ст. 848, п. 1 ст. 862, п. 3 ст. 867, п. 2 ст. 874)³⁴⁰ обычай делового оборота ставится ещё в зависимость и от банковских правил. Основой формирования банковских правил служат Письма Центрального Банка России. Правоприменительная практика ориентируется на установленный приоритет банковских правил перед обычаями делового оборота. Так, в одном из дел, рассматриваемых в арбитражном суде, при разрешении спора суд применил банковские правила, не приняв во внимание ссылки истца на обычаи делового оборота³⁴¹. Банковские правила зачастую рассматриваются как обычаи делового оборота, поэтому по своей юридической силе они равны иным обычаям делового оборота. Но для предупреждения правовых коллизий в процессе правоприменения законодательно предлагается осуществлять выбор в пользу банковских правил.

Особый интерес представляет иерархическое соотношение обычая и диспозитивной законодательной нормы. Пунктом 5 ст. 421 Гражданского кодекса Российской Федерации предусмотрено применение к отношениям сторон обычаев делового оборота, если условие договора не определено сторонами или диспозитивной

³⁴⁰ Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 26.01.1996 № 14-ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.01.1996, № 5, ст. 410.

³⁴¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15.01.1999 № 39 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчётов». *Хозяйство и право*, 1999, № 5, с. 86.

нормой³⁴². Однако это правило само по себе представляет собой диспозитивную норму, поэтому от него возможны отступления. К таковым относятся ст.ст. 311, 312, 314–316, п. 1 ст. 406, ст. 438, п. 1 ст. 452, п. 2 ст. 459, п. 1 ст. 508, п. 1 ст. 510, п. 2 ст. 724, ст. 1006 Гражданского кодекса Российской Федерации. Данные статьи содержат диспозитивные нормы, которые иерархически уступают обычаю делового оборота. Так, п. 1 ст. 452 Гражданского Кодекса Российской Федерации устанавливает идентичность формы изменения или расторжения договора форме самого договора, если из закона, иных правовых актов, договора или обычаев делового оборота не вытекает иное³⁴³. Более конкретные обычно-правовые нормы получают приоритет над более общими диспозитивными законодательными нормами.

Говоря о роли обычая в сфере гражданского права и его положении по отношению к договору, следует отметить следующие два момента. 1) Принцип свободы волеизъявления сторон подчиняет правовой обычай договору. При определении условий договора стороны самостоятельно решают вопрос о применении к их отношениям обычаев делового оборота, так как последний представляет собой диспозитивную норму. Но и в тех случаях, когда стороны по каким-либо причинам умалчивают об обстоятельствах, определяемых обычаями делового оборота, последние могут оказывать влияние на установление содержания договора. Например, в процессе толкования договора при установлении общей воли сторон судом принимаются все соответствующие обстоятельства, в том числе и обычаи делового оборота (ст. 431 Гражданского кодекса Российской Федерации). 2) В вопросе изменения или расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств, при наличии коллизий между положениями договора и

³⁴² Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 № 51–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

³⁴³ Гражданский Кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 № 51–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.

обычая делового оборота о том, несёт ли заинтересованная сторона риск изменения обстоятельств или нет, приоритет получает обычай делового оборота (п. 2 ст. 451 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Указания на обычай не ограничиваются только Гражданским кодексом – Кодексом торгового мореплавания Российской Федерации также предполагается регулирование правоотношений обычаем. В Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации обычай делового оборота поставлены в зависимость от закона, иных правовых актов Российской Федерации и договора (согласно п. 1 ст. 138 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации перевозчик имеет право перевозить груз на палубе только в соответствии с соглашением между перевозчиком и отправителем, законом или иными правовыми актами Российской Федерации, либо обычаями делового оборота; п. 2 ст. 285 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации)³⁴⁴. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации содержит ссылки на обычаи портов. Принцип свободы договоров в вопросе правового регулирования подчиняет обычаи портов соглашению сторон (ст. 129–132 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации). При этом особый акцент делается на обычаях иностранных портов, например, при удостоверении обстоятельств, могущих служить основанием для ответственности участников морской перевозки груза (п. 1 ст. 402 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации). С нарушением обычаев торгового мореплавания о перевозке грузов Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации связывает определённые юридические последствия: не признаётся общей аварией стоимость выброшенного за борт судна груза, перевозимого не в соответствии с обычаями торгового мореплавания (п. 2 ст. 297 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации). Таким образом, и в Кодексе

³⁴⁴ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации: федер. закон от 30.04.1999 № 81–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 03.05.1999, № 18, ст. 2207.

торгового мореплавания Российской Федерации обычаи применяются при отсутствии юридического разрешения определённого вопроса в законе и в соглашении сторон.

Ссылки на обычаи делового оборота в отечественном законодательстве содержатся также в иных нормативно-правовых актах. Так, ст. 252 Налогового Кодекса Российской Федерации³⁴⁵ допускает, что документы, подтверждающие расходы организации при исчислении налога на прибыль, могут оформляться в соответствии с обычаями делового оборота. Пункт 11 ст. 46 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном Банке РФ (Банке России)»³⁴⁶, устанавливая круг полномочий Банка России, указывает, что им могут осуществляться операции и сделки в соответствии с обычаями делового оборота, принятыми в международной банковской практике. При определении оснований и размера ответственности членов совета директоров, единоличного исполнительного органа и членов коллегиального исполнительного органа акционерного общества законодатель предлагает принять во внимание обычные условия делового оборота (п. 3 ст. 71 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»)³⁴⁷.

Помимо обычаев, действующих в предпринимательстве, законодательство Российской Федерации признаёт обычаи, выходящие за рамки этой сферы – местные и национальные. Так, ст. 221 Гражданского кодекса Российской Федерации ссылается на местный обычай в вопросе обращения в собственность общедоступных для сбора вещей. Подпункт 7 п. 3 ст. 23 Земельного кодекса Российской Федерации³⁴⁸ также указывает на местный обычай при установлении сроков публичного сервитута.

³⁴⁵ Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 05.08.2000 № 117-ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 07.08.2000, № 32, ст. 3340.

³⁴⁶ *Собрание законодательства Российской Федерации*, 15.07.2002, № 28, ст. 2790.

³⁴⁷ *Собрание законодательства Российской Федерации*, 01.01.1996, № 1, ст. 1.

Пункт 1 ст. 19 Гражданского кодекса Российской Федерации, определяя, что имя гражданина включает фамилию, собственно имя и отчество, допускает возможность иного в законе или национальном обычае. Статья 58 Семейного кодекса Российской Федерации ³⁴⁹ и п. 4 ст. 18 Федерального закона от 15.11.1997 № 143–ФЗ «Об актах гражданского состояния»³⁵⁰, со ссылкой на национальный обычай, допускают исключение из общего правила, согласно которому отчество присваивается ребенку по имени отца.

Необходимость создания правовой основы, отвечающей потребностям определённых этнических групп нашла отражение в ряде законов, например, в Федеральном законе Российской Федерации от 17.06.1996 № 74–ФЗ «О национально-культурной автономии», ст. 2 которого среди прочих принципов существования национально-культурной автономии указывает на необходимость уважения традиций и обычаев граждан различных этнических общностей³⁵¹. Правовое регулирование отношений в области образования, охраны и использования территорий традиционного природопользования может осуществляться обычаями малочисленных народов, если такие обычаи не противоречат законодательству Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (ст. 2 Федерального закона от 07.05.2001 № 49–ФЗ «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ»)³⁵². Обычаи малочисленных народов, не противоречащие законодательству Российской Федерации, также могут приниматься во внимание при рассмотрении в судах дел, в которых лица, относящиеся к

³⁴⁸ Земельный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 25.10.2001 № 136–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.10.2001, № 44, ст. 4147.

³⁴⁹ Семейный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 29.12.1995 № 223–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 01.01.1996, № 1, ст. 16.

³⁵⁰ *Собрание законодательства Российской Федерации*, 1997, № 47, ст. 5340.

³⁵¹ *Собрание законодательства Российской Федерации*, 1996, № 25, ст. 2965.

³⁵² *Собрание законодательства Российской Федерации*, 2001, № 20, ст. 1972.

малочисленным народам, выступают в качестве истцов, ответчиков, потерпевших или обвиняемых (ст. 14 Федерального закона от 30.04.1999 № 82–ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов РФ»)³⁵³. Ссылка на этнические обычаи преследует своей целью достижение оптимального сочетания интересов государства и национальных интересов граждан в вопросах природопользования, охраны окружающей среды, выбора форм их национально-культурного развития.

2.4. Решение проблемы юридической коллизии с участием правового обычая

Характеризуя перечисленные законодательные нормы, отсылающие к обычаям, следует отметить, что благодаря им осуществляется переход от общей нормы закона к конкретной норме правового обычая. Тем самым обеспечивается системная связь между законом и обычаем. В то же время данные нормы носят коллизионный характер. В предлагаемом для формирования коллизионном праве коллизионные нормы классифицируются следующим образом: материальные предметные нормы, определяющие права, обязанность и ответственность субъектов права; нормы-принципы, нормы-приоритеты, нормы-доминанты, нормы-запреты, нормы-предпочтения, нормы-санкции³⁵⁴. Норма, содержащаяся в п. 2 ст. 4 Конституции Российской Федерации, представляет собой норму-принцип. Коллизионные нормы в Гражданском кодексе Российской Федерации, Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации, иных законодательных актах, содержащие указания на обычаи, являются нормами-доминантами, нормами-запретами, нормами-приоритетами, материальными предметными нормами. Реализация вышеназванных коллизионных норм, из которых следует иерархия

³⁵³ *Собрание законодательства Российской Федерации*, 1999, № 18, ст. 2208.

³⁵⁴ ТИХОМИРОВ, Ю. А. *Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие*. Москва, 2000, с. 50.

источников права, предполагает нормативно установленный порядок преодоления противоречий (коллизий и конфликтов)³⁵⁵ между законом и обычаем – иерархическую процедуру. Иерархия источников права обеспечивает их согласованность и системную связь. Вместе с другими коллизионными процедурами она упорядочивает систему права, поддерживает её в функциональном равновесии.

Юридическая коллизия, с одной стороны, имеет правовой аспект (столкновение источников права, расхождения в применении норм, различия в толковании), с другой стороны, она связана с иными противоречиями (межнациональными, экономическими, политическими). Юридическая коллизия способна явиться причиной возникновения различных конфликтов. Но может стать производной от противоречий и конфликтов в иных сферах общественной жизни. Источник юридических коллизий кроется в неодинаковом понимании права, в котором отражаются правовые взгляды, идеологические воззрения, уровень правосознания, отношение к праву. Вместе с тем на возникновение коллизий серьёзное влияние оказывают социально-культурные и экономические основы общества, психология участников отношений, психология народа и уклад его жизни³⁵⁶.

Иерархической процедурой механизм предотвращения и разрешения противоречий между указанными источниками не ограничивается. С данной целью используются также судебные процедуры, третейское разбирательство. В рамках коллизионного права в коллизионных и конфликтных ситуациях предлагается применять такие процедуры, как переговоры, согласительные процедуры (создание

³⁵⁵ В рамках коллизионного права юридическую коллизию предлагается рассматривать как противоречие между существующим правовым порядком и намерениями и действиями по его изменению. Конфликт следует рассматривать как высшую точку противоречий, как коллизию с наиболее острым противоборством сторон, когда система права подвергается отторжению. См.: ТИХОМИРОВ, Ю. А. *Коллизионное право* <...>, с. 43–44.

³⁵⁶ Там же, с. 44, 66–69.

паритетных, согласительных комиссий), управленческие процедуры³⁵⁷, которые в полной мере не используются в российской системе права. Вместе с тем потенциал переговоров и согласительных процедур для устранения противоречий между законом и обычаем весьма значителен, особенно применительно к этническим обычаям.

Интересен опыт Канады, где выработан механизм примирения интересов коренного населения и государства. Право коренного населения, основанное на обычае, до его осуществления должно быть доказано, как правило, в суде. Если правительству Канады удаётся доказать обоснованность своих действий, ущемляющих права аборигенов, то право аборигенов уступает. В противном случае закон, вызвавший нарушение права коренного населения, может быть упразднён. Для разрешения противоречий используются не только судебные, но также согласительные процедуры, например, в тех областях, где интересы аборигенов, поддержанные обычным правом, могут противостоять интересам федерального или территориального правительства, промышленного развития. В подобных случаях учреждаются органы совместного управления с равным представительством обеих сторон, которые часто выполняют и консультативно-юридическую функцию³⁵⁸.

Коллизионные процедуры являются составной частью подвижных режимов предотвращения и устранения коллизий. Данные режимы состоят из следующих элементов: легальное признание коллизий; точное определение участников отношений, возникающих в коллизионных процессах и ситуациях; регулирование видов юридических коллизий; установление легальных процедур разрешения коллизий; наличие

³⁵⁷ ТИХОМИРОВ, Ю. А. *Коллизионное право* <...>, с. 115–119.

³⁵⁸ ЛОПУЛЕНКО, Н. А. *Опыт автономии в канадской Арктике – Нунавут*. Москва, 2004. (Исследования по прикладной и неотложной этнологии. Док. № 170), с. 15, 17.

управомоченных органов для предотвращения и устранения коллизий; нормативные и правозащитные меры преодоления коллизий³⁵⁹.

Для преодоления противоречий между законом и обычаем, в пределах указанного правового режима, необходимо также собирать информацию о практике их реализации, подвергать её анализу; объективно оценивать неодинаковые правовые позиции участников коллизионной ситуации, выразившейся в столкновении закона и обычая. В процессе применения обычаев зачастую требуются специальные знания, поэтому в познавательных целях полезно документально фиксировать правовые обычаи, принципы и приоритеты обычного права. Теоретические и прикладные знания о правовом обычае представляют собой эффективный механизм правового режима предотвращения и устранения коллизий. Например, современными антропологами предлагается разработать совместно с юристами принципы обычного права коренных малочисленных народов, которые должны закрепить наиболее общие, важные традиции нормативной культуры этих народов³⁶⁰. Отсутствие понимания особенностей этнических обычаев, их значения может привести к принятию необоснованных судебных актов и затруднить реализацию законодательных норм-отсылок к обычаям, что, к сожалению, подтверждает уже имеющаяся правоприменительная практика³⁶¹. Подобные предложения помогут снизить риски возникновения коллизий между законом и обычаем.

Для правовых режимов предотвращения и разрешения коллизий существенное значение имеет комплекс используемых средств – взаимное информирование сторон по спорным вопросам, уведомление,

³⁵⁹ ТИХОМИРОВ, Ю. А. *Коллизионное право* <...>, с. 144–145.

³⁶⁰ НОВИКОВА, Н. И. Обычное право народов Севера: возможности и ограничения государственной правовой системы. *Этнографическое обозрение*. 2005, № 5, с. 6–7, 11.

³⁶¹ НОВИКОВА, Н. И.; ЯКЕЛЬ, Ю. Б. *Судебная защита права на традиционное природопользование: антрополого-правовые аспекты*. Москва, 2006. (Исследования по прикладной и неотложной этнологии. Док. № 189), с. 3–21.

ведение переговоров, взаимные компромиссы, государственные санкции, использование коллизионных процедур³⁶² (судебных, посреднических, иерархических). В концепции правового плюрализма представлены как возможные следующие средства преодоления противоречий между обычаем и законом: 1) отрицание обычая, например, предложение законодательных норм, противоречащих обычаю; 2) признание обычая, выражающееся, например, в требовании применения обычая; 3) одобрение и инкорпорация части обычно-правовых норм; 4) комбинация названных альтернатив применительно к конкретной ситуации³⁶³. Ликвидация коллизии между обычаем и законом может потребовать изменения содержания закона или его отмены, запрета обычая.

Развитие такого института гражданского общества, как местное самоуправление, также способно снизить риски возникновения противоречий между законом и обычаем, так как самоуправление предоставляет наибольшие перспективы для развития обычного права, прежде всего, этнического. Показателен в этом отношении зарубежный опыт. В 70-х г.г. XX в. попытки государств, имеющих северные территории с коренным населением, интегрировать его в гражданское общество путём сглаживания национальной самобытности, основанной, в том числе, и на правовых обычаях, привели к росту напряжённости и конфликтам. Для разрешения данной проблемы в указанных государствах были приняты специальные законы, наделявшие коренные народы правами самоуправления, правом коллективной собственности на землю, пользования живой и неживой природой, что позволило им вести традиционное хозяйство и сохранить их культуру. Кроме этого, особый правовой статус коренного населения обеспечивает их плавное вхождение в непривычные социально-экономические отношения,

³⁶² ТИХОМИРОВ, Ю. А. *Коллизионное право* <...>, с. 154.

³⁶³ ВУДМАН, Г. Теория права, антропология и правовой плюрализм Из *Обычное право и правовой плюрализм* / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 1999, с. 17–18.

пришедшие извне³⁶⁴, соблюдение баланса экосистемы в северных территориях. Отношения традиционного природопользования регулируются законодательством и обычаями коренных народов. Данное раздвоение может привести к столкновению правовых норм и интересов сторон, что отчётливо проявляется в проблеме права собственности коренных народов на землю. Для предотвращения социальных и юридических противоречий в Канаде при отводе земель аборигенам принимаются во внимание как интересы самих аборигенов, так и федеральные, территориальные, частные интересы³⁶⁵. Как было указано ранее, возможности для реализации коренными малочисленными народами их обычаев в рамках модели местного самоуправления заложены и в российском законодательстве.

Проблему противоречия закона и обычая можно интерпретировать как нравственную в терминах и понятиях этики, поскольку нравственность является активно действующим фактором в социальной регуляции. Она задаёт единые ценностные ориентиры для права, морали, политики, настраивая их на единое понимание добра, зла, совести, справедливости, долга, блага³⁶⁶. «Там, где общественный строй гармоничен, а механизм регулирования общественной жизни действует слаженно и чётко, позитивность или негативность отдельного явления подлежит многократному подтверждению с точки зрения большинства или даже всех ценностных критериев, выработанных в сферах морали, политики, права. Иначе говоря, то, что законно, вместе с тем является морально добрым и честным, политически целесообразным и успешным»³⁶⁷.

Однако, вероятны несовпадения моральных, правовых, политических оценок. Так как нормативно-регулятивные системы имеют

³⁶⁴ ЛОПУЛЕНКО, Н.А. *Опыт автономии <...>*, с. 4–5.

³⁶⁵ Там же, с. 16.

³⁶⁶ МАЛЫЦЕВ, Г. В. *Нравственные основания права*. Москва, 2008, с. 40, 46.

³⁶⁷ Там же, с. 44.

единый ценностный масштаб, данный им нравственностью, можно говорить о том, что противоречие возникает вследствие изъянов ценностного критерия только в одной из систем. При определении того, в какой именно системе имеются недостатки, следует установить, насколько мораль, право, политика как социальные регуляторы обеспечивают социальный и нравственный прогресс общества³⁶⁸.

Если вернуться к нормам-отсылкам в российском законодательстве, допускающим учёт обычаев и традиций коренных малочисленных народов, то можно утверждать, что право, политика, мораль единогласны в необходимости особого правового статуса коренных народов. Этические понятия долга, совести обязывают государство и гражданское общество принимать на себя ответственность за судьбу малочисленных народов. В данном случае правом охраняются социальные отношения, основанные на моральной обязанности взаимопомощи. В результате моральная обязанность поддержки и помощи более слабого преобразовывается в юридическую, что способствует достижению солидарности в масштабе государства и гражданского общества. По этой причине высказываемые зачастую сомнения в правильности предоставления коренному населению особого правового статуса и создания привилегированных условий для сохранения их культуры неоправданны, тем более, что особенными политическими правами коренное население ни в одной стране не наделяется, государственная доминанта в управлении сохраняется.

Иногда отмечается, что учёт в правовом регулировании правового обычая, в частности, этнического правового обычая, может привести к социальному конфликту и к развалу государства. Отсюда следует вывод о возможности функционирования обычая только в моноэтнических обществах и в обществах, находящихся на стадии перехода к

³⁶⁸ МАЛЫЦЕВ, Г. В. *Нравственные основания права* <...>, с. 44–45.

государственности³⁶⁹. С данной точкой зрения трудно согласиться. Правовой обычай, регулирующий определённые общественные отношения, участвует в формировании социальной идентификации субъектов. Социологические исследования показывают, что чёткая идентификация способствует межличностной и межгрупповой солидарности, толерантности и снижает риск социальных конфликтов. Отсутствие ясной идентификации создаёт почву для девиантного поведения.

Вместе с тем, актуализация какой-либо идентичности – религиозной, этнической может как укреплять, так и разрушать толерантность и солидарность в обществе. В период социальных изменений актуальность принимают конфессиональное и этническое самоопределение, в противовес ослаблению гражданской идентичности. Низкий уровень гражданской идентификации в обществе приводит к дисбалансу идентичностей, гиперболизирует этническую и религиозную идентичности. От этого дисбаланса слабеет взаимодействие между государством и гражданским обществом. Выход из данной ситуации видится в развитии социально-экономического и политического активизма граждан³⁷⁰.

Правовой обычай не является причиной изложенной поляризации общества, он аккумулирует противоречивые тенденции трансформационных процессов в социуме и отражает их. Как форма выражения содержания права он транслирует происходящее в общественных отношениях. Насколько полезное воздействие на общество оказывает правовой обычай, зависит и от того, какие цели с его помощью намереваются достичь. В этом смысле правовой обычай мало чем отличается от закона – используемый в недобросовестных

³⁶⁹ СВЕЧНИКОВА, Л. Г. *Обычай в правовой системе народов Северного Кавказа в XIX в.* Ставрополь, 2004, с. 213.

³⁷⁰ ГУБОГЛО, М. Н. *Мобильность и мобилизация.* Москва, 2002. (Исследования по прикладной и неотложной этнологии. Док. № 150), с. 22–30.

политических целях закон также может «сослужить недобрую службу». Поэтому роль правового обычая в системе права не должна принижаться. Формирование высокой культуры активизма, способности граждан к самоорганизации способно восстановить идентификационный баланс различных социальных групп, готовность граждан к солидарности и коллективным действиям. Особую актуальность в повышении самоорганизации общества принимает правовой обычай, который, как указывалось, способствует социальной идентификации. В итоге положение закона и обычая в системе права также будет сбалансировано.

Перечень источников права, их определения, принципы построения иерархической системы права на уровне источников, чёткая регламентация оснований возникновения возможных противоречий между законом и обычаем, коллизионные нормы, указание юридических приоритетов, процедуры разрешения противоречий между источниками, определение компетенции тех органов государственной власти и общественных институтов, которые полномочны разрешать противоречия между законом и обычаем, должны получить подробную законодательную регламентацию, в том числе в специальном законе «Об источниках права в Российской Федерации». Его отсутствие снижает эффективность правового регулирования в нашей стране, поскольку определение правового обычая на отраслевом уровне (определение обычая в Гражданском кодексе Российской Федерации) явно недостаточно для достижения указанной цели.

В заключение следует ещё раз подчеркнуть, что современная система права не исключает противоречий между законом и правовым обычаем, которые могут послужить препятствием для реализации обычая. Одним из способов устранения и предотвращения противоречий в системе права является принцип иерархичности формальных источников права, в соответствии с которым обычай занимает подчиненное положение по отношению к закону. Иерархия источников права наряду с другими коллизионными процедурами (судебными,

третейскими, переговоры, соглашения) обеспечивает системную связь между правовым обычаем и законом, поддерживает систему права в функциональном равновесии. Присутствие в правовом регулировании правовых обычаев, участвующих в социальной идентификации субъектов, способствует формированию солидарности в обществе и снижению социальных конфликтов.

ВЫВОДЫ

На основе полученных в процессе данного исследования результатов можно сформулировать следующие выводы:

1. Сущность правового обычая диалектически противоречива, её основу составляют отрицательное единство противоположных друг другу повторяющихся действий и убеждений в их необходимости. Это необходимо принимать во внимание при оценке значимости правового обычая в системе права, его роли в правовом регулировании, в ходе обновления и совершенствования источников права.
2. Внутреннее противоречие правового обычая способствовало тому, что правовой обычай перешёл в закон. В действительности правового обычая заключена возможность возникновения закона. Обычай и закон создают отрицательное единство, поэтому их совместное существование в государстве – возможность для каждого из них полноценно реализоваться. Понимание данного обстоятельства будет способствовать правильному расставлению акцентов при разрешении спорных проблем соотношения закона и обычая, выработке необходимых ориентиров развития системы источников права.
3. Свойства правового обычая условно можно разделить на две группы. Первую группу составляют признаки, определяемые онтологической сущностью правового обычая, – единство действий и убеждения в их необходимости, повторяемость, однородность (единообразие), продолжительность (долговременность, распространённость), определённость, локальность. Ко второй группе принадлежат общие для всех форм права признаки – общественная значимость, общеобязательность, нормативность, санкционированность, формальная

определённость. Указанные свойства не изолированы друг от друга, свойства первой группы преломляются в свойствах второй группы по принципу тождества внешнего и внутреннего. Внешнее правового обычая – это его бытие как формы права, внутреннее – форма его сущности. Перечисленные качественные определённости правового обычая сообщают ему правовой статус, общественный авторитет, в связи с чем государственное санкционирование правового обычая является его потенциальным свойством, включённым не в сущность, а в содержание обычая.

4. Важным вопросом в исследовании правового обычая является механизм его действия. Исключительно в юридическом аспекте он обладает следующими характеристиками – включает в себя два цикла (возникновения и реализации), носит процедурный характер, предполагает известные теории формы реализации обычая (использование, соблюдение, исполнение, применение), включает методы убеждения и принуждения.
5. С позиции системного подхода механизм действия правового обычая представляет собой самоорганизующуюся систему, цель которой заключается в сохранении необходимых для социальной стабильности общественных отношений, а также в содействии развитию новых общественных отношений. Преобладание коллективного начала в данном механизме усиливает его целостность, внутреннее единство. Его нормальное функционирование определяется влиянием психологической составляющей, соотносимой с правосознанием и правовой культурой, санкциями, легитимацией, внешними связями с другими правовыми системами (правопорядка, законности).
6. Правовой обычай, обладая признаком системности, входит в систему высшего порядка – систему права. Единство действий и решений системы права не исключает противоречий между её элементами – законом и обычаем. В современной системе права

реализация правового обычая может столкнуться с силой закона. Одним из способов предотвращения и устранения противоречий между источниками права является иерархичность. Но кроме принципа иерархичности для достижения стабильности системы права и эффективности правового регулирования должны активнее использоваться также иные коллизионные процедуры, создаваемые правовым режимом предотвращения коллизий между законом и обычаем. Составные элементы указанного режима, его участники, цели и принципы должны получить подробную законодательную регламентацию в российском праве.

7. Принимая во внимание, что источник эффективности правового обычая заключается в общественном признании, его консолидирующем характере, свободе от внешнего влияния государства, становится очевидным следующее – критерием качества правовых актов выступает оценка их регулятивных свойств адресатами норм. Сравнительная эффективность правового обычая и закона на основе данного вывода актуализирует теоретические конструкции с целью сближения их с практикой.
8. Использованный в работе плюралистический подход, основанный на многообразии применяемых совместно методологических правил, способствовал расширению знаний о правовом обычае. Несмотря на предпринятую попытку обогатить теоретико-методологическую основу исследования правового обычая, оно требует дальнейшей разработки. В частности, последующего освещения требуют темы соотношения правового обычая и обычного права, правового обычая и прецедента, разных видов правовых обычаев, применения правового обычая государственными органами.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативно-правовые акты

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993). *Российская газета*. 2009, 21 января, № 7.
2. *Гражданский кодекс РСФСР. Гражданский процессуальный кодекс РСФСР. Кодекс о браке и семье*. Москва: Юрид. лит., 1979.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 № 51–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 21.10.1994. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 05.12.1994, № 32, ст. 3301.
4. Семейный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 29.12.1995 № 223–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 08.12.1995. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 01.01.1996, № 1, ст. 16.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 26.01.1996 № 14–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 22.12.1995. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.01.1996, № 5, ст. 410.
6. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации: федер. закон от 30.04.1999 № 81–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 31.03.1999. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 03.05.1999, № 18, ст. 2207.
7. Налоговый кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 05.08.2000 № 117–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 09.07.2000.

- Собрание законодательства Российской Федерации*, 07.08.2000, № 32, ст. 3340.
8. Земельный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 25.10.2001 № 136–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 28.09.2001. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.10.2001, № 44, ст. 4147.
 9. Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 24.07.2002 № 95–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 14.06.2002. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 29.07.2002, № 30, ст. 3012.
 10. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 14.11.2002 № 138–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 23.10.2002. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 18.11.2002, № 46, ст. 4532.
 11. О международном коммерческом арбитраже: закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1. *Российская газета*, 1993, 14 августа, № 156.
 12. Об акционерных обществах: федер. закон от 26.12.1995 № 208–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 24.11.1995. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 01.01.1996, № 1, ст. 1.
 13. О национально-культурной автономии: федер. закон РФ от 17.06.1996 № 74–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 22.05.1996. *Собрание законодательства Российской Федерации*, 1996, № 25, ст. 2965.
 14. Об актах гражданского состояния: федер. закон РФ от 15.11.1997 № 143–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 22.10.1997. *Собрание*

- законодательства Российской Федерации, 24.11.1997, № 47, ст. 5340.*
15. О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации: федер. закон от 30.04.1999 № 82–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 16.04.1999. *Собрание законодательства Российской Федерации, 1999, № 18, ст. 2208.*
 16. О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации: федер. закон от 07.05.2001 № 49–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 04.04.2001. *Собрание законодательства Российской Федерации, 2001, № 20, ст. 1972.*
 17. О Центральном Банке Российской Федерации (Банке России): федер. закон от 10.07.2002 № 86–ФЗ: принят Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации 27.06.2002. *Собрание законодательства Российской Федерации, 15.07.2002, № 28, ст. 2790.*
 18. О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: федер. закон от 30.12.2012 № 302–ФЗ. *Собрание законодательства Российской Федерации, 2012, № 53 (ч. 1), ст. 7627*
 19. О международном торговом арбитраже: типовой закон ЮНСИТРАЛ : принят 21.06.1985. *Хозяйство и право, 1994, № 6.*
 20. О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации: закон Российской Федерации от 07.07.1993 № 5340-1. *Российская газета, 1993, 12 августа, № 154.*
 21. Йорк – Антверпенские правила об общей аварии, приняты в г. Гамбург 04.04.1974, с изм. 1990 г. Информационно-правовая система «КонсультантПлюс» [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010].

22. Регламент по арбитражу и примирению Международного арбитражного суда Федеральной палаты экономики, Вена (Венские правила: принят 03.07.1991. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 1995, № 2.
23. Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс 2000». Публикация Международной торговой палаты № 560, № 620. Информационно-правовая система «КонсультантПлюс» [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_57195/>.
24. Свод Законов Российской империи. Т. XI, ч. 2. Санкт-Петербург, 1903.
25. Постановление Правления Торгово-промышленной палаты Российской Федерации от 28.06.2001 № 117–13. *Торгово-промышленные ведомости*, 2001, № 19 – 20.
26. Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch. Bundeskanzleramt. Rechtsinformationssystem. [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>>.
27. Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/__127a.html>.
28. Das Handelsgesetzbuch. Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <http://www.gesetze-im-internet.de/hgb/__346.html>.
29. Das Zivilgesetzbuch. Schweizerische Eidgenossenschaft. Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft. [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/a1.html>>.

30. Die Zivilprozessordnung. *Bundesministerium der Justiz. Juris. Gesetze im Internet* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <http://bundesrecht.juris.de/zpo/_293.html>.
31. Die Zivilprozessordnung. *Bundeskazleramt. Rechtsinformationssystem* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR12020406/NOR12020406.html>>.
32. Das Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche. *Bundesministerium der Justiz. Juris.* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://bundesrecht.juris.de/bgbeg/BJNR006049896.html#BJNR006049896BJNG000103377>>.
33. Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen. *Bundesministerium der Finanzen* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_74882/DE/BMF_Startseite/Service/Downloads/Abt_IV/dba/107,templateId=raw,property=publicationFile.pdf>

Специальная литература

1. АЛЕКСЕЕВ, С. С. *Восхождение к праву: Поиски и решения.* Москва: Норма, 2002, 601 с.
2. АЛЕКСЕЕВ, С. С. *Право: азбука – теория – философия. Опыт комплексного исследования.* Москва: Статут, 1999, 712 с.
3. АНДРЕЕВ, П. А.; БАУТИН, В. М.; ГОЛИКОВ, Р. П.; ЮСУПОВА, А. Т. *Лизинг: общая характеристика, история применения в аграрном секторе: учебное пособие.* Москва: Ин-т «Информагротех», 1993, 47 с.

4. АНДРЕЕВА, Г. М. *Социальная психология*: учебник. Москва: АспектПресс, 2002, 364 с.
5. АННЕНКОВ, К. *Система русского гражданского права*. Т. 1. Санкт-Петербург: тип. М. М. Стасюлевича, 1894, 601 с.
6. БАБИЧ, И. Л. Эволюция обычного права адыгов в советское и постсоветское время. *Этнографическое обозрение*, 1997, № 3, с. 95–108.
7. БАЛАСАНИЯН, А. Р. *Обычай делового оборота в обязательствах железно-дорожного транспорта*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2007, 22 с.
8. БАННИКОВ, К. Л. Отношения мифопоэтического и правового сознаний в традиционной картине мира. Из *Обычное право и правовой плюрализм*: Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму, Москва, август 1997 г. / отв. ред. Н. И. Новикова, В.А. Тишков. Москва, 1999, с. 243–246.
9. БАРАК, А. *Судейское усмотрение*: пер. с англ. Москва: НОРМА, 1999, 376 с.
10. БАРОН, Ю. *Система римского гражданского права*. Вып. 1, кн. 1. Санкт-Петербург: тип. Ю.Н. Эрлих, 1909, 250 с.
11. БАРСЕГОВ, Ю. Г. Обычай как источник международного морского права. Из *Правовые и экономические проблемы регулирования международного судоходства*: сборник научных трудов / под ред. А. Л. Колодкина. Москва: В/О «Мортехинформреклама», 1989, 154 с.
12. БЕНДА-БЕКМАН, К. фон. Зачем беспокоиться о правовом плюрализме? Вопросы изучения и осуществления политики правового плюрализма. Из *Обычное право и правовой плюрализм*: Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму, Москва, август 1997 г. / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 1999, с. 9–13.

13. БЕРГЕР, П.; ЛУКМАН, Т. *Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания*. Москва: Медум, 1995, 323 с.
14. БЕРЖЕЛЬ, Ж.-Л. *Общая теория права*: пер. с фр. Москва: NOTA VENE, 2000, 576 с.
15. БЕРМАН, Г. Дж. *Западная традиция права: эпоха формирования*: пер. с англ. Москва: ИНФРА–М–НОРМА, 1998, 623 с.
16. БЕХТЕРЕВ, В. М. *Избранные работы по социальной психологии*. Москва: Наука, 1994. - 399 с.
17. БОГДАНОВСКАЯ, И.Ю. *Прецедентное право*. Москва: Наука, 1993, 239 с.
18. БОГУСЛАВСКИЙ, М. М. *Международное частное право*: учебник. Москва: Юристъ, 2000, 408 с.
19. БОШНО, С. В. Правовой обычай в контексте современного учения о формах права. *Современное право*, 2004, № 9, с. 47–53.
20. БОШНО, С.В. *Форма права: теоретико-правовое исследование*. Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 2005, 45 с.
21. БРАГИНСКИЙ, М. И.; ВИТРЯНСКИЙ, В. В. *Договорное право*. Кн. 1: Общие положения. Москва: Статут, 1998, 682 с.
22. ВАЛЕЕВ, Д. Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса. *Правоведение*, 1974, № 6, с. 71–78.
23. ВЕНГЕРОВ, А. Б. *Теория государства и права*: учебник. Москва: Новый юрист, 1998, 624 с.
24. ВЕРТИЙ, М. Ю. *Обычное право народов Северного Кавказа как феномен культуры*. Дис. <...> канд. философ. наук. Ростов-на-Дону, 2003, 14 с.
25. ВИЛЬНЯНСКИЙ, С. И. *Лекции по советскому гражданскому праву*. Ч. 1. Харьков: Изд-во Харьк. ун-та, 1958, 339 с.
26. ВИНЕР, Н. *Кибернетика, или Управление и связь в животном и машинном мире*: пер. с англ. Москва: Наука, 1983, 343 с.

27. ВИНОГРАДОВ, П. Г. *Очерки по теории права*. Москва: Товарищество скоропечатни А. А. Левенсон, 1915, 152 с.
28. ВЛАДИМИРСКИЙ-БУДАНОВ, М. Ф. *Обзор истории русского права*. Вып. 1. Киев: тип. Г. Л. Францкевича, 1886, 227 с.
29. ВУДМАН, Г. Теория права, антропология и правовой плюрализм. Из *Обычное право и правовой плюрализм: Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму*, Москва, август 1997 г. / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва, 1999, с. 13–20.
30. ГАМБАРОВ, Ю. С. *Курс гражданского права*. Т. 1. Санкт-Петербург: тип. М. М. Стасюлевича, 1911, 780 с.
31. ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Наука логики*. Санкт-Петербург: Наука, 2005, 799 с.
32. ГЕГЕЛЬ, Г. В. Ф. *Философия права*: пер. с нем. Москва: Мысль, 1990, 524 с.
33. ГОЛУНСКИЙ, С. А.; СТРОГОВИЧ, М. С. *Теория государства и права*: учебник. Москва: Юриздат, 1940, 304 с.
34. ГОЛЬМСТЕН, А. Х. *Учебник русского гражданского судопроизводства*. Санкт-Петербург: тип. М. Меркушева, 1913, 411 с.
35. *Гражданское и торговое право капиталистических государств* / отв. ред. К. К. Яичков. Москва: Межд. отношения, 1966, 552 с.
36. *Гражданское и торговое право капиталистических стран: учебное пособие* / под ред. В. П. Мозолина, М. И. Кулагина. Москва: Высш. школа, 1980, 382 с.
37. *Гражданское и торговое право капиталистических стран: учебник* / под ред. Д. М. Генкина. Москва: Гос. Изд. юрид. лит., 1949, 544 с.
38. *Гражданское и торговое право капиталистических государств: учебник* / отв. ред. Е. А. Васильев. Москва: Межд. отнош., 1992, 554 с.

39. *Гражданское право: учебник. Ч. 1* / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва: Проспект, 1998, 632 с.
40. ГРИММ, Д. *К вопросу о понятии и источнике обязательности юридических норм*. Санкт-Петербург: тип. Правительствующего Сената, 1896, 27 с.
41. ГРЯЗНОВ, Д. Г. *Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2001, 21 с.
42. ГУБОГЛО, М. Н. *Мобильность и мобилизация*. Москва: ИЭА РАН, 2002. (Исследования по прикладной и неотложной этнологии. Док. № 150), 43 с.
43. ГУМИЛЁВ, Л. Н. *Этногенез и биосфера Земли*. Свод № 3. Международный альманах / сост. Н. В. Гумилёва. Москва: Танаис ДИ–ДИК, 1994, 544 с.
44. ГУРВИЧ, Г. Д. *Философия и социология права: Избранные сочинения*. Санкт-Петербург: С.-Петербург. гос. ун-т; Изд-во юрид. факультета, 2004, 848 с.
45. ГУРОВА, Т. В. *Актуальные проблемы теории источников права*. Тольятти: Тольятт. Акад. упр., 2001, 126 с.
46. ДАВИД, Р.; ЖОФФРЕ-СПИНОЗИ, К. *Основные правовые системы современности*; пер. с фр. Москва: Межд. отнош., 1997, 400 с.
47. ДАНИЛЕНКО, Г. М. *Процесс создания обычая в международном праве*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 1981, 24 с.
48. ДЕНИСОВ, А. И. *Теория государства и права*. Москва: Юрид. изд., тип. им. Е. Соколовой, 1948, 532 с.
49. ДЁРНБУРГ, Г. *Пандекты*. Т. 1: Общая часть. Москва: Университетская тип., 1906, 465 с.
50. ДЖИФФОРД, Д. Дж.; ДЖИФФОРД, К. Х. *Правовая система Австралии*. Москва: Юрид. лит., 1988, 342 с.

51. *Дигесты Юстиниана*: пер. с лат. Т. I, кн. I–IV / отв. ред. Л. Л. Кофанов. Москва: Статут, 2002, 584 с.
52. ДОБРОВ, А. С. Правотворчество без законодателя. *Иваново-Вознесенский юридический вестник*, 2001, № 5, с. 22–29; № 6, с. 24–38; № 7/8, с. 44–57.
53. ДУГАНОВ, М. И. *Местные обычаи в наследовании у крестьян*. Киев: тип. Имп. Ун-та св. Владимира, акц. общ-ва печ. и изд. дела Н. Т. Корчак-Новицкого, 1912, 11 с.
54. ЕЛЛИНЕК, Г. *Общее учение о государстве*. Санкт-Петербург: Мартынов Н. К., 1908, 599 с.
55. ЕФИМЕНКО, П. С. *Приданое по обычному праву крестьян Архангельской губернии*. Санкт-Петербург: тип. Майкова, 1872, 114 с.
56. ЕФИМОВ, В. В. *Догма римского права*. Петроград: Сенатск. тип., 1918, 395 с.
57. *Жреческие коллегии в Древнем Риме. К вопросу о становлении римского сакрального и публичного права* / отв. ред. Л. Л. Кофанов. Москва: Наука, 2001, 328 с.
58. ЖЮЛЛИО ДЕ ЛА МОРАНДЬЕР, Л. *Гражданское право Франции*: пер. с фр. Т. 1. Москва: Изд. иностр. лит., 1958, 742 с.
59. ЗАГОСКИН, Н. П. *История права русского народа*. Т. 1. Казань: тип. Имп. ун-та, 1899, 512 с.
60. ЗИВС, С. Л. *Источники права*. Москва: Наука, 1981, 239 с.
61. ЗЫКИН, И. С. *Внешнеэкономические операции: право и практика*. Москва: Межд. отнош., 1994, 300 с.
62. ЗЫКИН, И. С. *Обычаи и обыкновения в международной торговле*. Москва: Междунар. отношения, 1983, 160 с.
63. ИВАНОВ, Г. Г.; МАКОВСКИЙ, А. Л. *Международное частное морское право*. Ленинград: Судостроение, 1984, 280 с.
64. ИВАНОВ, С. А. *Источники права Российской Федерации: лекции*. Москва: Моск. Академия МВД России, 2000, 29 с.

65. ИЕРИНГ, Р. *Борьба за право*. Санкт-Петербург: Вестник знания, 1912, 71 с.
66. ИЕРИНГ, Р. *Значение римского права для нового мира*. Санкт-Петербург: тип. В. Безобразова, 1875, 15 с.
67. ИЕРИНГ, Р. *Цель в праве*. Из *Интерес и право*: пер. с нем. Ярославль: тип. Губ. земск. управы, 1880, 268 с.
68. ИЛЛАРИОНОВ, Н. С. *Обычное право*. Ч. 1: Очерк отношений обычного права к законодательствам. Харьков: Изд-во Харьковск. сборника, 1894, 72 с.
69. ИОФФЕ, О. С.; ШАРГОРОДСКИЙ, М. Д. *Вопросы теории права*. Москва: Госюриздат, 1961, 381 с.
70. ИСАЕВ, И. А. *Власть и закон в контексте иррационального*. Москва: Юристъ, 2006, 478 с.
71. *История государства и права зарубежных стран*: учебник. В 2 ч. Ч. 1 / под ред. Н. А. Крашенинниковой, О. Ф. Жидкова. Москва: Норма–ИНФРА–М, 1999, 624 с.
72. КАБАТОВА, Е. В. *Лизинг: правовое регулирование, практика*. Москва: ИНФРА–М., 1996, 204 с.
73. КАЛАШНИКОВ, Д. Применение арбитражным судом делового обычая при оценке доказательств в спорах, вытекающих из договоров купли-продажи. *Право и экономика*, 1998, № 1, с. 122–124.
74. КАРАСЕВИЧ, П. Л. *Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии*. Москва: тип. А. И. Мамонтова, 1875, 488 с.
75. КАРБОНЬЕ, Ж. *Юридическая антропология*: пер. с фр. Москва: Прогресс, 1986, 351 с.
76. КАРСАКОВА, Н. А. *Теория lex mercatoria в юридической доктрине и практике*. Дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2006.
77. КЕРИМОВ, Д. А. *Общая теория государства и права. Предмет. Структура. Функции*. Москва: Юрид. лит., 1977, 136 с.

78. КЕЧЕКЪЯН, С. Ф. О понятии источника права. *Учёные записки Московского государственного университета*, 1946; вып. 116. Труды юрид. факультета; кн. 2, с. 3–25.
79. КИПП, Т. *История источников римского права*. Санкт-Петербург: тип. Первой Санкт-Петерб. труд. артели, 1908, 152 с.
80. КИСТЯКОВСКИЙ, Б. А. *Философия и социология права*. Санкт-Петербург: Изд-во РХГИ, 1998, 799 с.
81. КНАБЕ, Г. С. *Древний Рим – история и повседневность*. Москва: Искусство, 1986, 205 с.
82. КОВЛЕР, А. И. *Антропология права: учебник*. Москва: Норма–ИНФРА–М, 2002, 467 с.
83. КОЛЕСНИКОВ, Е. В. *Источники российского конституционного права*. Саратов: СГАП, 1998, 196 с.
84. *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный)* / отв. ред. О. Н. Садилов. 2-е изд. Москва: ИНФРА–М, 2002, 911 с.
85. *Конституция Российской Федерации. Комментарий* / под общ. ред. Б. Н. Топорнина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. Москва: Юрид. лит-ра, 1994, 624 с.
86. КОРКУНОВ, Н. М. *Лекции по общей теории права*. Санкт-Петербург: Мартынов Н. К., 1914, 360 с.
87. КОФАНОВ, Л. Л. *Lex и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII – III в.в. до н.э.* Москва: Статут, 2006, 575 с.
88. КОЧЕТЫГОВА, Н. И. *Правовой обычай как источник права России (на примере этнического правового обычая)*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2007, 25 с.
89. КРОСС, Р. *Прецедент в английском праве: пер. с англ.* Москва: Юрид. лит., 1985, 240 с.
90. КРЮКОВА, С. С. Обычное право в научном наследии ранней исторической школы права в Германии. *Этнографическое обозрение*, 2000, № 3, с. 135–150.

91. КУББЕЛЬ, Л. Е. Потестарная и политическая этнография. Из *Исследования по общей этнографии: сборник статей* / отв. ред. Ю. В. Бромлей. Москва: Наука, 1979, с. 241–272.
92. КУЛАГИН, М. И. Предпринимательство и право: опыт стран Запада. Из *Избранные труды*. Москва: Статут, 1997, 330 с.
93. КУЛАЖНИКОВ, М. Н. *Право, традиции и обычаи в современном обществе*. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1972, 175 с.
94. КУЛЬЧАР, К. *Основы социологии права*: пер. с венгр. Москва: Прогресс, 1981, 256 с.
95. ЛАДЁР, К.-Х. Теория аутопойезиса как подход, позволяющий лучше понять право постмодерна. *Правоведение*, 2007, № 4, с. 13–42.
96. ЛАЗОВСКИЙ, Н. *Личные отношения супругов по русскому обычному праву*. Москва: тип. А. И. Мамонтова, 1883, 59 с.
97. ЛЕБЕДЕВ, В. И. *Общая теория права. Лекции*. Санкт-Петербург: тип. Б. М. Вольфа, 1903, 79 с.
98. ЛЕВИ-СТРОС, К. *Первобытное мышление*: пер. с фр. Москва: Республика, 1999, 392 с.
99. ЛЕВИ-СТРОС, К. *Структурная антропология*: пер. с фр. Москва: Наука, 1983, 536 с.
100. ЛОМАКИНА, И. Б. *Обычное право: институциональный аспект. (Теоретико-правовой анализ)*. Санкт-Петербург: Астерион, 2005, 284 с.
101. ЛОМАКИНА, И. Б. *Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект*. Авт. дис. <...> докт. юрид. наук. Санкт-Петербург, 2005, 43 с.
102. ЛОПУЛЕНКО, Н. А. *Опыт автономии в канадской Арктике – Нунавут*. Москва: ИЭА РАН, 2004. (Исследования по прикладной и неотложной этнологии. Док. № 170), 37 с.

103. ЛОТМАН, Ю. Н. *Избранные статьи*. В 3 т. Т.1: Статьи по семиотике и типологии культуры. Таллинн: Александра, 1992, 480 с.
104. ЛУКОВСКАЯ, Д. И. *Социологическое направление во французской теории права*. Ленинград: Изд-во Ленинград. ун-та, 1972, 128 с.
105. ЛУМАН, Н. *Социальные системы. Очерк общей теории*. Санкт-Петербург: Наука, 2007, 643 с.
106. МАЛИНОВСКИЙ, Б. Динамика культурного обмена. Введение в расовые отношения в Африке. *Личность. Культура. Общество*. 1999. Т. 1, вып. 1, № 1–2, с. 110–131.
107. МАЛИНОВСКИЙ, Б. *Магия, наука, религия*: пер. с англ. Москва: Рефл-бук, 1998, 304 с.
108. МАЛИНОВСКИЙ, Б. *Научная теория культуры*: пер. с англ. Москва: ОГИ, 1999, 205 с.
109. МАЛОВА, О. В. *Правовой обычай как источник права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002, 24 с.
110. МАЛЫЦЕВ, Г. В. *Нравственные основания права*. Москва: Изд-во СГУ, 2008, 552 с.
111. МАЛЫЦЕВ, Г. В. Очерк теории обычая и обычного права. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на-Дону: Изд-во Сев.-Кавказ. акад. госуд. службы, 1999, с. 7–93.
112. МАЛЫЦЕВ, Г. В. *Социальные основания права*. Москва: НОРМА, 2007, 800 с.
113. МАРКС, К.; ЭНГЕЛЬС, Ф. *Собрание сочинений*. Изд. 2-е. Т. 1. Москва: Изд-во политической лит., 1955, 723 с.
114. МАРТЪЯНОВА, Т. С.; КОВАЛЬ, Г. О. Обычай как источник французского частного права. *Кодекс-Инфо*, 1999, № 8, с. 12–16.

115. МАРЧЕНКО, М. Н. Закон в системе источников романо-германского права. *Вестник Московского государственного университета*. Сер. 11, Право, 2000, №3, с. 33–43.
116. МАРЧЕНКО, М. Н. *Источники права: учебное пособие*. Москва: ТК Велби; Изд-во Проспект, 2008, 760 с.
117. *Международные торговые обычаи* / под ред. М. В. Нестерова, К. К. Бахтова. Москва: Внешторгиздат, 1958, 159 с.
118. МИЦАЙКОВ, М. Иерархия в праве. *Вестник Московского государственного университета*. Сер. 11, Право, 1999, № 6, с. 53–71.
119. МУРОМЦЕВ, Г. И. Источники права. *Правоведение*, 1992, № 2, с. 23–30.
120. МУРОМЦЕВ, С. А. *Образование права по учениям немецкой юриспруденции*. Москва: тип. А. И. Мамонтова, 1886, 98 с.
121. НАГИХ, С. И. Нормативная система догосударственного общества и переход к государству. Из *Юридическая антропология. Закон и жизнь: сборник статей* / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва: Стратегия, 2000, с. 32–40.
122. НАЙКО, Г. Д. *Обычные нормы международного права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 1972, 18 с.
123. НЕДБАЙЛО, П. Е. *Введение в общую теорию государства и права: учебное пособие*. Киев: Вища школа, 1971. - 160 с.
124. НЕКРАСОВ, Е. Е. Обычаи и традиции в организации и осуществлении местного управления и самоуправления. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики* / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов. Ростов-на-Дону: Изд-во Сев.-Кавказ. Акад. госуд. службы, 1999, с. 290–299.
125. НЕРСЕСЯНЦ, В. С. *Общая теория права и государства: учебник*. Москва: НОРМА–ИНФРА–М, 1999, 552 с.
126. НИКОЛАЕНКО, А. Особенности международного финансового лизинга. *Лизинг-ревью*, 2003, № 3, с. 16–20.

127. НОВИКОВА, Н. И. Обычное право народов Севера: возможности и ограничения государственной правовой системы. *Этнографическое обозрение*, 2005, № 5, с. 4–14.
128. НОВИКОВА, Н. И.; ЯКЕЛЬ, Ю. Б. *Судебная защита права на традиционное природопользование: антрополого-правовые аспекты*. Москва: ИЭА РАН, 2006 (Исследования по прикладной и неотложной этнологии. Док. № 189), 38 с.
129. НОВИЦКИЙ, И. Б. *Источники советского гражданского права*. Москва: Госюриздат, 1959, 130 с.
130. *Общая теория советского права: учебник / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самощенко*. Москва: Юрид. лит., 1966, 491 с.
131. ОВСЕПЯН, Ж. И. Государственное принуждение как правовая категория (теоретическая формула отношения принуждения к государству и праву). *Государство и право*, 2007, № 12, с. 5–14.
132. ОВСЕПЯН, Ж. И. Соотношение конституционного и обычного права в РФ. Из *Обычное право России: проблемы теории, истории и практики / отв. ред. Г. В. Мальцев, Д. Ю. Шапсугов*. Ростов-на-Дону: Изд-во Сев.-Кавказ. Акад. госуд. службы, 1999, с. 281–289.
133. ПАЛЬЧИК, С. Г. *Юридическая природа международного обычая*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 1975, 25 с.
134. ПАХОМКИНА, М. Ф. Обычай как специфичное социальное явление. *Вестник Московского государственного университета*, 1971, № 3, с. 52–59.
135. ПАШУТО, В. Т. *Образование Литовского государства*. Москва, 1959, 531 с.
136. ПЛАХОВ, В. Д. *Традиции и общество: опыт философско-социологического исследования*. Москва: Мысль, 1982, 220 с.

137. ПЕРШИЦ, А. И. Проблемы нормативной этнографии. Из *Исследования по общей этнографии: сборник статей* / отв. ред. Ю. В. Бромлей. Москва: Наука, 1979, с. 210–240.
138. ПЕРШИЦ, А. И.; ДУМАНОВ, Х. М. Мононорматика и начальное право. *Государство и право*, 2001, № 9, с. 85–91.
139. ПЕТРОВ, К. В. Соотношение обычного права и закона в русской судебной практике XVI–XVII в.в. *Государство и право*, 2007, № 7, с. 80–83.
140. ПОЛЯКОВ, А. В. *Общая теория права: учебник*. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2001, 642 с.
141. ПОЛЯКОВ, А. В. Постклассическое правоведение и идея коммуникации. *Правоведение*, 2006, № 2, с. 26–43.
142. ПОПОВ, Н. Ю. *Правовая система Италии*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 1984, 26 с.
143. *Право в средневековом мире: сборник статей; вып. 2–3* / отв. ред. О. И. Варьяш. Москва: ГПИБ, 1996, 269 с.
144. *Правовая система Нидерландов* / отв. ред. В. В. Бойцова, Л. В. Бойцова. Москва: Зерцало, 1998, 432 с.
145. ПРИЛУЦКИЙ, Л. О конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге». *Лизинг-ревью*, 1999, № 1 / 2, с. 28–30.
146. ПРОТАСОВ, В. Н. *Теория права и государства. Проблемы теории права и государства*. Москва: Юрайт–М, 2001, 346 с.
147. ПРОХАЧЕВ, А. В. *Обычай в системе форм права: вопросы теории*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Волгоград, 2002, 29 с.
148. ПЭНТО, Р.; ГРАВИТЦ, М. *Метод социальных наук: пер. с фр.* Москва: Прогресс, 1972, 607 с.
149. РАЗУМОВИЧ, Н. Н. Источники и форма права. *Советское государство и право*, 1988, № 3, с. 20–27.

150. РАМЗАЙЦЕВ, Д. Ф. О значении обычаев в международной торговле. Из *Международные торговые обычаи* / под ред. М. В. Нестерова, К. К. Бахтова. Москва: Внешторгиздат, 1958, 159 с.
151. РАССОЛОВ, М. М. *Проблемы управления и информации в области права*. Москва: Академия МВД СССР, 1982, 87 с.
152. РЕГЕЛЬСБЕРГЕР, Ф. *Общее учение о праве*. Москва: Изд-во И. Д. Сытина, 1897, 296 с.
153. *Ритуальное пространство культуры: Материалы международного форума, Санкт-Петербург, 26 февраля – 7 марта 2001 г.* / отв. ред. Е. Э. Сурова. Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петербург. философ. общ-ва, 2001, 440 с.
154. РОМАНОВ, А. К. *Правовая система Англии: учебное пособие*. Москва: Дело, 2002, 344 с.
155. РУБАНОВ, А. А. Понятие источника права как проявление метафоричности сознания. Из *Судебная практика как источник права* / отв. ред. Б. Н. Топорнин. Москва: Институт государства и права РАН, 1997, с. 42–48.
156. РУЛАН, Н. *Юридическая антропология: учебник для вузов* / пер. с фр. Москва: Норма, 2000, 310 с.
157. РЭДКЛИФФ-БРАУН, А. Р.; ФОРДЕ, Д. Африканские системы родства и брака. *Личность. Культура. Общество*. 1999. Т. 1, вып. 1, № ½, с. 138–153.
158. РЭДКЛИФФ-БРАУН, А. Р. *Структура и функция в примитивном обществе. Очерки и лекции*: пер. с англ. Москва: Восточная лит., 2001, 304 с.
159. САДОХИНА, Н. Е. *Развитие источников российского права в советский и постсоветский период*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Тамбов, 2005, 22 с.
160. САМХАРАДЗЕ, Д. Г. *Взаимодействие источников современного международного права*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2005, 30 с.

161. САС, Д. В. *Источники права в римской правовой традиции и их современное развитие*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Москва, 2006, 22 с.
162. СВЕЧНИКОВА, Л. Г. *Обычай в правовой системе народов Северного Кавказа в XIX в.* Ставрополь: Изд-во СтГАУ «АГРУС», 2004, 232 с.
163. СВЕЧНИКОВА, Л. Г. *Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.* Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 2004, 37 с.
164. СЕВРЭН, Э. О различных аспектах участия судов в нормотворчестве. Из *Судебная власть в России. Роль судебной практики*: учебное пособие / сост. Ю. А. Тихомиров. Москва: ГУ–ВШЭ, 2002, с. 202–240.
165. СЕЛЮКОВ, Ф. Т. *Происхождение действующего права*. Москва: Academia, 1997, 159 с.
166. СЕМЕНОВ, Ю. И. Основные понятия обычного права: возникновение и развитие. Из *Юридическая антропология. Закон и жизнь*: сборник статей / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва: Стратегия, 2000, с. 17–30.
167. СЕМЕНОВ, Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право. *Этнографическое обозрение*, 1997, № 4, с. 3–25.
168. СЕРПУХОВ, Н. М. *Начала торгового и промышленного права. Пособие к практическому изучению торговых законов и обычаев*. Санкт-Петербург: тип. И. Рапопорта, 1900, 234 с.
169. СИВКОВ, А. Л. Альтернативные источники парламентских процедур (практика, обычай, прецедент, толкование регламента). *Государство и право*, 2004, № 11, с. 82–84.
170. СИНАЙСКИЙ, В. И. *Русское гражданское право*. Вып. 1. Киев: тип. Прогресс, 1917, 258 с.

171. *Советское гражданское право: учебник / под ред. Д. М. Генкина, Я. А. Куника.* Москва: Высш. шк., 1967, 359 с.
172. СОЛОВЬЕВ, Е. Т. *Гражданское право. Очерки народного юридического быта.* Вып. 1. Казань: тип. Губ. правления, 1888, 166 с.
173. СОРОКИН, П. *Человек. Цивилизация. Общество.* Москва: Политиздат, 1992, 542 с.
174. СОРОКИН, П. А. *Элементарный учебник общей теории права в связи с теорией государства.* Ярославль: Ярославский кредитный союз кооператоров, 1919, 236 с.
175. СПИРИДОНОВ, Л. И. *Теория государства и права: курс лекций.* Санкт-Петербург: Редакционно-издательский совет С.-Петербурб. Высш. школы МВД России, 1995, 302 с.
176. СТАНИСЛОВАЙТИС, Р. И. *Обычаи и традиции в механизме социального действия права.* Автореф. дис. <...> д-ра юрид. наук. Москва, 1989, 51 с.
177. СУПАТАЕВ, М. А. *Культурология и право: на материалах стран тропической Африки.* Москва: Форум–ИНФРА–М, 1998, 156 с.
178. СУХАНОВ, И. В. *Обычаи, традиции и преемственность поколений.* Москва: Политиздат, 1976, 216 с.
179. *Теория государства и права: учебник / отв. ред. М. П. Карева, Г. И. Федькин.* Москва: Госюриздат, 1955, 460 с.
180. *Теория государства и права: учебник / под ред. А. И. Денисова.* Москва: Изд. Моск. Ун-та, 1967, 415 с.
181. *Теория государства и права: учебник / под ред. Н. Г. Александрова.* Москва: Юрид. лит., 1974, 662 с.
182. ТИХОМИРОВ, Ю. А. *Коллизионное право: учебное и научно-практическое пособие.* Москва: Юринформцентр, 2000, 393 с.

183. ТОКАРЕВ, Б. Я. *Советское право и обычаи в их связи и развитии*. Автореф. дис. <...> канд. юрид. наук. Саратов, 1970, 17 с.
184. ТОЛПЕГИН, А. В. *Форма явленного бытия*. Екатеринбург: УрГПУ: Изд-во Екатеринбург. высш. шк. МВД РФ, 1995, 111 с.
185. ТОЛСТИК, В. А. *Иерархия источников российского права: Монография*. Нижний Новгород: Интелсервис, 2002, 216 с.
186. ТРУБЕЦКОЙ, Е. Н. *Энциклопедия права*. Санкт-Петербург: Юрид. ин-т, 1998, 183 с.
187. УОЛКЕР, Р. *Английская судебная система: пер. с англ.* Москва: Юрид. лит., 1980, 632 с.
188. ФАИС, О. Д. *Обычное право в современной Сардинии (по материалам экспедиции)*. Москва: ИЭА РАН, 2004. (Исследования по прикладн. и неотложн. этнологии. Док. № 169), 29 с.
189. ХАЛФИНА, Р. О. Почему не работает закон. *Журнал российского права*, 1997, № 4, с. 20–22.
190. ХВОСТОВ, В. М. *Общая теория права*. Санкт-Петербург: тип. Вильде, 1914, 147 с.
191. ЦВАЙГЕРТ, К.; КЁТЦ, Х. *Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: пер. с нем.* В 2 т. Т. 1. Москва: Межд. отнош., 1995, 480 с.
192. ЦИТОВИЧ, П. П. *Очерки по теории торгового права*. Вып. 1. Санкт-Петербург: тип. Б. М. Вольфа, 1901, 112 с.
193. *Чистое учение о праве Ганса Кельзена: К XIII Конгрессу международной ассоциации правовой и социальной философии, Токио, 1987 г.* : сборник переводов / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, Н. Н. Разумович. Вып. 2. Москва, 1988, 213 с.
194. ШАПП, Я. О свободе, морали и праве. *Государство и право*, 2002, № 5, с. 85–92.
195. ШЕБАНОВ, А. Ф. *Форма советского права*. Москва: Юрид. лит., 1968, 215 с.

196. ШЕРШЕНЕВИЧ, Г. Ф. *Курс торгового права*. В 4 т. Т. 1. Москва: Статут, 2003, 478 с.
197. ШЕРШЕНЕВИЧ, Г. Ф. *Общая теория права*: учебное пособие. В 2 т. Т. 1. Москва: Юрид. колледж МГУ, 1995, 308 с.
198. ШЕРШЕНЕВИЧ, Г. Ф. *Учебник торгового права*. Москва: Спарк, 1994, 335 с.
199. ШУМИЛОВ, В. М. *Правовая система США*. Москва: ООО Изд.-консалтинговое предприятие «ДЕКА», 2003, 400 с.
200. ЭННЕКЦЕРУС, Л. *Курс германского гражданского права*: пер. с нем. Т. 1, п/т 1. Москва: Изд-во иностр. лит., 1949, 434 с.
201. *Юридическая антропология. Закон и жизнь*: сборник статей / отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. Москва: Стратегия, 2000, 224 с.
202. ANDRIULIS, V., et al. *Lietuvos teisės istorija*. Vilnius: Justitia, 2002, 542 p.
203. AUSTIN, J. *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of positive Law*. V. II. London: J. Murray, 1869, 1169 p.
204. BAUBLYS, L., et al. *Teisės teorijos įvadas: vadovėlis*. Vilnius: Leidykla MES, 2010, 365 p.
205. *Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht*. Bd. 1. Einleitung und Personenrecht. Bern: H. Becker, 1962, 774 p.
206. BRIE, S. *Die Lehre vom Gewohnheitsrecht*. Breslau: M.&H. Marcus, 1899, 266 s.
207. EHRLICH, E. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. München. Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1913, 409 s.
208. GIERKE, O. *Deutsches Privatrecht*. Bd. 1. Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1895.
209. HOLZHAMMER, R. *Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht*. Wien, New York: Springer-Verlag, 1993, 349 s.
210. JABLONSKIS, K. *Istorija ir jos šaltiniai / Sudarė ir spaudai paruošė V. Merkys*. Vilnius: Mokslas, 1979, 327 p.

211. JABLONSKIS, K. *Lietuvos valstybės ir teisės istorija nuo XIV a. pabaigos iki XVI a. vidurio*. Vilnius, 1971, 48 p.
212. JAUERNIG, O. *Zivilprozessrecht: Studienbuch*. München: C. H. Beck, 1988, 351 s.
213. KLUNZINGER, E. *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*. München: Verlag F. Vahlen, 1990, 368 s.
214. LARENZ, K. *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 1967, 601 s.
215. LASTAUSKIENĖ, G.; ŠIMAŠIUS, R. Teisinio papročio reikšmė teisiniam reguliavimui. *Jurisprudencija*, 2002, t. 24(16), p. 204–213.
216. LE ROY, E. La conciliation et les modes precontentieux de reglements des conflits. *Bulletin de liaison de Laboratoire d'anthropologie juridique de Paris*. 1987, 12
217. MACHOVENKO, J. *Teisės istorija: Vilniaus universiteto vadovėlis*. Vilnius: Registrų centras, 2013, 384 p.
218. MAKSIMAITIS, M. *Lietuvos teisės šaltiniai 1918–1940 metais*. Vilnius: Justitia, 2001, 200 p.
219. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Bd. 1. Allgemeiner Teil (§§ 1–240). Redakteur: F. J. Sacker. München: C. H. Beck, 1984, 1989 s.
220. OERTMANN, P. *Rechtsordnung und Verkehrssitte*. Leipzig: Deichert, 1914, 526 s.
221. OERTMANN, P. *Volksrecht und Gesetzesrecht*. Dresden, 1898.
222. *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*. Bd.7 bearbeitet von P. Bassenge <...> et al. München: C. H. Beck, 1989, 2685 s.
223. PETEV, V. Ein spontannes Recht? Из *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit* / Festschrift für W. Krawitz zum 60. Geburtstag. Berlin: A. Aarnio, J. Weinberger, 1993, s. 301–309.
224. PUCHTA, G. F. *Das Gewohnheitsrecht*. Bd. 1. Erlangen: Palm, 1828, 240 s.

225. PUCHTA, G. F. *Vorlesungen über das heutige römische Recht*. Bd. I. Leipzig, 1854, 500 s.
226. SAVIGNY, F. K. *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. I. Berlin: Veit, 1840, 430 s.
227. SAVIGNY, F. K. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Verlag von J. C. B. Mohr, 1828, 197 s.
228. STURM, A. *Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts*. Leipzig: Verlag von Duncker und Humblot, 1900.
229. TAPANI, Hannu Klami. Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle. Einige Gesichtspunkte aufgrund der finnischen Rechtsquellenlehre. *Annales Universitatis Turkuensis*, Ser. B. Humanoria. Turku, t. 167, 1984, s. 100.
230. VAIŠVILA, A. *Teisės teorija: vadovėlis*. Vilnius: Justitia, 2000, 376 p.
231. ZITELMANN, E. Gewohnheitsrecht und Irrtum. Archiv für civilistische Praxis. Bd. 66, 1883.
232. *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen*. Kommentar. Bd. 1. München: C. H. Beck, 1989, 2616 s.

Энциклопедическая и справочная литература

1. ДАЛЬ, В. *Толковый словарь живого великорусского языка*. В 4 т. Москва: ТЕРРА, 1995. Т. 2, 784 с.
2. ОЖЕГОВ, С. И. *Словарь русского языка: 70 000 слов / под ред. Н. Ю. Шведовой*. 22-е изд., стер. Москва: Рус. яз., 1990, 921 с.
3. *Правовые системы стран мира: Энциклопедия*. 3-е изд. Москва: НОРМА, 2003, 976 с.
4. *Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова*. 5-е изд. Москва: Политиздат, 1987, 590 с.

Судебная практика

1. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 8 от 01.07.1996 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации». *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 1996, № 9.
2. Постановление Верховного Суда Российской Федерации от 19.03.1967 № 47 «О судебной практике по делам о преступлениях, составляющих пережитки местных обычаев» (в ред. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21.12.1993 № 11). *Сборник Постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации 1961–1993 г.г.* Москва: Юрид. лит., 1994.
3. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.03.1997 № 4670/96. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 1997, № 6.
4. *Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации* от 29.01.2008 № 18189/07; *Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа* от 18.06.2006 по делу №А82–9693/2005–36 [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2013]. Режим доступа: <<http://arbitr.ru>>.
5. Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15.01. 1999 № 39 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчётов». *Хозяйство и право*, 1999, № 5.
6. Информационное письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25.12.1998 № 37 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с применением законодательства о рекламе». *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, 2002, № 1.

7. *Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1996–1997 г.г.* / сост. М. Г. Розенберг. Москва: Статут, 1998, 279 с.
8. *Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г.* / сост. М. Г. Розенберг. Москва: Статут, 1999, 272 с.
9. Das Bundesarbeitsgericht. Urteil vom 23.11.2006, 6 AZR 394/06. *Bundesarbeitsgericht. Entscheidungen* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&sid=6af2f494f92d629778de7feac751ead6&nr=11577&pos=8&anz=11>>.
10. Das Bundesarbeitsgericht. Urteil vom 03.12.2008, 5 AZR 74/08. *Bundesarbeitsgericht. Entscheidungen* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&Datum=2008-12-3&nr=13251&pos=2&anz=3>>.
11. Der Bundesfinanzhof. Urteil vom 25.10.2006, IR 81/04. *Bundesfinanzhof. Oberster Gerichtshof des Bundes für Steuern und Zölle. Entscheidungen online* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010], Режим доступа: <<http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>>.
12. Der Bundesfinanzhof. Beschluss vom 17.12.2007, GrS 2/04. *Bundesfinanzhof. Oberster Gerichtshof des Bundes für Steuern und Zölle. Entscheidungen online* [электронный ресурс. Дата обращения 06.12.2010]. Режим доступа: <<http://www.bundesfinanzhof.de/entscheidungen/entscheidungen-online>>.

СПИСОК НАУЧНЫХ СТАТЕЙ АВТОРА ПО ТЕМАТИКЕ ДИССЕРТАЦИИ

1. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Обычай в современном праве. Из *Государственность и государственная служба России: пути развития*. Материалы совместной междисциплинарной аспирантской конференции РАГС – СЗАГС. Вып. 2 / Под общ. ред. В. К. Егорова, В. В. Чубинского-Надеждина, В. М. Герасимова. Санкт-Петербург, 2002.
2. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Обычай в римском праве. Из *Государственность и государственная служба России: пути развития*. Материалы совместной междисциплинарной аспирантской конференции РАГС – СЗАГС. Вып. 3 / Под общ. ред. В. К. Егорова, В. А. Шамахова, В. М. Герасимова. Санкт-Петербург, 2003.
3. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Обычаи делового оборота. Из *Право и политика*. Сборник статей и тезисов / Под общ. ред. Г. Г. Бернацкого. Вып. 2. Санкт-Петербург, 2003.
4. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Структура правового обычая в истории правовой мысли. *Правоведение*, 2007, №1.
5. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Юридический аспект содержания правового обычая. *Проблемы права*, 2010. № 3.
6. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Диалектическое соотношение закона и правового обычая. *Право и государство: теория и практика*, 2010, № 11.
7. ЦАРЕГОРОДСКАЯ, Е. В. Роль санкций в механизме действия правового обычая. Из *Пятые Всероссийские Державинские чтения (Москва, 15 декабря 2009 года)*: сборник статей: в 7 кн. Кн. 1 Проблемы теории и истории государства и права / отв. ред. М. М. Рассолов; РПА Минюста России. Москва: РПА Минюста России, 2010.

**СПИСОК НАУЧНЫХ КОНФЕРЕНЦИЙ, НА КОТОРЫХ БЫЛИ
ОПУБЛИКОВАНЫ РЕЗУЛЬТАТЫ ДИССЕРТАЦИОННОГО
ИССЛЕДОВАНИЯ**

1. Государственность и государственная служба России: пути развития. Совместная междисциплинарная аспирантская конференция. Российская академия государственной службы, Северо-Западная академия государственной службы (Санкт-Петербург, 2002).
2. Государственность и государственная служба России: пути развития. Совместная междисциплинарная аспирантская конференция. Российская академия государственной службы, Северо-Западная академия государственной службы (Санкт-Петербург, 2003).
3. Пятые Всероссийские Державинские чтения. Российская правовая академия Министерства юстиции Российской Федерации (Москва, 15 декабря 2009 года).

ОПИСАНИЕ ЖИЗНИ, НАУЧНОЙ И ТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АВТОРА ДИССЕРТАЦИИ (CV)

Царегородская Елена Владимировна родилась 21 июня 1976 г. в г. Воркута. В 1993 г. окончила с серебряной медалью среднюю школу г. Воркуты. С 1995 г. училась в Северо-Западной академии государственной службы (г. Санкт-Петербург), которую окончила в 2000 г. с отличием. С 2000 г. по 2003 г. обучалась в очной аспирантуре Северо-Западной академии государственной службы по специальности «теория и история права и государства; история учений о праве и государстве».

С 2004 г. по 2006 г., с 2012 г. по 2013 г. работала в налоговых органах г. Санкт-Петербурга в юридическом отделе и в отделе по досудебному урегулированию налоговых споров; с 2006 г. по 2010 г. работа юристом в частных компаниях.

Сферу научных интересов составляют вопросы общей теории права и государства, философии и социологии права, форм и источников права.