СОДЕРЖАНИЕ

Введение

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ ФОРМ (ИСТОЧНИКОВ) ПРАВА И ИХ ЗНАЧЕНИЕ

1.1 Понятие формы (источника) права

1.2 Виды форм (источников) права

ГЛАВА 2. САНКЦИОНИРОВАННЫЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

2.1 Понятие правового обычая и его место в системе источников права

2.2 Формы санкционирования государством обычных норм

ГЛАВА 3. РОЛЬ И ЗНАЧЕНИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ ЗАПАДНЫХ СТРАН

3.1 Правовой обычай в системе романо-германского права

3.2 Обычай как источник права в англосаксонской правовой семье

Заключение

Список литературы

ВВЕДЕНИЕ

История развития российского государства свидетельствует о том, что как только в обществе назревает кризисная ситуация, то в существующей государственно-правовой системе происходят качественные изменения, связанные с подрывом основ и устоев всего общественного развития. Эти процессы в первую очередь обуславливают нивелирование роли законодательства в общественном сознании. Снижение авторитета законодательства приводит к тому, что государство уже неспособно эффективно осуществлять нормативное регулирование общественных отношений и в полной мере удовлетворять интересы и потребности общественного развития. Именно тогда общество обращается к первоистокам своего правового развития - к обычному праву, которое в такие моменты заявляет о себе с новой силой.

Именно сегодня в условиях современной действительности возникает объективная необходимость принципиально новой оценки той позитивной роли, которую может играть правовой обычай в правовой системе государства. С этой точки зрения представляется весьма важным понять и оценить значение того факта, что обычное право - это не пережиток прошлого, а постоянный фактор правового развития общества. Обычное право неизменно развивается вместе с развитием любого общества, как неотъемлемый компонент жизни соответствующего народа и включенных в него сообществ. В этой связи принципиально важным является, что обычное право - это не просто основа, но и условие преемственного и стабильного развития государства, составляющее одно из качественных его своеобразий.

Вместе с тем происходящие в последнее время изменения научной парадигмы и отход от господствующего в правовом пространстве России нормативного понимания права обуславливает необходимость выработки новых подходов не только к пониманию права, но и к новому осмыслению правил поведения, основывающихся, прежде всего, на обычае и определении их роли в правовом развитии общества.

Государство должно поддерживать прогрессивные обычаи, развивать, придавая им правовую форму, так как большинство народов и наций стремятся сохранить свои обычаи и традиции, прежде всего путем их формального закрепления. В этом смысле и обычное право, и правовой обычай представляют собой народное представление о праве и справедливости. Поэтому обычай можно рассматривать не только в качестве духовного наследия, но и как культурно-правовой феномен, играющий важнейшую роль в регулятивной системе государства.

Исследование правил поведения, основывающихся на обычае, регулирующих общественные отношения многих народов мировой системы, создает уникальную в своем роде возможность проследить эволюцию обычно-правовых систем. Кроме того, кризис господствующей долгое время политизированной и идеологизированной правовой системы российского государства создал положение, при котором человек во всех проявлениях своего социального и правового статусов практически полностью отторгался от государственной власти, что повлекло за собой и отторжение права созданного этой властью.

Происшедший в последнее десятилетие новый мощный всплеск интереса к обычному праву не является случайным. Он отражает имеющийся кризис в правосознании современного общества, в котором право и его компоненты постепенно начинают утрачивать свою неотторгаемость от человека, органичность в связи с возрастанием степени абстрактности юридических норм, издаваемых государством, частым и не всегда обоснованно резким изменением им парадигм законодательства.

Кроме того, с обычным правом сейчас происходит то, что традиционно происходит с общественными явлениями: после столетий реального существования и действия начинается их теоретическое осмысление. В ситуации с обычным правом положение усугубляется тем, что значительная часть правовых обычаев многих народов пока еще даже не описана, а значит, не введена в научный оборот. Кроме этого, не показана теоретическая модель правового обычая, его роль в нормативно-регулятивной системе государства, взаимодействие как с позитивным правом, так и с другими социальными регуляторами. Вместе с тем обычное право сохраняет и сегодня достаточно мощный потенциал, проявляющий себя часто, а иногда в противовес нормативно-правовым актам государства. В силу этого общество все чаще вынуждено обращаться к своему обычному праву, которое ближе к действительности его социальной жизни. Это особенно стало заметно тогда, когда российское государство в свете избранного им демократического пути развития постепенно склоняется к отказу от правового монизма, проявляя в различных формах не только стремление к признанию, но и внедрению в свое правовое пространство правового плюрализма как основополагающего принципа функционирования российской правовой системы.

Изложенные обстоятельства, наряду с практической потребностью в научно-теоретическом переосмыслении роли правового обычая в правовой системе Российской Федерации обусловили выбор темы дипломной работы.

Основополагающее начало научно-теоретического исследования правового обычая и обычного права в отечественной юридической науке было заложено великими русскими учеными-юристами. К их числу относятся в первую очередь фундаментальные работы таких исследователей, как М.М. Ковалевский, Е.Н. Трубецкой, С.А. Муромцев, М.Ф. Владимирский-Буданов, В.И. Сергеевич и другие. Интерес к обычному праву, благодаря трудам перечисленных ученых, трансформировался от частных исследований на уровень общегосударственной проблемы, что сопровождалось введением в научный оборот огромного фактического материала, в основе которого был сформулирован ряд фундаментальных выводов, сыгравших большое значение в формировании теории обычного права в российской юридической науке.

Принципиальное значение для современного изучения роли обычая в правовом регулировании общественных отношений и разработки основ теории обычного права имеют научные исследования С.А. Авакьяна, А.А. Белкина, Е.В. Колесникова, В.А. Муравского, Б.Я. Токарева. Именно благодаря усилиям этих ученых данная проблема исследуется по существу с принципиально новых позиций.

Целью работы является теоретическое исследование правового обычая как древнейшего источника права; формулирование на основе достижений российской юриспруденции современного научного представления о правовой природе обычая в различных национальных правовых системах.

В тесной связи с указанной целью в ходе работы были поставлены следующие задачи:

1. исследование правовой природы источников (форм) права, раскрытие их признаков, формулирование определения понятия «источник (форма) права»;
2. рассмотрение классификации источников права;
3. представление всестороннего анализа правового обычая на основе российского законодательства;
4. исследование основных форм санкционирования государством норм обычного права;
5. определение особенностей правового обычая в правовых системах западных стран.

Объектом исследования выступает правовой обычай как источник права, особенности его генезиса и регулирования социальных отношений, входящих в сферу правового регулировании. Пока еще малоизученная источниковая и законодательная базы показывают зависимость существования этого источника права от конкретной правовой семьи, которая напрямую определяет место и значение правового обычая как источника права. Поэтому предметом дипломной работы можно назвать изучение сложившейся практики применения правового обычая, а также попытка переосмысления как самого «источника права» как правового явления, так и особенностей взаимодействия и формирования обычного права с государством.

Научная новизна дипломного исследования во многом обусловлена его тематикой, целью, задачами и проявляется, прежде всего, в комплексном исследовании правового обычая в правовых системах мира. В работе правовой обычай рассматривается как сложный системный механизм, регулирующий многие сферы общественных отношений.

Теоретическая и практическая значимость дипломной работы обусловлена возможностью и целесообразностью использования ее результатов в последующем изучении вопроса правового обычая, а также при преподавании учебных государственно-правовых дисциплин.

Структура работы обусловлена целью, задачами и логикой исследования. Работа состоит из введения, трех глав, объединяющих шесть параграфов, заключения, библиографического списка используемой литературы.

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ, СУЩНОСТЬ ФОРМ (ИСТОЧНИКОВ) ПРАВА И ИХ ЗНАЧЕНИЕ

1.1 ПОНЯТИЕ ФОРМЫ (ИСТОЧНИКА) ПРАВА

Как и любое другое социальное явление, право характеризуется наличием определенных элементов, образующих его содержание, а также способов существования и внешнего выражения, образующих его форму. Основным элементом содержания права является юридические нормы. Что же касается формы права, то она указывает на способы официального закрепления и внешнего выражения юридических норм. Исключительная важность формы в данном случае состоит в том, что собственно юридическое значение имеет лишь те предписания государства (и других субъектов правотворчества), которые были приняты в установленном порядке и выражены в надлежащей юридической форме. Форма права, таким образом, не является чем-то вторичным по отношению к его содержанию, она выступает как необходимый способ его существования и функционирования. Право в реальной действительности существует в неразрывном единстве содержания и формы, и только в таком качестве выступает как государственно-волевой, всеобщий, обязательный регулятор общественных отношений[[1]](#footnote-1).

В научной и учебной литературе источниками права традиционно считают нормативные правовые акты, санкционированные обычаи и судебные (или административные) прецеденты. Наряду с источниками права употребляется также термин «формы права». Относительно соотношения указанных понятий сложилось несколько точек зрения[[2]](#footnote-2).

Одни авторы считают, что источники права и формы права - это качественно самостоятельные понятия, обладающие собственным содержанием[[3]](#footnote-3). Если форма права указывает на способы официального закрепления и внешнего выражения юридических норм, принятые в том или ином государстве, то источники права - это те социальные факторы, которые обуславливают существование права и его содержание. То есть понятие источника связывается, прежде всего, с истоками, генезисом, причиной, детерминированностью, со всем тем, что порождает (формирует) право. В качестве такого источника называется, например, воля правотворческого субъекта (народа, государства и т.п.).

Сторонники второй точки зрения, наоборот, исходят из тождественности указанных категорий[[4]](#footnote-4). Источники права, по их мнению, и есть не что иное, как способ внешнего выражения государственной воли, то есть форма права.

Наконец, третья, доминирующая в настоящее время, позиция имеет в известной мере компромиссный характер[[5]](#footnote-5). Источники и формы права рассматриваются в качестве понятий, совпадающих лишь частично, в формально-юридическом смысле.

Выделяют внешнюю и внутреннюю форму права.

Внутренняя форма права - это его структура и связи. К ней надо отнести систему права, горизонтальную и вертикальную структуры соподчиненности всех ее элементов.

Раскрыть внешнюю форму права - значит выяснить, какими способами данная экономически и политически властвующая группа «возводит в закон» свою волю и соответственно какие формы выражения приобретают правовые нормы. Право всегда воплощается в определенные формы, оно всегда является формализованным.

Источники права - обстоятельства, питающие появление и действие права. Термин «источник права» юриспруденции известен давно. Принято выделять:

- источник права в историческом смысле;

- источник права в материальном смысле;

- источник права в идеальном смысле (ранее это называлось - в «идеологическом смысле»);

- источник права в юридическом (формальном) смысле.

Источниками права в историческом смысле выступают различные правовые памятники прошлого, изучая которые можно судить об особенностях правовой жизни того или иного общества, на том или ином этапе его исторического развития. Это, например, «Законы 12 таблиц» как источник древнеримского права, «Русская правда» как источник права Древней Руси и т.д. Другими словами, речь идет об источниках исторических знаний о когда-либо действовавшем праве.

Материальным источником права является сама общественная практика, то есть реально сложившиеся в данном обществе социально-экономические, политические и иные отношения, потребности, интересы, которые для своего удовлетворения, нормального развития, требуют соответствующего правового регулирования. Указанные источники имеют базовое, определяющее значение, поскольку именно они, в конечном счете, предопределяют не только основные тенденции в развитии права, его содержание и структуру, но и саму необходимость в существовании данного социального регулятора. Право порождено материальными условиями жизни общества, системой объективно существующих общественных отношений.

Однако материальные источники воздействуют на право не напрямую, а опосредованно, через сознательно-волевую деятельность людей. Для того чтобы экономические и иные потребности и интересы получили свое официальное выражение в виде определенных правовых предписаний, они должны быть предварительно осознаны в качестве юридически значимых и требующих правового регулирования явлений. В этом смысле и говорят, что необходимым идеальным (идеологическим) источником права является правосознание, взятое в единстве его идейно-психологических и волевых качеств.

Материальные и идеальные источники - это, таким образом, необходимые факторы правообразования. Знание указанных источников имеет чрезвычайно важное знание для правильного понимания социальной природы права, основных закономерностей его формирования и развития. Право всегда выступает как определенный продукт социальных условий жизни людей и результат их сознательно-волевой деятельности. Анализируя действующее право с позиций указанных источников, можно показать, чем было обусловлено принятие того или иного закона, чью волю он выражает, в какой степени соответствует действительным потребностям развития общества и т.д.

Помимо материальных, идеальных и им подобных источников, право характеризуется и своими особыми юридическими источниками, или источниками в формальном смысле. Данные источники указывают на формы существования права как особого официального регулятора общественных отношений. Такие способы внешнего выражения нормативной государственной воли или воли иного субъекта, который управомочен создавать юридические нормы, и называют источниками права в юридическом смысле[[6]](#footnote-6).

Несмотря на разнообразие и значительную специфику действующих форм (источников) права, можно дать обобщающее определение понятию источник права.

Под источником права следует понимать санкционированную государством форму установления и выражения норм с правовым содержанием и придание ей общеобязательного значения. Поэтому рассматривать источник права следует в качестве связи содержания и формы, имеющей государственно-принудительный характер[[7]](#footnote-7).

Исследуя источник права как в материальном, идеальном, так и юридическом смыслах, нельзя не отметить тот факт, что каждому из них присущи некоторые общие черты.

Во-первых, форма права непосредственно связана с содержанием права. Она повсеместно выступает как способ позитивации, то есть объективного существования юридических норм в качестве официально установленных, государственно-обязательных правил поведения.

Во-вторых, форма права является результатом правотворческой деятельности. Только правотворческие субъекты управомочены формировать право. Соответственно своеобразие действующих в том или ином обществе форм права обусловлено спецификой их происхождения. Так, например, правовой прецедент является специфичной формой проявления судебного правотворчества, правовая доктрина правотворчества юристов и т.д.

В-третьих, форма права имеет официальный характер. Какие формы признаются в конкретной правовой системе - зависит от особенностей ее правовой культуры, сложившихся традиций правового регулирования и многих других обстоятельств. Но всегда к форме права обращаются как к официальному, то есть юридически признанному в данном государстве источнику правовых норм. Для правоприменительной практики форма права - это своеобразный «резервуар» юридических норм, основа разрешения конкретных жизненных ситуаций.

В-четвертых, форма права вносит в процессы юридического регулирования элементы стабильности, предсказуемости, законности. Благодаря тому, что правовые веления фиксируются в строго определенных и, как правило, письменных формах, обеспечивается их общеизвестность, доступность, единообразное понимание и применение на практике.

В-пятых, важным свойством форм права, выражающим особенности их внутрисистемных связей, является их иерархичность. Благодаря указанному свойству, формы права не только внешне выражают, но и особым образом организуют, структурируют нормативную волю государства. В зависимости от того, в какой форме закреплена та или иная юридическая норма, какое место она занимает в конкретном акте, определяется ее юридическая сила и особенности взаимосвязи с другими правовыми предписаниями.

Таким образом, форма (источник) права - это сложное и исключительно важное понятие юридической науки. Каждая правовая система характеризуется известным своеобразием действующих форм права, их особым набором, субординационными отношениями и т.д. Поэтому от общего понятия формы права необходимо перейти к рассмотрению их конкретных видов.

1.2 ВИДЫ ФОРМ (ИСТОЧНИКОВ) ПРАВА

Право как система общеобязательных правил для того, чтобы стать действительным регулятором общественных отношений, должно получить какое-то внешнее выражение. В правовой доктрине способы, с помощью которых государственная воля становится юридической нормой, обозначаются условным термином «источники (формы) права».

Для мирового юридического пространства, где сосуществуют и взаимно влияют друг на друга различные правовые системы, характерно разнообразие источников права. Они различаются в зависимости от того, каким способом тому или иному предписанию придается нормативный, общеобязательный характер. Исходя из специфики этого способа, различают следующие основные источники (формы) права:

- правовой обычай;

- нормативный правовой акт;

- судебный прецедент;

- договор нормативного содержания;

- общие принципы права;

- идеи и доктрины;

- религиозные тексты[[8]](#footnote-8).

1. Правовой обычай.

Этот вид источника права является наиболее древним. Он возник одновременно с государством и на первых этапах социального развития был основным. Обычаи являются наиболее важными союзниками государственной власти. Они возникают, развиваются и становятся необходимыми для определенной части граждан на протяжении длительного исторического развития. Определенная часть из них перестает соответствовать потребностям общества и утрачивает свое значение, «уступая дорогу» другим, более востребованным.

Правовой обычай - это санкционированное государством правило поведения, которое сложилось исторически в силу постоянной повторяемости и признано государством в качестве обязательной нормы поведения.

Обычно выделяют следующие виды правовых обычаев: прогрессивные, консервативные, реакционные. Государство санкционирует лишь те обычаи, которые не противоречат проводимой им политике, а также со сложившимися нравственными основами образа жизни.

Термин «обычай» в современных правовых системах трактуется, как правило, неоднозначно. Нередко наряду с ними используется понятие «обыкновение». Обыкновение, играющее большую роль в регулировании торговых отношений, определяется, как правило, сложившимся на основе столь постоянного единообразного повторения данных фактических отношений, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерений.

Как источники права правовые обычаи характеризуются следующими особенностями:

- носят локальный характер;

- тесно взаимодействуют с другими социальными нормами и, в частности, с религиозными (в Индии обычное право входит в структуру индусского права);

- их основные сущностные черты нередко отражаются в пословицах, афоризмах и поговорках;

- их применение обеспечивается санкцией государства;

- отличаются консервативным характером, придавая обязательный характер общественным отношениям, сложившимся в результате длительной общественной практики.

В международном праве обычай представляет собой не только форму выражения традиционно сложившихся норм, но и важный способ создания новых юридически обязательных правил поведения государств в различных сферах деятельности и международного общения. В данном случае обычай может рассматриваться как основание для создания новых норм международного права и как результат такого процесса.

Р. Давид различает три вида обычаев в зависимости от их роли в правовой системе.

1. Обычай secundum legem (в дополнение к закону), призванный облегчить уяснение смысла тех терминов и фраз закона или судебного решения, которые употреблены в особом, отличном от общепринятого значении - например, злоупотребление правом, разумная цена и т.д. Такие обычаи, по его мнению, играют наиболее важную роль в правовой системе.

2. Обычаи praeter legem (кроме закона) применяются в случае пробелов в праве. Однако прогресс законодательства и развития судебного правотворчества весьма ограничивает сферу их действия.

3. Также незначительная роль обычаев contra legem, или adversus legem (против закона), поскольку в случае коллизии обычая и закона предпочтение, как правило, отдается закону.

По мнению Р. Давида, действие правового обычая возможно при наличии следующих трех условий:

1. признание его в качестве правового общностью, в которой он сложился;

2. наличие определенного «возраста» обычая;

3. обычай не должен противоречить публичному порядку и добрым нравам либо должен быть разумным.

В странах общего права к обычаю предъявляются еще и такие требования, как непрерывность действия, использование с общего миролюбивого согласия, обязательная сила, определенность и согласованность.

Место обычая в системе источников современного права отражает эту эволюцию, которая в западном правоведении заключалась в переходе от полного его отрицания (ст. 7 французского Гражданского кодекса) к признанию обычая в качестве субмедиаторного, а в настоящее время - и основного источника права, равного закону. Наиболее ярко это проявляется в странах, где торговое право обособилось в самостоятельную, существующую параллельно с гражданским отрасль права (Франция, ФРГ, Япония и т.д.). К отношениям в сфере торговли применяются, прежде всего, нормы торгового права, независимо от того, являются ли они нормами законодательства или обычая. Поэтому при возникновении спора соблюдается следующая очередность применения источников: торговые законы; торговые обычаи; гражданские законы.

Особенно велико значение обычая в развивающихся странах Азии, Африки и Океании. В Африке нормам неписаного обычного права все еще следует свыше 80% населения, а в отдельных регионах тропического пояса - около 95%. Причем обычай здесь может регулировать как традиционные, так и экономические отношения.

В целом в современной правовой науке отсутствует единое понимание обычая как источника права, и даже в правовой доктрине одной и той же страны сложно найти разные определения правового обычая. Можно отметить, что вывод Р. Давида о том, что «изучение обычая никогда не было проведено должным образом», не утратил своей корректности и в настоящее время.

Например, Дигесты Юстиниана являются одним из величайших памятников правовой мысли периода Римской империи. Дигесты были созданы в VI веке н.э. во времена правления императора Юстиниана и являются основным источником знаний о римском праве. Они переведены более чем на 50 языков мира. Однако в России первая книга «Дигесты Юстиниана» как начало работы по полному переводу текста вышла только в 2002 г., а в августе 2005 г. вышел в свет последний 7-й том.

Значимость этого труда для современных юристов заключается, прежде всего, в том, что до 80% всей юридической терминологии, используемой в европейской юриспруденции в той или иной степени, было разработано римским правом. Многие страны мира (в том числе и Россия) широко используют основные положения (рецепцию) римского права.

Исторически первые источники права состояли из обычаев, систематизированных в определенном порядке.

2. Нормативный правовой акт. Нормативный правовой акт - установленный государством акт, содержащий общие правила поведения (норма права). Данная форма права известна всем обществам. По юридической силе нормативные акты делятся на законы и подзаконные акты.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ дает следующее определение нормативного правового акта - «изданный в установленном порядке акт управомоченного на то органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение и действующие независимо от того, возникли или прекратились конкретные правоотношения, предусмотренные актом».

Существуют и другие трактовки определений термина «нормативный правовой акт» различных видов.

Нормативный правовой акт, устанавливающий правовой статус организации - это «типовые примерные положения (уставы) об органах (например, территориальных), организациях, подведомственных соответствующим федеральным органам исполнительной власти, а также устанавливающие правовой статус организаций, выполняющих в соответствии с законодательством Российской Федерации отдельные наиболее важные государственные функции».

Нормативный правовой акт, имеющий межведомственный характер - это «акты, содержащие правовые нормы, обязательные для других федеральных органов исполнительной власти и (или) организаций, не входящих в систему федерального органа исполнительной власти, утвердившего (двух или более федеральных органов исполнительной власти, совместно утвердивших) нормативный правовой акт»[[9]](#footnote-9).

3. Судебный прецедент. Прецедент - это увековеченный принцип. Под прецедентом принято понимать характер поведения субъекта (субъектов) права в конкретной ситуации, которое рассматривается как образец поведения для других в аналогичных обстоятельствах.

Правовой прецедент - это решение по конкретному делу, которому государство придает силу общеобязательного в последующих спорах.

Судебный прецедент является весьма распространенной формой права в современном мире. Юридическая практика в целом и судебная практика в частности фактически получили значение источника права еще в Древнем Риме, поскольку ряд институтов римского права складывался именно в ходе судебной практики. В отечественной науке судебный прецедент как источник права отрицался. Назначение судебной практики признавалось как средство формирования правосознания юристов, являющегося личностным механизмом разрешения юридически значимых дел. Иными словами, судебная практика рассматривалась как определенная идеология.

Этот источник права широко используется в англосаксонской системе права. Так, в Великобритании право создано королевскими Вестминстерскими судами, так как общее право - это право судебной практики. Судебная практика в Великобритании и других государствах данной правовой семьи не только реализует право, но и создает норму права. Соответственно судьи исполняют роль субъектов правотворчества. Обязанность придерживаться норм права, уже содержащихся в общей части судебных решений, уважать судебные прецеденты вполне логична для права, созданного судебной практикой. Судьи в государствах с общей системой права обязаны придерживаться решений, принятых их предшественниками.

Судебный прецедент - источник права, в наибольшей мере раскрывающий своеобразие англосаксонской правовой системы. Возникший в Англии и распространившийся в десятках стран мира, он повсеместно остается в основе своей английским, хотя, конечно, и отражает специфику местных условий и британской колониальной политики[[10]](#footnote-10).

Условием действия системы прецедентов является наличие источников информации о прецедентах, то есть судебных отчетов (law reports). Об их важности свидетельствует тот факт, что доктрина обязательности прецедента сложилась в современном виде лишь в середине XIX века, когда запись судебных отчетов стала цельной системой.

Доктрина прецедента обусловливает особую роль суда в формировании и развитии права. Если на европейском континенте судьи лишь применяют правовые нормы, то в условиях прецедентного, или общего права (common law, judge made law), вынося решения или приговор, они одновременно объявляют или создают право, то есть выступают в роли законодателей. Альтернатива - «объявляют или создают» - объясняется неодинаковой природой судебных прецедентов. Одни из них (деклараторные) повторяют уже существующие нормы права или дают их толкование. Другие (креативные) - восполняют пробелы законодательства и создают, таким образом, новую норму

4. Договор нормативного содержания. В некоторых случаях способом установления норм права может быть договор. Он представляет собой содержащее юридические нормы соглашение между различными субъектами права. Такие договоры могут быть направлены не только на установление прав и обязанностей конкретных сторон договора, но и на установление норм права, которым обязуются подчиняться его будущие участники.

Нормоустанавливающее значение договоров признается во всех системах права. Особенное значение договора как источника права проявляется в таких отраслях права, как международное и конституционное право.

5. Общие принципы права. В некоторых странах своеобразным источником права признаются отправные, исходные начала правовой системы. Так, юристы стран как континентального, так и общего права в отсутствие законодательной нормы, обязательного прецедента или обычая могут ссылаться на принципы справедливости, доброй совести, социальной направленности права.

Общие принципы права отнесены к числу источников международного права ст. 38 Статута Международного суда[[11]](#footnote-11). Эта статья гласит: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет... общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». К общим принципам права относятся, например, такие положения, как «специальный закон отменяет действие общего закона», «позднейшим законом отменяется более ранний» и т.д.

6. Идеи и доктрины. Религиозные тексты. Под доктриной как источником права понимается наука (теория, концепция или идея), которые во всех без исключения случаях используются в правотворческом и правореализующем процессе. В романо-германской правовой семье доктрина имеет первостепенное значение, так как в течение длительного времени она была основным источником права, которое было выработано в университетах в период XVIII - XIX вв. В литературе отмечается, что относительно недавно с победой идей демократии и кодификации доктрина уступила свое первенство закону.

Особенно заметно значение доктрины, а также религиозной догмы в мусульманском праве, основанном на принципе авторитета религиозных догм и религиозных деятелей. Поэтому заключения древних юристов, знатоков ислама здесь имеют официальное юридическое значение. Аналогичная ситуация в индуистском праве.

Для мусульманского и индуистского права характерно переплетение с религией. Так, мусульманское право имеет четыре источника:

1. Коран - священная книга ислама, состоящая из высказываний Аллаха последнему из его пророков и посланцев Магомету (570-632);

2. Сунна - сборник традиций, связанных с посланцем Бога;

3. Иджма - единое соглашение мусульманского общества;

4. Кияс - суждение по аналогии.

Мусульманское право - это право общины верующих. Существующие в мусульманских государствах законы фактически воспроизводят указанные источники. Для мусульманского права характерно преобладание религиозного принципа применения, выражающегося в применении только в отношении мусульман. При этом предусматриваются изъятия из этого принципа в отношении немусульман.

В шариате широкое развитие получили следующие институты гражданского права: право собственности, договорное право, семейное и наследственное право. По мусульманскому праву обязательства подразделяются на возмездные и безвозмездные, а также двусторонние, многосторонние, срочные и бессрочные. Договор рассматривается как правовая и одновременно божественная связь. Брак рассматривается как религиозная обязанность каждого мусульманина. Наследованию подлежат только имущественные права. Обязанности умершего (пассивы) не могут переходить на наследников. Наследство открывается только после покрытия расходов, связанных с погребением умершего и уплаты всех его долгов.

Все преступления разделяются на три группы. К первой относятся посягательства на права мусульманской общины:

1. отступничество от Ислама;

2. преступления против порядка управления;

3. кражи;

4. употребление спиртных напитков;

5. прелюбодеяние (для доказательства требуется показание трех свидетелей) или ложное обвинение в этом.

Вторую группу составляют противоправные действия, посягающие на права отдельных лиц. Структура регулятивных норм носит бланкетный характер. Шариат допускает кровную месть, которая может быть заменена денежным выкупом при условии прощения со стороны родственников убитого. За нанесение телесных повреждений наступает ответственность по принципу талиона.

Третью группу преступлений составляют такие действия, как: оскорбления, хулиганство, растрата государственных средств, азартные игры и т.п.

Наказания по шариату носят публичный и устрашающий характер. Существует несколько видов смертной казни: повешение, четвертование, утопление, забрасывание камнями. Ворам отсекают конечности.

Индуистское право также основано на божественной доктрине, изложенной в книгах, именуемых шастры - драхма, артха и кама[[12]](#footnote-12).

Выявление круга источников в разных правовых системах имеет важное значение для раскрытия многих явлений правовой действительности. В частности, форма права влияет на выбор способа правового регулирования; от формы права зависит нормативность, степень общеобязательности и юридической силы различных установлений.

ГЛАВА 2. САНКЦИОНИРОВАННЫЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

2.1 ПОНЯТИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ И ЕГО МЕСТО В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

Всякий обычай - правило поведения, признаваемое в силу многократного повторения и социального признания образцом. Хотя обычай - одно из наиболее древних явлений, во многом предопределившее и «изнутри» повлиявшее на формирование права и его развитие, наукой он всегда воспринимался и оценивался неоднозначно, часто даже в рамках одного государства эта категория лишена внутреннего единства. Правовые обычаи как особая разновидность обычаев являются формой (источником) права, обладают юридической нормативностью, установлены в качестве правила в отношении неопределенного круга лиц и занимают особое место в механизме правового регулирования, при этом на разных исторических этапах и в разных отраслях права их роль и значение различны. Изначально законодательная власть вообще не касалась многих отношений, не считала своей задачей их определение, не решалась самостоятельно творить право и долгое время ограничивалась закреплением обычаев, поэтому «юридическое воззрение прокладывало себе дорогу» именно путем обычая: первые нормативно-правовые акты формализовали обычаи, а ранние кодификации систематизировали их. Позднее закон вытеснил обычное право, став господствующей формой.

Обычай - один из древнейших социальных регуляторов. Правовой обычай являлся неизменным спутником развития права на протяжении всей истории человечества. Древнеримские Законы 12 таблиц базировались именно на правовых обычаях. Право средневековой Европы также дает нам достаточно много примеров функционирования обычно- правовых норм (французские Кутюмы, Варварские Правды, Саксонское Зерцало средневековой Англии и т.п.).

Правовой обычай выступает в роли общенародного и обеспечительного способа формирования правовой системы. В своем действии он опирается на осознаваемую и неосознаваемую традицию социальной группы, а не на волевой акт какой-либо социальной группы.

Правовые обычаи существовали до появления закона. Правовые обычаи обязывали людей «во всей истории человечества». До законодательства Хаммураби существовали правовые обычаи; они управляли жизнью людей: все должны были вести себя согласно нормам, которые привыкли соблюдать. Эти нормы называются «общие правовые обычаи» - custom.

Представители теории права определяют правовой обычай как устойчивое, сложившееся в результате многократного применения правило общественного поведения людей, санкционированное государством, соблюдение которого гарантируется государственным принуждением. Правовой обычай есть результат наблюдения поведения людей. Это нормативный акт, который создается «людьми» или «народом».

Обычаи играют существенную роль в регулировании различных сторон общественной жизни. Они тесно связаны с правом, моралью, культурой, политикой, религией, другими социальными нормами. Исторически право как система норм в значительной степени вырастало из обычаев, которые санкционировались публичной властью по мере практической необходимости. Уже в этом заключается их генетическое родство. Данный процесс является постоянным, он продолжается и сейчас, так как право формируется не только «сверху», но и «снизу», из народных глубин, корней, традиций[[13]](#footnote-13).

Термин «обычай» в современных правовых системах трактуется, как правило, неоднозначно. Нередко наряду с ними используется понятие «обыкновение». Обыкновение, играющее большую роль в регулировании торговых отношений, определяется, как правило, сложившееся на основе столь постоянного единообразного повторения данных фактических отношений, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по сделке в случае соответствия их намерений. Обычаи принято определять как устойчивые и достаточно распространенные в определенной сфере правила поведения, которые в результате многократного, длительного повторения становятся привычкой, обыкновением, соблюдаемыми добровольно[[14]](#footnote-14).

В юридической науке все действующие в обществе нормы подразделяются на правовые (обычное право) и неправовые (общегражданские). Правовые обычаи потому и называются правовыми, что они получают отражение в праве, им охраняются, защищаются, приобретая тем самым юридическую силу. Одни из них прямо закрепляются в законе, другие лишь подразумеваются, третьи логически вытекают из тех или иных правовых норм. Чаще всего они просто упоминаются, что означает, что ими можно руководствоваться. Например, в п. 1 ст. 19 Гражданского кодекса РФ[[15]](#footnote-15) говорится: «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственное имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая».

Но во всех случаях правовые обычаи должны находиться в пределах правового поля, в сфере правового регулирования, а не за их границами. И конечно, они не могут противоречить действующему законодательству. Правовые обычаи призваны способствовать правореализационному процессу, дополнять и обогащать механизм юридического опосредования разнообразных общественных отношений[[16]](#footnote-16).

Правовой обычай является наиболее древним источником (формой) права. Он возник одновременно с государством и на первых этапах социального развития был основным. Обычаи являются наиболее важными союзниками государственной власти. Они возникают, развиваются и становятся необходимыми для определенной части граждан на протяжении длительного исторического развития. Определенная часть из них перестает соответствовать потребностям общества и утрачивает свое значение, «уступая дорогу» другим, более востребованным.

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

Как источники права правовые обычаи характеризуются следующими особенностями:

1. носят локальный характер;
2. тесно взаимодействуют с другими социальными нормами и, в частности, с религиозными (в Индии обычное право входит в структуру индусского права);
3. их основные сущностные черты нередко отражаются в пословицах, афоризмах и поговорках;
4. их применение обеспечивается санкцией государства; 5. отличаются консервативным характером, придавая обязательный характер общественным отношениям, сложившимся в результате длительной общественной практики[[17]](#footnote-17).

Что касается восприятия правового обычая российским законодателем, то последний особо выделяет правовые обычаи в сфере гражданско-правовых отношений, называя их обычаями делового оборота.

В ст. 5 ГК РФ в связи с этим закрепляется положение, согласно которому «обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе».

В Законе особо оговаривается, что обычаи делового оборота, противоречащие «обязательным для участников соответствующего отношения положения законодательства или договору», не применяются.

В ст. 848 ГК РФ говорится: «Банк обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленные в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное». Аналогичные ссылки на обычаи содержатся в ст. ст. 852, 853, 862 и других нормах Гражданского кодекса РФ.

Примером правовых обычаев можно назвать ст. ст. 130, 131, 132 Кодекса торгового мореплавания РФ[[18]](#footnote-18).

Статья 99 Конституции РФ, не употребляя слова «обычай», тем не менее закрепляет давно сложившееся правило, согласно которому «первое заседание Государственной Думы открывает старейший по возрасту депутат».

Однако по мере развития общества и укрепления государственности, правовой обычай постепенно утрачивал свои ведущие позиции в системе источников права, вытесняясь на периферию правового регулирования централизованно изданными актами государства. В настоящее время обычай используется главным образом в качестве дополнительного источника права в весьма незначительных областях правового регулирования.

Постепенное уменьшение роли обычая в правовом регулировании обусловлено рядом факторов. Главная причина состоит в том, что обычай, в силу своих особенностей, оказался малоэффективной формой права в условиях быстро развивающегося, динамичного общества.

Обычай, весьма, консервативная форма права. Он медленно вызревает в недрах общественной жизни и рассчитан на длительное использование в относительно устойчивой и неизменной системе отношений. Наиболее естественной средой обычного права является традиционное общество, с его простыми и устоявшимися связями. В таком обществе обычай является не только естественной, но и весьма полезной формой регулирования, способствуя закреплению и передаче от поколения к поколению определенных, проверенных исторической практикой, правил поведения. Положение, однако, меняется по мере того, как общественные отношения усложняются, и от права требуется большая гибкость и динамизм. В таких условиях обычай объективно становится архаичной (то есть устаревшей) формой права и постепенно вытесняется иными источниками (нормативными актами, договорами и т.д.).

На определенном этапе развития общества обычно-правовое регулирование вступает в противоречие с общей тенденцией усиления государственной власти и свойственной ей централизацией правотворческих функций. Известно, что обычай, в известные исторические периоды развития разных народов, не только соперничали пои своей юридической силе с установлениями государственной власти, но и ставились выше последних. Издавая тот или иной нормативный акт, государству часто приходилось обосновывать его «законность», апеллируя к вековым традициям и обычаям своего народа. Такая ситуация противоречила притязаниям государственной власти на безусловный авторитет в правовой сфере постепенно была преодолена в пользу последней.

Важной особенностью обычая является так же его локальный характер. Каждая более или менее устойчивая социальная общность (нация, народность, сословие и т.п.) исторически вырабатывает свои обычаи. В них выражаются особенности ее быта, культуры, истории и тому подобное своеобразие. Учитывая это, обычай не всегда пригоден служить всеобщей нормой поведения в государстве, объединяющим в пределах своей территории самые разнообразные культурно-этнические, религиозно-конфессиональные и иные группы населения. Даже в современном обществе нередки случаи, когда государство, признавая юридическое значение за определенными обычаями, вольно или невольно стимулирует негативное отношение к ним со стороны тех социальных групп, которые такие обычаи не разделяют. Это лишний раз говорит о том, что обычное регулирование глубоко укоренено в психологии и культуре того или иного народа и государство должно использовать его весьма осторожно и грамотно.

В некоторых случаях сложившиеся в той или иной социальной среде обычаи вступают в прямое противоречие с правовой политикой государства. Например, обычаи, закрепляющие фактическое бесправие женщины, обычаи кровной мести и т.д. Такие обычаи современное демократическое государство не только не признает в качестве юридически значимых, но и принимает меры, направленные на их искоренение.

Вместе с тем правовые обычаи и сегодня продолжают играть определенную роль в регулировании социальных отношений. Правовой обычай является одним из официальных источников права в российской правовой системе. Возможность его использования предусмотрена, в частности, гражданским и семейным законодательством. Так, в статье 5 ГК РФ сформулирована официальная дефиниция обычая делового обычая, как одного из источников гражданского права. Обычаем делового оборота, согласно указанной статье, признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Однако юридическое значение признается не за любыми обычаями делового оборота, а лишь за теми, которые не противоречат обязательным для участников соответствующего положения законодательства или договору (ч. 2 ст. 5 ГК РФ).

Использует гражданское законодательство и понятие национального обычая. В соответствии со статьей 19 ГК РФ приобретает и осуществляет права и обязанности под свои именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая. Близкое по смыслу положение закреплено и статьей 58 Семейного кодекса Российской Федерации[[19]](#footnote-19), определяющей право ребенка на имя, отчество и фамилию. В части 2 статьи указывается: «Имя ребенку дается по соглашению родителей, отчество присваивается по имени отца, если иное не предусмотрено законами субъектов Российской Федерации или не основано на национальном обычае». Правовые обычаи используются и в торговом праве, например, при определении сроков погрузки судна, если такие сроки не были установлены соглашением сторон.

Таким образом, правовой обычай, выступая как один из древнейших источников права, и по сегодняшний день продолжает играть определенную роль в регулировании социальных отношений. Правовой обычай является одним из официальных источников права в российской правовой системе. Возможность его использования на территории Российской Федерации предусмотрена гражданским, семейным, торговым законодательством.

Однако несмотря на то, что обычай продолжает оставаться одним из источников современного права, необходимо отметить тот факт, что его использование в настоящее время ограничено достаточно узкими сферами общественных отношений и в целом он имеет значение дополнительного, субсидиарного источника.

2.2 ФОРМЫ САНКЦИОНИРОВАНИЯ ГОСУДАРСТВОМ ОБЫЧНЫХ НОРМ

Осуществляя функцию установления в обществе единого порядка государство непосредственно через государственные органы издает обязательные для всех законы, а также осуществляет санкционирование норм, которые сложились независимо от них в виде обычая.

Формы и методы участия государственных органов в обеспечении действия обычных норм многие десятилетия вызывают напряженные дискуссии. Имеются жесткие позитивистские высказывания относительно разрешительного механизма[[20]](#footnote-20). Другая крайность состоит в полном игнорировании мнения государства, при этом обычаи действуют сами по себе в силу того, что они есть. Развитие этого тезиса неизбежно ведет к абсолютизации дерогационных возможностей обычая, самодостаточности обычаев[[21]](#footnote-21). Имеются толерантные подходы: источником возникновения обычая признается общество, а государство выполняет по отношению к нему оценочно-иерархические действия. С одной стороны, органы государственной власти оценивают содержание обычных норм на предмет их соответствия требованиям закона. С другой – положительная оценка включает обычай в иерархическую систему форм права, первенство в которой принадлежит законодательству.

Актуальность вопроса о содержании понятия «санкционирование» предопределена тем, что оно достаточно активно используется в законодательстве[[22]](#footnote-22). Термины «санкционирование», «санкция» традиционно используются в связи с рядом разрешающих действий прокурора. Законодатель использует в качестве синонимов слова «санкционирование» и «разрешение».

Дополнительные грани в понимании термина «санкционирование» выявил С.С. Алексеев, по мнению которого государство не только одобряет обычаи, но и считают «своими», вкладывает в них свою государственную волю[[23]](#footnote-23).

Таким образом, термин «санкционирование» применяется для характеристики различных действий в связи с формами права или правоприменительной деятельностью. Объединяющим началом этого термина является выражение отношения к явлениям, возникшим без участия этой оценивающей структуры с целью определить направления и порядок взаимодействия с другими элементами системы.

С одной стороны, санкционирование может пониматься как разрешение, с другой – как принятие под свою защиту, включение в общую иерархическую систему. В этом случае термин «санкционирование» становится родственным слову «приятие». Таким образом, санкционирование означает выражение отношения государственных органов к обычному праву, в результате которого оно получает защиту со стороны государства, которое дополняет собственные его свойства.

Неоднозначность содержания процедуры и субъектов санкционирования предопределила множественность классификаций по различным основаниям.

В зависимости от органа, осуществляющего санкционирование, выделяют санкционирование:

1. законодательным органом путем закрепления в бланкетной норме отсылки к правовому обычаю в связи с конкретными отношениями;
2. судебными органами путем использования в качестве основания обычая без разрешения законодателя («молчаливое» санкционирование);
3. судебными органами определенного порядка разрешения дел, сложившегося в обыкновение судебной практики.

По характеру выражения выделяют санкционирование письменное и устное («молчаливое»).

Использование в качестве основания степени распространенности санкционирования на отношения дает конкретное (индивидуальное) и абстрактное (неперсонифицированное, безадресное).

Возможно выделение уровней санкционирования:

1. первичное (законодательное);
2. вторичное (правоприменительное).

По времени выполнения: предварительное и последующее.

Приведенные виды санкционирования не противоречат друг другу, но могут быть взаимодополняемы. Комплексный анализ явления с использованием приведенных классификаций позволит глубже проникнуть в содержание, процедуру и участников процесса санкционирования. Рассмотрим некоторые виды санкционирования.

1. Санкционирование с помощью прямого разрешения закона предполагает наличие в бланкетной норме разрешения использовать обычай. Более полная характеристика данного способа с учетом других классификаций будет выглядеть следующим образом: письменное, абстрактное, первичное, предварительное санкционирование.

Подобный подход имел сторонников в дореволюционной, советской и имеет их в современной науке. Так, например, С.Л. Зивс высказался за то, что санкционирование обычая нормативным актом осуществляется «лишь путем отсылки, без прямого (текстуального) его закрепления в нормативном акте»[[24]](#footnote-24). При этом существо обычного права оставалось неизменным.

Взаимосвязь понятий «практика – обычай – правовой обычай» достаточно разработана С. Братусем и И. Самощенко. Они проследили пути формирования правового обычая, в которых юридическая практика и законодательное основание не противоречат друг другу, а выступают последовательными стадиями процесса санкционирования[[25]](#footnote-25). Принципиальным представляется, что авторы не провозглашают государство создателем обычая. В результате законодательного санкционирования обычай сохраняет общественный авторитет, он тон дополняется государственным принуждением.

2. Санкционирование непосредственно судебной властью независимо от разрешения законодателя является письменным, конкретным, вторичным и последующим. Квалифицирующим признаком является молчание законодателя по этому поводу. Суд управомочен самостоятельно определять допустимость применения к конкретным правоотношениям обычных норм. Это придает процедуре казуальный характер. Отнесение этого способа санкционирования к последующим означает, что обычай возникает самостоятельно, стороны (или сторона) воспользовались им, а суд после свершившихся обстоятельств оценивает применимость обычая и, в случае положительного решения этого вопроса, санкционирует обычное правило. Абсолютизация роли судебной власти в санкционировании обычаев характерна для англо-саксонских государств. Закрепление за судами правотворческой функции позволяет считать санкционирование осуществившимся путем закрепления обычного правила в прецедентах. В отечественной юридической науке сторонником абсолютизации роли судов в санкционировании обычаев выступал С. Голунский, по мнению которого основной формой санкционирования обычая государственной властью выступает судебное решение[[26]](#footnote-26).

Определенное признание имеет позиция о наличии двух вариантов санкционирования обычая: «путем отсылки к нему в норме закона и (или) путем решения на его основе судебного дела»[[27]](#footnote-27). Позиция относительно обычая, санкционированного судебной практикой, достаточно распространена, что, впрочем, не делает ее бесспорной. Сами судебные решения не разрешают никаких обычаев, как правило, не создают их, не отсылают к ним, не дают им какого-либо статуса. Скорее наоборот, суд может пользоваться обычаев, если он уже есть как форма права, признан, имеется. Он может проверить содержание обычая, его известность сторонам, нравственность его положений, соответствие нормативным правовым актам. Кроме того, сама деятельность суда должна первоначально основываться на законе. В связи с обязательностью судебного решения правовой обычай получает подкрепление своей силы со стороны государства.

Для точного и единообразного понимания меры участия судебных органов в формировании обычаев следует разделять некоторые грани судебной практики. С одной стороны, на основании законодательной отсылки суд может при рассмотрении конкретных дел использовать соответствующие обычаи. С другой стороны, сама правоприменительная деятельность вполне закономерно выступает источником обычаев, которые можно назвать судебными. Они, как правило, касаются процессуальных правил поведения. Но возможен и третий вариант. Судебная деятельность породила определенное понимание, толкование норм материального права. На основании именно определенного толкования сложилась судебная практика. По своей природе и сущности это также обычай, санкционированный судебным органом государственной власти.

1. Двойственное, поэтапное санкционирование по цепочке: закон – суд признано как в отечественной, так и в зарубежной теории права. Такой гибкий вариант санкционирования обычая в несколько стадий позволяет унифицировать научные наработки в данном вопросе. Его достоинства состоят в попытке примирения усилий всех публичных институтов для выработки общего отношения к обычаям, для их поддержки принудительной силой государства.

Так, М.А. Супатаев выделяет два уровня санкционирования обычаев. К первичному относится абстрактное, законодательное санкционирование. Второй уровень – судебное решение по конкретному делу[[28]](#footnote-28). К. Кульчар обоснованно писал, что государство признает заявляющую о себе в поведении норму, использует ее, и таким образом она обеспечивается возможностью принуждения и превращается в правовую[[29]](#footnote-29). Обоснованным и взвешенным представляется мнение югославского ученого Р. Лукича, который разделял конкретное санкционирование (суда) и абстрактное (законодателя)[[30]](#footnote-30).

Дуалистическая позиция поэтапного санкционирования представляется достаточно аргументированной. Она позволяет сохранить общественное происхождение обычно-правовых норм, предполагает наличие абстрактного разрешения законодателя на использование обычая и индивидуальную деятельность судебной власти при преломлении обычных норм к конкретным правоотношениям.

4. Санкционирование судебными органами определенного порядка разрешения дел, сложившегося в обыкновение судебной практики, имеет место в том случае, если сама юридическая практика ведет к образованию своеобразных судебных обычаев, складывающихся в конце концов в целую систему права.

Судебная практика представляет собой сложившееся направление правоприменительной деятельности, и в этом смысле она образует правовой обычай в форме обыкновения. Оно не представляет собой норму, а факт. По характеру выражения судебные обыкновения имеют устную форму, так как ни законодатель, ни судебные органы прямо не прописывали право судов создавать и санкционировать обыкновения своей деятельности. Сам же порядок возникновения судебных обыкновений схож с происхождением обычных норм. А результаты этого процесса могут закрепляться в письменной форме (например, пленумы высших судебных инстанций), но могут существовать как совокупность поступков. Суды могут выполнять роль фиксатора обыкновений.

Многообразие гаммы оттенков во взаимоотношениях обычного права и государства свидетельствует о том, что эти явления не поглощают друг друга, не создают друг друга. На стыке их интересов действительно возникает феномен взаимной поддержки. Так, государство путем указания в нормативных актах отсылок указывает на применяемость обычных норм. С другой стороны, сами органы власти исходя из необходимости преемственности и стабильности их функционирования создают и охраняют свои обыкновения.

Имеют место примеры прямого запрета обычных норм в государственных документах. Но от этого сам обычай не исчезает. В тень от официального контроля может уйти практика его применения. Такая своеобразная консервация обычных норм (как и религии) известна отечественной истории. И без того локальный по своей сущности обычай еще больше локализуется, но из этого очага он может при возникновении благоприятных условий вновь широко распространиться.

Приведенные диалектические зависимости достоинств и недостатков обычного и законодательного права демонстрируют необходимость пересмотра некоторых принципиальных установок. Нет необходимости противопоставлять элементы общей системы форм права – обычай и нормативный акт. Только их равноправие и уважительное партнерство дадут указанной системе необходимую устойчивость.

ГЛАВА 3. РОЛЬ И ЗНАЧЕНИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ В ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ ЗАПАДНЫХ СТРАН

3.1 ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В СИСТЕМЕ РОМАНО-ГЕРМАНСКОГО ПРАВА

Вопрос о понятии и содержании обычая как источника романо-германского права, а также его месте и роли среди других источников данной правовой семьи, равно как и вопрос об общем понятии правового обычая, довольно сложный и противоречивый.

Это проявляется в том, что в рамках романо-германской правовой семьи издавна сложились и продолжают существовать два взаимно исключающих друг друга взгляда и подхода к обычаю как источнику права, к определению его места и роли в системе других источников права. Это, с одной стороны, так называемая «социологическая концепция», не в меру преувеличивающая роль обычая в сфере распространения романо-германского права, а с другой - позитивистская теория, фактически противопоставляющая обычай закону и в практическом плане сводящая его роль на нет.

Оценивая значимость каждой из этих концепций и степень их адекватности реальной действительности, Р. Давид и К. Жоффре-Спинози совершенно справедливо отмечают, что для позитивистской теории «характерно отсутствие реализма, тогда как социологическая школа, напротив, преувеличивает роль обычая». По мнению авторов, обычай в романо-германском праве не является «тем основным и первичным элементом права, как того хочет социологическая школа. Он лишь один из элементов, позволяющих найти справедливое решение. И в современном обществе этот элемент далеко не всегда имеет первостепенное значение по отношению к законодательству». Но его роль вместе с тем отнюдь «не так незначительна, как полагает юридический позитивизм»[[31]](#footnote-31).

Другой, не менее значимой причиной существующих в теории трудностей понимания правового обычая, является противоречивость суждений об обычаях, существующих в странах романо-германского права, и их роли среди других источников права. Подтверждением этому выступает тот факт, что во многих исследованиях допускается ничем не оправданная «унификация» значимости обычаев в пределах рассматриваемой правовой семьи, несмотря на то, что в конкретных правовых системах, формирующих романо-германское право, их роль и значение далеко не одинаковы[[32]](#footnote-32).

Так, в Испании и в ряде других испано-язычных стран обычай как источник права играет весьма важную практическую роль, и ему, естественно, придается большое значение. Достаточно сказать, что в некоторых провинциях Испании, в особенности в Каталонии, обычное право, сформированное на базе местных обычаев, почти полностью заменяет собой «национальное гражданское право» (систему норм, содержащихся в «национальном» гражданском кодексе), и в силу этого вполне обоснованно рассматривается применительно к подобным случаям не только как «весьма важный, но и как фактически первичный источник права»[[33]](#footnote-33).

Однако совсем по-иному обстоит дело с местом и ролью обычаев как источников права в других странах романо-германского права. Типичным примером в этом отношении может служить Франция, где роль обычая в теоретическом и практическом плане считается весьма незначительной.

Французские юристы «пытаются видеть в нем (обычае) несколько устаревший источник права, играющий незначительную роль с того времени, когда мы вместе с кодификацией признали бесспорное верховенство закона».

Аналогичная, относительно ограниченная роль обычая просматривается не только во Франции, но и в некоторых других странах романо-германского права. Например, определяя место и роль обычая в системе немецкого права, многие исследователи последовательно указывают на то, что как отдельно существующие обычаи, так и обычное право Германии в целом в настоящее время имеют «весьма ограниченное влияние», хотя и вбирают в себя «признаваемую в качестве обязательной всю повседневную социально-значимую практику». Обычаи в правовой системе Германии - это «почти исчезающий источник немецкого права»[[34]](#footnote-34).

Несмотря на то, что данная точка зрения не всеми авторами разделяется, она, тем не менее, свидетельствует о том, что представление об обычае, его месте и роли в одних странах романо-германского права, в данном случае - в Германии и Франции, трудно сопоставимо с представлением о нем и его реальной значимостью в других странах романо-германского права, в частности в Испании.

Из этого следует, что «унификация» различных представлений об обычае в рамках романо-германского права, а также о его роли и значении в системе источников права как «первичного источника» является весьма спорной и проблематичной. Нельзя механически переносить сильные или слабые стороны обычаев как источников права одних стран на другие страны, а тем более, неправомерно придавая им общий или всеобщий характер, - на всю романо-германскую правовую семью в целом.

Тот факт, что обычаи в теоретическом и практическом плане являются первичными источниками права в одних странах романо-германского права, вовсе не означает, что они воспринимаются в качестве таковых и в других странах. Не означает это и применительно к романо-германской правовой семье в целом. В силу этого весьма распространенное в западной литературе утверждение о том, что существует «общее признание обычая как первичного источника в системе иных источников романо-германского права при осознании того факта, что во многих европейских и других странах обычай играет довольно скромную роль», имеет, как представляется, не только спорный, но и весьма условный характер.

Более правдоподобно и оправданно было бы говорить об обычаях не как об «общепризнанных первичных источниках» романо-германского права, а как об источниках права, имеющих в разных странах, принадлежащих к данной правовой семье, свои общие черты и особенности, сходные традиции своего возникновения и становления, общие закономерности и тенденции своего развития.

Наряду с вышеуказанными причинами, сложность и противоречивость вопроса о понятии и содержании обычая как источника романо-германского права, а также о его месте и роли в системе других источников права проявляется в том, что данный вопрос в силу целого ряда объективных и субъективных причин в течение весьма длительного времени не столько разрешался, сколько в огромном количестве опубликованных по данному вопросу работ непроизвольно затушевывался.

В частности, многих исследователей романо-германского права приводило в замешательство то обстоятельство, что в явном «несоответствии» друг с другом находились и находятся два таких весьма очевидных и показательных явления, как огромное количество научных публикаций, посвященных обычаю в системе романо-германского права, с одной стороны, и относительно небольшая значимость, которая придается в реальной действительности обычаю как источнику романо-германского права - с другой.

Количество работ, посвященных исследованию обычая в романо-германском праве, обратно пропорционально той реальной роли, которую выполняет данный источник права в рассматриваемой правовой семье.

Одна из причин такого рода диспропорции заключается, прежде всего, в том, что, уделяя повышенное внимание обычаю как источнику права, западноевропейские юристы-ученые и практики хотят тем самым показать, что право - это нечто такое, что создается не только законодательной властью государства, но и творится самим обществом, что право не вмещается в рамки закона и не ограничивается законом. Оно шире, глубже и гибче закона.

Другая причина столь обостренного внимания к обычаю, особенно в академических кругах, усматривается многими авторами в том, что в настоящее время в рамках романо-германского права «по инерции» продолжает существовать и оказывать влияние на правовое воззрение исследователей старейшая традиция, согласно которой обычаю как важнейшему и основополагающему источнику романо-германского права в период его становления и развития вполне оправданно и закономерно придавалось решающее значение[[35]](#footnote-35).

Восприятие обычая как основополагающего по своей значимости первичного источника романо-германского права в значительной степени сохраняется в настоящее время, несмотря на то, что в самом статусе обычая и в отношении к нему со стороны государства и общества за весь период существования романо-германской правовой семьи очень много изменилось. Так, играя огромную роль в римском праве, основные идеи, принципы и институты которого легли в основу процесса становления и развития романо-германского права, обычай в значительной мере утратил свое прежнее значение как источник права уже вскоре после падения Римской империи.

Разумеется, обычай как таковой никогда не переставал существовать и на более поздних этапах развития романо-германского права. Функционировал он как источник романо-германского права и в период между падением Римской империи и возникновением в странах Западной Европы в ХII-ХIII вв. так называемого «правового ренессанса».

Однако в данный период, когда «право не изучалось» и «не действовало», равно как и не функционировала судебная система, основанная на праве, поскольку спорные вопросы решались в основном путем «обращения к богу за справедливым разрешением», а также путем проведения поединков между спорящими сторонами и путем принесения ими клятвы, в этих условиях обычай играл лишь весьма незначительную роль.

В этот период «в общем и целом» обычаи все же соблюдались, но им при этом отводилась, скорее, «социологическая», далеко не первостепенная роль. В силу этого, в случае возникновения конфликтов интересов, мало кого интересовало при их разрешении, были ли какой-либо стороной нарушены какие-либо нормы, содержащиеся в обычаях. Основное внимание судей, как и спорящих сторон, было обращено, прежде всего, к Провидению.

По мере наступления в XIII в. в европейских странах «правового ренессанса», подготовленного не в последнюю очередь благодаря интенсивному обучению римскому и каноническому праву в европейских университетах и построению общества на правовой основе, в них появляется реальная возможность осуществления правосудия на основе норм, содержащихся в обычаях.

Прослеживая тенденции развития обычая как источника романо-германского права в последующие за наступлением «правового ренессанса» годы и столетия, эксперты в области сравнительного правоведения констатируют, что несмотря на имеющиеся различия в оценке роли и значения обычаев в различных странах, значимость их повсеместно в Европе по мере усложнения общества и формирования его разветвленной правовой системы постепенно уменьшалась.

Это было обусловлено многими объективными и субъективными причинами, включая процесс формирования значительных по своей территории по сравнению с прежними феодальными доменами централизованных государств, где местным и даже региональным обычаям оставалось все меньше места. Обычай все больше вытеснялся из системы источников романо-германского права, также издававшимися государственной властью статутами и отчасти принимавшимися судами «судейскими решениями».

Определенное влияние на процесс исторической «девальвации» обычаев в системе романо-германского права оказали проводившаяся в ХV-ХVII вв. во Франции и в других европейских странах компиляция[[36]](#footnote-36) огромного количества «накопившихся» в течение предшествующих столетий обычаев, а позднее - последовавшая за ней кодификация.

Несомненно, что компиляция различных по своему объему и характеру обычаев была объективно необходима и имела для становления и развития национальных правовых систем трудно переоценимое значение. Приводя в определенный порядок (причем в письменной форме) издавна сложившиеся, весьма разнородные и нередко противоречащие друг другу обычаи, компиляция значительно упрощала их использование в судейской и иной правоприменительной деятельности, сводила к минимуму встречавшиеся между ними противоречия, способствовала повышению их четкости и стабильности, гибкости и адаптированности.

Однако компиляция влекла за собой и иные последствия. А именно: систематизируя в определенной мере обычаи и придавая им письменную форму, она тем самым в большей или меньшей степени, независимо от желания и намерения осуществлявших ее властей, неизбежно извращала (разрушала) их изначальную природу и назначение. Искусственно приспосабливая к новым условиям старые обычаи и насильственно «модернизируя» их, компиляция тем самым подрывала изначально заложенный в них природный потенциал, опускала обычай как источник романо-германского права до уровня обычного законодательного акта. Облеченный в письменную форму обычай фактически теряет свою изначальную природу и вряд ли в силу этого может и дальше рассматриваться в качестве такового.

Значительное влияние на процесс девальвации обычая как источника романо-германского права оказала наряду с компиляцией и кодификация. Широкое проведение ее в странах Западной Европы в XIX и особенно в XX вв. со всей очевидностью свидетельствовало о том, что в системе источников права рассматриваемой правовой семьи на первый план все больше выступали законодательные акты, творимые государством, а не обычаи, создаваемые самим обществом.

Это самым непосредственным образом сказалось на правоприменительной практике этих стран, где при рассмотрении судебных споров и возникновении юридических коллизий предпочтение отдавалось не обычаям, а законодательным актам, а также отразилось и на правовой теории.

Последнее проявилось, в частности, в том, что вскоре после проведения в XIX в. широкомасштабной кодификации в странах континентального права французская правовая доктрина встала в этот период на путь полного отрицания существования в любом виде обычного права.

Парадоксальность и внутренняя противоречивость подобного подхода к обычаю и обычному праву в этот период заключалось в том, что обычай и обычное право во Франции, равно как и в других странах, никто не отменял и кардинально не изменял. Часть из них была «интегрирована» в кодифицированное законодательство, а другая - продолжала существовать и функционировать.

Более того, в этот период и во все последующие годы в западной литературе велись не подвергавшие никакому сомнению сам факт существования в континентальном праве обычаев и обычного права споры, в частности, относительно того, является ли сложившаяся торговая практика составной частью обычного права, выступает ли она как сложившийся обычай или же это всего лишь просто - обычай.

Кроме того, при оценке данного подхода, полностью отрицавшего роль и значение обычного права в пользу статутного, кодифицированного права, нельзя не учитывать и то, что в области правовой теории данного периода в Германии и других европейских странах продолжала действовать и оказывать свое соответствующее влияние на их правовую жизнь историческая школа права. Одним из ее главных постулатов, как известно, был тезис о том, что право как таковое отнюдь не сводится лишь к системе норм или предписаний, исходящих от различных государственных органов и навязываемых обществу извне. Право, по мнению основоположника данного направления в юриспруденции Г. Гуго (1764-1844) и его последователей Г. Пухты, К. Савиньи и других, создается не столько благодаря усилиям законодателя, сколько стихийным путем, путем саморазвития, стихийного формирования правил поведения в обществе и добровольного их восприятия обществом. При этом презюмируется, что система норм, исходящих от государства и образующих позитивное право, является производным от системы норм, формирующих обычное право. В свою очередь последнее является производным от общественного сознания или от того, что называется «народным духом».

Комментируя основные положения, составляющие правовое кредо исторической школы права, известный русский юрист И.В. Михайловский писал в начале XX в. в своих «Очерках философии права»: историческая школа в лице Пухты учила, что юридические нормы находятся в готовом виде в глубине народного духа» и что они «проявляются вовне посредством обычаев, фактического их соблюдения[[37]](#footnote-37).

Данный и многие другие комментарии основных положений исторической школы права, исходивших фактически из приоритета обычаев и обычного права над статутами и статутным (позитивным) правом и имевших место в разных странах, свидетельствовали не только о популярности этого направления в юриспруденции в конце ХУ1П-Х1Х в., но и о приверженности подавляющего большинства авторов идее сохраняющейся важности, большей значимости обычаев и обычного права в структуре романо-германского права.

Об этом свидетельствовали также и предпринимавшиеся за пределами исторической школы права попытки развития идеи «народного духа», «национального духа» или «народного чувства права», лежащего, по мнению авторов, как в основе позитивного права, так и в основе обычного права.

Народное чувство права, писал по этому поводу Р. Иеринг в своей работе «Борьба за право», это есть драгоценнейшее благо, какое должно хранить и развивать государство, желающее пользоваться уважением во вне и твердо, непоколебимо стоять внутри. В здоровом, крепком чувстве права всего общества и отдельных личностей государство обладает богатейшим источником своей собственной силы, вернейшей гарантией своего собственного существования внутри и вовне[[38]](#footnote-38).

Обычай сохранялся и сохраняется на протяжении всей истории становления и развития романо-германского права, причем в самых различных (хотя иногда и бесспорных) формах и проявлениях. Речь идет об обычаях устных и письменных, упорядоченных (компилированных) и неупорядоченных (не компилированных), местных (на уровне отдельных общин или сообществ) и региональных, общих (на уровне нации, народа) и локальных, правовых и неправовых и др.

Вместе с обычаями во многом «сохранились», хотя и в «модернизированном» виде, непосредственно связанные с ними и до конца не решенные проблемы. Среди них такие, например, которые касаются их отличительных черт и особенностей, их общего и особенного как источников континентального права по сравнению с другими источниками права, в частности прецедентом и нормативным актом.

В западной юридической литературе традиционно обсуждается и не находит однозначного ответа, например, вопрос о сходстве и различии применяемого судом нормативного акта и используемого им же обычая. Довольно распространенным является мнение, высказанное Г. Кельзеном: «Нет никакой разницы между нормами, содержащимися в обычаях, и нормами, содержащимися в законодательных актах при рассмотрении их под углом зрения их взаимоотношения с правоприменительными органами»[[39]](#footnote-39).

Утверждение о том, что нормы, содержащиеся в обычаях, приобретают юридический характер и становятся правовыми лишь в том случае, когда они хотя бы частично применяются судами, является не в большей и не в меньшей степени верным, чем подобное же утверждение, сделанное в отношении актов, исходящих от законодательных органов.

Иными словами, в аспекте правоприменения Г. Кельзеным не усматривается никакой разницы между нормативно-правовыми актами, с одной стороны, и обычаями - с другой. Данная точка зрения хотя и является широко распространенной, но не является общепринятой в западной юридической литературе.

Наряду с ней по данному вопросу существуют и иные воззрения. Согласно им ни закон, ни какой-либо иной нормативный акт не могут ни при каких обстоятельствах приравниваться к обычаю, так как они уже с самого начала своего существования, в силу того, что исходят от государства и обеспечиваются государством, приобретают характер правовых актов, в то время как обычай становится таковым лишь после того, как он «интегрируется» (путем использования его судом или другим государственным органом) в «позитивное право».

Как отмечали некоторые авторы еще в конце XIX в., обычай приобретает юридический характер, становится правовым лишь после того, как он «превращается в составную часть позитивного права». Такое превращение считается состоявшимся только тогда, когда обычай воспринимается и принимается судом, и когда последовавшее за этим судебное решение обеспечивается принудительной силой государства. До «восприятия» действующего обычая судом и до облачения его в юридические санкции обычай представляет собой лишь не что иное, как «норму позитивной морали» или, что одно и то же - обычное право, соблюдаемое в повседневной жизни гражданами или другими субъектами общественных отношений.

Сравнивая позиции исследователей по одному и тому же вопросу, а именно - по вопросу о соотношении обычаев с законами и другими нормативными правовыми актами, нетрудно заметить, что имеем дело с диаметрально противоположными позициями авторов. Причем не только и даже не столько в отношении формально-определенных или иных черт и особенностей обычая и закона как источников романо-германского права, сколько в отношении истоков и природы их юридической силы.

Так, в первом случае, когда обычай приравнивается к закону в правоприменительном аспекте, это означает, что тем самым за обычаем признаются юридическая сила ввиду самого факта его возникновения и существования. При таком подходе, перекликающемся с доминирующим взглядом на обычай в англосаксонском праве, обычай и закон рассматриваются как источники права независимо ни от чего и до того, как они, благодаря использованию их судами, получат свидетельство их юридической аутентичности и идентичности.

Основное различие между ними при этом проводится не по характеру их юридической силы и способу ее приобретения, а по внешним, хотя и весьма важным признакам.

Г. Кельзен, например, усматривает основное, «реальное различие» между обычным правом, формируемым с помощью обычаев, и статутным правом, состоящим из норм, содержащихся в законах и других нормативных актах, в уровне их централизации или децентрализации. Статутное право, по мнению авторов, гораздо более централизованно во всех отношениях (в процессе формирования, обеспечения и правоприменения), нежели обычное право.

Помимо названного, довольно «нестандартного» различия обычного и статутного права, Г. Кельзеным и другими авторами рассматриваются и иные довольно традиционные особенности и черты обычаев и законов. Указывается, например, на различный порядок их возникновения и становления. Обычай создается самим обществом, индивидами - членами общества в процессе длительного и многократного повторения одних и тех же отношений, а закон - в процессе единовременной деятельности соответствующих государственных органов.

Обращается внимание на то, что образование обычаев - это стихийный, нерегулируемый процесс, тогда как принятие законов - это упорядоченный и целенаправленный процесс.

Отмечается также, что для признания обычая требуется его широкая поддержка со стороны сообщества и длительность его существования, в то же время в отношении закона не требуется в формально-юридическом плане ни широкой поддержки населения (хотя она и весьма желательна), ни продолжительности существования. Наконец, указывается на то, что обычай по своей природе и характеру является общественным неофициальным актом, пользующимся «покровительством» государства, в то время как закон всегда выступает как государственный, строго официальный акт. В научной литературе, посвященной исследованию источников романо-германского права, указывается и на другие черты сходства и различия обычаев и законов, олицетворяющих собой всю систему нормативных правовых актов. Но главное при этом заключается в признании за теми и другими юридической силы независимо от того, применяются и признаются ли они судами.

Авторы, придерживающиеся иной точки зрения в вопросах соотношения обычая и закона в романо-германском праве, не считают их «идентичными» ни в каком, в том числе и в правоприменительном, плане. Закон, согласно данному позитивистскому подходу, так же как и любой иной нормативный правовой акт, обладает юридической силой уже с момента своего издания. В то время, как обычай приобретает юридический характер лишь после его признания государством в лице судов или других государственных органов[[40]](#footnote-40).

Данная точка зрения разделяется не только некоторыми западными, но и отечественными авторами. Так, отечественный правовед И.В. Михайловский писал по этому поводу, что обычай приобретает юридический характер лишь после его одобрения государством. Только государство может признать уже сложившиеся обычаи и наделить их юридическим характером, точно указывая условия их применения, главным из которых является «непротиворечие обычая закону».

Именно только государство разрешает судье переводить известную часть общих обычаев (нравов, конвенционных норм) в разряд юридических норм, а некоторые из этих обычаев оно само объявляет юридическими и делает обязательными для судьи.

В течение всего исторического периода существования романо-германского права степень «вовлеченности» в него обычаев и степень их практической значимости зависели от множества самых различных факторов.

Среди них немаловажную роль играли различные виды, а точнее, разновидности существующих в тот или иной исторический момент обычаев. Речь при этом идет не столько об обычаях, возникающих в различных сферах жизни общества и государства - в области политики, экономики, торговли, культуры, в бытовой сфере, сколько об обычаях, классифицируемых в зависимости от характера их взаимоотношения с законом и другими источниками права.

В соответствии с данным критерием в юридической литературе различают следующие разновидности обычаев:

1. Обычаи, которые выступают «в дополнение к закону». Они являются одной из наиболее распространенных разновидностей обычаев во всех странах романо-германского права, значение которых весьма трудно переоценить.

Их практическая роль состоит, прежде всего, в том, что они способствуют созданию наиболее оптимальных условий для «лингвистического, логического» и других способов толкования («интерпретации») и применения существующих нормативных актов и содержащихся в них норм[[41]](#footnote-41). Такого рода обычаи не только дополняют, но и поддерживают существующее законодательство. В силу этого в некоторых моментах в них возникает необходимость и потребность.

Порядок, условия и пределы использования обычаев, впрочем как и других обычаев, нередко закрепляются в национальном законодательстве. Так, в законодательстве Италии, например, отмечается, что в случаях, когда суд или иной правоприменительный орган имеют дело с законом или иным нормативным актом, то «использование обычая допускается в пределах, установленных в законодательном порядке». При этом обычай рассматривается лишь как «вспомогательный или дополнительный источник права»;

2. Обычаи, которые действуют «кроме закона».

Такого рода обычаи рассматриваются как вполне самостоятельные источники права по отношению к законам и другим источникам романо-германского права, но не являющиеся несовместимыми с действующим законодательством.

Область применения таких обычаев, по мнению исследователей, «очень ограничена прогрессом кодификации и признанным первенством закона в демократических режимах современного политического общества». Она ограничена еще и тем, что «современные юристы романо-германской правовой семьи любой ценой стремятся опереться в своих рассуждениях на законодательство», а не на обычай.

Иными словами, область применения обычаев типа praeter legem ограничена кодифицированным и иным, в том числе некодифицированным законодательством, а также обшей традицией романо-германской правовой семьи, отдающей в системе источников права неоспоримый приоритет закону.

В переводе на язык юридической практики это означает, что с помощью обычаев регулируются лишь те общественные отношения, которые не урегулированы кодифицированным законодательством -согласно одной версии, и любым иным, включая некодифицированное законодательство, - согласно другой версии.

На основе вышеизложенного считаю возможным подвести итог. Уделяя основное внимание позитивному праву, исходящему от государства, юридическая наука, таким образом, и в «эру компиляции» обычаев и в «эру кодификации» законодательных актов, вплоть до настоящего времени придавала значительное внимание постепенно теряющему свое прежнее значение, но тем не менее реально существующему в структуре романо-германской правовой семьи обычному праву. За всю историю развития романо-германского права роль обычая как источника права и как выразителя «народного чувства права» неоднократно менялась, но никогда (за редким исключением) никем не «отменялась» и не прерывалась.

3.2 ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В АНГЛОСАКСОНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬЕ

Исходя из того, что обычай наряду с другими источниками англосаксонского права изначально играл в ней значительную роль, в научной литературе ему традиционно уделялось большое внимание.

При этом доминирующим является представление об обычае как сложившемся стереотипе или тенденции определенного поведения людей, имеющих по общему правилу подсознательный, автоматический характер.

Подавляющее большинство авторов, специализирующихся в сфере общего права, исходят из того, что английская, равно как и любая иная, система права изначально строилась на основе обычаев.

В историческом плане обычай стал той основой, на которой вначале было создано, а затем развивалось в течение всего средневекового периода английское общее право.

Однако не все авторы разделяют данное мнение. Некоторые из них считают «некорректным» отождествлять общее право с обычным, особенно в настоящее время - в период широкого применения в Англии и других англоязычных странах судебной практики.

Английское право не является правом обычным. Всеобщий старинный обычай королевства, на базе которого сложилось общее право, всегда был чистейшей фикцией, созданной для того, чтобы устранить мысль о произволе судей[[42]](#footnote-42).

Но несмотря на столь жесткие и категоричные суждения, никто из авторов-компаративистов не отрицает тот многократно подтвержденный и широко признанный факт, что исторически общему праву Англии, а, следовательно, и общему праву как таковому, предшествовало обычное (собственно англосаксонское) право и что многие из предшествующих общему праву обычаев были использованы судами в процессе его становления и последующего развития.

Сравнивая правовые обычаи с простыми обычаями, следует отметить, что правовые обычаи в основном имеют те же характерные черты и особенности, что и неправовые обычаи, но с одной весьма существенной разницей. Первые, будучи санкционированы государством, приобретают юридическую силу и обеспечиваются в случае их нарушения государственным принуждением. Вторые, неправовые обычаи, не обладая юридической силой и не будучи источниками права, обеспечиваются лишь общественным мнением. Какими органами и как осуществляется процесс санкционирования обычаев и придания им юридической силы в странах англосаксонского права? Отвечая на этот вопрос, следует иметь в виду два обстоятельства.

Первое - в силу исторических, юридических и иных особенностей стран общего права данный процесс не является универсальным, одинаковым для всех стран и не может быть таковым.

В США, например, такое «санкционирование» осуществляется в основном не федеральными, а местными органами на локальном уровне. В Англии это происходит на общегосударственном уровне и осуществляется центральными государственными органами в лице судебных органов и парламента.

Именно с помощью этих институтов простой обычай превращается в правовой и благодаря им «вписывается» в английскую правовую систему. Иногда это происходит в форме законодательных актов (через парламент). Иногда же (особенно это верно было для ранних периодов развития английского права) это осуществляется в форме судебных решений, когда суд в процессе рассмотрения уголовных или гражданских дел опирается не только на закон, но и на обычаи, включая его таким образом в действующую правовую систему.

Второе обстоятельство - далеко не все авторы, занимающиеся проблемами англосаксонского права, разделяют мнение о том, что обычай приобретает правовой характер не сам по себе, в силу своих особенностей и самого факта своего существования в системе других регулятивных средств, а лишь в силу государственного санкционирования[[43]](#footnote-43).

Простые обычаи всегда существовали и существуют во всех странах. Они вплетаются в жизнь и оказывают воздействие практически на все сферы жизни общества. Не смотря на очевидность этого вопрос состоит в том, какие из них имеют прямое отношение к праву и на основе каких своих особенностей могут признаваться правовыми обычаями, а какие «не тяготеют» к праву и не могут признаваться таковыми?

Ответ на данный вопрос не может быть простым и однозначным. Решение его зависит от многих факторов и, прежде всего, оттого, какое представление о праве, какая его дефиниция берется за основу.

Понимание природы и сути правового обычая не может быть одинаковым для тех, кто считает, что любая правовая норма может исходить и исходит в действительности только от государства, и для тех, кто рассматривает право исходя из его «социологического видения», в гораздо более широком плане, а именно - в виде совокупности всех норм, которые соблюдаются людьми в силу личных причин, считая их необходимыми для решения своих собственных проблем или же в силу необходимости поддержания общественного порядка[[44]](#footnote-44).

Если исходить из представления о праве как о совокупности норм, установленных или санкционированных государством (юридический позитивизм), то следует признать, что и правовой обычай может возникать не иначе как с дозволения (санкционирования) государства.

Этой позиции придерживаются все те английские и зарубежные авторы, которые, следуя идеям известного английского философа Джона Остина (1770-1859) о том, что «право - это всегда есть воля суверенной власти, воплощенной в государстве», считают, что обычное право в целом, как и отдельные, формирующие его правовые обычаи, «не могут существовать сами по себе». Правовой характер они получают лишь тогда, когда признаются и используются либо парламентом страны, либо судами.

Иная картина складывается, когда за основу при рассмотрении вопроса о юридической природе и характере правового обычая, берется более широкое, «социологическое» (по сути - естественно-правовое) представление о праве.

При таком подходе возникновение, а вместе с тем изменение и прекращение юридической силы обычая, превращение его из простого обычая в правовой вовсе не связывается с соответствующей деятельностью государства. Правовая природа обычая «выводится» при этом из его собственной природы и обусловливается не характером его связей с государством («одобряет» или «не одобряет», санкционирует или не санкционирует), а наличием у него определенных признаков и черт, соблюдением в процессе его образования и функционирования строго определенных требований и условий.

Следует заметить, что среди авторов, разделяющих данную позицию, нет единого мнения относительно того, каким должен быть обычай, чтобы рассматриваться в качестве правового, каким требованиям и условиям он должен отвечать. Существует несколько в той или иной степени различающихся, но в целом сходных между собой ответов на данный вопрос.

С точки зрения английского правоведа Н. Салмонда, правовой обычай должен быть, прежде всего, разумным; не противоречить статутному праву (законам); быть установленным «как бы по праву», без использования силовых средств и должен иметь характер старинного обычая, существовать с «незапамятных времен». При этом «разумность правового обычая в одних случаях связывается с фактом участия в процессе его применения присяжных заседателей. В других же (в случае неучастия последних в деле) - с фактом рассмотрения дел несколькими судьями или даже одним судьей.

Что же касается требования «существовать с незапамятных времен», то в качестве такового в Великобритании считается обычай, существующий с 1189 г. Этот год является годом восхождения на английский престол короля Ричарда Первого (Ричарда Львиное Сердце). Согласно Вестминстерскому статуту 1275 г., действующему на территории Великобритании и в настоящее время, 1189 г. рассматривается как дата, с которой ассоциируется понятие «с незапамятных времен».

Помимо названных характеристик - требований и условий - обычай как источник права, то есть как правовой обычай, должен, с точки зрения исследователей, отвечать также и иным требованиям.

По мнению французского правоведа М. Ориу, непременное требование, которому должен отвечать правовой обычай, - это требование, чтобы он являлся результатом функционирования того или иного национального института и действовал в рамках процедур, свойственных всей национальной жизни. Если же всего этого не происходит, то, как заключает автор, на такие обычаи и традиции нельзя ссылаться перед судьей даже в тех странах, которые в принципе допускают авторитет обычая. Имеются в виду, прежде всего, Англия и другие страны общего права.

На обычай как на источник англосаксонского права нельзя ссылаться и во всех тех случаях, если имеют место «отклонения» их и от других установившихся в рамках общего права довольно жестких к ним требований (канонов).

Среди них следует особо выделить такие, как требования относительно того, чтобы обычай:

1. в процессе своего постоянного или периодического использования ни разу «не прерывался в законном порядке»;

2. применялся только «мирно, открыто и правильно»;

3. был вполне определенным по своей сути и содержанию;

4. органически «вписывался» или хотя бы согласовывался (не противоречил) с другими обычаями;

5. должен быть ограничен определенной сферой деятельности и территорией, а также предметом своего регулятивного воздействия;

6. должен органически сочетаться с существующими нормами права и «не быть в конфликте (не противоречить) ни со статутным, ни с общим правом»;

7. должен признаваться, уважаться и соблюдаться населением той территории, на которой он действует как правовой обычай.

Во всех случаях, когда основные требования - условия, предъявляемые в качестве критериев к правовым обычаям, не только декларируются, но и соблюдаются, у локальных обычаев всегда есть полный шанс - по мнению специалистов в области общего и обычного права - рассматриваться судами в качестве составных частей права. Более того - иметь определенное преимущество как «древние», ранее возникшие институты обычного права перед многими другими, появившимися в более поздний период правовыми актами или институтами права.

Подтверждением сказанного могут служить судебные дела, при разрешении которых перевес был на стороне обычая. Одним из таких дел в Англии было дело Mercer v. Denne, рассматривавшееся еще в 1905 г. Суть его состояла в том, что у рыбаков из местечка Валмер (графство Кент) возник спор с новым собственником земельного участка на побережье, где они всегда сушили свои сети, по поводу возможности дальнейшего его использования. Собственник возражал против продолжения этой практики. Суд, в который обратились рыбаки, вынес решение на основании правил поведения, основывающихся, прежде всего, на обычае и определении их роли в правовом развитии общества.

Государство должно поддерживать прогрессивные обычаи, развивать, придавая им правовую форму, так как большинство народов и наций стремятся сохранить свои обычаи и традиции, прежде всего путем их формального закрепления. В этом смысле и обычное право, и правовой обычай представляют собой народное представление о праве и справедливости. Поэтому обычай можно рассматривать не только в качестве духовного наследия, но и как культурно-правовой феномен, играющий важнейшую роль в регулятивной системе государства.

Исследование правил поведения, основывающихся на обычае, регулирующих общественные отношения многих народов мировой системы, создает уникальную в своем роде возможность проследить эволюцию обычно-правовых систем. Кроме того, кризис господствующей долгое время политизированной и идеологизированной правовой системы российского государства создал положение, при котором человек во всех проявлениях своего социального и правового статусов практически полностью отторгался от государственной власти, что повлекло за собой и отторжение права созданного этой властью.

Происшедший в последнее десятилетие новый мощный всплеск интереса к обычному праву не является случайным. Он отражает имеющийся кризис в правосознании современного общества, в котором право и его компоненты постепенно начинают утрачивать свою неотторгаем ость от человека, органичность в связи с возрастанием степени абстрактности юридических норм, издаваемых государством, частым и не всегда обоснованно резким изменением им парадигм законодательства.

Кроме того, с обычным правом сейчас происходит то, что традиционно происходит с общественными явлениями: после столетий решение в их пользу. Основанием для этого послужил древний обычай, сложившийся в результате постоянного использования данного участка земли на побережье многими поколениями рыбаков для одних и тех же целей.

О юридической силе обычая как источника англосаксонского права свидетельствуют и многие другие судебные дела, где приоритет неизменно оставался на стороне обычая.

При этом речь идет не только о местных, локальных обычаях, которые охватывали собой лишь определенную, строго ограниченную территорию и распространялись лишь на определенный круг лиц, проживавших на данной территории.

Имеются также в виду и общие обычаи, которые послужили в качестве «первоосновы и углового камня при формировании правовой системы Англии» и которые продолжают действовать и по сегодняшний день. В Англии довольно широко было распространено мнение, что общее право по сути своей является не чем иным, как «системой общих обычаев», из которых судьи при рассмотрении конкретных дел выбирают лишь наиболее подходящие для данного случая, но сами при этом не создают никаких новых норм. Однако в настоящее время преобладает иное мнение.

Речь идет также о юридической силе выделяемых в отдельную группу торговых обычаев, которые исторически складывались сначала в Англии, а затем в других странах общего права в результате развития торговых связей как внутри каждой страны, так и на международной арене.

Разумеется, говоря о юридической силе, а, следовательно, и об эффективности правового обычая как источника права, следует иметь в виду, что он функционирует не сам по себе, изолированно от других источников, а в их системе, в тесной взаимосвязи и взаимодействии с другими источниками права. В этом, как известно, состоит одно из обязательных требований, предъявляемых к правовым обычаям. В этом -залог их устойчивости и эффективности на современном этапе.

Правовые обычаи в повседневной жизни, в процессе регулирования общественных отношений весьма тесно взаимодействуют с правовыми традициями, обыкновениями, а также с «политическими установлениями», которые нередко именуют «конституционными установлениями, обыкновениями или «конвенциями».

Последние не имеют никакой юридической силы, не применяются судами или другими государственными органами, а служат лишь, по образному выражению канадского правоведа П. Хогга, для описания путей, с помощью которых должна осуществляться правовая и политическая власть.

В качестве одного из примеров такого «конституционного» установления может служить положение Конституционного акта Канады 1867 г., согласно которому генерал-губернатор этой страны как представитель английской Короны должен осуществлять свои властные функции не иначе как в соответствии с «советом» Кабинета, а в некоторых случаях - Премьер-министра. В случае если данное установление не соблюдается, то наступают политические, моральные или любые иные, но не юридические последствия. Став исторически первым источником права в Англии, а вместе с тем и в ряде других стран, правовой обычай в силу множества самых различных причин не смог сохранить свои прежние исходные позиции на более поздних этапах развития общества.

По мере развития общества и государства правовой обычай, а вместе с ним и обычное право постепенно вытеснялись законами и другими формами права, становились второстепенными его источниками. С возникновением крупных государственных образований и началом централизации власти процесс вытеснения и замены правовых обычаев законами и другими нормативно-правовыми актами не только не замедлился, а наоборот, ускорился. Но несмотря на то, что в настоящее время правовые обычаи занимают незначительное место в системе права Англии и других англоязычных стран, их роль не следует недооценивать.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Правовой обычай представляет собой санкционированное в прямой или косвенной форме государством правило поведения, сложившееся в обществе, в результате его многократного и длительного применения. Он является одним из древнейших и одним из важнейших для ранних правовых систем источников права.

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

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

Правовыми обычаи становятся лишь те социальные обычаи, которые санкционированы государством. В результате такого санкционирования нормы социального обычая становятся юридическими нормами, то есть приобретают качество юридической обязательности и в своей реализации обеспечиваются мерами государственного принуждения.

Санкционирование обычая может осуществляться двояким образом: либо путем законодательной отсылки к обычаю, как возможному основанию решения определенных категорий дел, либо путем фактического применения обычая в юридической практике (например, судебной), в результате чего за ним признается юридическое значение.

По мере развития общества и государства правовой обычай, а вместе с ним и обычное право постепенно вытеснялись законами и другими формами и институтами права, становились второстепенными источниками права. С возникновение крупных государственных образований и централизацией власти процесс вытеснения и замены правовых обычаев законами и другими нормативными правовыми актами не только не замедляется, а, наоборот, еще больше ускорился.

В настоящее время правовые обычаи занимают незначительное место в системе (источников) права большинства стран. Однако их не следует недооценивать. Особенно, когда речь идет, например, об обычаях, действующих в масштабе крупных регионов мили в масштабе страны (обычаи торгового мореплавания, обычаи портов, международные обычаи и другие).

Обычай по природе своей носит консервативный характер. Он закрепляет то, что сложилось в результате длительной общественной практики.

Развитие права вряд ли должно идти по пути официально-силового исключения из системы источников обычаев. Видимо, скорее следует ожидать появления новых рыночных обычаев, которые будут регулировать отношения до и вместе с юридическими нормами. В международном праве обычай представляет собой не только форму выражения традиционных норм, но и важный способ создания новых юридических обязательных правил поведения государств в тех вновь появляющихся областях межгосударственных отношений, которые требуют правового регулирования. Он является современным и активно функционирующим источником права. Поэтому следует иметь в виду, что концепция обычая в том виде, как она применяется в международной практике и рассматривается в доктрине международного права, имеет мало общего с представлениями об обычае, основанными на особенностях этого источника во внутренних национальных системах права. И с теоретической, и с практической точек зрения необходимо отличать обычай как процесс создания норм международного права от обычая – результата этого процесса, то есть юридически обязательного правила поведения, сложившегося в межгосударственной практике.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативные и законодательные акты

1. Конституция Российской Федерации (принята 12 декабря 1993 г.)
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994) (с изм. и доп., вступившими в силу с 01.09.2008).
3. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 № 81-ФЗ (принят ГД ФС РФ 31.03.1999) (ред. от 14.07.2008).
4. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (принят ГД ФС РФ 08.12.1995) (с изм. и доп., вступившими в силу с 01.09.2008).
5. Статут Международного суда (принят в г. Сан-Франциско 26 июня 1945 г.).
6. Федеральный закон «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней» от 30 марта 1998 г. / Собрание законодательства. – 1998. - № 14. – Ст. 1514.
7. Федеральный закон «Об обороне» от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ / Собрание законодательства. – 1996. - № 23. – Ст. 2750.

Научная литература

1. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 3.
2. Алексеев, С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2-х томах. Т. II. – Свердловск, 1973.
3. Анисимов, П.В. Теория государства и права: учебник. – М.: ЦОКР МВД России, 2005.
4. Диаканов, В.В. Учебное пособие по теории государства и права // http://allpravo.ru.
5. Зивс, С.Л. Источники права. – М., 1981.
6. История права: Англия и Россия: Сборник статей. – М., 1990.
7. Кульчар, К. Основы социологии права. – М., 1981.
8. Лебедев, В.А. Теория государства и права: учебное пособие / В.А. Лебедев, Е.А. Киреева, В.М. Шадрин. – Челябинск, 2006.
9. Лукич, Р. Методология права. – М., 1981.
10. Малова, О.В. Правовой обычай как источник права: автореф. дис… к.ю.н. – Екатеринбург, 2001.
11. Марченко, М.Н. Источники права: учебное пособие. – М., 2008.
12. Марченко, М.Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т. Т. 2. Право. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2007.
13. Мордовец, А.С. Теория государства и права: учебник / А.С. Мордовец, В.Н. Синюков. – М., 2005.
14. Муравский, В.А. Санкционированные источники российского права. – Екатеринбург, 1993.
15. Общая теория советского права / Под ред. С. Братуся и И. Самощенко. – М., 1966.
16. Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – М., 1994.
17. Оксамытный, В.В. Теория государства и права: учебник для вузов. – М., 2004.
18. Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М., 1999.
19. Прохачев, А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: автореф. Дис… к.ю.н. – Волгоград, 2002.
20. Царегородская, Е.В. Правовой обычай: сущность и механизм действия: автореф. дис к.ю.н. – СПб., 2004.
21. Черданцев, А.Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. – М., 2002.
22. Шадрин, В.М. Теория государства и права: краткий словарь категорий и понятий // http://lawlist.narod.ru.

Научно-публицистическая литература

1. Апенченко, Ю. О соотношении обычая и закона // Юридический вестник. – 1996. - № 10.
2. Бахрах, Д.Н. Понятие нормативного правового акта // Законодательство. – 2004. - № 8.
3. Бошно, С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. – 2003. - № 12.
4. Голунский, С. Обычай и право // Советское государство и право. – 1939. - № 3.
5. Зарубина, М.А. Особенности источников (форм) права в российской правовой системе // Бизнес в законе (экономико-юридический журнал). – 2008. - № 2.
6. Кананыкина, Е.С. Философские традиции источников (форм) права // Право и политика. – 2004. - № 10.
7. Капустина, Н.П. Почему меняется правовая система человека? // Человек и закон. – 2007. - № 4.
8. Кучин, М.В. Судебный прецедент как источник права (дискуссионные вопросы) // Российский юридический журнал. – 2006. - № 4.
9. Молчанов, И.В. Обычай в системе источников права // Сборник тезисов Всероссийской научно-практической конференции «Системность в государственно-правовых явлениях и институтах: теоретические и исторические проблемы». – Екатеринбург, 2006.
10. Муромцев, Г.И. Источники права: теоретические аспекты проблемы // Правоведение. – 1992. - № 2.
11. Супатаев, М.А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // Сборник науч. статей «Источники права». – М., 1985.
12. Шопина, О.В. Система правовых актов: проблемы выстраивания // Правовая политика и правовая жизнь. – 2002. - № 2.

1. Анисимов, П.В. Теория государства и права: учебник. – М.: ЦОКР МВД России, 2005. – C. 136. [↑](#footnote-ref-1)
2. Форма права – это способ внешнего выражения и закрепления содержания правовых предписаний, придания им общего и обязательного для исполнения (соблюдения) характера.

   Шадрин, В.М. Теория государства и права: краткий словарь категорий и понятий // http://lawlist.narod.ru. [↑](#footnote-ref-2)
3. Муромцев, Г.И. Источники права: теоретические аспекты проблемы // Правоведение. – 1992. - № 2. – С. 14. [↑](#footnote-ref-3)
4. Марченко, М.Н. Источники права: учебное пособие. – М., 2008. – С. 27-28. [↑](#footnote-ref-4)
5. Зарубина, М.А. Особенности источников (форм) права в российской правовой системе // Бизнес в законе (экономико-юридический журнал). – 2008. - № 2. – С. 61-62. [↑](#footnote-ref-5)
6. Кананыкина, Е.С. Философские традиции источников (форм) права // Право и политика. – 2004. - № 10. – С. 10-12. [↑](#footnote-ref-6)
7. Зивс, С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 152-153. [↑](#footnote-ref-7)
8. Шопина, О.В. Система правовых актов: проблемы выстраивания // Правовая политика и правовая жизнь. – 2002. - № 2. – С. 33. [↑](#footnote-ref-8)
9. Бахрах, Д.Н. Понятие нормативного правового акта // Законодательство. – 2004. - № 8. – С. 11-12. [↑](#footnote-ref-9)
10. Кучин, М.В. Судебный прецедент как источник права (дискуссионные вопросы) // Российский юридический журнал. – 2006. - № 4. – С. 78-79. [↑](#footnote-ref-10)
11. Статут Международного суда (принят в г. Сан-Франциско 26 июня 1945 г.). [↑](#footnote-ref-11)
12. Бошно, С.В. Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. – 2003. - № 12. – С. 24. [↑](#footnote-ref-12)
13. Малова, О.В. Правовой обычай как источник права: автореф. дис… к.ю.н. – Екатеринбург, 2001. – С. 6. [↑](#footnote-ref-13)
14. Молчанов, И.В. Обычай в системе источников права // Сборник тезисов Всероссийской научно-практической конференции «Системность в государственно-правовых явлениях и институтах: теоретические и исторические проблемы». – Екатеринбург, 2006. – С. 13. [↑](#footnote-ref-14)
15. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (принят ГД ФС РФ 21.10.1994) (с изм. и доп., вступившими в силу с 01.09.2008). [↑](#footnote-ref-15)
16. Царегородская, Е.В. Правовой обычай: сущность и механизм действия: автореф. дис… к.ю.н. – СПб., 2004. – С. 11. [↑](#footnote-ref-16)
17. Муравский, В.А. Санкционированные источники российского права. – Екатеринбург, 1993. – С. 33. [↑](#footnote-ref-17)
18. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 № 81-ФЗ (принят ГД ФС РФ 31.03.1999) (ред. от 14.07.2008). [↑](#footnote-ref-18)
19. Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 № 223-ФЗ (принят ГД ФС РФ 08.12.1995) (с изм. и доп., вступившими в силу с 01.09.2008). [↑](#footnote-ref-19)
20. Прохачев, А.В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: автореф. дис… к.ю.н. – Волгоград, 2002. – С. 14. [↑](#footnote-ref-20)
21. Мордовец, А.С. Теория государства и права: учебник / А.С. Мордовец, В.Н. Синюков. – М., 2005. – С. 218. [↑](#footnote-ref-21)
22. В действующем законодательстве термин «санкционирование» используется четырнадцать раз. К примеру, Федеральный закон «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и протоколов к ней» от 30 марта 1998 г. / Собрание законодательства. – 1998. - № 14. – Ст. 1514; Федеральный закон «Об обороне» от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ / Собрание законодательства. – 1996. - № 23. – Ст. 2750; и другие. [↑](#footnote-ref-22)
23. Алексеев, С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2-х томах. Т. II. – Свердловск, 1973. – С. 49. [↑](#footnote-ref-23)
24. Зивс, С.Л. Указанная работа. С. 161. [↑](#footnote-ref-24)
25. Общая теория советского права / Под ред. С. Братуся и И. Самощенко. – М., 1966. – С. 164. [↑](#footnote-ref-25)
26. Голунский, С. Обычай и право // Советское государство и право. – 1939. - № 3. – С. 52. [↑](#footnote-ref-26)
27. Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М., 1999. – С. 268. [↑](#footnote-ref-27)
28. Супатаев, М.А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах // Сборник науч. статей «Источники права». – М., 1985. – С. 49-50. [↑](#footnote-ref-28)
29. Кульчар, К. Основы социологии права. – М., 1981. – С. 33. [↑](#footnote-ref-29)
30. Лукич, Р. Методология права. – М., 1981. – С. 107. [↑](#footnote-ref-30)
31. Капустина, Н.П. Почему меняется правовая система человека? // Человек и закон. – 2007. - № 4. – С. 65-66. [↑](#footnote-ref-31)
32. Марченко, М.Н. Проблемы общей теории государства и права: учебник: в 2 т. Т. 2. Право. 2-е изд., перераб. и доп. – М., 2007. – С. 509. [↑](#footnote-ref-32)
33. Лебедев, В.А. Теория государства и права: учебное пособие / В.А. Лебедев, Е.А. Киреева, В.М. Шадрин. – Челябинск, 2006. – С. 123. [↑](#footnote-ref-33)
34. Кананыкина, Е.С. Указанная работа. С. 33. [↑](#footnote-ref-34)
35. Хропанюк, В.Н. Указанная работа. С. 194. [↑](#footnote-ref-35)
36. Компиляция – соединение результатов чужих исследований, идей без самостоятельной обработки источников, а также сама работа, составленная таким методом.

    Ожегов, С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – М., 1994. – С. 282. [↑](#footnote-ref-36)
37. Черданцев, А.Ф. Теория государства и права: учебник для вузов. – М., 2002. – С. 189. [↑](#footnote-ref-37)
38. Хачатуров, Р.Х. Указанная работа. С. 133. [↑](#footnote-ref-38)
39. Оксамытный, В.В. Теория государства и права: учебник для вузов. – М., 2004. – С. 132. [↑](#footnote-ref-39)
40. Апенченко, Ю. О соотношении обычая и закона // Юридический вестник. – 1996. - № 10. – С. 28. [↑](#footnote-ref-40)
41. International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 3. – Р. 102-103. [↑](#footnote-ref-41)
42. История права: Англия и Россия: Сборник статей. – М., 1990. – С. 211. [↑](#footnote-ref-42)
43. Диаканов, В.В. Учебное пособие по теории государства и права // http://allpravo.ru. [↑](#footnote-ref-43)
44. Бобылев, А.И. Указанная работа. С. 17-18. [↑](#footnote-ref-44)