**СОДЕРЖАНИЕ**

1. ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ

2. ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ

СИСТЕМЕ

3. ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

**1. ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ**

Для того чтобы стать реальностью и успешно выполнять свои функции, право должно иметь внешнее выражение, которое одни ученые называют формами права, другие – источниками, третьи – и формами, и источниками одновременно.

Наиболее важной, определяющей характеристикой источника права является его обеспечение силой государственного принуждения. Ни один обычай ли, прецедент ли, нормативный акт ли, доктрина ли, договор ли, другой источник права ли не стал бы таковым и не принял бы общеобязательного значения без санкции и вмешательства государства.

Источники позитивного права возникают как в результате деятельности компетентных государственных органов, т. е. реального и осознанного выражения государственной воли, так и как в результате санкционирования уже сложившегося общественного регулирования, закрепления и обеспечения силой государственного принуждения общественных связей, обычаев и норм поведения людей. Государство возникло и развилось как инструмент регулирования и унификации общественных отношений, как инструмент обеспечения справедливости и реализации общественной, народной воли. Принимая ограничение свободы в пользу порядка и безопасности, общество признает источником позитивного права государственную волю, выраженную как в прямом, так и в опосредованном виде.

Хотя источники права весьма многообразны, вполне возможно выделить основные, самые значимые. Практически целесообразно обратить внимание на три основных источника права: правовой обычай; правовой прецедент; нормативно-правовой акт. Выбор именно их обусловлен значением этих источников права в современных правовых системах.

Определение понятия «правовой обычай» следует начать с рассмотрения значения самого слова «обычай». «Обычай» - общепринятый порядок, традиционно установившиеся правила общественного поведения. Такое определение можно считать подходящим и тогда, когда речь идет об обычае в юридическом значении этого слова.

В западной литературе под обычаем принято понимать сложившиеся стереотипы и тенденции в поведении людей, которые носят подсознательный, автоматический характер. Таким образом, правовой обычай – это правило поведения, которое сложилось исторически в силу постоянной повторяемости и признано государством в качестве обязательной нормы поведения. Неправовой обычай, не будучи санкционирован государством, не может служить источником права, поскольку поддерживается только общественным мнением.

Правовой обычай, очевидно, наиболее древний источник права. Процесс его формирования тесно связан с развитием общества. Обычай естественно возникает как целесообразное и необходимое поведение людей[[1]](#footnote-1).

Общество не может существовать без определенного порядка, поэтому для первобытного общества наиболее органичным регулятором отношений между его членами становится обычай, тесно связанный с религиозными и этическими представлениями. Рациональное и повторяющееся поведение людей формирует обычных правовых норм. Вслед за этим обычаи соблюдаются уже не в силу опасения перед принуждением или иными формами воздействия, а в силу выработанной привычки и естественной потребности человека в определенной манере общественного поведения.

Развиваясь очень медленно, обычаи через некоторое время перестали соответствовать целесообразному и рациональному поведению людей, но продолжали соблюдаться в силу традиции. Некоторые обычаи постепенно исчезали вследствие редкости применения, трудности применения, вытеснения другими обычаями или исчезновения самого предмета регулирования.

При формировании государства, его естественной опорой стали обычаи, которые приобрели свойство правовых обычаев, т. е. норм поведения, которые обеспечиваются силой государственного принуждения. Обычаи были и остаются самыми могущественными союзниками государственной власти. Действуя непосредственно на людей и возникающие между ними общественные отношения, обычай освящает всякие государственные установления.

Хотя значение обычаев в современном мире постепенно уменьшается, но еще остается в целом весьма существенным. Значительная, если не большая, часть населения Земли в модернизирующихся странах Азии и Африки, в традиционных обществах живет в соответствии с обычаями сложившимися на протяжении столетий. И даже в таких странах как Великобритания, роль, которую играет обычай в правовом регулировании жизни общества, остается весьма существенной.

Роль правового обычая в романо-германской правовой семье. Римское право, ставшее основой правовых систем континентальной Европы, изначально представляло собой ни что иное, как закрепленные в письменном виде обычаи латинских племен и исходно носило обычный характер. В средневековой Европе местные обычаи, менявшиеся от местности к местности, которые трудно было найти и на которые трудно было ссылаться, в период интенсивного формирования романо-германской правовой семьи в XIII веке тормозили развитие торговли и экономических отношений. Поэтому местные обычаи были отброшены и повсеместно заменены универсальными нормами римского права, которые признавались абсолютным о6paзцом нормотворчества. Обычаи могли продолжить существование и противостоять римскому праву, если получали распространение в более или менее широкой географической области. Так, например, в XIII веке в Германии распространение римского права задержалось из-за столкновения с «Саксонским зерцалом», которое продолжало оставаться действенным источником права в некоторых кантонах Швейцарии очень продолжительное время. В современных правовых системах стран континентальной Европы обычай играет незначительную роль. Судьи принимают решения, исходя из того, что закон является единственным или почти единственным источником права. Однако практическая роль обычая гораздо больше, чем это может показаться на первый взгляд. Может ли правонарушитель ссылаться на смягчающие обстоятельства, является ли данный знак подписью, является ли определенное имущество семейным – на все эти вопросы трудно дать ответ, не прибегая к обычаям. С другой стороны, область применения обычая ограничена процессом кодификации. Юристы романо-германской правовой семьи стремятся опираться в своих рассуждениях исключительно на законодательство. Действие же обычая очень ограничено, даже если обычай не отвергается доктриной. Таким образом, сыграв существенную историческую роль в формировании романо-германской правовой семьи, обычай потерял здесь значение самостоятельного источника права.

Роль правового обычая в англо-американской правовой семье. Обычай используется как источник английского права, но его значение существенно уступает другим свойственным англо-американской семье источникам права. В Англии обычное право существовало и применялось до возникновения системы общего права, которое хотя и восприняло некоторые местные обычаи, все же создавалось на основе разума с тем, чтобы по возможности заменить право англосаксонского периода. В современном английском праве обычай считается общеобязательным только с том случае, если он имеет характер старинного обычая. Закон 1265 года, действующий до сих пор, устанавливает, что старинными являются только обычаи, существовавшие до 1189 года. Обычай не будет считаться юридически обязательным, если не будет доказано, что он существовал в 1189 году. Требование, чтобы обычай был старинным, относится только к местным обычаям; на торговые обычаи этот принцип не распространяется. Практика свидетельствует, что по разным поводам возникают новые обычаи. Постепенно они санкционируются нормативным актом и судебной практикой. Хотя обычай уже не имеет былого значения в качестве источника английского права, недооценивать его было бы преждевременно. Обычай отражается в жизни англичан даже в том, как именно право регулирует эту жизнь. Обычай фактически господствует в политической жизни, и хотя ему не придается юридический характер, большинство норм английского конституционного права казались бы абсурдными без учета конституционных обычаев. Общественная жизнь наполнена правилами поведения, которые нельзя расценивать никак иначе как традиционные. Особенности развития американского права таковы, что говорить серьезной роли обычая здесь уже нельзя. Это можно относительной молодостью американского государства и изолированностью от Континента. Тем не менее, пробелы в Конституции США нередко восполняются не только с помощью текущего законодательства, но и путем признания сложившихся обыкновений, установившихся обычаев и традиций. В сфере частного права также распространен ряд обычаев. В целом, хотя американское право и не является таким же традиционным, как английское, роль обычаев остается заметной. В системе общего права обычай сохраняет свое значение, но далеко не первостепенное и даже не второстепенное. Обычай действует там, где закон и судебная практика не считает нужным вмешиваться в регулирование общественных отношений. Новые возникающие обычаи, санкционированные законом и судебной практикой, постепенно становятся частью правовой системы.

Роль правового обычая в мусульманской и индусской правовых системах. Доктрина никогда не рассматривала обычаи как источник мусульманского права. Любое другое отношение к обычаю повредило бы главной черте мусульманского права – единообразию для любой общины верующих. Однако реальное положение вещей несколько иное. Одним из важнейших источников мусульманского права является Сунна, представляющая собой ничто иное, как сборник обычаев, связанных с пророком. Эль-Бокхари и Мослем – два крупнейших учителя ислама – в IX веке проделали большую работу, чтобы выявить действительные высказывания пророка. Сегодня вызывает сомнение, что созданные ими обычаи действительно имеют отношение к Мухаммеду. Хотя Сунна рассматривается как вторичный источник права, можно полагать, что она послужила восприятию норм обычного права арабов, предшествовавших появлению ислама. Мусульманское право занимает прагматическую позицию по отношению к обычаю. Обычай не может рекомендовать деяния, которые право запрещает или запрещать то, что право считает обязательным. Но обычай может предписывать то, что право считает рекомендуемым или дозволенным и запрещать то, что право считает порицаемым или дозволенным. В индусском праве обычай имеет очень большое значение. По законам Ману можно воздерживаться от следования правила поведения, если общество не воспринимает этого правила. Обычаи весьма разнообразны и многочисленны. Каждая каста следует своим обычаям, которые опираются на общественное мнение. Наиболее строгой санкцией является отчуждение. Это очень строгое наказание в обществе, где жизнь его членов не мыслима без принадлежности к той или иной группе.

**2. ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В НАЦИОНАЛЬНОЙ ПРАВОВОЙ**

**СИСТЕМЕ**

Правовой обычай представляет собой санкционированное государством правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения. Правовые обычаи в основном имеют те же характерные черты и особенности, что и не правовые обычаи, с одной весьма существенной разницей. Первые, будучи санкционированы государством, приобретают юридическую силу и обеспечиваются в случае их нарушения государственным принуждением. Вторые, не правовые обычаи, не обладая юридической силой и не будучи источниками права, обеспечиваются лишь об­щественным мнением.

Каким должен быть правовой обычай, чтобы эффективно воздействовать на общественные отношения? Существует несколько в той или иной степени различающихся, но в целом сходных между собой ответов на данный вопрос.

Так, правовой обычай должен отвечать следующим требованиям: а) содержать в себе нормы, которые основываются «на правовом убеждении» и проявляются «в более или менее частом применении»; б) не противоречить разумности; в) не нарушать добрых нравов; г) не иметь в своем основании заблуждения». О наличии правового обычая, можно говорить лишь тогда, когда «в основании однообразно повторяемой нормы лежит правовое сознание или народное убеждение.

Правовая система Беларуси исторически формировалась в условиях правовой культуры континентальной Европы. Она относится к так называемой семье романо-германского права, которая характеризуется довольно четкой структурированностью самого права, делением его на отрасли и институты. Основным источником права в Беларуси, как и в других странах, где утвердилась романо-германская правовая система, являются нормативные правовые акты. Высшей юридической силой среди актов законодательства обладает Конституция Республики Беларусь. В качестве источников права выступают также нормативные договоры и в ограниченной мере - правовые обычаи.

Роль обычая в белорусском праве весьма ограничена, но, тем не менее, существование обычаев принимается во внимание.

Как и в социалистическом праве, так и в современном белорусском праве отношение к обычаю было и остается неоднозначным. С одной стороны законодательство Республики Беларусь предусматривает юридические санкции за преступления, связанные с пережитками местных обычаев. С другой стороны, закон закрепляет и даже создает правовые обычаи.

Наиболее заметны ссылки на обычаи в нормах белорусского гражданского права, касающихся делового оборота и подтверждения действительности сделок. В конституционном праве Республики Беларусь закреплены правовые обычаи, связанные с вступлением в должность главы государства, Президента Республики Беларусь, приведением к присяге судей Конституционного Суда Республики Беларусь[[2]](#footnote-2).

В целом, в белорусском праве роль обычаев достаточно мала, как и в большинстве правовых систем романо-германской правовой семьи.

**3. ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВЕ**

Термин «источник права», согласно общей теории права - это форма, в которой выражается юридически обязательное правило поведения и которая придает этому правилу качество правовой нормы.

Соответственно источники международного права - это формы, в которых выражены правила поведения субъектов международных отношений и которые сообщают этим правилам качество международно-правовой нормы.

Нормы международного права устанавливаются его субъектами по соглашению между ними, выражающему их согласованную и тем самым общую волю. Поэтому такие соглашения и являются источниками международно-правовых норм. Субъективному праву предусмотренных нормами международного права субъектов всегда противостоят субъективные обязательства других субъектов международного права.

В связи с этим об источниках международного права вполне закономерно говорить либо как об источниках субъективных прав, либо как об источниках субъективных обязательств субъектов международных правоотношений. В большинстве случаев предпочтительнее вести речь о субъективных обязательствах, поскольку обязанный субъект не может их не соблюдать, не навлекая на себя неблагоприятные юридические последствия в виде международно-правовых санкций. Субъективным же правом управомоченный субъект может распоряжаться по своему усмотрению, за исключением случая наличия императивной нормы.

Одним из основных таких источников является международный договор, понимаемый как письменное соглашение между субъектами международного права, регулируемое соответствующими нормами общего международного права. Совокупность и система (подсистема) таких норм составляет отдельную относительно самостоятельную структуру международного права (его отрасль), именуемую правом международных договоров.

Следующим основным источником является международный обычай, который в статье 38 Статуса Международного Суда ООН определен как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». В этом определении речь идет, во-первых, о практике государств, во-вторых, об их практике определенного поведения в однотипных ситуациях и, в-третьих, о признании международным сообществом государств такого многократно повторяющегося поведения юридически обязательным, т. е. о молчаливом соглашении государств, сообщающем указанному поведению качество международно-правовой нормы[[3]](#footnote-3).

О международном обычае речь, следовательно, идет как о норме общего международного права. И, в частности, потому, что формирование локального многостороннего международного обычая, хотя в принципе и возможно, но происходит крайне редко. Двусторонний же обычай вообще не имеет смысла.

После Второй мировой войны под эгидой Организации Объединенных Наций и других универсальных международных организаций была проведена существенная работа по кодификации международных обычных норм, сопровождающаяся их прогрессивным развитием. В результате были заключены многие универсальные конвенции в сфере дипломатического и консульского права, правопреемства государств, права международных договоров, морского права и некоторые другие, т. е. конвенции, кодифицирующие обычные нормы общего международного права.

В функцию Генеральной Ассамблеи, согласно ст. 13 Устава ООН, входит содействие прогрессивному развитию и кодификации международного права. Эту свою функцию Генеральная Ассамблея осуществляет, в частности, с помощью Комиссии международного права, являющейся вспомогательным органом Генеральной Ассамблеи.

Согласно выработанному Генеральной Ассамблеей Положению о Комиссии международного права, выражение «прогрессивное развитие международного права» употребляется в смысле подготовки проектов конвенций по тем вопросам, которые еще не регулируются международным правом или по которым право еще недостаточно развито в практике государств; выражение «кодификация международного права» употребляется в смысле более точного формулирования и систематизации норм международного права в тех областях, в которых уже имеются обширная государственная практика, прецеденты и доктрины.

Практически же кодификация международного права, которой занимается Комиссия, неизменно сопровождается его прогрессивным развитием. В соответствии с современным пониманием, кодификация, представляет собой систематизацию и усовершенствование норм международного права, осуществляемые путем установления и точного формулирования содержания действующих норм, пересмотра устаревших норм и разработки новых норм с учетом потребностей развития международных отношений и закрепления их в едином международно-правовом акте, который призван с возможно большей пользой регулировать определенную область международных отношений.

Это, в частности, показывает, насколько удобнее толковать и применять международные договоры, чем обычай. Однако последний при этом не теряет своего значения, поскольку для государств - участников кодификационных конвенций действуют нормы этих договоров, а для государств – не участников они продолжают действовать в качестве обычноправовых.

От международного обычая следует отличать международное обыкновение, т. е. правило поведения государств, которому они следуют в своих взаимоотношениях, не признавая его юридически обязательным. К международным обыкновениям относятся, например, правила международной вежливости, в частности правила дипломатического этикета и так называемого дипломатического протокола, а также правила морского церемониала.

**СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ**

1. Конституция Республики Беларусь 1994 года. Принята на республиканском референдуме 24 ноября 1996 года. Минск «Беларусь» 1997г.
2. Василевич Г. А. Конституционное право Республики Беларусь: Учебник. – Мн.: Книжный дом; Интерпрессервис, 2003. – 882с.
3. Действующее международное право: В 3-х т. / Сост. Ю. М. Колосов и Э. С. Кривчикова. Т. 1. М.: Изд-во Московского независимого института международного права, 2002.
4. Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М: БЕК, 2001.
5. Комаров С. А., Малько А. В. Теория государства и права: Учебно-методическое пособие. Краткий учебник для вузов. – М.: Издательство НОРМА, 2001. – 448с.
6. Основы государства и права: Учеб. пособие для поступающих в юридические вузы / Под ред. Члена - корреспондента РАН О.Е. Кутафина. - 8-е изд., переработанное и дополненное - М.: Юрист, 2001. - 447.
7. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2 Теория права. - М.: Издательство «Зерцало», 1998. - с. 656.
1. Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. Под ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2 Теория права. - М.: Издательство «Зерцало», 1998. - с. 656. [↑](#footnote-ref-1)
2. Василевич Г. А. Конституционное право Республики Беларусь: Учебник. – Мн.: Книжный дом; Интерпрессервис, 2003. – 882с. [↑](#footnote-ref-2)
3. Действующее международное право: В 3-х т. / Сост. Ю. М. Колосов и Э. С. Кривчикова. Т. 1. М.: Изд-во Московского независимого института международного права, 2002. [↑](#footnote-ref-3)