**КУРСОВАЯ РАБОТА**

Тема:

«Правовой обычай»

Нижний Новгород, 2010 г.

**1. Понятие правового обычая и правовой обычай как первоисточник права**

Правовой обычай – это санкционированное охраняемое государством правило поведения, которое сложилось в результате его фактического применения в течение длительного времени.

Под обычаем, как разновидностью социальной нормы, понимается правило поведения, сложившееся на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений, ставшее привычным и признаваемых обществом. Однако правовым становится не любой обычай, а лишь тот, который получает официальное признание государства, то есть получает юридическую силу. Правовой обычай отличается определенностью правила, непрерывным и единообразным характером его соблюдения. Нормы правового обычая нередко выражаются в пословицах, поговорках, афоризмах. Не следует полагать, что правовые обычаи – архаичное явление, потерявшее в настоящее время всякое значение. Как свидетельствуют новейшие исследования, правовые обычаи широко применяются при регулировании общественных отношений особенно земельных, наследственных, семейно-брачных.

Правовой обычай является исторически первым источником права. Эта форма права возникла на самых ранних этапах правового развития в раннеклассовых городах-государствах.

В 5–11 вв. в Европе обычай играл большую роль, так как был признан королевскими и церковными судами, и заменял денежными возмещениями за причиненный ущерб имевшие ранее место кровавые поединки, испытания огнём или водой, клятвы.

Обычное (то есть основанное на обычае) право регулировало, прежде всего, брачно-семейные, имущественные отношения, порядок землепользования и водопользования.

Первоначально этот опыт направлялся на смягчение агрессивности в отношениях между родовыми общинами, позже – между соседними общинами. Многие обычаи после появления государственности сохранили свое значение и перешли под защиту судебной системы, то есть, стали правовыми обычаями.

В самом начале правовой обычай не имел материальной фиксации, что осложняло его применение необходимостью прежде доказать в суде, что данный правовой обычай существует. На определенном этапе развития правовой обычай начал письменно санкционироваться или письменно закрепляться, модернизируясь в нормативно-правовой акт.

Для правового обычая необходимо наличие следующих условий:

1. признание обычая в качестве правового обществом, в котором он сложился;
2. наличие определенного возраста обычая, то есть срока существования;
3. обычай не должен противоречить публичному порядку либо должен быть разумным.

Кроме того, естественно, что государство возьмет под защиту (санкционирует) только тот обычай, который отвечает целям и задачам государственной власти.

Древнейшими памятниками обычного права являются своды обычаев законы Хаммурапи, законы Ману, Русская правда.

В современной науке нет однозначного отношения к правовому обычаю как источнику права. Некоторые ученые полагают, что роль правового обычая в современной правовой действительности весьма скромна, что правовой обычай сохраняет свое значение в качестве источника права лишь в тех областях, где пока нет достаточного материала для законодательных обобщений. Другие считают, что «действие правовых обычаев получает распространение в условиях формирования цивилизованного рынка». И тогда обычаи, деловые обыкновения становятся существенным дополнением к гражданско-правовым договорам и юридическим нормам.

Действительно, в странах с развитой системой права удельный вес правового обычая может быть невелик. Однако есть системы, в которых этот источник права значительно распространен. Особенно эта тенденция прослеживается в странах Азии или Африки. Также правовой обычай до сих пор служит одним из источников права Швеции, прежде всего в торговом праве. Отдельные обычаи, вошедшие в древние законы той или иной страны, действуют без изменений до сих пор. Например, в Таиланде по сей день, бытует закон, определяющий условия развода супругов, выработанные еще в процессе формирования обычаев. Муж и жена в присутствии свидетелей одновременно зажигают по свече одинаковых размеров. Тот из супругов, чья свеча догорит первой, должен покинуть дом, не взяв с собой ничего из имущества. В то же время в Кении в настоящее время параллельно существует нормы английского права в семейно – брачной сфере, оставшиеся со времён колонии, и древние родоплеменные обычаи, действующие в этой же сфере правовых отношений. И, если возникают конфликты между этими двумя правовыми системами, какие нормы применить, а какие нет, решает суд. Правовой обычай – это обычай, применение которого обеспечивается санкцией государства. Его следует отличать от обычая, представляющего собой моральную норму, религиозное правило, нравы. Санкционирование обычая может осуществляться путем восприятия его судебной, арбитражной или административной практикой. Решение государственного органа, в котором применен обычай, признается соответствующим государством и может быть принудительно исполнено.

Можно выделить несколько составляющих правового обычая как источника права:

1. Правовой обычай как источник права – это неоднократно и не достаточно широко применяемое правило поведения, отражающее содержание общественных отношений, которому придана форма позитивного права, то есть это обычай санкционированный государством.
2. Неразрывная связь содержания и юридической формы позволяет сформулировать значение термина «обычное право». Это дает основание считать, что происхождение обычного права начинается с обычной нормы, которая на определенном этапе развития общества выступает индикатором важнейших, жизненно необходимых социальных ситуаций, действует в отношении всех, кто попадает под ее содержание и что в дальнейшем она переходит в разряд норм позитивного права.
3. К основным способам государственного санкционирования обычаев относятся: законодательное; договорное; «молчаливое» санкционирование посредством соблюдения обычая в деятельности государственных органов и учреждений; признание государствами международного обычая; государственное санкционирование обычаев, систематизированных и признанных организациями.
4. Можно выделить несколько основных субъектов санкционирования правовых обычаев: государство как основной субъект, осуществляющий санкционирование через государственные органы исполнительной, судебной и законодательной власти; стороны договора; негосударственные организации; государства как субъекты международного права.

Обычай по природе своей носит консервативный характер. Он закрепляет то, что сложилось в результате длительной общественной практики. Государство к различным обычаям относится по-разному: одни запрещает, другие одобряет и развивает.

В истории Российского права существовали нормативно – правовые акты, содержащие в себе прямую отсылку к обычаю, такие отсылки относились, например, к порядку землепользования в 20-х годах 20 века.

Государство санкционирует лишь те обычаи, которые не противоречат, согласуются с его политикой, с нравственными основами сложившегося образа жизни. Обычаи, противоречащие государственной политике, общечеловеческой морали, как правило, запрещаются законом.

**2. Обычное право**

Наряду с прецедентом источником права является обычай, коим создается так называемое обычное право. Под юридическим обычаем разумеются такие правовые нормы, которые сложились путем постоянного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни.

Такие нормы могут слагаться как при участии, так и без участия органов государственной власти. Но во всяком случае они возникают без прямого предписания власти; в этом отличительная черта обычая от закона в обширном смысле.

В сущности, обычай сводится к прецеденту: он есть не что иное, как множественный прецедент. В самом деле, ясно, что все юридические нормы, относимые к обычаю, первоначально сложились не путем обычая, а путем прецедента: так называемые юридические обычаи возникали по поводу единичных случаев; возникшее таким образом правило затем применялось к ряду однородных случаев и становилось обычаем. Обычай, таким образом, только скреплял правило, возникшее путем прецедента; иначе говоря, обычай есть многократно повторявшийся прецедент.

Это можно выяснить на примере любого юридического обычая. Положим, например, что путем обычая домашняя прислуга получила право на улучшенную пищу в определенные праздничные дни, или, скажем, студенты получили право выбирать курсовых старост. Доказывать право в том и другом случае можно только ссылкою на прецеденты, т.е. на случай в прошлом, когда прислуге давались к празднику, положим, куличи, или университетское начальство дозволяло студентам избирать старост, признавало их, вступало с ними в сношения. Неизбежность ссылки на прецеденты во всех случаях, где требуется установить существование нормы обычного права, доказывает тождество обычая с множественным прецедентом.

Иногда для создания нормы права достаточно прецедента единичного; иногда же только обычай, т.е. многократное повторение, может сообщить прецеденту силу права. Так, напр., тот факт, что единичная крестьянская община признала право на избу за старшим сыном умершего крестьянина, еще не устанавливает общей нормы права. Но если будет доказано, что с незапамятных времен крестьяне именно в этом смысле решали споры о наследстве, то существование данной нормы наследственного права будет уже несомненным. Таким образом, множественный прецедент – обычай – сплошь да рядом создает юридические нормы, коих не под силу создать прецеденту единичному.

В чем же заключается различие обычая юридического от обычая простого, не имеющего юридического значения?

Далеко не все обычаи, господствующие в той или другой общественной среде, суть обычаи юридические: путем обычая создается ряд правил, вовсе не имеющих правового содержания; путем обычая слагается целый кодекс общепринятого, господствующий в том или другом обществе; этим путем слагаются все правила приличия и образуется необозримое множество обрядов, исполняющихся в разных случаях жизни: напр., обряды свадебные, похоронные, праздничные. Никому не придет в голову утверждать, чтобы такие обычаи, как, напр., обычай есть куличи или обмениваться красными яйцами на праздник Пасхи, обычай наших крестьян креститься на все четыре стороны при входе в дом или наш обычай надевать белый галстук, когда мы едем на бал, суть обычаи юридические: кто не ест кулича на Пасхе, тот, очевидно, не считается нарушителем чьего-либо права; равным образом, если мой сюртук или галстук будет несколько отличаться от общепринятого типа, то меня сочтут чудаком или скажут, что я не знаю приличий, но никто не сочтет меня нарушителем чужого права.

В чем же заключается разница между обычаями юридическими и неюридическими? Ответ на этот вопрос сам собою предрешается данным уже нами раньше определением права. Мы видели, что отличительная черта всякой правовой нормы заключается, с одной стороны, в предоставлении, с другой стороны – в ограничении внешней свободы лиц. Предоставляя определенную сферу внешней свободы одним лицам (управомоченным), правовая норма соответственным образом ограничивает сферу внешней свободы других лиц (обязанных). Юридическими, след., должны признаваться только те обычаи, которые заключают в себе оба эти необходимых признака правовых норм, следовательно только те, которые, предоставляя известную сферу внешней свободы одним лицам, соответственным образом ограничивают внешнюю свободу других лиц.

Само собою разумеется, что при таком понимании юридического обычая самая область обычного права должна значительно расшириться: в нее войдет многое такое, что с точки зрения господствующего учения вовсе не относится к области права. Так, напр., обычай дуэли в тех странах, где дуэль не признается или даже прямо воспрещается государственною властью, с точки зрения весьма распространенного в науке мнения вовсе не является нормою права. Многие из современных юристов склонны видеть в дуэли простой обычай, условное правило общежития, а не юридическую норму. Это воззрение должно быть признано безусловно ошибочным: из того, что обычай дуэли не признается государственной властью в тех или других государствах, вовсе не следует, чтобы он был лишен юридического значения, ибо признание государственною властью, как мы видели, вовсе не служит отличительным признаком права. Если считать юридическими только те обычаи, которые признаются государственною властью, то придется прийти к тому заключению, что ранее образования государства право вообще не существовало, – заключение, с которым не согласится ни один образованный юрист. Мало того, с этой точки зрения пришлось бы признать лишенными правового значения вообще все те нормы, которые не признаются государством; на этом основании пришлось бы отвергать, напр., юридический характер норм права церковного и международного в тех странах, где эти нормы не пользуются официальным признанием государственной власти. Наконец, с точки зрения разбираемого воззрения, пришлось бы признать, что самая государственная власть не имеет никаких юридических оснований, так как права государственной власти, очевидно, не могут обусловливаться ее собственным признанием; если государственная власть имеет право повелевать своим подданным, то это обусловливается, очевидно, не тем, что сама она признает за собою такое право.

Если признание или непризнание государственной властью того или другого обычая за право не может служить признаком для различения обычаев юридических от обычаев простых, то нет никаких оснований не признавать обычай дуэли за обычай юридический. В этом обычае мы имеем норму, которая, с одной стороны, предоставляет известную сферу внешней свободы одному лицу – оскорбленному и подвергает соответственному ограничению свободу другого лица – оскорбителя. Оскорбленный может вызвать на поединок оскорбителя, ему, значит, предоставляется свобода располагать определенными действиями последнего; с другой стороны, оскорбитель обязан принять вызов: тем самым налагается на его внешнюю свободу известное ограничение в пользу оскорбленного; след., здесь имеются налицо все необходимые признаки нормы права, притом права обычного, так как обязательность дуэли всецело покоится на авторитетности обычая, господствующего в той или другой среде. Или возьмем какой-либо другой пример: обычай родовой мести, господствующий у кавказских горцев, есть обычай несомненно юридический, так как он ограничивает свободу отдельных родичей, предписывая им месть, и вместе с тем предоставляет сородичам свободу требовать друг от друга исполнения этой обязанности. Здесь опять-таки мы имеем дело с обычаем юридическим, несмотря на то, что этот обычай не признается государством. Указание на безнравственность таких обычаев, как дуэль и родовая месть, разумеется, не может служить аргументом против их правового характера, потому что, как мы видели, нравственность предписания вообще не служит необходимым признаком правовой нормы: есть много норм, прямо безнравственных по содержанию (напр., крепостное право) и вместе с тем – несомненно юридических. Требование, чтобы право всегда согласовалось с нравственностью и разумом, есть требование идеала, которому действительность далеко не всегда соответствует. К тому же, как мы видели, далеко не все те требования, которые предъявляются нравственностью к праву, отличаются характером постоянным и неизменным: существует множество таких нравственных требований, которые видоизменяются в зависимости от характера и культурного развития каждой данной общественной среды. К кавказским горцам нельзя предъявлять тех же нравственных требований, которые могут предъявляться, напр., к русскому крестьянину; поэтому, даже в том случае, если бы мы условились считать за правовые только нормы нравственные по своему содержанию, то нельзя было бы признавать лишенными правового значения все те обычаи народов малокультурных, которые противоречат более развитому нравственному сознанию.

Как по вопросу о сущности обычного права, так и по вопросу об основаниях его обязательности между юристами до сих пор еще существует большое разногласие, причем в различных мнениях, которые высказывались и высказываются по этому поводу, сказывается отсутствие сколько-нибудь удовлетворительного определения права вообще.

Обычай, как сказано, наряду с прецедентом и после него, есть несомненно древнейшая форма позитивного права, которая предшествовала закону, существовала даже раньше образования государства. И тем не менее, до начала XIX столетия, никому из ученых не приходило в голову признавать юридический обычай за самостоятельную форму права. До появления немецкой исторической школы все вообще ученые были согласны в том, что единственным источником положительного права является государство, что оно одно может сообщить тем или другим правилам обязательное значение, силу правовых норм. Воззрение это шло вразрез с действительностью, так как в действительности не только у дикарей, но и у народов, стоящих на высокой ступени развития, правовые отношения определяются не одним законом, но и рядом норм, сложившихся путем обычая. Чтобы так или иначе согласовать факты со своей неверной теорией, ученые до начала XIX столетия обыкновенно прибегали к фикции: такие юристы, как, напр., Гуфеданд, Тибо, Глюк и другие, утверждали, что обычай получает обязательную силу от государства в силу молчаливого согласия законодателя, причем это согласие может быть выражено или в форме категорического заявления законодателя, или же в форме молчаливого признания с его стороны. Если только законодатель не высказался против того иди другого обычая и допускает его применение, то этого достаточно, чтобы обычай получил силу и значение молчаливо установленного закона, lex tacita. Словом, обычай там, где он действует, так или иначе получает свою силу от государства, от законодательной власти.

Это воззрение не встретило возражений вплоть до появления в начале XIX столетия исторической школы, которая нанесла ему сильный удар. Историческая школа, как уже было раньше сказано, вообще относилась отрицательно к творческой деятельности законодателя в области права: по смыслу первоначального учения Савиньи, от которого, впрочем, сам он отступил в сороковых годах истекшего столетия, все вообще право развивается и должно развиваться непроизвольно, само собою; и нарушение законодателем правильности этого органического процесса развития представляется или невозможным, или нежелательным и вредным. Мы видели, что такое учение Савиньи о происхождении права было весьма односторонним; но, во всяком случае, исторической школе удалось доказать, что закон вовсе не есть единственный фактор образования права, что существует множество правовых норм, которые сложились и приняли форму обычая помимо всякого вмешательства законодателя.

Особенно важное значение для выяснения сущности обычного права имеет капитальное сочинение Пухты «Обычное право». Развивая воззрение исторической школы, Пухта учит, что юридический обычай – вполне самостоятельная форма права. Сложившись помимо всякого воздействия законодателя, юридический обычай обязателен совершенно независимо от того, признается или не признается он законодателем. Обычай представляет собою наиболее непосредственное и верное выражение народных воззрений; в этом и заключается источник его обязательной силы, ибо народные воззрения, по мнению Пухты, составляют источник всякого права вообще; юридические нормы, вошедшие в обычай, обязательны не потому, что они в течение долгого времени применялись на практике к однородным случаям жизни, а потому, что в них выразилось живущее в народе сознание права; обычай сам по себе не создает ни новых юридических понятий, ни новых правовых норм: он только закрепляет существующие в народе правовые воззрения; он служит доказательством того, что народ признает обязательными те или другие нормы, которые в силу этого и имеют значение норм правовых. Иначе говоря, нормы права обязательны потому, что они выражают собою воззрение и волю народа, как целого.

Таким образом, Пухта признает за обычным правом вполне самостоятельное значение: обычай, по его мнению, самостоятельная форма права, которая для своего юридического существования не нуждается ни в явном, ни в молчаливом признании законодателя. Но такое значение Пухта признает только за обычаями целого народа, и в этом заключается один из главных недостатков его исследования. Уже современники Пухты (Унтергольцнер, Мюленбрух. Кирульф) укает гораздо больше обычаев местных, сословных (вообще обычаев частных), нежели обычаев общенародных. В чем же, спрашивается, заключается источник обязательной силы этих обычаев? На этот вопрос Пухта не дает удовлетворительного ответа; чтобы так или иначе на него ответить, Савиньи попытался внести кое-какие поправки в учение Пухты. Подобно Пухте, и Савиньи видит в народном единстве единственно возможную почву для образования юридического обычая и последнее основание для обязательной силы обычая. Но, в отличие от Пухты, Савиньи полагает, что как центральная классов. Как законодательная власть не гнет всех своих подданных под одну и ту же мерку, а сообразуется с особенностями отдельных местностей и сословий, издавая для них различные законы, так же и народное сознание создает для различных местностей и классов разнообразные нормы, которые и проявляются в виде разнообразных обычаев.

Однако и с такими поправками учение исторической школы не может быть принято. Прежде всего, самый процесс развития правосознания в народе изображен у Савиньи неправильно: по его учению выходит, будто живущее в народе сознание права есть нечто от начала данное, будто первоначально сложились воззрения, общие всему народу, а потом уже на почве этих общенародных воззрений зародились и выросли обычаи сословные и местные. Между тем новейшими исследованиями выяснено, что как раз наоборот: обычаи частные, т.е. обычаи местные, сословные, вырабатываются раньше, а потом уже из этих частных обычаев постепенно вырабатываются обычаи общие. Другая ошибка исторической школы заключается в том, что она приписывает обычаю характер исключительно национальный и выводит обязательную силу юридических обычаев только из того, что они выражают собою общие национальные воззрения. На самом деле существует множество юридических обычаев, которые вовсе не имеют национального характера: так, напр., существуют обычаи церковные, международные, которые не служат выражением воззрений какой-либо национальности, а между тем суть обычаи несомненно юридические.

Ошибка исторической школы заключалась в том неверном предположении, будто юридический обычай черпает свою обязательную силу в национальных воззрениях. На самом деле юридические обычаи вовсе не всегда выражают собою воззрения народа, но они всегда выражают собою воззрения, господствующие в какой-либо общественной группе, будь то сословие, местность, союз религиозный, каким является церковь, или, наконец, целая группа государств, находящихся между собою в международном общении. Обязательность юридического обычая, точно так же, как и обязательный авторитет.

**3. Отношение обычного права к законодательству**

Выяснив, таким образом, вопрос о сущности обычного права и обоснованиях его обязательности, мы можем перейти теперь к вопросу об отношении обычного права к законодательству. Этот вопрос решается различно разными учеными в зависимости от тех или иных взглядов на происхождение права.

Когда господствовавшее до начала нынешнего столетия воззрение видело в законодательстве единственный источник права, единственную причину, образующую право, то обычное право просто-напросто игнорировалось. Против этого воззрения в начале XIX в., как мы уже знаем, восстала историческая школа: Савиньи и Пухта учили, что обычай есть не только вполне самостоятельная форма права, но и во всех отношениях форма наиболее совершенная. По их мнению, юридический обычай заслуживает предпочтения перед другими источниками права, так как он служит самым точным и верным выражением народного правосознания. Такое пристрастие к обычному праву со стороны исторической школы вполне понятно и естественно. Оно объясняется указанными уже раньше политическими и научными тенденциями исторической школы. В политическом отношении историческая школа права представляла прямую реакцию против идей Французской революции. Мыслители революционной эпохи верили во всемогущество законодателя, в возможность пересоздания на начале разума всего существующего правового порядка. Историческая школа противопоставила этим воззрениям уважение к старине, к вековым преданиям и обычаям, унаследованным от предков. Юридический обычай, выражающий старые, веками установившиеся нормы, является наиболее консервативной формой права; поэтому неудивительно, что историческая школа обратилась к нему, как самому надежному и могущественному противовесу революционным стремлениям – радикальной ломке в области права. Пристрастие сторонников исторической школы к обычному праву вытекало, однако, не только из их консервативных симпатий, но также из их научных тенденций. Если в XVIII веке господствующее течение в науке права носило на себе характер космополитический, то историческая школа, наоборот, является выразительницей националистических стремлений. По мнению Савиньи и Пухты, преимущество обычая пред законом заключается в том, что обычай есть непосредственное проявление народного творчества в области права; он является самым лучшим отражением народных стремлений и потому оказывается наиболее верным средством к удовлетворению разнообразных потребностей народа, относительно коих законодатель очень часто бывает плохо осведомлен. Возникновение обычая всегда и непременно вызывается насущными потребностями народной жизни; закон же нередко служит выражением беспочвенных личных взглядов законодателя, его фантазии и произвола. Обычное право имеет еще то преимущество перед законом, что, будучи проявлением сознания самого народа, оно более, нежели закон, доступно пониманию народных масс и потому пользуется и большим уважением со стороны народа. Вследствие всех этих преимуществ, по мнению Савиньи и Пухты, обычай должен играть преобладающую роль при создании правовых норм. Законодатель не должен изобретать каких-либо новых, не существовавших раньше норм; его главная и единственная задача заключается в том, чтобы собирать, приводить в систему и давать более точную формулировку тем нормам права, которые уже до него сложились в сознании народа и выразились в форме обычаев. Законодатель должен устранять противоречия, неизбежно встречающиеся в обычном праве, и давать точное, ясное выражение народно-правовым воззрениям. Только при таких условиях законодательство, по словам Савиньи, может быть действительно полезным.

Но законодательство ни при каких условиях не может охватить всего разнообразия человеческих отношений и потребностей. Как бы ни было совершенно и полно то или другое законодательство, как бы ни был широк охватываемый им круг случаев жизни, все же, за невозможностью все предвидеть, останется множество фактов, не предусмотренных законом; всякий законодательный кодекс всегда будет заключать в себе пробелы, которые и будут заполняться обычным правом. Последний аргумент является, без сомнения, самым сильным, самым убедительным из всех доводов, которые приводят Савиньи и Пухта в пользу обычного права. Нетрудно, однако, убедиться в том, что, сопоставляя обычай и закон, эти мыслители преувеличили значение первого из них и умалили то значение, которое должно выпадать на долю последнего в странах, достигших известной ступени культурного развития. Совершенно справедливо утверждение, что обычное право необходимо для пополнения пробелов законодательства. Трудно представить себе такое время, когда будет выработан совершенный законодательный кодекс, который охватит собой всю совокупность правовых отношений и сделает вследствие этого обычное право излишним. Хотя, таким образом, есть основание предполагать, что обычай всегда будет служить дополнением закона, однако не следует забывать и того, что это – самая примитивная, самая архаическая и несовершенная форма права.

Недостатки воззрений на обычное право старой исторической школы были прекрасно выяснены Иерингом. Историческая школа смотрела на эпоху господства обычного права как на золотой век и в переходе от обычая к писаному законодательству видела, по выражению Иеринга, нечто вроде грехопадения права. Вопреки такому взгляду представителей старого историзма Иеринг доказал, что замена обычая писаным законом являются одним из важных завоеваний цивилизации. По его мнению, совершенство обычного права, о котором так много говорят Савиньи и Пухта, – на самом деле мнимое, кажущееся. Совершенно верно, что отличительными чертами обычая является гибкость, способность легко приспособляться к условиям действительной жизни, но верно также и то, что черты, характеризующие закон, – твердость, определенность, точность и устойчивость, имеют для права несравненно более важное значение. Кроме того, в обычном праве господствует нередко величайшая путаница понятий: смешиваются понятия нравственные, религиозные и юридические. Проведение точной границы между правом и тем, что не есть право, приведение в ясность и систему юридических понятий составляют прогресс в области права, и этот прогресс является результатом деятельности законодателя. В обычном праве встречается нередко противоречие между отдельными нормами, вследствие чего нередко возникает спор о самом существовании той или иной нормы права. Закон устраняет противоречия в области права, полагает этим конец множеству споров и недоразумений, ограничивает возможность произвола и колебаний в применении права. Словом, закон обеспечивает господство в праве строгого и единообразного порядка. Исключительное господство обычая возможно только у народов, стоящих на низших ступенях культурного развития, когда общественный строй и отношения людей носят примитивный характер. Но по мере того, как общество развивается, отношения людей и общественные потребности изменяются и усложняются, одного обычая оказывается недостаточно и возникает потребность в писаном законодательстве. С дальнейшим прогрессом культуры значение обычного права все уменьшается, сфера его применения все суживается, тогда как задачи законодательства все расширяются. В большинстве современных культурных государств на долю обычая выпадает лишь скромная роль – пополнения пробелов законодательства.

Почти все законодательства допускают в большей или меньшей степени действие обычного права, хотя и в ограниченных пределах. В частности, наше русское законодательство не признает юридического обычая за самостоятельную форму права. Действие обычая допускается у нас только в виде исключения, в тех случаях, когда применение местных обычаев дозволено законом (ст. 130 Уст. гр. судопр.). Ст. 107 Положения о крестьянах 19 февраля 1861 г. разрешает волостным судам решать тяжбы между крестьянами на основании местных обычаев; IX том нашего Свода разрешает кочующим инородцам управляться по собственным степным обычаям и законам и пр. Во всяком случае, несомненно, что у нас роль обычая гораздо значительнее, чем можно думать на основании определений отечественного законодательства. Объясняется это существованием в нашем отечестве многочисленных общественных групп-сословий: мещан, крестьян и проч., инородческих племен и т.д., своеобразные бытовые особенности коих еще не вполне выяснены и потому не всегда в достаточной степени приняты во внимание законодательством. Вследствие этого наше законодательство имеет много пробелов, которые по необходимости заполняются обычным.

**4. Сферы применения правового обычая**

Правовой обычай не слишком типичен для нашей правовой системы, но место в ней нашлось и для него. Например, часть статьи 19 Гражданского кодекса РФ гласит: «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая». В статье 5 ГК закрепляется, что при осуществлении предпринимательской деятельности допускается использование обычаев делового оборота как сложившихся и широко применяемых правил поведения, даже если они не записаны в актах государства.

В земельном кодексе РФ имеется ссылка на обычай, существующий в конкретной местности, которым можно руководствоваться при разделе колхозных дворов. Также наше государство признает правовые обычаи, сложившиеся в сфере торгового мореплавания. Например, в ст. Кодекса торгового мореплавания РФ говорится, что «срок, в течение которого груз должен быть погружен на судно, определяется соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения – сроками, обычно принятыми в порту погрузки». До недавнего времени существовала в Уголовном Кодексе РСФСР (действовал с 1.01.61 по 1.01.97 г.) глава 9, которая предусматривала ответственность за преступления, составляющие пережитки местных обычаев. Статья 233 УК РСФСР, в частности, предусматривала наказание в виде лишения свободы на срок до 2-х лет за похищения женщины для вступления в брак. В действующем ныне Уголовном Кодексе РФ, вступившем в силу с 1.01.97 г., такой статьи нет. Но там есть статья 126, которая предусматривает суровую ответственность за похищения человека.

Совершенно особое значение имеет правовой обычай в области международного права. Он становится источником международного права, когда отношения между субъектами международного сообщества не урегулированы международным договором. Для этого правовой обычай должен признаваться всеми или некоторыми сотрудничающими государствами, на которых и будет распространяться.

Пример применения международного правового обычая можно найти, в частности, в решении Международного суда ООН по англо-норвежскому спору о рыболовстве 1951 года, где сказано, что в соответствии с обычной нормой прибрежные государства могут в качестве исходной линии для отсчета ширины территориальных вод применять и прямые линии. Существуют обычаи, получившие специальное признание в международных отношениях, например дипломатический этикет.

В этой системе права роль правового обычая велика. Он является более гибким источником права по сравнению с международным договором, так как для возникновения последствий по международному договору требуется согласование воль многих членов международного сообщества, что технически бывает сложно.

Также возможна ситуация, когда государства по политическим мотивам могут опасаться брать на себя юридическую ответственность; подписывая международный договор, но согласны выполнять его требования в порядке соблюдения правового обычая. Может возникать необходимость в подчинении нормами международного договора в порядке правового обычая, если договор еще не вступил в юридическую силу.

# 5. Соотношение норм права и обычаев

Обычаи являются правилами поведения особого вида. В отличие от правовых, моральных, корпоративных норм, близких к идеологии, обычаи и другие правила связаны с общественной психологией – с той частью общественного сознания, которая состоит из исторически сложившихся и в значительной части развивающихся по стихийно проявляющимся законам чувств, эмоций, иллюзий, образцов, традиций, нравов.

Общественная психология, как и общественное сознание в целом, испытывает на себе воздействие права и оказывает на него определенное влияние. С одной стороны, именно в сфере общественной психологии складывается правовая культура, свойственная стабильному гражданскому обществу, с другой стороны, именно в общественной психологии сохраняются нравы и привычки, питающие правовой нигилизм, подменяющие право иными регуляторами поведения.

Под общим наименованием «обычаи» в литературе нередко объединяются весьма разнородные нормы.

Обычаем в узком, собственном смысле слова является правило поведения, соблюдаемое в силу привычки. Обычаями становятся нормы, соблюдение которых стало привычным в результате их длительного существования. Они складываются на основе моральных норм (нравы – обычаи, имеющие моральное значение), норм быта (правила приличия, гигиены, поведения за столом и др.), некоторых норм права. Реализация обычаев осуществляется, как правило, без размышлений о том, каково происхождение реализуемой нормы. Переходя в обычай, та или иная норма теряет «оценочный характер» в том смысле, что критерии «добра», «зла», «целесообразности» и «удобства», «приличия» и другие, лежащие в ее основе, отходят на второй план перед привычностью ее выполнения. Иными словами, если моральная норма регулирует поведение людей с помощью оценочных критериев («добро», «зло», «похвально», «постыдно» и т.д.), соответствующих идеологии членов общества, то та же норма, ставшая обычаем, оказывает свое регулирующее воздействие в силу ее эмоционального восприятия членами общества, привыкшими к ее соблюдению настолько, что ее реализация стала потребностью.

В целом право в своем осуществлении опирается на привычное массовое подчинение правовым нормам уже по той причине, что неправомерное поведение выходит за рамки обычного поведения, не привлекающего внимания правоохранительных органов. Общая привычка законопослушного большинства любого стабильного общества к установленному порядку, подсознательная надежда на охрану жизни, здоровья, имущества от правонарушителей, на социальную помощь государства являются психологической основой любого правопорядка, если, разумеется, само право стабильно и не вступает в конфликты с массовым правосознанием.

В некоторых странах санкционированный обычай был источником (формой) права. Обычаи (адаты) – источник права в мусульманских странах наряду с шариатом.

В первые годы советской власти обычаи были одним из источников права в отдельных регионах Средней Азии и Кавказа. В то же время советское уголовное право запретило под угрозой наказания совершение некоторых действий, представляющих собой пережитки местных обычаев (принятие или уплата выкупа, двоеженство или многоженство и др.).

В нашей стране, где еще не сложилась и не просуществовала достаточно долго стабильная система права, а общественное сознание на его идеологическом и психологическом уровнях менялось и меняется, нет системы устоявшихся общеизвестных обычаев, которые могли бы стать одним из источников права.

К обычаям относят также традиции, которые в меньшей степени связаны с чувствами, эмоциями. Их возникновение не обязательно обусловлено длительным существованием какой-либо нормы. Традиции выражают стремление людей сохранить унаследованные от предыдущих поколений формы поведения; они возникают в силу распространения какого-либо примера, воспринятого и одобренного обществом. Такова, скажем, традиция отмечать в трудовом коллективе значительные события в жизни его членов (свадьба, рождение ребенка, защита дипломной работы или диссертации, юбилейные даты и т.п.). Традиция связана с нормами морали в том отношении, что традиционным становится какое-либо действие, одобряемое моралью, а также в том, что лица, пренебрегающие этой традицией, заслуживают морального порицания. В то же время традиции имеют нечто общее с обычаем: они опираются не только на поддержку общественного мнения, но и на психологические факторы, в частности на чувство связи человека с окружающими, стремление следовать распространенному примеру, которому следуют все, на то, что психология называет «психическим заражением», подражанием и т.д.

От обычаев и традиций отличаются обыкновения, или деловые обыкновения, под которыми понимается устоявшаяся практика, сложившаяся в хозяйственной деятельности, а также в быту. О деловых обыкновениях говорится, в частности, в нормативных актах, когда речь идет о принятых в данном порту правилах очередности погрузки и разгрузки, об обычно предъявляемых требованиях, которым должно соответствовать качество проданной вещи, о ее нормальном использовании. По смыслу таких упоминаний можно говорить не о критериях, установленных какими-либо обычаями (привычками), а о заведенном порядке или о среднестатистических нормах, соответствующих уровню развития производства.

В качестве особого вида норм раньше упоминались так называемые правила социалистического общежития, ссылки на которые имелись в конституциях СССР, а также в некоторых кодексах. Многолетние дискуссии о правилах социалистического общежития не привели к уяснению содержания этого понятия. На практике при применении статей кодексов, содержащих этот термин, названные правила понимались как общепризнанные нормы нравственности, правила приличия, нормы добросовестности. Новейшее законодательство отказалось от использования этого термина.

Особое положение в системе социальных норм занимают обычаи – это такие правила поведения, которые складываются в определенной общественной среде, передаются из поколения в поколение, выступают естественной жизненной потребностью людей, а в результате их многократного повторения становятся привычными для них. Они несколько менее связаны с правом, чем, например, моральные нормы, но тем не менее не являются нейтральными.

Нормы права и обычаи обладают рядом общих признаков, присущих всем социальным нормам: являются общими, обязательными правилами поведения людей, указывая какими должны или могут быть человеческие поступки по мнению определенных коллективов.

Вместе с тем обычаи и нормы права отличаются друг от друга по происхождению, форме выражения, способу обеспечения реализации. Если обычаи появились с возникновением человеческого общества, то нормы права существуют в государственно-организованном обществе; если обычаи не закрепляются в специальных актах, а содержатся в сознании людей, то нормы права существуют в определенных формах; если обычаи обеспечиваются силой общественного мнения, то нормы права могут реализовываться и с учетом возможности государственного принуждения.

Одни обычаи носят прогрессивный характер, другие являются вредными, и право ведет с ними борьбу. Некоторые из них весьма разумны: запрещение пить вино жениху и невесте, работникам в дни страды и т.д. Это так называемые добрые традиции, которые следует отличать от псевдотрадиций, например, никак нельзя объяснить благодушное отношение к пьянству. Закрепилась традиция, связавшая уважение к гостю с выпивкой; любую дату личного ли, общественного ли значения отмечают со спиртным. На чисто кабацкую традицию пить крепкое спиртное в неразведенном виде искусственно наложился обычай, характерный для народностей, употребляющих в основном легкие сухие вина, – ритуал многочисленных «обязательных» и «красивых» тостов. Для семьи все это, как правило, и хлопотно, и недешево, и опасно, но – традиция.

Так сложился стереотип поведения, взявший себе в оправдание ссылку на национальные черты русского народа. Но это ложь!

Многовековая история русского быта пронизана неравной борьбой работающего деревенского люда с теми, кто «курил» вино, привозил его и сбывал, спаивая народ. Веками русский мужик считал вино (виноградного вина основная часть населения России не знала, вином назывался хлебный перегон, по нынешним понятиям – пшеничный самогон) бесовским порождением, целовальников и кабатчиков – зверьем без совести, а запойных пьяниц – людьми, достойными осуждения и жалости. С этим пережитком следует бороться как нормативными средствами, так и общественными.