

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

Юлия Владимировна Сорокина^{1, 2}

¹Воронежский государственный университет, Воронеж, Россия, yulia_sor@mail.ru

²Воронежский филиал Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, Воронеж, Россия

Аннотация. В данной работе представлено исследование правового обычая как источника права. Обосновывается актуальность данной проблемы. Выясняется вопрос о сущности обычая, его правовой природе, которая состоит в особенностях способа регулирования общественных отношений со стороны обычая. Исследуются вопросы происхождения и становления правовых обычаев. В частности, рассматриваются теории происхождения обычаев: теория стихийного образования и теория индивидуального творчества. Также анализируется соотношение обычая и судебного прецедента, обычая и закона, доказывается жизнеспособность обычая в условиях государства.

Ключевые слова: право, государство, норма, правовой обычай, судебный прецедент, позитивизм, закон, мораль, религия, источник права

Для цитирования: Сорокина Ю. В. Правовой обычай как источник права // Северо-Кавказский юридический вестник. 2022. № 1. С. 35–44. <https://doi.org/10.22394/2074-7306-2022-1-1-35-44>.

Problems of the Theory and History of Law and State

Original article

LEGAL CUSTOM AS A SOURCE OF LAW

Yulia V. Sorokina^{1, 2}

¹Voronezh State University, Voronezh, Russia, yulia_sor@mail.ru

²Voronezh branch of Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Voronezh, Russia

Abstract. This article presents a study of legal custom as a source of law. The relevance of this problem is substantiated. The question of the essence of custom, its legal nature, which consists in the peculiarities of the way of regulating social relations by custom, is clarified. The questions of the origin and formation of legal customs are investigated. In particular, theories of the origin of customs are considered: the theory of spontaneous education and the theory of individual creativity. The correlation of custom and judicial precedent, custom and law is also analyzed, the viability of custom in the conditions of the state is proved.

Keywords: law, state, norm, legal custom, judicial precedent, positivism, law, morality, religion, source of law

For citation: Sorokina Yu. V. Legal custom as a source of law. *North Caucasus Legal Vestnik*. 2022;(1):35–44. (In Russ.). <https://doi.org/10.22394/2074-7306-2022-1-1-35-44>.

Проблема происхождения права и поиск древних источников всегда были и остаются в центре внимания юридической науки, в частности теории и истории государства и права. Уже в XVIII в. появились доктрины, направленные на обоснование того или иного вектора правового развития. Долгое время российская юридическая наука происхождение права связывала с возникновением государства. Считалось, что правовые нормы исходят только от государства, и только оно может их создавать и защищать силой принуждения. То есть на первый план выходила позитивистская концепция. Теоретико-правовая наука говорила об обычаях

как регуляторов жизни первобытнообщинного строя, но отказывала им в правовой природе. И сейчас дискуссия не прекращается, хотя, в общем и целом, признается, что среди обычаев следует выделять правовые, которые выступают как самостоятельный источник права.

Генезис права коренится в обычаях, традициях, и именно на них первоначально опиралась власть [1, с. 27]. Вопрос о происхождении обычая дискутировался уже в XIX веке. Так, русский правовед Н. Дювернуа утверждал, что история права началась ранее, чем история государства, раньше, чем появились какие-либо законодательные акты. Безусловно, законодательство – это «лучшая и высшая сфера выражения объективного права. Но само право начинается именно в обычае» [2, с. 4].

Древнейшие обычаи были просты, поскольку члены родовой общины имели общность интересов и устремлений, что порождало и сходство представлений о должном и недопустимом, о верном и ошибочном. Они регламентировали жизнь в коллективе и никем не оспаривались. Не было необходимости в создании особого механизма, гарантирующего их соблюдение. В таких социумах реализовывались основные потребности своих членов, обеспечивалось воспроизводство самой общины, притом, что существование индивидов по отдельности было невозможно, каждый мог выживать только в коллективе. А. В. Поляков пишет: «Этим же было обусловлено внутреннее единство, солидарность членов рода, несмотря на периодически возникающие противоречия, конфликты и вражду. Охрана общественно-значимых интересов в таких обществах становилась целью всего коллектива, условием его существования и развития» [3, с. 19]. Что касается институтов родового строя, то это была общественная власть (например, Народное собрание, Совет старейшин), которая представляла все общество во внешних и внутренних конфликтах, обладала правом на физическое принуждение в отношении тех членов общества, которые нарушали существующие нормы.

Обычай – это правило, которое может регулировать все стороны жизни людей. Его соблюдение обеспечивает необходимый порядок во взаимоотношениях, безопасность общины при противостоянии силам природы и внешним врагам. Исходя из этого, ученые-марксисты сделали вывод о том, что обычаи сами по себе не обладали правовой природой, их свойством была нерасчлененность, и поэтому их называли мононормами. Право же появилось только в условиях классового государства. Такое утверждение нельзя признать обоснованным. Правовая норма отличается от других тем, что устанавливает корреспондирующие друг другу права и обязанности. Если же отказывать обычаю в правовом содержании на основании того, что в нем содержится осязаемый нравственный элемент, то тогда многим актам, считающимся правовыми, следует отказать в правовой природе. Право всегда тесно связано с моралью. Например, в США неуплата налогов является аморальным поступком, который приводит к попаданию в черный список бизнесменов. Также американский судья может вынести решение, основываясь на нормах нравственности, религии, разумности.

К слову, есть ученые, которые вообще отрицают существование права в Древней Руси, по крайней мере, в его западном понимании, поскольку Русь всегда была больше Азией, чем Европой, а «основными чертами жизни являлись пассивность, фатализм, сервиллизм и полное пренебрежение к правам человека» [4]. Другие признают существование права, но преувеличивают влияние Византии на русскую юридическую культуру. Русское право и русская идеология – не «более, чем сколок византийских образцов» [4]. Конечно же, это утверждение несправедливо. Русь до нашествия монголов развивалась в общеевропейском направлении, её правовая система была наследием индоевропейцев. Византийские нормы пришли, когда правовая система гражданского и уголовного права уже относительно сложилась.

Э.В. Георгиевский обратился к этимологии слова «обычай». Это славянское слово, родственное словам «обыкать», «привыкать». Правда существует суждение, что этот термин происходит от слова «оба», «обчий», то есть общий. То есть «обычай» связан со словом «общество» [5].

Но каково происхождение обычая? Казалось бы, ответить на этот вопрос не сложно, но, начиная с 20-х годов XIX века, началась активная дискуссия о путях образования обычного права. До этого времени существовало общее мнение юристов о том, что обычай формируется как результат всеобщего соблюдения. Имелось в виду, что какое-то правило соблюдается постоянно и однообразно в течение длительного времени, и от этого оно становится обязательной нормой поведения.

Процесс складывания обычая, конечно, скрыт и незрим, уловить об этом конкретные сведения очень сложно, если вообще возможно. По мнению русского историка П. А. Карасевича, обычаи возникают и живут в непосредственной жизни общества. Основания их появления – это естественная природа, выражающаяся в стремлении к самоорганизации общества с учетом естественно-разумного чувства справедливости. Обычай возникает вследствие мышления и рефлексии, то есть вполне осознанно. В обычном праве «выражается общее убеждение и воля общественного союза. Они указывают на общность юридических убеждений и предполагают более или менее продолжительное однообразное повторение, то есть совершение определенных действий по определенным правилам» [6, с. 4].

В отношении источников обычного права немецкий юрист Георг Пухта опубликовал сочинение «Обычное право» (1828 г.), где предложил свое видение происхождения обычая. Обычное право, как он считал, коренится в народе, имеющим общее естественное происхождение и духовное родство. Народ – это естественное целое. Принадлежность к нему, в смысле принадлежность этносу, обуславливает формирование единой ментальности, «духовной способности», образа жизни, норм общественной морали. Большое значение имеет и климат. В результате такого родства рождается народ, который способен влиять на индивидов. Воззрения на этот мир у отдельного человека формируются под влиянием духовной целостности. Ученый пишет: «Сознание, проникающее в членов общества, как нечто общее, прирожденное им и делающее их духовно членами этого народа, одним словом, народный дух есть источник человеческого или естественного права, юридических убеждений, действующих в отдельных членах (общества – прим. автора). Следствием этого возникновения является различие прав по народам, особенность юридических воззрений. Так же, как и язык» [7, с. 22]. Народное убеждение Г. Пухта рассматривал как главный источник формирования юридического обычая. Но как же установить, что такое убеждение действительно существует? И Пухта отвечает на этот вопрос: все члены народа, в смысле общества, действуют согласно своему юридическому убеждению, признают его посредством применения соблюдения и применения. Основой индивидуального убеждения является коллективное убеждение народа, которое имеет свойство повторяемости в одинаковых случаях. В результате наличия такого убеждения и повторяемости рождается обычай [7, с. 28]. Пухта не был согласен с тем, что обычай порождает право. Наоборот, само право образуется и определяется обычаем. Обычай есть следствие формального выражения права, он укрепляет право. В основе же права лежит народное убеждение.

Русская юридическая наука, собственно, не отрицала существование юридических убеждений. Однако большинству русских ученых слабым показался аргумент, что обычай – объективное выражение права. Логичнее все же предположить, что в генезисе права лежит обычай. П.Л. Карасевич пишет, что возникновение обычного права предполагает наличие двух условий: 1) общее правовое убеждение всех членов общества; 2) само существование обычаев, как одинаково однообразного повторяющегося действия со стороны отдельных лиц – членов общества [6, с. 33]. Общее убеждение вырабатывается под влиянием трех факторов: 1) чувство правды; 2) природа вещей; 3) потребность и нужды [6, с. 37]. Надо сказать, что отдельные лица, сталкиваясь с определенными жизненными ситуациями – потребностями и отношениями – разрешают их согласно с природой вещей и внутренним чувством правды. Если же похожие обстоятельства возникают снова, то люди поступают по прежнему примеру, то есть избирают тот же алгоритм поведения и в дальнейшем действуют подобным образом. Данные рассуждения представляются убедительными, поскольку положить в основу обычая только имитацию невозможно. Общее убеждение обязательно присутствует. Возникновение права идет рука об руку с формированием убеждений. Что и когда из них первично, а что вторично – утверждать невозможно. При этом, как правильно замечает П.Л. Карасевич, обычай нельзя считать сложившимся, пока действия повторяются одним лицом. Он формируется, когда все члены общества разрешают вновь возникающие жизненные ситуации определенным образом [6, с. 37]. Постепенно люди осознанно принимают обычаи, как правильные и справедливые правила. Происходит слияние психологического элемента и потребностей практики.

Утверждение о существовании юридического убеждения народа принял русский историк права Н.В. Дювернуа. В основании возникновения права, по его справедливому мнению,

лежат частные отношения, которые существовали до появления законодателя, а в последствии независимо от его воли [2, с. 5]. Ученый считал, что утверждения Пухты вполне обоснованы и справедливы. Нельзя сводить обычай к привычке поступать определенным образом в конкретных обстоятельствах. И конкретные действия не устанавливаются случайным порядком, поскольку тогда путается причина и следствие. Тот или иной образ действий закрепляется в обществе вследствие того, что его члены считают должным поступать так, а не иначе. То есть не из действий формируется убеждение, а действие из убеждений. Первоначальная основа – убеждения, следствием существования которых является действие. «Таким образом, – пишет Н.В. Дювернуа, – от способа действий, от юридической практики мы делаем заключение к тому, что в основании практики лежит известное убеждение, которое представляет собой положение обычного права» [2, с. 6]. И далее: «читая Пухту, приходишь к заключению, что никакая другая форма не способна так полно и совершенно воплощать право, как обычай, этот первоначальный естественный продукт народной жизни» [2, с. 7].

Такие взгляды разделяет и Ф.В. Тарановский. По его мнению, массовое поведение может явиться для индивида фактором, который обуславливает их необходимость. Да повторяемость – это мощная составляющая обычая. Но эта повторяемость превращается в правовой обычай, если является результатом осознания общественной необходимости и полезности. Различного рода личные привычки, а также общественные привычки, а также вредные для общества действия, какое бы распространение они ни получили в обществе, не порождают обычного права, так как не сопровождаются осознанием их необходимости [8, с. 29]. Таким образом, осознание необходимости, всеобщее в этом убеждение следует считать одним из источников формирования правового обычая.

Итак, в соответствии со взглядами Пухты, обычное право коренится в народе, имеющим общее происхождение и ментальное родство. Народ есть естественное целое, он формируется постепенно, и постепенно складывается его единство. П.Л. Карасевич подчеркивает, что народ – это не искусственное образование, возникшее по чьей-то воле и решению. Этническая принадлежность оказывает большое влияние на образ мысли, на мораль, на стереотипы поведения. Но, как же говорилось, повторяемость является неотъемлемой составляющей обычая. Таким образом, убеждение и повторяемость составляют сущность правового обычая.

Конечно же, такое убеждение возникает не сразу. Как пишет М.Ф. Владимирский-Буданов, «на совсем ранних этапах, которые утонули в темной истории, господствовали чувства-инстинкты» [9, с. 111]. То есть первоисточником права является природа человека, подчиненная законам природы. Например, месть, защита детей родителями, право владеть вещами. На второй ступени, в общинных союзах, а позже в государствах появляется сознание необходимости норм поведения. Бытие общества порождает нормы, придавая им силу должного. Сюда же, по мнению М.Ф. Владимирского-Буданова, следует включить и привычку, которая укрепляет единообразие норм, но при этом, не создает их [9, с. 111].

Немалую роль в формировании обычаев играет чувство справедливости. П. Л. Карасевич приводит рассуждения о том, что отдельные лица, сталкиваясь с определенной ситуацией, разрешают её, основываясь на природе вещей и чувстве правды. Но затем, при возникновении схожей ситуации, люди поступают по прежнему образцу, избирают тот же алгоритм поведения и, таким образом, привыкают именно к нему [6, с. 37]. Получается, что появление обычая идет рука об руку с чувством общего убеждения. П. Л. Карасевич пишет: «Пока действие повторяется одним лицом, нельзя утверждать, что обычай сформировался. Обычай складывается, если все члены общества разрешают возникающие ситуации определённым сложившимся образом. Постепенно, на этой основе вырабатывается убеждение, когда люди осознанно принимают обычаи и считают их правильными и справедливыми. В обычае отражается право вследствие общего убеждения, возникшего путем естественного психологического слияния всех членов общества» [6, с. 37]. Русский историк права А.Н. Филиппов также приводит рассуждения об общем убеждении как источнике формирования обычая. По его мнению, закон выполняется независимо от внутреннего убеждения, а только потому, что это закон. Нормы обычного права утверждаются в обществе тогда, когда общее согласное мнение народа признает необходимость применения обычаев в данном случае и в конкретных условиях. «Пока внутреннее убеждение каждого примиряется с их применением к себе лично, эти нормы действуют» [10, с. 34]. Но правда и то, что какая-нибудь сильная личность может пой-

ти против устоявшихся обычаев и противопоставить им новые правила. Если достаточно авторитета и силы для изменения общественных норм, то введение новых правил может заставить ослабевать прежние обычаи. Но такое положение наступает, скорее всего, с появлением государства, поскольку «именно государственная энергия государственной власти способна противопоставить новые начала старым» [10, с. 34]. Вместе с тем, А.Н. Филиппов справедливо подмечает, что процесс изменения нормативного регулирования со стороны обычного права, происходит очень медленно. «Нигде процесс переработки юридических понятий не происходит так медленно как в народе. Здесь уживаются не только многие, создававшиеся ранее исторические наслоения, но и позднейшие равнодействующие влияния. Причем переживание часто мешает развитию новых начал в соответствии с условиями данной действительности, а не только применяющихся по традиции» [10, с. 36].

Исследуя правовую природу обычая, многие исследователи призывают не отождествлять обычай с привычкой. Они, конечно, обладают сходством, а именно повторяемостью. Но привычка не обладает правовой характеристикой. Это могут быть бытовые привычки, ритуальные традиции и т. д. Например, Н. М. Коркунов считает, что правовой обычай вовсе не тождествен привычке. Обычай не есть любой, издавна соблюдаемый образ действий, обычай создается в общении людей. Он пишет, что «постоянство привычек, с которыми мы имеем дело, доставляет удобство в повседневной жизни. Давность заставляет людей мириться с ними, хотя это может вызывать некоторое стеснение» [11, с. 292–293]. Но такая привычка не есть обычай, поскольку она не обладает свойством общеобязательности. «Обычай, – пишет Н. М. Коркунов, – есть одна из форм объективированного правосознания, подобно тому, как выражая свои мысли речью, человек пользуется грамматическими и стилистическими приемами, выработанными общей жизнью народа. В силу этого речь становятся выражением не только его мыслей, но и частью народного языка, а, следовательно, выражением народной мысли. Так же точно, выражая вовне свое правосознание, человек пользуется выработанным житейским обиходом данного общения, ... делающим его частью народной жизни, выражением коллективного правосознания, словом обычаем [11, с. 292–293]. Когда человек в своем поведении следует обычаям, то правосознание одного человека согласуется с правосознанием других, соблюдающих тот же обычай. Поэтому обычай является правовой нормой, общеобязательной для всего сообщества. Н. М. Коркунов считает, что сила обычая не в его давности, а в его общности. Именно общность – основа обязательности [11, с. 293]. Обычай – это осознанное выражение норм в правосознании народа. Содержание обычая формируется помимо сознания конкретного человека, но правовым обычай становится лишь тогда, «когда в его соблюдение превзойдет сознание его обязательности» [11, с. 294]. Конечно, повторяемость действий укрепляет силу обычая, но не делает его правовым. При этом Н. М. Коркунов критикует Пухту, а именно то утверждение, что обычай закрепляет существующую норму. Это, по его мнению, не объясняет происхождение обычая.

Г.Ф. Шершеневич, придерживаясь позитивистских убеждений, отверг идею народного убеждения. Он считал, что в формировании обычая просто действует закон подражания. Определенное правило повторяется не потому, что все заранее были убеждены, будто так и следует поступать, а в силу закона общественного подражания [12, с. 389]. Такая точка зрения господствовала и в советский период. Валидность обычая основывалась на его повторяемости. Причем имитативность рассматривалась как свойство психики человека. Конечно, не следует отрицать стремление к подражанию. Имитативность действительно имела место, но все же более убедительной представляется позиция постепенного стихийного складывания обычая. Во времена, когда следование старине составляло жизненное свойство человека и общества, вряд ли уместно говорить о лидере, способном сломать веками устоявшуюся систему. На такое способна государственная власть с её аппаратом убеждения и принуждения, но никак не один даже сильный и уважаемый человек. Обычаи, безусловно, менялись, и этому могли способствовать отдельные личности, например судьи при вынесении решения. Но это происходило постепенно, с учетом устоявшихся правил.

Б.Н. Чичерин отвергает теорию индивидуального нормотворчества. Он считает, что личность выходит на первый план лишь тогда, когда в обществе царит хаос. Это утверждение обосновано и подкрепляется примерами из истории. Но нельзя говорить, что в древнем русском праве вплоть до конца XV века (когда был принят Судебник 1497 г.) царил хаос.

В эпоху обычного права сложились все те нормы, которые были восприняты законодательством [2, с. 10–11]. Таким образом, в качестве свойства обычая можно назвать спонтанность и стихийность.

Появление обычая, как уже говорилось, скрыто и незримо, не связано ни с какой датой. Для тех, кто применял обычай, он уже представлял как данность. Г.В. Георгиевский относит этот феномен к признакам обычая. Он пишет, что «одним из признаков обычая является его первоначальная данность, своеобразная априорность» [5, с. 47]. Правда ученый считает, что привычность составляет суть обычая, и в силу привычки люди не задумываются, не подвергают обычай оценке с точки зрения хорошего и плохого, добра и зла. С этим согласиться сложно, поскольку, если бы люди не оценивали обычаи, то они бы не менялись. При заключении договора купли-продажи дома обычаи славян и германцев требовали от продавца принести дверь и символически вручить её покупателю. Но этот обычай ушел, а на смену ему пришли письменные формы. Также и обычай жертвоприношения. Позднее язычество Древней Греции и Древнего Рима отказалось от этой варварской традиции. В конце концов, людям свойственна рефлексия над окружающей действительностью.

К признакам обычая можно отнести соответствие его справедливости, морали, религии, требованиям доброй совести. Религия и обычаи были тесно связаны друг с другом. Последние воспринимались как заветы богов, а их нарушение означало противопоставление себя божественной воле. Именно поэтому кровная месть долго была обязанностью, на этом же основывалось применение ордалия. Н.В. Дювернуа пишет, что «право находится в тесной связи с чувством каждого. И в этом случае невозможно провести границу между тем, чего требует совесть и тем, что не должно зависеть от личных побуждений» [5, с. 8]. Причем внешняя форма не дает возможности сказать, что именно задействовано, право или мораль. Поэтому и возник термин – «мононорма», признание синкретизма обычая. Но это опять же спорно. В советский период термин «мононорма» применялся очень активно. Ученые, которые основывали изыскания на постулатах марксистской теории, связывающей происхождение права с появлением государства, отказывали обычаям в правовой природе. Утверждали, что обычай нельзя отнести, ни к праву, ни к морали, ни к религии. По мнению, например, А.И. Першица «обычаи – это мононормы, то есть единые, нерасчлененные нормы. Они отличаются от правовых, которые возникают только в условиях массовой государственности» [13, с. 25]. Такая трактовка обычая не совсем корректна, поскольку, обычай отвечает всем требованиям правовой нормы в силу внутренней природы. Тесная связь с моралью и религией не лишает обычай правового характера.

В случае морали на первый план выходит долженствование, нравственные мотивы. В праве, в том числе и в его обычной форме, норма содержит в себе корреспондирующие права и обязанности. Конечно, не так легко можно выделить отличие моральных и правовых норм, но все же это вполне возможно.

Д.И. Мейер выделяет условия, которым должен соответствовать обычай, чтобы считаться правовой нормой. Во-первых, он должен иметь правовую природу, то есть, в нем присутствует закрепление прав и обязанностей. Во-вторых, обычай должен быть соблюден в течение длительного времени, достаточного, чтобы внедриться в сознание людей. В-третьих, обычай не может противоречить моральным устоям, поскольку общество такую норму не признает. Правда, подобное и, в принципе невозможно, так как право появляется в обществе, где уже сложились правила поведения и система оценок [14, с. 27]. В своем генезисе право оказывается тесно связанным с моралью. Н.В. Дювернуа пишет: «поступает человек по совести или по праву из самого его поступка это не всегда видно. В правилах, существующих в обществе, могут содержаться и чисто юридические и чисто нравственные начала. Внешняя форма обычая несовершенна. Во внутреннем мотиве не всегда можно различить, каким побуждениям следует человек. Из двух случаев, в одном могут быть нравственные мотивы, в другом – действие, обусловленное внешней обязанностью. Таким образом, в начальном периоде существования право тесно связано с моралью» [2, с. 8]. Поэтому не так легко выявить отличие обычаев – моральных норм и обычаев – правовых норм, но все же это возможно. К характеристике правового обычая можно добавить принцип разумности. Хотя опять же, если обычай не отвечает этому принципу, он не способен укорениться в обществе. Не последнюю роль в характеристике обычая играет консерватизм. Правовая норма долго

остаётся неизменной, а изменения происходят очень постепенно и латентно. Причем они часто связаны с затрудненностью констатации, наличием общих формулировок. Также передача обычая из поколения в поколения осуществляется словесно, а потому нет гарантии, что он доносится, в точности как был. Неудивительно, что обычаи стали записываться, например, Римское гражданское право, позже Салическая и другие варварские правды, Русская правда.

К характеристике обычая следует добавить формализм и символизм. В частности, заключение сделки было наполнено обрядами и символами. Например, у славян, германцев, скандинавов имел место обычай использования дерна при клятвах.

Свойством обычая является его партикулярность, этничность. Он способен укорениться в относительно небольших группах и на ограниченной территории. Ф.В. Тарановский считает, что «однообразное массовое поведение, сопровождающееся осознанием его необходимости, не охватывает большой территории и может различаться по местам» [8, с. 126]. Все эти свойства были присущи и обычаям славянских племен, причем М.Ф. Владимирский-Буданов отмечает, что в русских землях был перевес территориального начала над племенным, поэтому возможность разнообразия усиливалась. Ученый приводит пословицу: «что город – то норы, что деревня – то обычай» [9, с. 111]. К слову, этим объясняется стремление записывать и систематизировать обычаи. Именно таким образом стали появляться первые письменные законодательные акты.

В то же время миграция населения способствует распространению одних обычаев и исчезновению других. В результате мы видим, что Русская правда, которая была сборником обычаев, распространялась на территорию Киева, Новгорода, Владимира, Москвы и других территориях вплоть до издания Судебника 1497 г.

М.Ф. Владимирский-Буданов также не обходит стороной проблему выделения характерных черт обычая. По его мнению, во-первых, обычай обладает двойной обязательностью – внутренней и внешней. Первая означает внутреннее убеждение в необходимости следовать обычным нормам, вторая – существование внешних механизмов, обеспечивающих исполнение обычая. Во-вторых, ему придается религиозное значение. Происхождение права очень тесно связано с религиозными источниками, и мы можем это отчетливо наблюдать на примере Римского права. Также и на Руси, где клялись исполнить договор Олега с Византией «яко Божие здание по закону и кону языка нашего» [9, с. 113]. В-третьих, обычное право было свойственно определённой этнической группе. Попадая в чужеродную среду, представители этой группы старались сохранить свои обычаи. То есть М.Ф. Владимирский-Буданов обращает внимание на этничность обычая и его способность расширять территорию применения. В-четвертых, как на свойство обычая, ученый указывает на консерватизм. Он замечает, что «изменение обычая (видимо речь идет о резком изменении – прим. авт.) воспринималось как разрушение всего права; отсюда поступать по старине равносильно, что поступать по самому праву» [9, с. 113]. Наконец, в-пятых, в связи с тем, что долгое время обычай действовал в устной форме, он мог изменяться вслед за изменением жизненных обстоятельств. То есть с одной стороны мы видим консерватизм обычая, а с другой – способность к изменениям в зависимости от условий.

К признакам обычного права обращается русский историк права П. Л. Карсевич. Он считал, что должна существовать определенная ситуация, когда возникает необходимость в применении обычая. То есть обычай должен быть жизнеспособен и актуален. Он должен проистекать из сложившейся ситуации и быть логически соответствующим ей. Обычай должен разрешать соответствующие казусы. Также в качестве признака обычая П. Л. Карсевич называет общее убеждение, о котором говорилось выше [6, с. 33]. Наконец, можно выделить еще один признак – публичность действий. Это не обязательный признак, но он имеет большое значение для оформления и осознания определенных поступков как действия обычного права.

Нельзя не отметить, что в русской дореволюционной научной литературе имели место две основных теории происхождения обычая. Во-первых, теория стихийного происхождения, в соответствии с которой единообразное массовое поведение людей формировалось стихийно и инстинктивно [1, с. 13]. Во-вторых, теория индивидуального творчества, в соответствии с которой, как ранее говорилось, возникновение обычая есть результат индивидуального творчества, имеющего, по большей части форму судебного прецедента. Автор настоящей работы считает, что данные теории не являются взаимоисключающими. Действительно,

обычаи могут формироваться и стихийно, а также иметь в своей основе судебное решение, ставшее обязательной нормой. Правда Э.В. Георгиевский утверждает, что судебные решения нельзя относить к обычаям, он различает прецедент и обычай. По его мнению, в Русская Правда была сборником прецедентов. С этим сложно согласиться, так как, во-первых, нам доподлинно не известно, что именно вносилось в Русскую Правду, а во-вторых, судебное решение не возникало на пустом месте из чистого чувства справедливости судьи. Оно основывалось на существующих правилах поведения. Судья мог внести какую-то новеллу, и она могла быть в свою очередь, стать основой для формирования обычая при том, что судебное решение носило сакральный характер. Но нельзя говорить, что судебное решение – это единственный способ формирования обычая. Решения издаются по единичным случаям и действуют в отношении конкретного круга лиц. Поэтому одно судебное решение не может стать нормой права. Судья, кем бы он ни был – жрец, князь, король, старейшина – руководствовался чувством собственного убеждения, чувством правды. И, конечно же, решение должно было соответствовать культурным образцам. П. Л. Карасевич пишет, что в эпоху Гомера существовали Themistos – судебные приговоры, внушаемые судьей божеством. Если же решения повторялись часто, что естественно при простоте племенного строя, то они содействовали складыванию правового убеждения, а вместе с тем и правовых обычаев. Можно сказать, что прецедентное право и обычное право формировались параллельно.

Г.Ф. Шершеневич был также сторонником позиции индивидуального творчества, в соответствии с которой одни, наиболее волевые индивиды избирали те или иные модели поведения, другие же подражали своему лидеру. Затем появлялся новый лидер, который менял образцы поведения, устанавливая новые правила взамен старых. Общественное убеждение в справедливости и правильности обычая, по мнению Г. Ф. Шершеневича, тут ни при чем.

Приверженцем теории индивидуального творчества являлся М.Ф. Владимирский-Буданов. Он считал, что автономная воля и действия одного лица лежат в основе права вообще, в том числе обычного права. Более энергичное лицо поступает, как считает нужным в конкретной ситуации. Другие следуют ему, руководствуясь чувством подражания. Устанавливается определенная практика, а у людей складывается привычка поступать так, а не иначе [9, с. 119].

При возникновении государства обычаи трансформируются в закон, о чем свидетельствуют западноевропейские правды, наша Русская Правда. Но многие из них сохраняют самостоятельность и остаются важным регулятором общественных отношений. Д. И. Мейер видит влияние обычая в том, что он определяет правовые отношения, которые не определил законодатель, то есть восполняет пробелы в законе [14, с. 27]. Причем речь идет не только о пробелах, но и о квалифицированном молчании. Законодатель может непреднамеренно оставлять отношения без законодательного регулирования, но может и не прибегать к нему с тем, чтобы оставить это обычаю или правоприменителю. Также обычай играет большую роль в толковании закона. Д. И. Мейер пишет: «обычай или изъясняет смысл закона, выраженного темно, или ограничивает или распространяет буквальный смысл закона» [14, с. 27]. Наконец, обычай может способствовать отмене закона: «обычай выводит закон из употребления, следовательно, здесь обычное право действует отрицательно» [14, с. 27]. Правда надо помнить, что обычай не может прямо отменить закон. Действие его подтачивает силу закона незаметно и постепенно.

Итак, с возникновением государства обычай не уходит в небытие. Даже сейчас, когда нормативный акт, казалось бы, регулирует все стороны жизни общества, обычай продолжает жить. В частности, большое значение имеют деловые обыкновения, которые способствуют складыванию судебной практики. Так же, как было сказано, может иметь место пробел или квалифицированное молчание. Тогда общественная практика восполняет образовавшиеся лакуны и создает свои способы саморегулирования. Стихийно складывающиеся нормы могут быть в той или иной степени восприняты законодателем, либо последний может дать свое регулирование. Также сила обычая – в разумности. В её основе лежит общее согласие действовать по определенным правилам. Субъекты правоотношения могут частично использовать аналогию, частично опыт других стран. Также правила могут рождаться в результате переговоров и соглашений. Поэтому разумность является мощным основанием действия обычая. В условиях государства существование обычая сопряжено с волей государства. Государство

либо прямо указывает, что в данном случае действует обычай, либо безмолвно допускает его действие.

В период своего возникновения государство не касается множества юридических отношений и не ставит своей задачей полное регулирование всех сторон общественной жизни. Но появляются сборники обычаев, происходит их систематизация. Постепенно государство становится все активнее. Как пишет Д. И. Мейер, начиная с Петра I, все глубже проникает в общественное сознание мысль о всемогущей силе закона. В Своде законов оказалась лишь пара статей, допускавших применение судьями обычного права. К слову, с отменой Крепостного права расширился круг применения обычаев. Были созданы Волостные суды, которые могли разрешать мелкие гражданские дела на основе сложившихся обычаев. Судебная реформа 1864 г. ввела мировые суды, которые также применяли обычаи при условии отсутствия закона и при ссылке на обычай обеих спорящих сторон. Закон 1912 г. распространил правила для мировых судей на окружные суды. Последние тоже получили возможность применять обычай. Но здесь необходимо было доказать существование обычая, хотя сам суд был активен и мог самостоятельно добывать доказательства о существовании обычая. Таким образом, до 1917 г. правовой обычай был самостоятельным и полноценным источником права.

А. Г. Тумурова пишет, что право имеет в своей основе два способа образования: «законодательное введение норм, направленное на изменение, дополнение и преобразование общественных отношений, то есть нововведение в социокультурную практику, и признание, санкционирование в широком смысле норм, выработанных социальной практикой» [15]. Их системная совокупность обеспечивает беспробельное осуществление правового регулирования. Обычай сохраняется и тогда, когда сформировалось законодательство. По мнению А. Г. Тумуровой, через закон выражается рациональное начало. С этим утверждением нельзя согласиться полностью, так как закон – это инструмент в руках государственной власти, который служит прежде всего политической элите. Кроме того, немаловажную роль играет фактор лоббирования. Поэтому иногда в разумности законов приходится сомневаться. Если же говорить о рациональном начале в том смысле, что закон – продукт чьей-то воли, то тогда это утверждение обосновано. Но истинно утверждение А. Г. Тумуровой, что через закон осуществляется миссия политической элиты. Обычное же право, государство объективирует и тем самым упорядочивает сложившиеся на практике образцы поведения. По замечанию А.И. Поротикова, санкционированный обычай относится к пассивному правотворчеству [16, с. 213]. А.Г. Тумурова, характеризуя положение обычая в условиях государственности, выводит характеристики динамики и статики. Динамическое правотворчество – это непосредственная деятельности государства (как она пишет – политической элиты – прим. авт.) по созданию нормативных актов. И здесь на первое место выходит «закон как продукт целенаправленной деятельности» [16]. Но все же возможности государства по преобразованию общества не безграничны¹. Поэтому оно признает и санкционирует нормы, выработанные социальной практикой. Существование обычая – это сфера статики. Кроме того, могут возникать ситуации, когда государство не стремится или не успевает отрегулировать те общественные отношения, которые в данный момент нуждаются в правовом регулировании. В этом случае социальная практика вырабатывает свои механизмы регулирования.

Подводя итог, следует сказать, что интерес к проблеме правового обычая и его месте в системе источников права не ослабевает. Обычай способен объяснить истоки существования тех или иных норм, сделать вывод о наличии универсальных и индивидуальных начал в праве. Изучение правовых обычаев объясняет сложившееся правосознание и правовую культуру. Наконец, в правовом обычае проявляется активность общества и его желание прийти к балансу и равновесию.

Список источников

1. Амплеева Т.Ю. По Закону Русскому. История уголовного судопроизводства в Древней Руси. М., 2006. 228 с.
2. Дювернуа Н.В. Источники права и суд в Древней России. Опыты по истории русского гражданского права. М., 1869.

¹ Например, несмотря на агрессивную государственную политику, церковь все же смогла выстоять – прим. авт.

3. Поляков А.В. Правогенез // Правоведение. 2001. № 5. С. 216–234.
4. Золотухина Н.М. Средневековые мыслители России о праве, законе, справедливости, истине и благодати // https://cyberleninka.ru/n/srednevekovye_misliteli_rossii_o_prave_zakone_blagodati_istine/wiewer.
5. Гергиевский Э.В. К вопросу об обычном праве и его основных признаках // https://cyberleninka.ru/n/k_voprosu_ob_obychnom_prave_i_ego_oznacheniakh/wiewer.
6. Карасевич П.А. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. М., 1875.
7. Пухта Г.Ф. Энциклопедия права. Ярославль, 1872. 99 с.
8. Тарановский В.Ф. Учебник энциклопедии русского права. Юрьев, 1917.
9. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. М., 2005. 800 с.
10. Филиппов А.Н. Учебник истории русского права. Юрьев, 1907. 732 с.
11. Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1909. 354 с.
12. Шершеневич Г.Ф. Общее учение о государстве и праве. СПб., 1911.
13. Першиц А.И., Думанов Х.М. К уточнению понятия обычного права // <http://lawlibrary.ru/article1180674.html>.
14. Мейер Д.И. Русское гражданское право. М., 2012.
15. Тумурова А.Г. Понятие обычного права (функциональный подход) // <http://cyberleninka.ru/article-n-poniatiye-ob-obychnogo-prava-funktsionalnyy-podhod>.
16. Поротиков А.И., Зумбулидзе Р.М. З. Обычай в праве. СПб., 2004. 382 с.

References

1. Ampleeva T.Yu. *According to the Law of the Russian. The history of criminal proceedings in Ancient Russia*. Moscow; 2006. 228 p. (In Russ.)
2. Duvernois N.V. *Sources of law and court in Ancient Russia. Experiments on the history of Russian civil law*. Moscow; 1869. (In Russ.)
3. Polyakov A.V. *Pravogenesis. Law*. 2001;(5):216–234. (In Russ.)
4. Zolotukhina N.M. *Medieval thinkers of Russia about the right, the law, justice, the truth and grace*. Available from: https://cyberleninka.ru/n/srednevekovye_misliteli_rossii_o_prave_zakone_blagodati_istine/wiewer. (In Russ.)
5. Gergievsky E.V. *On the question of customary law and its main features*. Available from: https://cyberleninka.ru/n/k_voprosu_ob_obychnom_prave_i_ego_oznacheniakh/wiewer. (In Russ.)
6. Karasevich P.A. *French civil customary law in its historical development*. Moscow; 1875. (In Russ.)
7. Pukhta G.F. *Encyclopedia of Law*. Yaroslavl; 1872. 99 p. (In Russ.)
8. Taranovsky V.F. *Textbook Encyclopedia of Russian Law*. Yuryev, 1917. (In Russ.)
9. Vladimirovsky-Budanov M.F. *Review of the history of Russian law*. Moscow; 2005. 800 p. (In Russ.)
10. Filipov A.N. *Textbook of the history of Russian law*. Yuryev; 1907. 732 p. (In Russ.)
11. Korkunov N.M. *Lectures on the general theory of law*. St. Petersburg; 1909. 354 p. (In Russ.)
12. Shershenevich G.F. *General doctrine of the state and law*. St. Petersburg; 1911. (In Russ.)
13. Pershits A.I., Dumanov Kh.M. *To clarify the concept of customary law*. Available from: <http://lawlibrary.ru/article1180674.html>. (In Russ.)
14. Meyer D.I. *Russian Civil Law*. Moscow; 2012. (In Russ.)
15. Tumurova A.G. *Concept of customary law (functional approach)*. Available from: <http://cyberleninka.ru/article-n-poniatiye-ob-obychnogo-prava-funktsionalnyy-podhod>. (In Russ.)
16. Porotikov A.I., Zumbulidze R-M. Z. *Custom in law*. St. Petersburg; 2004. 382 p. (In Russ.)

Информация об авторе

Ю. В. Сорокина – докт. юрид. наук, проф., кафедры теории и истории государства и права ВГУ; зав. кафедрой государственно-правовых дисциплин Воронежского филиала РАНХиГС.

Information about the author

Yu. V. Sorokina – Doctor of Law, Professor of the Department of Theory and History of State and Law of Voronezh State University; Head of the Department of State and Legal Disciplines of the Voronezh Branch of the RANEPA.

Автор заявляет об отсутствии конфликта интересов.
The author declares that there is no conflict of interest.

Статья поступила в редакцию 24.01.2022; одобрена после рецензирования 11.02.2022; принята к публикации 14.02.2022.

The article was submitted 24.01.2022; approved after reviewing 11.02.2022; accepted for publication 14.02.2022.