

А. П. Белова*

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ И ЕГО ЗАКРЕПЛЕНИЕ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Анализируется понятие правового обычая как специфического источника права, рассматриваются основные этапы развития взглядов на его место в системе права, выделяются основные формы и виды закрепления обычая, его достоинства и недостатки.

Ключевые слова: обычай, источник права, законодательство, санкционирование

Conceptions of legal custom as a specific source of law, the main stages in the development of views on the position of this source in law are examined. The author picks out the main forms and kinds of legalizing customs, its advantages and disadvantages.

Key words: custom, course of law, legislation, legalizing

Нормы права любой правовой системы не существуют сами по себе, они должны быть закреплены формально. Формой внешнего выражения правовых норм являются источники права.

Наиболее древняя форма — правовой обычай — правило поведения, вошедшее в привычку народа и сформировавшееся в результате многократного длительного повторения. Обычай считается правовым, если он признан государством как общеобязательная для исполнения норма права и обеспечивается принуждением государства. Это неписаный источник права, многообразие видов которого объясняется «многообразием самих местностей обширной страны, на пространстве которой действует обычное право, и которое выразилось даже в поговорке „что деревня, то обычай“¹», а также давностью существования государства, народностей. Одним из наиболее распространенных способов рецепции обычая в качестве источника права выступает фиксация государством данного обычая в каком-либо нормативном акте — санкционирование. В этом случае обычай адаптируется, трансформируется из нормы обычной в норму статутную, т. е. при санкционировании обычая в некотором смысле перестает быть неписаной формой права.

В Древней Греции обычай признавался самостоятельным источником: «Есть два вида законов: частный и общий», — писал Аристотель в «Риторике». — «Частным я называю написанный закон, согласно которому люди живут в государстве, общим — тот закон, который признается всеми людьми, хотя он и не написан»². В Римской империи обычай также считался равным закону: «Укоренившийся обычай вполне справедливо защищаем как закон, и это есть право, которое устанавливает обыкновение»³.

В России обычай был зафиксирован в Русской Правде. Однако едва ли не первое (и единственное) признание его самостоятельной формой со стороны государства мы встречаем только в Наказе Екатерины II: «Весьма худа та политика, которая переделывает законами то, что надлежит переменять обычаями»⁴. Но уже в Своде законов 1832 г. говорится, что русское право строится исключительно на положениях, от верховной власти исходящих (т. е. на законе), и только такие положения могут войти в кодифицированный акт русского гражданского права⁵.

Интерес к изучению этой формы в России возникает с появлением исторической школы, которая не считала обязательным признание государством источника права. Можно утверждать, что не только фактически, но и реально нормы обычного права были

* Белова Арина Павловна — студентка Института государственного и международного права Уральской государственной юридической академии (Екатеринбург). E-mail: ArinaPavlovna@yandex.ru.

признаны законом в 40-х гг. XIX в. Например, Палатами государственных имуществ проводился сбор обычаев и норм, регулирующих порядок наследования у государственных крестьян. Уже ст. 38 Общего положения о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости, разрешала им руководствоваться обычаями в порядке наследования имущества⁶.

В советском праве обычай, безусловно, упоминался. Однако в СССР он стал лишь средством толкования закона и сохранил значимость в тех немногочисленных случаях, когда сам закон отсылал к обычаю, отводя ему определенную роль. На первый план выходят такие источники права, как нормативный правовой акт, доктрина.

В работах российских правоведов не было единого определения обычая и обычного права. Дискуссии по этому вопросу начались в 50–60-х гг. XIX в. Так, Н. Дювернуа называл обычай «младенческим состоянием права»⁷, М. Ф. Владимирский-Буданов считал, что «обычай идет от действий автономной воли частного человека»⁸. Наиболее точное и совершенное определение, по мнению современных ученых, дал Л. Н. Горемыкин, который полагал, что «под местным обычаем следует понимать такое юридическое правило, которое не выражено в законе, но которому постоянно подчиняются жители известной местности, признавая его для себя обязательным»⁹.

Правовой обычай в современной науке считается неписанным источником права, санкционированным государством правилом поведения, возникающим в результате многократного длительного повторения. Этой точки зрения придерживаются, в частности, С. С. Алексеев, А. Б. Венгеров, В. Н. Хропанюк.

Несмотря на некоторые незначительные различия в определениях правового обычая, ученые сходятся во мнении относительно его признаков. Во-первых, не всякий обычай может считаться правовым: многие из них формируют лишь правила приличия, практически идентичны ритуалам и обрядам и не содержат в себе «юридическое воззрение». Следовательно, традиция, имеющая в основе, например, нравственное, а не правовое содержание, право породить не может.

Во-вторых, какое-либо действие становится обычаем лишь при многократном, долговременном воспроизводстве. Обычай, по сути, — это множественный прецедент, повторенный порядок действий, поведения. Важно не только количественное повторение, но и воспроизводимость во времени: чем дольше повторяется обычай, тем более прочно он закрепляется в сознании людей и воспринимается как некоторая норма, обязательная для исполнения, как естественный атрибут деятельности.

В-третьих, обычай должен быть признан государством. Е. Н. Трубецкой писал, что «сила юридического обычая заключается в его существовании, и законодательная власть не может прямо устранить действие обычного права»¹⁰, но в современной системе права обычай обретает силу источника права только в том случае, если он санкционируется (признается) государством.

Говоря о санкционировании, стоит отметить, что выделяются две основные формы признания обычных норм государством.

Исторически первая — собрание и фиксация в письменном виде в нормативных правовых актах, т. е. законодатель прямо указывает в статье закона конкретный обычай и его содержание. Можно утверждать, что практически все законодательство в Древней Руси формировалось именно таким образом. Считается, что право появляется с возникновением государства, но и на догосударственной стадии развития общества были определенные регуляторы — обычаи. На начальном этапе становления государственного права большая часть норм являлась именно зафиксированными обычаями. Так, в Древней Руси существовал обычай закрепления за каждым попом определенного участка, уезда, и в Уставе Ярослава (XI в.) мы находим норму, в которой указан этот обычай: «Иже поп крестит в чужем переезде, митрополиту в вине будет»¹¹. Известен также сборник правовых обычаев поморских мореходов — «Устьянский правильник».

В современном законодательстве эта форма санкционирования встречается нечасто. Например, в Кодексе торгового мореплавания в п. 2 ст. 285 (об определении рода

аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их распределении) отмечен обычай применения Йорк-Антверпенских правил об общей аварии.

Редкость применения такой формы санкционирования обусловлена тем, что в настоящее время, с одной стороны, остается все меньше обычаев, которые еще не превратились в правовые нормы, а с другой — законодателю проще сослаться на возможность применения обычая вообще, чем указывать конкретную традицию, рискуя исключить другие существующие в этой сфере обычаи.

Отсылка к обычаю в законе — вторая форма его санкционирования. Она более распространена не только в российском, но и зарубежном праве. Следует отметить, что в этом случае обычай как форма права становится элементом системы права, но не утрачивает важного признака — неписаного характера. Некоторые теоретики выделяют три «степени» данной формы санкционирования:

1) санкционирование может носить достаточно общий характер, когда в конституциях государств есть ссылка на обычай как источник права;

2) наличие в специальных нормативных актах разрешения законодателя в определенных правоотношениях руководствоваться местными обычаями;

3) диспозитивная норма допускает использование правовых обычаев в случаях, если нет соответствующего законодательства, т. е. обычай носит субсидиарный характер¹².

Несмотря на то что обычай является источником права Российской Федерации, в Конституции РФ он не упоминается (хотя в Конституции прямого указания на действующие источники права вообще не содержится), однако на него ссылаются в других нормативных правовых актах.

Разрешение законодателя руководствоваться местными обычаями содержится, например, в ст. 5 («Обычай делового оборота»), ст. 221 («Обращение в собственность общедоступных для сбора вещей») ГК РФ, ст. 414 («Определение права, подлежащего применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания, осложненным иностранным элементом») КТМ РФ, ст. 3 («Обычаи морского порта») ФЗ от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ «О морских портах». Государство, как мы видим, санкционирует обычай в тех отраслях, в которых уже на протяжении многих десятилетий сложились традиционные правила поведения, характерные для той или иной местности, порта, для тех или иных условий. Эффективнее согласиться с этими правилами, понятными всем участникам данного правоотношения, а потому и соблюдаемыми, чем вмешиваться в устоявшийся обычай. Безусловно, при этом закрепляется принцип непротиворечивости обычая Конституции РФ и другим законам, международным общеправовым принципам.

Субсидиарный характер обычая закреплен в ст. 421 («Свобода договора») ГК РФ, ст. 285 (посвящена применению правил, содержащихся в XVI главе «Об аварии»), ст. 130 («Сталийное время») КТМ РФ. Использование обычая в качестве инструмента заполнения пробела в законодательстве также допускается в тех правоотношениях, которые урегулированы в большей степени привычным способом действия, нежели государством.

Таким образом, обычай обладает достоинствами, благодаря которым его используют как источник права.

Выражение народного правосознания (Е. Н. Трубецкой писал, что «обычай есть непосредственное проявление народного творчества в области права; он является самым лучшим отражением народных стремлений»¹³).

Стабильность, учет опыта предыдущих поколений, традиций (нормы обычного права, если тот или иной обычай отмирает, плавно сменяют друг друга, тогда как нормы, установленные государством, меняются довольно часто и иногда коренным образом отличаются от прежних).

В случае несоблюдения обычая наказание следует не только от государства, но и от самого общества (нарушение правовой нормы, как правило, воспринимается обществом менее остро, чем проявление неуважения к обычаю).

Но, как и любое явление, правовой обычай обладает недостатками, которые объясняют нераспространенность этой формы права в законодательстве.

Консервативность мешает развиваться, выполнять приоритетные задачи для определенного периода (если посредством закона государство может регулировать направление политики, своей деятельности, то обычай с трудом поддается быстрому изменению).

Правовой обычай сочетает в себе не только «правовое воззрение», но и нормы морали, религиозные представления (в обычном праве нередко господствует величайшая путаница понятий, закон обеспечивает господство в праве строгого и единообразного порядка¹⁴).

Чаще всего обычай отражает специфику сознания той или иной национальности, а не народа в целом (санкционирование обычая в этом случае может привести к нарушению принципа единства закона на территории многонационального государства).

Тем не менее в Российской Федерации роль обычая как формы права возрастает. Это вызвано не только необходимостью выработки теоретических концепций, но и правоприменительной практикой. Изменяется экономическая система, политический строй и связанный с ними механизм правового регулирования. Все больше внимания уделяется формированию правосознания, соответствующего современному правовому обществу. Сегодня нужно право, регулирующее общественные отношения и способное удовлетворить потребность в справедливости, право, понятное всем и соблюдаемое всеми. Многие исследователи важную роль в этом процессе отводят обычаю. К тому же обычай, сформированный народом, выражает притязания жителей, их основные требования, которые могут служить ориентиром для государства, создающего закон.

Также в современном частном праве государство старается каждому участнику правоотношений предоставить возможность самостоятельно устраивать свою жизнь (разумеется, в рамках дозволенного). Государство уже не может предусмотреть все случаи, на которые будут распространяться конкретные нормы; законодатель создает шаблон, типовую модель, в рамках которой субъекты свободны в своих действиях. Так, существуют свобода договора, самозащита гражданских прав, альтернативные способы разрешения споров. Формировавшиеся десятилетиями стандарты поведения теперь не могут не учитываться государством. Становится проще и эффективнее признать обычай источником права, если не равным, то близким по положению к нормативному правовому акту, чем придерживаться позиции «монополии» государства на источники права.

¹ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России (юридические очерки). СПб., 1877–1879. С. 5.

² Античные риторика. М., 1978. С. 59.

³ Римское частное право: учеб. / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 1999. С. 37.

⁴ История отечественного государства и права: хрестоматия. Екатеринбург, 2009. С. 199.

⁵ Тесля А. А. Источники (формальные) гражданского права Российской Империи в XIX – начале XX века. М., 2003.

⁶ Крестьянская реформа в России 1861 года // Сб. законодательных актов / сост. К. А. Софроненко. М., 1954. С. 47.

⁷ Дювернуа Н. Источники права и суд в древней России. М., 1869. С. 7.

⁸ Владимирский-Буданов М. Ф. Обзор истории русского права // URL: <http://dugward.ru/library/gospiravo/vladimirskiy-budanov.html>.

⁹ Горемыкин И. Л. Свод узаконений и распоряжений Правительства об устройстве сельского состояния и учреждений по крестьянским делам, с воследовавшими по ним разъяснениями, содержащимися в решениях Правительствующего Сената и в постановлениях и распоряжениях высших правительственных учреждений. СПб., 1903. С. 35.

¹⁰ Трубецкой Е. Н. Лекции по энциклопедии права. М., 1909. С. 89.

¹¹ История отечественного государства и права. С. 22.

¹² Малова О. В. Правовой обычай и его виды // Сибирский юрид. вестн. 2001. № 1.

¹³ Трубецкой Е. Н. Указ. соч. С. 92.

¹⁴ Там же.