***Введение:***

В любом историческом обществе для поддержания в нем порядка требуется регулирование с помощью социальных норм, так называемое социальное регулирование. Регулировать - значит направлять поведение людей, их групп и всего общества, вводить их деятельность в определенные рамки. Различают два вида социального регулирования - индивидуальное (упорядочение поведения конкретного лица, в конкретном случае) и нормативное (упорядочение поведения людей с помощью общих правил - образцов, моделей, распространяющихся на всех, на все подобные случаи). Появление нормативного социального регулирования послужило качественным толчком к становлению (возникновению и развитию) права.

В первобытном обществе нормативным социальным регулятором были нормы - **обычаи** - правила поведения, вошедшие в привычку в результате многократного повторения в течение длительного времени. Согласно словаря русского языка С.И.Ожегова «Обычай - общепринятый порядок, традиционно установившиеся правила общественного поведения»[[1]](#footnote-1). **Обычное право** - система норм, опирающихся на обычай.

Нормы - обычаи были основаны на естественно - природной необходимости и имели значение для всех сторон жизни общины, рода, племени, для регламентации хозяйственной жизни и быта, семейных и иных взаимоотношений членов рода, первобытной морали, религиозно - ритуальной деятельности. Их целью было поддержание и сохранение кровнородственной семьи. Это были «**мононормы**», то есть нерасчлененные, единые нормы. В них переплетались самые разнообразные элементы: морали, религии, правовых начал.

Мононормы не давали преимуществ одному члену рода перед другим, закрепляли «первобытное равенство», жестко регламентируя их деятельность в условиях противостояния суровым силам природы, необходимости обороняться от враждебных племен. В мононормах права членов рода представляли собой оборотную сторону обязанностей, были неотделимы от них, поскольку первобытный индивид не имел выделенного осознанного личного интереса, отличного от интереса рода.

Только с разложением первобытного строя, с появлением социальной неоднородности все более самостоятельное значение приобретают права. Возникновение мононорм было свидетельством выхода человека из животного царства в человеческое сообщество, движущееся по пути прогресса.

В условиях общественной собственности и коллективного производства, совместного решения общих дел, не отдаленности индивида от коллектива в качестве автономной личности, обычаи не воспринимались людьми как противоречащие их личным интересам. Эти неписаные правила поведения соблюдались добровольно, их выполнение обеспечивалось, в основном, силой общественного мнения, авторитетом старейшин, военачальников, взрослых членов рода. При необходимости к нарушителям норм - обычаев применялось принуждение, исходившее от рода или племени в целом (смертная казнь, изгнание из рода или племени и другое).

В первобытном обществе преобладало такое средство охраны обычая, как «**табу**» - обязательный и непререкаемый **запрет** (например, запрет под страхом тягчайших наказаний кровнородственных браков). Кроме запретов, возникли такие способы регулирования, как дозволение и позитивное обязательство.

**Дозволения** имели место в случаях определения видов животных и времени охоты на них, видов растений и сроков сбора их плодов, пользования той или иной территорией, источниками воды и др.

**Позитивное обязательство** имело целью организовать необходимое поведение в процессах приготовления пищи, строительства жилищ, разжигания костров, изготовления орудий и др.

Нормативные обобщения (запреты, дозволения, позитивные обязательства), ставшие обычными способами регулирования первобытнообщинной жизни, - истоки формирования права.

Процесс возникновения государства и права протекал при их взаимном влиянии друг на друга и вызван был одними и теми же причинами:

1. Потребностями экономических отношений, которые складывались при наличии частной собственности, разделения труда, товарного производства и обращения, необходимостью закрепления экономического статуса товаровладельцев, обеспечения для них устойчивых и гарантированных экономических связей, условий для экономической самостоятельности;

2. Необходимостью поддерживать стабильность и порядок в обществе в условиях углубления и обострения социальных противоречий и конфликтов;

3. Организацией публичной власти, отделенной от населения и способной санкционировать обычаи, устанавливать юридические нормы и обеспечивать проведение их в жизнь;

4. Превращением человека в относительно самостоятельного индивида. Нельзя искать право там, где нет разделения коллектива (рода, племени) на отдельных субъектов, где индивид не выделен как личность, осознающая возможности (свободы), которые складываются в процессе развития общества.

Таким образом, возникновение права было связано с:

1. Качественным усложнением производства, политической и духовной жизни общества;

2. Обособлением личности как участника общественных отношений со своими притязаниями на автономность существования (социальную свободу);

3. Формированием государства, которому потребовался новый нормативный социальный регулятор, способный выполнить такие задачи как, обеспечение функционирования общества как целостного организма более высокого порядка, чем первобытное общество, поддержания в нем порядка и стабильности.

Кроме этого закрепить и обеспечить индивидуальную свободу автономной личности. Выполнить такие задачи было не под силу нормативным регуляторам первобытнообщинного строя - **нормам-обычаям**. Эту роль взяло на себя **формирующееся юридическое право**, определяющей чертой которого стала **государственное принуждение.**

***1. Понятие правового обычая.***

Для раскрытия темы данной работы необходимо последовательно раскрыть ряд понятий и определений присущих теории государства и права.

Понятие «**источник права**» существует много веков. Столетиями его толкуют и применяют правоведы всех стран. Если исходить из общераспространенного значения термина «**источник**», то в сфере права под ним нужно понимать силу, создающую право. Такой силой, прежде всего, является власть государства, которая реагирует на потребности общества, развитие общественных отношений и принимает соответствующие правовые решения.

Наряду с этим источником права следует также признать форму выражения государственной воли, форму, в которой содержится правовое решение государства. С помощью формы право обретает свои неотъемлемые черты и признаки: общеобязательность, общеизвестность и так далее. Это понятие источника имеет значение емкости, в которую заключены юридические нормы.

Обычно в теории называют **четыре вида источников права**: нормативный акт, судебный прецедент, санкционированный обычай и договор. В отдельные исторические периоды источниками права признавали правосознание, правовую идеологию, а также деятельность юристов.

Наиболее древней формой права является **правовой обычай,** то есть правило, которое вошло в привычку народа и соблюдение которого обеспечивается государственным принуждением. Правовой обычай признается источником права тогда, когда он закрепляет уже давно сложившиеся отношения, одобряемые населением. В рабовладельческих и феодальных обществах обычаи санкционировались решениями суда по поводу отдельных фактов. Сейчас встречается и другой способ санкционирования государством обычаев - отсылка к ним в тексте законов.

**Правовой обычай** - это придание официальной юридической силы действующему в обществе простому, не правовому обычаю, путем использования его для решения конкретного дела в правоприменительном государственном органе (например, в суде).

Необходимо отобразить соотношение права и обычаев. **Обычаи** играют существенную роль в регуляции различных сторон общественной жизни. Они тесно связаны с правом, моралью, культурой, политикой, религией, другими социальными нормами. Исторически **право** как система норм в значительной степени вырастало из обычаев, которые санкционировались публичной властью по мере практической необходимости. Уже в этом заключается их генетическое родство. Данный процесс, в принципе является постоянным, он продолжается и сейчас, ибо право формируется не только «сверху», но и «снизу», из народных глубин, корней, традиций.

**Обычаи** принято определять как устойчивые и достаточно распространенные в определенной сфере правила поведения, которые в результате многократного, длительного повторения становятся привычкой, обыкновением, соблюдаемыми добровольно. **Привычки** - мощное средство формирования менталитета личности. Не зря существует поговорка, что привычка - вторая натура.

Обычаи передаются из поколения в поколение, многие из них живут веками и тысячелетиями, освящены заветами предков. Немало из них носят религиозный или полурелигиозный характер (например, соблюдение поста, рамадана). Подобные социальные стереотипы имеются у всех народов, они могут быть разными в разных слоях одного и того же общества, у разных этносов, национальных групп. Это древнейшая форма социальной регуляции.

Соблюдение некоторых обычаев (обрядов, ритуалов, церемоний) является для индивида не менее императивным требованием, чем исполнение законодательных предписаний, ибо здесь, как правило, ощущается жесткое давление общественного мнения, пересудов и молвы окружающих; боязнь подвергнуться осуждению со стороны знакомых, друзей, коллег; нежелание оказаться в положении человека, не уважающего общепринятые нормы поведения (гостеприимство, добрососедство, уважение старших, традиция отмечать различные радостные события, неофициальные праздники, дни рождения, устройство свадьбы, новоселий и так далее), как говорится «Традиции обязывают...».

В юридической науке обычаи подразделяются на **правовые** (**обычное право**) и **неправовые***,* или общегражданские. Правовые обычаи потому и называются правовыми, что они получают отражение в праве, им охраняются, защищаются, приобретая тем самым юридическую силу. Одни из них прямо закрепляются в законе, другие лишь подразумеваются, третьи логически вытекают из тех или иных правовых норм. Чаще всего они просто упоминаются, что означает, что ими можно руководствоваться.

Например, в п.1 ст.19 ГК РФ говорится: «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»[[2]](#footnote-2).

Но во всех случаях **правовые обычаи** должны находиться в пределах правового поля, в сфере правового регулирования, а не за их границами. И, конечно, они не могут противоречить действующему законодательству. Правовые обычаи призваны способствовать правореализационному процессу, дополнять и обогащать механизм юридического опосредования разнообразных общественных отношений. Правовой обычай является одним из источников (форм) права.

**Правовой обычай** исторически был первым источником права, регулировавшим отношения в период становления государства. Вообще под обычаем понимается правило поведения, сложившееся на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений. Правовым обычай становится после того, как получает официальное одобрение государства. Дошедшие до нас крупные законодательные памятники прошлого (Законы Ману, Русская правда) - **это сборники правовых обычаев**.

Природа правового обычая характеризуется следующими особенностями. Он, как правило, носит локальный характер, то есть применяется в рамках сравнительно небольших общественных групп людей. Юридические обычаи часто тесно связаны с религией. В Индии, например, обычное право, входит в структуру индусского права.

Правовой обычай отличается определенность правила, непрерывным и единообразным характером его соблюдения. Нормы правового обычая нередко выражаются в пословицах, поговорках, афоризмах.

Исторически **первой формой права** (или источником права в формальном смысле) явился **правовой обычай**- обычай, санкционированный государством. По содержанию он остается тем же самым правилом поведения, но обретает возможность государственно-принудительной реализации: если не сработает сила привычки, к делу подключится государство. Государственное санкционирование обычая производится двумя способами: - путем указания на обычай в нормативно-правовом акте (отсылки к обычаю); - использованием обычая в качестве нормативной основы судебного решения.

Если норма (правило) обычая полностью воспроизведена в тексте нормативно-правового акта или положена в основу судебного прецедента, то качества самостоятельного источника права (правового обычая), обычай не обретает, то есть норма обычая существует уже в форме нормативного юридического акта или судебного прецедента.

В российской правовой системе роль правового обычая как источника права незначительна. Ссылки на применение международного обычая имеются в Консульском уставе, Кодексе торгового мореплавания. Однако правоведы предполагают, что с развитием рыночной экономики и частного права значение обычая для российского права должно возрасти, о чем свидетельствует, например, введение в Гражданский кодекс РФ ст. 5 «Обычаи делового оборота».

Правовые обычаи имеют наибольшее распространение в гражданском, семейном, аграрном праве, а также в международном праве, в частности, во внешнеторговом обороте. Обычаи как бы восполняют отсутствие в законодательстве той или иной нормы. Существуют правовые системы, где роль правового обычая и вообще обычаев достаточно велика. К ним относится обычное право африканских государств, где обычаями регулируются брачно-семейные, земельные отношения и отношения в области наследования. Эти традиционные отношения и в наши дни регулируются нормами обычного права, а судебные органы решают такого рода споры на основе местных обычаев, придавая им юридический, государством защищенный характер.

**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.

Обычай по природе своей носит консервативный характер. Он закрепляет то, что сложилось в результате длительной общественной практики. Нередко обычай отражает обывательские предрассудки, расовую и религиозную нетерпимость, исторически сложившееся неравноправие полов. Такие обычаи в целях социальной безопасности и личного благополучия граждан государство вполне оправданно запрещает.

Государство к различным обычаям относится по-разному: одни запрещает, другие одобряет и развивает. Более или менее длительное существование правовых обычаев можно ожидать лишь в некоторых сферах правового регулирования, например, при регулировании внешней торговли.

Известно лишь несколько статей Кодекса торгового мореплавания, в которых учитывается действие обычаев порта или международных обычаев мореплавания (ст.134 КТМ РФ «Срок, в течение которого груз должен быть погружен на судно, определяется соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения - сроками, обычно принятыми в порту погрузки»).

В других актах иногда встречаются ссылки на деловые обыкновения. При этом следует отметить, что содержание обычной нормы не получает прямого текстуального закрепления в законе или ином нормативном акте.

Отечественное законодательство допускает использование в юридической практике обычаев однако, обычаи, противоречащие государственно властвующей политике, общечеловеческой морали, как правило, запрещаются законом. Например, в Уголовном кодексе России есть статьи, запрещающие такие пережитки родового быта и феодально-байского отношения к женщине, как калым за невесту, похищение ее.

***2. Отличие правового обычая от других форм права.***

Под **формой (источником) права** принято понимать способы придания официальной юридической силы правилу поведения и ее внешнее официальное выражение. Форма показывает, каким способом государство создает, фиксирует ту или иную норму права, в каком виде эта норма доводится до сознания людей. История человеческого общества выработало следующие формы (источники) права: - нормативный правовой акт; - судебный прецедент; - правовой обычай; - принцип права; - правовая доктрина; - нормативный договор; - деловое обыкновение.

**Нормативный правовой акт** -это официальный, письменный документ, изданный органом государства, в пределах установленной компетенции, направленный на введение в действие правовых норм, на изменение существующих, либо их отмену. Этот документ всегда обращен к персонально неопределенному кругу лиц.

Нормативный правовой акт в большинстве государств служит основным источником и формой права. Эта форма права характерна для Россия и большинства стран Европы.

Для **нормативных правовых актов** характерны следующие признаки:

1. Они исходят только от государственных органов, специально на то уполномоченных;

2. Существует особый порядок их принятия;

3. Используется писаная форма и оформление в специальном виде;

4. Иерархическая подчиненность, основанная на различной юридической силе отдельных актов;

5. Содержание нормативных правовых актов составляют нормы права.

Нормативные правовые акты могут издавать не любые государственные органы и должностные лица, а лишь специально уполномоченные государством на этот вид деятельности.

Все нормативные правовые акты имеют государственный характер, то есть они общеобязательны, к их содержанию и действию предъявляются особые требования.

**Нормативные правовые акты**, в зависимости от их юридической силы, органа, который их принял, и способа принятия делятся на две большие группы: на законы и подзаконные акты.

**Законы** принимаются представительными (законодательными) органами, подзаконные акты - всеми остальными уполномоченными органами и должностными лицами, чаще всего исполнительными органами власти. В современной России судебные органы не имеют права принимать нормативные правовые акты. Они лишь вправе применять или толковатьуже действующие нормы права.

**Закон - это нормативный правовой акт**, который обладает высшей юридической силой и принимается представительными (законодательными) органами государственной власти в особом порядке. (Пример закона - Конституция, Уголовный кодекс, Гражданский кодекс, Устав железных дорог).

Эта форма используется для регулирования наиболее важных для жизни общества отношений. **Закон обладает высшей юридической силой**. Отсюда следует, что **закону присущи следующие черты**:

1. Это акт представительных (законодательных) органов государственной власти или акт, принятый всенародным голосованием (референдумом);

2. Он регулирует наиболее важные общественные отношения, например, права и обязанности личности, отношения собственности, устройство государства и т.д.;

3. Закон принимается по особой процедуре, носящей название законодательного процесса;

4. Обладает верховенством в правовой системе государства.

**Верховенство закона**, его высшая юридическая сила означает, что при принятии нового закона все другие нормативно-правовые акты должны быть приведены в соответствие с законом, а в случае противоречия закону любой акт может быть опротестован или отменен. Закон всегда нормативен, так как содержит нормы права, и этим он отличается от деклараций, обращений и других актов, принимаемых представительными органами власти.

Среди законов **высшую юридическую силу имеет** **конституция**, на основе которой издаются другие законы и иные нормативные правовые акты. Никакой акт государства не может противоречить конституции, ее нормы всегда имеют приоритет перед нормами других актов.

**Законы** подразделяются на **конституционные и обыкновенные (текущие**). **Конституционные** законы - это такие законы, принятие которых предусмотрено в самом тексте конституции. В Российской Конституции они называются федеральными конституционными законами. В конституциях других государств, например, Испании, Франции, они называются **органическими**. Этим законам присущи следующие особенности:

1. Они обладают более высокой юридической силой по сравнению с обыкновенными законами;

2. Принимаются в особом порядке - квалифицированным большинством, т.е. заранее установленным повышенным кворумом при голосовании. В России, например, за федеральный конституционный закон должны проголосовать не менее 2/3 депутатов Государственной Думы и 3/4 членов Совета Федерации от их списочного состава. В то время как для принятия обыкновенного закона достаточно простое большинство голосов в обеих палатах (50% плюс один голос);

3. Глава государства не обладает правом вето в отношении конституционных законов, а должен по истечении определенного срока (в России - в течение 14 дней) подписать закон и обнародовать его.

**Обыкновенные законы** различаются по отраслям. Выделяют кодифицированные законы - кодексы (гражданский, уголовный, гражданский процессуальный, уголовно-процессуальный и т.д.).

Все законы независимо от их характера подлежат обнародованию и опубликованию. Действует конституционное правило, что неопубликованные законы не могут применяться.

К **подзаконным нормативным правовым актам** относятся все нормативные правовые акты, принятые иными уполномоченными на то органами государственной власти. Примерами таких нормативных правовых актов могут служить указы Президента. Они не могут противоречить Конституции и законам. Подзаконные нормативные правовые акты принимаются и другими органами государства - правительством, местными органами государственной власти и иными органами. Они также не могут противоречить Конституции, законам и указам Президента и издаются строго в пределах их компетенции. Законность таких актов проверяется в судебном порядке, и они поднадзорны прокуратуре, т.е. она может их опротестовать (кроме правительственных актов, которые может отменить только Президент).

К подзаконным актам относятся и акты центральных органов исполнительной власти - министерств, государственных комитетов, федеральных служб, а также акты глав местной администрации и исполнительных органов субъектов Федерации.

Любые нормативно-правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, подлежат опубликованию для всеобщего сведения, иначе они не могут применяться.

Все **другие формы (источники) права относятся к так называемым незаконодательным**. То есть они формируются не специальными законотворческими органами государства.

**Судебный прецедент** - это общее официальное правило, которое устанавливается судьей при решении конкретного дела (в тексте судебного решения по конкретному делу), в том случае, когда он обнаруживает, что из всех действующих правовых норм ни одна из них не подходит к данному случаю. Это общее правило становится обязательным, частью действующего права, которое подлежит применению судами, равными по статусу данному суду, а также всеми нижестоящими судами. Судебный прецедент - один из основных источников права в странах, принадлежащих к **англосаксонской правовой семье**.

Признание прецедента источником права позволяет судебным и административным органам выполнять правотворческие функции, так как они фактически обладают правом создавать новые нормы права. Тем самым устраняются противоречия между развивающейся практикой и действующим законодательством, что позволяет решать дела при отсутствии норм права.

Отличие **правого обычая и судебного прецедента** в том, что используется уже известный обычай. Форма выражения - судебное решение. Каждый раз этот обычай нуждается в своем подтверждении (суд ссылается не на решении предыдущего суда, а на соответствующий обычай). Этот источник права имеет субсидиарное (дополняющее) значение.

**Сущность судебного прецедента** заключается в придании нормативного характера решению суда по конкретному делу. Обязательным для судов является не все решение или приговор, а только «сердцевина» дела, суть правовой позиции судьи, на основе которой выносится решение. Это, как называют специалисты по англосаксонской правовой системе, «ratio dcidendi». Из прецедента постепенно могут складываться и нормы законов.

В недавнем прошлом в советской правовой науке прецедент как источник права оценивался только отрицательно, однако в последнее время тон критических высказываний несколько смягчился. Более того, уже встречаются предложения о необходимости приравнять судебную доктрину к источникам права. Думается, что предлагаемое возможно, но для этого необходимы независимый суд и соответствующая правовая подготовка судей, а также формирование их правосознания в том направлении, при котором станет возможным их правотворчество.

Российская юридическая практика не признает прецедент в качестве официального источника права, поскольку исходит из того, что судебные и административные органы призваны применятьнормы права, а не создавать их.

**Принцип права** - основополагающая идея права (справедливость, народовластие, презумпция невиновности, причиненный вред должен быть возмещен). Принципы права используются при решении конкретных дел в случае, если невозможно найти подходящих правовых норм для данного случая. Сами принципы права в целом или его отраслей сформулированы в конституциях государств, отраслевом законодательстве, международно-правовых договорах. Поэтому применение принципов права к конкретному делу не основывается только на правосознании правоприменителя, но и на действующих конституционных и обыкновенных законах, где эти принципы нормативно сформулированы.

**Правовая доктрина** - это система взглядов, представлений о праве, о его принципах, изложенная признанными авторитетами в области юриспруденции. Правовая доктрина - это теоретические положения, научные теории юридического характера, в которых формулируются важнейшие принципы, юридические категории, понятия, воззрения юристов-ученых. В некоторых странах правовая доктрина выступает источником права. Так, в английских судах при разрешении конкретных дел принято ссылаться на труды известных юристов в обоснование принятого судебного решения. Аналогичная практика существует и в некоторых мусульманских государствах**.** (Так, основным источником мусульманского права является исламская религиозная правовая доктрина).

В России в юридической практике широко используются научные комментарии к различным кодексам, но они применяются как справочный, консультационный материал, ссылаться же на комментарий при разрешении судебных споров и при обосновании принятых решений нельзя.

**Нормативный договор** - соглашение между сторонами направленное на установление официальных юридических правил. Например, международный договор, коллективный договор между хозяином (предпринимателем) и наемными работниками в лице их профсоюза.Договоры нормативного содержания - это соглашения между субъектами, которые добровольно закрепляют взаимные права и обязанности и обязуются их соблюдать. Подобные соглашения служат основой для принятия других нормативных правовых актов. Такие договоры получили распространение в трудовом праве при заключении контрактов между работодателем и работником, в международном праве. В последние годы указанные договоры стали применяться и в конституционном праве России.

Например, в 1992 году был заключен Федеративный договор между Российской Федерацией и ее субъектами о разграничении между ними предметов ведения и полномочий. В 1994 году был заключен Договор между Российской Федерацией и Татарстаном, где были определены предметы взаимного делегирования полномочий. В дальнейшем такие договоры были заключены и с другими субъектами Федерации.

**Деловое обыкновение** - это правило, которое складывается в процессе делового обмена, оно связано с торгово-деловыми отношениями. В отличие от правового обычая, деловое обыкновение не имеет глубоких корней в опыте человеческого бытия. Как правило, это признаваемая в данный момент наиболее оптимальная модель поведения в торговом обороте. Например, с появлением общедоступных телефонных сетей появилось деловое обыкновение, в соответствие с которым признавалось правомерным заключение гражданско-правовых сделок по телефону. Примером признания в России делового обыкновения в качестве источника права может служить часть 2 статьи 478 ГК РФ. Согласно данной норме, «в случае, если договором купли-продажи не определена комплектность товара, продавец обязан передать покупателю товар, комплектность которого определяется обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями».

В некоторых случаях закону может быть придана **обратная сила.** То есть его нормы могут быть распространены на отношения, возникшие до принятия нормативного правового акта.

Обратная сила закону придается в исключительных случаях. Во-первых, тогда, когда сам законодатель принимает такое решение. И, во-вторых, обратная сила придается автоматически уголовным законам, которые устраняют, отменяют наказуемость деяния или смягчают наказание за конкретное деяние по сравнению с предшествующим законом.

Таким образом, в тех отраслях права, где предусмотрены карательные санкции (уголовное, административное) обратная сила закона никогда не может приводить к установлению или усилению наказания за деяния, совершенные до принятия соответствующего нормативного правого акта.

Обратная сила закону, как исключительная мера, используется в основном в гражданском праве.

Существует также такое понятие, как «**переживание старого закона».** Это такая ситуация, когда формально отмененный нормативный правовой акт признается действующим применительно к отношениям, возникшим или существовавшим во время его действия. Одновременно применительно к такого рода отношениям действует новый нормативный правовой акт, по-другому регулирующий такие отношения. То есть происходит как бы параллельное действие двух актов по одному предмету - отмененного и нового. Фактически признается действующим не старый акт, а признаются правоотношения, возникшие на основании отмененного акта. Такой подход иногда необходим, чтобы сохранить стабильность в регулируемых отношениях.

При рассмотрении вопроса необходимо остановится на территориальном принципе. **Территориальный принцип действия** нормативных правовых актов не абсолютен. Некоторые из них могут иметь экстерриториальный характер. В частности, нормативные правовые акты, изданные на территории одного государства, могут признаваться и действовать на территории другого, одной административно-территориальной единицы на территории другой. Это достигается путем заключения межгосударственных соглашений, либо принятием национального законодательства, регулирующего вопросы коллизий между нормами различных частей государства.

Принцип территориального действия нормативных правовых актов предопределяет и их **действие по лицам**. То есть предписания нормативного правового акта распространяются на всех указанных в нем субъектах, и находящихся на территории действия акта. Из этого общего правила есть исключения:

1. Лица, пользующиеся правом экстерриториальности (например, главы государств, дипломатические представители и члены их семей), должны подчиняться праву страны пребывания, но к ним не могут быть применены меры государственного принуждения (санкции правовых норм) данной страны;

2. Иностранцы и лица без гражданства не могут быть субъектами некоторых правоотношений (например, избираться в органы государственной власти, служить в армии, быть командирами воздушных и водных судов).

Граждане и органы государства должны подчиняться в полном объеме законам своего государства, даже если они находятся на территории иностранного государства (здесь территориальное действие акта заменяется действием по лицам). Указанные субъекты находятся одновременно под пространственным действием иностранного права и личностным действием своего национального права. Здесь действует принцип – «право следует за лицом».

В заключение рассмотрения данного вопроса хочется отметить, что в каждой стране, в зависимости от истории ее развития, особенностей этой истории, национальных традиций, общей и правовой культуры и так далее, принята та или иная совокупность источников (форм) права, установлена их иерархия. При этом необходимо отметить, что практически во всех формах права в той или иной степени присутствуют признаки обычного права, являющегося самым древним его источником.

***3. Исторические аспекты возникновения современного обычного права.***

С древнейших времен еще в первобытнообщинном строе правила поведения в общине (племени) вырабатывались методом проб и ошибок, закреплялись и передавались из поколения в поколение в виде обычаев.

**Обычаи** - это правила поведения, складывающиеся исторически, в силу данных фактических отношений и в результате многократного повторения, вошедшие в привычку. Для них характерны следующие черты:

- **живут в общественном сознании** (в общественной психологии);

- с точки зрения регулятивных особенностей им в наименьшей степени присуще внешнее, то есть предписывающее регулирование;

- они **проникают в сферу индивидуального сознания даже глубже, чем нормы морали**;

- складываются **спонтанно, в результате многократного повторения одних и тех же актов поведения**;

- представляют собой точные модели «слепки» тех отношений и актов поведения, которые обычаи нормативно обобщают, отсюда их конкретность, **детализированность;**

- каждый обычай имеет **социальное основание** (причину возникновения), которое в дальнейшем может быть и утрачено. Однако обычай и в этом случае может продолжать действовать в силу привычки;

- имеют, как правило, **локальную** (по кругу субъектов, по местности) **сферу действия**;

- в качестве средств обеспечения выступают **сила привычки и общественное мнение**;

- в масштабе общества **не представляют собой целостного образования**-системы, что обусловлено стихийностью, спонтанностью их формирования, а также длительностью этих процессов.

Среди других социальных норм обычаи выделяются, прежде всего, особенностями формирования и действия. Поэтому чаще всего они выступают формой иных социальных норм (норм морали, политических норм, правил гигиены и др.). Могут они быть и формой юридических норм (правовой обычай). Вместе с тем та или иная социальная норма, переходя в обычай, утрачивает свой собственный механизм действия, свои регулятивные особенности и действует, опираясь на силу привычки (например, у моральной нормы в этом случае ее оценочный характер как бы отходит на второй план). **Обычаи морального содержания еще называют нравами.**

Разновидностью обычаев можно считать **традиции**, возникновению которых в большей мере присущ субъективный фактор. Общество может сознательно организовывать те или иные традиции, способствовать их становлению, поэтому их возникновение не обязательно связано с длительным историческим процессом.

Традиции в большей мере опираются на поддержку общественного мнения и выражают стремление людей сохранить определенные идеи, ценности, полезные формы поведения.

К нормам обычая относят и нормы, регламентирующие **обряды** как достаточно сложные процедуры в бытовой, семейной, религиозной сферах. Такие обычаи называют **ритуалами** (от лат. «ritualis» - обрядовый). Нормы обычая, регулирующие торжественные, официальные обряды, носят название **церемониала** (правила церемонии).

**Может быть, следует поставить знак равенства между определением права и определением обычая? Ведь обычай, по выражению поэта, «деспот меж людей». Обычай складывается спонтанно, стихийно, ему следуют потому, что «все поступают так», его признают, он закрепляет наиболее полезное поведение в быту, в решении споров, в других областях жизни.**

В средние века (V-ХI века в Европе) именно обычаи регулировали наследственные, семейно-брачные отношения, взаимозависимость людей, их безопасность, военные конфликты, территориальные споры, имущественные владения (наряду с таким своеобразным механизмом регулирования, как генеалогия) и так далее.

И все же обычаи приобрели правовую характеристику лишь тогда, когда были, во-первых, записаны в разных сборниках-кодексах, причем эти сборники были стабильны, признаны, на них ссылались при решении споров, а, во-вторых, их исполнение начали обеспечивать церковные суды, королевские суды. Именно эти суды новый институт формирующейся европейской государственности в средние века - придавали обычаям правовой характер, превращали обычаи в одну из форм права правовой обычай.

Государство - то или иное европейское королевство - с помощью специального государственного органа - королевского суда - признавало за обычаем общеобязательность, формальную определенность, возможность обеспечивать его государственным принуждением. Тем самым обычай превращался в правовой обычай, а совокупность этих правовых обычаев - **в обычное право**.

В феодальной Франции, например, было известно до 300 систем местного обычного права (кутюмов). Это право постепенно заменяло денежными штрафами, иными имущественными возмещениями «кровную месть», поединки, снижало агрессивность, укрепляло стабильность.

Огромную роль в формировании римской правовой традиции в архаический период играли жрецы. Особенно выделялась среди них коллегия понтификов, которая присвоила себе привилегию формирования и толкования норм права. Понтифики были по сути дела первыми римскими юристами. В Риме (в отличие от стран Востока) сравнительно рано происходит разделение религиозных норм (fas), связанных с верованиями римлян и их долгом перед богами, и собственно правовых норм (jus), связанных с деятельностью или с санкцией римского государства. Тем не менее, понтифики по-прежнему контролировали всю юридическую деятельность в Риме. В связи с этим право в архаический период сохраняло во многом сакральный характер, совершение юридических актов требовало выполнения религиозного ритуала: жертвоприношения, клятвы и тому подобное.

Древнейшим источником права в Риме были **правовые обычаи** (mores majorum). Согласно римской исторической традиции, другим источником права являлось законодательство римских царей (leges regiae). Однако существование этих законов время от времени подвергается сомнению. В последние десятилетия исследователи склонны не отвергать эту традицию, считать достоверными сведения о законах римских царей, по крайней мере Нумы Помпилия и Сервия Туллия.

Поскольку эти источники права, тесно связанные с традицией и религией римского народа (квиритов), выступали первоначально как патрицианские, в литературе высказывалось предположение о существовании особой системы правовых обычаев у плебеев. Движение плебеев за равноправие отразилось и в правовой сфере, поскольку патрицианские магистры и жрецы (понтифики) произвольно толковали неписаные обычаи, игнорируя интересы плебеев.

С борьбой плебеев и патрициев связывается принятие (около 450 года до н.э.) первых писаных римских законов - Законов XII таблиц. Согласно традиционной версии, для их составления была создана первоначальная комиссия из 10 патрициев (децимвиры), подготовившая законы на десяти таблицах, текст которых не удовлетворил плебейское население Рима. В результате острого политического конфликта была создана новая комиссия децемвиров, состоявшая как из патрициев, так и из плебеев, дополнившая первоначальный текст еще двумя таблицами.

Традиционная версия происхождения Законов XII таблиц в настоящее время нередко ставится под сомнение. В самом тексте Законов нет положений, свидетельствующих непосредственно об уравнении в правах патрициев и плебеев. Но очевидно, что Законы стали основой общего для патрициев и плебеев единого квиритского, или цивильного, права (jus civile), предназначенного исключительно для римских граждан.

По своей сути Законы XII таблиц представляли обработку и консолидацию **обычного права Рима**. Известное влияние на них оказало греческое право южноиталийских полисов. Но были включены и отдельные новые положения, отступавшие от норм обычного права (например, система штрафов была отходом от древнего принципа талиона).

На огромной территории Римской империи было рассеяно множество варварских племен: готы, франки, бургунды, аламанны, англосаксы и прочее. Но особую роль в Западной Европе суждено было сыграть салическим (приморским) франкам, входившим в союз германских племен, сложившийся в III веке на северо-восточной границе Галлии, провинции Римской империи. К пятому веку появляется по истине «правовой памятник» франков – «**Салическая правда**», которая стала неисчерпаемым правовым источником для всей Западной Европы.

Средние века - это эпоха, когда в рамках складывающихся национальных государств постепенно формируются основы будущих национальных правовых систем. Этот длительный процесс завершается в большинстве стран уже в следующую историческую эпоху - в Новое время. Но именно в средние века определяются контуры и будущих крупных мировых правовых систем (семей права) - континентальной и англосаксонской, складываются их специфические и несхожие правовые институты.

Исходный «строительный материал» средневековое право черпало в **правовых обычаях**, которые долгое время оставались важнейшим источником права. За несколько веков в странах Западной Европы происходит сравнительно плавный и безболезненный переход от варварских (племенных) **правовых обычаев** к правовым обычаям феодальным, имеющим уже не персональный, а территориальный принцип действия. Расцвет феодализма в Европе в XI- XII вв. означал и повсеместное преобладание **обычного права**. К этому времени в западноевропейском обществе были утрачены многие элементы правовой культуры и даже письменности, получившие когда-то широкое развитие в античном мире, а поэтому и сама устная форма, в которой длительное время выражались обычаи, была практически единственно возможной.

Правовые обычаи достаточно органично интегрировались в феодальные отношения, закрепляли все их основные виды. Прежде всего, обычай (часто обычай-договор) регулировал личностные и поземельные связи между самими феодалами-сеньорами и вассалами (**ленное право**). В равной мере правовые обычаи охватывали отношения между феодалами (собственниками земли) и крестьянами, ее держателями.

Эта часть правовых обычаев (**манориальное право**) в наибольшей степени отражала зависимое положение крестьян, привязанных к земле и вынужденных работать на собственника (манора).

Со временем правовые обычаи записывались и включались в хартии и в другие жалованные грамоты, в которых сеньоры определяли привилегии и обязанности вассалов, горожан и крестьян. В силу сходства самых простейших форм регуляции феодальных отношений правовые обычаи даже при сохранении местных различий отличались тождественностью многих своих институтов и подходов. И это позволяло уже средневековым юристам находить в них определенную систему. Так, в XI веке появляются первые сборники (обычно в городах) с изложением основных принципов феодального права. Примером могут служить «**Обычаи Барселоны**» (1068 год), а также работа миланского ученого Умберто де Орто под названием «**Обычаи феодов**», в которой автор по существу впервые сделал попытку систематического изложения **обычного феодального права**. В более поздний период появляются другие частные записи правовых обычаев с попыткой их теоретического осмысления («Саксонское зерцало» в Германии, «Кутюмы Бовези» во Франции и т.д.).

Реально действовавшие вплоть до буржуазных революций правовые обычаи, получившие основательную доктринальную обработку, стали одним из элементов национальной правовой культуры в общеевропейском масштабе.

Особую роль в становлении общеевропейской правовой культуры сыграло городское право. В основном это было писаное право. Его положения фиксировались городскими статутами, королевскими или иными сеньориальными хартиями, пожалованными городу. Городское право, несмотря на закрепление в нем некоторых чисто феодальных институтов, по своему основному содержанию не являлось феодальным правом, оно скорее предвосхищало будущее буржуазное право, разрабатывало именно его принципы.

Города широко использовали различные сборники международного торгового права и **морских обычаев**, составленные в городах Италии, Испании и т.д., и тем самым внесли заметный вклад в формирование единых правовых традиций в странах Западной Европы.

Из выше изложенного можно сделать вывод, что именно системная обработка римского права на протяжении двух тысячелетий было принято к судебной практике в большинстве стран не только Западной Европы и других стран мирового сообщества.

***4. Роль правовых обычаев в юридической практике современных государств.***

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) в государствах Африки, Азии, Латинской Америки. 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.

Развитие права России вряд ли должно идти по пути официально-силового исключения из системы источников обычаев. Видимо, вскоре следует ожидать появления новых рыночных обычаев, которые будут регулировать отношения до и вместе с юридическими нормами.

В международном праве обычай представляет собой не только форму выражения традиционных норм, но и важный способ создания новых юридических обязательных правил поведения государств в тех вновь появляющихся областях межгосударственных отношений, которые требуют правового регулирования. Он является современным и активно функционирующим источником права. Поэтому следует иметь в виду, что концепция обычая в том виде, как она применяется в международной практике и рассматривается в доктрине международного права, имеет мало общего с представлениями об обычае, основанными на особенностях этого источника во внутренних, национальных системах права. Как с теоретической, так и с практической точек зрения необходимо отличать обычай как процесс создания норм международного права от обычая - результата этого процесса. То есть юридически обязательного правила поведения, сложившегося в межгосударственной практике.

**Обычное право** господствовало на ранних этапах развития правовых систем. Однако оно используется и в современных правовых системах США, Англии, ФРГ, в мусульманском праве. Велико значение обычая в развивающихся странах Азии, Африки и Океании. Источником международного права **обычай** признан Конвенцией ООН о международной купле-продаже товаров 1980 г.

В отличие от государств романо-германской правовой системы, где основным источником права является закон, в государствах англо-американской правовой системы основным источником права служит **судебный прецедент**, т.е. нормы, сформулированные судьями в их решениях. Англо-американское «**общее право**» включает, прежде всего, группу английского права с характерным для Англии прагматически-рационалистическим образом мышления и где в то же время в силу исторических особенностей развития капитализма сохранилась явная настороженность к высшей власти, к ее концентрации и поддерживался в противовес ей престиж судебной системы.

Это обстоятельство при определенных условиях нашло свое проявление в жизни США и прежних доминионов Британской империи. В рассматриваемую «семью» входят наряду с США и Англией Северная Ирландия, Канада, Австралия, Новая Зеландия, а также 36 государств - членов Британского содружества.

Семья «общего права», как и римского права, развивалась на основе принципа: «**Право там, где есть его защита**». Несмотря на все попытки кодификации, дополнения и усовершенствования положениями «права справедливости», оно в основе своей является прецедентным правом, созданным судами.

Это не исключает возрастания роли **статутного**[[3]](#footnote-3) (законодательного) права. В противовес местным обычаям это право - общее для всей Англии. Оно было создано королевскими судами, называвшимися обычно вестминстерскими - по месту, где они заседали, начиная с XIII века. В ходе деятельности королевских судов постепенно сложилась сумма решений, которыми и руководствовались в последующем эти суды. Сложилось правило прецедента, означающее, что однажды сформулированное судебное решение становилось обязательным и для всех других судей. Поэтому считается, что английское «общее право» образует классическую систему прецедентного права, или права, создаваемого судами.

Характерные черты правопонимания в этой правовой системы выражаются формулой: «Средство судебной защиты важнее права», так как основная сложность заключалась в том, чтобы получить возможность обратиться в Королевский суд. К концу XIII века возрастают роль и значение статутного права, в связи с чем правотворческая роль судей стала некоторым образом сдерживаться.

В XIV-XV вв. в связи с развитием буржуазных отношений возникла необходимость выйти за жесткие рамки прецедентов. Роль суда взял на себя королевский канцлер, который стал решать в порядке определенной процедуры споры по обращениям к королю. В результате наряду с общим правом сложилось «**право справедливости**».

До реформы 1873-1875 гг. в Англии существовал дуализм судопроизводства: помимо судов, применявших «общее право», существовал суд лорда - канцлера. Реформа слила «общее право» и «право справедливости» в единую систему прецедентного права. И сегодня английское право продолжает оставаться в основном судебным правом, разрабатываемым судами в процессе решения конкретных случаев.

Для англичанина осталось главным то, чтобы дело разбиралось в суде добросовестными людьми и чтобы соблюдались основные принципы судопроизводства, составляющие часть общей этики. Судьи «общего права», в отличие от законодателя, не создают решений общего характера, рассчитанных на будущее. Они решают конкретный спор. Такой подход делает нормы «общего права» более гибкими и менее абстрактными, чем нормы права романо-германской семьи, но одновременно делает право более казуистичным и менее определенным.

Благодаря «общему праву» и «праву прецедента» различение права и закона носит более ярко выраженный и несколько иной характер, чем различение права и закона на континенте. Это существенно в связи с возрастанием в современных условиях масштабов и значения статутного права среди источников английского права. В англосаксонской правовой семье сама концепция права, система источников права, юридический язык совершенно иные, чем в правовых системах романо-германской правовой семьи. Здесь отсутствует деление права на публичное и частное, его заменяет деление на «общее право» и «право справедливости». Нет резко выраженного деления права на отрасли, поскольку суды могут разбирать разные категории дел: публично и частно- правовые, гражданские, торговые, уголовные, а также по причине отсутствия кодексов европейского типа. Поэтому английскому юристу право представляется однородным. Доктрина не знает дискуссий о структурных делениях права. Она предпочитает результат теоретическому обоснованию, т.е. носит прагматический характер.

Однажды вынесенное решение является нормой для всех последующих рассмотрений аналогичных дел. Однако степень обязательности прецедента зависит от места в судебной иерархии суда, рассматривающего данное дело, и суда, чье решение может стать при этом прецедентом, т.е. к указанному общему правилу требуется на практике поправка. При нынешней организации судебной системы это значит:

- решения высшей инстанции - палаты лордов - обязательны для всех других судов;

- апелляционный суд, состоящий из двух отделений (гражданского и уголовного), обязан соблюдать прецеденты палаты лордов и свои собственные, а его решения обязательны для всех нижестоящих судов;

- высший суд связан прецедентами обеих вышестоящих инстанций и его решения обязательны для всех нижестоящих судов;

- окружные и магистратские суды обязаны следовать прецедентам всех вышестоящих инстанций, а их собственные решения прецедентов не создают.

Правило прецедента традиционно рассматривалось в Англии как «жесткое», но есть факты отказа в отношении себя от этого принципа, например со стороны палаты лордов.

Прецедентное право требует от судьи признать обстоятельства рассматриваемого дела сходными с ранее решавшимся делом, отчего зависит применение той или иной прецедентной нормы. Он может найти аналогию обстоятельств и тогда, когда на первый взгляд ее нет. Наконец, он вообще может не найти никакого сходства обстоятельств, и тогда, если отношения не регламентированы нормами статутного права, судья сам создает правовую норму, то есть становится законодателем. За многовековую деятельность законодательного органа общее число принятых им актов составляет около 50 томов (более 40 тыс. актов). Ежегодно английский парламент издает до 80 законов. В то же время существует около 300 тыс. прецедентов.

Проблема соотношения закона и судебной практики в Англии носит специфический характер. Получается, что английский суд наделен широкими возможностями в отношении статутного права. Значительны различия между правовыми системами разных стран как внутри романо-германской системы, так и «общего права». Сказанное можно легко подтвердить при изучении права США.

Английские поселенцы на территории США принесли с собой и английское право, но оно применялось с оговоркой «в той мере, в какой его нормы соответствуют условиям колонии» (принцип дела Кальвина 1608г).

Американская революция выдвинула на первый план идею самостоятельного национального американского права, порывающего с «английским прошлым». Первым шагом на этом пути было принятие письменной федеральной Конституции 1787г. и конституций штатов, вошедших в состав США.

Предполагался отказ от принципа прецедента и других характерных черт «общего права». В ряде штатов были приняты кодексы: уголовный, уголовно-процессуальный, гражданско-процессуальный - и запрещены ссылки на английские судебные решения. Однако перехода американского права на романо-германскую систему не произошло.

Долгое время Англия оставалась моделью для американских юристов. В литературе даже утверждается, что, по мере того как условия жизни в США сблизились с условиями жизни в Европе, американское право стало более близким английскому праву, чем в колониальную эпоху. Право США в целом имеет структуру, аналогичную структуре «общего права», но только в целом.

Одно из различий, причем весьма существенное, связано с федеральной структурой США. Штаты в пределах своей компетенции создают свое законодательство и свою систему прецедентного права. Отсюда значительный массив статутного права на уровне штатов. Соответственно в США существует 51 система права: 50 - в штатах, одна - федеральная.

Ежегодно в США публикуется около 300 томов судебной практики, и, несмотря на широкое использование компьютерной техники, поиск прецедентов является нелегким делом.

Много расхождений в право страны вносит законодательство штатов. Это делает правовую систему США сложной и запутанной. Высшие судебные инстанции штатов и Верховный суд США никогда не были связаны своими прецедентами. Отсюда их большая свобода и маневренность в процессе приспособления права к изменяющимся условиям. Это связано с правомочиями американских судов осуществлять контроль за конституционностью законов.

Особенно широко указанным правом пользуется Верховный суд США, подчеркивая роль судебной власти в американской системе правления. Нормы права в США устанавливаются судами, а принципы складываются на основе этих норм. Именно в этом суть права, по мнению юристов.

Как и в Англии, в США велико значение «обычного права» в функционировании механизма государственной власти. Пробелы в Конституции США восполняются не только с помощью текущего законодательства, но и путем признания сложившихся обыкновений, установившихся обычаев и традиций. В сфере **частного права** распространены **обычаи**.

Итак, ориентация на гибкое правотворчество, наличие права судебной практики, наделение судов неограниченными полномочиями по созданию и пересмотру правовых норм, правовой дуализм в силу федерального устройства США - все это создает специфику американского права.

Правовые системы многих стран Азии и Африки не обладают той степенью единства, которая свойственна ранее охарактеризованным правовым системам. Однако у них много общего по существу и форме, все они основываются на концепциях, отличающихся от тех, которые господствуют в западных странах. Конечно, все эти правовые системы в какой-то мере заимствуют западные идеи, но в значительной мере остаются, верны взглядам, в которых право понимается совсем иначе и не призвано выполнять те же функции, что в западных странах.

Считается, что принципы, которыми руководствуются **не западные** страны, бывают двух видов:

- признается большая ценность права, но само право понимается иначе, чем на Западе, имеет место переплетение права и религии (**обычая**);

- отбрасывается сама идея права и утверждается, что общественные отношения должны регламентироваться иным путем.

К первой группе относятся страны мусульманского, индусского и иудейского права, ко второй - страны Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара.

**Мусульманское право** - это система норм, выраженных в религиозной форме и основанных на мусульманской религии - исламе. Ислам исходит из того, что существующее право произошло от Аллаха, который в определенный момент истории открыл его человеку через своего пророка Мухаммеда. Оно охватывает все сферы социальной жизни, а не только те, которые подлежат Правовому регулированию. Право Аллаха дано человеку раз и навсегда, но божественные открытия нуждаются в разъяснениях и толкованиях.

**Ислам** - самая молодая из трех мировых религий, но имеет очень широкое распространение. Эта религия содержит, во-первых, теологию, которая устанавливает догмы и уточняет, во что мусульманин должен верить; во-вторых, шар, или шариат, то есть предписания верующим: что они должны делать и чего не должны.

Шариат[[4]](#footnote-4) в переводе на русский язык означает «путь следования» и составляет то, что называется мусульманским правом. Это право указывает, как мусульманин должен вести себя, не различая, однако, обязательств по отношению к себе подобными по отношению к Богу. Иными словами, шариат основан на идее обязанностей, возложенных на человека, а не на правах, которые он может иметь. Последствием невыполнения обязанностей является грех того, кто их нарушает, поэтому мусульманское право не уделяет много внимания санкциям, установленным самими нормами. Оно регулирует отношения только между мусульманами.

В исламе господствует концепция теократического общества, в котором государство исполняет роль служителя религии. Ислам по своей сущности, как и иудаизм, - это религия закона. Мусульманское право имеет четыре источника:

- Коран - священная книга ислама;

- сунну, или традиции, связанную с посланцем Бога;

- иджму, или единое соглашение мусульманского общества;

- кийас, или суждение по аналогии.

К чертам мусульманского права относятся: архаичность ряда институтов, казуистичность и отсутствие систематизации.

В правовой действительности широко используются соглашения, которые могут вносить существенные изменения в нормы мусульманского права, но не считаются обязательными. Развитие этой системы права прекратилось в Х веке нашей эры, когда отпала возможность его толкования.

Для приспособления мусульманского права к современной действительности используются способы, находящиеся как бы вне мусульманского права: соглашения, законодательство, **обычаи**, не противоречащие ему. В странах мусульманского права существовал и существует дуализм судебной организации: наряду со специальными религиозными судами (кади) всегда функционировали и другие типы судов, применявшие примитивные обычаи или законодательные акты (регламенты) власти.

Индусское право составляет **вторую систему** религиозно-традиционной системы и относится к древнейшим в мире. Это не право Индии, а право общины, которое в Индии, Пакистане, Бирме, Сингапуре и Малайзии, а также в странах на восточном побережье Африки, преимущественно в Танзании, Уганде и Кении, исповедует индуизм. Как и ислам, индуизм обязывает своих последователей помимо принятия на веру определенных религиозных догм и к определенному миропониманию.

Одним из основных убеждений индуизма является то, что люди разделены с момента рождения на социальные иерархические категории, каждая из которых имеет свою систему прав и обязанностей и даже морали. Оправдание кастовой[[5]](#footnote-5) структуры общества - основа философской, религиозной и социальной системы индуизма.

При этом каждый человек должен вести себя так, как это предписано социальной касте, к которой он принадлежит. В качестве регулятора поведения допускается **обычай**. Позитивное индусское право является **обычным правом**, в котором в той или иной мере преобладает религиозная доктрина. Она определяет нормы поведения, в соответствии с ней изменяются и толкуются **обычаи**.

Обычаи весьма разнообразны. Каждая каста или подкаста следует своим собственным обычаям. Собрание касты голосованием разрешает в местном масштабе все споры, опираясь при этом на общественное мнение. Оно располагает и эффективными средствами принуждения. Наиболее строгим наказанием считается отлучение от той или иной группы. В случае если нет определенной правовой нормы по конкретному вопросу, судьи решают его по совести, по справедливости.

Правительству разрешается законодательствовать. Судебные прецеденты и законодательство не считаются источниками права. Даже когда имеется закон, судья не должен применять его ригористически (по всей строгости). Ему предоставлено широкое усмотрение, чтобы всеми возможными способами примирить справедливость и власть. Еще меньше, чем законодательство, на роль источника права может претендовать здесь судебная практика. Итак, в период, предшествовавший британской колонизации, классическое индусское право не основывалось ни на формальных нормативах, ни на судебных решениях. В период колониальной зависимости индусское право претерпело существенные изменения. В области права собственности и обязательственного права традиционные нормы были заменены нормами «общего права».

Семейное и наследственное право и другие обычаи не претерпели изменений. К 1864 г. накопились судебные прецеденты, однако правило прецедента осталось далеко от традиций индусского права. Многие его институты и нормы подвергались модификации и даже были заменены новыми, но полного вытеснения индусского права не произошло. Сложилось нечто вроде «англо-индусского права», то есть индусское право сохранило свое регулирующее значение, правда, с определенными ограничениями.

Конституция 1950 г. отвергла систему каст и запретила дискриминацию по мотивам кастовой принадлежности. В индусском праве произошла своего рода революция. Однако новый Основной закон применяется только к индусам, а не ко всем гражданам Индии. Верность традициям прослеживается сквозь все трансформации, вековые корни, связанные с религией, дает о себе знать.

И, наконец, примеры правовых обычаев в Российском законодательстве.

Статья 5 Гражданского Кодекса РФ, посвященная обычаям делового оборота, гласит: «Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе»[[6]](#footnote-6).

В статье 848 того же Кодекса говорится: «Банк обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное»[[7]](#footnote-7). Аналогичные ссылки на обычаи содержатся в статьях 852, 853, 862 и других нормах Гражданского кодекса.

Статья 99 Конституции РФ, не употребляя слова «обычай», тем не менее закрепляет давно сложившееся правило, согласно которому «первое заседание Государственной Думы открывает старейший по возрасту депутат»[[8]](#footnote-8).

Именно на основе соответствующих обычаев изданы указы Президента РФ о Дне Государственного флага РФ, о символике России, о возвращении некоторым городам и населенным пунктам их старинных названий; введена процедура инаугурации (вступления в должность) избранных народом президентов и губернаторов, принятия ими присяги. Сохраняется обычай увековечивать память выдающихся людей - государственных и общественных деятелей, полководцев, писателей, поэтов, художников; лиц, погибших в Великой Отечественной войне.

Что касается внеправовых (общегражданских) обычаев, то их великое множество, и те из них, которые носят прогрессивный характер, право поддерживает. К другим относится безразлично (нейтрально), поскольку они не причиняют никакого вреда. С третьими (вредными) ведет борьбу, стремится вытеснить их (пьянство, некоторые местные традиции горских народов - калым, выкуп невесты, кровная месть, феодально-байские пережитки в семье, разного рода предрассудки, отдельные нормы шариата, и т.д.). Существуют обычаи, связанные с религиозной или расовой нетерпимостью, неравенством полов и т.д.

Но, например, ношение холодного оружия (кинжала) как атрибута национального костюма допускается. Снисходительно относится право и к умыканию невесты (чаще всего – с согласия «похищаемой») при условии, что жених ее не обесчестил. Хотя по закону такое деяние наказуемо. Право, государство подходят к тем или иным обычаям дифференцировано - старые, неугодные отсекаются; новые, полезные поощряются. Следует иметь в виду, что в обычаях есть немало консервативного, застывшего, неприемлемого, но это наслоение ушедших времен и с этим стоит считаться.

В связи с развитием в России рыночных отношений и переходом от запретительных методов правового регулирования к дозволительным, роль юридических обычаев возрастает. К этому ведет расширение экономической свободы личности, действие принципа «не запрещенное законом разрешено», стимулирование предпринимательства, частной инициативы.

***Заключение***

Право и обычай взаимодействуют. Правовые нормы вытесняют вредные, неугодные обществу обычаи (например, обычай кровной мести). Полезные, социально необходимые обычаи могут даже наделяться правовой санкцией, и в этом случае они принимают форму правового обычая. В то же время обычаи меньше значат для правотворчества и правореализации, чем, скажем, нормы морали.

В этом своем качестве (правовом) обычай действительно подпадает под определение права, как, впрочем, и другие (источники) формы. Эти формы выражения права дают нам возможность и знать, и ощущать действие права как социального института, в том числе и действие правового обычая. Но ведь так и должно быть, если предложенное определение права является верным.

Не менее сложен и вопрос об обычном праве как еще одной и также весьма распространенной форме права. Представления, что обычное право - это всего лишь древняя форма права, которая уступает место иным, более совершенным формам, что буржуазные и социалистические формации требуют исключительно статутного права, что в этих обществах отмирает обычное право, являются весьма приблизительными.

Обычаи и их правовая форма, которая устанавливается признанием, утверждением государством складывающихся или сложившихся отношений, которым следуют участники этих отношений только потому, что так заведено, что им следуют все, - это мощное регулятивное средство, которое сохраняет свое значение и в современных социальных условиях во многих странах. История обычного права, которая обобщена в теории права, - это красочная, многоцветная палитра правового развития человечества. Но в рамках теории следует рассмотреть лишь часть аспектов обычного права как формы, источника права.

Конечно, эта форма права появляется на весьма ранних этапах правового развития, в первичных раннеклассовых городах-государствах. Она охватывает, прежде всего, семейно-брачные отношения, регулирует земле- и водопользование, имущественные отношения и т.д. Обычное право вырастает из обычаев, тех образцов поведения, которые складываются тысячелетиями и закрепляют полезный опыт человечества. Этот опыт был первоначально направлен на смягчение агрессивных начал в отношениях между родовыми общинами, а затем и соседскими общинами.

Например, обычаи упорядочивают отношения в пользовании источниками воды. Не менее важны были и обычаи, которые позволяли оказывать помощь вдовам, сиротам. Левират и соррорат, т.е. обычаи, связывающие соответственно обязанность брата поддерживать вдову умершего брата и даже жениться на ней и, соответственно, обязанность сестры умершей жены заменить ее, были исполнены большого гуманистического и даже практического смысла в определенных культурах. Эти обычаи подкреплялись такой мощной этнокультурной сферой, что и после появления государственности сохраняли свое значение, поддерживались судебной системой, становились правовыми обычаями.

В этой связи в ряде стран к XX веку появились биюридические системы. С одной стороны, действовало статутное - право, регулировавшее семейно-брачные отношения, устанавливающие единобрачие, запрещавшее многоженство, а с другой - продолжало существовать и обычное право, имевшее прямо противоположные принципы и начала. Например, в Кении после освобождения от английского колониального правления сохранились нормы английского статутного права в семейно-брачной сфере и действуют древние, родоплеменные обычаи, в том числе в семейно-брачной. И в некоторых случаях возникают конфликты между этими двумя правовыми системами, которые приходится решать Верховному Суду Кении. Не всегда поле юридических сражений остается за статутом. В некоторых делах суд становился на позиции обычного права и обязывал исполнять его нормы, в иных - побеждал статут.

В качестве примера можно привести многолетнее судебное разбирательство, возникшего из-за коллизии двух систем - статутного и обычного права. Речь шла о месте захоронения одного кенийца и вытекающего отсюда шлейфа имущественных, наследственных последствий. В чью пользу надо было решить дело - в пользу вдовы покойного или его рода - так стоял вопрос. После долгого обсуждения, экспертиз, допросов многочисленных свидетелей суд решил дело в пользу рода, обосновав свое решение нормами обычного нрава.

Отсылка к обычаю в самом нормативно-правовом акте для решения некоторых споров - также существующая законодательная практика. В истории российского права такие отсылки относились к землепользованию в 20-х годах XX века, к некоторым правилам морской торговли: к стоянкам, разгрузкам, погрузкам судов в портах и т.д.

Огромную роль играло обычное право в европейское средневековье, когда в V-ХI веках именно обычаи, признаваемые королевскими и церковными судами, заменяли денежными возмещениями за вред, имевшие место ранее кровавые поединки, ритуальные испытания в виде доказательств виновности или невиновности - огнем, водой, а также многочисленные клятвы.

Обычай, который складывается ныне в административной практике и связан с установившимся спонтанно, порядком работы с документом, его оформлением, называется деловым обычаем или деловым обыкновением. Порой он оформляется нормативноправовым актом, например инструкцией по делопроизводству, порой действует в силу привычек, заведенного порядка.

Обычай, который получает молчаливое или специальное признание в международных, межгосударственных отношениях, также играет большую роль, например дипломатический этикет.

В советский период получили распространение в строительстве своеобразные обычаи, когда так называемые гарантийные письма по устранению недоделок становились основанием для подписания актов сдачи-приемки строительства в срок.

Нередко арбитражные суды вынуждены были рассматривать правовую природу гарантийных писем, и не признавали их юридически значимыми. Но тем не менее эта практика продолжалась, так как отказ заказчика принять гарантийное письмо подрядчика и не подписывать акт сдачи-приемки работ грозил сохранением недоделок, срывом работ, перемещением работников и строительной техники на другие объекты. И этот реальный механизм весьма мощно обеспечивал действие такого обычая, как «гарантийное письмо». Поэтому, рассуждая об обычном праве, надо обязательно учитывать и реальные механизмы, обеспечивающие ту или иную форму права.

Юридическая наука призвана своевременно готовить пригодные рекомендации по улучшению форм права, а практика должна умело реализовать предложения ученых в целях создания гибкой, динамичной и эффективно функционирующей системы источников права. От качества этой системы права зависит прочность законности в государстве.

При оптимизации форм права надо полнее учесть юридические традиции России, взять лучшее из дореволюционной правовой системы. А также в связи с переходом России к новой социально-экономической формации необходимо полнее осветить юридический опыт стран имеющих многовековой опыт демократического развития. Необходимо определиться в отношении к таким источникам права как обычай, а главное юридическому прецеденту. Я считаю, что не оправданно полное государственное неприятие этого, несомненно, важного и полезного **источника права**.

# *Список литературы*

1. Конституция Российской Федерации (с изм. от 14.10.2005 г.) (принята всенародным голосованием 12.12.1993 г.) «Кодекс», Москва, 2006.

2. Гражданский кодекс Российской Федерации, СПб, «Издательский дом Герда», 2002.

3. Алексеев С.С. Теория права, М., 1994.

4. Общая теория права и государства. Под ред. Лазарева В.В., М., 1994.

5. Теория государства и права. Выпуск I, Под ред. Венгерова А.Б., М., 1993.

6. Теория государства и права. Выпуск II, Под ред. Венгерова А.Б., М., 1994.

7. Теория права и государства. Под ред., Манова Г.Н., М., 1995.

8. Лифшиц Р.З. Теория права, М., 1995.

9. Давид Р. Основные правовые системы современности, М., 1988.

10. И.А. Синицыной «В мире обычая», М., 1997.

11. Колесников Е.В. Источники российского конституционного права. Саратов, 1998.

12. Словарь иностранных слов, «Русский язык», М., 1989.

13. Ожегов С.И. «Словарь русского языка», «Русский язык», М., 1988.

1. Ожегов С.И. «Словарь русского языка», «Русский язык», М., 1988, С. 355 [↑](#footnote-ref-1)
2. Гражданский кодекс Российской Федерации, СПб, «Издательский дом Герда», 2002. [↑](#footnote-ref-2)
3. Словарь иностранных слов, «Русский язык», М., 1989, С. 482. [↑](#footnote-ref-3)
4. Словарь иностранных слов, «Русский язык», М., 1989, С.574. [↑](#footnote-ref-4)
5. Словарь иностранных слов, «Русский язык», М., 1989, С.225. [↑](#footnote-ref-5)
6. Гражданский кодекс Российской Федерации, СПб, «Издательский дом Герда», 2002, ст.5. [↑](#footnote-ref-6)
7. Гражданский кодекс Российской Федерации, СПб, «Издательский дом Герда», 2002, ст.848. [↑](#footnote-ref-7)
8. Конституция Российской Федерации (с изм. от 14.10.2005 г.) «Кодекс», Москва, 2006, с.22. [↑](#footnote-ref-8)