

ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК НАЦИОНАЛЬНОГО ПРАВА: ОБЗОР ДОКУМЕНТОВ И НАУЧНЫХ МНЕНИЙ

Вылегжанина Варвара Александровна, студент Московского государственного института международных отношений (университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации

119454, Россия, Москва, пр. Вернадского, д. 76

Vylegzanina_V_A@my.mgimo.ru

© Вылегжанина В. А., 2023

Аннотация. В статье показано, что, в отличие от закона, обычай в большинстве современных конституций не назван в качестве источника национального права. Тем не менее согласно законам, особенно в сфере гражданского права, роль обычая как источника национального права традиционно поддерживается. В этом контексте в статье анализируется значение используемых в документах и в научно-правовых исследованиях терминов «обычай», «правовой обычай», «обычное право»; рассматривается, почему в одном случае общая практика квалифицируется в качестве обычной нормы национального права, а в другом — нет. Приведены различные определения данных понятий, предложенные правоведами, как отечественными, так и зарубежными. Представлена характеристика природы обычая в правовой системе Российской Федерации, с учетом того, что в ее действующей конституции «обычай» (или «правовой обычай») не назван в числе источников права, но роль обычая в гражданском праве, например, сохраняется. В формате сравнительно-правового анализа изложена роль обычая в ряде стран (при этом в качестве case-law предложена характеристика обычая в праве Великобритании, где обычай издавна признается источником права), при сопоставлении значимости обычных норм в иерархии источников национального права в странах Шанхайской организации сотрудничества. В заключении предложены некоторые теоретические обобщения по данной теме.

Ключевые слова: источник национального права; обычай; правовой обычай; обычай делового оборота; обычное право; торговый обычай.

CUSTOM AS A SOURCE OF NATIONAL LAW: REVIEW OF DOCUMENTS AND ACADEMIC OPINIONS

Varvara A. Vylegzhanina, Student, MGIMO University
76, Vernadskogo Prospect, Moscow 119454, Russian Federation

Vylegzanina_V_A@my.mgimo.ru

Abstract. The paper highlights that, unlike the law, custom in most modern constitutions is not named as a source of national law. Nevertheless, according to the laws, especially in the field of civil law, the role of custom as a source of national law is traditionally supported. In this context, the author analyzes the meaning of the terms «custom», «legal custom», «customary law» used in documents and in academic and

legal studies. The paper examines why in one case general practice qualifies as a rule of national law, and in another cases this does not take place. The paper gives various definitions of these concepts proposed by legal scholars, both domestic and foreign. The characteristic of the nature of custom in the legal system of the Russian Federation is presented, taking into account the fact that in its current constitution «custom» (or «legal custom») is not named among the sources of law, but the role of custom in civil law, for example, is preserved. In the format of a comparative legal analysis, the author outlines the role of custom in a number of countries (at the same time, a characteristic of custom in the law of Great Britain is proposed as case-law, where custom has long been recognized as a source of law), when comparing the importance of customary norms in the hierarchy of sources of national law in the countries of the Shanghai Commonwealth Organization. In conclusion, the author proposes some theoretical generalizations on this topic.

Keywords: source of national law; custom; legal custom; business custom; customary law; trade custom.

Введение

Не только в основных правовых системах мира, но и в праве государств одной и той же правовой системы, как и в юридической науке, нет единообразной характеристики роли обычая в современном правопорядке. Сегодня даже профессиональные парламентарии испытывают затруднения при необходимости обозначить место обычая в правовой системе конкретного государства; или уточнить вопрос о том, можно ли достоверно установить наличие обычной нормы, если она не названа в конкретном акте законодательства. В этом контексте в настоящей статье рассматриваются, во-первых, научные трактовки терминов «обычай», «правовой обычай», «обычное право». Во-вторых, исследуется стержневой компонент обычной нормы права — последовательная практика следования некоему образцу поведения, который не прописан в законодательстве. В-третьих, сравнивается действие обычных норм в праве некоторых государств, начиная с права Великобритании, где обычай и сегодня имеет для судьи не меньшее значение, чем закон. В заключении предложены обобщающие констатации. При этом в статье не затрагивается вопрос о роли прецедентов в праве; как отметил С. С. Алексеев, этот вопрос требует «отдельного анализа», как все то, «что выражено в *ratio decidendi* судебных решений, имеющих прецедентное значение»¹. По этой же причине не рассматривается в статье роль обычаев в международном праве и вопрос о «правилах юридической этики (the rules of legal ethics)»².

Значение терминов «обычай», «правовой обычай», «обычное право»

Как отмечает И. С. Перетерский, становление обычая как общеобязательного правила, которому надо следовать, происходит в период раннего общества. В древнейший период в Риме, как и в других странах, «право выражалось главным образом» в форме обычаев. «Обычаи имели широкое распространение еще до появления государства;

¹ Алексеев С. С. Тайна права. М. : Норма, 2002. С. 51.

² «A client's interests diligently and being truthful in one's words and deeds». Об этих не прописанных в законе правилах см., например: *Zitrin R., Langford C. The Moral Compass of the American Lawyer*. New York, 2000. P. 3.

ими определялась жизнь общины, порядок ведения хозяйства и выполнения общих работ, брачные и семейные отношения»³.

В юридической науке предложены разные определения обычаев. Например, *обычай делового оборота* — это правило, которое сложилось и широко применяется в области предпринимательской деятельности, независимо от того, зафиксировано ли это правило в каком-либо опубликованном документе. Иногда к таким обычаям относят те, которые есть в практике торгового мореплавания. В авторитетном учебнике морского права авторы пишут: «К важным источникам права следует отнести... так называемые обычаи морских торговых портов»⁴. Под *торговым обычаем* понимают правило, которое сложилось в торговой деятельности, на основе отношений между субъектами такой деятельности, давно возникших и повторяющихся.

Обычаю изначально предшествует практика действий субъектов права, даже единичная, но затем «подхваченная», повторяемая, воспринимаемая как нечто «привычное», как отражающее убеждение в том, что эта установившаяся практика — не только общепринятая, но и обязательная. В науке предложено различать «обычаи, имеющие нравственный характер» и нормы обычного права, а религиозные обычаи предложено отграничивать от правовых⁵. Но в ряде государств (прежде всего таких, как мусульманские) это различие на практике мало заметно и не всегда поддерживается, например, судами⁶. Вместе с тем преобладающее мнение состоит в том, что обычаю чаще следуют не из-за боязни понести судебное наказание за его нарушение, а из-за осознания его общепринятости; кроме того, обычай сам по себе отображает, как правило, национальные, религиозные, нравственные особенности в данном государстве, даже в данном районе.

Некоторые правоведы используют термин «правовой обычай», выделяя его из иных обычаев, не являющихся частью правопорядка⁷. Правовой обычай — это, по их мнению, общественная практика, которой лица (физические, юридические) в конкретном государстве следуют по той причине, что данная практика воспринимается как неотъемлемая часть сложившегося порядка, поддерживаемого государством, в том числе судами⁸. Они обозначают термином «правовой обычай» то, что во французской юриспруденции названо термином «обычай (*usage*)». Повторяемая практика — это еще не «обычай»; чтобы эта практика была признанной в качестве источника права, на уровне общественного сознания такая практика должна отвечать ряду признаков: быть разумной по своей природе; постоянно соблюдаться в течение длительного времени; рассматриваться органами власти как обязательное правило. Оно, в отличие от нормы закона, «не издано в форме команды публичной власти, но сложилось вследствие общего и продолжительного применения (*d'un usage générale et prolongé*)»⁹.

Просматривая оглавление одной из книг С. С. Алексеева, читатель находит много разделов о законе, но не находит раздела об обычае как об источнике права. Автор пишет, что источники права — это признаваемые государством «официально документальные способы выражения и закрепления норм права»¹⁰. Но возникает

³ Перетерский И. С. «Всеобщая история государства и права», Юридическое издательство НКЮ СССР. М., 1945. С. 56.

⁴ Жудро А. К., Джавад Ю. Х. Морское право. М.: Транспорт, 1974. С. 23.

⁵ Основы межкультурной коммуникации: учебник / под ред. А. П. Садохина. М., 2003. С. 37.

⁶ Сукияйнен Л. Р. Мусульманское право. М.: Большая российская энциклопедия, 2013. С. 516–517.

⁷ A Dictionary of Law. Six Edition. Ed. By E. Martin and J. Law. Oxford University Press. Oxford. New York. 2006. P. 144–145.

⁸ Теория государства и права: учебник / под ред. М. Н. Марченко. М.: Зерцало, 2004. С. 293.

⁹ Guillien R., Vincent J. Lexique des termes juridiques. 17 Edition. 2010. P. 2014.

¹⁰ Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. М.: Статут, 1999. С. 76.

вопрос: а если обычай «документальным» способом не признан государством? Это не означает, что С. С. Алексеев не рассматривает обычай как источник права. Он пишет, что «государственные органы, например суды, в том или ином виде одобряют социальные нормы (обычай, корпоративные нормы), придают им юридическую силу»¹¹. Эти обычаи автор определяет как вошедшие «в привычку правила, которым государство придает общеобязательное значение», и такая санкция государства «дается либо путем отсылки на обычаи в нормативном акте, либо фактическим государственным признанием в судебных решениях, иных актах государственных органов»¹². В праве России это именно так. Но в праве Великобритании, как будет показано ниже, не только государственный орган, но и негосударственный (арбитраж, например) может «санкционировать» обычай.

По своей характеристике обычай назван консервативным источником права, поскольку он сохраняет то, что сложилось в течение многих лет общественной практики. Она часто отражает духовные ценности народа. Но означает ли это, что во всяком обычае заложен «иммунитет» от устаревших традиций? Проходит ли всякая общественная практика «фильтр современной полезности» до того, как стать частью правопорядка? Практика, ставшая источником права, — это результат восприятия только тех сложившихся правил, которые признаны необходимыми на уровне правосознания, которые оказывают позитивное воздействие на правопорядок, на юридическую консолидацию общества, которые в конечном счете поддерживаются государством. В этом — суть «легитимации» общественной практики, ее перехода на новый уровень — уровень обычного права.

В теории предложена классификация такой общественной практики — как предтечи обычая: 1) по воздействию на общественное развитие («прогрессивная»; «реакционная»; «нейтральная» практика); 2) по взаимосвязи с особенностями наций; 3) по религиозным корням; 4) по географическим, геополитическим, местным особенностям; 5) по зависимости от психофизиологических факторов и т.д.¹³ Если согласиться с такой классификацией (по которой, впрочем, возможна дискуссия), то в ней «реакционная» практика, например, не должна иметь перспектив легитимации; то есть сложившаяся где-то практика, вредная для общества, для государства, не может, по самой логике правотворчества и правопонимания, стать для государства источником его права — обычаем.

Понятие «обычное право» определено как «система норм (правил поведения), основывающихся на обычае». Примечательно, что авторы цитируемого юридического словаря, давая дефиниции терминам «обычай», «обычай торговый», «обычное право», не сочли необходимым обозначить в словаре понятие «правовой обычай». И действительно: когда общественная практика восходит к уровню права, тогда она и становится источником права — обычаем. При таком подходе нет необходимости в дополнительном термине — «правовой обычай». Но различают обычаи по отраслям права.

Т. А. Васильева дает следующее определение «конституционным обычаям» Италии: «это сложившиеся с течением времени обыкновения, обусловленные скорее политическими, нежели правовыми причинами... Примером такого обычая является включение заместителей председателя Совета министров и министров без портфеля в состав правительства»¹⁴. Н. А. Дементьева относит обычай к источникам конституционного права Испании, указывая на существенное ограничение: «Согласно статье 1 Гражданского кодекса Испании 1889 г. правовые обычаи применяются только при отсутствии закона, регулирующего определенные отношения, при их соответствии нормам морали и общественного порядка. Причем существование данных правовых

¹¹ Там же. С. 77.

¹² Там же. С. 78.

¹³ Теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. М., 2001. С. 125–129.

¹⁴ Васильева Т. А. Основы конституционного права Итальянской Республики. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. 5-е изд. М. : Норма, 2022. С. 558.

обычаев должно быть доказано»¹⁵. Как отметила Т. О. Кузнецова, среди «источников права Японии упоминаются также обычаи, то есть правила поведения, принятые в обществе, но не имеющие юридического закрепления и действующие не в силу юридической ответственности, а в силу авторитета традиции». Помимо того, что обычай отнесен к источникам права Декретом 1875 г., в этом же смысле он отражен в Законе «Об общем применении законов» 1898 г., в котором «предусмотрено применение не противоречащих общественному порядку и нравственности обычаев»¹⁶.

Большинство правоведов рассматривают обычай как регулятор общественных отношений, который допускается национальным законом в качестве компонента действующего правопорядка. Иск, основанный на обычае, может быть подан, например, в защиту того, что всегда делалось и воспринималось на уровне общественного сознания как часть правопорядка. При этом центральным вопросом, касающимся установления самого факта формирования обычая как элемента национального права, является выявление того, составляет или нет данная установившаяся практика норму обычного права.

Квалификация сложившейся общественной практики в качестве обычной нормы права

Концептуальных разногласий по этому вопросу немало среди западных правоведов, что отражено, например, в критике Д. Хундом работ Д. Комароффа и С. Робертса, а также Х. Харта. Д. Хунд утверждает, что нужно решить проблему, с которой столкнулись ученые, пытавшиеся сформулировать, как могут быть установлены нормы обычного права¹⁷. Д. Комарофф и С. Робертс в опубликованной в 1981 г. работе¹⁸ дают характеристику свода норм, в том числе обычных, составляющих «право Тсваны»¹⁹. Авторы отмечают, что это право ориентировано на установленные законом правила, но определяют те нормы, которые становятся обычным правом, прежде всего благодаря «традиционному» использованию²⁰. Отмечено, что в праве Тсваны нет целостной классификации огромного количества существующих норм (авторы назвали это «недифференцированным нормативным репертуаром»); что сосуществуют «внутренне противоречивые нормы», которые могут породить споры по разным причинам: из-за фактических обстоятельств в конкретной ситуации; из-за не вполне ясного содержания норм; из-за их несоответствия тем современным отношениям, которые эти нормы призваны регулировать²¹. Неспособность устранить внутренние несоответствия между потенциально конфликтующими нормами требует большой гибкости при урегулировании споров. Это, в свою очередь, иногда рассматривается как «процессуальный ресурс» для участников спора, каждый из которых стремится обосновать свою позицию выборочно обозначенными нормами. Несоответствия содержания применимой нормы содержанию отношений, ею регулируемых, нередко решаются путем «поднятия» значимости одной из норм, хотя бы символически. Это

¹⁵ Дементьева Н. А. Основы конституционного права Королевства Испания. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. 5-е изд. М. : Норма, 2022. С. 592.

¹⁶ Кузнецова Т. О. Основы конституционного права Японии. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. 5-е изд. М. : Норма, 2022. С. 649.

¹⁷ Hund J. Customary law is what people say it is. ARSP. Vol. 84. 1998. P. 420–422.

¹⁸ Comaroff J., Roberts S. Rules and Processes: the Cultural Logic of Dispute in an African Context. 1981. P. 70–73.

¹⁹ «Тсвана» (molaofhomo wa ditshwaneto...) — это Билль о правах, составляющий часть Конституции Южно-Африканской Республики.

²⁰ Comaroff J., Roberts S. Op. cit. P. 74–78.

²¹ Ibid.

позволяет сделать применимыми и первую, и вторую нормы, поскольку теперь и те и другие обозначены как сосуществующие. Подобная компромиссная «гармонизация» норм зависит от контекста социума. На таком сложившемся на практике фоне большинство норм наполняется содержанием в контексте отношений, ими регулируемых, а сам «репертуар» правовых норм постоянно находится «в состоянии трансформации»²². Эти изменения права оправданы на том основании, что они следуют изменениям общественных отношений, регулируемых правом. Например, легитимность лидера-вождя племени, живущего в джунглях, отличается от легитимности лидера — президента США, избираемого согласно конституции этого государства, хотя в обоих случаях в силу легитимности лидера его решения исполняются. При формулировании своих решений, впрочем, вождь племени может обсудить предлагаемое решение со своими ближайшими советниками; затем совет старейшин может принять или отклонить его. Но вождь в некоторых племенах может принять решение, даже если совет старейшин отвергнет его. А вот если президент США примет Указ вопреки воле конгресса США (что само по себе маловероятно), то скорее всего этот документ президента не будет приведен в исполнение: его легитимность зависит от воли народа, а последняя, по конституции США, представлена не президентом, а конгрессом.

Что касается непосредственно обычных норм права, то Д. Комарофф и С. Робертс используют выражение «парадигма аргументации» для обозначения специфики аппарата, используемого спорящими сторонами. Посредством такого аппарата создается картина событий, характеризующихся в терминах применимого права. В объяснении собственного видения таких событий истец (который всегда говорит на суде раньше ответчика) устанавливает изначально некую правовую парадигму, которую ответчик может либо принять (и, следовательно, далее приводить доводы в рамках этой парадигмы), либо ее отвергнуть, предлагая свою парадигму применимого права. То есть если ответчик намеревается изменить парадигму истца, то будет ссылаться на те нормы, которые истец не обозначал. Судья в государстве англосаксонской системы права, выносящий решение, может принять нормативную основу, подразумеваемую сторонами спора или одной из них, и, таким образом, не описывать применимые нормы закона или обычая, то есть не использовать в решении «жесткие» правовые формулировки, а скорее выделить фактический вопрос в споре, а затем принять по нему решение, без прямой ссылки на какую-либо конкретную норму применимого права²³. Что недозволительно, например, согласно российскому праву.

Д. Хунд считает неубедительным тезис о гибкости свода норм, на основе которого судья выносит решение, уделяя особое внимание обычаю. Понятие обычая, по его мнению, чаще обозначает сходную практику поведения субъектов права. При этом автор проводит различие между: а) социальными правилами, которые имеют и внутренние, и внешние аспекты, б) обыкновенным «привычным поведением», «привычной практикой», имеющей только внешние аспекты. Внутренние аспекты, по мнению автора, — это «рефлексивное отношение» их адептов к определенному поведению, которое ими воспринимается как юридически обязательное. Внешние аспекты проявляются в повторяющемся, наблюдаемом поведении субъектов права, но само по себе такое поведение не считается при этом юридически обязательным²⁴.

Х. Харт подчеркивает различия между *привычным* поведением (ожидаемым, повторяющимся) и *обязательными* социальными правилами. Существует, по мнению автора, правило, согласно которому общество неодобрительно относится к уклонениям от устоявшегося, привычного, ожидаемого; общество пытается предотвратить такие отклонения, критикуя поведение «уклонистов». Такая критика может рассматриваться обществом как веская причина для того, чтобы побудить

²² Ibid. P. 79–82.

²³ Ibid. P. 82–85.

²⁴ Hund J. Op. cit. P. 422–424.

придерживаться привычного, ожидаемого. Члены общества ведут сходный образ жизни не только потому, что так поступает большинство общества, но и потому, что такой сходный образ жизни считается на уровне правосознания общим стандартом, которому оно должно следовать²⁵.

Общественная практика восходит на уровень обычного права тогда, когда соответствующие субъекты сложившихся правоотношений исходят из убеждения (лат. — *«opinio juris»*) в том, что следовать этой практике — это их юридическая обязанность²⁶. Примечательно сопоставление правоведами нормы закона и нормы обычая. То, что обычные нормы вырабатываются способом, отличным от способа создания норм закона, не означает, что тем самым ухудшается качество правовой системы. В обществе постоянно востребовано создание всё более качественных правовых регуляторов²⁷. Но не разрушение устоявшихся, проверенных десятилетиями обычных норм²⁸. Рассматривая обычай как источник права, Дж. Мерримен пишет, что, хотя обычаю уделяется большое внимание в научных работах, его нынешняя роль «незначительна»²⁹. Это достаточно дискуссионное мнение. Значительна или нет сегодня роль, например, гражданско-правовых обычаев? Гражданское право большинства государств изначально развивалось из средневековых торговых обычаев, из сборников обычаев торгового мореплавания. Они уточнялись, видоизменялись в конкретной юрисдикции, постепенно собираясь воедино в конкретных кодексах торгового, морского права. Даже в современном, весьма популярном словаре «делового английского языка» отмечено, что «обычай (custom)» — это «старинное правило поведения или деятельности, которое длительно применялось», а в настоящее время «имеет силу права (the force of law)». В качестве иллюстрации назван местный обычай, предоставляющий рыбакам право «закрепить сеть на участке берега реки, которым владеет кто-то другой (owned by somebody else)»³⁰.

С одной стороны, обычные нормы становятся авторитетнее, когда они получают подкрепление в гражданском кодексе конкретного государства. С другой стороны, сами кодексы, иные законы, принятые в области гражданского, морского права, предусматривают, что обычай гражданского оборота (и/или торгового мореплавания) уже является источником права в данном государстве. Содержание обычаев выявляется в преобладающей практике хозяйствующих субъектов, а в случае спора между ними — судом. В порядке научной дискуссии отметим своеобразное мнение о месте обычая среди источников права: «Формально обычно выделяют следующие источники права: нормативные правовые акты, обычное право, договорное право, прецедентное право, юридические доктрины, религиозное право»³¹. Во-первых, утверждать, что «право» (обычное или иное) является «источником права» — это логическая неточность. Во-вторых, не вполне ясно, как авторы понимают значение термина «нормативные правовые акты»? Раз они не называют закон в качестве источника права, то, видимо, под такими актами авторы подразумевают и законы. Но, как выше было показано, некоторые законы предусматривают обычай в качестве источника права.

Как было отмечено, во многих странах нормы обычного права продолжают сосуществовать бок о бок с нормами закона, а также принятыми в их исполнение подзаконными актами. Рассмотрим это на примерах некоторых государств.

²⁵ Hart H. L. A. The Concept of Law. Oxford University Press. 2012. P. 12–16.

²⁶ В юридической науке отмечено, что выражение *«opinio juris»* известно еще римскому праву — см. Бартошек М. Римское право. Понятия. Термины. Определения / Перев. с чешского. М.: Юридическая литература, 1989. С. 232 и 251–252.

²⁷ Hart H. L. A. Op. cit. P. 13.

²⁸ Hund J. Op. cit. P. 428–430.

²⁹ Merryman J. H. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. Stanford University Press. 3rd ed. 2007. P. 24.

³⁰ Adam J. H. Longman Dictionary of Business English. York Press. 1982. P. 137.

³¹ Кузнецов Э. В., Сальников В. П. Наука о праве и государстве. СПб.: Герда, 1999. С. 197.

Роль обычая в праве Великобритании

Еще в 1935 г. отмечено: «Британская конституция является неписанной», поскольку нет «единого документа, в котором содержался бы основной закон Соединенного королевства Великобритании и Северной Ирландии»; хотя уже в первом конституционном источнике — «Великой хартии вольностей» 1215 г. — подтверждены «старинные феодальные права» баронов, церкви, городов³². В тексте «Великой хартии вольностей», приведенном в этой же книге, король Англии Иоанн предписывает: «И город Лондон должен иметь все древние вольности и свободные обычаи, как на суше, так и на воде. Кроме того, мы желаем... чтобы и все другие города и бурги, и местечки, и порты имели все вольности и свои свободные обычаи»³³. При этом в «Великой хартии вольностей» не определено, что означают понятия «древние вольности» и «свободные обычаи», хотя из контекста можно предположить, что речь идет об общепринятой практике, давно сложившейся. Этот же правовой акт предусматривает: «Пусть все купцы имеют право... покупать и продавать, уплачивая лишь старинные и справедливые, обычаем утвержденные пошлины»³⁴. Иными словами, в XIII в. пошлины в Англии, судя по тексту, «утверждались» обычаем, что, конечно же, не соответствует современному праву большинства государств мира.

В посвященной «теории права (theory of law)» книге, изданной в Лондоне в 1902 г., Дж. Сэлмонд выделил в числе источников английского права (сразу после законодательства) «обычаи»³⁵. И в настоящее время, как отмечают правоведы, одним из источников британской конституции являются судебные прецеденты, которые «создавались в ходе обычной судебной практики»³⁶. В более широком плане современная роль обычая проявляется в английском общем праве. Согласно ему должно быть установлено «длительное использование» объекта права (например, участка земли), и уже только это имеет правовые последствия. То есть в английском правопорядке, если что-то (пусть и с неясным начальным правовым титулом) продолжалось в течение длительного времени без возражений³⁷, то в конечном итоге судья вправе признать легитимной эту *de facto* практику и предоставить такому лицу полномочие ее продолжать. Очень выразительно характеризуется огромная роль обычая в английском праве в изданной в 1996 г. книге «Таинственная наука права» правоведа и критика Д. Бурстина. В свою очередь, эта книга основана на анализе 4 томов «Комментариев (Commentaries)» к английскому праву профессора У. Блэкстоуна, изданных еще в 1756–1759 гг., благодаря которым, как утверждает Д. Бурстин, «английская традиция вжилась и стала англо-американской юридической традицией»³⁸. Цитируя «Комментарии», Д. Бурстин пишет, английское общее право аккумулирует «мудрость всех веков»³⁹.

Итак, в английском праве понятие «обычное право» рассматривается как необходимая часть действующего правопорядка. То, что практикуется (особенно с незапамятных времен) применительно к конкретной местности, приобретает статус

³² Звавич И. Великобритания. Введение / Конституции буржуазных стран. Т. 1. М., Л., 1935. С. 15.

³³ Текст документа цитируется по: Конституции буржуазных стран. Т. 1. М., Л., 1935. С. 47.

³⁴ Там же.

³⁵ Михайлов А. М., Корженяк А. М. Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России. М., 2001. С. 100–101.

³⁶ Толстопятенко Г. П., Молчаков Н. Ю. Основы конституционного права Соединенного королевства Великобритании и Северной Ирландии / Конституционное право зарубежных стран : учебник. 5-е изд. М. : Норма, 2022. С. 417.

³⁷ Например: использование права проезда через участок земли или даже его занятие, притом что у пользователя нет права собственности на этот участок земли согласно закону.

³⁸ Boorstin D.J. The Mysterious Science of the Law. The University of Chicago Press. Chicago and London. 1996. P. 16.

³⁹ Ibid.

обычной нормы местного права. Юридические критерии, определяющие практику как сложившийся обычай, обозначены в Великобритании довольно точно. Например, распространенным иском является требование на основе обычного права относительно швартовки морского судна у причала. Но при этом причал должен непрерывно использоваться с «незапамятных времен», что определяется, впрочем, по-разному. Обычай швартовки, который был установлен в прошлом только для рыболовных судов местных жителей, не принесет пользу нынешним владельцам прогулочных яхт, которые могут быть потомками этих же рыбаков. То есть владельцы прогулочных яхт — даже если эти владельцы являются также местными жителями — не вправе требовать (со ссылкой на обычай швартовки рыболовных судов) такого же права швартоваться у этого же причала. Но есть и еще более сложная в правовом плане конструкция. Скажем, собственники плавучих домов, пришвартованных к причалу (который непрерывно использовался для швартовки в течение последних 25 лет), представлены в юридическом измерении «смесью»: и местных владельцев таких домов, и их арендаторов. Исходя из английского права, в этой ситуации продолжать опираться на местный обычай (то есть использовать плавучие дома у причала) могут те их владельцы, которые живут в том же городе. Что же касается арендаторов или «пришлых» владельцев (не живущих в том городе), то вопрос может быть решен судом в каждом конкретном случае по-разному, в зависимости от индивидуальных обстоятельств, относящихся к делу⁴⁰. То есть как цель использования причала, так и круг лиц, пользующихся этим причалом, должны, в соответствии с английским правом, согласовываться с содержанием уже установившегося обычая.

Роль обычая в странах Шанхайской организации сотрудничества

Индия. «Создатели основного закона Индии... использовали те государственные институты... которые уже были знакомы населению»⁴¹. В таком контексте неудивительно, что роль обычая в праве Индии существенна, как и в праве Великобритании. Согласно верховному закону Индии — Конституции Индии — обычай является одним из источников права наряду с законом: «Понятие право ("law") включает любой закон, указ, обязательное постановление органов власти, их правила, предписания, нотификации, обычаи...»⁴². Одним из убедительных примеров проявления признанной роли обычая как источника права Индии служат предписания об индуистских брачных церемониях, содержащиеся в Законе об индуистских браках⁴³.

Казахстан. В Конституции Республики Казахстан при перечислении источников права нет упоминания обычая. Более того, следующее конституционное положение можно рассматривать как законченный перечень источников права Казахстана, в котором нет обычая: «Действующим правом в Республике Казахстан являются нормы Конституции, соответствующих ей законов, иных нормативных правовых актов, международных договорных и иных обязательств Республики, а также нормативных постановлений Конституционного Совета и Верховного Суда Республики»⁴⁴. Однако это не означает запрет обычая как источника права, поскольку обычай допускается в законах. Так, согласно ГК Республики Казахстан, обычай рассматривается как один из регуляторов гражданских отношений, хотя четко зафиксировано условие: обычай не должен противоречить нормам гражданского законодательства. ГК Республики Казахстан предусматривает: «Гражданские отношения могут регулироваться обычаями,

⁴⁰ Associated Yacht Brokers. Customary Mooring Rights: Home — A.Y.B. (ayb.org.uk).

⁴¹ Кашкин С. Ю. Основы конституционного права Республики Индии / Конституционное право зарубежных стран : учебник. 5-е изд. М. : Норма, 2022. С. 736–737.

⁴² Конституция Индии. Часть III «Общие положения». Ст. 13: Constitution of India, 1949/ Bare Acts/Law Library/Advocate Khoj.

⁴³ Hindu marriage act. 1995. P. 4: Hindu Marriage Act, 1955 — Wikisource, the free online library.

⁴⁴ Конституция Казахстана, ст. 4: Конституция Республики Казахстан 2023 г., актуальная редакция (constitution.kz).

в том числе обычаями делового оборота, если они не противоречат гражданскому законодательству, действующему на территории Республики Казахстан»⁴⁵.

Китай. Сложно выявить роль обычая и в праве Китая. В Конституции КНР при перечислении источников права обычай не назван: «Никакие законы, административные правовые акты и местные правовые акты не должны противоречить Конституции»⁴⁶. Но то, что прямого упоминания об обычае как об источнике права в Конституции КНР нет, опять-таки, не означает, что обычай находится вне правового поля Китая. Обращение к Гражданскому кодексу КНР позволяет выявить, что обычай является источником гражданского права; однако при этом обычай не может противоречить верховному закону Китая — Конституции КНР, а также другим законам Китая, содержащим положения об общественном порядке и нравственности: «Гражданские споры разрешаются в соответствии с законом. Если иное не оговорено в законе, могут применяться обычаи при условии, что не могут быть нарушены общественный порядок и нравственность» (ст. 10 ГК КНР).

Кыргызстан. В Конституции Киргизии нет однозначно выявленной характеристики роли обычая как источника права; «обычай» не назван в тексте Конституции при перечислении источников права: «Конституционные законы, законы и другие нормативные правовые акты принимаются на основе Конституции. Официальное опубликование законов и иных нормативных правовых актов является обязательным условием вступления их в силу» (ст. 6)⁴⁷. Из этого, опять же, не следует делать вывод о том, что обычай не является источником права Кыргызстана. Гражданский кодекс Республики Кыргызстан содержит указание на роль обычая как источника права, а также определение «обычая делового оборота» как «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». Но, в сравнении с нормами закона и договора, обычные нормы поставлены ниже: как предусмотрено в ГК Кыргызстана, «обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договора, не применяются» (ст. 4). Вместе с тем обычай является одним из источников права в судопроизводстве так называемых «аксакальных судов».

Российская Федерация. В Конституции РФ 1993 г. (с последующими поправками) не используется термин «обычай». В главе 7 Конституции России («Судебная власть и прокуратура») отмечено, что судебная система России устанавливается ее конституцией и «федеральным конституционным законом». А согласно статье 120 Конституции РФ судьи «подчиняются только конституции Российской Федерации и федеральному закону». Это — законченный конституционный перечень тех правовых источников, которым подчиняются судьи. Но это не означает, что Конституция России исключает обычай из числа источников российского права; дело в том, что федеральный закон (а он обозначен Конституцией РФ в числе источников права) может предусмотреть использование обычая в качестве такового. Действительно, согласно Конституции РФ, «законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации» (ст. 15, пункт 1). Здесь слово «принимаемые» означает, что обычай не назван источником права непосредственно Конституцией РФ: обычные нормы (в отличие от норм закона или подзаконного акта) не «принимаются», а постепенно формируются. Но данную конституционную формулировку некорректно толковать в том смысле, что Конституция РФ исключает действие обычая в правовом порядке страны. Конституция

⁴⁵ Гражданский кодекс Казахстана, ст. 3, пункт 4: принят Верховным Советом Республики Казахстан 27 декабря 1994 г. (с изм. и доп. по состоянию на 01.07.2021) ((с) Paragraph 2021 / 5.0.9.2) (ccx.kz).

⁴⁶ Конституция КНР, гл. I, ст. 5: в редакции 2018 г. / Chinalaw.center.

⁴⁷ Конституция Киргизии, гл. I «Политические основы конституционного строя», ст. 6: Закон КР от 05.05.2021 № 59 «О Конституции Кыргызской Республики» (minjust.gov.kg).

России говорит о действии «закона», в то время как сам закон может предусмотреть действие обычая. Так, например, стержневой закон в гражданском праве России — Гражданский кодекс Российской Федерации — предусматривает положения о том, что обычай может быть использован в качестве источника российского права. То есть в рамках научного толкования Конституции РФ можно утверждать, что обычай является источником права, если он получил государственную поддержку, если обычай допускается в качестве источника права. Притом что само это обычное правило в законе не прописано. Иначе это было бы нормой закона, а не обычной нормой. «Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе», — так сказано в Гражданском кодексе Российской Федерации, в его статье 5 (п. 1).

Таджикистан. В основном законе Республики Таджикистан — Конституции Республики Таджикистан — нет прямого упоминания о роли обычая в качестве источника национального права; в то же время отсутствует и запрет на использование обычая в качестве применимого права. Основной закон предусматривает традиционное положение о его высшей силе в национальном праве: «Конституция Таджикистана обладает юридической силой, ее нормы имеют прямое действие. Законы и другие правовые акты, противоречащие Конституции, не имеют юридической силы» (ст. 10). Однако, обратившись к ГК Республики Таджикистан, можно найти доказательство того, что обычай является источником права в целях регулирования гражданских отношений в стране; речь идет прежде всего об обычае делового оборота. Дана и дефиниция такого обычая: «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. Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договора, не применяются» (ст. 5 ГК Республики Таджикистан).

Узбекистан. В Конституции Узбекистана (как и в Конституции России) также отсутствует какое-либо упоминание об обычае как об источнике права, однако и не сказано, что он таковым не является. В свете конституционного предписания о том, что ни одно из положений настоящей Конституции «не может толковаться в ущерб правам и интересам Республики Узбекистан», можно предположить, что обычай не является источником конституционного права, опираясь на следующее положение: «Ни один закон или иной нормативный правовой акт не может противоречить нормам и принципам Конституции» (ст. 16 Конституции Республики Узбекистан). Но опять-таки, обратившись к ст. 6 ГК Узбекистана, можно убедиться, что обычай — это источник гражданского права, так как названный кодекс придает юридическое значение обычаям.

Заключение

Эпоха господства обычаев как регуляторов поведения предшествовала нынешнему периоду, когда законодательные предписания государства стали развитыми. Эта эпоха оказала существенное влияние на структуру последующего правопорядка — в период сосуществования обычаев и законов. Особенность обычая как регулятора социума составляет его естественная восприимчивость на уровне правосознания. То есть для понуждения к выполнению обычной нормы требуется, как правило, меньше усилия со стороны государства. Поддержка государством «правильного», «общественно-целесообразного» обычая в качестве правового регулятора общественных отношений осуществляется в основном в рамках административной и судебной деятельности, в том числе тогда, когда именно обычай является основанием для решения конкретного спора. Посредством упоминания в законодательных

актах обычай поддерживается государством прежде всего в рамках гражданского права. Но при этом государственная поддержка обычаев в качестве источника права сохраняет дифференцированность, представляя собой «фильтр» власти; то есть при каждой такой фильтрации государством отстаивались преимущественно интересы самой власти.

Роль обычая в правовой системе разных государств остается неодинаковой: роль обычая в праве Великобритании, несомненно, отличается от значимости обычая в праве России. Обычай как источник права, не уступающий по силе закону, даже чаще применяемый, чем закон, преобладает в тех странах, где в самих конституциях (конституционных актах) отражено равенство юридического «веса» закона и обычая. Еще один вывод состоит в том, что весьма распространенное в науке использование термина «правовой обычай», как было показано, не подтверждается преобладающей законодательной практикой. В законах, иных нормативных актах чаще используются термины «обычай», «обычай делового оборота», «местный обычай»; реже встречается термин «правовой обычай». В таком контексте, как представляется, и в общей теории права целесообразно применять (в качестве родового) термин «обычай» для обозначения того сложившегося в общественной практике правила, которое на уровне правосознания воспринимается как элемент правопорядка и поддерживается государством.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. — М. : Статут, 1999. — 712 с.
2. Алексеев С. С. Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. — М. : Норма, 2002. — 176 с.
3. Бартошек М. Римское право. Понятия. Термины. Определения. — М. : Юридическая литература, 1989.
4. Васильева Т. А. Основы конституционного права Итальянской Республики. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. — 5-е изд. — М. : Норма, 2022.
5. Дементьева Н. А. Основы конституционного права Королевства Испания. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. — 5-е изд. — М. : Норма, 2022.
6. Жудро А. К., Джавад Ю. Х. Морское право. — М. : Транспорт, 1974. — 384 с.
7. Звавич И. Великобритания. Введение // Конституции буржуазных стран. Т. 1. — М., Л., 1935.
8. Кашкин С. Ю. Основы конституционного права Республики Индии. Конституционное право зарубежных стран : учебник. — 5-е изд. — М. : Норма, 2022.
9. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. — 5-е изд. — М. : Норма, 2022. — 862 с.
10. Кузнецова Т. О. Основы конституционного права Японии. Конституционное право зарубежных стран : учебник / под ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. — 5-е изд. — М. : Норма, 2022.
11. Кузнецов Э. В., Сальников В. П. Наука о праве и государстве. — СПб. : Герда, 1999.
12. Михайлов А. М., Корженяк А. М. Ранний юридический позитивизм в Англии, Германии и России. — М., 2001.
13. Основы межкультурной коммуникации : учебник / под ред. А. П. Садохина. — М., 2003.
14. Перетерский И. С. Всеобщая история государства и права. — М., 1945.
15. Сукияднен Л. Р. Мусульманское право. — М. : Большая российская энциклопедия, 2013.
16. Теория государства и права : учебник / под ред. М. Н. Марченко. — М. : Зерцало, 2004. — 785 с.
17. Теория права и государства / под ред. В. В. Лазарева. — М., 2001. — 576 с.

18. Толстопятенко Г. П., Молчаков Н. Ю. Основы конституционного права Соединенного королевства Великобритании и Северной Ирландии // Конституционное право зарубежных стран : учебник. — 5-е изд. — М. : Норма, 2022.
19. A Dictionary of Law. Sixth edition / Ed. by E. Martin and J. Law. — Oxford, New York : Oxford University press, 2006. — 590 p.
20. Adam J. H. Longman Dictionary of Business English. — York Press. 1982.
21. Boorstin D. J. The Mysterious Science of the Law. — Chicago and London, 1996.
22. Comaroff J., Roberts S. Rules and Processes: the Cultural Logic of Dispute in an African Context. — 1981.
23. Guillien R. et Vincent J. Lexique des termes juridiques. — 17th edition. — 2010.
24. Hart H. L. A. The Concept of Law. — Oxford University Press, 2012.
25. Hund J. Customary law is what people say it is // ARSP. — Vol. 84. — 1998.
26. Merryman J. H. The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. — Stanford University Press, 2007. — 3rd ed.
27. Zitrin R., Langford C. The Moral Compass of the American Lawyer. — New York, 2000.

REFERENCES

1. Alekseev SS. The secret of law. Its understanding, purpose, social value. Moscow: Norma Publ.; 2002. (In Russ.).
2. Alekseev SS. Law. ABC. Theory. Philosophy. The experience of complex research. Moscow: Statute Publ.; 1999. (In Russ.).
3. Bartoszek Milan. Roman law. Concepts. Terms. Definitions. Moscow: Legal literature Publ.; 1989. (In Russ.).
4. Vasilyeva TA. Fundamentals of constitutional law of the Italian Republic. Constitutional law of foreign countries. 5th ed. Baglay MV, Leibo YuI, Entina LM (eds.). Moscow: Norma Publ.; 2022. (In Russ.).
5. Dementieva NA. Fundamentals of constitutional law of the Kingdom of Spain. Constitutional law of foreign countries. 5th ed. Baglay MV, Leibo YuI, Entina LM (eds.). Moscow: Norma Publ.; 2022. (In Russ.).
6. Zhudro AK, Javad YuKh. Maritime law. Moscow: Transport Publ.; 1974. (In Russ.).
7. Zvavich I. Great Britain. Introduction. Constitutions of bourgeois countries. Vol. I. Moscow, Leningrad; 1935. (In Russ.).
8. Kashkin SYu. Fundamentals of constitutional law of the Republic of India. Constitutional law of foreign countries. Textbook. 5th ed. Moscow: Norma Publ.; 2022. (In Russ.).
9. Constitutional law of foreign countries. law of foreign countries. 5th ed. Baglay MV, Leibo YuI, Entina LM (eds.). Moscow: Norma Publ.; 2022. (In Russ.).
10. Kuznetsov EV, Salnikov VP. Science of law and the state. St. Petersburg: Gerda Publ.; 1999. (In Russ.).
11. Kuznetsova TO. Fundamentals of constitutional law of Japan. Constitutional law of foreign countries. law of foreign countries. 5th ed. Baglay MV, Leibo YuI, Entina LM (eds.). Moscow: Norma Publ.; 2022. (In Russ.).
12. Mikhailov AM, Korzhenyak AM. Early legal positivism in England, Germany and Russia. Moscow; 2001. (In Russ.).
13. Sadokhin AP (ed.). Fundamentals of intercultural communication. Textbook. Moscow; 2003. (In Russ.).
14. Peretersky IS. Universal History of State and Law. Publishing House of the NKYu of the USSR. Moscow; 1945. (In Russ.).
15. Sukiyaïnen LR. Muslim law. Moscow: The Great Russian Encyclopedia Publ.; 2013. (In Russ.).
16. Lazarev VV (ed.). Theory of law and the state. Moscow; 2001. (In Russ.).
17. Marchenko MN (ed.). Theory of state and law. Moscow: Zertsalo Publ.; 2004. (In Russ.).
18. Tolstopyatenko GP, Molchakov NY. Fundamentals of constitutional law of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. In: Constitutional Law of Foreign Countries. Textbook. 5th ed. Moscow: Norma Publ.; 2022. (In Russ.).

19. Martin L, Lowe J (eds.). Legal Dictionary. Sixth edition. Oxford, New York: Oxford University Press; 2006. 590 p.
20. Adam JH. Longman's Dictionary of Business English. York Press; 1982.
21. Burstin DJ. The Mysterious Science of Law. Chicago and London: University of Chicago Press; 1996.
22. Komaroff J, Roberts S. Rules and processes: the cultural logic of the dispute in an African context. 1981.
23. Guillen R, Vincent J. Dictionary of Legal Terms. 2010.
24. Hart HLA. The concept of law. Oxford University Press; 2012.
25. Hand John. Customary law is what people say about it. ARSP, volume 84. 1998.
26. Merriman JH. The Tradition of Civil Law: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America. 3rd ed. Stanford University Press; 2007.
27. Citrin R, Langford S. The moral compass of an American lawyer. New York; 2000.