

Обычай в правовой системе России

УДК 340.151

Молчанов Борис Алексеевич

д-р юрид. наук, профессор, профессор кафедры уголовного права, уголовного процесса и криминалистики Российского университета дружбы народов (Москва); e-mail: bamvi@bk.ru;

Королькова Татьяна Валерьевна

старший преподаватель кафедры теории государства и права Владимирского государственного университета (Владимир); e-mail: bamvi@bk.ru;

Стародубцев Григорий Серафимович

д-р юрид. наук, профессор, профессор кафедры международного права Российского университета дружбы народов (Москва); e-mail: dexter77@list.ru

Статья получена: 16.01.2015. Рассмотрена: 20.01.2015. Одобрена: 23.01.2015. Опубликовано онлайн: 01.03.2015. © РИОР

Аннотация. Статья посвящена системному анализу обычая и обычного права: его становления, развития, взаимодействия с позитивным правом. Наглядно проанализирована потребность исследуемого института в современных условиях регулирования общественных отношений.

Ключевые слова: обычай, обычное право, обычно-правовая норма, правовой плюрализм, естественное право, конституционные обычаи.

Философ В.С. Соловьев писал: «Одно только мы знаем, наверное: если Россия не исполнит своего нравственного долга, если она не отречется от национального эгоизма, если она не откажется от права силы и не поверит в силу права, если она не возжелает искренно и крепко духовной

свободы и истины — она никогда не сможет иметь прочего успеха ни в каких делах своих, ни внешних, ни внутренних» [1, с. 125].

Систематическое научное обобщение и изучение юридических обычаев народов России началось, как это ни странно, не ранее XIX в. Хотя большая часть населения страны издревле применяла в своем быту обычаи, в том числе юридические, это игнорировалось в официальных кругах, которые как бы не замечали их и не признавали источником права. Начало новым представлениям было положено Екатериной II, которая писала в одном из Наказов: «Законы суть особенные и точные установления законоположника, а нравы и обычаи суть установления всего вообще народа... Весьма

THE CUSTOM IN THE LEGAL SYSTEM OF RUSSIA

Boris Molchanov

Doctor of Law, Professor, Professor of Department of Criminal Law, Criminal Procedure and Criminalistics, Russian University of Peoples' Friendship (Moscow); e-mail: bamvi@bk.ru;

Tatyana Korolkova

Senior lecturer of Department of Theory of State and Law, Vladimir State University (Vladimir); e-mail: bamvi@bk.ru;

Gregory Starodubtsev

Doctor of Law, Professor, Professor of Department of International Law, Russian University of Peoples' Friendship (Moscow); e-mail: dexter77@list.ru

Manuscript received: 16.01.2015. Revised: 20.01.2015. Accepted: 23.01.2015. Published online: 01.03.2015. © RIOR

Abstract. The article is devoted to the systematic analysis of custom and customary law: its formation, development and interaction with positive law. Clearly analyzed the demand of the test institute in modern conditions of regulation of social relations.

Keywords: custom, common law, customary legal norm, legal pluralism, natural law, constitutional conventions.

худая та политика, которая переделывает то законами, что надлежит переменять обычаями» [2, с. 58].

В науке возникли дискуссии о роли и месте обычного права, целесообразности его изучения в университетских курсах правоведения. Обычное право определялось в то время как «бытовая форма права», которая «не зависит от закона в силу общего убеждения в ее необходимости и обязательности». Считалось, что «обычное право, выработанное народом под влиянием жизненных бытовых условий, включает в себе общепризнанные юридические воззрения народа и осуществляется путем единообразного соблюдения в течение более или менее продолжительного времени.

Начало процесса формирования обычного права было предначертано сверху. Материалы по обычному праву стали активно собираться по инициативе правительства в начале 40-х гг. XIX в. Поводом к применению обычного права в судебной практике послужило возникшее в одной палате Государственных имуществ дело о наследовании. В законодательном порядке не представлялось возможным решить вопрос о том, может ли солдат из крестьян наследовать после своих родных. Бывший в ту пору министром П.Д. Киселев посчитал, что дело следует решить по обычаям. Начиная с 1847 г. палаты Государственных имуществ, используя специально составленные министерством программы, стали собирать сведения о порядке наследования и разделов у государственных крестьян. В течение 1848–1849 гг. удалось собрать сведения по 44 губерниям [3, с. 2–3].

Оживленная дискуссия, посвященная обычному праву, велась на I Съезде русских юристов в Москве (1875 г.). Предметом спора были как сам факт существования в России обычного права, так и законодательное признание за юридическим обычаем силы правовой нормы. Н.В. Калачёв прочел доклад «Об отношении обычного права к законодательству» и предложил учредить правительственную комиссию по собиранию и систематизации материалов, относящихся к изучению обычного права народов, населяющих территорию Российской Империи.

По мере усложнения техники законодательства власть оказывалась все более заинтересованной в том, чтобы разработанный и принятый закон оказался эффективным инструментом социальной регуляции. Политики и юристы приходили к пониманию того, что громадное большинство населения русского государства руководствовалось в сфере частных гражданских отношений не писаными законами, а правилами, слагавшимися путем обычаев, во многом несогласными с началами законодательства и ни в какие сборники не занесенными.

По мнению академика Г.В. Мальцева [4, с. 67] отношение юристов к обычаю менялось с веками; в соответствии с духом времени, характером той или иной культуры рассматривали они и выделяли различные аспекты взаимодействия правового обычая и закона в качестве форм права, которые, по сути, всегда уживались и до сих пор существуют в рамках большинства правовых систем. Общим признаком всех правовых культур и типов правосознания выступает признание обычая действующим источником права; различия его связаны лишь с оценкой реального участия в правовой жизни и подходами к определению перспектив его развития.

Большую роль в правовой жизни общества играют национальный уклад, традиционные верования, сложившиеся формы поведения, этническое самосознание. Обычно-правовые системы различных народов, в том числе и русского, являются результатом всего позитивного опыта правовой жизни, без чего невозможно стабильное существование государства.

Качественную определенность обычного права в России невозможно осознать вне рассмотрения его в контексте феномена правовой жизни. Российскую правовую жизнь нельзя сводить только к юридическим формам бытия; правовая реальность охватывает и правосознание с его элементами — правовой психологией и правовой идеологией.

Под правовой жизнью мы понимаем процессы, которые характеризуют собой не только совокупную, упорядоченную и неупорядоченную правовую действительность, но и процесс исторического развития права в целом,

основные этапы его эволюции. Исследуя природу правовой жизни российского общества, необходимо руководствоваться принципами, которые позволяют понять повседневную жизнь как органичную, динамическую систему, способную к самоорганизации, к продуцированию норм рационального поведения, социальной деятельности.

Современные концепции в большинстве своем, основанные на определении права как универсального регулятора общественных отношений, отводят собственное место обычному праву, как одному из источников национальной системы права.

В августе 1997 г. в Институте этнологии и антропологии Российской Академии наук прошел XI Международный конгресс «Обычное право и правовой плюрализм в изменяющихся обществах». Он был посвящен исследованию взаимодействия обычного и государственного права, в первую очередь, вопросам, связанным с различными формами самоопределения коренных народов и национальных меньшинств, прав на природные ресурсы, интеллектуальную собственность, различным аспектам истории и теории обычного права и правового плюрализма [5].

Крупнейшим центром исследований в области обычного права стал Институт государства и права Академии наук РФ, где в рамках юридической африканистики сложилась отечественная школа обычного права. Именно в трудах его сотрудников были сделаны важнейшие выводы о правовой природе обычного права, о его интегрированности в национальную систему права, способности регулировать как традиционные, так и классовые отношения. Сформулировано и социальное назначение права — быть источником естественных прав. Компаративистские исследования центра расширили теоретическую базу изучения обычного права у нас в стране и обосновали два важнейших его направления.

Правовая культура российского народа складывалась как сложный по своим истокам интегрированный социальный феномен, впитавший в себя правовые воззрения многих ци-

вильзационно неоднородных народов, в том числе и Севера России. Все это предопределило естественную в российских условиях необходимость этнокультурологических исследований в сфере правового регулирования. Наиболее важной его составной частью выступает изучение норм не только обычного права, но и позитивного права, регулировавшего отношения людей на основе привычного поведения (живое право) — (Русская Правда, Соборное Уложение, указы, грамоты и др.).

Второе направление связано с первым, актуализируя историко-юридические исследования в области источников, формирующих это привычное поведение. В этом плане обычное право, как совокупность норм, реализованных в правовом поведении, выступает источником национальной системы права [6; 7].

Говоря о многогранности права в широком понимании, мы не умалим роль обычного права на современном этапе в международно-правовой сфере. В статье Л.И. Воловой и И.Э. Папушиной «Роль обычая как источника международного инвестиционного права» международный обычай формулируется как молчаливо признанное, сложившееся в результате длительного применения правило поведения субъектов международного публичного права, признанное или санкционированное государствами. Акцентируем внимание на том, что международный обычай создается именно в результате длительной практики государств.

Международное право не содержит положения о том, какой период времени требуется для создания международного обычая. Научно-технический прогресс содействует тому, чтобы в современных условиях государства быстро могли реагировать на признание тех или иных многократно повторяющихся действий в качестве обычая. В данных условиях длительность применения не имеет уже такого большого значения, как это было раньше. Обычные нормы международного права имеют идентичную юридическую силу договорным нормам. Несмотря на активный процесс кодификации международного права, значение обычая не только не уменьшается, но и возрастает.

В формировании международного инвестиционного права международный обычай сыграл ведущую роль. Длительный период оно полностью действовало как обычное право, и только в 80-х гг. XX в. стали заключаться международные договоры, кодифицирующие инвестиционное право. Весомый вклад в формирование обычных норм в сфере инвестиционного права внесли социалистические и развивающиеся страны [8, с. 257–259].

Нельзя не прокомментировать международный торговый обычай, который в юридической литературе характеризуется как единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли в результате неоднократного воспроизведения одних и тех же действий [9, с. 13].

Для того чтобы квалифицировать данные правила в качестве международного торгового обычая необходимы следующие условия: устойчивая единообразная практика международной торговли; санкционирование государством такой практики, а именно: возникающего на ее основе правила поведения.

В России торговые обычаи, в том числе международные, признаются источником права наряду с российскими нормативными актами, международными договорами РФ, общепризнанными принципами и нормами международного права. Например, в п. 1 ст. 1186 ГК РФ право, подлежащее применению к отношениям, осложненным иностранным элементом, определяется на основании международных договоров, федеральных законов и обычаев, ратифицированных Россией. На основании Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке.

Разделяя в принципе точку зрения В.А. Канашевского, можно сделать следующий вывод: международный торговый обычай представляет собой сложную систему, состоящую из следующих элементов: обычай делового оборота, обычай в сфере внешнеторговой поставки, обычай в сфере торгового мореплавания, обычай

в сфере международных расчетов, обычаи в сфере международного торгового страхования и т.д. [10, с. 129–135].

Обычай делового оборота (или торговый обычай — см. п. 3 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже») — вид гражданско-правового обычая (см. ст. 5 ГК РФ). Первые упоминания о торговых обычаях без какой-либо их расшифровки появились в Основах гражданского законодательства СССР и республик от 31 мая 1991 г. (см. п. 2 ст. 59, п. 2, 3 ст. 63, ст. 64, п. 2 ст. 75). В п. 1 ст. 5 ГК РФ торговый обычай получил легальное определение, а его применимость — рамочное санкционирование, поэтому применение конкретного торгового обычая не связано с необходимостью отсылки к нему закона.

Тем не менее, в законодательстве можно встретить особые о них упоминания. В одних случаях последние существуют для обеспечения стройности и ясности правового регулирования, акцентирования внимания на специфике право-регулируемой сферы, в других — в целях обеспечения влияния торгового обычая на диспозитивные нормы закона. Основная регулятивная функция торгового обычая ограничена деловой (предпринимательской) сферой и сферой оборота (договорными отношениями).

Поэтому торговые обычаи не могут применяться между коммерсантами в общегражданской сфере (например, деликтной), использоваться при регулировании общегражданских отношений по аналогии ввиду отсутствия в механизме гражданско-правового регулирования аналогии обычая, к тому же специально-гражданский характер торговых обычаев препятствует их использованию для раскрытия общих начал и смысла гражданского законодательства, т.е. для целей аналогии права (п. 2 ст. 6 ГК РФ). Наконец, не охватываются ст. 5 ГК РФ и не покрываются рамочным санкционированием обычая, хотя и существующие в деловой сфере, но не относящиеся к обороту (корпоративные обычаи). Кроме регулятивной, торговый обычай выполняет информационную функцию — используется для определения содержания существующего договора (см. п. 2 ст. 431 ГК РФ).

В советской доктрине под торговым обычаем понималось правило, сложившееся в сфере внешней торговли на основе постоянного и единообразного повторения данных фактических отношений. Статья 5 ГК РФ признает под ним сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательства правило, не предусмотренное законодательством, независимо от его фиксации в каком-либо документе, которое не должно противоречить обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договора.

Высшие судебные инстанции, дополняя это, определяют торговый обычай, как правило, не предусмотренное ни законодательством, ни договором [11]. Как видно, одни признаки торгового обычая сформулированы при помощи оценочных категорий (правило должно быть сложившимся и широко применимым), другие вполне определены (применимость в какой-либо области предпринимательства, легальная непредусмотренность, неформализованность, подчинение обязательным правилам законодательства и условиям договора). Разумеется, при признании правила торговым обычаем наибольшую сложность представляют оценочные признаки.

Так, выяснение за тем или иным правилом сложившегося характера и широкой применимости сопряжено с установлением совокупности разных обстоятельств, в их числе: примерное время его возникновения, стабильность (устойчивость) существования, однообразность и возможная динамика содержания, степень известности в деловых кругах, распространенность (степень признания), частота применения (постоянство соблюдения, многократность, систематизм), исключительность (отсутствие альтернатив и конкуренции со стороны других обычных правил). Следует учитывать и внутренние связи между этими обстоятельствами. К примеру, стабильное однообразие применяемого правила «снижает» требование многократности, и наоборот, чем с большими изменениями оно повторяется, тем требуется больше случаев, чтобы убедиться в

истинном смысле обычая и в его соответствии общественному сознанию [12].

Торговые обычаи, применяемые в предпринимательстве, не находятся в жесткой зависимости от территориального признака и могут быть интернациональными и внутренними (национальными и местными). Различное территориальное проявление торговых обычаев не следует понимать механически и абсолютно. Во-первых, интернациональный характер обычая — не есть простое фактическое совпадение внутренних (национальных) обычаев: для признания обычая интернациональным необходимы наличие устойчивой однообразной международной практики и санкционирование государствами соответствующего правила без изменений.

Это же верно и в отношении национальных обычаев, которые не являются простым совпадением местных обычаев.

Во-вторых, национальный характер торгового обычая не означает его безусловного общегосударственного признания, а интернационализм торгового обычая не следует понимать как его признание всем населением планеты. Население той или иной территории, скорее всего, наоборот, не знает о существовании торгового обычая ввиду его специфического назначения обслуживать потребности той или иной торговой сферы, поэтому речь идет лишь о социальном слое предпринимателей (и даже определенной их части, ибо хлеботорговца, например, мало интересуют обычаи книжной торговли).

Отсюда торговые обычаи как явление, в большей степени ориентированное на экономику, можно подразделить также на межотраслевые, отраслевые и подотраслевые. Поскольку предпринимательство — социально-экономическое явление, имманентно свободное и открытое, во многих его сферах широко известны интернациональные обычаи. Так, типичные для германского и французского права требования честности и добросовестности (лояльности) участников договорного процесса в отношении контрагента и серьезности их намерений при заключении договора, предусматривающие взаимную ответственность за вину при переговорах (*culpa in contrahendo*), основываются не столько

на позитивном праве, сколько на результатах развития права судебной практикой и доктринами, а потому являются нормами обычного права [12].

Отсюда известная попытка противопоставления обычаев (которым якобы присуща социальная, экономическая, территориальная и т.п. замкнутость, локальность) открытым (трансцендентальным) традициям [13, с. 6] едва ли имеет практический смысл и уж точно не соответствует ст. 5 ГК РФ. Многие национальные обычаи позднее стали интернациональными, а те, в свою очередь, привели к формированию международно-правовых институтов, нашедших отражение в конвенциях. Те же древние морские обычаи борьбы с опасностями (например, жертвовать меньшей частью имущества во имя сохранения большей его части), восходящие к финикийскому и родосскому морскому праву, в условиях противостояния варварским обычаям «берегового права» послужили толчком к развитию национальных и международно-правовых институтов аварии, спасания на море и подъема затонувшего имущества. Российская Федерация 17 декабря 1998 г. ратифицировала Международную конвенцию о спасании 1989 г.

Наиболее сложный вопрос стоит в обнаружении норм, имеющих характер обычая в Конституции, или отсылочных норм на обычаи. Однако при тщательном изучении основ Конституции, можно вычленил положения, которые легализуют традиционное обычное право как источник конституционного права. Подтверждением тому являются, прежде всего, формулировки принципов конституционного строя РФ: принцип социального государства (ст. 7); принцип признания человека, его прав и свобод высшей ценностью (ст. 2); принцип единства государственной власти и ее разделения по вертикали и горизонтали (ст. 5, 10); принцип светского государства (ст. 14) и др. Традиционное обычное право в конституционном праве связано с областью основных прав и свобод. Реализация основных прав и свобод, поскольку она во многом опирается на моральные нормы, осуществляется в коорди-

нации с правилами, сложившимися как обычное право.

В Конституции РФ от 12 декабря 1993 г. в отличие, допустим, от Гражданского кодекса РФ (ст. 5 «Обычай делового оборота») нет прямых ссылок на обычаи. С одной стороны, это не является спецификой российского правового регулирования, поскольку в правовых системах многих стран обычаи как форма права «охватывает прежде всего, семейно-брачные отношения, регулирует земле- и водопользование, имущественные отношения и т.д.». С другой стороны, Конституция России 1993 г. ознаменовала собой существенный разрыв с прежней формой правления и государственного устройства.

Основы конституционного строя российско-го государства (гл. 1 Конституции РФ) коренным образом отличаются от того фундамента, на котором покоилась советская Россия. Это означает, что и обычаи, регулировавшие конституционные правоотношения в советский период, отвергаются ныне действующей Конституцией России. В свою очередь, субъекты конституционных правоотношений, действуя в соответствии с конституционными предписаниями, могут систематически выбирать определенный способ поведения, осуществляя свои права и выполняя свои обязанности.

Таким образом, в течение долгого периода времени одна и та же форма поведения может приобрести характер рутины, когда стороны конституционных правоотношений уже не будут стоять перед выбором, а будут неосознанно следовать этому обычаю. Экономическая теория разработала различные объяснения тому, как обычаи, рутина и неформальные правила поведения позволяют уменьшить степень неопределенности участников правоотношений и затраты сторон на принятие решений. Но экономистам пока не удается убедительно объяснить, как тот или иной обычай отмирает, и как тот или иной обычай создается.

Только рациональным выбором и предпочтениями субъектов правоотношений рождение и смерть правового обычая обосновать трудно. В отношении конституционно-правовых обы-

чаев это сделать еще труднее в связи с огромной важностью результата конституционного правоотношения для его сторон, которые к тому же редко обладают равным статусом и постоянно борются за расширение своих полномочий.

Распад СССР, конституционный кризис 1993 г. и «восстановление конституционного правопорядка» в Чечне наглядно характеризуют качественную природу проблем, которые пытаются преодолеть участники конституционных правоотношений и то, как они формируют свои предпочтения для выбора наиболее оптимального способа поведения. В таких ситуациях личностные характеристики участников и идеи (например, государственности, независимости, разделения властей) невозможно измерить с помощью экономических концепций.

Здесь на помощь экономистам может прийти политология, социология и психология. Эти науки способны предложить научное обоснование тому, почему тот или иной обычай создается или умирает в какой-то определенный момент (не раньше и не позже), как и почему стороны правоотношений пришли к выводу использовать один обычай, а не другой (например, заимствовали ли они его из истории, другого вида общественных отношений или из опыта других стран), как этот обычай воспринимается в обществе и правоприменительной практике и как этой обычай становится рутиной, т.е. участники правоотношений принимают его как данность, не задумываясь о его истоках и следуют его предписаниям практически неосознанно.

Сравнительный метод, используемый этими науками, а также сравнительное правоведение могут обогатить наше понимание зарождения, жизни и смерти правовых обычаев во всех видах общественных отношений, включая конституционные. Для российской действительности исследование этих явлений весьма актуально по нескольким причинам. Во-первых, российская правовая система только формируется, т.е. старые правовые обычаи либо отмирают, либо меняются, либо продолжают свое существование. Во-вторых, в период становления российского права участники

правоотношений еще имеют возможности широкого выбора способа поведения и создания обычаев в тех сферах, которые еще не урегулированы законодателем.

В третьих, переходный период и коренное реформирование общественных отношений в России (да и в других странах) свидетельствуют о том, что важнейшие политические (т.е. конституционного характера) решения традиционно принимаются в узком закрытом кругу (отсюда и термины «семья», «семибанкирщина»), где тоже могут действовать обычаи при выработке этих решений (эти обычаи исследовать труднее всего). Следовательно, междисциплинарный подход к изучению обычного права может пролить свет и на тайну совершенствования правосознания россиян, низким уровнем которого принято объяснять недостатки правовой системы.

Проблема признания обычного права как источника конституционного права в какой-то степени родственна теме признания естественного права в качестве источника конституционного права. Поскольку обычное право, как и естественное, в отличие от позитивного права, непроизводно от государства, оно также возникает и слагается бессознательно. А позитивное право, как известно, формируется посредством законодательной либо иной правотворческой процедуры государственных органов, должностных лиц.

Разница же между естественным и обычным правом заключается в следующем. Естественное право — это плод многолетних размышлений философов христианской западной цивилизации, которая стала доминировать на глобальном уровне после победы над фашизмом в середине XX в. и закрепила свое господство после краха коммунистической системы. Естественное право существует безотносительно от волеизъявления его субъектов, оно имеет те же источники происхождения, что и вселенная. Естественное право может быть лишь осознано обществом по мере его взросления, но может существовать и помимо общественного осознания и признания государством и обществом.

Естественное право никогда не может быть до конца исчерпано ни в восприятии, ни в фактическом содержании. Некоторые положения естественного права закрепляются в конституционном праве (не только в текстах конституций и деклараций, но и конституционных обычаях, решениях конституционных (верховных судов)) различных государств, в разное время, подвергаясь различной интерпретации в зависимости от расстановки политических сил и историко-культурных факторов. Обычное же право имеет более древнее происхождение, чем естественное право, и носит глобальный (не только западный христианский) характер, хотя его нормы и отличаются по содержанию в пространстве, времени и по кругу лиц.

Обычное право не только воспринимается (отторгается), но и (хотя и спонтанно) формируется обществом и как бы санкционируется им через нормы морали. Границы обычного права также трудно поддаются их фиксации, но все же это более решаемая задача. Только время и правоприменительная практика могут подтвердить существование правового обычая. Применительно к естественному праву признать его источником конституционного права России предложил, например, М.В. Баглай. «Право, — пишет он, — вообще нельзя сводить только к писаной его части, к позитивному праву. Это тем более верно в отношении конституционного права, которое призвано охранять свободу человека. Кроме позитивного правового регулирования, всегда подверженного опасности перегибов и соблазнам авторитарных решений, существуют общечеловеческие представления о свободе и справедливости, составляющие суть права. Эти представления относятся к вечным ценностям и служат главным критерием демократизма любой системы права».

По мнению профессора М.В. Баглая, «только естественное право, если оно признается источником конституционного права, может стать основой для спасения народом своей свободы, гарантией против «реставрации тоталитаризма», поэтому «естественное право должно признаваться как высший императив для пар-

ламента, президентской, исполнительной и судебной власти, местного самоуправления».

Из всех ветвей государственной власти, Конституционный Суд РФ в своих решениях наиболее последовательно сопоставляет общепризнанные принципы естественного права с внутренним законодательством России, выявляет конституционно-правовой смысл нормативно-правовых актов и «дисквалифицирует» те нормы, которые нарушают не только букву, но и «дух» Конституции. Вот этот «дух» и наполнен содержанием понятий естественного права о справедливости, равноправии и т.д. Толкуя нормы статей Конституции РФ, Конституционный Суд выяснял и конкретизировал содержание этих понятий. Проверая законодательство России на соответствие Конституции РФ, Конституционный Суд неоднократно «находил» нормы российских законов, попиравшие эти универсальные ценности естественного права, даже в тех случаях, когда Конституция прямо не регулировала тот или иной вопрос.

Обычное, право, как адекватное естественному праву, также является межотраслевым источником права, в том числе и конституционного. В то же время обычное право (как и позитивное) — может противоречить принципам естественного права. Это противоречие очевидно при внедрении конституционных норм западного христианского происхождения в государствах восточной нехристианской цивилизации (Индия, Турция, Япония). В таких государствах кастовая система построения общественных отношений либо господствующая религия провозглашают и защищают ценности, отличные от христианских идеалов.

Обычаи, сформулированные, в том числе в виде запретов (табу), закрепляют фактическое неравенство социальных групп и отвергают права индивида как высшую ценность. Там конфликт между обычным правом, складывавшимся в течение веков, и новой Конституцией, составленной либо завоевателями, либо бывшими колонистами, будет решаться политическими элитами, которые чаще всего используют и нормы новой Конституции и нормы обычного права для консолидации своей власти.

В сравнении с обычаями как источниками иных отраслей права конституционный обычай имеет две разновидности — не только традиционные правовые обычаи, складывающиеся вне государственного опосредования, но и специфические — обычай, складывающийся в практической деятельности конституционного механизма, на основе конституционных (законодательных) положений (конституционные соглашения или конвенционные нормы). Также, материально-правовое содержание обычного права можно определить как источник основных прав и свобод: обычай как естественное право, косвенным образом предполагается действующей Конституцией России в качестве источника регулирования прав и свобод, не вошедших в Конституцию [14, с. 39–40]. Данное умозаключение можно сделать, исходя из логического понимания ч. 2 ст. 17, где признается естественный характер основных прав и свобод человека, как неотчуждаемых и принадлежащих каждому от рождения, и ч. 1 ст. 55 Конституции РФ, где сказано, что зафиксированный в Конституции перечень прав и свобод не является исчерпывающим и не должен толковаться как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод человека и гражданина.

Однако естественный характер и общепризнанность — это признак обычного права. В итоге, в Конституции РФ 1993 г. заложена теория презумпции законности, государственного признания демократических прав и свобод, сформированных практикой обычного права.

Процессы формирования правовых обычаев не останавливаются, они неиссякаемы и во времени и географически. Наиболее тесно это касается такой разновидности обычаев как конституционные соглашения. Например, в ст. 11 Конституции РФ, где сказано о праве Президента трижды вносить в Государственную Думу кандидатуры на пост Председателя Правительства для согласования назначения на должность, не уточняется, идет ли речь об одной и той же кандидатуре либо о представлении разных лиц.

В практике 1994–1998 гг. сложилось обыкновение, что Президент представляет как одну и ту

же кандидатуру, так и кандидатуры разных лиц. При этом в случае, когда Государственная Дума дважды отклоняет предложенные Президентом кандидатуры, то до представления третьей проводится консультация представителя Президента и руководителей партийных фракций, руководства Государственной Думы по поводу выдвижения взаимоприемлемой кандидатуры на должность Председателя Правительства.

Следует отметить, что Конституционный Суд санкционирует данные соглашения, что является веским доказательством в поддержку их квалификации как правовых источников. Конституция РФ не только является «косвенным» источником обычного права, но и гарантирует обеспечение обычно-правовых норм этносов, населяющих РФ. Так, ст. 69 «гарантирует права коренных малочисленных народов в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами РФ».

Немаловажную роль в рассмотрении точек пересечения обычного права и позитивного права, играют нормы общей части уголовного права РФ. Следует акцентировать внимание на том, что нормы обычного права отвечают внешним структурным признакам, «трехчленной схеме», принятой сегодня теорией права относительно юридической нормы, выраженной в законе. Это успешно удалось сделать профессору Г.В. Мальцеву в своем труде «Очерк теории обычая и обычного права». Диспозицию нормы составляли требования и веления, которым должно удовлетворять поведение субъекта в гипотетической ситуации.

И, наконец, подобно современному закону, обычай предусматривал неблагоприятные последствия (негативные санкции), за нарушение или неисполнение нормы. Например, по обычному семейному праву филиппинского племени ифугао, как сообщает Р.Ф. Бартон, брак, который в течение двух-трех лет остается бездетным либо рождаемые в нем дети постоянно умирают, подлежал обязательному расторжению, поскольку боги, судя по всему, не одобрили этот брак. Здесь формально присутствует три составляющие юридической нормы — гипотеза (бездетность, смерть новорожденных), диспо-

зиция (бракоразводные действия и процедуры), существует и санкция, имеющая, правда сакральные характер: промедление с разводом могло навлечь страшную кару богов [15].

Испокон веков основной целью обычного права было восстановление справедливости, а если степень уголовного преступления была невысокой, стороны пытались закончить дело миром. Еще в договорах Олега с византийцами прослеживается стремление к справедливости, которая выражается в возмездии «если русин убьет христианина, то есть грека, или христианин русина, то преступник пусть умрет на месте; если же убежит или оставит имение, то оно отдается родственникам убитого, за исключением той, которая по закону следует за женой убийцы; если же преступник убежит и не оставит имущества, то считается под судом, пока не будет пойман и казнен смертью».

Или же «если русин украдет что-либо у христианина или христианин у русина и вор будет пойман в краже, то в случае сопротивления украденной вещи может убить его безнаказанно и взять свое назад. Если же вор сдастся без сопротивления, то его должны связать и взять с него втрое за похищенное». В данном случае мы наблюдаем, что справедливость по обычному праву ассоциируется с наказанием по принципу «око за око». Как правило, умышленное преступление, направленное на лишение жизни человека, не могло, в большей части своей, быть искуплено путем денежного возмещения. «Я не хочу моего убитого сына носить в кошельке».

Стоит обратить внимание на большую крепость родовой связи у наших племен в описываемое время, чем у германцев, следует предположить, что подобные чувства были у нас господствующими. Однако если преступление направлено не против личности и преступник осознает свою вину и не уклоняется от ответственности, то наказание может быть смягчено.

В современном уголовном праве основной целью наказания также является восстановление справедливости, так, в ч. 2 ст. 43 УК РФ говорится, что «наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости». Хотя на сегодняшний день на смертную казнь наложен

мораторий, данный вид наказания в УК РФ обозначен, и применяется он при тяжких преступлениях, посягающих на жизнь человека. Явка с повинной как обстоятельство, смягчающее наказание, тоже уходит корнями в обычное право. Как уже ранее было сказано, «если же вор отдается без сопротивления, то его должно связать и взять с него втрое за похищенное», но не как не убить, как это было бы в том случае, если бы вор бежал или сопротивлялся.

Крестьянство в XVIII — нач. XIX вв. осуществляло «внутри себя» правосудие в основном по обычному праву через суд общины. Мирской суд при решении всех дел внутри общины, стремился не к наказанию, а к примирению сторон. Данный принцип, несколько трансформировавшись, перекочевал в современный УК РФ, который гласит: «лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, может быть освобождено от уголовной ответственности, если примирилось с потерпевшим и загладило причиненный потерпевшему вред».

Однако всякий обычай — правило поведения, признаваемое в силу многократного повторения и социального признания образцом. Хотя обычай — одно из наиболее древних явлений, во многом предопределившее и «изнутри» повлиявшее на формирование права и его развитие, наукой он всегда воспринимался и оценивался неоднозначно, часто даже в рамках одного государства эта категория лишена внутреннего единства.

Изначально законодательная власть вообще не касалась многих отношений, не считала своей задачей их определение, не решалась самостоятельно творить право и долгое время ограничивалась закреплением обычаев, поэтому «юридическое воззрение прокладывало себе дорогу» именно путем обычая: первые нормативно-правовые акты формализовали обычаи, а ранние кодификации систематизировали их. Позднее закон вытеснил обычное право, став господствующей формой, однако немало современных явлений преимущественно в сфере частного (гражданского) права имеют «обычное происхождение».

Литература

1. Соловьев В.С. Собрание сочинений. Т. 1. М., 1913. С. 125.
2. Российское законодательство X–XX веков. В 9 т. Т. 1. Законодательство Древней Руси. М.: Юрид. лит., 1984. С. 58.
3. Илларионов Н.С. Обычное право. Харьков, 1893. С. 2–3.
4. Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д.: Издательство СКАГС, 1999. С. 67.
5. Обычное право и правовой плюрализм. Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму. Август 1997 г., Москва / Под ред. Н.И. Новиковой и В.А. Тишкова. М., 1999.
6. Молчанов Б.А. Закон и обычай в охране природы Северной России. Архангельск: Изд. Поморского государственного университета, 2001.
7. Молчанов Б.А., Гартфельд Е.Б., Королькова Т.В. Обычай в правовой системе России. Ковров, 2007.
8. Волова Л.И., Папушина И.Э. Роль обычая как источника международного инвестиционного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д.: Издательство СКАГС, 1999. С. 257–259.
9. Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М.: Юридическая литература, 1983. С. 13.
10. Канашевский В.А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Государство и право. 2003. № 8. С. 129–135.
11. Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса РФ» // РГ. 1996. 13 авг.
12. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. М.: Статут, 2005.
13. Гранат Н.Л. Понятие источников права и их виды // Юрист. 1998. № 9. С. 6.
14. Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 30–40.
15. Barton R.F. *Ifugao Law*. Berkeley, 1919.

References

1. Solov'ev V.S. *Sobranie sochineniy* [Collected Works]. Vol. 1. Moscow, 1913, p. 125.
2. Rossiyskoe zakonodatel'stvo X–XX vekov [Russian legislation of X–XX centuries]: in 9 volumes. Vol. 1. *Zakonodatel'stvo Drevney Rusi* [Legislation of Ancient Russia]. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ., 1984, p. 58.
3. Illarionov N.S. *Obychnoe pravo* [Customary law]. Khar'kov, 1893, p. 2–3.
4. Mal'tsev G.V. Outline of the theory of custom and customary law. *Obychnoe pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i praktiki* [Customary law in Russia: problems of the theory, history and practice]. Rostov on Don, North-Caucasian Academy of Public Administration, 1999, p. 67.
5. *Obychnoe pravo i pravovoy plyuralizm*. Materialy XI Mezhdunarodnogo kongressa po obychnomu pravu i pravovomu plyuralizmu [Customary law and legal pluralism. Articles of XI International Congress on customary law and legal pluralism]. August 1997, Moscow / edited by N.I. Novikovoy, V.A. Tishkova. Moscow, 1999.
6. Molchanov B.A. *Zakon i obyчай v okhrane prirody Severnoy Rossii* [Law and custom in nature conservation in North Russia]. Arkhangel'sk, Publishing house of Pomorskiy state university, 2001.
7. Molchanov B.A., Gartfel'd E.B., Korol'kova T.V. *Obyчай v pravovoy sisteme Rossii* [The custom in the Russian legal system]. Kovrov, 2007.
8. Volova L.I., Papushina I.E. The role of custom as a source of international investment law. *Obychnoe pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i praktiki* [Customary law in Russia: problems of the theory, history and practice]. Rostov on Don, North-Caucasian Academy of Public Administration, 1999, p. 257–259.
9. Zykin I.S. *Obychai i obyknoveniya v mezhdunarodnoy torgovle* [Customs and usages in international trade]. Moscow, Yuridicheskaya literature Publ., 1983, p. 13.
10. Kanashevskiy V.A. International trade practices and its place in the system of the right of the Russian Federation. *Gosudarstvo i pravo* [State and law], 2003, no 8, p. 129–135.
11. Resolution of the Plenum of the Supreme Court and the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation from July 1, 1996 no 6/8 “On some issues relating to the application of the Civil Code of the Russian Federation”. *Rossiyskaya gazeta* [Russian Newspaper], 1996, 13 August. (in Russian).
12. Shershenevich G.F. *Uchebnik russkogo grazhdanskogo prava* [Textbook of Russian civil law]. Vol. 1. Moscow, Statut Publ., 2005.
13. Granat N.L. The concept of sources of law and their types. *Yurist* [Lawyer], 1998, no 9, p. 6.
14. Alekseev N.N. *Osnovy filosofii prava* [Fundamentals of the philosophy of law]. St. Petersburg, 1999, p. 30–40.
15. Barton R.F. *Ifugao Law*. Berkeley, 1919.