

Секция «Юриспруденция»

**Обычай в современной юридической науке и практике: актуальные проблемы понимания и применения**

**Кича Мария Вячеславовна**

*Аспирант*

*Российская академия правосудия, Юридический факультет, Москва, Россия*

*E-mail: kichamv@mail.ru*

В современной юридической науке и практике нет однозначного отношения к обычаю как форме права. Являясь исторически первой формой права и имея богатую историю регулирования общественных отношений, обычай до сих пор привлекает внимание отечественных и зарубежных учёных, вызывает споры и дискуссии о своей роли и значимости для современных правовых систем, адекватности применения для разрешения многообразных социальных конфликтов. Можно дискутировать о значении обычая, об объёме регулируемых им правоотношений. Однако нельзя не согласиться с мнением М.Н. Марченко, считающего, что «роль обычая в разные времена менялась, но ни кем не отменялась». [1]

Необходимо отметить, что для отечественной юридической науки и практики вопрос об обычае как форме права имеет особую актуальность, т.к. на данный момент фактически отсутствуют русскоязычные комплексные исследования, монографии, посвящённые обычаю как форме права. Многие публикации ведущих зарубежных авторов не переведены на русский язык. В то же время иностранными учёными накоплен колоссальный материал по изучению обычного права и обычая как формы права. В 2008 – 2011 гг. ЮНЕСКО провела масштабное издание на английском языке трудов итальянских, испанских, португальских, греческих, французских, немецких, австрийских, шведских, норвежских, бразильских, японских, индийских, израильских учёных, посвящённых обычаю как форме права. Количество статей и монографий, принадлежащих перу английских, американских и канадских теоретиков, вовсе неисчислимо. Всё это поддерживает постоянный интерес к обычаю в научном сообществе, способствует более глубокому осмыслению значения и уникальности данной формы права.

Бытовавшее ранее отношение к обычаю как к древней, исчерпавшей свой потенциал форме права сменяется на живой интерес и желание исследователей постигнуть истинные возможности обычая в современном национальном и международном праве. Например, некоторые учёные утверждают, что в данный момент обычай является чуть ли не единственно эффективной формой права. В качестве примера приводят печально известные события августа 2005 г., когда в результате обрушившегося на США урагана «Катрина» Новый Орлеан оказался почти полностью затоплен. В городе процветало мародёрство, причём этим зачастую занимались законопослушные ранее граждане. Полиция и прочие правоохранительные органы в условиях стихийного бедствия оказались не в состоянии обеспечить безопасность жителей города и неприкосновенность их имущества. Авторитет закона также не остановил преступников. Таким образом, по мнению ряда учёных, нынешняя система форм права доказала свою полнейшую несостоятельность в экстремальных условиях. Но если бы влияние соответствующих обычаев было значительно, а их применение – широко распространено, то, вероятно, удалось бы избежать столь катастрофических социальных последствий природного катаклизма. Тогда

граждане не нарушали бы закон по личному убеждению, потому что нарушать закон «не принято», и окружающая обстановка, а также функциональное состояние правоохранительных органов, не имели бы решающего значения.

Современная правовая карта мира поражает своим разнообразием – и обычай продолжает играть определённую роль в современной политико-правовой действительности. В некоторых правовых системах данная форма права широко распространена. Особенно эта тенденция прослеживается в развивающихся странах Азии, Африки и Океании. В Африке, например, нормам неписаного обычного права следуют свыше 80% населения, а в отдельных регионах тропического пояса – 95%. [2] В государствах с развитой системой права роль обычая может быть незначительна, например, в Португалии, а для Франции и Германии вовсе характерно весьма скептическое отношение к обычаю как форме права. Тем не менее, во многих современных государствах ситуация обстоит совершенно иначе. Так, ярким примером национальных правовых систем, где обычай широко распространён и активно используется в практической юридической деятельности, могут служить государства Северной Европы (Дания, Швеция, Норвегия, Исландия, Финляндия) и Испания. Сейчас в скандинавских государствах обычай наряду с законом признаётся важной формой права и традиционно применяется во многих сферах деятельности, особенно в мореплавании, торговле, местном самоуправлении, а также при заключении разного рода договоров. Здесь обычаю часто отдаётся предпочтение перед законом. Например, в Норвегии обычаям «... в сфере торговли... нередко принадлежит определяющая роль в правовом регулировании». [3]

Роль обычая как формы права также достаточно велика в современной Испании. В ст. 149 Конституции королевства Испании от 27 декабря 1978 г. установлена сфера исключительной компетенции государства, причём ограничиваются полномочия государства в определении форм права на территории автономных сообществ – провинций, которые к 1978 г. имели своды местных обычаев. В качестве примера можно привести свод Бискайи и Алавы (1961 г.), Галисии (1963 г.), Арагона (1967 г.), Наварры (1973 г.). Разумеется, это оказало существенное влияние на испанскую правовую систему в целом и на реализацию права в частности. Так, в некоторых провинциях, особенно в Каталонии, обычное право, сложившееся на основе местных обычаев, почти полностью заменяет собой «национальное гражданское право» (т.е. систему норм, содержащихся в *Codigo Civil* – Гражданском кодексе Испании).

Обычай сохраняет своё значение и в государствах англосаксонского мира, в том числе, в Англии, поскольку отличается многовековой стабильностью и всеобщим общественным признанием. Он продолжает эффективно использоваться в различных сферах деятельности, например, в торговле и мореплавании. Помимо того, большое значение имеют обычаи, действующие в крупных регионах страны или на всей территории Англии. К ним, как правило, относятся обычаи торгового мореплавания, обычаи портов и т.д. Немалую роль играет обычай и как форма английского государственного права. Здесь в первую очередь необходимо упомянуть знаменитые конституционные соглашения (*Constitutional Conventions*) – обычаи, доминирующие в политической жизни страны. К ним относится, например, конституционное соглашение, в соответствии с которым монарх даёт своё согласие (*Royal assent*) на все законопроекты, принимаемые Палатой лордов и Палатой общин, или назначает тех членов правительства, которых рекомендовал ему премьер-министр, или, и т.д. Собственно, и сама должность премьер-министра

возникла в 1721 г. в результате конституционного соглашения. Наконец, статус монарха в условиях современной парламентарной монархии в Великобритании, выраженный в юридической формуле «королева царствует, но не правит» («The Queen reigns but does not rule») является своего рода конституционным соглашением. В то же время действует ещё несколько обычаев, непосредственно касающихся венценосной особы. Наиболее известный из них звучит следующим образом: «Королева всегда права» («The Queen is always right»). Недаром англичане говорят, что нельзя ругать только Бога и королеву. На практике это означает непоколебимый авторитет королевы, а также её крайнюю осведомлённость в политических и экономических вопросах. Таким образом, мы видим, что роль обычая как формы права в Англии определена и весьма существенна, особенно в конституционном праве. Некоторые исследователи даже указывают на то, что без обычаев Англия была бы не парламентарной, а абсолютной монархией.

В международном праве обычай играет более существенную роль, чем в национальных правовых системах. Здесь он является одной из основных форм права, наряду с международным договором. Обычай играет колоссальную роль во многих отраслях международного права, в том числе в международном экономическом праве, международном морском праве, международном космическом праве, международном воздушном праве, международном гуманитарном праве и т.д. Фактически для каждой отрасли международного права обычай приобретает своё особое значение. Так, в случае объявления войны государства обмениваются дипломатами – это правило не было нарушено даже в 1941 г. после начала войны между гитлеровской Германией и СССР. Железнодорожный состав с немецкими дипломатами во главе с графом Фридрихом Вернером фон дер Шуленбургом был отправлен из Советского Союза в Германию, поезд же с советскими дипломатами отбыл из Германии в СССР. Данный пример (а подобных примеров можно привести великое множество) свидетельствует о большом авторитете обычая как формы международного права, признании государствами его необходимости и неукоснительном соблюдении требований обычая.

Подводя итоги вышесказанному, мы приходим к выводу, что обычай отнюдь не является архаичной и неактуальной формой права. Несмотря на высокий динамизм общественных отношений, ему удаётся выступать в роли их эффективного и гибкого регулятора, обеспечивать их определённую стабильность как в сфере национального права, так и на международной арене. Помимо сугубо теоретического интереса, который проявляют к нему исследователи, обычай привлекает к себе внимание непосредственно в связи с его практическим использованием. Всё это свидетельствует о современности данной формы права, необходимости его признания и широкого применения.

### **Литература**

1. Марченко М.Н. Сравнительное правоведение. М., 2001. С. 33.
2. Condorelli A. Custom in Traditional Law Systems. Rome: UNESCO ed., 2011. P. 27.
3. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М., 2003. С. 566.