

12.00.00 Legal Sciences

12.00.00 Юридические науки

UDC 340.1

COMMON LAW IN LEGAL AUTHORITIES SYSTEM¹ *Liya L. Kavshbaya*² *Olga D. Karnaukh*

¹ Sochi State University for Tourism and Recreation
Sovetskaya street 26a, Sochi city, Krasnodar Krai, 354000, Russia
PhD in Law, Assistant Professor
E-mail: urfakultet@mail.ru

² Sochi State University for Tourism and Recreation
Sovetskaya street 26a, Sochi city, Krasnodar Krai, 354000, Russia
Senior Lecturer
E-mail: urfakultet@mail.ru

The article examines common law role in legal authorities system. Special attention is attached to alteration of law apprehension and modern notions stipulation.

Keywords: legal authorities, common law, legal pluralism, Russian national legal system.

В последнее десятилетие в российском правоведении большое внимание уделяется проблеме обычного права, исследованию его правовой сущности, что тесно связано с изменением правопонимания, признанием обычая, как важнейшего источника права. Поэтому сегодня происходит отказ от прежней концепции понимания права. В теории права утвердились такие понятия как «правовой плюрализм», «российская национально-правовая система».

Существуют различные оттенки в понимании содержания обычая различными лицами, группами населения в разных местностях. Правовые обычаи трудно согласуются с понятием единого национального права, они имеют, как правило, узкоместный и этнический характер.

Обычное право – это самая ранняя форма правовых отношений, которая соответствует, как господствующая и единственная форма права, наиболее низким ступеням развития классового общества. Развитие обычного права, как и права вообще, определяется общим ходом социально-экономического развития и отражает в себе соответствующие общественные отношения. При этом, как отмечают многие из исследователей, большую роль в данном процессе играют этическое самосознание, традиционный уклад жизни, традиционные верования, сложившиеся формы поведения [1].

В общей теории права выделяются два подхода в определении сущности права и его месте в системе источников права. Первый подход в основном разработан этнологами В.П. Алексеевым, А.И. Першицым. По их мнению обычаи являются лишь социальными нормами, так как «право в строгом смысле этого слова не могло быть там, где еще не было государства» [2]. «Мононормы это недифференцированное, синкретное правило поведение, которое не может быть отнесено к области права, ни к области нравственности с ее религиозным

осознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенностей всякой поведенческой нормы [3].

Другой подход рассматривается в работах Ковлер А.И., Ковалевского С., Норбер Рулана и т.д. Обычное право рассматривается как самостоятельный исторический тип права, как «традиционное право» [4].

Известный исследователь первобытной психологии Леви-Брюль писал: «Вопреки всем опасностям, которые окружали их со всех сторон, предки, оказались в состоянии жить и передать жизнь потомкам. Последние вместе с жизнью получили от них целую коллекцию заповедей и запретов. Если их точно соблюсти, то удастся, подобно предкам, не пасть в борьбе и обеспечить сохранение племени» [5]. Связь обычая с религиозным культом диктовалась обстоятельствами жизни. При первобытно-общинном строе человек не мог противопоставить себя своей социальной группе и поэтому обязан был соблюдать обычаи своего племени. Нарушение обычая грозило бедствием всему роду или племени. «Этим объясняется дружная и решительная реакция всей первобытной племенной группы против всякого нарушителя обычаев» [6]. Культ предков как самая ранняя форма религии обязывает потомков соблюдать унаследованные обычаи еще задолго до того, как культ сложится в религию. Это подтверждается самим содержанием слова обычай, (*mos* – обыкновение, обычай) т.е. обязанность поступать одинаковым образом, по сложившемуся обыкновению. Как правило, оно употребляется во мн. ч. – *mores* – совокупность этических всеми признанных и сохраняемых, но юридически не обязательных заповедей в древнейшем Римском обществе [7]. З.М. Черниловский отмечает, что «...в древнейшую пору история общества мораль (нравственность), религиозное предписание и обычай, образующие так называемую доправовую культуру еще неразличимы и неотделимы». Например, кровная месть, соединяющая «право», моральный завет и религиозные предписания. Обычное право, как таковое вырастает из доправовой культуры, а последней уже известны и полномочия, и обязанность, и санкция.

Обычаи являлись правилом поведения различных социальных групп людей не только в силу привычки, но и в силу сознания их обязательности. Однако, подобные обычаи могли регулировать общественные отношения только до тех пор, пока они добровольно соблюдались подавляющим большинством общества.

«Укоренившийся обычай вполне справедливо защищаем как закон, и это есть право, которое устанавливает обыкновение». [*Inveterata consuetudo pro lege non immerito cudttour of hoc est ius gouod dicitur moribus costiiuium*]. [Iui.D. 1, 3, 32, 1]. Знаменитое определение одного из выдающихся юристов II в. Юлиана ярко характеризует ту роль нормативных установлений ранних обществ, которые сыграли существенную роль и в дальнейшем, при формировании правовой системы. Классическое римское право, становление которого растянулось на много веков, довольно часто обращалось к обычаям догосударственного состояния. Нормы были переработаны в процессе законотворчества и частично вошли в первые сборники правовых.

Обычное право трансформировалось вместе с развитием общества. Только те обычаи, исполнение которых обеспечивается принудительной силой государства, приобретает правовой характер. Достаточно было обычную форму поведения, установившуюся в обществе, наделить санкцией, чтобы эта норма стала правовой [8].

В большинстве правовых систем правовые обычаи являются источником права. Следовательно, вопрос о происхождении, характере, содержании и применении его вызывал стойкий интерес у правоведов на протяжении всего XIX–XX веков. Поэтому обычное право стало предметом глубокого изучения не только социологов, этнографов, историков, политологов и других представителей общественных наук,

но и юристов. Все они сходились во мнении о необходимости изучения обычного права. Вместе с тем, понимание сущности данного феномена было, совершенно различным у представителей разных направлений общественных наук.

Особое внимание и величайший интерес вызывало «народное право» у представителей исторической школы юристов. У ее истоков стояли Фридрих Савиньи и Георг Пухта [9]. Именно они провозгласили обычное право ключом к пониманию народного духа, народного правосознания. Представители этой школы утверждали, что именно обычай является первым по важности источником права, и обратили особое внимание на разработку теоретического учения о нем. Как отмечает Н.М. Коркунов: «Пухта не только признает за обычным правом вполне самостоятельное значение, нисколько не обусловливаемое согласием на его действие воли законодателя, но даже признает за обычаем первенство перед законом» [10]. Это различие выявилось достаточно четко в начале XIX века (середина XIX в.). С точки зрения исторической школы, право обычное является выражением представлений народа о правде и справедливости, который имеет этот народ на определенном витке исторического развития. Правильным считается такое поведение, которое соответствует интересам всего народа всей общности, к которой принадлежит человек. Образование воззрений на правду и справедливость, появление норм обычного права, коренится в тайниках народной души. Творцом обычного права является целый народ, а не отдельные его представители, поступки людей являются выражением общественного права, только тогда, когда одобряются общими воззрениями [11].

Противники исторической школы исходят из того, что в основе норм обычного права лежит не убеждение в справедливости того или иного действия и общего чувства правды, а, наоборот, отдельные поступки людей, вызванные их характерами и склонностями, с одной стороны, и обстоятельствами, при которых поступки совершаются, – с другой стороны.

Повторяемость поступков создает привычку действовать определенным образом и убеждение, что это необходимо, при чем независимо от любого этого поступка. При этом творцом обычного права считается отдельные личности, влияющие своим авторитетом и примером на других. Те, другие, подражают этому примеру исходя из пользы или выгоды такого поведения, или бессознательно, в силу преклонения перед авторитетом. Отсюда следовало, что содержание норм обычного права определяются не духом правды и справедливости, живущим в душе народа, а представлениями определенных лиц, руководящих той или иной общностью. Из этого можно сделать вывод, что в основе обычного права лежит сила, а не идеал правды, свою точку зрения представители исторической школы поддерживали как логическим разбором его теории, так и указанием на несостоятельность ее учения в практическом отношении. Учение исторической школы дало толчок к появлению социологической школы.

В настоящее время в России и в других странах романо-германской правовой системы наблюдается усиление роли правовых обычаев в регулировании различных сфер общественных отношений [13]. Так, по мнению Р. Давида, закон в ряде случаев для более четкого его понимания нуждается в привлечении обычая, т.е. обычай играет в этом случае первостепенную роль во французском праве [14]. Именно поэтому проблемы пределов распространения, а также вопросы происхождения, содержания и применения норм обычного права являются весьма актуальными.

Примечания:

1. Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия // Государство и право. 1996. №4. С. 41.

2. Першиц А. И. Проблемы нормативной этнографии // Исследование по общей этнографии. М. 1979. С. 213.
3. Алексеев В.П. Першиц А. И. История первобытного общества. М., 1990. С. 287–288.
4. Ковлер А. И., Антропология права. Учебник для вузов. М.. 2002. С. 106–135. Ковалевский С., Древний обычай и закон. Норбер Рулан. Юридическая антропология. Учебник для вузов. М., 2000. С. 55–56.
5. Леви-Брюль Я. Сверхъестественное в первобытном мышлении. М., 1937. С. 11.
6. Голунский С.А. Обычай и право. // Советское государство и право. М., 1939. №3. С. 49.
7. Бартошек М. Римское право. (Понятия, термины, определения). М., 1989. С. 219.
8. Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия // Государство и право. 1996. №4. С. 41.
9. Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. СПб., 1999. С. 72–98.
10. Коркунов Н.И. Лекции по общей теории права. Книга 4. Положительное право. (По изданию 1914). М., 2003.
11. В кн.: Новгородцев П.И. Историческая школа юристов. СПб., 1999. С. 72–98.
12. Нерсесянц В.С. История политических и правовых учений. М., 2000. С. 45; Явич Л.С. Общая теория права; Алексеев С.С., Архипов С.И., Корельский В.М. Теория государства и права / Под ред. С.С. Алексеева. М., 2006.
13. Гражданское и торговое право зарубежных стран / Под ред. В.В. Безбаха и В.К. Пучинского. М., 2004. С. 32; Гражданское и торговое право зарубежных стран / Под ред. Е.А. Васильева. А.С. Комарова. М., 2004. С. 37, 46.
14. Рене Давид. Основные правовые системы современности / Под ред. В.А. Туманова. М., 1988. С. 7–10.

УДК 340.1

ОБЫЧНОЕ ПРАВО В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА

¹ Кавшбая Лия Леонидовна

² Карнаух Ольга Дмитриевна

¹ Сочинский государственный университет туризма и курортного дела
354000, Россия, Краснодарский край, г. Сочи, ул. Советская, 26 а
Кандидат юридических наук, доцент
E-mail: urfakultet@mail.ru

² Сочинский государственный университет туризма и курортного дела
354000, Россия, Краснодарский край, г. Сочи, ул. Советская, 26 а
Старший преподаватель
E-mail: urfakultet@mail.ru

В статье рассматривается роль обычного права в системе источников права. Уделено внимание видоизменению понимания права и утверждению новых современных понятий.

Ключевые слова: источник права, обычное право, правовой плюрализм, российская национально-правовая система.