

Дашин Алексей Викторович

доктор юридических наук,
профессор кафедры теории истории,
государства и права
Кубанского государственного
аграрного университета
тел.: (918) 161-76-21

**ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВАЯ НАУКА
ПОСТСОВЕТСКОЙ РОССИИ
ОБ ОБЫЧНОМ ПРАВЕ
КАК ЯВЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Аннотация:

До сих пор в теоретической юриспруденции остаются неизученными в достаточной степени вопросы о том, что следует понимать под обычным правом, как соотносятся между собой обычное право и юридические обычаи, какие механизмы лежат в основе формирования обычного права, как связано обычное право с правовой системой и обществом в целом, каков характер этих связей, каковы механизмы трансформации обычного права.

Ключевые слова:

Обычное право, правовая деятельность, теоретическая юриспруденция.

Dashin Alexey Viktorovich

Doctor of Laws,
Professor of the Department of History,
State and Law,
Kuban State Agrarian University
tel.: (918) 161-76-21

**THEORETICAL AND LEGAL
RESEARCH ON POST-SOVIET RUSSIA
CUSTOMARY LAW
AS A PHENOMENON OF
LEGAL ACTIVITY**

The summary:

So far in the theoretical jurisprudence remain unexplored sufficiently questions about what is meant by the common law, the relation between customary law and legal practices, what are the mechanisms underlying the formation of customary law, customary law as related to the legal system and society in general, what is the nature of this relationship, what are the mechanisms of transformation of customary law.

Keywords:

Customary law, legal activities, analytical jurisprudence.

В современных условиях при росте количества нормативных правовых актов не наблюдается сколько-нибудь заметного упорядочения сферы правового регулирования, количество фиктивных правовых норм возрастает, при этом российская правовая система теряет необходимую ей гибкость. отождествление права с законом - сначала в обыденном сознании, а затем и в сознании правящей элиты привело к разрыву между правотворчеством (по существу - законотворчеством) и сферой реализации правовых норм. Формализованное российское право нуждается в средстве, позволяющем определять, какие из законов или отдельных законодательных положений должны быть исключены из сферы правового регулирования вследствие несоответствия их интересам общества. Возможно, таким средством являются обычай и нормы, включаемые в обычное право.

Существует ряд монографических исследований, в которых явления правовой действительности, обозначаемые как «обычное право» и «правовой обычай», рассматриваются в качестве второстепенного источника права (в формальном смысле) на фоне не эволюции закона при постоянном с ним сравнении. Наиболее заметны в этой области работы С.И. Вильнянского, С.Л. Зивса, И.Б. Новицкого, А.Ф. Шебанова. Их работы носят обобщающий характер и посвящены установлению строгой иерархии между различными видами нормативных правовых актов. Праворегуляционный потенциал норм общественного происхождения оценивается указанными учеными невысоко, так как применение данных норм в качестве форм права свидетельствует, по мнению авторов, о крайне невысоком уровне развития общества.

Современная российская наука еще сохраняет приверженность прежней теоретической конструкции, устанавливающей принципы существования обычая как формы права. Отдельные авторы [1] единодушны во мнении, что обычай может стать формой права (т.е. правовым обычаем) только при наличии санкции государства. Возможность применения несанкционированных государством норм общественного происхождения сводится к признанию «обыкновений», или приравненных к ним «обычаев делового оборота», средством, восполняющим волю сторон, если это «обыкновение» не противоречит закону, договору, принципам права, охраняемым правам, интересам и т.д.

Значительное количество ограничений низводит ценность обыкновения до роли некоего информатора судьи, который вынужден прибегать к нему для объяснения мотивации сторон в тех случаях, когда имеющаяся нормативная база исчерпана. В любом случае, неполноценное обыкновение не может служить опорой, позволяющей судье пренебречь в конкретном случае

неправомерным законом. В рамках исследуемой проблематики интересны исследования роли правового обычая в правовом регулировании отдельных видов общественных отношений, разных стран и эпох. Это работы В.А. Лихачева, Г.И. Муромцева, А.Л. Рогачевского, И.Е. Синицыной, М.А. Супатаева, В.Е. Чиркина и др.; их исследования выполнены на материале, полученном при изучении правовых систем либо развивающихся стран Африки, Азии, Латинской и Южной Америки, либо правовых систем стран Европы средних веков.

Современные исследования источников права зарубежных стран могут послужить основой для реформирования российской правовой системы с целью придания ей большей гибкости, способности быстрее приспосабливаться к изменениям в обществе. Как отмечал Г.И. Муромцев, обычай в развивающихся странах может регулировать отношения, связанные с личностью непосредственно, например, семейные, а также отношения экономические, причем обычай может выполнять юридические функции и не будучи санкционированным [2].

Сегодня, к сожалению, зарубежный опыт в области повышения эффективности правового воздействия, расширения номенклатуры применяемых форм права российскими учеными до сих пор не осмыслен. Несмотря на значительное количество работ, посвященных изучению роли обычая в правовом регулировании, все они не завершались попытками выявления эффективности отечественной системы источников права на основе полученных в ходе исследований результатов. Вследствие этого теоретические построения и практика во многих случаях существуют раздельно, отчего некоторые конструкции теории права утратили свою обоснованность и актуальность. Необходим комплексный подход, который делает возможным установление того содержания, которое скрывается за понятиями «обычное право», «правовой обычай», позволяет выявить признаки, определяющим образом влияющие на их существование в праве.

В новейшее время в отечественном правоведении появился ряд работ, посвященных изучению обычного права и правового обычая. Эти работы в подавляющем большинстве случаев выполнены на историческом материале и представляют собой описание обычаев прошлых столетий, использовавшихся в качестве правового регулятора общественных отношений у определенного народа или социальной группы. Такое описание не вносит что-либо новое в теорию права. В то же время в России появились первые работы, имеющие фундаментальное значение, в которых обычай и обычное право изучаются с теоретической точки зрения. Теоретико-правовые исследования последних лет Г.В. Мальцева [1], А.В. Полякова [2], Д.Ю. Шапсугова [3], И.Б. Ломакиной [4] существенно обогатили научные представления и взгляды на обычное право. Благодаря их усилиям были актуализированы проблемы изучения институциональной основы обычного права (структуры обычаев, их функциональной природы, объективации и легитимации).

Так, И.Б. Ломакиной в научный оборот вводится термин «этническое обычное право». Делается это с целью различения со временного обычного права (термин, по мнению исследователя, достаточно условный), представленного обычаями делового оборота, прочими обычаями и этнического традиционного обычного права как первоосновы формирования национального государственно организованного права. Базируясь на неклассической методологии, И.Б. Ломакина реконструирует генезис этнического обычного права, исследует его объективное и субъективное содержание, социокультурные источники и формы, де-терминанты развития как в ретроспективе, так и в перспективе. И.Б. Ломакина отмечает, что этническое обычное право возникает задолго до появления государства и государственно организованного права. Оно неразрывно связано с человеческой (социальной) природой и в большей степени зависит от социокультурных переменных (включая материальные условия жизни и ментальность народа), нежели от его внешней фиксации органами власти. В институциональном аспекте обычное право - это сложное интересубъективное, нормативное, социально значимое и общественно полезное явление.

Представленное специфическими формализованными структурами (правовыми обычаями), содержащими соответствующие (обычно-правовые) нормы, оно имеет прямые и обратные связи с социальной (традиционной) системой. Будучи частью традиционной социальной системы, этническое обычное право ограждает ее от распада, обеспечивает саморазвитие, самовоспроизводство, формирует в процессе трансформации новые, относительно устойчивые элементы и институциональные подсистемы, регенерирует деформированные и разрушенные.

В свою очередь, социальная система задает определенный социокультурный фон для обычно-правовой подсистемы: обеспечивает ее развитие и функционирование необходимым уровнем религиозно-философских представлений, формирует особое ментальное поле, отвечает за воспроизводство и социализацию поколений, гарантирует безопасность. Этнические правовые обычаи, по мнению И.Б. Ломакиной, это типизированные правила поведения (институты), которые имеют интересубъективную природу. Интересубъективность правовых обычаев

определяется тем, что они, с одной стороны, отражают индивидуальные психические адаптации живущих в обществе людей с целью выработки правовых средств для искоренения отдельных видов инадаптаций; поэтому приспособление людей к социальной среде определяется стереотипизированными установками, отвечающими конкретным условиям их жизни.

С другой стороны, правовые обычаи объективны, ибо в режиме реификации условно отчуждаются от человека и существуют в относительно автономном режиме, так что люди находят их уже существующими. Выступая одновременно частью психической деятельности и атрибутом внешней действительности, правовые обычаи являются внутренним руководством к определенной социально выверенной, общественно полезной деятельности субъекта и одновременно источником побудительных влияний на него внешней среды. Этнические правовые обычаи интерпретировались «социальными архитекторами» (вождями, старейшинами, жрецами и прочими должностными лицами в демосоциальных коллективах) как основание общезначимого и общеобязательного поведения, имеющего предоставительно-обязывающий характер (так как предоставляли соответствующие права и обязанности субъектам правоотношений).

Этнические правовые обычаи, как правило, всегда обладают целезамещающим действием, освобождая участников правоотношения от целеполагания, предлагая просто учитывать существующий порядок, базирующийся на представлениях о должном и возможном. В отличие от возможного, должное в традиционных обществах освящалось ритуальной традицией. Объективированные преимущественно символическими формами, этнические правовые обычаи содержали те или иные социальные максимы, которые легитимировались коллективным сознанием и коллективным бессознательным и устанавливали границу, предел дозволенного. Впоследствии запечатленные письменно, они являли только внешнюю оболочку, так как письменный текст обычая - это еще не весь обычай, не менее важная составная часть его находилась вне письменного текста в общем символическом пространстве социума.

Государственно организованное право должно являться в традиционной этнической среде преемником обычного права и закреплять те или иные уже существующие правовые отношения. Данный вывод И.Б. Ломакина основывается на том, что этническое обычное право выражает культурные особенности того или иного сообщества людей (этноса). Поэтому его следует оценивать как особую форму свободы, выражающуюся в возможности тех или иных народов действовать в соответствии со своими этническими интересами. Отсюда в этнической среде западные правовые институты и соответствующие им ценности не находят благодатной почвы для своего развития. Чаще превращаясь в формальную и поверхностную фиксацию инноваций, они либо принимаются в искаженной форме, либо вообще отторгаются коллективным этническим сознанием.

Эффективность действия государственно установленных законов в традиционных обществах зависит от степени учета в них обычно-правовых институтов. Государственно организованное право может быть признано легитимным в случае его признания этническим сообществом в качестве «своего». В случае же не совпадения обычно-правовых установок (моделей) с нормами закона обычно-правовое сознание лишает его места в этнической среде и выводит из употребления, радикально меняет его сущность вплоть до социально протестного поведения.

Существенным признаком этнического обычного права в условиях традиционного типа общественной системы является его коллективная обусловленность. В этих условиях этносоциальный коллектив представляется как единый и неделимый организм, основанный на универсальных родовых и семейных связях, поддерживаемых институциональной обычно-правовой системой, укрепляющей родовое единство. Индивидуальный уровень правоотношений в условиях традиционного общества не имел предпосылок для развития. Эмансипация индивида или отделение определенной социальной группы от общего коллектива («родового тела») на данной ступени социогенеза были равносильны отторжению от единого организма его части. При этом род обеспечивал защиту интересов своих членов, предоставляя необходимый минимум субъективных прав.

Из этого следует, что в условиях включения традиционных культур в систему права доминантного общества необходимо специальное закрепление за этническими сообществами особого правового коллективного статуса, отличного от статуса других субъектов. Это, в свою очередь, означает признание права коренных народов на реализацию особого пути развития, в основе которого лежат ценности традиционного образа жизни. Большой вклад в переосмысление основ обычного права внесли историко-теоретические и юридико-антропологические исследования И.Л. Бабич [5], А.И. Ковлера [5], Л.Г. Свечниковой [7] и др. В них авторы с новых методологических позиций рассматривают вопросы, связанные с генезисом права и становлением человека юридического. Большое внимание ими уделяется и обычному праву как первой фазе развития государственно организованного права. В русле нового исследовательского

направления были выполнены кандидатские диссертации и написаны монографии по обычному праву народов Кавказа (А.З. Бейтуганов, Ф.Г. Камкия, В.Н. Нефедов, Л.Л. Кавшбая); народов Казахстана (К.А. Алимжан, С.С. Молдабаев) [9]; по обычному праву восточных славян (Синякова Т.В.) [10]; народов Сибири (В.В. Увачан - эвенков, М.Н. Игнатьева - якутов, А.Т. Тумурова - бурят, Г.А. Тюндешев - хакасов) [11]; по общетеоретическим вопросам обычного права (О.А. Малова, Д.Г. Грязное) [12] и др. Увидела свет и монография Р.-М. Зумбулидзе, А.И. Поротикова [12] о проявлении различных элементов обычного права в современных условиях.

Сегодня формируется новый раздел в теоретическом право ведении - теория обычного права, и этот факт стоит принимать как позитивный. Накопившиеся противоречия, несмотря на длительные и многоаспектные обсуждения проблем, связанных с обычным правом, требуют переосмысления. Однако до сих пор в теоретической юриспруденции остаются неизученными в достаточной степени вопросы о том, что следует понимать под обычным правом, как соотносятся между собой обычное право и юридические обычаи, какие механизмы лежат в основе формирования обычного права, как связано обычное право с правовой системой и обществом в целом, каков характер этих связей, каковы механизмы трансформации обычного права.

Ссылки:

1. Спиридонов Л.Н. Теория государства и права. М., 1995. С. 143; Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 268; Общая теория государства и права: Академический курс. М., 1998. Т. 2. С. 71.
2. Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: система и влияние традиции. М., 1987. С. 14.
3. Шапсугов Д.Ю. Обычное право и его роль в правовом развитии общества // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д, 1999.
4. Ломакина И.Б. Обычное право: институциональный аспект (теоретико-правовой анализ). СПб., 2005; Она же. Обычное право: историко-теоретический аспект. СПб., 2005; Ломакина И.Б., Дашин А.В. Обычное право и правовой обычай: от социальной монономии к правовой нормативности. СПб., 2005; Ломакина И.Б. Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект: Дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2005.
5. Бабич И.Л. Народные традиции в общественном быту кабардинцев. М., 1995; Она же. Эволюция правовой культуры адыгов (1860-1990-е гг.). М., 1999; Она же. Правовой плюрализм на Северо-Западном Кавказе (Исследования по прикладной и неотложной этнологии). М., 2000; Она же. О проблемах рецепции адата и шариата в государственное право в контексте формирования правовой политики на Северном Кавказе // Зарубежный опыт и отечественные традиции в российском праве: Материалы Всероссийского научно-методического семинара. Санкт-Петербург, 28-30 июня 2004 г. СПб., 2004.
6. Ковлер А.И. Ценностные и стратегические перспективы правового плюрализма // Человек и право. Книга о летней школе по юридической антропологии (Звенигород, 22-29 мая 1999 г.). М., 1999; Он же. Антропология права: Учебник для вузов. М., 2002.
7. Свечникова Л.Г. Семейное право народов Северного Кавказа: Дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 1996; Она же. Гражданско-правовые отношения собственности в обычном праве народов Кавказа в XIX веке // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д, 1999 и др.
8. Кавшбая Л.Л. Обычное право абхазов в конце XVIII - XIX вв. (историко-правовой аспект): Дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999; Камкия Ф.Г. Правовой статус субъектов обычного права Абхазии в первой половине XIX века: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000; Бейтуганов А.З. Обычное

References (transliterated):

1. Spiridonov L.N. Teoriya gosudarstva i prava. M., 1995. S. 143; Teoriya gosudarstva i prava / Pod red. V.K. Babayeva. M., 1999. S. 268; Obshchaya teoriya gosudarstva i prava: Akademicheskiy kurs. M., 1998. T. 2. S. 71.
2. Muromtsev G.I. Istochniki prava v razvivayushchikhsya stranakh Azii i Afriki: sistema i vliyaniye traditsii. M., 1987. S. 14.
3. Shapsugov D.YU. Obychnoye pravo i yego rol' v pravovom razvitii obshchestva // Obychnoye pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i prak tiki. Rostov n/D, 1999.
4. Lomakina I.B. Obychnoye pravo: institutsional'nyy aspekt (teoretiko-pravovoy analiz). SPb., 2005; Ona zhe. Obychnoye pravo: istoriko-teoreticheskiy aspekt. SPb., 2005; Lomakina I.B., Dashin A.V. Obychnoye pravo i pravovoy obychay: ot sotsial'noy mononormy k pravovoy norma-tivnosti. SPb., 2005; Lomakina I.B. Etnicheskoye obychnoye pravo: teoretiko-pravovoy aspekt: Dis. ... d-ra yurid. nauk. SPb., 2005.
5. Babich I.L. Narodnyye traditsii v obshchestvennom bytu kabardintsev. M., 1995; Ona zhe. Evolyutsiya pravovoy kul'tury adygov (1860-1990-ye gg.). M., 1999; Ona zhe. Pravovoy plyuralizm na Severo-Zapadnom Kavkaze (Issledovaniya po prikladnoy i neotlozhnoy etnologii). M., 2000; Ona zhe. O problemakh retseptsii adata i shariata v gosudarstvennoye pravo v kontekste formirovaniya pravovoy politiki na Severnom Kavkaze // Zarubezhnyy opyt i otechestvennyye traditsii v rossiyskom prave: Materialy Vserossiyskogo nauchno-metodicheskogo seminar. Sankt- Peterburg, 28-30 iyunya 2004 g. SPb., 2004.
6. Kovler A.I. Tsennostnyye i strategicheskiye perspektivy pravovogo plyuralizma // Chelovek i pravo. Kniga o letney shkole po yuridicheskoy antropologii (Zvenigorod, 22-29 maya 1999 g.). M., 1999; On zhe. Antropologiya prava: Uchebnik dlya vuzov. M., 2002.
7. Svechnikova L.G. Semeynoye pravo narodov Severnogo Kavkaza: Dis. ... kand. yurid. nauk. Stavropol', 1996; Ona zhe. Grazhdansko-pravovyye ot nosheniya sobstvennosti v obychnom prave narodov Kavkaza v XIX veke // Obychnoye pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i praktiki. Rostov n/D, 1999 i dr.
8. Kavshbaya L.L. Obychnoye pravo abkhazov v kontse XVIII - XIX vv. (istoriko-pravovoy aspekt): Dis. ... kand. yurid. nauk. N. Novgorod, 1999; Kam kiya F.G. Pravovoy status sub'yektov obychnogo prava Abkhazii v pervoy polovine XIX veka: Dis. ... kand. yurid. nauk. M., 2000; Beytuga nov A.3. Obychnoye pravo

- право кабардинцев (вопросы теории): Дис. ... канд.юрид. наук. Ростов н/Д, 2001; Нefeldov В.Н. Обычное право адыгов и казаков Северо-Западного Кавказа: функционирование и преобразование (конец XVIII - XX вв.): Дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2001.
9. Алимжан К.А. Обычное право как форма права: Дис. ... канд. юрид. наук. Алма-Аты, 1999; Молдабаев С.С. Субъект преступления в обычном праве казахов // Правоведение. 2001. № 5.
 10. Синякова Т.В. Обычай как источник права у восточных славян и в Древней Руси (IX-XI вв.): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000.
 11. Игнат'ева М.Н. Обычное право якутов (XVII—XIX вв.): Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1989; Тумурова А.Т. Обычное право бурят по Селенгинскому уложению 1775 года: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997; Тюндешев Г.А. Обычай как элемент правовой культуры хакасов: Дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1997.
 12. Увачан В.В. Обычное право эвенков в XVII - на чале XX века. М., 2001.
 13. Грязное Д.Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001; Мало ва О.В. Правовой обычай как источник права: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.
 14. Зумбулидзе Р.-М. Обычное право как источник гражданского права // Обычай в праве: Сборник. СПб., 2004; Поротиков А.И. Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве: Сборник. СПб., 2004.
- kabardintsev (voprosy teorii): Dis. ... kand.yurid. nauk. Rostov n/D, 2001; Nefedov V.N. Obychnoye pravo adygov i kazakov Severo-Zapadnogo Kavkaza: funktsionirovaniye i preobrazovaniye (konets XVIII - XX vv.): Dis. ... kand. yurid. nauk. Rostov n/D, 2001.
9. Alimzhan K.A. Obychnoye pravo kak forma prava: Dis. ... kand. yurid. nauk. Alma-Aty, 1999; Moldabayev S.S. Sub"yekt prestupleniya v obychnom prave kazakhov // Pravovedeniye. 2001. № 5.
 10. Sinyakova T.V. Obychay kak istochnik prava u vostochnykh slavyan i v Drevney Rusi (IX-XI vv.): Avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. SPb., 2000.
 11. Ignat'yeva M.N. Obychnoye pravo yakutov (XVII—XIX vv.): Dis. ... kand. yurid. nauk. M., 1989; Tumurova A.T. Obychnoye pravo buryat po Selenginskому ulozheniyu 1775 goda: Dis. ... kand. yurid. nauk. M., 1997; Tyun'deshev G.A. Obychay kak element pravovoy kul'tury khakasov: Dis. ... kand. yurid. nauk. SPb., 1997.
 12. Uvachan V.V. Obychnoye pravo evenkov v XVII - na chale XX veka. M., 2001.
 13. Gryaznoye D.G. Sootnosheniye kategoriy obychnogo prava i pravovogo obyachaya v yuridicheskoy nauke: Dis. ... kand. yurid. nauk. M., 2001; Malo va O.V. Pravovoy obyachay kak istochnik prava: Dis. ... kand. yurid. nauk. Yekaterinburg, 2002.
 14. Zumbulidze R.-M. Obychnoye pravo kak istochnik grazhdanskogo prava // Obychay v prave: Sbornik. SPb., 2004; Porotikov A.I. Obychay v grazhdanskom oborote // Obychay v prave: Sbornik. SPb., 2004.