Федеральное казенное бюджетное общеобразовательное учреждение

Высшего образования «Сибирский юридический институт

Министерства внутренних дел Российской Федерации»

Кафедра государственно-правовых дисциплин

**Реферат**

**«Правовой обычай как источник российского права»**

Выполнил курсант 1 курса учебной группы НБ 1802

Фомина Елена

Руководитель: Чугаев Валерий Валерьевич

Красноярск

2019

**ВВЕДЕНИЕ**

Что такое право? Право – это система общеобязательных правил поведения граждан. Основная цель права – благополучие граждан и государства в целом.

Категория «источник права» является одной из центральных категорий науки теории права. При этом и на данный момент не утихают дискуссии относительно её содержания. Значимость исследования вопроса источников права подчёркивается и в литературе. Так, например, известный русский ученый Н.М. Коркунов еще в конце XIX в. отмечал, что без изучения основных вопросов об источнике права, а также специфических особенностей тех или иных видов источника права нельзя судить вообще о природе и характере самого права[[1]](#footnote-1).

В то же время невозможно отрицать и практическое значение источников права. Систематизация источников права позволяет понять сущность и истоки права, системы права и т.п. Кроме этого, необходимо так же понимать суть и содержание различных источников права, их соотношение с другими источниками права, степень и характер влияния друг на друга.

Одним из наименее исследованных источников права является правовой обычай. В тоже время, считается, что правовой обычай является самым древним законом известных источников права. Это обуславливает важность изучения и анализа именно правового обычая как наиболее древнего источника правил поведения, что позволит уяснить и понять саму сущность права, степень его влияния не другие источники права.

Таким образом, актуальность темы курсовой работы обусловлена важностью и необходимостью изучения правового обычая как источника права, его места в системе источников права, в том числе и в правовой системе нашего государства. Кроме этого, формирование комплексного, всестороннего представления об источнике права, его системе, правовом обычае является важным шагом к формированию правовой культуры и правового сознания будущего сотрудника правоохранительных органов.

Методологической основой стали методы, позволяющие решить поставленные задачи и достичь целей работы. В различных сочетаниях и в зависимости от решаемой задачи использовались общенаучные и частно-научные методы: историко-правовой метод, метод системно-структурного анализа, сравнительно-правовой метод. Указанными задачами и логикой исследования определяется структура работы. Она состоит из введения, двух глав; заключения, а также списка используемых источников и литературы.

**Цель исследования** состоит в системном исследовании правового обычая как источника права.

**Для достижения поставленной цели, необходимо выполнить следующие задачи:**

**-** изучить и проанализировать имеющуюся научную литературу по теме исследования;

- на основе этого определить имеющиеся в теории права подходы к пониманию категории источники права, их сильные и слабые стороны. Установить какой подход является более правильным;

- дать общую характеристику источникам права, осуществить их систематизацию;

- определить понятие правового обычая, дать его общую характеристику, установить его роль и значение;

- охарактеризовать правовой обычай как источник российского права.

**1. ИСТОЧНИКИ ПРАВА**

Вопросы, связанные с правовым обычаем как источником права, вряд ли могут быть разрешены в отрыве от исследования вопросов, касающихся в источнике права в целом. Не имея четкого представления об источнике права, его понятии и значении, достаточно трудно анализировать понятие правового обычая, раскрыть его сущность, назвать признаки, определиться с содержанием системы источников права и ролью конкретного источника права.

В правовой литературе отсутствует единое понимание содержания категории «источник права». Для начала рассмотрим значение исследуемого термина. Согласно имеющимся историческим данным, «источник права» впервые было использовано Титом Ливием, который применял данное название для характеристики Законов XII таблиц.

Под источником в обыденной речи понимают место, откуда исходит вода. В латинском языке термин, который положил начало современным представлениям об источниках права, имеет два значения: «первое - источник в смысле родник, ключ (отсюда ведет свое происхождение употребляющееся в русском языке слово «фонтан»); второе значение - начало, первопричина, виновник.[[2]](#footnote-2) Современный русский язык, указывая, что источник - это все «то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь», указал также на третье значение термина – «письменный памятник, документ, на основе которого строится научное исследование»[[3]](#footnote-3). Словарь В. Даля источником называет «всякое начало или основание, корень или причину, исходную точку, запас или силу, из которой что-то истекает, рождается, происходит»[[4]](#footnote-4).

Как мы видим, данное толкование источника не позволяет нам с абсолютной достоверностью определить его принцип, его смысловое объяснение. Так, источником права, могут быть и законы (откуда исходит что-нибудь, например, участник правоотношений черпает из закона общеобязательные правила поведения), и, в наиболее широком смысле, человек (первоисточник всего, что сотворено руками человека, в том числе и человеческой культуры в её атеистическом понимании, как результат не божьего творения, а его деятельности, в свою очередь, частью человеческой культуры является правовая), его деятельность (вся деятельность имеет свой результат, результатом законотворческой деятельности может быть норма права, то есть такая деятельность является началом, основанием того, что будет достигнуто в её результате).

Приведённые варианты толкования слова «источник» применительно к категории «источник права» говорит о том, что с помощью только такого анализа решить поставленную проблему невозможно. Что, в своё время, и обусловило появление жарких споров и дискуссий на тему понимания источников права и формы права, которая длится и по сей день.

Говоря о научном познании категории «источник права», доктор юридических наук, доцент Т.А. Васильева указывает, что источник права целесообразно рассматривать с двух сторон: как некую причину, которая детерминирует правовое явление; как конкретный документ, содержащий в себе норму права[[5]](#footnote-5). С такой позицией согласен и О.А. Иванюк, указывая, что источник права можно понимать, как причину правового явления и как правовой акт, который «содержит нормы права или санкционирует применение не писанных норм права»[[6]](#footnote-6).

В современной науке теории права существуют две основные концепции понимания источника права. Условно их можно назвать «узким» и «широким» пониманием исследуемой категории. «Узкое» понимание источника права заключается в том, что его источником является способ закрепления и функционирования (существования) норм права в позитивных предписаниях, как внешняя форма его выражения (закон, правовой прецедент, правовой обычай и т.п.). «Широкое» понимание, в первую очередь, под источником права понимает причины и закономерности, обуславливающие его появление[[7]](#footnote-7).

В свою очередь, «широкое» понимание источника права так же является однообразным. В данной концепции наблюдается два течения, которые рассматривают исследуемое явление в материальном и идеологическом плане соответственно.

По поводу материального понимания источников права Т.А. Васильева отмечает, что «данный подход берет свое начало от марксистского определения соотношения права и экономических условий жизни общества как надстройки и базиса. Источник права в материальном смысле раскрывает причины возникновения права в целом»[[8]](#footnote-8). Согласимся с первой частью высказывания Т.А. Васильевой. Однако, причины возникновения права в целом в наиболее общем их понимании служат для поддержания порядка и стабильности в обществе и вызывают потребности экономических отношений и т.п.

Сторонниками материального понимания источника права такие источники определяются как общественные (прежде всего – экономические) условия, которые оказывают решающее влияние на содержание существующих в определённый период времени правовых норм. Такой подход высказывали в своих работах Е.И Козлова и О.Е. Кутафин[[9]](#footnote-9), Ф.М. Раяннов[[10]](#footnote-10) и другие.

В целом, можно согласиться с тем, что право является своего рода отображением сложившихся в конкретный исторический момент общественно-политических условий в конкретном обществе. Факт того, что изменения, происходящие в обществе, в том числе и экономические, политические влияют на содержание норм права бесспорен. Например, даже в правовых системах мусульманской правовой семьи в последнее время наблюдается существенное изменение системы законодательства, которая на протяжении многих веков опиралась исключительно на Коран и Сунны как на единственный нерушимый и не подвергающейся сомнению источник права. Однако, происходившие социально-экономические изменения (новые условия) в мусульманских странах привели к необходимости осуществления правового регулирования, возникающих новых общественных отношений и обновления правового регулирования ранее существующих. Что и было сделано, способом различного толкования предписаний Корана юристами-фатихами (признанными правовыми мыслителями-мусульманами). Причём такие толкования в различные этапы истории мусульманского мира осуществлялись и осуществляются в соответствии с текущими потребностями и нуждами общества (сложившимися условиями), что подтверждает теорию материального понимания источника права. То же самое можно сказать и про классовый характер права (сложившиеся на тот момент социально-экономические и политические условия) в Древней Греции (лицами, разрабатывающими и принимающими законы) могли быть только представители одного класса – демоса, к чему не относились в частности рабы, неграждане и т.п.

Отмечая недостатки данного понимания источников права, можно сказать, что тут учитывается только роль коллективного, а не индивидуального. Кроме этого, сами по себе условия не могут быть источниками (тем, что порождает то или иное явление). По сути, условия, это то, что создаёт конкретную обстановку, соотношение сил, взгляды людей и общества в целом и т.п., то есть они могут только способствовать созданию чего-то, влиять на его содержание. Однако, такое влияние не может быть прямым, оно всегда опосредствовано через человека, который, собственно и является творцом права.

Теперь рассмотрим второе течение «широкого» понимания источника права. Согласно «идеологической» трактовке источников права, ими являются различные правовые доктрины и учения. Рассматривая вопрос источников права, Н.А. Пьянов отмечает, что понятие «источник права» в идеологическом смысле «раскрывается в правовых идеях и взглядах на право, в представлении о праве, играющем немаловажную роль в процессе формирования позитивного права»[[11]](#footnote-11). Данное понимание так же имеет свои достоинства. Вполне очевидным является тот факт, что само содержание правовых норм является результатом, как правило, интеллектуальной деятельности человека. В свою очередь, правовое сознание и правовая культура человека, иные его взгляды, влияющие на конечный результат его интеллектуальной деятельности – содержание правовой нормы, как правило, проявляются в его взглядах и являются отображением сложившихся на тот момент социально-экономических условий в обществе. Другими словами, взгляды и идеи человека в своём большинстве формируются под влиянием (воздействием) сложившихся внешних факторов, которыми являются социально-экономические условия, и находят своё отражение в разработанных и утверждённых человеком общеобязательных правилах поведения (правовых нормах).

Указанное утверждение, по мнению автора, говорит о том, что материальное и идеологическое понимание источников права не противоречат, а дополняют друг друга, рассматривают исследуемую категорию с разных сторон.

Теперь более подробно рассмотрим «узкое» понимание источника права. А.Б. Венгеров раскрывает так понимание источника права в узком смысле:

- «исходящий от государства или признанный им официально способ выражения (оформления) и закрепления нормы права, как идеи о должном или допустимом в объективном смысле»;

- «то, где содержится норма права»;

- «объективное закрепление и проявление содержания права в определенных актах государственных органов»[[12]](#footnote-12).

Приведённое понимание источника права как его внешней формы наиболее приемлемо для правовой науки в целом, что, однако не исключает использование материальных и идеологических представлений об источнике права как одной из характеристик права. Так, например, вполне обоснованно утверждать о том, что в праве в целом отображается уровень развития общества, то есть конкретно сложившиеся на определённом этапе его развития условия (социальные, экономические, демографические, политические и прочие). Кроме этого, с функциональной точки зрения право – это творение рук человека, результат совместной интеллектуальной деятельности человека. В свою очередь, именно в «узком» понимании источников права используется присущий юриспруденции и науке о праве формально-юридический подход, что позволит использовать исследуемую категорию в теоретических (научных) и правоприменительных целях.

В данном случае, будет интересна позиция Н.Н. Вполенко, приведённая им в его учебном пособии. Так учёный утверждает, что источник права – это образное выражение, которое так же можно назвать метафорой. По своему смыслу категория «источник права» указывает на «исходный пункт, происхождение, концентрацию правовой материи»[[13]](#footnote-13). В связи с этим, можно утверждать, что исследуемое понятие является условным, не может быть определено с абсолютной точностью. Однако, условность данного понятия не отменяет необходимости его научного исследования, использования для исследований других правовых категорий и элементов, в конце концов для применения на практике. Исходя из этого, становится актуальным и дискуссионным вопрос о том, какое же понимание источника права необходимо прежде всего юридической науке

Как отмечает Т.А. Васильева, кроме понятия «источник права» часто используется понятие «форма права». Категории «источник права» и «форма права» тесно связаны между собой, зачастую либо признаются равнообъемными, либо категорично разграничиваются»[[14]](#footnote-14). Как правило, в зависимости от того, какой подход используется при понимании категории «источник права», решается вопрос об их равнозначности либо различии между собой.

Например, Т.В. Кашанина понимает под источниками права волю правотворческих субъектов. Соответственно, источниками права может быть воля человечества (права человека, принципы права); воля народа (референдумные нормы); воля государства (законодательные нормы); воля коллектива (корпоративные нормы); воля граждан, организаций (договорные нормы). Форма права - это резервуар, где находятся юридические нормы. Т.В. Кашанина выделяет в историческом разрезе десять форм права, а именно: правовой обычай, религиозные тексты, юридический прецедент, деловое обыкновение, правосознание, нормативный акт, юридическая доктрина, судебная практика, моральные воззрения, договор[[15]](#footnote-15).

Как отмечает С.В. Мирошник, содержание понятий форма права и источник права совпадает между собой, когда идёт речь о формально-юридическом понимании источников права[[16]](#footnote-16). Как уже указывалось выше, именно такое понимание является наиболее подходящим для юридической науки и практики, правопонимания в целом. «Тем самым подчеркивая, что помимо всего прочего идентичность формы и источника права, где форма указывает на то, как, каким образом организовано и выражено вовне юридическое (нормативное) содержание, а источник - на то, каковы те юридические и иные истоки, факторы, предопределяющие рассматриваемую форму права и ее содержание»[[17]](#footnote-17).

Теперь необходимо определиться и с классификацией источников права. Исходя из формально-юридического понимания категории «источники права», общепринятой классификацией является деление права по способам его внешнего выражения. Согласно этому критерию, как отмечает О.С. Болгова, в научной литературе выделяются следующие источники права: правовой обычай; нормативный правовой акт; судебный прецедент; договор нормативного содержания. Кроме данных источников по форме внешнего выражения правовых норм признаются: международные договоры РФ и общепризнанные принципы и нормы международного права, юридическая доктрина, юридическая наука, принципы права, религиозные тексты, естественное право[[18]](#footnote-18).

Однако, следует указать и на то, что существуют и другие классификации источников права. Так, представляет интерес классификация источников права известного английского юриста сэра Джона Самонда на формальные и материальные. Под формальными он понимает «демонстрируемые судами волю и власть государства», это признанные источники права, которые правоприменитель обязан положить в основу решения. Материальными источниками, по мнению ученого, являются «те, из которых выводится содержание, а не юридическая сила закона», это источники, которые официально не признаются в качестве таковых, нуждаются в юридическом закреплении, но важность и значимость их в практической жизни обусловливает необходимость их применения. Материальные источники правоприменитель вынужден положить в основу своего решения. Продолжая данную мысль, Р. Кросс указывает, что существуют «источники права, имеющие обязательную силу, и источники, имеющие убеждающее значение»[[19]](#footnote-19).

Подводя итоги написанному разделу можно сделать следующие выводы. Категория источник права, являясь, прежде всего, юридической категорией, кроме, собственно юридического, имеет так же и философский, социальный аспекты, что обуславливает её многогранность и неоднозначность.

Существуют три основных подхода к пониманию категории «источник права». Первый использует формально-юридическое понимание, два вторых условно можно объединить в концепцию «широкого» понимания исследуемого термина. Согласно «широкого понимания» источником права являются правовые идеи и доктрины, либо сложившиеся конкретные социально-экономические условия. Такой подход имеет свои достоинства и, к тому ж, трудно отрицать влияние названных факторов на процесс и результат формирования права как такового. Однако, наиболее подходящим для целей правовой науки и практики является формально-юридический подход согласно которому источник права это прежде всего внешняя форма выражения его содержания.

Соотношение категорий «источник права» и «форма права», прежде всего, зависит от понимания первой категории соответственно при «широком» понимании – они категорически отличаются друг от друга. При «узком» - являются равнозначными терминами, что и превалирует в современной правовой науке.

Классификация источников права весьма различны. Наиболее устоявшей классификацией является их деление по признаку внешней формы выражения на: правовой обычай; нормативный правовой акт; судебный прецедент; договор нормативного содержания.

**2. ПОНЯТИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ И ЕГО ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА**

Правовой обычай является одним из источников права.

Как отмечает Н.Н. Вопленко, «правовые обычаи представляют собой естественно-исторический процесс развития и становления санкционированных источников права. Будучи одной из первых исторических форм права, появившихся помимо государственной правотворческой деятельности, они инициировали последующее возникновение иных источников права санкционированного характера и способствовали их закреплению в правовых системах»[[20]](#footnote-20). По сути, многие из других источников права, прежде всего нормы права или даже целые законы, судебные прецеденты, до их утверждения в качестве соответствующих источников, имели форму правого обычая, традиции и т.п. В таких случаях, условно, правовой обычай можно назвать стадией эволюции права.

Как отмечает А.Н. Марченко, «исторический правовой обычай как источник права предшествует всем другим источникам права. По мнению многих исследователей, на основе обычаев изначально строились все национальные системы права»[[21]](#footnote-21). Таким образом, правовой обычай создавал нормы для принятия последующих решений в той или иной ситуации.

Теперь рассмотрим определение правового обычая как источника права.

По мнению Н.Н. Вопленко, правовой обычай – это «объективно сложившееся в результате неоднократного повторения правило общественного поведения, основанное на соображениях его целесообразности и полезности, которое признаётся государством в качестве источника права»[[22]](#footnote-22).

С.А. Мурашов определяет обычай как «стереотипный способ поведения, который воспроизводится в определённом обществе или социальной группе и является привычным для их членов»[[23]](#footnote-23).

Как указывает А.Н. Марченко, «в зарубежной, в частности, английской литературе по обычаями понимают сложившееся стереотипы или тенденции определённого поведения людей, имеющие, по общему правилу, подсознательный, автоматический характер»[[24]](#footnote-24).

В целом, рассмотрев представленные выше определения правового обычая, можно сказать, что он понимается учёными примерно одинаково, незначительные различия, как правило, заключаются в отдельных свойствах определяемой категории. В связи с этим, предлагаем рассмотреть основные свойства правового обычая:

- обычай намного менее формализован, чем другие источники права. Так, нормативно-правовой акт может быть Конституцией, законом, подзаконным нормативно-правовым актом и т.п. Судебный прецедент, как правило находится в тексте судебного решения, может дублировать в каком-либо другом правовом акте, или письменном источнике, созданном по результатам обзора судебной практики и т.п. В рамках этого, правовой обычай, как правило, предоставляет участникам правоотношений намного больше свободы выбора способов или вариантов действий, намного большую степень их усмотрения и т.п.;

- одной из особенностей правового обычая является то, что его обязательная сила (что, по сути, является одной из главных и отличительных черт права) обеспечивается принуждением и санкциями государства;

- конкретное содержание (правило поведения) правового обычая формируется несколько стихийно, неосознанно в плане коллективного понимания этого процесса. Другими словами, общество в целом, может и не «задумываться» о том, что поступая так или иначе оно формирует новое правило поведения, в результате неоднократного повторения таких способов поведения, которое большинство его членов начинают придерживаться и считать обязательным для других. В отличие от правового, да и любого обычая, процесс принятия закона строго формализован, централизован и регламентирован;

- обычай только тогда обладает реальной юридической силой, когда его общеобязательность признаётся государством. Кардинальное различие в этом плане обычая и нормативно-правового акта заключается в том, что сам факт принятия нормативно-правового акта в установленном порядке (голосование, утверждение, вступление в силу) придаёт ему юридическую силу;

- обычаи складываются в результате очень длительного и многократного повторения одних и тех же действий какой-либо одной группой лиц;

- обычаи относятся к такому виду неправовых социальных норм, которые связаны с общественной психологией. Наряду с традициями, нравами, обыкновениями и обрядами, обычаи складываются и реализуются чаще всего импульсивно, на уровне эмоционального, психологического восприятия;

- обычай соблюдается не в силу опасения перед государственным принуждением или иными формами официального давления, а в силу выработанной привычки, естественной потребности человека в определённой манере поведения, очерченном рамками этого обычая[[25]](#footnote-25).

Следует отметить, что соблюдение норм, содержащихся в обычаях на ранних стадиях развития общества обеспечивались такими мерами общественного воздействия на нарушителей, как изгнание из рода или племени, лишения огня, воды и прочих. По мере развития общества и становления государства, меры общественного воздействия качественно изменялись, частично трансформируясь в меры государственного воздействия.

В системе англосаксонского права правовой обычай играет заметно большую роль, по сравнению с романо-германской правовой системой.

Подводя итоги написанному разделу следует отметить следующее.

Правовой обычай – это объективно сложившееся в результате многократного повторения определённой группой субъектов правило поведения нормативного характера, которое признаётся государством в качестве источника права и обеспечивается его принудительной силой.

Правовой обычай как источник права имеет самую давнюю историю по сравнению с другими существующими источниками права. По сути, на первоначальных этапах вся законотворческая деятельность зарождающихся государства была направлена на закрепление существовавших до этого правовых обычаев и придания им «законно» силы, обеспечение их соблюдения мерами государственного принуждения. На протяжении истории человечества правовой обычай играл значительную роль как непосредственный источник права и в качестве исходного материала для разработки правовых норм, содержащихся в законах.

На современном этапе существования права, правовой обычай уже не играет той роли, которую он играл на заре появления права и зарождения государств. Однако, его влияние до сих пор является существенным в отдельных правовых семьях мира.

Наибольшее влияние в качестве источника права правовой обычай имеет в странах англосаксонской правовой семьи (США, Англия, Канада, Австралия и т.п.), в отдельных странах, имеющих религиозно-традиционные правовые системы (Индия, Мадагаскар, страны Африки). Существенно менее значительное место в системе источников права занимает правовой обычай в правовых системах стран относящихся к романо-германской правовой семье. Исключением из этого списка является разве что Испания, в которой существуют целые автономные территории где правовое регулирование осуществляется посредством традиционного или обычного права (например, Каталония, баски и т.п.).

**ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК РОССИЙСКОГО ПРАВА**

Интересным будет, например, тот факт, что известный исследователь вопросов источников права России А.Н. Марченко в своём учебном пособии исследуя источники современного российского права не уделяет внимание правовому обычаю[[26]](#footnote-26). Обычай данным учёным исследуется только в рамках анализа источников романо-германской системы источников права.

Однако если рассмотреть историю отечественного государства и права, то станет понятно, что в определённые периоды развития правовой обычай занимал главенствующую роль в системе источников права. Особенно характерным является раннефеодальный этап или этап зарождения феодализма. В последующие годы в России уже признавались два основных источника: обычное право и законы, принятые верховной властью в установленном порядке[[27]](#footnote-27).

Русский исследователь В. И. Сергеевич отмечал, что в России достаточно длительный период развития государства, вплоть до установления самодержавия, понятия «закон» и «обычай» считались синонимами. Все общественные отношения подчинялись действию только обычая: «частные и государственные права подчинялись его действию: права князей и народа, право наследования, мести, выкупа, право собственности и т. д. - все было основано на обычае[[28]](#footnote-28). Такой же позиции придерживался и М. Ф. Владимирский-Буданов, который указывал, что «законодательство старается лишь узаконить обычай». И только в конце XVIII в. начинается активная законодательная деятельность, возникает понятие о законе, способах его возникновения и силе действия; происходит разграничение источников права»[[29]](#footnote-29).

Как отмечает Н.Н. Вопленко, наследование и совершенствование опыта и культуры прошлых эпох, способствующее эволюционному развитию государства и права. Такой путь развития характерен для англо-саксонской правовой системы, африканских государств. В России Октябрьская революция 1917 года провозгласила коренной и решительный переворот во всех сферах общественной и государственной жизни и отрицание возможности использования обычаев и правовых норм феодального и буржуазного характера. Создание нового социалистического законодательства происходило под лозунгом партийной нетерпимости по отношению к прошлой общественно-экономической формации. Отсюда нормы социалистического права в значительной степени вытеснили и заменили большинство старых национальных традиций, обычаев, лишив их правовой защиты.

В результате этого, правовые обычаи советского периода, впрочем, как и в современной России, выглядят своеобразными вкраплениями, «островками» в общей системе позитивного права.

Правовым обычаем как формой права являются лишь те нормы, руководствоваться которыми разрешено в иных источниках. На современном этапе, в правовой системе Российской Федерации эта модель осуществляется путем включения бланкетных норм в статьи нормативных правовых актов[[30]](#footnote-30).

Таким выглядит использование портовых обычаев в Кодексе торгового мореплавания РФ (ст. 134)[[31]](#footnote-31), когда время погрузки или разгрузки судов определяется соглашениями сторон или портовыми обычаями, а также ст.ст. 5, 6 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ)[[32]](#footnote-32), разрешающие использование обычаев делового оборота или национальных обычаев при установлении фамилии и имени гражданина (ст. 19 ГК РФ)[[33]](#footnote-33). Частичное использование обычаев допускают также нормы семейного, земельного и лесного права. Вместе с тем, в настоящее время в России наблюдается своеобразный «ренессанс», возрождение национального самосознания народов и соответствующих национальных традиций и обычаев. Вследствие этого, возрастает роль старинных обычаев семейной и хозяйственной жизни у народов Севера, Кавказа, населения Дальнего Востока. Например, правовое закрепление за древними народами земель и охоты, земледелия или водной акватории для рыбной ловли происходит с учётом исторических особенностей их жизни. Всё это свидетельствует, что правовые обычаи как особый источник права России не исчерпали себя и имеют перспективу развития[[34]](#footnote-34).

В последнее время внимание учёных интересующихся правовым обычаем как источников права в России приковано к упомянутым выше положениям ГК РФ. Так, Я.В. Трофимов указывает, что, «ст. 5 ГК РФ расширяет сферу действия правовых обычаев, распространяя их на некоммерческую сферу, а не только на предпринимательскую сферу, как это было предусмотрено ранее действовавшей редакцией данной статьи»[[35]](#footnote-35). Данные изменения характеризуются положительными тенденциями, которые позволяют судам значительно расширять возможности по применению обычного права при разрешении правовых конфликтов.

Отдельно следует отметить, что среди учёных права существует и опасения по поводу возможного в увеличения роли обычного права в правовом регулировании, в частности при разрешении испоров. Так В.Я. Трофимов отмечает, что «трудно даже представить, что произойдет в дальнейшем в Российской Федерации с развитием различных деловых и профессиональных сообществ, которые будут подчиняться не федеральному закону, а принятым данными сообществами различным кодексам профессиональной этики, чести и т.п., которые фактически (к сожалению, не «де юре», а «де факто») являются сводами обычаев делового оборота, которые не входят в законодательство. Развитие по этому пути приведет к корпоратизации и общинизации всей общественной жизни и неизбежному столкновению указанных корпораций между собой, в защиту своих узкокорыстных интересов»[[36]](#footnote-36).

Я согласна с мнением Я.В. Трофимова, поскольку любо неконтролируемый процесс без наличия достаточного опыта может привести к непредсказуемым последствиям, в том числе и указанного характера. С другой стороны, на текущий момент в правовой системе России отсутствуют даже предпосылки к настолько революционным изменениям, которые позволят говорить о реальном становлении и противостоянии различных групп «по интересам» между собой и с государством.

Подводя итог написанию данного раздела следует отметить, что российская правовая система закономерно относится к романо-германской правовой семье, что обуславливает незначительное влияние правового обычая как источника права на общественные отношения.

Однако, такая ситуация не говорит о полном отсутствии обычая в праве России. Исторически, правовой обычай был одним из главных источников и в тоже время регуляторов жизни людей. Со временем, после установления самодержавия, роль правового обычая в российском обществе постепенно уменьшалось и практически свелась к нулю (по крайней мере официально) после социалистической революции.

Однако на современном этапе существования правовой системы России наблюдаются отдельные тенденции к расширению сферы применения правового обычая. В первую очередь, это касается положений гражданского законодательства, где судам разрешено применять обычаи делового оборота, которые являются разновидностью правовых обычаев. Наличие такого «прорыва» именно в гражданском законодательстве обуславливается тем, что это наиболее «диспозитивная» отрасль законодательства, что обуславливает соответствующий подход к её регулированию, наличие наибольшего объёма дозволений и наименьшего объёма запретов по сравнению с другими отраслями пава и законодательства. Данные особенности отрасли и делают возможным постепенное внедрения правового обычая как равноценного источника права.

К другим сферам хоть и ограниченного, но всё таки использования правового обычая в России, можно отнести предпринимательское право (например, антимонопольное законодательство запрещающее недобросовестную конкуренцию которая, среди прочего, определяется как действие противоречащие общепринятым правилам и обычаям делового оборота), дипломатическое право и т.п.

**ЗАКЛЮЧЕНИЕ**

Подводя итоги исследования, необходимо отметить следующие основные положения:

1. Категория «источник права» имеет юридический, философский, социальный аспекты, что обуславливает его многогранность и неоднозначность.
2. Существуют три основных подхода к пониманию категории «источник права». Первый использует формально-юридическое понимание, два вторых условно можно объединить в концепцию «широкого» понимания исследуемого термина. Согласно «широкого понимания» источником права являются ли правовые идеи и доктрины, либо сложившиеся конкретные социально-экономические условия. Такой подход имеет свои достоинства и, к тому ж, трудно отрицать влияние названных факторов на процесс и результат формирования права как такового. Однако, наиболее подходящим для целей правовой науки и практики является формально-юридический подход согласно которому источник права это прежде всего внешняя форма выражения его содержания.
3. Соотношение категорий «источник права» и «форма права» прежде всего зависит от понимания первой категории. Соответственно при «широком» понимании – они категорически отличаются друг от друга. При «узком» - являются равнозначными терминами, что и превалирует в современной правовой науке.
4. Классификация источников права весьма различны. Наиболее устоявшей классификацией является их деление по признаку внешней формы выражения на: правовой обычай; нормативный правовой акт; судебный прецедент; договор нормативного содержания.
5. Правовой обычай – это объективно сложившееся в результате многократного повторения определённой группой субъектов правило поведения нормативного характера, которое признаётся государством в качестве источника права и обеспечивается его принудительной силой.
6. Правовой обычай как источник права имеет самую давнюю историю по сравнению с другими существующими источниками права. По сути, на первоначальных этапах вся законотворческая деятельность зарождающихся государств была направлена на закрепление существовавших до этого правовых обычаев и придания им «законной» силы, обеспечение их мерами государственного принуждения. На протяжении истории человечества правовой обычай играл значительную роль как непосредственный источник права и в качестве исходного материала для разработки правовых норм, содержащихся в законах.

На современном этапе существования права, правовой обычай уже не играет той роли, которую он играл на заре появления права и зарождения государств. Однако его влияние до сих пор является существенным в отдельных правовых семьях мира.

1. Наибольшее влияние в качестве источника права правовой обычай имеет в странах англосаксонской правовой семьи (США, Англия, Канада, Австралия и т.п.), в отдельных странах. имеющих религиозно-традиционные правовые системы (Индия, Мадагаскар, страны Африки). Существенно менее значительное место в системе источников права занимает правовой обычай в правовых системах стран относящихся к романо-германской правовой семье. Исключением из этого списка является разве что Испания, в которой существуют целые автономные территории, где правовое регулирование осуществляется посредством традиционного или обычного права (например, Каталония, баски и т.п.).
2. Российская правовая система закономерно относится к романо-германской правовой семье, что обуславливает незначительное влияние правового обычая как источника права на общественные отношения.
3. Исторически, правовой обычай был одним из главных источников и в тоже время регуляторов жизни людей. Со временем, после установления самодержавия, роль правового обычая в российском обществе постепенно уменьшалось и практически свелась к нулю (по крайней мере официально) после социалистической революции.
4. На современном этапе существования правовой системы России наблюдаются отдельные тенденции к расширению сферы применения правового обычая. В первую очередь, это касается положений гражданского законодательства, где судам разрешено применять обычаи делового оборота, которые являются разновидностью правовых обычаев. Наличие такого «прорыва» именно в гражданском законодательстве объясняется тем, что это наиболее «диспозитивная» отрасль законодательства, что обуславливает соответствующий подход к её регулированию, наличие наибольшего объёма дозволений и наименьшего объёма запретов по сравнению с другими отраслями пава и законодательства. Данные особенности отрасли и делают возможным постепенное внедрения правового обычая как равноценного источника права в правовую систему России.
5. К другим сферам хоть и ограниченного, но всё-таки использования правового обычая в России, можно отнести предпринимательское право (например, антимонопольное законодательство, запрещающее недобросовестную конкуренцию, которая определяется как действие, противоречащие общепринятым правилам и обычаям делового оборота), дипломатическое право и т.п.).

**СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ**

Аксенова И. Ч., Свечникова Л. Г. Теория обычного права в энтологических, теоретико-правовых и историко-правовых исследованиях / И.Ч. Аксенова, Л.Г. Свечникова // Право и политика. 2002. № 12. С. 105-115.

Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). - М., 2005. - С. 44

Болгова О.С. Основные источники права / О.С. Болгова // Известия РГПУ им. А.И. Герцена. 2009. № 92. С. 48.

Болгова О.С. Указ. соч., С. 49.

1. Васильева Т.А. Понятие и значение источника права / Т.А. Васильева // Вестник ВУиТ. 2010. № 73. С. 37-38.
2. Васильева Т.А. Там же, С. 39.

Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. - М.: Юриспруденция, 2000. - С. 40.

Волгоград: изд-вр ВолГу, 2004. – С. 49.

Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. – Волгоград: изд-вр ВолГу, 2004. – С. 4.

Вопленко Н.Н. Указ. соч., С. 50.

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон РФ от 30.11.1994 № 51-ФЗ в ред. № 65-ФЗ от 06.04.2011 // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; 2011. – № 15. – Ст. 2038.
2. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. Т. 2. - М., 2000. - С. 59.

Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. 3-е изд. - М.: Русский язык, 1986. - С. 332.

1. Иванюк О.А. Источник права: проблема определения / О.А. Иванюк // Журнал российского права. - 2007. - № 9. - С. 147
2. Кашанина Т.В. Эволюция форм права / Т.В. Кашанина // Lex russica. 2011. № 1. С. 35.
3. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 N 81-ФЗ (ред. от 31.12.2014) //Собрание законодательства РФ, 03.05.1999, N 18, ст. 2207.
4. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. - М.: Юрист, 1999. - С. 18.

Кросс Р. Прецедент в английском праве / Под общ. ред. Ф.М. Решетникова. - М., 1985. – С. 158 Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. – .

Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 594.

1. Мирошник С.В. Источник права и форма права: соотношение понятий / С.В. Мирошник // Пробелы в российском законодательстве. 2013. № 5. С. 36.
2. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд. - М.: Азбуковник, 1997. - С. 255.

Пьянов Н.А. Консультации по теории государства и права. Тема «Формы (источники) права / Н.А. Пьянов // Сибирский Юридический Вестник. – 2003. - № 4. – С. 27.

*Раянов Ф.М. Юриспруденция: Курс лекций. - Уфа, 2001. - С. 324.*

1. Трофимов Я.В. Какое будущее ждёт обычное право России (к постановки проблемы) / Я.В. Трофимов // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция. 2013. № 3. С. 62.

1. Васильева Т.А. Понятие и значение источника права / Т.А. Васильева // Вестник ВУиТ . 2010. №73. С.37. [↑](#footnote-ref-1)
2. Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. 3-е изд. - М.: Русский язык, 1986. - С. 332. [↑](#footnote-ref-2)
3. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд. - М.: Азбуковник, 1997. - С. 255. [↑](#footnote-ref-3)
4. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. Т. 2. - М., 2000. - С. 59. [↑](#footnote-ref-4)
5. Васильева Т.А. Понятие и значение источника права / Т.А. Васильева // Вестник ВУиТ . 2010. №73. С.38. [↑](#footnote-ref-5)
6. Иванюк О.А. Источник права: проблема определения / О.А. Иванюк // Журнал российского права. - 2007. - № 9. - С. 147. [↑](#footnote-ref-6)
7. Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). - М., 2005. - С. 44 [↑](#footnote-ref-7)
8. Васильева Т.А. Там же,. С.38. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. - М.: Юрист, 1999. - С. 18.* [↑](#footnote-ref-9)
10. *Раянов Ф.М. Юриспруденция: Курс лекций. - Уфа, 2001. - С. 324.* [↑](#footnote-ref-10)
11. Пьянов Н.А. Консультации по теории государства и права. Тема «Формы (источники) права / Н.А. Пьянов // Сибирский Юридический Вестник. – 2003. - № 4. – С. 27. [↑](#footnote-ref-11)
12. Венгеров А.Б. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов. 3-е изд. - М.: Юриспруденция, 2000. - С. 402 [↑](#footnote-ref-12)
13. Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. – Волгоград: изд-вр ВолГу, 2004. – С. 4. [↑](#footnote-ref-13)
14. Васильева Т.А. Там же, С.39. [↑](#footnote-ref-14)
15. Кашанина Т.В. Эволюция форм права / Т.В. Кашанина // Lex russica. 2011. № 1. С. 35. [↑](#footnote-ref-15)
16. Мирошник С.В. Источник права и форма права: соотношение понятий / С.В. Мирошник // Пробелы в российском законодательстве . 2013. №5. С.36. [↑](#footnote-ref-16)
17. Там же, С. 36. [↑](#footnote-ref-17)
18. Болгова О.С. Основные источники права / О.С. Болгова // Известия РГПУ им. А.И. Герцена . 2009. №92. С.48. [↑](#footnote-ref-18)
19. Кросс Р. Прецедент в английском праве / Под общ. ред. Ф.М. Решетникова. - М., 1985. –

    С. 158. [↑](#footnote-ref-19)
20. Вопленко Н.Н. Источники и формы права: учебное пособие. – Волгоград: изд-вр ВолГу, 2004. – С. 49. [↑](#footnote-ref-20)
21. Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 594. [↑](#footnote-ref-21)
22. Вопленко Н.Н. Указ. соч., С. 50. [↑](#footnote-ref-22)
23. Мурашов С.А. Обычай в системе форм права: вопросы теории / С.А. Мурашов // Источники (формы) права: вопросы теории и истории. Материалы Всеросийской научной конференции, Сочи, 2002 год. – С. 42 – 47. [↑](#footnote-ref-23)
24. Марченко М.Н. Указ. соч., С. 594. [↑](#footnote-ref-24)
25. Марченко М.Н. Указ. соч., С. 595. [↑](#footnote-ref-25)
26. См.: Марченко М.Н. Указ. соч. [↑](#footnote-ref-26)
27. Болгова О.С. Указ. соч., С.48. [↑](#footnote-ref-27)
28. Болгова О.С. Указ. соч., С. 49. [↑](#footnote-ref-28)
29. Аксенова И. Ч., Свечникова Л. Г. Теория обычного права в энтологических, теоретико-правовых и историко-правовых исследованиях / И.Ч. Аксенова, Л.Г. Свечникова // Право и политика. 2002. № 12. С. 105-115. [↑](#footnote-ref-29)
30. Болгова О.С. Указ. соч., С.49. [↑](#footnote-ref-30)
31. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30.04.1999 N 81-ФЗ (ред. от 31.12.2014) //Собрание законодательства РФ, 03.05.1999, N 18, ст. 2207. [↑](#footnote-ref-31)
32. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): Федеральный закон РФ от 30.11.1994 № 51-ФЗ в ред. № 65-ФЗ от 06.04.2011 // СЗ РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301; 2011. – № 15. – Ст. 2038. [↑](#footnote-ref-32)
33. Там же. [↑](#footnote-ref-33)
34. Волненко Н.Н. Указ. соч., С. 50 – 51. [↑](#footnote-ref-34)
35. Трофимов Я.В. Какое будущее ждёт обычное право России (к постановки проблемы) / Я.В. Трофимов // Вестник ВолГУ. Серия 5: Юриспруденция . 2013. №3. С.62. [↑](#footnote-ref-35)
36. Трофимов Я.В. Указ. соч., С. 63. [↑](#footnote-ref-36)