

Негосударственное образовательное учреждение  
организация высшего образования  
«Российская академия адвокатуры и нотариата»

**РЕЦЕНЗИЯ**

на курсовую работу

по дисциплине Гражданское право

студента Секина А.В.

Предварительная оценка курсовой работы по следующим критериям:

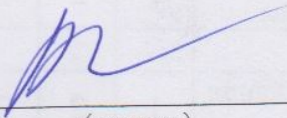
Критерии		Баллы									
		неудолет.			удовлет.		хорошо		отлично		
<b>ПО ФОРМЕ</b>											
1	правильность оформления	1	2	3	<u>4</u>	5	6	7	8	9	10
2	библиография источников, составленная в соответствии с ГОСТ	<u>1</u>	2	3	4	5	6	7	8	9	10
3	оформление цитирования в соответствии с ГОСТ	1	2	3	4	5	<u>6</u>	7	8	9	10
4	грамотность изложения, владение научной терминологией	1	2	3	4	5	6	7	<u>8</u>	9	10
5	соблюдение требований объема	1	2	3	4	5	6	<u>7</u>	8	9	10
6	представление в срок к защите курсовой работы	1	2	3	4	5	6	<u>7</u>	8	9	10
<b>ПО СОДЕРЖАНИЮ</b>											
1	соответствие содержания заявленной теме	1	2	3	4	5	6	7	8	9	<u>10</u>
2	новизна и самостоятельность в постановке и раскрытии темы	1	2	3	4	5	6	<u>7</u>	8	9	10
3	самостоятельность изложения авторской позиции, обоснованность суждений и выводов	1	2	3	4	5	<u>6</u>	7	8	9	10
4	привлечение нормативных правовых актов	1	2	3	4	5	<u>6</u>	7	8	9	10
5	использование эмпирических, статистических и социологических исследований	1	2	3	4	5	6	<u>7</u>	8	9	10
6	привлечение литературных и монографических исследований	1	2	3	4	5	<u>6</u>	7	8	9	10
7	оригинальность текста	1	2	3	<u>4</u>	5	6	7	8	9	10
Предварительная оценка		<u>хорошо</u>									



Вопросы и замечания, выносимые на защиту курсовой работы:

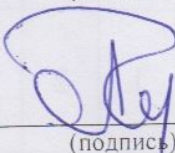
1) О формулировке подзаголовка не по ГОСТ

Рецензент

  
(подпись)

Варшунин В. В.  
(Ф.И.О.)

С рецензией ознакомлен(а)

  
(подпись)

Чекин А. В.  
(Ф.И.О.)

«30» мая 2019 г.

НЕГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ  
УЧРЕЖДЕНИЕ  
ОРГАНИЗАЦИЯ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ  
«РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ АДВОКАТУРЫ И НОТАРИАТА»

**КУРСОВАЯ РАБОТА**

**Дисциплина:**  
**ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО**

**ТЕМА:**

**Обычай как источники гражданского права**

**Выполнил:**

Студент 4 курса обучения  
заочного отделения  
юридического факультета  
Чекин А.В.

**Научный руководитель:**  
Старший преподаватель  
Вармунд В.В.

Москва 2019 год



## ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение	3
Глава 1. Особенность правового обычая	5
Глава 2. Значение правового обычая в разных правовых системах	10
Глава 3. Соответствие обычаев нормам права	16
Глава 4. Правовой обычай как форма и источник гражданского права	20
Заключение	28
Список использованных источников и литературы	31



## ВВЕДЕНИЕ

Правовой обычай в понимании - как форма права упоминался юристами много лет назад, в древние времена, если при наличии рассмотрения какого-либо дела не было конкретных указаний на нормы, содержащиеся в других разнообразных формах права. И в этом случае каждый правовой обычай считался обязательным к исполнению и, конечно же, соответствовал правовому притязанию. Но не всякий правовой обычай заключал в себе юридическую силу, так как он не обязан был противопоставляться закону, а должен был дополнять его, вносить определенные краски, делая закон более «живым», также считается, что закон обладает большей юридической силой и никакой правовой обычай не сможет противоречить ему и его статьям.

Иногда правовые обычаи служили основанием при принятии решений в спорных делах в судебных или административных процессах, при этом происходило санкционирование самим государством этих обычаев, внесением правовых обычаев в нормативно-правовые акты на законодательном уровне, которые входили в собрание актов и норм обычного права и издавались в рабовладельческих или феодальных государствах.

В нашем современном обществе государство играет очень важную роль в представлении правового обычая как формой права. Помимо государства обычай могут признать правовым различные общности, общины, касты и др., этим самым подтверждая присутствие разных правовых систем, содержащих возможность влияния на правовые изменения в частности.

При создании системы форм права государство занимает активную позицию в сложном процессе пересечения интересов государства и права, наделяя их определенной спецификой взаимодействия, повышая интерес к обычному праву, который поднимается до уровня государства. Возможность взаимодействия различных форм права, созданная и поддерживаемая государством, заставляет призадуматься о политике государства в национальном вопросе и в том, чтобы сохранить образ жизни и традиции малых коренных народов, поддерживая политику правового плюрализма.



Однако, в нашем современном обществе бытует различное восприятие правового обычая, понимание его роли в разнообразных системах форм права, а также в разнообразных системах права.

В данной работе я поставил цель - провести анализ социальной и юридической особенностей правового обычая, их признаков, положения в разнообразных мировых правовых системах, и рассмотреть возможные перспективы эволюции правовых обычаев как в правовой форме так и координатора взаимодействия общественных отношений.

Данная курсовая работа предполагает следующие задачи:

1. Выявить истинную природность и определить особенность правового обычая;
2. Подвергнуть анализу положение правового обычая в разных системах права;
3. Попытаться выяснить, является ли правовой обычай по существу формой гражданского права.

Объектом проводимых исследований в данной работе выступает правовой обычай в понимании как форма гражданского права.

Данная курсовая работа включает введение, четыре главы, заключение и список использованных источников.



## ГЛАВА 1. ОСОБЕННОСТЬ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ

Как писал А.Б. Венгеров: «Форма права - это объективное закрепление и проявление содержания права в определенных актах государственных органов, решениях судов, договорах, обычаях и иных источниках».<sup>1</sup> Правовой обычай, являясь одним из старейших правовых источников, выступая как форма права, придает ему черту правовой нормы. Обычное право – это не промежуточная форма, а устойчивое явление, проникающее через всю историю права.

Правовой обычай – это принцип поведения, сложившийся в процессе его реального применения в течение продолжительного времени, санкционированное и охраняемое государством.

Обычай, как разновидность социальной нормы, в нашем понимании - это принцип поведения, который сложился на базе регулярного и однообразного воспроизведения имеющихся реальных отношений, ставший привычным и будучи признанным в обществе. Тем не менее не каждый обычай становится правовым, им становится только тот, который может получить официальное признание у государства, этим самым получая юридическую силу. Правовой обычай можно выделить постоянным и однообразным характером его исполнения. Очень часто нормы правового обычая выражают в пословицах и поговорках. Не стоит предполагать, что правовой обычай – это древнее явление, которое потеряло в нынешнее время свое предназначение. Как показывает практика, правовые обычаи очень широко используются при регулировании таких общественных отношений, как земельные, наследственные и семейно-брачные.

Правовой обычай как форма права возник на самых начальных этапах правового развития в ранних городах-государствах и в историческом развитии считается как первый источник права.

---

Венгеров А.Б. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – С.206.



Обычное право (право созданное на обычае) регулировало в первую очередь имущественные и брачно-семейные отношения, порядок водо и землепользования.

Изначально, эта практика использования обычного права нацеливалась на сглаживание конфликтных ситуаций в общинно-родовых отношениях, затем – между различными соседствующими общинами. Некоторые обычаи стали правовыми обычаями сохранив свое предназначение после того, как появилась государственность и они встали под защиту судебной.

На ранних этапах развития правовой обычай не имел письменной фиксации, осложняя этим самым доказательство в суде его существование. Но на каком-то этапе развития правовой обычай стал письменно закрепляться, постепенно преобразовываясь в нормативно-правовой акт.

Обычай как таковой выступает исторически сложившейся базой правового обычая, останавливая внимание на таковых характерных признаках обычая, как общепризнанность и неоднократность. Обычай предполагает обязательное правило поведения, выражающее обычные методы во взаимоотношениях людей конкретной социальной общины, в следствие неоднократного принятия этими членами общины одних и тех же решений, исполняемых в силу привычки и под влиянием мнения общества.

Из вышесказанного можно выделить сильное социальное начало этого координатора общественных отношений и определить механизм жизнедеятельности обычаев в образе общественного мнения. В следствие мы располагаем картиной рождения, наличия и осуществлением обычаев в обществе. При разновидности социальных норм для обычаев типичны следующие признаки:

1. Устанавливаемый общественным сознанием общественно - социальный характер их происхождения;
2. Неоднократный и местный характер их применения;
3. Спорный характер их распоряжений;
4. Общественное мнение выставляется в качестве гарантий обычая;



5. Обычай очень часто продолжает действовать и координировать общественные отношения также и после его потери.

В первоисследованиях характера и сути обычного права социально-этническая база обычного права осознавалась наиболее значительной, в чем правовой обычай был последствием наличия более раннего обычая, этим самым можно сказать, что обычное право возникло из определенных действий, происходящих продолжительное время и ставших привычкой людей в виде обычая.

По этой причине обычаи замещаются законами ранних государственных обществ. Предмет же права, остаётся неизменным.

Общество не признает прав, исключающих добрые намерения, поэтому обычай не должен идти вразрез нравственности.

По этой причине, правовой обычай делается независимым социальным регулятором со следующими особыми признаками:<sup>2</sup>

1. Нормативность, где норма правового обычая выступает в качестве единоличного правила для всех, кто попадает под влияние её действия, а также указывает правильный образ действий.

2. Внутреннее осознание и убеждение человека в нужности правового обычая, необходимость выполнения обычно-правовых правил отдельным членом общества, в которое он входит. Правовой обычай обеспечивается внутренним убеждением человека в необходимости поступать согласно обычая.

3. Систематический характер применения, т.к. только при многократном повторении правила выявляется его неслучайность.

4. Однообразность использования, т. е. правовой обычай должен иметь принцип общей однородности для большого количества однотипных ситуаций.

5. Обычай должен действовать непрерывно, т.к. применение правового

---

<sup>2</sup> Александров Н.Г. Понятие источника права // Юрист. - 2008 - № 1. - С.16-22



обычай связано с личной выгодой для каждого человека и пользой для всего общества. По этой причине общество вряд ли откажется от применения правового обычая на какое-либо время.

6. Определённость – по этой норме правило поведения должно быть очевидно каждому члену общества, в границах принятой системы социальных и правовых институтов.

7. Обязательность – обычай должен жить в сознании членов общества как закон.

8. Разумность правового обычая – права должны быть совместимы с нравственностью.

Разнообразие имеющихся теорий в изучении обычного права доказывает разносторонность данной проблемы и потребность брать во внимание данные методы при обозначении правового обычая.

Разные методы изучения этого правового проявления выявляют всё многообразие и безграничность явления обычного права.<sup>3</sup>

И если раньше устойчиво представлялась неразрывная связь правовых обычаев и обычного права с государством, то в последнее время правовой обычай представляет собой образовавшееся нравственно-юридическое понятие, живущее без государственного вмешательства и снабжаемое социальными средствами, не базирующимися на государственном принуждении.

Согласно определению правового обычая, правовой обычай – это санкционированное государством правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения.

Основное отличие правового обычая от неправового обычая в том, что правовой обычай, будучи санкционированным государством, приобретает юридическую силу и обеспечивается государственным принуждением.

В процессе исторического развития общества правовые обычаи постепенно заменялись законами, а в современном обществе правовые обычаи

---

<sup>3</sup> Амплеева Е.Е. Соотношение обычного и договорного права в международном публичном праве // Истоки и источники права: Очерки / Под ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. - СПб., 2009. – С.127-129



имеют малозначительное место в системе форм и источников права различных стран.



## ГЛАВА 2. ЗНАЧЕНИЕ ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ В РАЗНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ

Для нашей правовой системы правовой обычай не особо типичен, но его можно встретить и в ней. Так например, в Гражданском кодексе РФ часть статьи 19 гласит: «Гражданин приобретает и осуществляет права и обязанности под своим именем, включающим фамилию и собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая»<sup>4</sup>. А в статье 5 Гражданского кодекса РФ записано: «...при осуществлении предпринимательской деятельности допускается использование обычаев делового оборота как сложившихся и широко применяемых правил поведения, даже если они не записаны в актах государства».<sup>4</sup>

Можно также привести пример правового обычая, в статье Кодекса торгового мореплавания РФ: «срок, в течение которого груз должен быть погружен на судно, определяется соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения – сроками, обычно принятыми в порту погрузки». В Уголовном Кодексе РСФСР существовала глава 9, в которой предусматривалась ответственность за преступления, содержащие пережитки местных обычаев. Также статья 233 УК РСФСР, за похищение женщины для вступления в брак предусматривала наказание в виде лишения свободы на срок до 2-х.

В области международного права правовой обычай имеет особенное значение. Он обладает возможностью стать источником международного права, в том случае, когда не урегулированы международным договором отношения между субъектами международного общества. По этой причине правовой обычай должен быть признан всеми или некоторыми государствами, сотрудничающими между собой и на которые он и должен будет распространяться.

---

<sup>4</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. // Собрание Законодательства Российской Федерации. - 1994. - № 32. - Ст. 5; 19.



Применение международного правового обычая можно увидеть в решении Международного суда ООН по англо-норвежскому спору о рыболовстве 1951 года, где прописано, что в соответствии с обычной нормой прибрежные государства могут в качестве исходной линии для отсчета ширины территориальных вод применять и прямые линии. Имеют место быть обычаи, которые получили особое признание в международных отношениях, такие как дипломатический этикет.

В системе международного права правовой обычай играет большую роль. По сравнению с международным договором он считается более гибким источником права, я бы сказал, что по международному договору для создания последствий необходимо согласование воли многих членов международного общества, но технически это бывает очень сложно.

Иногда государства по своим политическим мотивам могут побаиваться принимать на себя какую либо юридическую ответственность, подписывая международный договор, они соглашались с выполнением его требований в порядке сохранения правового обычая. В каких-то случаях может возникнуть потребность в подчинении нормам международного договора в порядке правового обычая, если договор еще не вступил в юридическую силу.

В процессе исторического развития общества источники права, изменяются, становятся более совершенными. И в любой правовой системе этот процесс протекает по-особенному. В некоторых правовых системах формы права, пройдя путь развития, не утратились и по сей день. В число подобных форм права можно включить такие, как правовой обычай, прецедент и закон. Хотя многие формы и источники права утратились, не сохранив о себе ни малейшего напоминания. В качестве примера источников права можно рассмотреть труды римских юристов, которые обладали в свое время общеобязательной силой для судей и выставлялись в роли закона, но в наше время они потеряли свое первоначальное значение и сегодня для нас они имеют только историческую ценность.



Эволюция, развитие, иерархичность форм права иногда во многом зависят от конкретных правовых систем, в которых они находятся. Например, в Австралийской правовой системе можно выделить следующие основные источники права: обычное право, обычаи и делегированное законодательство.

Если рассмотреть правовые семьи, а не правовые системы отдельных стран, то сопоставив романо-германскую правовую семью и правовую семью общего права, имеем возможность сказать, что в романо-германской правовой семье пускают в дело юридические методы при решении юридических споров, в основании которых находится закон. В семье общего права, при решении подобных юридических споров, на передний план выходят прецеденты и судебные решения как форма и источник права.<sup>5</sup>

При рассмотрении обычая как нормы права, можно увидеть, что любой обычай содержит единственную норму права. По этой причине в определении самой нормы как правила поведения не устанавливают системные связи между структурными субъектами нормы права при употреблении правового обычая, а придают ему общеобязательный характер.

Ввиду того, что в современных национальных правовых системах правовой обычай как внешняя форма права попадает на глаза не часто, то было бы целесообразно провести анализ использования обычных норм в международном праве для выяснения метода их создания.

Наряду с международным договором в международном праве, одним из важнейших официальных источников является правовой обычай. Но в рамках системы международного права международный правовой обычай никогда не будет замещен международным договором.

В современном обществе обычное право поддерживает свое господствующее положение над международным договорным правом в таких сферах, как признание и неприкосновенность государства, международно-правовая ответственность.

---

<sup>5</sup> Ерофеева Д.В. Источники права: проблемы теории и истории права. // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. – 2013. - №1(28). – С.55-58



В нормативном определении международный обычай выражается как «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Исследователи в области международного права подчеркивают, что международный обычай подтверждается двумя элементами: объективным на основе «всеобщей практики» и – субъективным на основе «принятого в качестве обязательной нормы».<sup>6</sup>

Соответственно, определенное правило поведения субъектов международного права, которое сформировалось вследствие дублирующихся одинаковых действий субъектов международного права, то есть вступило в практику государств, может стать международной обычной нормой. При этом «всеобщая практика» не означает обязательно практику всех государств.

Иногда, по тем или иным причинам, некоторым государствам не хватает практики по тем или иным вопросам (ввиду отсутствия определенных условий - территориальных, водных и т.д.), но этот момент не должен мешать образованию обычной нормы. По этой причине в данном случае достаточно будет практики большинства других государств. В этом случае ключевым фактором будет являться качественный, а не количественный. По делу об убежище Международный Суд ООН сформулировал следующую позицию по данному вопросу: «Сторона, которая ссылается на обычай... должна доказать, что этот обычай установился таким образом, что он стал обязательным для другой стороны... что норма, на которую делается ссылка... находится в соответствии с постоянным и единообразным обыкновением, практикуемым данными государствами...».

Решения международных организаций и других объединений также имеют возможность быть точкой отсчета для создания обычной нормы,

---

<sup>6</sup> Статут Международного суда ООН // Действующее международное право. Т. 1.- М.: Московский независимый институт международного права. - 2009, с. 797 - 811.



представляющие согласованные позиции государств-членов. Так, на примере Международного суда ООН в отношении Резолюций Генеральной Ассамблеи ООН можно увидеть: несмотря на то, что они не являются обязательными правилами поведения, они могут представлять юридическую ценность, т.к. при определенных условиях они способны служить важным свидетельством, определяющим существование норм или установление.<sup>6</sup>

В современном обществе можно отметить, что практика принятия деклараций Генеральной Ассамблеей ООН подвела к тому, что образовался абсолютно новый механизм формирования обычных норм международного права, в этом механизме нормы обычного права могут создаваться намного быстрее с помощью правил, содержащихся в одном или нескольких актах, но не в результате продолжительной практики.

Впрочем вхождение определенных правил в практику государств подразумевает только первый этап образования международно-правового обычая, направленный на согласование воли государства относительно предмета определенного правила поведения. В результате протекания данного этапа создается привычка, то есть правило поведения, которому обыкновенно следуют государства, но которое пока еще не представляется юридически обязательным, а включает в себя лишь определенную морально-политическую силу.<sup>7</sup>

Как только государства признают в качестве правовой нормы то или иное правило, оно превращается в международно-правовой обычай и приобретает юридическую форму.

Удостоверением признания обычной нормы могут стать односторонние действия и акты государств, ссылающихся на данные нормы. Кроме этого, в международной практике образовался принцип, содержащий в себе то, что отсутствие протеста со стороны государства, прямо или косвенно упомянутого практикой использования обычной нормы, образует для данного го-

---

<sup>7</sup> Самхарадзе Д.Г. Международный договор и не участвующие в нем государства / Д.Г.Самхарадзе // Международное публичное и частное право. - 2012. - №4. - С. 22-23.



сударства обязанность соблюдать эту норму, потому как данное поведение воспринимается как «молчаливое» одобрение обычая.

Ввиду того, что содержание правила поведения в роли международно-правового обычая является сложным вопросом, иногда используют для установления его существования вспомогательные средства, в качестве которых могут выступать решения международных судебных органов, а также решения международных организаций и действия государств.

К судебным решениям, которые являются вспомогательным средством, относятся решения Международного Суда ООН, других международных судебных и арбитражных органов. Передавая спор в Международный Суд ООН или другие международные судебные органы, государства нередко просят установить наличие обычной нормы, обязательной для спорящих сторон.

Международный Суд ООН в своей практике не ограничивался констатацией существования обычаев, но давал им более или менее четкие формулировки. Здесь важно подчеркнуть, что подобные судебные формулировки не придают обычаю письменную форму, а служат именно вспомогательным средством для определения его содержания.

Исходя из вышеизложенного, для формирования обычной нормы международного права требуется существование международной практики, то есть существование в практике государств правила поведения и признание этого правила в качестве международно-правовой нормы. Обычно эти два процесса протекают одновременно.



### ГЛАВА 3. СООТВЕТСТВИЕ ОБЫЧАЕВ НОРМАМ ПРАВА

Обычай является нормой и правилом поведения определенного вида. В отличие от других правовых, моральных и корпоративных норм, которые близки к идеологии, обычай и некоторые правила поведения тесно связаны с общественной психологией, которая является неотъемлемой частью общественного сознания и которая содержит в себе стихийно развивающиеся чувства, эмоции, иллюзии, традиции, нравы.

Общественная психология, также как и общественное сознание, терпит на себе действие права и имеет возможность оказывать на него некоторое влияние. Как мы видим, с одной стороны, в области общественной психологии образуется правовая культура, принадлежащая стабильному гражданскому обществу, с другой стороны, собственно в общественной психологии сохраняются традиции и нравы, замещающие право другими регуляторами поведения.

В общем определении обычая очень часто сочетаются весьма разнородные нормы.

Обычай в своем, более узком, понятии смысла слова является правилом поведения, соблюдаемым в силу привычки. Обычаем могут стать нормы, которые стали привычным в процессе их продолжительного использования. Они возникают на базе моральных норм, бытовых норм и иных норм права. Воплощение в жизнь обычаев обычно выполняется без раздумываний о происхождении этой нормы. При переходе в обычай, какая-либо норма утрачивает свою «оценочную форму» в смысле критериев добра, зла, удобства, приличия и других, лежащих в ее основе. Если сказать другими словами, то моральная норма выполняет функцию регулирования поведения людей при помощи оценочных форм, таких как добро, зло, приличие и других, которые соответствуют идеологии всех членов общества, но та же норма, которая стала обычаем, может оказывать свое регулирующее действие по причине ее



эмоционального восприятия этими членами общества, которые привыкли ее соблюдать настолько, что она стала их потребностью.

В общем, когда неправомерное поведение выступает за рамки обычного поведения, не привлекая внимания правоохранительных органов, право в своей реализации базируется на обычное подчинение правовым нормам. Всеобщая привычка большинства членов любого общества к установившемуся порядку, инстинктивная надежда на защиту жизни, здоровья и имущества его членов от правонарушителей, на социальную поддержку государства выступают психологической базой любого правопорядка, кроме того случая, когда само право является стабильным и не вступает в конфликты с общественным правосознанием.

Во многих странах санкционированный обычай стал источником права. Обычаи являются источником права в мусульманских странах наравне с шариатом.

В самом начале прихода советской власти в России, в некоторых регионах Кавказа и Средней Азии обычаи являлись одним из источников права. Наряду с этим советское уголовное право запрещало осуществление каких-либо действий, которые представляют собой пережитки местных обычаев (двоеженство, многоженство и др.) под угрозой применения наказания.

В России, где еще не возникла и не существовала достаточно долгое время стабильная система права, а сознание общества на идеологическом и психологическом уровнях менялось и меняется, отсутствует система устоявшихся общих обычаев, которые можно было бы назвать одним из источников права.

К обычаям также относят и традиции, в меньшей степени связанные с чувствами и эмоциями. Их появление не всегда привязано к длительному существованию какой-либо нормы. Традиции показывают намерение членов общества сберечь унаследованные от предков правила поведения, они возникают по причине появления какого-либо примера, воспринятого и одобренного обществом. К примеру, в трудовом коллективе есть такая традиция от-



мечать знаменательные события в жизни его членов (свадьбы, юбилейные даты и т.п.). В этом случае традиция сопряжена с нормами морали в том, что какое-нибудь действие, одобряемое с моральной точки зрения становится традицией, а лица, которые пренебрегают этой традицией, могут заслужить общественно-моральное порицание. По этой же причине традиции имеют кое-что общее с обычаем, они базируются не только на общественном мнении, но и на психологических фактах, в частности на чувствах отношений человека с окружающим миром, на стремлении следовать определенному примеру, которое называется подражанием.

Обыкновения (деловые обыкновения) отличаются от традиций и обычаев. Под обыкновениями подразумевается устоявшаяся практика, которая сложилась в процессе хозяйственной деятельности и в быту. О деловых обыкновениях можно говорить не как о критериях, которые установились какими-либо обычаями, а как о заведенном порядке или об определенных нормах, совпадающих с уровнем развития производства.

Обычаи занимают особое положение в системе социальных норм - таких правил поведения, которые возникают в общественной среде и передаются из одного поколения в другое, являются обычной жизненной необходимостью людей, а в процессе их постоянного повторения могут стать для них привычными. Они наименее связаны с правом, чем моральные нормы, но тем не менее не выступают как нейтральные.

Обычаи и нормы права имеют ряд общих признаков, принадлежащих всем социальным нормам, они должны быть общими и обязательными правилами поведения членов общества, устанавливая критерии поступков людей в определенных коллективах.

Наряду с этим обычаяи и нормы права различаются друг от друга по форме происхождения и форме выражения, методу претворения в жизнь. Обычаи родились с появлением человеческого общества, а нормы права имеются в государственно-организованном обществе, обычаи находятся в сознании людей и не прописываются в актах, а нормы права находятся в опре-



деленных формах, обычаи заручаются общественным мнением, а нормы права реализуются с учетом возможного государственного принуждения.

Одни обычаи могут быть прогрессивными, а другие могут быть вредными, и право направлено на борьбу с ними. Многие из них очень даже разумны, так например, запрет на употребление спиртного невесте и жениху, работникам во время посевной и т.д. В народе пьяниц считали людьми опустившимися, достойными жалости и осуждения со стороны общества, но в тоже время существует традиция отмечать праздники с употреблением спиртного. Как мы видим, эта традиция не является прогрессивной для человечества и с ней надо бороться как общественными, так и нормативными средствами.



## ГЛАВА 4. ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ КАК ФОРМА И ИСТОЧНИК ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Правовой обычай является первой и самой древней формой права, он выступает в роли неписаного правила поведения, возникшее благодаря его фактического и неоднократного использования в течение продолжительного времени и принимаемое государством в роли общепринятого правила. Правовой обычай расценивается как источник права в том случае, когда он фиксирует исторически сформировавшиеся отношения, одобряемые народом. Следовательно можно сделать вывод, что правовой обычай как источник гражданского права следует воспринимать как специфическую форму, в содержании которой может выражаться правило поведения выработанное внутри общества, ставшее для людей привычным и получившее роль общеобязательной нормы.

На разных этапах развития рабовладельческих и феодальных обществ обычаи утверждались решениями суда по каким-либо отдельным фактам. В наше время присутствует иной способ утверждения государством обычаев - это ссылка на них в тексте законов.

Порой бывает очень сложно понять, может ли тот или иной обычай быть правовым. Вот например, обычай кровной мести в нынешнее время не поддерживается ни одним государством, хотя одновременно с этим он имеется у многих народов. В прошлые века за оскорбление чести и достоинства существовал обычай - вызвать на дуэль обидчика. Он просуществовал довольно долго до того момента, пока государство и общество не пришли к убеждению, что он наносит большой вред членам общества, в связи с чем его запретили в России и в других странах. Во времена Советской власти правовые обычаи заменили нормативно-правовыми актами. В наше время опять возник интерес к правовому обычаю как форме права, которая по существу близка к природным правам человека и определена системами органов местного самоуправления.



Такие понятия, как «обычай» и «обычное право» имеют неоднозначное толкование. В западном правоведении такие понятия вовсе не разграничиваются, юридическая норма рассматривается в качестве обычая, сила этой нормы основывается не на указах государства, а на том, что народ привык к ней, применяя ее на практике довольно продолжительный период времени. Как говорил В. М. Хвостов: «Обычай суть юридическая норма, подкреплённая давностью применения.»<sup>8</sup>

Многие ученые трактуют обычное право как начальный метод формирования правовых норм, рожденный ранее, чем развитие общества в политическом плане. По их суждениям можно считать, что право, сформированное обычаями, употреблялось обычно на самых ранних этапах развития общества, в древнейших правовых системах.

Но мы можем с ними не согласиться, поскольку, как уверяет этнографическая наука, обычаи и в наше время используются многими народами, кроме этого, происходит процесс возникновения новых обычаев, выражающих современное развитие общества.

Правовой обычай обладает определенными характерными чертами, которые выделяют его среди остальных источников права. Обычай должен существовать продолжительное время, так как его формирование происходит постепенно. С момента его рождения должно пройти какое-то время для приобретения определенной силы. Недаром в древние времена в текстах писали: «С незапамятных времен». Обычай фиксирует, включает в себя то, что сложилось в итоге продолжительной практики в обществе, он имеет возможность содержать как позитивные моральные и духовные ценности общества, так и негативные предрассудки.

С развитием общества устаревшие обычаи периодически замещаются новыми, более современными, подходящими к окружающей действительности. Характерная черта обычая, выделяющая его среди остальных источни-

---

<sup>8</sup> Хвостов В.М. Система римского права, М., 1996, С. 32



ков права, выражается тем, что он находится в сознании народа и передается в устной форме из поколения в поколение. В связи с тем, что обычай передается в устной форме, его содержание требует более или менее точную определенность: ситуацию его применения, круг распространения, последствия его применения. В большинстве случаев обычай имеет действие на определенной территории, в определенном месте, в зоне проживания относительно небольшого количества людей или на относительно небольшой территории, являясь типичной традицией для данной местности.

Некоторые ученые полагают, что существует тесная связь обычая с религией, если посмотреть на современную Индию, то у них обычное право состоит в структуре индусского сакрального права.

Для реального применения обычая в обществе, необходимо чтобы государство признало его юридическую силу. Обычай должен иметь общеобязательный характер вместе с другими источниками права только после того, как государство признает его законность, право не может существовать вне государства.

Однако в современном обществе существуют различные методы легального признания обычаев для вхождения их в список формально-юридических источников. Это факт признания их государственными органами и органами местного самоуправления, государствами и международными организациями в сфере публичных и частных международных отношений.

Теперь можно сказать, что правовой обычай - это утвержденное государством правило поведения, которое возникло ранее в связи с длительным повторением людьми определенных действий, вследствие чего утвердилось как устойчивая норма. Государство утверждает только те обычаи, которые не расходятся с его интересами. Утвержденные обычаи принимают черты общеобязательных правил поведения. Неправовой обычай, не утвержденный государством, не может быть источником права, ибо он опирается только на общественное мнение.



На разных этапах своего развития государство опиралось на обычаи, которые в дальнейшем стали правовыми обычаями, т. е. нормами поведения, которые защищаются силой государственного принуждения.

Обычаи являются самыми могущественными пособниками государственной власти. Воздействуя напрямую в отношении людей и на их общественные отношения, обычай обеспечивает разные государственные установки. Обычай обладает юридическим характером только после признания его государством посредством судов или иных государственных органов. Данной точки зрения придерживаются не только на Западе, но и у нас. М.Н. Марченко в учебнике «Правовые системы современного мира» разбирает вопрос об обычаях как источниках права в разных правовых обществах, уделяет внимание тому, что обычай рождается самим обществом путем продолжительного и неоднократного повторения этих самых отношений и выступает в роли стихийного, нерегулируемого процесса.<sup>9</sup>

В процессе рабочей деятельности каких-либо государственных органов создается закон, его принятие должно быть упорядоченным и целенаправленным. Когда обычай становится обладателем юридической силы, он не должен быть в противоречии с законом.

Имеют место быть разные точки зрения на представление обычая как источника права. В западной юридической литературе описываются две точки зрения на данный вопрос - социологическая и позитивистская школы. Согласно теории социологической школы обычай играет преобладающую роль, он выступает основой права и определяет методы применения права. Позитивистская школа снижает роль обычая к нулю, он играет лишь очень маленькую роль в праве. Р. Давид полагает, что недостатком позитивистской позиции является отсутствие чувства реализма, согласно его мнения, обычай не является основным элементом права, но вместе с тем нельзя недооценивать его роль по отношению к законодательству. «Более точным представле-

---

<sup>9</sup> Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М., 2001. С.54.



ние о роли обычая станет тогда, когда возродят традицию и перестанут отождествлять право и закон. Если понимать закон лишь как одно из средств для выражения права, то ничто не мешает признанию наряду с законодательными актами полезности других источников. И среди этих последних важное место займет обычай».<sup>10</sup> После этого автор устанавливает, что обычай сам по себе значения не имеет. Он имеет значение только для вынесения справедливого решения.

Юрист не должен подсознательно применять обычаи, он должен относиться к ним критически. В юридических книгах можно встретить следующие обычаи в зависимости от их взаимоотношений с законом и другими источниками права. Обычаи, которые идут в дополнение к закону, обычаи, которые действуют кроме закона и обычаи, которые по своей природе и содержанию являются обычаями против закона.

Функция обычаев в дополнение к закону состоит в том, что они содействуют созданию оптимальных условий для использования существующих нормативных актов и их норм. Иногда для понимания закона необходимо его дополнить обычаями. Такие обычаи можно встретить в национальном законодательстве.

Обычаи, которые действуют кроме закона, являются самостоятельными источниками права по отношению к законам и другим источникам права. Но при этом они являются совместимыми с действующим законодательством, с их помощью регулируются общественные отношения, которые не могут урегулироваться законодательством.

Роль обычаев, которые по своей природе и содержанию являются обычаями против закона очень ограничена. «Совершенно ясно, что суды не любят выступать против законодательной власти».<sup>10</sup>

Обычай по своей природе приобретает консервативный характер. В результате продолжительной практики он закрепляет сложившиеся отношения

---

<sup>10</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996, С. 95.



в обществе, к которым Государство относится по-разному. Одни может запретить, другие одобрить и развить. Но всегда правовые обычаи должны быть в пределах правового поля, правового регулирования, а не вне их границ. И, соответственно, они не должны противоречить действующему законодательству.

Одним из жизненно важных вопросов, зарождающихся в процессе осуществления принципов права, по традиции ставится вопрос о том, могут ли эти принципы выполнять роль самостоятельных источников права. Если провести анализ литературных источников по правоведению, то мы можем обнаружить, что в разных правовых семьях существуют различные подходы к урегулированию этого вопроса: неоднозначно трактуется характер принципов права в правовой системе, не соответствуют друг другу мнения исследователей о месте принципов среди других источников права.

Под определением источника права мы понимаем правотворческие силы. К данным силам мы можем отнести волю Бога, народную волю, государственную власть, идею равенства и справедливости, правосознание людей.

Также к источникам права мы можем отнести исторические сведения, которые могли войти в базу какого-нибудь законодательства, например, в памятники права, которые действовали в определенное время (Русская правда, Законы царя Хаммурапи и другие); в средства познания права из нормативно-правовых актов или законов.

Теперь мы видим, источниками права следует считать определенные условия жизни общества, которые справедливо являются причиной необходимости создания или преобразования и дополнения конкретных нормативно-правовых актов правовой системы в целом.<sup>11</sup>

Философские концепции, вошедшие в основу какой-либо правовой системы также могут быть источниками.

---

<sup>11</sup> Велижанина М.Ю. «Мягкое право» и его роль в регулировании международных отношений // Юрист-международник. - 2009. - № 3. - С. 10.



Сущность понятия формы права так же является неоднозначной. Она способна содержать в себе не только какое-либо внешнее выражение, но и определенную связь звеньев и процессов как между собой так и со внешними факторами.

Между тем, сколько не было бы значений у понятия источника и формы права, особо важно лишь то, что данные понятия, вместе или по отдельности, расцениваются как средство для придания правилу поведения общезначимой силы с помощью государственной власти.

Можно выделить самый главный источник права – это нормативно-правовой акт (нормативный акт).

Нормативно-правовой акт – это решения компетентных государственных органов, содержащие нормы права и представленные в письменном виде. Акты применения права и индивидуальные акты отличаются от нормативно-правовых актов тем, что они привязаны к определенным субъектам и к конкретным обстоятельствам места и времени.

В современном обществе в понятие нормативно-правовой акт входят законы, указы, постановления правительства, приказы министров, приказы председателей государственных комитетов, декреты, решения и постановления, принимаемые местными органами государственной власти.

Закон - это принимаемый в особом порядке и обладающий высшей юридической силой нормативный правовой акт, выражающий государственную волю по ключевым вопросам общественной жизни. Законы с точки зрения их юридических качеств обладают высшей юридической силой: остальные нормативные акты не должны противоречить законам; законы утверждаются, изменяются или отменяются только одним органом, то есть не могут принимать участие сразу два органа в утверждении, отмене или изменении закона; все остальные нормативные акты должны исходить только из законов. Законы должны соблюдать все; законы должны быть совершенными по содержанию и по форме, и они должны регулировать действительно ключевые вопросы.



Нормативно-правовые акты обладают значительным преимуществом перед остальными источниками права по причине свободного обращения, ясности, точности, способу утверждения, а так же по причине того, что они издаются государственными органами.

По обладанию юридической силой нормативно-правовые акты делятся на законы и подзаконные акты. Под юридической силой мы понимаем значение нормативно-правового акта, определяемого положением органа в системе законопротворческих государственных органов, его правомочностью.

Подзаконный акт – это правовой акт государственного органа власти, который обладает более низкой юридической значимостью, чем закон. К этим актам относят постановления и распоряжения правительства.<sup>12</sup>

Правовой обычай является древнейшим и важнейшим источником права. В ходе исторического развития он опережает все другие известные источники права. Ученые считают, что он был рожден на этапе перехода общества от первобытнообщинной догосударственной ступени развития общества к государственной.

В развитии древних обществ правовой обычай занимал основную позицию, из правового обычая возникали ведущие отрасли и институты права. Причиной тому стало санкционирование появляющимися государственными структурами существующих традиций.

---

<sup>12</sup> Киселева О.М. Поощрительно-правовая система в современной России как объект реализации поощрительно правовой политики: понятие и сущность // Вестник СГАП. – 2009. №2 (66). – С.11-14.



## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Главной задачей людей при первобытнообщинном строе являлось их сплочение в племена и общины, а также выживание в первобытном обществе. Социально-экономическое положение рода и племени выражалось и обеспечивалось социальной организацией и социальными нормами, которые сами по себе входили в жизнь и деятельность людей в первобытном обществе. Система присваивающего общества сильно отличалась от системы, возникающей в производящей экономике. Эта система присваивающего общества содержала свои индивидуальные признаки, особую форму выражения, возникающие средства воплощения в жизнь и сохранность общества, этим самым отражая особенности и задачи первобытного общества, его состояние.

Родовая община являлась первоначальной формой устройства догосударственного общества людей. По этой причине род являлся наряду с этим единовременно и социальным институтом и начальной формой устройства догосударственного общества. Род был источником и обладателем власти, власть выражала силу и волеизлияние общества. Все члены общества были подвластны, власть управляла всеми делами рода.

Общественное самоуправление было уникальным средством воплощения власти. В то время не существовало ни своеобразных органов принуждения, ни профессиональных кадровых руководителей. Собрание всех дееспособных членов общества было высшим органом власти в племени (роду). На этом собрании обсуждались все насущные проблемы функционирования данного общества, разбирались ссоры между его членами, выбирались вожаки для осуществления определенных задач.

Власть общества в то время была абсолютно подлинной, у неё не было особых принудительных учреждений, но она была способна привести к наказанию за нарушение имеющихся обычаев и действующих правил поведения в обществе. За совершение определенных нарушений этих правил непременно



наступало наказание, которое в определенных случаях могло быть довольно жестким, а в каких-то и довольно мягким.

Взаимоотношения в первобытном обществе устанавливались обычаями. Громадную роль в урегулировании семейных отношений сыграл запрет (табу) на браки с кровными родственниками. Благодаря запретам в первобытном обществе удерживалась нужная дисциплина, которая помогала добывать необходимые в то время жизненные блага. Запреты защищали источники жизненных благ от истощения и уничтожения, способствовали развитию общества.

Актуальность обычаев в первобытном обществе состояла в том, что они носили прогрессивный характер, способствовали развитию общества и системы власти, а также являлись первоисточниками права.

В настоящее время правовые обычаи играют значительную роль при регулировании общественных отношений (семейно-брачных, земельных, наследственных и т.д.), а некоторые обычаи, попавшие в законы многих стран Азии, Африки и Латинской Америки, действуют и по сей день.

В международном праве правовой обычай является не только традиционной нормой, но и источником регулирования межгосударственных отношений, а также фактором создания норм международного права.

В последнее время в России, в связи с развитием рыночной экономики, роль правовых обычаев только возрастает. Они регулируют взаимоотношения между сторонами в предпринимательской деятельности, например статья 5 Гражданского Кодекса РФ гласит: «Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе»<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. // Собрание Законодательства Российской Федерации. - 1994. - № 32. - Ст. 5.



А в Конституции РФ, в Статье 99 без употребления слова «обычай» закрепляется определенное правило, согласно которому «первое заседание Государственной Думы открывает старейший по возрасту депутат»<sup>14</sup>

Также взяв за основу соответствующие обычаи, издаются указы Президента РФ о различных праздниках, о символике Государства и т.д.; была введена процедура инаугурации президента и губернаторов, принятие ими присяги.

---

<sup>14</sup> Конституция Российской Федерации по состоянию на 2017 год. - Москва : Эксмо, 2017. - С. 20.



## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ И ЛИТЕРАТУРЫ

1. Венгеров А.Б. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов. 3-е изд. – М.: Юриспруденция, 2000. – С.206.
2. Александров Н.Г. Понятие источника права // Юрист. - 2008 - № 1. – С.16-22
3. Амплеева Е.Е. Соотношение обычного и договорного права в международном публичном праве // Истоки и источники права: Очерки / Под ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. - СПб., 2009. – С.127-129
4. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. // Собрание Законодательства Российской Федерации. - 1994. - № 32. - Ст. 5; 19.
5. Ерофеева Д.В. Источники права: проблемы теории и истории права. // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. – 2013. - №1(28). – С.55-58
6. Статут Международного суда ООН // Действующее международное право. Т. 1.- М.: Московский независимый институт международного права. - 2009, с. 797 - 811.
7. Самхарадзе Д.Г. Международный договор и не участвующие в нем государства / Д.Г.Самхарадзе // Международное публичное и частное право. - 2012. - №4. - С. 22-23.
8. Хвостов В.М. Система римского права, М., 1996, С. 32
9. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. М., 2001. С.54.
10. Давид Р. , Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996, С. 95.
11. Велижанина М.Ю. «Мягкое право» и его роль в регулировании международных отношений // Юрист-международник. - 2009. - № 3. - С. 10.
12. Киселева О.М. Поощрительно-правовая система в современной России как объект реализации поощрительно правовой политики: понятие и сущность // Вестник СГАП. – 2009. №2 (66). – С.11-14.



13. Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. // Собрание Законодательства Российской Федерации. - 1994. - № 32. - Ст. 5.
14. Конституция Российской Федерации по состоянию на 2017 год. - Москва : Эксмо, 2017. - С. 20.