

## СТАНОВЛЕНИЕ ОБЫЧНОГО ПРАВА

*Работа представлена кафедрой теории права и гражданско-правового образования.  
Научный руководитель – доктор философских наук, профессор В. Ю. Сморгунова*

Обычай как форма права используется практически во всех современных правовых системах. Обращение к истокам нормативного регулирования общественных отношений также представляется логичным и обоснованным. Становление правовой системы любого социума предполагает прохождение нескольких последовательных ступеней: мононормы – правовые обычаи – позитивное право. В данной статье предпринимается небезуспешная попытка комплексного изучения правового обычая как феномена правовой действительности. Развитие права предполагает наличие достаточно длительного периода господства обычая. Это положение подтверждается данными антропологических исследований, а также развитием теории межличностной коммуникации.

A custom as a form of law is used in practically all modern law systems. Paying attention to the sources of normative regulation also appears to be logical and reasonable. The development of a law system in any community assumes the process of passing the following stages: mononorms – legal customs – positive law. The article presents an attempt to analyze legal custom as a legal force phenomenon. The law development anticipates a rather long period of custom's domination. This idea is proved by the data of anthropological researches and also by the improving of interpersonal communication theory.

Рассмотрение данного вопроса предполагает, на наш взгляд, обращение к следующим проблемам:

- происхождение обычая;
- специфика правового обычая;
- сущность обычного права;
- современное бытие правового обычая и обычного права.

Осветить поставленные проблемы можно при условии применения исторического и сравнительного методов анализа.

Прежде всего обратимся к происхождению обычая и его роли в системе социального регулирования в первобытном обществе. Первоначально человеческое сообщество функционировало в рамках присваивающего хозяйства и вело кочевой образ жизни (локальные группы по 20–30 человек). В пределах групп постепенно формировались определенные правила поведения, основанные на принципах целесообразности и полезности. По мнению ряда исследова-

дователей, «структурные элементы первобытной культуры – тотемы, табу, верования, заповеди, требования обычного права, моральные нормы – были прямо направлены на обуздание зоологических инстинктов членов первобытного стада. Они представляли собой культурные формы регулирования страстей, желаний, влечений, вражды и т. п. Не вызывает сомнений, что культура рождалась как способ ограничения природы, причем средствами весьма жесткими, репрессивными»<sup>1</sup>.

В отечественной юридической литературе социальные правила поведения родового общества объединяются общим термином «мононормы». Их можно определить как единые, нерасчлененные нормы поведения, присущие человеку, содержащие зачатки права, религии и морали. Основными функциями мононорм являлись:

- освобождение психической энергии от страха перед окружающим миром, тревожности и направление ее на производительную деятельность;

- установление в обществе стабильных отношений, исключающих влияние случайных, субъективных мотивов и обстоятельств.

С позиции современного мышления можно выделить несколько видов социальных норм в родовом обществе:

- обычай, т. е. исторически сложившееся правило поведения, которое в результате многократного применения вошло в привычку;

- простейшие нормы морали, представляющие собой правила поведения, регулировавшие отношения между людьми на основе первобытных представлений о добре и зле;

- религиозные нормы, т. е. правила поведения, регулирующие отношения между людьми на основе их религиозных представлений;

- мифология, т. е. совокупность мифов, отражавших представления людей о мире и человеческой природе;

- табу, т. е. религиозный запрет, налагающийся на какой-либо предмет, действие или слово, нарушение которого будто бы влечет неминуемую жестокую кару со стороны богов или духов.

Все эти социальные нормы и являлись составными частями (сторонами) мононорм, которые в целом характеризовались следующими признаками:

- социальность;
- формирование в результате многократного повторения и укоренения в привычках;

- обеспечение мерами общественного принуждения;

- консервативность по природе, поскольку закреплению подлежит только то, что сложилось в результате длительной общественной практики.

Каково же место собственно обычая в этой системе социального регулирования? По замечанию известного психолога В. Вундта, «в настоящем значении слово «обычай» (нравы) означает ту норму (или правило) произвольного поведения, которая, господствуя у народа или племени, не вынуждена никаким определенным повелением и наказанием за свое нарушение. Правда, обычай также не лишен принудительных средств; но они, как и самые обычаи, не принадлежат к роду обязанностей, они не заключаются ни во внутренних повелениях долга, как нравственных законах, ни во внешних угрозах наказания, как в правовых законах»<sup>2</sup>.

С усложнением социальных структур родового общества и увеличением численности людей начался процесс разрушения мононорм. Разумеется, он проходил не одномоментно, а в течение нескольких тысячелетий, а в ряде регионов мира обычай является и в настоящее время ведущим источником права. Тем не менее даже в современных «безгосударственных» общинах и племенах сформировалось то, что ряд исследователей (Э. Аннерс, Т. В. Кашанина) называют «архаическим правом». Оно существовало (а отчасти существует и в наши

дни) в сложных политических объединениях (вождествах и ранних государствах). Признаками архаического права выступают:

- большое разнообразие норм;
- казуистичность норм;
- несистематизированность норм;
- объективизм;
- необязательность, альтернативность;
- направленность на примирение сторон;
- коллективный характер ответственности;
- отражение зачатков социального неравенства;
- символичность и демонстративность документов;
- отсутствие специальных юридических учреждений;
- пронизанность религиозным духом.

В принципе, сочетание обычая или обычного права (как его более зрелой формы) с религией вполне объяснимо. Эти регуляторы общественных отношений развивались одновременно, и носителями соответствующих знаний были колдуны, маги (впоследствии эта роль перешла к профессиональным жрецам). Кроме того, существенную роль играют и подражательные мотивы, стремление не выделяться. С позиций социальной антропологии, «если определить совокупность правил конвенций и образцов поведения как систему обычаев, то нет ни малейшего сомнения, что туземец испытывает к ним большое уважение, склонен делать то, что делают и одобряют другие люди. Если его устремления или интересы не идут вразрез с данными правилами, то он пойдет по пути, указанному обычаем, а не по какому-то иному. Сила привычки, почитание традиции и любовь к ней, стремление угождать общественному мнению – из всего этого следует, что обычаю туземец подчиняется просто потому, что это обычай»<sup>3</sup>.

Выше мы уже упоминали о консервативности обычая. Однако сразу же оговоримся: консервативность его не означает застойность, а позволяет совершать опре-

деленные действия в режиме «автоматизма», специально не задумываясь над ними каждый раз, когда их необходимо совершить. Любой обычай, как бы консервативен он ни был, подвержен изменениям в ходе развития того сообщества, в рамках которого он существует. Другой вопрос, что обычай в ряде случаев приобретает характер ритуала и подкрепляется религиозными санкциями при несоблюдении. По мысли Л. Е. Куббеля, «ритуал действует в данном контексте как выражение религиозной нормы: в нем воплощена та триада, которая лежит в основе и религии, и морали, и права: должное – не должное – санкция за не должное. Но в отличие от двух последних видов нормы ритуальные действия сопряжены со сверхъестественной санкцией, ибо должное и не должное определяется по отношению к мировому порядку в целом как его составная часть»<sup>4</sup>.

Традиционность же обычая есть выражение самобытности общества, его (обычая) сформировавшего. Сущность традиции выражается в следующем:

- наличие некоего положительного жизненного опыта;
- способность человека воспринимать опыт других индивидов и воспроизводить его – полностью или частично – в своей жизнедеятельности;
- распространенность традиции;
- устойчивость и жизнеспособность традиций;
- воспроизводство традиции из поколения в поколение множеством индивидов;
- наличие в любом обществе приверженцев и противников традиций;
- выверенное соотношение в каждом конкретном сообществе традиционной и инновационной деятельности;
- одновременное сохранение самобытности и приспособления к изменяющимся условиям жизни;
- существует временной критерий традиционности;
- традиции обладают свойством экспансии, что проявляется как в возрастании

числа следующих им индивидов, так и в распространении того или иного способа действия на новые жизненные ситуации;

- традиции взаимодействуют и дополняют друг друга<sup>5</sup>.

Относительно правового развития следует отметить то, что обычай никогда не исчезал как источник права, и в разные исторические эпохи занимал определенное место в жизни тех или иных народов. Можно рассмотреть этот процесс на примере римского частного права. В царский период обычаи всецело довлели над существовавшими общественными отношениями. Однако уже тогда наметилось разделение между собственно правовой сферой и религиозно-нравственной. По верному суждению С. А. Муромцева, «обычный порядок отношений в широком объеме служит подкладкой действующих юридических норм и, в свою очередь, находится постоянно под их влиянием; но обычным правом мы называем только ту часть этого порядка, которая непосредственно, в качестве общепризнанного высшего авторитета, влияет на судью (в широком смысле) при постановлении им судебного решения. Такое бесспорное повиновение суд склонен оказывать по преимуществу тем обычаям, которые созданы его же влиянием»<sup>6</sup>. Действительно, С. А. Муромцев подметил одну существенную черту ранних стадий правогенеза (на примере римского права): не всякое правило поведения признается правом, а только наиболее значимое и признанное населением (или, по крайней мере, его наиболее активной частью). Тогда и появляется собственно правовой обычай,

воспринимающийся как таковой как судьями (или аналогичными применителями права), так и сторонами спора. Правовой обычай отличается такими чертами, как локальность действия, конкретность предписаний и общественное принуждение в случае неисполнения. По мысли И. А. Покровского, «в течение значительного промежутка времени обычаи меняются, меняются часто при помощи судебных решений, которые затем делаются прецедентами, но все эти перемены старых обычаев, даже если в них есть элемент сознательности, не выходят за пределы конкретных случаев, конкретных отношений. И лишь тогда, когда в среде того и другого народа или иной автономной группы, быть может, на основании конкретных наблюдений назревает мысль сознательно установить на будущее время известную норму, как общее правило поведения, – лишь тогда появляется закон»<sup>7</sup>. Роль обычая в римском праве неуклонно понижалась в процессе разработки законодательства и развития судебной практики.

После распада Западной Римской империи в 476 г. население стало возвращаться к обычному праву. Наследие римской юриспруденции долгое время не использовалось по чисто объективным причинам: носителей классической латыни практически не стало, и за рамками церкви римское право не находило поддержки. Кроме того, в результате распада единого европейского рынка, существовавшего в эпоху Империи, резко сократились обменные связи, и применение строгих и логически выверенных конструкций римской юриспруденции потеряло всякий смысл.

#### ПРИМЕЧАНИЯ

<sup>1</sup> Добренчиков В. И., Кравченко А. И. Социальная антропология. М., 2005. С. 457.

<sup>2</sup> Вундт В. Этика. Исследование фактов и законов нравственной жизни. СПб., 1887. С. 134–135.

<sup>3</sup> Малиновский Б. Избранное: динамика культуры. М., 2004. С. 237.

<sup>4</sup> Куббель Л. Е. Очерки потестарно-политической этнографии. М., 1988. С. 95.

<sup>5</sup> Бондырева С. К., Колесов Д. В. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества. М.; Воронеж, 2004. С. 19–27.

<sup>6</sup> Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. М., 2003. С. 106.

<sup>7</sup> Покровский И. А. История римского права. СПб., 1998. С. 52.