

A painting of a herd of reindeer in a snowy, mountainous landscape. The scene is rendered in a warm, golden-brown color palette, suggesting a sunset or sunrise. The reindeer are depicted in various poses, some standing and some grazing. The background shows rugged, snow-covered mountains and a dark, overcast sky. The overall mood is serene and naturalistic.

2. Понятийно-категориальный аппарат дисциплины. Теория обычного права.

- **Методологические проблемы изучения обычного права. Право и обычай.**

- Наличие права, органически связанного с государством, не лишило обычай самостоятельности как форму права.

- Дискуссионны следующие вопросы:

1. Что придает обычаям правовую силу, что делает их формой права: а) они приобретают свои регулятивные свойства от общества в силу убеждения и практики; б) их юридическая сила вызывается государственным решением?

2. Какие действия (бездействия) органов государственной власти составляют санкционирование?

Обычное право –

Совокупность неписанных правил поведения (обычаев), сложившихся в обществе в результате их неоднократного традиционного применения и санкционированных государственной властью

«Обычай является внешним выражением скрытых принципов, которые в гораздо большей степени совпадают с понятием справедливости, свойственным данному обществу, чем искусственные создания государственной власти или научной юриспруденции».

Виноградов П.Г. Очерки по теории права. СПб., 1915.
С.93.

- **Правила и установки** включены в **обычай**, определяют его структуру, но не исчерпывают его. Обычай есть сопутствующий развитию человечества от его древнего состояния до современности социальный институт, выполняющий регулятивные функции в целях упорядочения отношений между людьми. Поскольку обычай вырабатывается внутри самой группы и никогда не навязывается в качестве социального регулятора извне, он представляет **механизм саморегулирования группы**, которая является автономной, относительно замкнутой и немногочисленной.

- Закон - продукт, выражаясь языком М. Вебера, целерациональной деятельности. Обычай невозможно придумать или изобрести, он создается в порядке народного творчества, стихийно и эмпирически, т.е. он и сегодня не утрачивает традиционного характера.
- Обычай в отличие прежде всего от мифа имеет непосредственное отношение к регулированию социальной деятельности, процессу, в ходе которого достигается подчинение действий и поступков людей предустановленным правилам.

- Специфика обычая состоит в том, что единицей информации, которую он транслирует в рамках культуры, является социальная норма, правило поведения, предписание, социальный императив, авторитарное веление группы.
- Ритуал или обряд несет иного типа социальную информацию, не норму как таковую, а устойчивую схему действий или ансамбля символических действий. Причем это, действительно, ансамбль, а не простой набор действий.

- Признаком логической и структурной зрелости обычного права является типичная для любой правовой системы расстановка ее объективных и субъективных элементов.
- Основным субъектом обычного права был коллектив в целом (род, община, большая или малая семья). Его "правовое первородство" выразилось как в отношении к другим коллективам, так и в отношении к собственным членам, обремененным разнообразными обязательствами перед группой.
- Признаки юрисдикционной автономии семьи находят у многих народов, имеющих территориальную общину и патриархальный уклад жизни.

- Для ряда исследователей «обычное право есть не только то правило поведения, которое санкционировано государством (в узком смысле), но и правило поведения, обладающее **юстициабельными** признаками. Через разрешения и запреты обычное право не только выражает коллективный интерес традиционных общностей, но и во все большей мере закрепляет субъективные права и обязанности индивидов.

- Французский социолог права, разрабатывавший и проблемы юридической антропологии, Ж. Карбонье выделял три признака «юстициабельности» правил поведения [Карбонье Ж., 1986]:

- *Важность разрешаемого дела.*

- *Возможность разрешения «жизненной ситуации» третьей стороной.*

- *Реализация нормы должна быть обеспечена процессуальными предписаниями.*

Коллективная память.

Формы санкционирования обычая государственной властью:

- Собрание и фиксация обычно-правовых норм в писаных источниках
- Отсылка к обычно-правовой норме в законе
- Закрепление нормы ОП судебным решением
- Действие нормы ОП с молчаливого согласия законодателя
- Конституционное соглашение (создание неписанных поправок к Конституции)

Собирание и фиксация обычно-правовых норм в писаных источниках (Русская Правда, др. ранние кодификации)

- Этот процесс продолжается и сейчас, в основном в международном праве и в государствах традиционной правовой системы. Так, продолжают свое действие на территории России «Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов» в редакции 1983 года, принятые Международной Торговой Палатой и Внешторгбанком СССР.
- В России вплоть до 20 века не существовало правовой регламентации биржевой деятельности, тем не менее, первая биржа возникла еще при Петре I и ее деятельность полностью осуществлялась при помощи норм обычного права. Затем Торговый Устав конца 17 века закрепил частично применяемые биржей нормы, и они стали нормами закона.
- Другой пример: отсутствие единого положения о государственной службе и административной юстиции в СССР, а затем в России, привело к тому, что отношения соподчиненности и должностной карьеры регулировались до 1995 года преимущественно нормами правовых обычаев.

Отсылка к обычно-правовой норме в законе

- Санкционирование может носить достаточно общий характер, когда в Конституциях государств есть ссылка на обычай как источник права. В Г К Алжира 1975 г. указывается, что «в случае отсутствия нормы, установленной законом, суд рассматривает дело в соответствии с принципами мусульманского права, а при отсутствии последних – согласно обычаю» ;
- Когда в специальных нормативных актах имеются разрешения законодателя в определенных правоотношениях руководствоваться местными или корпоративными обычаями (обычай делового оборота ГК РФ п 1 ст 5)

- Санкционирование обычая может быть привязано к конкретной сфере отношений. Например, ст. 149 Кодекса Торгового Мореплавания гласит: «Перевозчик обязан доставить груз в срок, а если он не установлен, в обычно принятые сроки». Возможность применения обычаев предусмотрена также в ст. 134, 135, 151, 156 КТМ;
- Санкционирование может носить достаточно общий характер, когда диспозитивная норма допускает использование правовых обычаев в случаях, если нет соответствующей законодательной нормы, то есть обычай носит субсидиарный характер.

- Наряду с санкционированием норм обычного права, государство в случае необходимости и целесообразности может предоставить защиту тех обычаев, которые лежат вне правовой сферы. В данном случае обычай превращают в закон и обеспечивают его применение соответствующей санкцией. Например, обычай, требующий заботливого воспитания детей, будущих граждан государства, был изначально санкционирован в ряде судебных приговоров и решений, а в 1935 г. стал нормой закона. Семейный кодекс 1998 г. тоже содержит данную норму. Намного шире роль таких обычаев в Конституционном праве России, законодательные акты которого узаконили обычаи о государственной или национальной символике, праздничных знаменательных и памятных днях, обычай воинской и врачебной присяги.

**Закрепление нормы ОП судебным
решением**

**Действие нормы ОП с молчаливого
согласия законодателя**

Конституционное соглашение (создание неписанных поправок к Конституции)

Профессор Чиркин В.Е. выделяет три формы такого санкционирования обычая:

1. санкция может содержаться в самой Конституции, отсылающей к конституционным соглашениям по определенному вопросу, например, Конституция Ганы 1960 года или Конституция Цейлона 1947 года;
2. санкция может быть осуществлена судом. Так решением Верховного Суда Индии было одобрено конституционное соглашение к ст. 74 параграфа 1 Конституции, согласно которому Президент всегда должен действовать по совету Правительства;
3. конституционное соглашение может быть санкционировано законом, который хотя и не ссылается прямо на него, но исходит из факта его существования.

Общие черты, характеризующие древнее и современное ОП:

- Понятие ущерба и способов восстановления справедливости:
 1. причинение виновной стороне такого же ущерба;
 2. возмещение ущерба
- Синкретизм материальных и процессуальных норм
- Неписаный характер
- Наличие особых арбитражных институтов
- Длительность существования
- Непрерывный характер соблюдения
- Применение лишь в однородной среде, (этнической, конфессиональной, профессиональной группе)

В литературе достаточно четко сформулированы обстоятельства, которые следует учитывать при выработке позиции государства по отношению к обычаям:

- правовой обычай действует тогда, когда молчит закон;
- обычное право не может противоречить закону;
- обычное право применяется в случаях, дозволенных федеральным законом. Он должен определять пределы действия соответствующих обычаев — по территории, кругу субъектов, характеру дел;
- обычное право не отменяет закон, оно может только ослабить его действие, если положения позитивного права входят в противоречие с народными убеждениями;
- закон может отменить обычай, противоречащий публичному порядку и добрым нравам;
- суд применяет обычное право, опираясь на закон и судебную практику, а также руководствуясь собственным убеждением с целью вынесения справедливого решения. В роли интерпретаторов обычаев в данном случае выступает судья, если он знаком с ними, признанные знатоки норм обычного права — представители соответствующего сообщества, специалисты;
- судебное решение, вынесенное вопреки обычаю, может пересматриваться вышестоящей судебной инстанцией.