

РЕЦЕНЗИЯ НА КУРСОВУЮ РАБОТУ

Филиал в г. Тихорецке

Кафедра уголовного права, процесса
и криминалистики

Студент Авдеев Игорь Владимирович

Группа 22-Юр 03

Дисциплина Теория государства и права

Тема курсовой работы Правовой обычай - основной источник системы
обычного права

Работа на рецензию представлена 26.05.2023 г.

Рецензент канд. пед. наук, доц. Молчанова Е.В.

Полнота раскрытия темы содержание темы соответствует
поставленным целям и задачам, все аспекты рассмотренной темы
исследованы

Оформление соответствует предъявляемым требованиям

Замечания: не полностью раскрыт вопрос о возможностях применения
правового обычая в современном праве

Оценка по итогам защиты хорошо *удовлетворительно*
Е. Молчанова

Дата рецензирования 30.05.2023 г.

Подпись рецензента

Е. Молчанова

Министерство науки и высшего образования РФ
Филиал Федерального государственного бюджетного образовательного
учреждения высшего образования
«КУБАНСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»
в г. Тихорецке

Кафедра уголовного права, процесса и криминалистики

КУРСОВАЯ РАБОТА

по дисциплине «Теория государства и права»
**ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ – ОСНОВНОЙ ИСТОЧНИК СИСТЕМЫ
ОБЫЧНОГО ПРАВА**

Выполнил студент

гр. 22-Юр-ОЗ

Авдеев

И.В. Авдеев

Проверил

канд. пед. наук, доц.

Е. Молчанова

Е.В. Молчанова

Дата защиты 03.06.2023

Оценка удовл.

рег.№ 2

от 25.05 2023г.

С. Молчанова

г. Тихорецк

2022 – 2023 уч. год

СОДЕРЖАНИЕ

Введение.....	3
1 Понятие, характеристика и виды обычаев	5
1.1 Понятие правового обычая и его характерные черты.....	5
1.2 Виды правовых обычаев.....	8
2 Правовой обычай в разных правовых системах	12
2.1 Становление и развитие правового обычая.....	12
2.2 Место правового обычая в системе источников права России.....	16
Заключение	22
Список использованных источников	24

ВВЕДЕНИЕ

Право в современном мире выступает регулятором отношений в обществе между людьми, закрепляя свою силу в конституции и различных видах правовых актов.

В своей эволюции термин «право» возник из написанных правил, которые получили название обычаев. Обычаи, которые используются в юридическом смысле, называются правовыми обычаями.

Правовой обычай – это норма правил, определяемая самим обществом и выполняющая его требования.

Правовой обычай возникал из обычного права только в тех случаях, когда:

- общество должно было регулировать свои отношения;
- общество стало осознавать свою потребность в правовом обычае и наказании за неподчинение интересам общества.

Право и обычай неразрывно связаны друг с другом, так как правовой обычай является первоисточником нашего права.

Следует понимать, что в правовых обычаях, было много консервативного и неприемлемого. Но в связи с развитием рыночных отношений в России и переход от запрещенных методов правового регулирования к дозволенным роль правовых обычаев возрастает. Поэтому рассматриваемая тема актуальна.

Актуальность исследования обусловлена тем, что с момента зарождения человеческого общества в нем стали появляться социальные нормы, т. е. определенные необходимые правила совместного человеческого бытия.

Социальные нормы разрабатывались и разрабатываются человечеством, и само их появление стало необходимостью, поскольку система, стремится к саморегулированию и организации своей деятельности, иначе их ждет хаос и разрушение. Процесс их возникновения и развития,

непосредственно связан с переходом личности на социальную стадию сосуществования, которое продолжается и по сей день.

Предметом курсового исследования являются: право и обычай, их социальное предназначение в обществе и характер взаимодействия.

Объектом курсового исследования являются: право и обычай, как нормы, взаимодействующие и взаимо-обуславливающие. Взаимоотношение права и обычая как активное взаимодействие двух нормативно-ценностных систем.

Целью данной курсовой работы является рассмотрение взаимодействия таких социальных норм как право и обычай.

Исходя из поставленной цели, выделяются следующие задачи:

- изучить понятие правового обычая и его характерные черты;
- рассмотреть виды правовых обычаев;
- проанализировать становление и развитие правового обычая;
- определить место правового обычая в системе источников права

России.

Методологическую основу курсового исследования составляют общенаучные, и специальные методы познания социально-правовых явлений: диалектический, социологический, сравнительно-правовой, формально-юридический, системно-структурный, анализ, синтез, системный метод и др.

Теоретическую основу курсовой работы составили труды известных ученых, таких как: Бабаев В. К., Балаклеец И.И., Берг Л. Н., Бирюков С. В., Бошно С. В., Мухаев Р. Т.

Теоретическая и практическая значимость курсовой работы состоит в изучении исторических и теоретических аспектов права, а также в рассмотрении обычая как первоисточника права.

Представляется, что результаты исследования могут быть использованы в образовательном процессе при чтении дисциплин «Теория государства и права».

1 Понятие, характеристика и виды обычаев

1.1 Понятие правового обычая и его характерные черты

Обычай как самостоятельный источник права для российской правовой системы не является чем-то особенно новым. Долгое время обычай был единственной формой существования права в России. Его официальной кодификацией, например, стала Правда Ярослава, а правовой обычай уважался местными юристами как выражение народного мировоззрения.

К сожалению, за годы советской власти обычай был полностью вытеснен из правового поля нашей страны, за исключением применения международных обычаев во внешнеэкономических связях, которые осуществлялись специальными внешнеторговыми общесоюзными государственными объединениями.

В этот период правовая наука сомневается в возможности существования правовых обычаев как в стране, так и в межгосударственных отношениях, поэтому ее упоминания в трудах прошлого периода часто были связаны с указанием на неизбежное устаревание этого источника¹.

В современных условиях обычай вообще считается источником права. В статье 5 ГК РФ сказано, что обычай – это сложившееся и получившее широкое распространение в какой-либо сфере предпринимательской или иной деятельности правило поведения, не предусмотренное законом, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

Согласно пункту 1-б статьи 38 Устава Международного Суда ООН «правовой обычай», определяется как свидетельство общей практики, признаваемой правовой нормой. В данном определении подчеркивается решающая роль в формировании «обычного права» признания определенной общностью (этнической или иной социальной группой, государством,

¹ Бирюков С. В. Виды и значение обычаев в современной правовой системе России / С. В. Бирюков, А. Э. Евстратов // Вестник ОмГУ. М.: Право, 2020. – С. 20.

международным сообществом) длительной и постоянно существующей, обычно-правовой практики регулирования отношений этой общности в качестве обычно-правовой нормы. Иными словами, обычай – это устойчивый способ действия в определенных правовых ситуациях на основе правил поведения, возникших в результате одних и тех же, устойчивых, регулярно и непрерывно повторяющихся действий, которых, безусловно, придерживается сообщество.

Под категорией «обычай» в юридических исследованиях чаще всего понимают правило поведения людей, сложившееся в процессе их приспособления и ставшее привычкой, жизнью и сознанием определенной группы или всего общества. То есть обычай – это установленные правила поведения, естественная жизненная потребность людей. Как справедливо отмечается по этому поводу в юридической литературе, обычаи были и остаются одной из форм регулирования общественных отношений в обществе. Соблюдение обычаев в основном обеспечивается за счет социального влияния².

Из анализа юридической литературы следует, что категории «обычай» и «правовой обычай» не имеют достаточно четкого определения и часто взаимозаменяемы. Юридический обычай в научной литературе означает:

- санкционированные государством правила поведения, ранее сформировавшиеся в результате длительного повторения людьми определенных действий, благодаря чему они закрепились как устойчивая норма;
- исторически сложившееся путем многократного повторения правило поведения, взятое под защиту государства, одного из его источников права;
- утвержденные государством правила поведения, утвержденные обществом как простой обычай в результате многолетнего повторения, ставшие традицией;

² Бабаев В. К. Теория государства и права: учебник для вузов / под редакцией В. К. Бабаева. – 4-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2021. – С. 219.

– обычное правило поведения, санкционированное и осуществляемое государством³.

Из вышеизложенного видно, что не каждый обычай становится правовым, а только тот, который соответствует интересам государства, общества или общества в целом. То есть основное различие в определении терминов «обычай» и «правовой обычай» можно увидеть в признании и санкционировании обычая государством.

Правовые обычаи характеризуются следующими чертами:

- они формируются самим обществом;
- возникают спонтанно, стихийно;
- это неписанные правила поведения (иногда устная форма обычая затрудняла доказывание факта его существования в суде, поэтому со временем определенная часть обычая стала письменной);
- может применяться на уровне отдельных социальных групп (локальный), а также наций, народов (общий);
- имеют непрерывный и равномерный характер соответствия;
- их содержанием являются определенные правила поведения;
- носят консервативный характер (они закрепляют результаты длительной социальной практики и могут отражать общие нравственные, духовные ценности народа и некоторые предрассудки);
- тесно связаны с религиозными и традиционными нормами⁴.

Таким образом, правовой обычай – это санкционированное государством правило поведения, исторически сложившееся в результате постоянного повторения людьми определенных действий. Санкционирование осуществляется путем отсылки к обычаю, а не путем текстовой фиксации в нормативном правовом акте.

³ Гогин А. А., Липинский Д. А., Малько А. В. и др. Теория государства и права: учебник (под ред. А. В. Малько, Д.А. Липинского). – М.: Проспект, 2018. – С. 114.

⁴ Мирошников Е. В. Международно-правовой обычай в коммерческой деятельности: учебное пособие для вузов / Е. В. Мирошников. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрайт, 2023. – С. 81.

Кроме того, можно сделать вывод о возможности достаточно четкого разграничения данных категорий («правовой обычай» и «деловой обычай») как норм поведения, являющихся источником права, и норм, не являющихся источником права.

В качестве дополнительного критерия различия между правовым обычаями и обычаями указывалось, что обычай не обязательно должен соблюдаться таким же и постоянным образом, как и правовой обычай. Для применения обычая достаточно, чтобы стороны правоотношения знали о его существовании и намеревались им руководствоваться⁵.

С точки зрения М. И. Брагинского, своеобразие деловой практики по сравнению с обычаями проявляется в юридическом смысле волеизъявления сторон. Обычай включает в себя как общие правила, так и те, которые стали общепринятыми в практике коммерческих контрагентов.

Поэтому не следует путать не только термины «обычай» и «правовой обычай», но также «обычай» и «деловой обычай». Обычай, даже если он не является законным, признается и охраняется определенным обществом, он считается обязательным правилом поведения. Деловые обычаи, как правило, не являются обязательными, они следуют привычке или другим факторам, не связанным с признанием их обязательства.

1.2 Виды правовых обычаев

В правоведении по разным признакам принято различать обычаи.

По форме выражения (способу фиксации):

– обычаи, зафиксированные в соответствующих документах (различные кодификации этических норм;

– обычаи, не зафиксированные в соответствующих документах, т. е. юридических аксиомах.

⁵ Радько Т. Н., Лазарев В. В., Морозова Л. А. Теория государства и права. Учебник для бакалавров. – М.: Проспект, 2021. – С. 206.

По сфере применения:

- внутренние, или внутригосударственные (применяются на территории одной страны);
- международные обычаи, (применяются на территории нескольких стран);
- судебный обычай;
- деловой обычай (деловой обычай – разновидность правового обычая)⁶.

Традиционно наиболее распространенными обычаями делового оборота являются таможенные пошлины в торговле. расчетные операции, торговое мореплавание и др.

При отсутствии или наличии правотворчества: обычай и правовой обычай.

Существуют также обычаи:

- универсальные (требуют всеобщего признания);
- региональные (регулируют отношения между странами определенного географического региона);
- партикулярные⁷.

Правовой обычай, как один из источников права, бывает международным и внутригосударственным. Международно-правовой обычай имеет некоторые особенности по сравнению с внутренним, а именно то, что данная норма длительное время применялась в отношениях всех или отдельных государств, если эти отношения не регулируются международным договором.

Необходимым условием его существования является признание всеми

⁶ Романенко, Д. И. Предмет теории государства и права как объект научных дискуссий в юриспруденции / Д. И. Романенко // Альманах молодого исследователя. – 2018. – № 5. – С. 12–14.

⁷ Теория государства и права в вопросах и ответах [Текст]: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / М. Н. Марченко; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2023. – С. 118.

или некоторыми состояниями, выражающееся либо в активной форме (в виде определенных действий), либо в воздержании от действия. В то же время тарифы, основанные на принципах суверенитета и равенства, обязательны для всех стран.

Международно-правовой обычай возникает в результате длительной и единообразной практики субъектов международного права, в ходе которой формируются стереотипы их поведения по отношению к однородным объектам, по поводу однотипных проблем и т.п. Таковы, например, нормы, регулирующие правовое положение дипломатических агентов, порядок заключения, действия и прекращения международных договоров, правовое положение различных территориальных сфер и др., признание соответствующих правил поведения, их общеправовые обязательство⁸.

Важнейшей чертой международно-правовой практики является ее исключительная устойчивость, определяющая устойчивость основанных на них правоотношений, а также то, что правила поведения данной категории рано или поздно принимаются договорами, заключенными государствами – это касается Венской конвенции о дипломатических сношениях от 1961 г., Венской конвенции о праве, международным договорам от 1969 г., Женевской конвенции по морскому праву от 1958 г. и Конвенции ООН по морскому праву от 1982 г., ряд основных положений которые представляют собой условное закрепление уже существующих правовых норм обычного происхождения.

Специфика формы международно-правового обычая – отсутствие письменного документа, конечно, затрудняет использование такой правовой нормы, но никоим образом не умаляет ее императивного характера.

Римские юристы различали три вида обычая:

– обычай *secundum legem* (в дополнение с законом);

⁸ Теория государства и права: учебник / У. Э. Батлер, З. Ш. Гафуров, Г. И. Денисов и др.; Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА); под общ. ред. О. В. Мартышина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2023. – С. 210.

- обычай *praeter legem* (вне закона);
- обычай *adversus legem* (против закона)⁹.

Что касается Гражданского кодекса Российской Федерации, то он помимо закона (*secundum legem*) признает иные, чем закон, обычаи (*praeter legem*) и отрицает наличие противозаконных обычаев (*adversus legem*), о чем свидетельствует часть 2 статьи 5 ГК РФ: «не применяются обычаи, противоречащие положениям закона или договора, связывающего участников соответствующих отношений».

На практике обычаи могут быть писаными (закрепленными в соответствующем документе) и неписаными.

Одним из наиболее авторитетных (письменных) сборников обычаев международной торговли являются Международные правила толкования торговых терминов – «Инкотермс», впервые опубликованные в 1936 г. Международной торговой палатой в Париже.

Современная практика все чаще включает сбор и фиксацию этих норм в письменных юридических источниках (древнейших памятниках права Индии, Греции, Франции, Германии и др.), что привело к проблемам применения международного обычая для решения вопросов, возникающих в отношении между субъектами международного права. Все эти штаты превратили обычное право в законы.

Этот процесс продолжается и сейчас, в основном в международном праве и в странах с традиционной правовой системой. Процесс развития императивной нормы, имеющей официальное значение, шел по схеме – от повторяющейся, устойчивой практики через юридический обычай к законодательной норме.

⁹ Молчанов И. В. Обычай в системе источников права // Сборник тезисов Всероссийской научно-практической конференции «Системность в государственно-правовых явлениях и институтах: теоретические и исторические проблемы». – Екатеринбург, 2019. – С. 23.

2. Правовой обычай в разных правовых системах

2.1 Становление и развитие правового обычая

С древних времен общество испытывало потребность в регулировании межродовых, межплеменных отношений. В древнейших человеческих сообществах (архаических обществах) господствовали сильные религиозные убеждения, в результате чего формировалось состояние подчинения божественным силам. Эта вера привела к созданию системы иерархии (системы подчинения). На каждом этапе эта система модифицируется в соответствии с изменением духовных и материальных ценностей.

Таким образом, в процессе развития этой системы правовой обычай прошел этапы возникновения, подчинения вождю и подчинения государству. Ключевыми факторами возникновения правовых обычаев являются расширение общества, возникновение денежных меновых отношений, возникновение нарушений установленных обычаев, а также письменность, создание государства и, соответственно, закрепление обычаев на государственном уровне.

Для общества с традиционной системой правовой обычай не рассматривается как закон, отличный от религии и морали. Этот период античного общества отличался высокой степенью единства нормативной системы, он не делил социальные регуляторы на правовые нормы, обычаи, нравы, этикет, обряды или мифы. Мононормы она отражала устно, в виде поговорок. Согласно научной концепции, мононормативное перерастает в обычное право в эпоху появления санкционирующей его политической силы¹⁰.

Позже, с появлением частной собственности и других факторов, обычай приобрел юридический характер. Наиболее распространено мнение,

¹⁰ Горохова С. С., Гуков А. С., Попова О. В. Теория государства и права. Учебник и практикум. В 2 томах. Том 2. Особенная часть / под ред. Альбов А. П., Нилюкин С. В. – М.: Юрайт, 2018. – С. 180.

что правовой обычай появился только с появлением государства. На основе анализа этапов развития правового обычая можно выделить следующие этапы генезиса обычного права:

– возникновение моонормы, не различающей мораль и религию, моонормы регулировали отношения племен и родов на бытовом уровне, т. е. на том уровне, на котором первобытное общество поддерживало свою жизнь;

– ощущение человеком себя как личности и различие между нормой-моралью и нормой-привычкой, в этот момент ставится вопрос о разделении имущества на личное и родовое, иерархические отношения становятся более жесткими, идет борьба за право занять место лидера, главы клана и тому подобное;

– создание правовых обычаев (в связи с расширением общества, возникновением денежно-меновых отношений, отграничением нравственных норм от обычаев, регулирующих бытовые отношения (общественные, бытовые), нарушением обычаев и возникновением санкций, появлением глобальной организации общества – государство, создание грамот, закрепление обычаев государством в письменной форме, что определило их правовую, юридическую природу)¹¹.

Возникновению права способствовали следующие этапы, прежде всего закон, судебный прецедент и др. Итак, исторически обычай является первым источником права, регулирующим отношения в период становления государственности. Все древние памятники права представляли собой своды правовых обычаев: законы вавилонского царя Хаммурапи, римские законы XII таблиц, индийские законы Ману, Русская правда Ярослава Мудрого и др.

Таким образом, правовые обычаи в Киевской Руси регулировали межнациональные (племенные) и межгосударственные отношения, государственные, военные, брачно-семейные и имущественные отношения,

¹¹ Бабаев В. К. Теория государства и права: учебник для вузов / под редакцией В. К. Бабаева. – 4-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2021. – С. 310.

договорные и трудовые отношения, отношения в сфере судебного и судопроизводства.

Кроме того, правовые обычаи наряду с правовыми нормами, установленными государством, определяли статус человека как такового, а также статус конкретного мужчины или женщины; иностранцы и представители различных групп населения (священники, солдаты, рабы и др.). Такие институты, как «месть» и «кровная месть», регулировались исключительно нормами обычного права.

Достаточно четкие представления о правовых обычаях эпохи Киевской Руси в области международных и межгосударственных отношений, военных и договорных отношений дают византийский историк Прокопий Кесарийский и Константинопольский патриарх Никифор. Конкретно это непризнание института рабства, неприкосновенность представителей другой стороны при переговорах, верность договору, присяга как гарантия соблюдения договора, право заключенных, право на нападение без объявления войны право женщин на участие в военных действиях¹².

Значительная группа обычно-правовых норм относится к организации и деятельности органов государственной власти, их органов и их компетенции.

Совокупность правовых обычаев создала обычное право. Его нормы применялись в римском праве и обозначались специальными терминами: *mores maiorum* – обычаи предков, *usus* – общепринятая практика, *commentarii pontificum* – обычаи, установившиеся в практике жрецов, *commentarii magistratum* – обычаи, установившиеся в практике магистров и т. п. Если в системе нормативной организации первых государственных образований главенствующее место занимали правовые обычаи, то с расширением сфер государственного управления, усложнением общественных отношений, появлением государственных правил они уступают законам и другим

¹² Бирюков С. В. Виды и значение обычаев в современной правовой системе России / С. В. Бирюков, А. Э. Евстратов // Вестник ОмГУ. М.: Право, 2020. – С. 20.

источники права.

Обычай становится правовым, когда он получает санкцию (официальное одобрение) государства. Не все обычаи стали легальными, а только те, которые отражали длительную юридическую практику и выполняли нравственные принципы данного общества.

Обычай санкционируется двумя основными способами:

– признанием судебной, хозяйственной, административной практики и использованием в качестве основания для судебного решения;

– путем отсылки на него в норме права, в то же время в Великобритании местный обычай считается законным, если он действует «с незапамятных времен», то есть сложился до 1189 года, обычай может приобретать юридический характер, и в результате признания «своим» определенной этнической общностью, племенем, кастой и т. п. традиционным считается то, что современный правовед не признает права как такового, в результате санкционирования обычай приобретает общеобязательный характер и его исполнение гарантируется государством¹³.

На практике нормам обычного права придавалась сила как государством, так и обществом (племенами, общинами, обществами), признававшим определенные обычаи законом, т.е. общеобязательными нормами поведения. В этом случае его реализация обеспечивается не государственным принуждением, а авторитетом общественного мнения. Именно обычай стал действенной формой выживания правовой культуры в сложных политических и социально-экономических условиях внутри этнических государств в дальнейшую историческую эпоху.

Таким образом, обычай отличается от законности неопределенностью своего происхождения как во времени, так и в авторстве. Кроме того, обычай является выработанным жизнью правовым состоянием и выражает правосознание народа, тогда как, например, закон может вводить чуждое

¹³ Гогин А. А., Липинский Д. А., Малько А. В. и др. Теория государства и права: учебник (под ред. А. В. Малько, Д. А. Липинского). – М.: Проспект, 2018. – С. 148.

данному народу правовое состояние. Обычай не требует санкции государства, достаточно, чтобы государство не запрещало его.

2.2 Место правового обычая в системе источников права России

Проблема источника права традиционно находилась в эпицентре аналитической юриспруденции, поскольку, как справедливо отмечает М. Марченко, с момента создания права постоянно возникали проблемы источника его формирования, формы его организации и существования. Она привлекла к себе повышенное внимание исследователей, теоретиков и особенно практиков.

Сложность определения понятия «источник права» объясняется тем, что оно включает в себя два слова – «источник» и «право», которые, в свою очередь, также являются многозначными.

Считается, что термин «источник права» впервые был введен в научный оборот древнеримским мыслителем Титом Ливием, который охарактеризовал Законы XII таблиц как *fons omnis publici privatiq ue iuris* – источник публичного и частного права. Тот же термин встречается у Авла Геллия и Цицерона. Характерной чертой римской правовой доктрины является то, что она не дала четкого определения многим основным правовым понятиям и категориям, которые она разрабатывала и вводила в научный оборот. «Источники права» не стали исключением, как отмечает Ф.К. Савиньи.

В дальнейшей истории формирования понятия «источник права» были обнаружены два основных направления:

- субъективистское – более раннее и более устойчивое, определявшее термин через правотворческие силы Бога, церкви, государства, и т. д.;
- объективистский – более поздний и фрагментарный, определявший

понятие через дух, разум, сознание, психику, культуру¹⁴.

В теории права придание разного смысла пониманию «источника права» не всегда заканчивается формулировкой его определения. Большинство теоретиков-исследователей остаются верны так называемому «джентльменскому соглашению» и продолжают определять источники права через внешнюю форму права, уточняя ее в скобках термином «формы» или наоборот (например, «источники»).

Вторая часть отождествляет «источники права» с «формой права», указывая на их синонимичность. С этим нельзя согласиться. Избегая таким образом четкого разграничения понятий «источник права» и «форма права», эти ученые не способствуют лучшему уточнению понятия «источник права», а, наоборот, усложняют его понимание. И это вызывает дискуссии, огромное количество научных работ.

Лишь немногие предлагают самостоятельные определения термина «источник права». Так, И. В. Молчанов определяет источники права как факторы действительности, обуславливающие необходимость правового регулирования, появление соответствующих правовых норм и придающие содержанию этих норм определенную репрезентативность.

Нельзя не коснуться определения термина «источник права» через исторически обусловленные экономические, социально-политические, культурно-правовые факторы общественного развития, которые объективируются при творчестве и сводятся к конкретному правовому образу. нормативный правовой акт, правовой обычай, судебный прецедент и доктрина¹⁵.

С этой позиции источниками права являются его идеологическое

¹⁴ Мирошников Е. В. Международно-правовой обычай в коммерческой деятельности: учебное пособие для вузов / Е. В. Мирошников. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрайт, 2023. – С. 89.

¹⁵ Молчанов И. В. Обычай в системе источников права // Сборник тезисов Всероссийской научно-практической конференции «Системность в государственно-правовых явлениях и институтах: теоретические и исторические проблемы». – Екатеринбург, 2019. – С. 30.

происхождение, в основе которого лежат ценностные установки и правовые установки личности, социальной группы, общества. Поэтому при осуществлении нормативного действия для обеспечения эффективного правового регулирования общественных отношений необходимо учитывать базовые социальные ценности, что позволит формировать более совершенные правовые акты.

С юридической точки зрения понятие «источник права» имеет общее значение. Он объединяет отдельные источники права по специфике правоотношения, дает классификацию источников права по их форме, помогает отделить источники права от других социальных регуляторов.

Говоря о системе правовых источников права, следует отметить, что она может существовать только при наличии связей между ее элементами, а именно: иерархических, функциональных, структурных. Согласованная целостность взаимосвязанных элементов создает самоорганизующиеся системы, в которых каждый элемент, то есть источник права, занимает свое место, учитывая подчиненные и координирующие связи с другими источниками.

Проблемой, возникающей в процессе изучения системы источников права, является сведение источников права к системе законодательства, что приводит к отсутствию контроля над содержанием этих правовых актов, что приводит к принятию бесчеловечные правовые акты, неуважение к существующим. Эта односторонняя точка зрения привела к тому, что изучению других источников права уделялось гораздо меньше внимания, по сравнению с нормативными правовыми актами, и только в историческом или сравнительно-правовом контексте. Можно лишь согласиться с тем, что система законодательства создает ведущую подсистему системы источников права, но совершенно с ней не совпадает¹⁶.

¹⁶ Теория государства и права в вопросах и ответах [Текст]: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / М. Н. Марченко; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2023. – С. 170.

Кроме того, в отечественной юридической литературе (как и в советской) понятие «система источников права» понимается прежде всего, как суммативная система. Однако было бы упрощением не рассматривать систему источников права как целостную органическую систему, какой она стала в современную эпоху, поскольку она выступает как комплекс взаимосвязанных элементов, составляющих качественно новое образование. Такое упрощение, конечно, не позволяет глубже проникнуть в сущность описываемого явления, понять все системные отношения, существующие между элементами этой системы.

Система правовых источников представляет собой сложную неорганизованную систему, которая:

- состоит из множества разнородных частей – подсистем правовых источников, взаимодействующих друг с другом через системные связи;

- имеет возможность изменяться, благодаря влиянию как других подсистем правовой системы, так и вновь создаваемых источников права;

- в процессе развития переходит от уровня к уровню от обычного неписаного права – к писаному праву, от разрозненных нормативных комплексов, через кодификацию – к сложной динамической системе;

- в процессе функционирования, благодаря системной связи, появляются новые принципы, правовые нормы, рецепты, существование которых не было предусмотрено в процессе его формирования и прямо не инкорпорировано в правовые источники права;

- включает национальную, иерархическую и горизонтальную (отраслевую) структуру¹⁷.

Система источников права состоит из множества разнородных частей, взаимодействующих друг с другом. В системе источников права можно выделить отдельные источники права и подсистемы форм права (например, систему законодательства), которые взаимодействуют друг с другом через

¹⁷ Бирюков С. В. Виды и значение обычаев в современной правовой системе России / С. В. Бирюков, А. Э. Евстратов // Вестник ОмГУ. М.: Право, 2020. – С. 15.

различные системные связи.

Вряд ли можно сделать однозначный вывод об источниках права как форме объективации политической воли в современных правовых системах. Бесспорна роль государственных органов в формировании системы источников права, однако современные системы источников права опираются в большей степени на консенсусные источники права, такие как международные договоры и конституции (которые часто принимаются специальными конституционными собраниями или референдумами).

Иными словами, хотя роль государства в формировании источников права все еще достаточно значительна, значительная часть системы источников права создается не государством, хотя именно государство обязуется их обеспечивать. Другими словами, следует проводить различие между государственным законодательством и законодательством гражданского общества¹⁸.

По юридической значимости источники права можно разделить на основные, которые состоят из нормативно-правовых актов, и вспомогательные, которые применяются, если основные источники отсутствуют или не регулируют в полной мере те или иные правоотношения. К вспомогательным источникам права относятся правовые обычаи, судебные прецеденты, широко используемые в странах системы общего права (США, Великобритания) и доктрины известных ученых-правоведов.

Выделяют следующие источники права: нормативно-правовой акт, нормативный договор, правовой обычай, юридический прецедент, юридическая доктрина.

Следует сказать, что современное общество, которое смело можно назвать информационным обществом, задает новый предел в развитии системы источников права. Постиндустриальное общество лишило нормативно-правовой акт его монопольного положения в выполнении

¹⁸ Горохова С. С., Гуков А. С., Попова О. В. Теория государства и права. Учебник и практикум. В 2 томах. Том 2. Особенная часть / под ред. Альбов А. П., Николюкин С. В. – М.: Юрайт, 2018. – С. 190.

функции закрепления правовых норм. Значительное развитие получили обычное право, договорное право, судебная практика, так называемое «мягкое право». Все эти тенденции вызваны попыткой преодолеть разрыв между государством и гражданским обществом.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Таким образом, на основе проведенного исследования правового обычая как источника права, можно сделать следующие выводы.

Доктрина и практика об источниках права в целом ставят множество сложных вопросов, ответы на которые зависят от понимания права как такового, определенной правовой системы, определенного исторического периода и т. д.

Проблема определения термина «источник права» по-прежнему актуальна. Это связано с отсутствием однозначного подхода к пониманию значения этого слова, а также со сложившейся «традицией» юридической науки представлять его определение через призму формы закона. В связи с этим предлагается определять источники права как внешне выраженные в определенных формах, идейные и материальные источники права, отражающие его значение в конкретно-исторических условиях.

Закон из области права, которое безоговорочно признается основным источником права, не способно заниматься «самостоятельно» регулированием правоотношений, а потому другие источники права (международные договоры, обычаи, судебная практика и объективно начинают укреплять свои позиции в России.

Юридический (правовой) обычай – правовая норма, установившаяся без вмешательства органов государственной власти в результате длительного и регулярного применения одних и тех же правил к однородным случаям жизни.

Обычное право, состоявшее из обычаев, было исторически первой формой позитивного права, наиболее тесно связанной с жизнью. Между тем наиболее развитыми формами по-прежнему считаются право судей и право законодателей, на основе которых сложились две типичные правовые системы: прецедентная система (в форме общего права – Великобритания, США) и система законодательства стран континентальной Европы (в виде

романо-германского права – Франция, Германия и др.).

Важнейшей чертой правового обычая является его исключительная устойчивость, определяющая устойчивость основанных на нем правоотношений, а также то, что правила поведения данной категории рано или поздно принимаются заключенными договорами.

Специфика формы правового обычая – отсутствие письменного документа, конечно, затрудняет применение такой правовой нормы, но никоим образом не умаляет ее императивного характера.

Государство признает не все обычаи, сложившиеся в обществе, а только те, которые имеют наибольшее общественное значение, удовлетворяют его интересы и исторический этап его развития.

Правовой обычай, хотя и играет второстепенную роль в правовой жизни общества, все же используется при решении вопросов различных отраслей права (торгового мореплавания, судоходного права, купли-продажи, конституционного процесса и др.), но занимает особое место в регулировании международных отношений.

То есть правовой обычай оказывает влияние не только на страны, установившие международно-правовые нормы, но и на страны, подписавшие международно-правовые договоры с международно-правовыми нормами.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

- 1 Бабаев В. К. Теория государства и права: учебник для вузов / под редакцией В. К. Бабаева. – 4-е изд., перераб. и доп. – Москва: Издательство Юрайт, 2021. – 582 с.
- 2 Берг Л. Н. Теория правового воздействия. – М.: ГАРАНТ, 2021. – 419 с.
- 3 Бирюков С. В. Виды и значение обычаев в современной правовой системе России / С. В. Бирюков, А. Э. Евстратов // Вестник ОмГУ. М.: Право, 2020. – 25 с.
- 4 Бошно С. В. Правоведение: основы государства и права: учебник для академического бакалавриата / С. В. Бошно. – М.: Издательство Юрайт, 2019. – 533 с.
- 5 Гогин А. А., Липинский Д. А., Малько А. В. и др. Теория государства и права: учебник (под ред. А. В. Малько, Д. А. Липинского). – М.: Проспект, 2018. – 248 с.
- 6 Горохова С. С., Гуков А. С., Попова О. В. Теория государства и права. Учебник и практикум. В 2 томах. Том 2. Особенная часть / под ред. Альбов А. П., Николюкин С. В. – М.: Юрайт, 2018. – 338 с.
- 7 История государства и права России в 3 ч. Часть 3: учебник для академического бакалавриата / В. Е. Рубаник [и др.]; под общ. ред. В.Е. Рубаника. – М.: Издательство Юрайт, 2018. – 275 с.
- 8 Казьмин И. Ф. Научная концепция акта о правотворческой деятельности / Проблемы совершенствования законодательства. – М. Кнорус, 2022. – 35 с.
- 9 Калина В. Ф. История государства и права России: учебник для вузов / В. Ф. Калина, Г. Ю. Курскова. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2021. – 367 с.
- 10 Карташов В. Н. Юридическая культура, антикультура и ответственность. Учебник. – Ярославль: Филигрань, 2019. – 352 с.

11 Кожевников В. В., Коженевский В. Б., Рыбаков В. А. Теория государства и права. Учебник. – М.: Проспект, 2020. – 464 с.

12 Миронов, В. О. О предмете теории государства и права / В. О. Миронов, Н. В. Зин // Аграрное и земельное право. – 2021. – № 8(200). – С. 45–47.

13 Мирошников Е. В. Международно-правовой обычай в коммерческой деятельности: учебное пособие для вузов / Е. В. Мирошников. – 2-е изд., испр. и доп. – М.: Юрайт, 2023. – 162 с.

14 Молчанов И. В. Обычай в системе источников права // Сборник тезисов Всероссийской научно-практической конференции «Системность в государственно-правовых явлениях и институтах: теоретические и исторические проблемы». – Екатеринбург, 2019. – 41 с.

15 Мухаев Р. Т. Теория государства и права. Учебник. – М.: Юрайт, 2023. – 585 с.

16 Поленина С. В. Законотворчество в Российской Федерации. – М.: Юрист, 2019. – 213 с.

17 Протасов В. Н. Теория государства и права. Учебник и практикум. – М.: Юрайт, 2018. – 496 с.

18 Радько Т. Н., Лазарев В. В., Морозова Л. А. Теория государства и права. Учебник для бакалавров. – М.: Проспект, 2021. – 568 с.

19 Романенко, Д. И. Предмет теории государства и права как объект научных дискуссий в юриспруденции / Д. И. Романенко // Альманах молодого исследователя. – 2018. – № 5. – С. 12–14.

20 Смоленский М. Б. Теория государства и права. Учебник. – М.: Инфра-М, 2018. – 272 с.

21 Теория государства и права в вопросах и ответах [Текст]: учебное пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / М. Н. Марченко; Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. – Изд. 2-е, перераб. и доп. – Москва: Проспект, 2023. – 240 с.

22 Теория государства и права: учебник / У. Э. Батлер, З. Ш. Гафуров,

Г. И. Денисов и др.; Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА); под общ. ред. О. В. Мартышина. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2023. – 430 с.

23 Ущаповская М. О., Никодимов И. Ю. Теория государства и права. – М: Дашков и Ко, 2019. – 104 с.

24 Цечоев В. К., Рассказов Л. П., Галкин А. Г., Ковалев В. В. История государства и права России. Учебное пособие. – М.: Прометей, 2018. – 406 с.

25 Шестаков Ю. А. История государства и права России. Учебное пособие. – М.: Инфра-М, 2018. – 312 с.