

УДК 340.12

## Понятие и признаки правового обычая

**Васильев Алексей Михайлович**

Доктор исторических наук, кандидат юридических наук,  
доцент, заведующий кафедрой правовых дисциплин,  
Армавирская государственная педагогическая академия,  
352901, Россия, Армавир, ул. Розы Люксембург, 159;  
email: alexey771977@mail.ru

**Васильева Светлана Михайловна**

Старший лейтенант юстиции, кандидат юридических наук,  
доцент кафедры социально-гуманитарных дисциплин,  
Филиал Кубанского Государственного университета,  
352380, Россия, Кропоткин, ул. Ленина, 247;  
e-mail: svetlana5685@mail.ru

### Аннотация

Правовой обычай сегодня находится под пристальным вниманием учёных т. к. является одним из древнейших источников права. Многие учёные говорят об обычном праве как о фундаментальном явлении проходящем через всю правовую систему. И в данной статье мы попытались рассмотреть именно процесс развития правового обычая, раскрыть понятие и его признаки.

### Ключевые слова

Право, обычай, юридические отношения, правовое поведение, законодательство, выкуп, кровная месть.

### Введение

Исследование вопроса о месте и роли правового обычая в процессах

обновления права представляется нам закономерным начать с рассмотрения правового обычая как источника права с двух позиций: с точки зрения генези-

са правового обычая, его содержания, и с точки зрения его формы. Такая позиция характерна для представителей этнографической и антропологической школы права (Д.Ж. Валеев, О.А. Пучков и др)<sup>1</sup>.

### Правовой обычай

Правовой обычай является одним из древнейших источников права, выступая как форма, в которой выражено правило поведения длительного действия, придающее ему в силу этого качество правовой нормы. Известный исследователь права, профессор Г.В. Мальцев, обозначая современные представления о месте обычного права среди других форм права, подчёркивает, что «обычное право – это не переходная форма, а фундаментальное явление, проходящее через всю правовую историю»<sup>2</sup>.

Исторической основой правового обычая выступает обычай как

таковой. Толковый словарь русского языка трактует обычай как «традиционно установившиеся правила общественного поведения»<sup>3</sup>. Этимология слова «обычай» была исследована М.Ф. Владимирским-Будановым, который сделал вывод о том, что обычай в сознании народа обозначает такие понятия как «правда», «норов», «предание», «пошлина» (то, что «пошло» – общепринятость издавна)<sup>4</sup>.

Подтверждая эти выводы, акцентируя внимание на таких характеристиках обычая, как многократность, общепринятость, наиболее полное определение обычаю даёт М.Н. Кулажников. По его мнению, «обычай представляет собой устойчивое правило поведения, возникающее на основе однородных фактических отношений как явление, отражающее привычные способы во взаимодействии людей определённой социальной общности, в результате многократного совершения этими людьми одних и тех же действий, осознавая и положительные оценки общественной значимо-

1 Валеев Д.Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правовед. – 1974. – № 6. – С. 72; Пучков О.А. Антропологическое постижение права. – Екатеринбург: УрГЮА, 1999. – С. 56.

2 Мальцев Г.В. Очерки теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов-на-Дону: СКАГС, 1999. – С. 51.

3 Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., дополненное. – М.: Азбуковник, 1999. – С. 442.

4 Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор и история Русского права. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. – С. 109-110.

сти указанных правил, соблюдаемых в силу привычки и под воздействием общественного мнения»<sup>5</sup>.

Анализ данного определения позволяет выделить, во-первых, глубоко социальную основу данного регулятора общественных отношений, и, во-вторых, обозначить механизм обеспечения действия обычаев в виде общественного мнения. В результате мы имеем вполне соответствующую этнографическим и антропологическим догмам картину возникновения, существования и реализации обычаев в обществе. Для обычаев как разновидности социальных норм характерны такие признаки, как:

- общественно-социальный характер их возникновения, определяемый общественным сознанием;
- многократный и локальный характер их действия;
- казуистичный характер их предписаний;
- в качестве средств обеспечения обычая выступает общественное мнение;
- обычай возникает на определённом социальном базисе и зачастую продолжает существовать и регулиро-

вать общественные отношения даже после его утраты.

В более ранних исследованиях природы, генезиса и сущности обычного права социально-этническая основа обычного права признавалась ключевой, где правовой обычай был следствием существования ранее простого обычая, т. е. обычное право возникает из ряда однообразных действий, применяющихся длительное время и вошедших в привычку народа в виде обычая.

Профессор В.М. Хвостов отмечал, что «под именем обычая разумеется юридическая норма, получившая обязательную силу вследствие долговременного применения её на практике и привычке к ней народа»<sup>6</sup>. М.Н. Капустин объясняет возникновение обычая известным образом действий, который входит постепенно в привычку, и человек испытывает на себе притягательную силу того, что совершается перед ним, и образуют свой характер под впечатлением окружающей среды, повторяя то, что делают другие». Вопрос же о том, как зарождается типичное и привычное поведение, объясняется деятельностью и поступками

---

5 Кулажников М.Н. Право, традиции и обычаи. – Ростов-на-Дону: Ростовский университет, 1972. – С. 48.

---

6 Капустин М.Н. Теория права. Т. I. – М., 1868. – С. 130-131.

отдельных лиц, направленных на достижение их целей, удовлетворение текущих потребностей. Исходя из данного определения, обычное право и обязательность его применения диктуются лишь силой привычки народа, что значительно механизмирует обычное право, лишая его ценностно-ориентационных качеств и свойств, а также превращая сознательно-волевое поведение людей в рамках требований обычного права из осознанного в бессознательное, просто привычное.

Научная основа понятия «обычай», условий его действия была заложена исследованиями представителей исторической школы права, выводившими возникновение права из народного правосознания; авторами, согласно мнению которых обычай явился основой древнейших законов и кодексов<sup>7</sup>; исследованиями отечественных цивилистов и историков права. Практически все они исходили из того тезиса, что обычаи, играющие в древности превалирующую роль в урегулировании общественных отношений, продолжают своё действие и в дальнейшем, являясь той основой, на которой складываются юридические отношения, нормативная система

ранних обществ. Обозначая действие обычая, некоторые авторы уже выделяли его свойства: обязательность, религиозное значение, этничность и консервативность, что поддерживается и современными исследователями<sup>8</sup>.

Основываясь на антропологическом методе изучения общих закономерностей развития человеческого общества, можно выделить следующие этапы генезиса обычая:

– возникновение и формирование коллективной общины. На этом этапе наряду с процессом самоидентификации человека возникают новые общественные отношения, связанные с коллективными интересами первобытнообщинного общества – отношения власти и управления, табуитет, возникновение имущественных отношений, регулировавшихся обычно-правовыми нормами.

– появление специализированного судебного учреждения в форме Совета старейшин, что вызвало необходимость письменной фиксации норм обычного права;

– обособление рода и формирование родовых органов власти, что

7 Мэн Г.С. Древнейшая история учреждений. – СПб.: Знание, 1876. – С. 23.

8 Свечникова Л.Г. Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.: дисс. ... д-ра юрид. наук. – М.: РГБ, 2003 – С. 56.

явилось первичной предпосылкой к классовому расслоению общества и появлению таких социальных норм, которые защищали интересы правящей верхушки и ознаменовали частичную трансформацию норм обычного права в закон. В отличие от родоплеменного строя, где право закрепляло кровнородственные отношения, в вождестве и ранних государствах, право оформляет, прежде всего, отношения территориального членства и принадлежность к определённому сословию... Усложнение социальной структуры неизбежно требует и изменения формы права. Поэтому обычай заменяется законодательством – господствующей формой права (вместе с судебными прецедентами) раннегосударственного общества. Содержание же права – эквивалентность и формальное равенство, в принципе, остаётся неизменным»<sup>9</sup>;

– появление государства и его специальных органов, что потребовало модернизации всей системы управления обществом и перехода на более прогрессивные формы права. Местные обычаи, как правило, сохранялись лишь в том случае, если в силу опреде-

лённой перегруппировки они получили географически более широкую сферу применения и если была осуществлена компиляция, позволяющая легко ознакомиться с ними»<sup>10</sup>. Даже при создании крупных компиляций обычного права последние не могли претендовать на всестороннее, всеохватывающее регулирование существовавших общественных отношений, – указывает Р.Н. Дусаев, – сами меняющиеся условия жизни заставляли компиляторов отбрасывать частности местного значения, отходить от казуального характера сочинений и приближаться к универсализму правовых норм;

– утверждение современного государства с развитой системой органов власти и управления и приоритетом позитивного права над правовыми обычаями. Основанием применения обычно-правовых норм зачастую становится государственное санкционирование. Тем не менее, нормы правового обычая продолжали выступать в качестве социального регулятора в тех социумах, где сохранялся общинный уклад (соседская, крестьянская, этни-

9 Честнов И.А. Истоки права // Истоки и источники права. Очерки / Под ред. Ромашова Р.А., Нижних Н.С. – СПб., 2006. – С. 57-58.

10 Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.; Дусаев Р.Н. Основные правовые системы современности. Уч. пос. по теории государства и права. – Петрозаводск: ПТУ, 1999. – С. 10.

ческая и т. д.). В результате санкционирования происходит своего рода систематизация обычаев, регулирующих определённые сферы отношений.

Именно на этапе формирования потестарного общества, коллективной общины «действие человека, производимое вначале лишь в силу необходимости или «под давлением власти, ... впоследствии становится у него уже обычным образом действия и нормальным перенесением такого давления, если необходимость эта постоянно повторяется, если сила эта воздействует на него в течение продолжительного времени»<sup>11</sup>.

Ориентированность человеческого общества на осёдлость и традиционность уклада и образа жизни способствовало появлению обыденных привычек, с течением времени превратившихся в нормативные установления, имеющие характер обычая. Ранее представители иных общественных наук использовали термины «древнее право», «архаичное право», «первобытное право», «примитивное право», «традиционное право» и пр. Подобная терминология не позволяла представить обычное право комплек-

сно, во всех его взаимосвязях с культурными, духовными, религиозными, этническими корнями, значительно сужая его понимание.

Д.Г. Грязнов, исследуя общие условия возникновения обычая и обычного права, указывает, что происхождение обычая «обусловлено существующей в обществе объективной потребностью в упорядочении каким-либо правилом той области общественных отношений, где в последующем будет применяться этот обычай»<sup>12</sup>. Именно обычай, объективно связанный с социализацией человека, выступил в роли исходного начала появления правового обычая и обычного права в целом. «Обычай, необходимый момент для возникновения права и его обязательной силы. Только вследствие долгого и продолжительного соблюдения приложения известного правила, однообразно повторяющегося действия, может возникнуть право... Обычай и юридическое убеждение – два нераздельных, конститутивных элемента обычного права»<sup>13</sup>.

11 Гумплович Л. Общее учение о государстве. – СПб.: Общественная польза, 1910. – С. 349.

12 Грязнов Д.Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке. – М.: Ставрополь, 2003. – С. 119.

13 Карасевич П.Л. Гражданское обычное право во Франции в историческом его развитии. – М., 1875. – С. 22.



Разграничение категорий «обычай» и «правовой обычай», по нашему мнению, далеко не всегда следует проводить в соответствии с таким критерием, как санкционированность данных видов социальных норм со стороны государства. С одной стороны, обычай как социальный регулятор в какой-либо санкции со стороны государства не нуждается изначально, будучи продуктом общественного сознания и обеспечиваемый силой общественного мнения. Напротив, правовой обычай – источник права, формируемый в государственно организованном обществе, и для того чтобы быть допущенным к регуляции общественных отношений, он обязательно должен получить санкцию государства на его применение на практике, как правило посредством судебного или законодательного акта. Однако отвечая на вопрос, какой обычай следует считать правовым, М.Г. Муромцев определяет: «...считается правовым как в силу санкции государства, так и вследствие признания его своим известной этнической общностью, племенем, кастой и т. д.»<sup>14</sup>.

Д.И. Мейер, вслед за Г.Ф. Шершеневичем, выделяя условия, при

которых обычай становится источником права», указывал следующие: во-первых, обычай должен содержать в себе юридическое воззрение, ибо никакое другое воззрение не может породить права; во-вторых, юридическое воззрение должно неоднократно проявляться в действительности, и следовательно, быть соблюдаемо в течение более или менее продолжительного времени; в-третьих, юридическое воззрение должно проявляться постоянно однообразно; в-четвёртых, обычай не должен противоречить нравственности, так как общество не может признать прав, несовместимых с доброй нравственностью, то есть юридическое воззрение должно являться проявлением нравственного закона в применении к общежитию. При этом Д.И. Мейер указывал, что ни число повторений, ни количество времени, необходимого для проникновения юридического воззрения в сознание народа как права не может быть точно определено, но чем реже встречаются случаи применения какого-либо юридического воззрения, тем больше потребуется времени для признания за ним значения обычного права. Кроме того, он считал, что отсутствие единообразия препятствует становлению обычно-правовой нормы, замечая, что

---

14 Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки. – М.: УДН, 1987. – С. 22.

не каждое уклонение от юридического воззрения мешает ему сделаться обычным правом. Напротив, если уклонение является исключением, то это явно свидетельствует о существовании обычного права.

К основным способам государственного санкционирования обычаев, прямым и опосредованным, можно отнести:

- законодательное;
- правоприменительное;
- ведомственное;
- договорное;
- «молчаливое» санкционирование посредством соблюдения обычая в деятельности государственных органов и учреждений;
- признание государствами международного обычая;
- признание государством систематизации обычаев, осуществляемых негосударственными организациями<sup>15</sup>.

Известный учёный в области русского права А.Н. Филиппов в своём труде «Конспект истории русского права» определяет обычное право в качестве «совокупности юридических норм, создающихся помимо законода-

тельной власти и выражающихся в народных обычаях и обрядах».

Следует также согласиться с мнением русского цивилиста Д.И. Мейера, который, рассматривая обычное право как «юридическое положение, раскрывающееся в неоднократном и однообразном применении», соглашался с тем, что обычай так «могущественен в юридическом быту, что может вывести из употребления закон, направленный против его применения», но при этом указывал, что «обычай не должен противоречить нравственности: общество не может признавать прав, несовместимых с доброй нравственностью... это условие заключается уже в том, что обычай должен содержать в себе юридическое воззрение, которое и есть не что иное, как проявление нравственного закона в применении к общежитию». Таким образом, Д.И. Мейер предвосхитил позицию Е.А. Лукашевой о том, что обычное право, в основе которого положен правовой обычай, может существовать и без санкции государства, а иногда и вопреки его воле.

Общеобязательность, присущая правовому обычаю как социальному нормативному регулятору, придаваемая государством посредством санкционирования, по большому

15 Малова О.В. Правовой обычай как источник права: дисс. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – С. 172.



счёту не имеет значения для функционирования этнического правового обычая, если им регулируются отношения внутри группы. Для членов этой группы безразлично, обязательен ли обычай для лиц не их группы, так как изначально он на них не распространяется, и требовать от лиц, не принадлежащих к данной группе, соблюдения соответствующего обычая нет никаких предпосылок. Обязательность же для членов группы данного обычая базируется не на принуждении, а на сознании необходимости поступать так, а не иначе<sup>16</sup>.

«Обычное право, – пишет Е.А. Лукашева, – возникает на определённом этапе развития общества и обусловлено, в первую очередь, необходимостью регулирования права собственности. Объективно возникающие, с естественно-исторической необходимостью, правовые формы и нормы общения предшествуют закону». Возникновение правового обычая и развитие обычного права наглядно показывают исторический путь обычая как социальной формы, которая не принадлежит исключительно к сфере права, но выступает конструктивным

элементом действия других нормативных регуляторов – этикета, политики и т. д.

По мнению А.М. Ладыженского, по мере того, как роды становились сословными корпорациями, органы родовой власти становились органами классовой власти, первоначально по отношению к подчинённым родам, а затем по мере распада родового строя – и по отношению к своим членам. А бытовые внутриродовые нормы в это же время становились классовыми нормами, основанными уже на внешней принудительной силе, то есть нормами правовыми. Так, выкуп кровной мести, чисто родовой обычай, стал в варварских правдах юридической нормой, различной для разных сословий и санкционированной государственной властью (вира и головщина)»<sup>17</sup>. На основе проведённых исследований А.М. Ладыженским было предложено следующее определение обычного права: «Под обычным правом надо понимать совокупность правил внешнего поведения, которые: 1) рассматриваются членами социального объединения как обязательные

16 Кочетыгова Н.И. Правовой обычай как источник права России: дисс. ... канд. юрид. наук. – М.: РГБ, 2007. – С. 97.

17 Ладыженский А.М. Адады горцев Северного Кавказа. Под ред. Зайналабидова А.С., Черноуса В.В. Южнороссийское обозрение. Вып. 18. – Ростов-на-Дону: СКНЦ ВШ, 2003. – С. 66-67.

а) на основании ли непосредственно влияющих условий общественной жизни или б) на основании какого-либо общественного авторитета; 2) исполняются членами данного общества, а если их нарушают, то против этого борются, систематически применяя против правонарушителей репрессивные меры».<sup>18</sup>

Разработка теории обычного права активно ведётся с середины 19-го века. При этом наблюдается разделение мнений учёных относительно взаимосвязи между законодательными актами и обычаями.

Попытки связать развитие права с государством были предприняты К.Д. Кавелиным. Именно он указывал на тесную связь между законодательными актами и обычаями, считая, что законодательные акты следует изучать на основе всей совокупности быта «посреди которого возникают исследуемые отрывочные юридические факты, и в нем, через него, искать между ними единства, за недостатком непосредственной связи».

Н.П. Загоскин трактовал понятие обычного права более шире, указывая на его первостепенное значение

в жизни всякого народа. При этом допускал существование обычного права наряду с государственным, являясь важнейшим источником, действовавшим в области частноправовых отношений<sup>19</sup>.

А.Н. Филиппов, представитель русской формально-юридической школы, сопоставляя обычное право и официальное законодательство на различных этапах исторического развития государства считал закон второстепенным, следующим за обычным правом, которое, по его мнению, до образования Московского государства было важнейшим источником права. В работе этого исследователя «История русского права» указывается, что в период Московского государства закон лишь санкционировал в своих нормах то, что «соответствует основным народным правовоззрениям, т. е. продолжает ту же работу возведения в закон народных юридических обычаев, которая началась в предыдущий период»<sup>20</sup>. Таким образом, согласно концепции А.Н. Филиппова, закон в

18 Ладыженский А.М. Методы этнологического изучения права // Этнографическое положение. – 1995. – № 4. – С. 160.

19 Загоскин Н.П. История права русского народа. Т. 1. – Казань, 1899 – 528 с.; Загоскин Н.П. История права Московского государства. Т. 1. – Казань, 1877. – С. 87.

20 Филиппов А.Н. История русского права. – М.: Юрьев, 1907. – С. 59.

русском праве играл второстепенную роль, а первая и главная всегда принадлежала обычному праву.

А М.Ф. Владимирский-Буданов прямо указывал, что «законодательство старается лишь узаконить обычай»<sup>21</sup>. Следовательно, роль обычая этим автором выделялась как наиважнейшая в деле построения правовой системы государства. Однако будучи историком, М.Ф. Владимирский-Буданов уделял первостепенное значение историческому разрезу действия обычного права, поскольку система источников права в России в течение довольно длительного времени не претерпевала особых изменений. К примеру, даже на рубеже XIX – начале XX вв. в России признавалась следующая система источников права: 1) обычное право; 2) юридические нормы, установленные верховной властью в определённом порядке. И их соотношение было неравномерным. Для признания, например, того же обычного права источником требовалось наличие нескольких условий: 1) сознание его необходимости – «обычай живёт в сознании народа как закон»; 2) неоднократность его применения; 3) содержание обыч-

ного права не должно противоречить нравственности<sup>22</sup>. Область допускаемого по русскому законодательству применения обычая определялась по формальному и материальному признакам. По материальному: в делах торговых; в делах о наследовании, об опеке и попечительстве среди крестьян. По формальному признаку: «волоостным судам при разрешении тяжб и споров среди крестьян».

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в XVIII столетии господствовал взгляд, что обязательная сила обычного права кроется в явном или безмолвном допущении со стороны законодателя. Подобный подход можно обнаружить ещё в концепциях Т. Гоббса и Дж. Остина, которые указывали, что обычай, чтобы иметь какое бы то ни было «юридическое применение, должен быть признан государством». Подобную точку зрения поддерживает известный русский учёный в области права, в том числе и обычного, Ф.И. Леонтович, который придаёт большую важность формальному признаку обычного права со стороны законодательной власти. Обычаи могут быть принимаемы в расчёт

21 Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. – С. 109-110.

22 Свечникова Л.Г. Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.: дисс. ... д-ра юрид. наук. – М.: РГБ, 2003. – С. 68.

только в тех случаях, когда сам закон на них ссылается.

Интересно мнение современных исследователей феномена обычного права. А.И. Ковлер обратил внимание на неточность классификации понятия «обычай», заметив, что обычай в догосударственных общностях – продукт архаического способа мышления, а обычай как синоним обычного права – это уже продукт более развитого менталитета, предполагающий плюрализм правовых установок. Им было отмечено, что между этими понятиями очень трудно провести чёткую грань, но именно обычай являлся одним из регулирующих средств в первобытной родовой общине и сыграл достаточно большую роль в становлении правовых систем.

Г.В. Мальцев определяет обычай как «сопутствующий развитию человечества от его древнего состояния до современности социальный институт, выполняющий регулятивные функции в человеческих сообществах и группах в целях упорядочения отношений между людьми». Однако далее, опираясь на исследование Б. Малиновского, делает вывод о том, что основным признаком правовых обычаев является их санкционированность. Таким образом, пишет

Г.В. Мальцев, обычаи в той части, в какой мы выделили их как правовые, были действительно правом общества, переживающего эпоху распада первобытнообщинного строя и классовообразования<sup>23</sup>.

Отечественными историками права также затрагиваются те или иные моменты, непосредственно касающиеся сущности обычного права. И.А. Исаев указывает на большое значение правового обычая как источника права в Древней Руси. В.Г. Графский определяет правовые обычаи как основанные на частом употреблении широко известные правила правового назначения, регулирующие в догосударственном (родоплеменном) обществе практически все типичные отношения. Исследователем был предложен также термин «первобытное право», обладающее признаками казуистичности, обязательности соблюдения ритуалов, а также обвинительно-состязательным характером судебного разбирательства.

Другое название обычного права, предложенное этим исследователем, – первобытное право, которое

23 Мальцев Г.В. Очерки теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов-на-Дону: СКАГС, 1999. – С. 7.

он наделял следующими особенностями: казуистичность, обязательное соблюдение ритуалов, обвинительно-состязательный характер судебного разбирательства. «Обычное право поначалу – это орудие поддержания порядка без участия государственно-властного администрирования»<sup>24</sup>. Согласно этому определению обычное право как раз и является тем самым основным социальным нормативным регулятором в обществах, где ещё не созданы государственно-властные структуры и где исполнение норм обычаев контролировалось самим обществом.

В целом же анализ развития правовых идей и представлений о сущности и специфики обычного права, позволяет выделить несколько концептуальных подходов к пониманию обычного права – позитивистское понимание обычного права, естественно-правовое понимание, социологическая концепция и автономная концепция.

Несмотря на то, что все эти подходы аккумулированы тождественно различным подходам к правопониманию в целом, они позволяют качественно структурировать взаимосвязь

«право – правовой обычай», исходя из представлений о том, что есть право вообще и каковы его условия проявления вовне.

Позитивистский подход к пониманию обычного права сегодня является господствующим в современной теории права. Согласно этому подходу, любое правовое явление в обществе, приобретает характер правового лишь в силу того, что оно таковым признается государством. А.Я. Вышинский, совершенствуя идеологическую основу социалистического права, определял последнее как совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и угодных господствующему классу». Профессор В.А. Туманов, поддерживая классовый подход к определению сущности и содержания права, отмечал, что «...история права свидетельствует о том, что обычаи становились правовыми лишь тогда и постольку, когда и поскольку они санкциониро-

---

<sup>24</sup> Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. – М.: 2001. – С. 8-9.

вались государственной властью, путём судебной практики или с помощью иных государственных форм»<sup>25</sup>. Таким образом, сущность обычного права представляется производной от его классовой природы и материальной обусловленности.

Эта же концепция господствовала в советский период развития отечественной правовой науки, обеспечивая единообразное понимание природы и генезиса обычного права только в неразрывной взаимосвязи с государством. Например, исследователь права народов Восточной Африки М.А. Супатаев представляет обычное право как «совокупность юридических обычаев (обычаев, санкционированных государственной властью), выражающих интересы формирующегося класса эксплуататоров и охраняемых, в конечном счёте, принудительной силой государства)».

При этом одной из основных и распространённых форм санкционирования обычая выступает судебное решение. Достаточно судам начать систематически применять ту или иную норму обычного права, чтобы она превратилась в санкционированный обы-

чай. При определённых исторических условиях сама юридическая практика может привести к образованию своеобразных судебных обычаев, со временем сложившуюся, например, в систему английского права – common law.

Другим примером может служить первоначальная деятельность волостных судов в России и таких же судов обычного права в Белоруссии, которые просуществовали вплоть до конца XIX века, а узаконены были только после отмены крепостного права в 1861 году. Эти суды крестьянских общин практически полностью не применяли общегосударственного законодательства. Кроме того, арбитром в купеческом сословии выступал Суд Братчины. Уже позднее были приняты нормативные акты, регламентирующие его юрисдикцию.

Таким образом, правовой обычай, интегрируя все названные характеристики обычая, становится особым самостоятельным социальным регулятором при наличии особых признаков, присущих непосредственно ему, о чём убедительно сказано в работе Н.И. Кочетыговой.

Таковыми признаками выступают:

1. Нормативность, в соответствии с которой норма правового обы-

---

25 Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. – М.: Наука, 1971. – С. 97.



чая представляет собой правило поведения общеобязательного характера, выступающее в качестве единого правила для всех и каждого, кто оказывается в сфере её действия, а также предписывает правильный с точки зрения общества и потому необходимый для конкретного индивида образ действий.

2. Внутреннее убеждение лица в необходимости существования и применения правового обычая. Этот признак правового обычая указывает на механизм его действия, показывая, что в основе общеобязательности действия правового обычая лежит внутреннее осознание и убеждение в необходимости исполнения обычно-правовых установлений отдельным лицом, являющимся частью группы, с которой оно себя идентифицирует.

Будучи не государственным источником права, правовой обычай обеспечивается не силой государственного принуждения, а внутренним осознанием субъекта в необходимости поступать так, как предписано правовым обычаем.

3. Систематичность применения, поскольку только при неоднократной повторяемости предписания обнаруживается необходимый, а не случайный его характер.

4. Единообразие применения, т. е. правовой обычай должен носить характер общего однородного правила, соблюдаемого в как можно большем количестве однотипных ситуаций.

5. Непрерывность действия обычая, свидетельствующий о том, что применение правового обычая сопряжено с личной выгодой для каждого и пользой для социальной группы в целом. Соответственно, маловероятно, что при наличии такой выгоды социальная группа способна отказаться от применения правового обычая на какое-либо время.

6. Определённость – в соответствии с этим принципом правило поведения, закреплённое в правовом обычае, должно быть понятно в рамках той системы социальных и правовых установлений, которая принята в данном социуме.

7. Обязательность – «обычай живёт в сознании народа как закон».

8. Разумность правового обычая – один из внутренне присущих ему признаков, поскольку только получившие всеобщее одобрение обычаи способны стать длительно и стабильно применяемыми социальными нормами.

9. Нравственность правового обычая, поскольку общество не мо-

жет признавать прав, несовместимых с доброй нравственностью.

Многообразие существующих теорий и концепций в исследовании обычного права подтверждает многогранность данной проблемы и необходимость учитывать приведённые подходы при определении правового обычая.

Нами представлены основные теоретические направления в исследованиях обычного права. Рассмотренные нами точки зрения являются взаимодополняемыми и дают возможность выработать синтетический взгляд на природу обычного права и рассмотреть его в более широком смысле.

Однако выбранная нами классификация показывает, что социологическая концепция обычного права наиболее интегративна. Данная концепция учитывает все основные критерии остальных концепций: автономный характер обычного права, но не в отношении народа (историческая школа), а в отношении правовой системы личности; справедливый, волевой и рациональный (естественно-правовая концепция); обычное право корпораций на основе высшего приоритета, придающего единство системе (позитивная концепция).

Основываясь на этих положениях, позволим себе согласиться с мнением Кочетыговой Н.И. и привести здесь определение обычного права, сформулированное этим исследователем, в соответствии с которым обычное право – это форма правовой жизни общества, основанная на нормативной системе социальной регуляции поведения личности; признаваемой другими социальными субъектами (в том числе и государством) как правило массового поведения, в силу неоднократности и стабильности, множественных моделей поведения, универсальности, убеждённости в справедливости и оптимальности поведения, фактически и однообразно соблюдаемых личностью в его взаимоотношениях в целях формирования правопорядка.

Основной ценностью данного определения, по нашему мнению, является указание на неразрывную связь правового обычая именно с обществом, но не с государством. Как определённая унифицированная правовая форма общественной жизни, обычное право прежде всего должно пользоваться поддержкой всех социальных субъектов, а не только государства. Также здесь присутствует указание на связь обычного права и справед-

ливости, что является неотъемлемым свойством и качеством народных представлений о сущности нормативной регламентации общественных отношений, и эта взаимосвязь никоим образом не зависит от конкретно-исторической формы государства.

### Заключение

В течение длительного времени правовые обычаи выступают предметом исследований правоведов, философов, социологов и политологов.

Различные подходы к изучению этого правового явления раскрывают всю многогранность и широту феномена обычного права, его поли-

морфизм и вариативность в историко-этнографическом аспекте.

И если в более ранних исследованиях, посвящённых обычному праву, правовым обычаям, неизменно демонстрировалась их неразрывная связь с государством, необходимость санкционирования обычаев, то в последнее время всё чаще обосновывается позиция, в соответствии с которой правовой обычай являет собой сформировавшееся нравственно-юридическое воззрение, существующее без государственного вмешательства и обеспечиваемое социальными средствами, зачастую не опирающимися на государственно-властное принуждение.

### Библиография

1. Валеев Д.Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правовед. – 1974. – № 6. – С. 72.
2. Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор и история Русского права. – Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. – 338 с.
3. Графский В.Г. Всеобщая история права и государства. – М.: 2001. – 744 с.
4. Грязнов Д.Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке. – М.: Илекса, 2003. – 207 с.
5. Гумплович Л. Общее учение о государстве. – СПб.: Общественная польза, 1910. – 541 с.
6. Давид Р. Основные правовые системы современности. – М.: Прогресс, 1988. – 496 с.

7. Дусаев Р.Н. Основные правовые системы современности. Уч. пос. по теории государства и права. – Петрозаводск: ПТУ, 1999. – 432 с.
8. Загоскин Н.П. История права Московского государства. Т. 1. – Казань, 1877. – 361 с.
9. Загоскин Н.П. История права русского народа. Т. 1. – Казань, 1899 – 528 с.
10. Капустин М.Н. Теория права. Т. 1. – М., 1868. – 392 с.
11. Карсевич П.Л. Гражданское обычное право во Франции в историческом его развитии. – М., 1875. – 488 с.
12. Кочетыгова Н.И. Правовой обычай как источник права России: дисс. ... канд. юрид. наук. – М.: РГБ, 2007. – 226 с.
13. Кулажников М.Н. Право, традиции и обычаи. – Ростов-на-Дону: Ростовский университет, 1972. – 176 с.
14. Ладыженский А.М. Методы этнологического изучения права // Этнографическое положение. – 1995. – № 4. – С. 160.
15. Ладыженский А.М. Адамы горцев Северного Кавказа. Под ред. Зайналабидова А.С., Черноуса В.В. Южнороссийское обозрение. Вып. 18. – Ростов-на-Дону: СКНЦ ВШ, 2003. – 219 с.
16. Малова О.В. Правовой обычай как источник права: дисс. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – 187 с.
17. Мальцев Г.В. Очерки теории обычая и обычного права // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов-на-Дону: СКАГС, 1999. – С. 51.
18. Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки. – М.: УДН, 1987. – 151 с.
19. Мэн Г.С. Древнейшая история учреждений. – СПб.: Знание, 1876. – 320 с.
20. Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка: 80000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., дополненное. – М.: Азбуковник, 1999. – 944 с.
21. Пучков О.А. Антропологическое постижение права. – Екатеринбург: УрГЮА, 1999. – 384 с.
22. Свечникова Л.Г. Обычай в праве народов Северного Кавказа в XIX в.: дисс. ... д-ра юрид. наук. – М.: РГБ, 2003. – 340 с.
23. Туманов В. А. Буржуазная правовая идеология. К критике учений о праве. – М.: Наука, 1971. – 381 с.

24. Филиппов А.Н. История русского права. – М.: Юрьев, 1907. – 732 с.
25. Честнов И.А. Истоки права // Истоки и источники права. Очерки / Под ред. Ромашова Р.А., Нижних Н.С. – СПб., 2006. – С. 57-58.

## Concept and characteristics of legal custom

**Vasil'ev Aleksei Mikhailovich**

Full Doctor of History, PhD (Law),  
associate professor, head of the department of legal disciplines,  
Armavir State Pedagogical Academy,  
P. O. Box 352901, Rozy Lyuksemburg str., No. 159, Armavir, Russia;  
email: alexey771977@mail.ru

**Vasil'eva Svetlana Mikhailovna**

Senior Lieutenant of Justice, PhD (Law),  
associate professor of the department of social and humanitarian disciplines,  
Kropotkin branch of the Kuban State University,  
P.O. Box 352380, Lenina str., No. 247, Kropotkin, Russia;  
e-mail: svetlana5685@mail.ru

### Abstract

The article presents a basic theoretical trends in the research of customary law. The authors have considered points of view that are complementary and provide an opportunity to develop a synthetic view of the nature of customary law and to consider it in a broader sense. Legal custom is now under scrutiny of scientists as it is one of the oldest sources of law. Many scientists say about the customary law as a fundamental phenomenon passing the entire legal system.

In this paper depicted an attempt to examine the process of development of legal custom and to articulate the concept and its traits.

Defining dictionary of Russian language interprets custom as a "traditionally established rules of social behavior". In earlier studies of the nature, origin and essence of customary law the social and cultural basis of customary law recognized as the key, where the legal custom was a result of pre-existing of common custom, i.e. customary law arises from a number of repetitive actions that are used for a long time and fell into habit of the people in the form of custom.

Scientific basis of the concept of "custom" and conditions of its validity was laid by the researches of representatives of historical school of law, who elicited accrual of a right from the national legal sense, as well as the authors, who believe that a custom was a basis of ancient laws.

### Keywords

Law, custom, legal relations, legal behavior, law, redemption, blood revenge.

### References

1. Chestnov, I.A., Romashov, R.A., Nizhnikh, N.S (2006), "Origins of law", *Origins and sources of law. Essays* ["Istoki prava", *Istoki i istochniki prava. Ocherki*], St. Petersburg, pp. 57-58.
2. David, R. (1988), *Main legal systems of the present* [*Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti*], Progress, Moscow, 496 p.
3. Dusaev, R.N. (1999), *Main legal systems of the present. Textbook on the theory of state and law* [*Osnovnye pravovye sistemy sovremennosti. Uch. pos. po teorii gosudarstva i prava*], PTU, Petrozavodsk, 432 p.
4. Filippov, A.N. (1907), *History of Russian law* [*Istoriya russkogo prava*], Yur'ev, Moscow, 732 p.
5. Grafskii, V.G. (2001), *General History of Law and State* [*Vseobshchaya istoriya prava i gosudarstva*], Moscow, 744 p.
6. Gryaznov, D.G. (2003), *Ratio of categories of customary law and legal custom in the science of law* [*Sootnoshenie kategorii obychnogo prava i pravovogo obychnaya v yuridicheskoi nauke*], Ilekse, Moscow, 207 p.
7. Gumplovich, L. (1910), *The general theory of the state* [*Obshchee uchenie o gosudarstve*], Obshchestvennaya pol'za, St. Petersburg, 541 p.



8. Kapustin, M.N. (1868), *Theory of law. Vol. 1* [*Teoriya prava. T. I*], Moscow, 392 p.
9. Karasevich, P.L. (1875), *Civil customary law in France in its historical development* [*Grazhdanskoe obychnoe pravo vo Frantsii v istoricheskom ego razvitii*], Moscow, 488 p.
10. Kochetygova, N.I. (2007), *Legal custom as a source of law in Russia: dissertation* [*Pravovoi obychai kak istochnik prava Rossii: dis. ... kand. jurid. nauk*], RGB, Moscow, 226 p.
11. Kulazhnikov, M.N. (1972), *Law, traditions and customs* [*Pravo, traditsii i obychai*], Rostovskii universitet, Rostov-on-Don, 176 p.
12. Ladyzhenskii, A.M. (1995), "Methods of ethnological study of law" ["Metody etnologicheskogo izucheniya prava"], *Etnograficheskoe polozhenie*, No. 4, p. 160.
13. Ladyzhenskii, A.M., Zainalabidov, A.S., Chernous, V.V (2003), *Adats of mountaineers of the Northern Caucasus. South Russian Review. 18th ed.* [*Adaty gortsev Severnogo Kavkaza. Yuzhnorossiiskoe obozrenie. Vyp. 18*], SKNTs VSh, Rostov-on-Don, 219 p.
14. Malova, O.V. (2002), *Legal custom as a source of law: dissertation* [*Pravovoi obychai kak istochnik prava: dis. ... kand. jurid. nauk*], Yekaterinburg, 187 p.
15. Mal'tsev, G.V. (1999), "Essays on the theory of custom and customary law", *Customary law in Russia: problems of theory, history and practice* ["Ocherki teorii obychnaya i obychnogo prava", *Obychnoe pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i praktiki*], SKAGS, Rostov-on-Don, p. 51.
16. Men, G.S. (1876), *Ancient history of institutions* [*Drevneishaya istoriya uchrezhdenii*], Znanie, St. Petersburg, 320 p.
17. Muromtsev, G.I. (1987), *The sources of law in developing countries in Asia and Africa* [*Istochniki prava v razvivayushchikhsya stranakh Azii i Afriki*], UDN, Moscow, 151 p.
18. Ozhegov, S.I., Shvedova N.Yu. (1999), *Defining dictionary of Russian language: 80,000 words and idiomatic expressions. 4th ed., enl.* [*Tolkovyi slovar' russkogo yazyka: 80000 slov ifrazeologicheskikh vyrazhenii. 4-e izd., dopolnennoe*], Azbukovnik, Moscow, 944 p.
19. Puchkov, O.A. (1999), *Anthropological understanding of the law* [*Antropologicheskoe postizhenie prava*], UrGYuA, Yekaterinburg, 384 p.

20. Svechnikova, L.G. (2003), *The custom of the law of peoples of the Northern Caucasus in XIX century.: dissertation* [*Obychai v prave narodov Severnogo Kavkaza v XIX v.: dis. ... d-ra jurid. nauk*], RGB, Moscow, 340 p.
21. Tumanov, V. A. (1971), *Bourgeois legal ideology. Critique of exercise of the law* [*Burzhuaznaya pravovaya ideologiya. K kritike uchenii o prave*], Nauka, Moscow, 381 p.
22. Valeev, D.Zh. (1974), "Customary law and the initial stages of its genesis" ["Obychnoe pravo i nachal'nye etapy ego genezisa"], *Pravoved.* No. 6, p. 72.
23. Vladimirkii-Budanov, M.F. (1995), *Overview and history of Russian law* [*Obzor i istoriya Russkogo prava*], Feniks, Rostov-on-Don, 338 p.
24. Zagoskin, N.P. (1877), *History of Law of the Moscow State. Vol. 1* [*Istoriya prava Moskovskogo gosudarstva. T. 1*], Kazan, 361 p.
25. Zagoskin, N.P. (1899), *Legal history of the Russian people. Vol. 1* [*Istoriya prava russkogo naroda. T. 1*], Kazan, 528 p.