

УДК 34

DOI: 10.34670/AR.2023.90.80.028

## Исторический и теоретический аспекты правового обычая и закона как источника права

**Дзыбова Саида Гиссовна**

Кандидат юридических наук,  
доцент кафедры теории и истории государства и права,  
конституционного строительства и политологии,  
Адыгейский государственный университет,  
385016, Российская Федерация, Майкоп, ул. Первомайская, 208;  
e-mail: dzibova.s@mail.ru

### Аннотация

В качестве научной проблемы вопрос об источниках права возник лишь в XIX в. как результат столкновения различных правовых идей. При этом термину «источники права» был придан совсем иной смысл, чем первоначальный. В статье автор анализирует мнение ученых о понятии и значении источника права, а также рассматривает понятия и общую характеристику обычая как источника права, рассматривает закон как основной источник права. Правовой обычай – это источник права с определенной спецификой и незакрепленный в законодательных актах, но используемый в юридической практике. Несоответствие теоретических концепций реальным ситуациям вынуждают теоретиков и практиков искать компромисс и продолжать изучать данное явление. Одной из главных причин этого выступает казуистичность правовых обычаев и их неоднозначность в практическом применении. Первостепенное значение закона гарантировано его безупречностью. Основным требованием к качеству закона является его соответствие праву, неотчуждаемым правам человека, которые закреплены в международно-правовых документах, в принципах и нормах международного права.

### Для цитирования в научных исследованиях

Дзыбова С.Г. Исторический и теоретический аспекты правового обычая и закона как источника права // Вопросы российского и международного права. 2023. Том 13. № 9А. С. 227-232. DOI: 10.34670/AR.2023.90.80.028

### Ключевые слова

Источник права, юридические нормы, нормотворческая деятельность, правовые нормы, обычай, закон.

## Введение

Понятие «источник права» возникло более двух тысяч лет назад. Оно впервые было введено Титом Ливием в «Римской истории». Он назвал Законы XII таблиц «источником всего публичного и частного права», имея в виду, что эти законы представляют собой основу, на базе которой развилось и сложилось современное ему римское право.

В качестве научной проблемы вопрос об источниках права возник лишь в XIX в. как результат столкновения различных правовых идей. При этом термину «источники права» был придан совсем иной смысл, чем тот, в котором употреблял его Тит Ливий.

Так, О.Е. Кутафин отмечает «множественность и разноречивость точек зрения как о самом понятии источников права, так и об их соотношении и связи» [Кутафин, 2016, 9].

О.В. Малова высказывает точку зрения, что «полемика вокруг данного правового понятия оправдана нечеткостью самого понятия источника права, с одной стороны, и неоднозначностью правопонимания в целом – с другой». Она считает, что «общее понятие права является предметообразующим понятием юридической науки и, следовательно, понятие источника права должно предваряться анализом общего понятия права, складывающегося в современных условиях. Признание многоаспектности права позволит говорить и о множественности его источников (форм), которые имеют различную природу, и изучить не только формальные, но и содержательные аспекты права, что приведет к обогащению исследуемого понятия» [Малова, 2006, 26].

Термин «источник права» может иметь несколько значений. В смысле технического термина под источником права понимаются способы выражения юридических норм, действующих в каждом обществе. Это нормотворческая деятельность государства и уполномоченных им организаций, а в отдельных случаях – всего народа (референдум), результатом которой является создание правовых норм.

Л.А. Нудненко определяет понятие источника права как «внешнюю форму выражения правовых норм» [Нудненко, 2023, 38].

Множественность вариантов толкования и применения термина источника права в целом сводится к двум основным направлениям: либо говорится о силе, которая создает право и называется источником права в материальном смысле, либо о форме, благодаря которой правовая норма приобретает общеобязательный характер, и называют ее источником права в формальном (юридическом) смысле.

Источники права должны обладать определенными чертами и признаками. Прежде всего – это закрепление норм права государством. Нормы права являются результатом нормотворческой деятельности специальных государственных органов. Право приобретает определенную форму лишь после его официального оформления. До тех пор, пока правовая норма не будет закреплена и санкционирована государством, она не может быть признана источником права.

Под источником права в юридическом смысле следует понимать внешнюю форму выражения правовых норм, через которую ее нормативное содержание получает формальную определенность и общеобязательность.

## Основная часть

Рассмотрим один из источников права – обычай.

За время существования юридических обычаев их значение в правовом регулировании

претерпело существенные изменения. По мнению Р.Л. Иванова «первоначально они были единственным формальным источником права, затем длительное время оставались наиболее распространенным способом существования его норм, а на сегодняшний день превратились в субсидиарную форму не только национального, но и международного права» [Иванов, 2021, 15].

Обычай являлся одним из главных инструментов формирования общества и поддержания его жизнеспособности. Как полагает И.М. Максимова, «складываясь под влиянием внешних факторов, он передавался поколение в поколение в незакрепленной (устной) форме и помогал людям определять границы приемлемого поведения, порядок разрешения споров или конфликтов» [Максимова, 2021, 60].

В исторической и правовой литературе под обычным правом понимается «система правовых норм, основывающихся на обычае, регулирующая общественные отношения в данном государстве, в определенной местности либо для данной этнической или социальной группы» [Шан Цзюнь Шу, 1993, 93].

Зачастую областями применения обычного права долгое время оставались сферы наследования, семейно-брачных отношений, ведения сделок и другие.

По мере роста силы государственной власти необходимость в подкреплении принимаемых законов консервативными традициями отпала, и государство смогло выработать принципы правотворческой деятельности. Теперь уже соблюдение законов поддерживалось не только «привычкой» общества, но и силой государственного принуждения.

И хотя обычное право претерпело существенные изменения, оно оставалось одним из источников права. Дело в том, что государство зачастую просто санкционировало правовой обычай, превращая его в нормативно-правовой акт, который обязателен к исполнению, в связи с чем и менялась сущность явления.

Можно выделить следующие признаки обычая как источника права. Во-первых, обычай представляет собой правило поведения; во-вторых, признается лишь сложившийся, длительное время действующий и достаточно определенный в своем содержании обычай; в-третьих, обычай широко и неоднократно применяется в той или иной сфере гражданских правоотношений; в-четвертых, отсутствует законодательное регулирование гражданского правоотношения, к которому применяется обычай, т.е. обычай восполняет пробелы в правовом регулировании; в-пятых, обычай действует независимо от того закреплен ли он в каком-либо документе; в-шестых, обычай признается российским обществом в целом либо специальными субъектами, к которым он обращен; в-седьмых, обычай не противоречит основам нравственности и правопорядка в РФ.

И хотя обычное право претерпело существенные изменения, оно оставалось одним из источников права. Дело в том, что государство зачастую просто санкционировало правовой обычай, превращая его в нормативно-правовой акт, который обязателен к исполнению, в связи с чем и менялась сущность явления.

В современном мире правовой обычай остается наиболее сильным источником права в странах Латинской Америки, Юго-Восточной Азии и Африки. В странах Европы он наиболее заметен в консервативных странах, к примеру, в Соединенном Королевстве, а также в международной торговле и международных сделках.

По мнению О.Л. Лысенко, «в качестве положительных последствий можно назвать ускорение процесса принятия обычая в качестве зафиксированного источника и отсутствие необходимости каждый раз доказывать его существование и легитимность. С другой стороны, абсолютизация данной функции за судами приведет в итоге к казуистическим заключениям и

путанице в судебных разбирательствах, когда судить будут не по букве закона, а по обычаям и традициям, что может привести к деградации правовой системы» [Лысенко, 2022, 112].

В современном мире господствует точка зрения о необходимости государственного одобрения как на использование обычаев в практике, так и на указание, в каких вопросах они могут быть применимы. В результате правовой обычай становится основой для будущего закона. Важно отметить, что принятие нормативно-правового акта, содержащего обычай, превращает его в закон и наделяет соответствующей силой.

Анализируя закон в системе источников права, мы видим, что он остается стержневым элементом правовой системы во всяком государственно-организованном обществе.

Закон как источник права характеризуется следующими признаками:

- 1) Субъектом принятия закона является представительный орган власти;
- 2) Высшая юридическая сила закона. Остальные подзаконные акты должны соответствовать и не противоречить закону;
- 3) Предметом регулирования являются важнейшие общественные отношения в государстве;
- 4) Принятие закона осуществляется по определенной процедуре. Эта процедура называется законодательным процессом;
- 5) Нормативность закона;
- 6) Невозможность отмены закона другим органом, кроме того, который его принял.

Характеризуя закон, целесообразно определить следующие его свойства:

а) это совокупность дифференцированных правовых норм, так как аппарат государства имеет многопрофильную конструкцию органов с некоторыми правотворческими полномочиями и огромным набором других функций, которые осуществляются благодаря изданию юридических актов;

б) это иерархизированная структура, потому что эта система строится на основе юридической силы разных актов;

в) это детализированные по предмету регулирования, субъектам исполнения и реализации права, указания, которые находятся в источниках.

Следует заметить, что «для обеспечения верховенства закона, его исключительности и его эффективного действия необходим высокий уровень юридической техники, четкость и качество речи законодательных актов, исключая любых противоречия, неоднозначности» [Исаева, 2020, 58].

## **Заключение**

Правовой обычай – это источник права с определенной спецификой и незакрепленный в законодательных актах, но используемый в юридической практике. Несоответствие теоретических концепций реальным ситуациям вынуждают теоретиков и практиков искать компромисс и продолжать изучать данное явление. Одной из главных причин этого выступает казуистичность правовых обычаев и их неоднозначность в практическом применении.

Первостепенное значение закона гарантировано его безупречностью. Основным требованием к качеству закона является его соответствие праву, неотчуждаемым правам человека, которые закреплены в международно-правовых документах, в принципах и нормах международного права.

---

## Библиография

1. Иванов Р.Л. Виды юридических обычаев // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2021. Т. 18. № 2. С. 15-25.
2. Исаева Л.А. Виды юридической техники // Право и государство: теория и практика. 2020. № 7 (187). С. 58-59.
3. Кутафин О.Е. Источники конституционного права Российской Федерации. М.: Проспект, 2016. 521 с.
4. Лысенко О.Л. Хрестоматия по истории государства и права зарубежных стран в 2 томах. М.: Норма, 2022. Т. 1. 816 с.
5. Максимова И.М. Правовой обычай как источник права: исторический и теоретический аспекты // Право: история и современность. 2021. № 4 (17). С. 59-64.
6. Малова О.В. Правовой обычай как источник права основных правовых систем современности. Иркутск, 2006. 182 с.
7. Нудненко Л.А. Конституционное право России. М.: Юрайт, 2023. 528 с.
8. Шан Цзюнь Шу. Книга правителя области Шан. М.: Ладомир, 1993. С. 93.
9. Bederman D. J. Custom as a Source of Law. – Cambridge University Press, 2010.
10. Degan V. Ё. Sources of international law. – Martinus Nijhoff Publishers, 1997. – Т. 27.

## Historical and theoretical aspects of legal custom and law as a source of law

**Saida G. Dzybova**

PhD in Law,  
Associate Professor of the Department of Theory and History  
of State and Law, Constitutional Construction and Political Science,  
Adygea State University,  
385016, 208, Pervomaiskaya str., Maikop, Russian Federation;  
e-mail: dzibova.s@mail.ru

### Abstract

As a scientific problem, the question of the sources of law arose only in the 19th century as a result of the collision of different legal ideas. At the same time, the term “sources of law” was given a completely different meaning than the original one. In the article, the author of the research analyzes the opinion of scientists about the concept and meaning of a source of law, and also examines the concepts and general characteristics of custom as a source of law, and considers law as the main source of law. Legal custom is a source of law with certain specifics and not fixed in legislative acts, but used in legal practice. The discrepancy between theoretical concepts and real situations forces theorists and practitioners to seek a compromise and continue to study this phenomenon. One of the main reasons for this is the casuistic nature of legal customs and their ambiguity in practical application. The paramount importance of the law is guaranteed by its impeccability. The main requirement for the quality of the law is its compliance with the law, inalienable human rights, which are enshrined in international legal documents, in the principles and norms of international law.

### For citation

Dzybova S.G. (2023) Istoricheskii i teoreticheskii aspekty pravovogo obyichaya i zakona kak istochnika prava [Historical and theoretical aspects of legal custom and law as a source of law]. *Voprosy rossiiskogo i mezhdunarodnogo prava* [Matters of Russian and International Law], 13 (9A), pp. 227-232. DOI: 10.34670/AR.2023.90.80.028

**Keywords**

Source of law, legal norms, rule-making activities, custom, law.

**References**

1. Bederman, D. J. (2010). *Custom as a Source of Law*. Cambridge University Press.
2. Degan, V. Đ. (1997). *Sources of international law* (Vol. 27). Martinus Nijhoff Publishers.
3. Isaeva L.A. (2020) *Vidy yuridicheskoi tekhniki* [Types of legal technology]. *Pravo i gosudarstvo: teoriya i praktika* [Law and state: theory and practice], 7 (187), pp. 58-59.
4. Ivanov R.L. (2021) *Vidy yuridicheskikh obychaev* [Types of legal customs]. *Vestnik Omskogo universiteta. Seriya «Pravo»* [Bulletin of Omsk University. Series: Law], 18, 2, pp. 15-25.
5. Kutafin O.E. (2016) *Istochniki konstitutsionnogo prava Rossiiskoi Federatsii* [Sources of constitutional law of the Russian Federation]. Moscow: Prospekt Publ.
6. Lysenko O.L. (2022) *Khrestomatiya po istorii gosudarstva i prava zarubezhnykh stran v 2 tomakh* [Reader on the history of state and law of foreign countries in 2 volumes]. Moscow: Norma Publ. Vol. 1.
7. Maksimova I.M. (2021) *Pravovoi obychai kak istochnik prava: istoricheskii i teoreticheskii aspekty* [Legal custom as a source of law: historical and theoretical aspects]. *Pravo: istoriya i sovremennost'* [Law: history and modernity], 4 (17), pp. 59-64.
8. Malova O.V. (2006) *Pravovoi obychai kak istochnik prava osnovnykh pravovykh sistem sovremennosti* [Legal custom as a source of law in the main legal systems of our time]. Irkutsk.
9. Nudnenko L.A. (2023) *Konstitutsionnoe pravo Rossii* [Constitutional law of Russia]. Moscow: Yurait Publ.
10. Shang Jun Shu (1993) *Kniga pravatelya oblasti Shan* [Book of the ruler of the Shan region]. Moscow: Lodomir Publ.