

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«РОССИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ ПРАВОСУДИЯ»

На правах рукописи

КИЧА МАРИЯ ВЯЧЕСЛАВОВНА

**ОБЫЧАЙ КАК ФОРМА ПРАВА В АНГЛОСАКСОНСКОЙ И
РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВЫХ СЕМЬЯХ:
СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ**

Специальность 12.00.01 – теория и история права и государства;
история учений о праве и государстве

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель
доктор юридических наук, профессор
Корнев Виктор Николаевич

Москва – 2015

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
ГЛАВА 1. ОБЫЧАЙ КАК ФОРМА АНГЛОСАКСОНСКОГО ПРАВА	
§ 1. Теория обычая в англосаксонской правовой доктрине.....	17
§ 2. Обычай в правовой системе Англии.....	23
§ 3. Обычай в правовой системе США.....	39
§ 4. Генезис обычая как формы англосаксонского права в правовых системах основных доминионов и бывших колоний Британской империи.....	57
§ 5. Обычай как форма англосаксонского права в смешанных правовых системах (на примере Квебека, Луизианы, Шотландии, Израиля, ЮАР)	83
ГЛАВА 2. ОБЫЧАЙ КАК ФОРМА РОМАНО-ГЕРМАНСКОГО ПРАВА	
§ 1. Теория обычая в романо-германской правовой доктрине	95
§ 2. Обычай в правовых системах романской подгруппы романо-германской правовой семьи	100
§ 3. Обычай в правовых системах германской подгруппы романо-германской правовой семьи	119
§ 4. Обычай в правовых системах скандинавской, латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп романо-германской правовой семьи	139
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	163
Список использованных источников и литературы	173

Введение

Актуальность темы исследования. Говоря об актуальности темы исследования, мы выделяем два аспекта: общетеоретический (который связан с общей теорией права и обычая) и специальный (который связан с особенностями обычая как формы права именно в англосаксонской и романо-германской правовых семьях, его характерными признаками, развитием, распространением и значением в современном праве).

Рассуждая об общетеоретическом аспекте, следует отметить, что вопрос об источниках и формах права традиционно является одним из наиболее сложных и дискуссионных вопросов в теории государства и права. Следовательно, проблематика обычая как формы права вызывает у исследователей немалый научный и практический интерес.

Актуальность темы данного диссертационного исследования обуславливается также возрастанием роли обычая как формы права во внутригосударственном и международном правовом регулировании. Обычай имеет богатейшую историю возникновения, развития и применения. Эта форма права является очень динамичной, она способна регулировать быстро изменяющиеся правоотношения. Обычай соблюдается и поддерживается населением конкретного региона либо государства, что обуславливает его авторитет и способствует активному многократному применению.

Помимо того, обычай, в отличие от других форм права, например, судебного прецедента или нормативного правового акта, доступен для понимания рядовым гражданам, не имеющим юридического образования либо специальных познаний в сфере юриспруденции. С обычно-правовой практикой граждане сталкиваются в повседневной жизни, при осуществлении привычной деятельности и,

следовательно, хорошо усваивают нормы обычаев, имеют возможность самостоятельно их применять и т.д.

В дополнение к вышесказанному, следует помнить, что многие обычаи имеют медиативную основу. Они изначально нацелены на внесудебный порядок разрешения споров и на заключение сторонами мирового соглашения. Данное свойство обычая как формы права может значительно уменьшить количество рассматриваемых в судах дел. Особенно это актуально для судов общей юрисдикции.

Увеличение роли обычая как формы права также обусловлено повышением уровнем экономического развития – примером тому существование и широкое применение многочисленных торговых обычаев, обычаев делового оборота, деловых обыкновений и т.д.

Необходимо отметить, что обычай занимает существенное место в системе форм не только частного, но и публичного права. Многие государственные и политические институты современных государств регулируются нормами обычаев. К таковым относятся нормы обычаев, санкционирующие отношения между политическими партиями, определяющие статус монарха, устанавливающие правила поведения депутатов в органе законодательной власти и др.

Наконец, нельзя забывать, что представители советской правовой доктрины считали обычай устаревшей и примитивной формой права, которая не только не способна регулировать общественные отношения, но и препятствует их развитию. Соответственно, изучение обычая как формы права в Советском Союзе было прекращено. Однако в зарубежных государствах проводились многочисленные исследования обычая. Учёные записывали и анализировали обычаи различных народов (особенно на бывших колониальных территориях государств Европы); издавали и комментировали сборники обычного права. Старые обычаи были отменены либо отредактированы – с последующим закреплением в нормативных правовых актах. Исследователи разрабатывали подходы к пониманию обычая как формы права, обсуждали различные способы санкционирования обычая,

дискутировали по поводу его применения в юридической практике и т.д. Зарубежные учёные опубликовали колоссальное количество научных статей и монографий, посвящённых обычаю как форме права, обычному праву различных народов, фактическому значению обычая в правовом регулировании и прочим проблемам понимания и применения обычая как формы права. За границей такие работы издаются и в настоящее время. Отечественная же юридическая наука лишена данного материала, поскольку опубликованные за рубежом труды либо не переведены на русский язык, либо не находятся в открытом доступе. Изданные же в России работы посвящены либо общетеоретическому анализу форм и источников права, либо изучению обычая как формы российского права, либо этническим и национальным обычаям, существовавшим или существующим на территории России, либо исследованию обычая как формы только внутригосударственного или только международного права.

Говоря о специальном аспекте актуальности темы диссертационного исследования, нельзя не отметить, что любая империя является попыткой юридической глобализации. Формы права, привычные для одних государств, насаждаются в новых социальных, политических и экономических условиях, поэтому вопрос об их способности регулировать общественные отношения стоит весьма остро. Исследование взаимодействия новых, привнесённых в рамках глобализации и унификации форм права со старыми крайне важно, особенно в современных условиях.

Наконец, обычай как форма англосаксонского права отличается от обычая как формы романо-германского права. Обычай в смешанных правовых системах и в правовых системах бывших колоний европейских государств также обладает определёнными особенностями. Вопрос о применении обычая как формы англосаксонского или романо-германского права и его взаимодействии с формами внутригосударственного права в вышеупомянутых правовых системах представляет большой интерес.

Вышеуказанные причины определили выбор данной темы диссертационного исследования.

Степень научной разработанности темы. Проблематика обычая как формы права разрабатывается отечественными и зарубежными авторами достаточно давно, причём это в равной мере относится и к теоретикам государства и права, и к учёным, занимающимся изучением определённой отрасли права. Представители российской юридической науки проявляют интерес к данной теме со второй половины XIX в. Так, Ю.С. Гамбаров, И.А. Ильин, А.И. Каминка, Н.М. Коркунов, Д.И. Мейер, И.В. Михайловский, С.А. Муромцев, С.В. Пахман, Л.И. Петражицкий, И.А. Покровский, В.И. Синайский, П.А. Сорокин, Е.Н. Трубецкой, П.П. Цитович, Г.Ф. Шершеневич исследовали не только общетеоретические аспекты обычая как формы права, но и непосредственно обычаи российского права.

В советский период времени данной темой занимались С.С. Алексеев, А.Я. Вышинский, С.А. Голунский, С.Л. Зивс, И.С. Зыкин, И.Б. Новицкий, Е.Б. Пашуканис, М.А. Рейснер, М.С. Строгович, П.И. Стучка, Б.Я. Токарев, А.Ф. Шибанов, Л.С. Явич и др.

Представители подходов к правопониманию также исследовали обычай. Среди них, в частности, сторонники исторической школы права – Г. Гуго, Г.Ф. Пухта, Ф. Савиньи; представители психологической теории – Г.Д. Гурвич, Л.И. Петражицкий, А. Росс. С точки зрения интегративной концепции правопонимания обычай рассматривают Г.А. Борисов, В.В. Ершов, В.В. Ершов, Е.А. Ершова, В.Н. Корнев, Н.В. Лисицын.

Место обычая в зарубежных правовых системах отражено в трудах И.Ю. Богдановской, О.В. Маловой, М.Н. Марченко, Г.И. Муромцева, А.К. Романовой, А.Х. Саидова, М.А. Супатаева, Л.Р. Сюкияйнена, В.А. Туманова, А.Э. Чернокова, В.Е. Чиркина. Изучению обычая в традиционных обществах посвящены работы И.Л. Бабича, А.З. Бейтуганова, А.А. Борисова, Л.Б. Гандаровой, А.Я. Ефименко, И.М. Зельцера, М.А. Исмаилова, М.М. Ковалевского, А.В. Комарова, А.М. Ладыженского, Л.Е. Лаптева, Ф.И. Леонтовича, А.Н. Мануйлова, А.Н.

Маремкулова, Б.В. Миллера, З.Х. Мисрокова, Г.Г. Небрятенко, С.В. Пахмана, А.Х. Рамазанова, М.С. Савченко, Б.С. Саламова, И.Е. Сеницыной, Д.Ю. Шапсугова и многих других.

Кроме того, обычаю как форме права и обычному праву посвящены диссертационные исследования на соискание учёной степени кандидата и доктора юридических наук. В данных диссертационных исследованиях показывается генезис обычного права, раскрывается процесс возникновения и развития обычая, изменение его роли в ходе исторического и правового эволюционирования государств и обществ, а также его значение в правовых семьях и правовых системах современности (в т.ч. в правовой системе России).

Среди этих работ можно указать диссертации на соискание учёной степени кандидата юридических наук Р.-М.З. Зумбулидзе «Обычное право как источник (форма) гражданского права», А.С. Коноваловой «Обычное право в российской правовой жизни», Н.И. Кочетыговой «Правовой обычай как источник права России (на примере этнического правового обычая)», Н.В. Лисицына «Обычаи российского права», О.В. Маловой «Правовой обычай как источник права», И.Н. Мироновой «Правовой обычай как источник современного российского публичного права», М.А. Некрасова «Правовой обычай в современном российском праве», А.И. Поротикова «Обычай в гражданском праве Российской Федерации» и др. Помимо того, обозначенной выше тематике посвящены диссертационные исследования на соискание учёной степени доктора юридических наук А.В. Дашина «Обычное право как структурно-функциональный элемент национально-правовой системы», И.Б. Ломакиной «Этническое обычное право», Г.Г. Небрятенко «Обычно-правовая система традиционного общества», И.Е. Сеницыной «Обычное право в современной Африке».

Из зарубежных учёных общетеоретическую проблематику обычая как формы права разрабатывали Ж. Бержель, А.Ф. Вандом, Э. Глассон, П. Глекнн, М. Голдинг, Б. Гомард, М. Гордон, Р. Иеринг, Г. Кельзен, Б. Левенброк, Р. Леже, Д. Макбрестер, У. Матей, Д. Тёрнер, Д. Финнис, Д. Харрис, Е. Эрлих.

Р. Давид, К. Жоффре-Спинози, Х. Кётц, Д. Кларк, П. Круз, Дж.Г. Мерримен, Ф.П. Миллер, К. Осакве, Л. Раймонд, Ф. Регельсбергер, Н. Рулан, И. Сабо, К. Цвайгерт, Р. Циммерман, Э. Элгар, М. Элон, А.Н. Янопулус рассматривали обычай как форму права в различных правовых системах и основных правовых семьях современности. Обычному праву в целом посвящены работы М. Альберштейна, А. Кондорелли, О. Куросавы, К.-О. Эберта.

Объектом диссертационного исследования является понятие обычая как формы права.

Предмет диссертационного исследования – общетеоретические представления об обычае как форме англосаксонского и романо-германского права.

Целью диссертационного исследования является раскрытие понятия и сущности обычая как формы права в англосаксонской и романо-германской правовых доктринах, а также выявление на основании компаративного анализа особенностей обычая как формы права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях

Для достижения указанной цели диссертантом сформулированы следующие **задачи:**

- раскрыть теорию обычая как формы права в англосаксонской правовой доктрине, выявить особенности обычая в англосаксонском праве;
- определить особенности применения обычаев права в англосаксонской правовой семье и их соотношение с иными формами англосаксонского права;
- разработать классификацию обычаев права англосаксонской правовой семьи по ряду общетеоретических классификационных критериев;
- разработать классификацию правовых систем бывших колоний Англии по степени влияния и сферам применения обычного права;
- показать генезис и современное состояние англосаксонских обычаев права в смешанных правовых системах, определить влияние англосаксонских обычаев

права на местное обычное право (на примере Квебека, Луизианы, Шотландии, Израиля, ЮАР);

- раскрыть теорию обычая как формы права в романо-германской правовой доктрине, выявить особенности обычая в романо-германском праве;
- определить особенности применения обычаев права в романо-германской правовой семье и их соотношение с иными формами романо-германского права;
- разработать классификацию обычаев права романо-германской правовой семьи по ряду общетеоретических классификационных критериев;
- определить общие признаки обычаев права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях;
- разработать классификацию правовых систем романо-германской правовой семьи в соответствии с результатами анализа нормативных правовых актов и правоприменительной практики.

Методологическую основу диссертационного исследования составляют общенаучные методы познания (анализа, синтеза, классификации) и частнонаучные методы познания (формально-логический, формально-юридический, сравнительно-правовой, историко-правовой).

Для понимания логики и методологии диссертационного исследования необходимо учитывать принятое в компаративистике разделение романо-германской и англосаксонской правовых семей на подгруппы. Так, в романо-германской правовой семье выделяют романскую, германскую, скандинавскую, латиноамериканскую, африканскую и дальневосточную подгруппы; в англосаксонской – английскую и американскую подгруппы (данной классификации придерживаются известные компаративисты Р. Давид и К. Жоффре-Спинози в своей книге «Основные правовые системы современности», К. Цвайгерт и Х. Кётц в труде «Сравнительное частное право», А.Х. Саидов в работе «Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности)» и др. Соответственно, в данной диссертационной работе мы рассматриваем обычай как форму романо-германского и англосаксонского права в соответствующих

подгруппах вышеупомянутых правовых семей. Данный подход позволяет наиболее полно и адекватно проанализировать зарождение и развитие обычая как формы англосаксонского и романо-германского права, его нынешнюю роль и отличительные особенности в различных государствах англосаксонской и романо-германской правовой семьи, а также взаимодействие с обычным правом бывших колоний и доминионов Великобритании, Испании, Португалии, Франции и Германии.

Теоретическая база диссертационного исследования. Разработка темы потребовала обращения к работам отечественных и зарубежных исследователей общей теории права, истории государства и права, социологии права, философии права, римского права, сравнительного правоведения, права конституционного, гражданского, торгового, а также иных отраслей права. Среди них научные труды С.С. Алексеева, М.И. Байтина, И.Ю. Богдановской, Г.А. Борисова, С.В. Бошно, М.И. Брагинского, А.Б. Венгерова, П.Г. Виноградова, В.В. Витрянского, Ю.С. Гамбарова, С.А. Голунского, Р. Давида, Г.М. Даниленко, В.В. Ершова, Е.А. Ершовой, С.Л. Зивса, И.С. Зыкина, Р. Иеринга, Т.В. Кашаниной, Г. Кельзена, Д.А. Керимова, Х. Кётца, В.Н. Корнева, Н.М. Коркунова, Р. Леже, О.Э. Лейста, Н.В. Лисицына, И.Б. Ломакиной, И.И. Лукашука, О.В. Маловой, М.Н. Марченко, Д.И. Мейера, И.Н. Мироновой, С.А. Муромцева, В.С. Нерсесянца, Г.Ф. Пухты, Ф. Регельсбергера, Н. Рулана, М.С. Строговича, Л.Р. Сюкияйнена, Е.Н. Трубецкого, К. Цвайгерта, В.Е. Чиркина, Л.Р. Шаммасовой, Г.Ф. Шершеневича, Е. Эрлиха и многих других.

Эмпирическая база диссертационного исследования представлена результатами изучения нормативных правовых актов и обычаев 45 зарубежных государств (Австралии, Австрии, Аргентины, Афганистана, Бахрейна, Ботсваны, Бразилии, Великобритании, Венгрии, Венесуэлы, Дании, Египта, Израиля, Индии, Иордании, Ирана, Испании, Италии, Канады, Катар, Кении, Китая, Колумбии, Кувейта, Малайзии, Мальты, Мьянмы, Новой Зеландии, Норвегии, ОАЭ, Омана,

Палестины, Португалии, Республики Кореи, США, Саудовской Аравии, Сингапура, Уганды, ФРГ, Франции, Чили, Швейцарии, Швеции, ЮАР, Японии).

Научная новизна диссертационного исследования состоит в раскрытии понятия и сущности обычая как формы права в англосаксонской и романо-германской правовых доктринах, выявлении на основании компаративного анализа особенностей обычая как формы права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях, а также во введении в научный оборот новых источников зарубежной специальной литературы.

На защиту выносятся следующие **основные положения диссертации**:

1. В современной юридической науке англосаксонской правовой семьи господствует социологическая юриспруденция, в которой обычай понимается как традиционная форма права, обладающая следующими особенностями: 1) ограниченностью определённой сферой деятельности либо территорией; 2) признанием большинством профессионального сообщества данной сферы деятельности либо большинством населения территории, на которой он действует как форма права; 3) применением в сфере публичного права.

2. Принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права в англосаксонской правовой семье, применяются в случаях пробелов в иных формах англосаксонского права. В системе форм англосаксонского права обычаи права занимают место после основополагающих (общих) принципов англосаксонского права, статутов, нормативных правовых договоров и судебных прецедентов права.

3. Автором разработана классификация обычаев права англосаксонской правовой семьи по следующим общетеоретическим классификационным критериям: 1) территории действия; 2) сфере применения; 3) способам правового регулирования.

4. Правовые системы бывших колоний Англии по степени влияния и сферам применения обычного права диссертантом классифицированы на три группы: 1) правовые системы, в которых обычаи Англии применяются в публичном и частном праве; 2) правовые системы, в которых обычаи Англии

применяются только в публичном праве; 3) правовые системы, в которых обычаи Англии не применяются.

5. В работе установлено, что в смешанных правовых системах влияние англосаксонских обычаев права на местное обычное право отсутствует. Обычаи англосаксонского права применяются в сфере публичных правоотношений. Романо-германские обычаи права применяются в сфере частного права.

6. Диссертантом доказано: в современной юридической науке романо-германской правовой семьи, в которой доминирует юридический позитивизм, обычаи права обладают целым рядом особенностей. Во-первых, в основе обычаев права находится признание их таковыми общественным правосознанием. Во-вторых, обычай права признаётся обязательным в определённой социальной группе большинством. В-третьих, обычаи применяются в сфере частного права.

7. Принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права, делает вывод автор, имеют субсидиарный характер и применяются в случае пробелов в иных формах романо-германского права. В системе форм романо-германского права обычаи права занимают место после основополагающих (общих) принципов права, нормативных правовых актов и нормативных правовых договоров.

8. Диссертантом разработана классификация обычаев романо-германской правовой семьи по следующим общетеоретическим классификационным критериям: 1) территории действия; 2) сфере применения; 3) способам правового регулирования; 4) отраслевой принадлежности.

9. В работе выявлены общие признаки обычаев права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях: 1) соответствие принципам и нормам права, содержащимся в иных формах национального права; 2) многократность применения; 3) непрерывность действия; 4) обязательность исполнения для неопределённого круга лиц.

10. В соответствии с результатами анализа нормативных правовых актов и правоприменительной практики автором выработано предложение о разграничении правовых систем романо-германской правовой семьи на: 1)

правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют публичные и частные отношения; 2) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют только публичные отношения; 3) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют только частные отношения; 4) правовые системы, в которых обычаи права регулируют отношения только в случаях, установленных в нормативных правовых актах.

Теоретическое значение диссертационного исследования заключается в выявлении и сравнении понимания обычая как формы права в юридической науке англосаксонской и романо-германской правовых семей, определении юридической природы обычая как формы англосаксонского и романо-германского права, выявлении его роли в регулировании правоотношений в англосаксонской и романо-германской правовых семьях, а также в смешанных правовых системах. Определено место обычая в системе форм англосаксонского и романо-германского права. Раскрыт механизм взаимодействия обычая как формы англосаксонского права с обычаем как формой внутригосударственного права государств со смешанными правовыми системами. Определена роль обычая как формы англосаксонского права в правовых системах бывших колоний и доминионов Великобритании. На основании компаративного анализа выявлена юридическая природа обычая как формы права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях. Показано соотношение обычая как формы романо-германского права с местными обычаями бывших колоний Португалии, Испании, Франции и Германии в рамках латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп романо-германской правовой семьи. В научный оборот введены материалы исследований зарубежных специалистов, посвящённых обычаю как форме англосаксонского и романо-германского права.

Практическое значение диссертационного исследования состоит в том, что содержащиеся в нём теоретико-правовые выводы могут быть использованы в законотворческой и правоприменительной деятельности. Сущность и применение обычного права исследованы диссертантом в рамках работы в должности

администратора юридической клиники Ростовского филиала Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» (г. Ростов-на-Дону) и применяются в практической и юридико-консультативной деятельности клиники, о чём свидетельствует акт о внедрении результатов диссертационного исследования.

Апробация результатов исследования. Диссертационная работа выполнена и обсуждена на кафедре теории права, государства и судебной власти Российского государственного университета правосудия. Теоретические и практические результаты диссертационного исследования апробированы в образовательной и научной деятельности Ростовского филиала Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» (г. Ростов-на-Дону) и используются при проведении лекционных и семинарских занятий по дисциплинам «Теория государства и права», «Проблемы теории государства и права», что подтверждается актом о внедрении результатов диссертационного исследования.

Результаты диссертационной работы опубликованы в ведущих рецензируемых журналах, рекомендованных Министерством образования и науки Российской Федерации (среди них «Евразийский юридический журнал», «Известия высших учебных заведений. Северо-Кавказский регион. Общественные науки», «Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление», «Российское правосудие», «Философия права»), а также в различных сборниках статей и материалов конференций.

По проблемам диссертации автор выступал с научными сообщениями и докладами на следующих круглых столах и научно-практических конференциях: II Международной научно-практической конференции «Достижения вузовской науки» (28 февраля 2013 г., Новосибирск); Всероссийской научной конференция профессорско-преподавательского состава, аспирантов и студентов «Судебная система России на современном этапе общественного развития» (14 декабря 2012 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский филиал ФГБОУ ВПО «Российская академия

правосудия»); межведомственном круглом столе «Теоретические и практические аспекты деятельности юридических клиник на Юге России» (8 февраля 2013 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский филиал ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия»); Межвузовской научной конференции профессорско-преподавательского состава, аспирантов и студентов «Судебная система на современном этапе общественного развития» (15 марта 2013 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский филиал ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия»); IV итоговой научной конференции аспирантов, соискателей и молодых учёных «Общетеоретические отраслевые проблемы российского правосудия» (19 марта 2013 г., г. Москва, ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия»); Международной научно-практической конференции «Традиции и новации в системе современного российского права» (5-6 апреля 2013 г., г. Москва, ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)»); межведомственном круглом столе «Место и значение юридических клиник в процессе формирования программ правового просвещения в России, их роль в создании современной системы бесплатной юридической помощи» (30 октября 2013 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский филиал ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия»); Межвузовской научно-практической конференции профессорско-преподавательского состава, аспирантов, магистрантов и студентов «Итоги и перспективы конституционного развития Российской Федерации» (12 декабря 2013 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский филиал ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия»); XXI Международной научной конференции студентов, аспирантов и молодых учёных «Ломоносов-2014» (7-11 апреля 2014 г., г. Москва, ФГБОУ ВПО МГУ им. М.В. Ломоносова); V Всероссийской научно-практической конференции аспирантов, соискателей и молодых учёных «Конкретизация права: проблемы теории и практики» (13 мая 2014 г., г. Москва, ФГБОУ ВПО «Российская академия правосудия»); Региональной очно-заочной научно-практической конференции «Судебная власть: её роль и значение в истории России (к 150-летию судебной реформы 1864 г.)» (13

ноября 2014 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский областной суд); Международной научной междисциплинарной конференции «Экономическая политика и институты: между кризисом и стагнацией» (15-16 ноября 2014 г., г. Ростов-на-Дону, ФГАОУ ВО «Южный федеральный университет»); Международной научно-практической конференции, посвящённой 150-летию судебной реформы 1864 г. «Юридическая наука и практика: традиции и новации» (22 ноября 2014 г., г. Ростов-на-Дону, ФГАОУ ВО «Южный федеральный университет»); II Международной научной молодёжной конференции «Фестиваль права» (12-13 декабря 2014 г., г. Ставрополь, ФГАОУ ВО «Северо-Кавказский федеральный университет»); VI Всероссийской научно-практической конференции аспирантов, соискателей и молодых учёных «Верховенство права и правовое государство: проблемы теории и практики» (28 апреля 2015 г., г. Москва, ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»); Международной научно-практической конференции «Современные парадигмы юридической науки: взаимодействие традиций и инновационные подходы (70-летию Победы в Великой Отечественной войне посвящается) (14 мая 2015 г., г. Ростов-на-Дону, Ростовский филиал ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»).

Структура работы соответствует целям и задачам исследования. Работа состоит из введения, первой главы (содержащей пять параграфов), второй главы (включающей в себя четыре параграфа), заключения и списка использованных источников и литературы.

ГЛАВА 1. ОБЫЧАЙ КАК ФОРМА АНГЛОСАКСОНСКОГО ПРАВА

§ 1. Теория обычая в англосаксонской правовой доктрине

Исследование обычая как формы англосаксонского права следует начать с изучения понимания обычая в англосаксонской юридической доктрине. Действительно, господствующая в семье англосаксонского права социологическая юриспруденция предложила иной, нежели в юридическом позитивизме, взгляд на право, а, следовательно, на понятие источников¹ и форм права и, соответственно, обычая как формы права.

Представители англосаксонской теоретико-правовой науки соглашаются с тем, что обычай является исторически первой формой права.² Также они подчёркивают, что обычай как форма права сложился благодаря его постоянному приспособлению к потребностям общества, что и обусловило его характерные признаки, среди которых, в частности, авторитет обычая, обеспечивающий его соблюдение субъектами права.³

Одним из первых английских юристов, задавшихся вопросом о юридической природе обычая как формы права, стал Уильям Блэкстон, автор фундаментального труда «Комментарии к законам Англии». Понимая важность обычая как правового регулятора общественных отношений, Блэкстон утверждал, что общее право Англии (common law) – это «общие и незапамятные обычаи, объявляемые таковыми от времени до времени решениями судов».⁴ (Данная точка зрения стала общепринятой

¹ См.: Богдановская И.Ю. Понятие источника права в правовой доктрине стран «общего права» // Право и политика. 2007. № 1. С. 68-74.

² James Ph. Introduction to English Law. London, 1989. P. 31-33.

³ Sim R., Pace P. A Level English Law. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1991. P. 21-22.

⁴ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. London, 1869. P. 66.

в англосаксонской юридической доктрине, в частности, её разделяет знаменитый британский исследователь Роберт Кросс, пишущий, что неотъемлемыми элементами общего права являются обычаи и обыкновения, которые дополняются общими принципами гражданской справедливости и публичной целесообразности, а также парламентскими актами. Англичане применяют эти обычаи и обыкновения с незапамятных времён.¹

Таким образом, по мнению Блэкстона, формой английского права является не судебное решение, а обычай, на котором оно основано. Судья должен выявить и верно сформулировать обычай. Данное положение легло в основу деклараторной теории, в соответствии с которой судьи только обнаруживают правовые нормы, но не создают их.

Рассуждая о сущности обычая как формы англосаксонского права, известный английский юрист Генри Мейн в своей масштабной работе «Древнее право: его связь с древней историей общества и отношение к новейшим идеям» утверждает, что на примере Англии наглядно видно, как при помощи механизма, считающегося теоретически неспособным менять право, само право меняется и эволюционирует. Действительно, английские судьи и адвокаты, обсуждая любые государственно-правовые явления и процессы, искренне полагают, что наилучшим решением всех проблем станет издревле принятое решение. По мнению английских юристов, пишет Г. Мейн, пробелы в законодательстве обусловлены только недостатком знаний, терпения либо проницательности. Однако с принятием и регистрацией нового решения британцы полагают, что оно способно изменить право. И право действительно меняется, но англичане не замечают или предпочитают не замечать, что старое право постепенно уничтожается и заменяется новым. В доктрине утверждается, что английское право неизменно (за исключением разве что решений судов справедливости и статутов). Таким образом, Г. Мейн озвучивает вечный английский юридический парадокс: с одной стороны, британцы отказываются

¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. Перевод с английского / Под общ. ред.: Решетников Ф.М. (Предисл.); Пер., предисл.: Апарова Т.В. М.: Юрид. лит., 1985. С. 45.

верить в то, что суды создают или когда-либо создавали обычаи, с другой стороны – утверждают, что обычное право Англии, подпитываемое актами парламента и суда, чрезвычайно широко, разнообразно и отвечает всем требованиям современного развитого общества.¹

Обычай воспринимается представителями англосаксонской юридической доктрины как воля народа. Его важность и значимость для правовой системы того или иного государства ни в коем случае не оспариваются. Западная цивилизация имеет достаточное количество примеров, когда нормативные правовые акты в силу, например, чрезвычайной ситуации лишались поддержки государства, и их никто не исполнял. Ярким примером тому является ураган «Катрина», обрушившийся в августе 2008 г. на Соединённые Штаты Америки. Пользуясь случаем, законопослушные граждане начали громить магазины, красть деньги и предметы роскоши, заниматься мародёрством. И это был уже не вопрос выживания, это был вопрос уровня правовой культуры и отношения к государству и его системе законодательства. Обычное право застраховано от подобного рода нарушений – в первую очередь потому, что его требования и так поддерживаются населением, понятны ему и приняты им, а не навязаны «сверху». Человек соблюдает нормы обычного права не потому, что боится наказания, а в силу своего внутреннего убеждения. Это делает обычное право эффективным регулятором общественных отношений – и представители англосаксонской юридической доктрины осознают данное свойство обычного права.²

По мнению ряда представителей англосаксонской юридической доктрины, обычай как форма англосаксонского права обладает следующими особенностями:

- соблюдение обычаев вследствие личной убеждённости людей в необходимости их соблюдения, а не вследствие угрозы наказания;
- лёгкость выявления обычаев (достаточно убедиться, используются ли они в практике государственных органов и должностных лиц);

¹ Мэйн Г. Древнее право: его связь с древней историей общества и отношение к новейшим идеям. Пер. с англ. Изд. 3-е. М.: КРАСАНД, 2012. С. 24-25.

² Potter J. Historical Introduction to English Law and its Institutions. London, Sweet & Maxwell Ltd, 2009. P. 64-66.

- публичность применения обычаев (поскольку деятельность органов и должностных лиц государственной власти осуществляется публично);
- невозможность искажения сущности норм обычая как формы права;
- отсутствие «навязывания» обычая как формы права народу со стороны властных структур и др.

Тем не менее, большинство учёных говорит всего о трёх характерных признаках обычая как формы права в англосаксонской правовой семье. В числе данных признаков:

- 1) ограниченность определённой сферой деятельности либо территорией;
- 2) признание большинством профессионального сообщества данной сферы деятельности либо большинством населения территории, на которой он действует как форма права;
- 3) применение в сфере публичного права.

Каждый из вышеуказанных признаков имеет своё объяснение. Так, ограниченность определённой сферой деятельности либо территорией исторически обусловлена появлением и применением обычая в узких профессиональных сообществах при осуществлении определённой деятельности (мореплавания, рыбной ловли, торговли (в т.ч. работоторговли), сельского хозяйства и др.) и на определённой территории (в масштабах герцогства, графства, штата и т.д.). К первому признаку примыкает второй – признание большинством профессионального сообщества данной сферы деятельности либо большинством населения территории, на которой он действует как форма права. Наконец, последний признак (применение в сфере публичного права) мы более подробно раскроем в следующих параграфах нашего диссертационного исследования.

Также мы должны обратить внимание на следующий важный аспект рассматриваемой проблемы: в англосаксонском праве, где судебная защита предшествует праву, и суд не имеет права отказать в споре о праве, обычаи всегда применяются в случае пробелов в иных формах права. При этом, разумеется, масштабы самих этих пробелов могут быть различными, и это совершенно не

значит, что обычай регулирует только малозначительные общественные отношения. Напротив, в англосаксонском праве обычай регулирует важнейшие государственно-правовые институты, в числе которых: институт премьер-министра в Великобритании, институты правительства и политических партий в Великобритании и США и др. Многие правила и принципы функционирования данных институтов также представляют собой нормы обычного права, например, регламент правительства и парламента, правила дебатов, подсчёта голосов и принятия решений в парламенте, правила взаимодействия штатов и федерального центра и т.д.

Ещё одна проблема в понимании обычая в рамках англосаксонской доктрины заключается в соотношении обычая и обычного права. Обычное право понимается в двух значениях: широком и узком.¹ В широком значении обычное право представляет собой совокупность обычаев. Обычное право в узком значении – это право древнее, архаичное, применяемое в низкоразвитых обществах и являющееся там едва ли не единственным социальным регулятором. Таким образом, в само понятие обычного права представителями англосаксонской юридической доктрины иногда вкладывается оценка данного явления.

Необходимо помнить, что понимание обычного права в узком смысле появляется при знакомстве британских колонизаторов с традиционными обществами Азии, Африки, Ближнего Востока. Столь непохожий на английский уклад жизни, отличающаяся от британской структура общества, отсутствие большинства существовавших на Западе институтов и множество других факторов способствовали тому, что англичане сначала вообще не могли понять, являются ли принятые в традиционных обществах общественные регуляторы правовыми, иными словами, существует ли там право как таковое.

Также большой интерес вызывает сугубо теоретические вопросы об основных проблемах применения обычая и его соотношении с другими формами англосаксонского права. Представители англосаксонской юридической доктрины

¹ Eddey K. English Legal System. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1987. P. 24.

отнюдь не полагают, что все формы права обладают равной юридической силой. Исследователи выстраивают определённую систему форм англосаксонского права, в которой у каждой формы права есть своё место, обусловившее особенности её практического применения. В семье англосаксонского права обычай неизбежно применяется при пробелах в иных формах права. Многие сферы общественной жизни государств, относящихся к данной правовой семье, не урегулированы законодательно. Именно отсутствие многочисленных писаных актов способствует существованию и применению обычая как формы англосаксонского права.

Говоря о соотношении обычая с иными формами англосаксонского права, мы видим, что, по мнению учёных-юристов, обычай занимает нижнюю ступень в системе форм англосаксонского права.¹ Действительно, согласно англосаксонской юридической доктрине и концепции обычая, данная форма права находится на нижней ступени системы форм англосаксонского права. При этом одни исследователи ставят прецедент на одну ступень со статутом в иерархии форм англосаксонского права, а другие говорят о том, что на данный момент прецедент утрачивает своё значение, а роль статута, напротив, возрастает.² Как мы видим, учёные ещё не пришли к единому мнению, и данный вопрос остаётся дискуссионным. По нашему мнению, система форм англосаксонского права выглядит следующим образом: принципы права, судебные прецеденты, статуты, нормативные правовые договоры и, наконец, обычаи.

Итак, на основании вышесказанного, мы приходим к следующим выводам.

В современной юридической науке англосаксонской правовой семьи господствует социологическая юриспруденция, в которой обычай понимается как традиционная форма права, обладающая следующими особенностями:

- 1) ограниченностью определённой сферой деятельности либо территорией;

¹ Potter J. Op. cit. P. 72-75.

² Ibid. P. 80-83.

2) признанием большинством профессионального сообщества данной сферы деятельности либо большинством населения территории, на которой он действует как форма права;

3) применением в сфере публичного права.

Принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права в англосаксонской правовой семье, применяются в случаях пробелов в иных формах англосаксонского права.

В системе форм англосаксонского права обычаи права занимают место после основополагающих (общих) принципов англосаксонского права, статутов, нормативных правовых договоров и судебных прецедентов права.

Вышеуказанные особенности теории обычая в англосаксонской юридической доктрине отличаются от теории обычая в романо-германской юридической доктрине – мы убедимся в этом несколько позже, во второй главе данного диссертационного исследования.

Завершив анализ теоретических воззрений на обычай и обычное право в англосаксонской юридической доктрине, перейдём к непосредственному исследованию обычая как формы права в англосаксонской правовой семье. Начнём с материнской правовой системы и рассмотрим обычай как форму права Англии.

§ 2. Обычай в правовой системе Англии

Начиная исследование обычая как формы права, необходимо помнить, что он имеет древнюю историю и довольно эффективно применяется в современных правовых семьях. В рамках данного диссертационного исследования особый интерес для нас представляет обычай как форма семьи англосаксонского (общего) и

романо-германского права. Рассматривая англосаксонскую правовую семью, мы должны прежде всего выяснить значение обычая в двух её подгруппах: английской (на примере Англии) и американской (на примере Соединённых Штатов Америки). Также нельзя оставить без внимания многочисленные доминионы Великобритании, правовые системы её бывших колоний (ныне – суверенных государств) и некоторые смешанные правовые системы (в т.ч. Шотландию, Израиль, ЮАР, Квебек, Луизиану), ощутившие на себе влияние английского права в целом и обычая как формы англосаксонского права – в частности.

Помимо того, следует помнить, что английская подгруппа является материнской по отношению к американской. Соответственно, данном параграфе речь пойдёт о роли обычая в правовой системе Англии.

Анализировать роль обычая в правовой системе Англии и многих других правовых систем невозможно без понимания того, чем была Британская империя и какое влияние она оказала на правовое развитие целого ряда государств. Логика данной работы во многом строится на осознании значимости Британской империи в мировой истории (в т.ч. истории государства и права) и распространении её форм права (включая обычай как форму англосаксонского права) практически по всему миру – «all over the world», как говорят сами англичане.

Британская империя (British Empire) представляет собой настоящий исторический, культурный, социально-экономический и политико-правовой феномен. Прежде всего, это крупнейшее из государств за всю историю человечества. Британская империя по площади превышала империю Александра Македонского, Римскую империю, Китайскую империю, империю Карла Великого и вообще все государства и государственные образования, существовавшие и существующие в мировой истории как до её появления, так и после её распада. Она имела колонии на всех в Африке, Австралии, Северной и Южной Америке – словом, на всех обитаемых континентах. Наибольшей площади империя достигла в середине 30-х годов XX в., тогда земли Соединённого Королевства простирались примерно на 34 650 тысяч км² (не включая приблизительно 8,1 млн. км.² территорий в

Антарктике, на которые до сих пор претендует Великобритания и её доминионы: Австралия и Новая Зеландия), что составляет около 22 % земной суши. Общая численность населения империи составляла около 480 млн. человек (примерно 1/4 часть человечества). Именно наследием Британской империи объясняется современная роль английского языка как языка международного общения, как языка, наиболее распространённого в мире и активно используемого в сфере международных отношений, туризма, транспорта и торговли.¹

Ниже перечислены все территории мира, когда-либо находившиеся в колониальной или иной зависимости от Англии, Великобритании или личной зависимости от английского (британского) монарха. Исторически эти территории относились к Британской империи.

Организация управления колониями менялась во времени и пространстве, но по состоянию на 1920-е гг. (период наибольшего расширения) может быть классифицирована по следующим категориям:

- **само Соединённое Королевство** – союз Англии, Уэльса, Шотландии и Ирландии (с 1922 г. – только Северной Ирландии);

- **коронные земли** (остров Мэн, бейливик Джерси и бейливик Гернси) – это территории, имеющие собственную исполнительную власть и свою правовую систему. С точки зрения британского законодательства данные территории никогда не входили и не входят в число колоний либо заморских территорий («overseas territories», ранее «зависимые территории» – «dependent territory»). В то же время решение вопросов (за исключением таможенных и иммиграционных), связанных с обороной и внешней политикой указанных островов, делегировано британскому правительству. Издаваемые парламентом Великобритании законы распространяют своё действие на территории коронных земель на основании решения Тайного совета короны;

- **поселенческие колонии**, не являвшиеся частью Соединённого Королевства. Тем не менее, Корона провозглашала свой абсолютный суверенитет

¹ Hutchins F. The Illusion of Permanence. British Imperialism. Princeton, New Jersey, 1967. P. 17-25.

над ними. В поселенческих колониях применялись законы, издаваемые парламентом Великобритании, а также британское общее право. Королевскую власть представлял назначаемый британским правительством губернатор;

- **владельческие колонии**, которые существовали в Америке в XVI-XVII вв. и которые Корона даровала их в управление отдельным аристократам;

- **колонии, управляемые компаниями**, в первую очередь – Британской Ост-Индской компанией. Также в Африке существовали несколько аналогичных, но более мелких компаний;

- **протектораты**, формально являвшиеся иностранными государствами, возглавляемыми иностранным правителем. В то же время протекторат отличал отказ от самостоятельных сношений с прочими иностранными государствами, за исключением Великобритании. Помимо того, британские власти активно вмешивались во внутренние дела протектората;

- **доминионы**, возникшие в начале XX в. в качестве бывших поселенческих колонии либо федераций таких колоний;

- **подмандатные территории**, появившиеся после Первой мировой войны и представлявшие из себя бывшие германские колонии и национальные окраины Османской империи. Лига Наций передала их под управление Британии.¹

Итак, к Британской империи относились следующие территории:

В Европе:

- бейливик Гернси;
- бейливик Джерси;
- Гельголанд (сейчас часть Германии);
- Гибралтар;
- Ионические острова (сейчас часть Греции);
- Ирландия (включая Ольстер);
- Кипр (включая базы Акротир и Декелия);

¹ Территории Британской империи [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Территории_Британской_Империи (дата обращения: 27.01.2013).

- Минорка (она же Менорка, сейчас часть Испании);
- Мальта (сейчас независимое государство);
- остров Мэн;

1) В Азии:

- Афганистан;
- Британский мандат в Палестине, включая Трансиорданию (сейчас Иордания) и Палестину;
 - Британская Индия;
 - Британская Малайя;
 - Катар;
 - Бирма;
 - Договорный Оман (сейчас ОАЭ);
 - Оман;
 - Месопотамия (мандатная территория), будущее Королевство Ирак, современный Ирак;
 - Кувейт;
 - Малайзия, включая Сингапур;
 - Бахрейн;
 - Британское Северное Борнео;
 - Аден (сейчас часть Йемена);
 - Гонконг (сейчас Сянган, автономный район КНР);
 - Цейлон;
 - Мальдивские острова;
 - Бруней;
 - Сабах;
 - Лабуан;
 - Саравак;

2) В Африке:

- Англо-Египетский Судан;
- Египет;
- Британское Сомали;
- Британская Восточная Африка:
 - Занзибар (сейчас часть Танзании);
 - Кения;
 - Танганьика;
 - Уганда;
- Федерация Родезии и Ньясаленда:
 - Северная Родезия (сейчас Замбия);
 - Южная Родезия (сейчас Зимбабве);
 - Ньясаленд (сейчас Малави);
- Британская Южная Африка:
 - Бечуаналенд (сейчас Ботсвана);
 - Южно-Африканский Союз (Капская провинция, Наталь, Оранжевое Свободное Государство, Трансвааль – сейчас это части ЮАР);
 - Свазиленд;
 - Басутоленд (сейчас Лесото);
 - Юго-Западная Африка (сейчас Намибия);
- Сейшельские острова;
- Британский Камерун (часть современных Камеруна и Нигерии);
- Нигерия;
- Гамбия;
- Золотой берег и Британское Того (сейчас Гана);
- Сьерра-Леоне;
- острова Св. Елены, Вознесения, Тристан-да-Кунья;
- Маврикий;

- архипелаг Чагос;

3) В Северной Америке:

- Бермудские острова;
- Ньюфаундленд (сейчас часть Канады);
- Канада (включая Квебек);
- Тринадцать колоний, образовавших в 1776 г. США:
 - Новая Англия (Нью-Гемпшир, Колония Массачусетского залива и Плимутская колония (позже Массачусетс и Мэн), Род-Айленд, Коннектикут);
 - Южные колонии (Мэриленд, Виргиния, Северная Каролина, Южная Каролина, Джорджия);
 - Средние колонии (Нью-Йорк (позже Нью-Йорк и Вермонт), Нью-Джерси, Пенсильвания, Делавэр);

5) В Латинской Америке:

- Ангилья;
- Барбадос;
- Тринидад и Тобаго;
- Гренада;
- Британские Виргинские острова;
- Доминика;
- Британская Гвиана (сейчас Гайана);
- Британский Гондурас (сейчас Белиз);
- Сент-Люсия;
- Москитов берег;
- Сент-Китс и Невис;
- Сент-Винсент и Гренадины;
- Антигуа и Барбуда;

- Фолклендские острова, Южная Георгия и Южные Сандвичевы острова;
- Багамские острова;
- Монтсеррат;
- Острова Тёркс и Кайкос;
- Ямайка;
- Каймановы острова;

б) В Австралии, Океании и Антарктиде:

- Австралия:

- внешние территории (Британские Соломоновы острова, Папуа и Новая Гвинея (сейчас части Папуа – Новой Гвинеи), остров Рождества (сейчас часть Австралии), Науру, Новая Зеландия, Норфолк (сейчас часть Австралии), Кокосовые острова (сейчас часть Австралии));

- материковые территории (Виктория, Земля Ван-Димена (Тасмания), Западная Австралия, Новый Южный Уэльс, Квинсленд, Южная Австралия, Северная территория);

- Земля Росса в Антарктиде;

- Британское Самоа;

- Ниуэ (сейчас часть Новой Зеландии);

- Токелау (сейчас часть Новой Зеландии);

- острова Гилберта и Эллис (сейчас Тувалу и часть Кирибати);

- Фиджи;

- Новые Гебриды (сейчас Вануату);

- острова Кука;

- Тонга;

• Британская Антарктическая территория (включая Южные Шетландские острова и Южные Оркнейские острова);

- Питкэрн.¹

На всех вышеперечисленных территориях действовало английское общее право. А.Х. Саидов совершенно справедливо замечает: «Общее право (Common Law) – это система, несущая на себе глубокий отпечаток его истории, а история эта до XVIII в. была исключительно историей английского права».²

Изначально на Британских островах основой социального регулирования являлись традиции и обычаи населявших её племён. Эти племена использовали в качестве формы права многочисленные судебники, включавшие в себя местные обычаи и королевские указы. Судебники составлялись на английском языке, и некоторые авторы считают это свидетельством отсутствия существенного влияния римского права.³ Таким образом, обычай являлся исторически первой формой английского права, он широко использовался до формирования общего права. Однако большой сложностью стало то, что обычное право фактически было разным в разных регионах и областях Англии. В нормах обычного права городов и сельских поселений также наблюдалась масса отличий. Это объяснялось тем, что обычное право было устным, а не письменным, и, значит, подлежало применению местными судами. Местные суды, в свою очередь, были непосредственно знакомы с фактом существования и юридическим содержанием соответствующих обычаев. В процессе развития и введения монаршего правосудия и королевского суда на всей территории Англии получает распространение единое общее право. Это способствует стремительному падению роли обычного права как источника правовых норм.⁴

По мнению ряда исследователей, «обычай стал той основой, на которой вначале было создано, а затем развивалось в течение всего средневекового периода

¹ Территории Британской империи [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Территории_Британской_Империи (дата обращения: 27.01.2013).

² Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / Под ред. В.А. Туманова. М.: Юристъ, 2005. С. 242.

³ См.: James Ph. Op. cit. P. 17-19; Baker J. An Introduction to English Legal History. London, 1990. P. 23-24; Сафронова Е.И. Обычай как форма права (сравнительно-правовой анализ): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. СПб., 2007. С. 12.

⁴ Романов А.К. Правовая система Англии: учебное пособие. М.: Дело, 2000. С. 180.

английское общее право».¹ Существует, однако, и противоположная точка зрения, сторонники которой отказываются «отождествлять общее право с обычным правом», особенно сейчас – «в период широкого применения в Англии и других англоязычных странах судебной практики».²

В 1066 г. происходит событие, имевшее ключевое значение для истории Великобритании, а именно – норманнское завоевание (Norman conquest of England), во главе которого стоял Вильгельм, герцог Норманнский, названный Завоевателем. На самом деле термин «завоевание» не совсем соответствует истинному положению дел. Экспедиционный корпус Вильгельма насчитывал всего несколько тысяч человек, которые не могли долго сопротивляться местным жителям, хорошо знавшим территорию, вооружённым и не собиравшимся сдаваться. Нельзя также забывать, что тогда большую часть территории Англии покрывали леса, а население традиционно охотилось и хорошо стреляло из луков и пращ. Всё это существенно облегчало борьбу с норманнами. Поэтому Вильгельм прекрасно понимал, что его немногочисленная армия может быть легко и быстро истреблена. Это означало, что с местными племенами необходимо договариваться, что Вильгельм и сделал. В храме он поклялся перед вождями всех местных племён, что будет править, прислушиваясь к законам и обычаям коренного населения и ни в коем случае не нарушая их. Клятвопреступление было смертельно опасным, и потому Вильгельм не нарушил торжественно данных обещаний.

Обычное право местных племён было развито достаточно хорошо, его хватало для регуляции общественных отношений, среди которых попадались и довольно сложные, например, отношения в сфере наследственного, договорного, обязательственного и уголовного права. Следовательно, в Англии после норманнского завоевания обычай продолжал оставаться основной формой права и регулировал подавляющее большинство разнообразных общественных отношений. У каждого графства были собственные обычаи. На многочисленных обычаях

¹ Eddey K. Op. cit. P. 132.

² Sim R., Pace P. Op. cit. P. 39.

основывались полномочия королевского правительства (в первую очередь это касается обычая смотреть на происходящее на местах «сквозь пальцы», который восходит ещё к данной Вильгельмом Завоевателем клятве). Средний возраст применявшихся тогда обычаев не превышал 10-15 лет. Некоторые местные обычаи становились государственными и национальными, поскольку общины перенимали и использовали наиболее полезные из них. Англичане даже полагают, что в эпоху Средневековья изменения в обычаях, которые регулировали структуру и компетенцию суда и органов управления, стимулировали рост авторитета юридической профессии.¹

Наконец, встал вопрос о том, как уменьшить постоянно возрастающее количество обычаев. Для этого английские юристы стали признавать в качестве формы права только те обычаи, которые были утверждены королевскими судами. Однако вплоть до XIX в. обычай сохранял значительную сферу действия: в частности, королевские указы почти не затронули гражданско-правовые отношения в манорах. Имевшиеся в некоторых регионах Англии сборники обычаев продолжали применяться при рассмотрении дел в королевских судах. Одним из наиболее известных был так называемый «английский бург» – обычай, в соответствии с которым землю по наследству получал младший сын, а не старший, как при майорате. Данный обычай действовал вплоть до 1920 г.²

Сейчас никто из авторов не отрицает, что «на основе обычаев изначально строились все национальные системы права, включая английскую систему общего права»,³ и, следовательно, обычай как форма права исторически появился раньше прецедентного права и права справедливости. В целом, приведённый выше тезис М.Н. Марченко не оспаривается даже в наиболее категоричных суждениях западных авторов. Так, комментируя процесс становления и развития правовой системы Англии, известные французские компаративисты Р. Давид и К. Жоффре-Спинози

¹ См.: Dawson J.A. History of Law Judges. Cambridge, Cambridge University Press, 1960. P. 37-38.

² См.: James, Ph. Op. cit. P. 42-47; Baker J. Op. cit. P. 51-58; Blake J.W. Jurisprudence. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1992. P. 200-204.

³ Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2009. С. 597.

утверждают, что английское право ни в коей мере не является обычным правом. По их мнению, пресловутый всеобщий старинный обычай английского королевства, который якобы послужил основанием для формирования общего права, на самом деле представляет из себя самую настоящую чистейшей фикцию. В Англии обычное право имело место только до появления общего права. Конечно, общее право заимствовало некоторые нормы действовавшего в то время местного обычного права. Следует помнить, что основной целью создания общего права являлась разработка права при помощи судебной практики на основе разума с его последующей заменой старого права англосаксонского периода, которое было основано на обычае.¹

Однако, несмотря на неоднозначность подходов к пониманию его юридической природы, обычай (Custom) является формой англосаксонского права и имеет ряд характерных признаков. В их числе английский учёный Н. Салмонд называет:

- 1) разумность обычая;
- 2) его непротиворечивость законам (статутному праву);
- 3) установление без применения насилия и использования силовых средств;
- 4) старинный характер обычая, его существование «с незапамятных времён».²

Рассматривая последний признак, мы должны заметить, что на основании первого Вестминстерского статута 1275 г. старинным считается обычай, который существовал до 1189 г., т.е. до восшествия на престол короля Ричарда I Львиное Сердце.³

Некоторые исследователи общего права предъявляют к обычаю определённые требования, которым он, по их мнению, должен соответствовать, иначе обычай не подлежит применению. Как правило, в соответствии с такими требованиями, обычай должен:

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / Пер. с фр. В.А. Туманова. М.: Международные отношения, 2009. С. 293.

² Salmond N. Jurisprudence. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1982. P. 199.

³ См.: Кросс Р. Указ. соч. С. 162.

- 1) за время своего постоянного или периодического применения «ни разу не прерываться в законном порядке»;
- 2) применяться только «мирно, открыто и правильно»;
- 3) быть «определённым по своей сути и содержанию»;
- 4) иметь свой предмет регулирования;
- 5) быть ограниченным определённой сферой деятельности и территорией;
- 5) «признаваться, уважаться и соблюдаться» населением той территории, на которой он действует как форма права;
- 7) органично «вписываться» в систему существующих в государстве обычаев или хотя бы не противоречить им;
- 8) органично сочетаться с существующими нормами права и не противоречить статутному и общему праву.¹

Единая оценка места обычая в системе форм английского права отсутствует, по этому вопросу существуют различные мнения. Так, некоторые отечественные авторы утверждают, что роль обычая в правовой системе современной Великобритании весьма второстепенна и не может сравниться с главными формами английского права – статутом и юридической практикой.² Так, М.Н. Марченко подчёркивает, что сейчас «время правовые обычаи занимают незначительное место в системе права Англии и других англоязычных стран».³ Е.И. Сафронова в своём диссертационном исследовании пишет: «В настоящее время... обычаи применяются только в ограниченных масштабах и понимаются как особое правило, существующее с незапамятных времён».⁴

Мы не можем согласиться с данной точкой зрения. Статутное и прецедентное право, безусловно, имеют огромное значение для правовой системы Англии, однако обычай как форма английского права также чрезвычайно невероятно важен, и его не

¹ См.: Edey K. Op. cit. P. 133-134; Keneth S., Keenan D. English Law. London, 1998. P. 57-59; Salmond N. Op. cit. P. 205-207; Sim R., Pace P. Op. cit. P. 39-40; Smith P., Barley S. The Modern English Legal System. Oxford, Oxford University Press, 1984. P. 87-89.

² См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 293.

³ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 604.

⁴ Сафронова Е.И. Указ. соч. С. 42.

следует недооценивать. В Англии обычай продолжает сохранять своё значение, что обусловлено его многовековой стабильностью и общественным признанием. Обычай по-прежнему широко и эффективно применяется в разных сферах деятельности, например, в торговле и мореплавании. Также немалое значение имеют обычаи, которые действуют в крупных регионах страны или на всей территории Англии. Среди них – обычаи торгового мореплавания, обычаи портов и т.д.

Велика роль обычая и как формы английского государственного права. Здесь в первую очередь необходимо упомянуть знаменитые конституционные соглашения (constitutional conventions) – обычаи, доминирующие в политической жизни страны. К ним относится, например, конституционное соглашение, в соответствии с которым монарх даёт своё согласие (royal assent) на все законопроекты, принимаемые Палатой лордов и Палатой общин, или назначает тех членов правительства, которых рекомендовал ему премьер-министр, или, и т.д. Наконец, статус монарха в современной парламентарной монархии в Великобритании, выраженный в юридической формуле «королева царствует, но не правит» («The Queen reigns but does not rule») является своего рода конституционным соглашением. При этом в законодательстве практически не содержатся нормы, ограничивающие деятельность и полномочия монарха. Действительно, статутное право не содержит норм, запрещающих монарху совершать какие-либо действия, например, посещать парламент и председательствовать на заседаниях его палат. При этом британский монарх не появлялся в парламенте около трёхсот лет – и не потому, что он не имеет права этого делать, а потому, что в этом нет необходимости. (Разумеется, каждая из палат парламента также функционирует на основе целой системы проверенных веками обычаев).

В то же время действует ещё несколько важнейших обычаев, непосредственно касающихся венценосной особы. Наиболее известный из них звучит следующим образом: «Королева всегда права» («The Queen is always right»). На практике это означает колоссальный, непоколебимый авторитет королевы, а также её крайнюю

осведомлённость в политических и экономических вопросах – как в самой Великобритании, так и в зарубежных государствах и в мире в целом. В частности, премьер-министр Великобритании еженедельно приезжает в Букингемский дворец и в течение нескольких часов беседует с королевой за закрытыми дверями. На подобные совещания не пускают даже журналистов, и потом сообщается, какие вопросы там обсуждались. Недаром англичане говорят, что нельзя ругать только Бога и королеву.

Собственно, и сам пост премьер-министра возник в 1721 г. в результате конституционного соглашения. С первой четверти XVIII в. и по сегодняшний день статус и полномочия премьер-министра урегулированы с помощью конституционных соглашений, т.е. фактически с помощью обычая. На основании обычая премьер-министр мог занимать любую из высших государственных должностей, например, должности Лорда канцлера, Лорда распорядителя, Лорда хранителя печати, Архиепископа Кентерберийского, Канцлера казначейства или государственного секретаря. Роберт Уолпол, Уильям Питт старший, Уильям Питт младший, Роберт Пиль, Бенджамин Дизраэли, Уильям Эварт Гладстон, Дэвид Ллойд-Джордж, Невилл Чемберлен, Уинстон Черчилль, Маргарет Тэтчер – эти и другие знаменитые политические и государственные деятели осуществляли свои полномочия в сфере внутренней и внешней политики без какой-либо регламентации их деятельности статутами либо иными формами права, кроме обычая.

Деятельность политических партий и избирательное право Великобритании также регулируются исключительно обычаями – причём как в рамках конкретной партии либо административно-территориальной единицы, так и в масштабах всего государства. Очевидно, что объём правоотношений в сфере деятельности политических партий, а также в области организации и проведения выборов самого разного уровня чрезвычайно велик, что, однако, не мешает конституционным обычаям и соглашениям успешно регулировать эти правоотношения в течение нескольких столетий.

Рассмотрим ещё несколько английских конституционных обычаев Англии. Например, согласно конституционным обычаям министры считаются слугами короля (королевы), а награды, титулы, социальные выплаты и т.д. даются от имени правящего монарха. Один из наиболее древних и известных английских конституционных обычаев – это дарование монархом рыцарского титула подданным, которые внесли существенный вклад в политическое, экономическое, социальное, культурное развитие Великобритании. За века существования британской монархии были произведены в рыцари и получили титул сэра такие разные люди, как Фрэнсис Дрейк и Алекс Фергюсон, Уинстон Черчилль и Кит Ричардс, Артура Конан-Дойль и Мик Джаггер, Исаак Ньютон и Редьярд Киплинг, Вальтер Скотт и Пол Маккартни, Кристофер Рен и Элтон Джон. Помимо того, вся сложная система английского дворянства, аристократических, государственных и военных титулов, статусов, чинов и званий полностью основана на обычаях и регулируется исключительно английским обычным правом.

В трудовом праве Англии обычаи применяются прежде всего для регуляции правоотношений, связанных с классификацией работников, установлением режима рабочего времени, назначением и организацией сверхурочных работ, а также ученичеством.

Помимо того, судоустройство и судопроизводство Англии также основываются на обычном праве, в частности – на судебных обычаях. Статус и полномочия судей, кодекс судейской этики, правила подбора присяжных заседателей и, наконец, сама судебная процедура с её многочисленными процессуальными обычаями немислимы без обычного права.

Таким образом, мы видим, что роль обычая как формы права в Англии определена и весьма существенна. Выявлено, что обычай в правовой системе современной Англии используется в сфере конституционного права, морского права, трудового права, судопроизводства и в системе государственных наград, почётных титулов и званий. Есть все основания предполагать, что без обычаев

Англия была бы не парламентарной, а абсолютной монархией.¹ Поэтому мы ни в коем случае не соглашаемся с малозначительностью обычая как формы английского права – напротив, его важность доказана выше. Помимо того, вышеуказанные правоотношения урегулированы только с помощью обычая, соответственно, в Англии обычай применяется при пробелах в иных формах права.

Проведя исследование общетеоретических аспектов теории обычая как формы права Англии, выявив его существенные признаки и особенности, мы переходим к изучению обычая как формы англосаксонского права в ряде правовых систем современности. Логично будет начать со второй подгруппы англосаксонской правовой семьи – американской подгруппы и, соответственно, с правовой системы США.

§ 3. Обычай в правовой системе США

Правовая система Соединённых Штатов Америки обладает рядом особенностей, без изучения которых невозможно понять место обычая в правовом регулировании США. Поэтому сперва необходимо уделить некоторое внимание возникновению и развитию правовой системы США.

На территории Северной Америки, которая сейчас является Соединёнными Штатами, первые англоязычные поселения появились в начале XVII в. Эти поселения были разбросаны по всему Восточному побережью, на территории современных штатов Вирджиния, Делавэр, Джорджия, Коннектикут, Массачусетс, Мэн, Нью-Гэмпшир, Нью-Джерси, Род-Айленд, Мэриленд, Северная и Южная Каролина. (Причём раньше всех были заселены территории Вирджинии и Северной и Южной Каролины) Изначально там жили преимущественно религиозные люди, не

¹ См.: Potter, J. Op. cit. P. 272-278.

нашедшие себе места в Англии либо вынужденные бежать оттуда (в частности, из-за своих религиозных и политических убеждений). Поэтому уместно говорить о своеобразной «религиозной карте» вышеупомянутых поселений. Так, пуритане обосновались в Новой Англии, квакеры – в Пенсильвании, католики – в Мэриленде.

Конечно, колонии в Новом Свете организовывали не только англичане. Так, на территориях современной Латинской Америки и островах Карибского моря господствовали Испания и Португалия. Территории современной Флориды, пустыни Запада и западное побережье Северной Америки также некогда принадлежали Испании.

В Нью-Йорке изначально поселились голландцы, но англичане вытеснили их оттуда ещё до 1700 г. Тем не менее, в Нью-Йорке в течение долгого времени сохранялись голландский язык и голландское право, отдельные фрагменты которого распространились и за пределы Нью-Йорка. Так, институт прокурора берёт начало в голландской юридической терминологии. Современные исследователи права США не оспаривают связь некоторых правовых терминов и институтов с голландской и особенно испанской юридической традицией (преимущественно на территориях, некогда принадлежавших Испании).

Также необходимо упомянуть законы и обычаи местных племён, которые до сих пор имеют существенное значение в регулировании общественных отношений, особенно на территории гетто и резерваций.

Тем не менее, несмотря на определённое влияние голландского и испанского права, а также местного обычного права коренного населения, американское право преимущественно происходит из английского права. В реальности в США не могла утвердиться никакая другая система права.

Анализируя процесс становления правовой системы США, известный исследователь американского права, профессор Лоуренс Фридмэн указывает на то, что система общего права, возникшая в Англии, в частности, её приёмы, способы и традиции, пересекли Атлантический океан и укоренились в Соединённых Штатах. Исследователи истории права часто рассуждают о «колониальном периоде»,

посвящают публикации изучению влияния разных эпох на американское право. Соответственно, у читателей нередко складывается не вполне обоснованное впечатление о доминанте того периода. Необходимо помнить, что от высадки на континент первых поселенцев в Плимут-Роке до начала Революции (т.е. Войны за независимость) прошло более полутора веков. Это большой промежуток времени, полный важных событий и социальных коллизий. Колониальный период являлся довольно длинным и сложным, а не быстро изменяющимся и непостоянным. Действительно, на территории Северной Америки уже располагалось множество разных колоний, растянувшихся на территории от Джорджии до Нью-Гемпшира. Поселения выстраивались вдоль побережья будто бусины ожерелья, их связь друг с другом была чрезвычайно затруднена. Связь с Англией была ещё хуже; от родины колонии отделяло огромное и бурное водное пространство – Атлантический океан.¹

По мнению Л. Фридмэна, это являлось очень важным фактором. Колонисты являлись британскими подданными, и теоретически Великобритания контролировала их жизнь. На самом же деле Британская империя практически не могла влиять на свои колонии – они находились слишком далеко и были довольно самостоятельны. Помимо того, в начале освоения североамериканских земель, британцы не выработали единую согласованную программу действий метрополии по отношению к колониям, они даже не имели понятия о том, как управлять столь отдалёнными территориями. Следовательно, большую часть своей истории многие колонии существовали и развивались вне зависимости от Британской империи.²

Сами колонии можно условно разделить на три группы. Первая группа – это северные колонии (Массачусетс, Нью-Гемпшир, Коннектикут), которые в меньшей степени подчинялись праву Англии. Вторая группа (Делавэр, Нью-Йорк, Нью-Джерси, Пенсильвания) находились между Севером и Югом – причём как в географическом, так и в юридическом смысле. Третья группа – южные колонии,

¹ Фридмэн Л. Введение в американское право. М.: Издательская группа «Прогресс Универс», 1993. С. 34.

² См.: Фридмэн Л. Указ. соч. М.: Издательская группа «Прогресс Универс», 1993. С. 34-35.

которые наиболее точно и скрупулезно придерживались британской культуры (в т.ч. и в области права).

Конечно, вышеописанные различия между колониями имели свои причины. Так, квакерская Пенсильвания и пуританская Новая Англия сознательно пошли по пути, отличном от пути Вирджинии или Каролины. Определённую роль тут сыграли погодные условия и качество почвы. На Юге мягкие зимы способствовали развитию сельского хозяйства (особенно скотоводства, хлопководства, выращиванию картофеля, фруктов и табака), а также становлению плантаторской системы. Плантаторская система, в свою очередь, обусловила ещё один характерный признак южных штатов, а именно – рабство.

Первые чернокожие рабы были привезены в южные колонии (в первую очередь в Вирджинию) ещё в первой половине XVII в. Их количество быстро росло: так, к началу Войны за независимость (в американской традиции её принято называть Американской революционной войной или просто Революцией) рабы составляли 40% населения Вирджинии. В самой Англии на тот момент не было чернокожих рабов, соответственно, отсутствовал законодательный запрет рабства. Законодательство о рабовладении являлось сугубо американским изобретением и основывалось на многих источниках, в том числе на сильном чувстве расового превосходства белых над чёрными.

Не следует думать, что рабство существовало только в южных колониях: оно имело место и на Севере, даже в Массачусетсе и Нью-Гемпшире. Так, в Нью-Йорке количество рабов равнялось 10% населения. Но, в отличие от Юга, на Севере рабство никогда не доминировало в производительной системе, и рабы никогда не были основной производительной силой. Например, в Нью-Йорке рабы использовались в качестве домашних слуг, а не в качестве рабочих на производстве. Более того, рабство на Севере имело ещё одну специфическую черту, отличающую его от рабства на Юге: это так называемые «договорные слуги», коих на Севере были тысячи. Служба по договорам представляла собой временное рабство. Договором признавался письменный документ, своеобразный трудовой контракт, в

котором закреплялись сроки и условия рабства. Договорные слуги работали на своих хозяев в течение определённого времени, обычно – на протяжении нескольких лет (так, многие договоры заключались в среднем на семь лет). В течение срока, на который заключался договор, слуга не получал жалованья, а хозяин мог продать слугу (или, как это формулировалось в договоре, «продать право на труд слуги, на оставшийся до окончания договора срок»). Слуга фактически не мог и не имел права противодействовать продаже либо передаче его другому хозяину. По истечении срока действия договора слуга, в отличие от раба, становился полностью свободным.

Слугу от раба отличало ещё и то, что, в соответствии с нормами обычного права, ему выплачивалась определённая денежная сумма (так называемые «отпускные») либо дарились вещи. Так, например, в Мэриленде, к ним относилась верхняя одежда, головной убор, мотыга, топор, три барреля зерна и (до 1663 г.) 50 акров земли. Позднее слугам по истечении срока действия договора почти повсеместно стали отдавать одежду, пищу и деньги.

Колониальной правовой системе посвящено множество исследований, большинство из которых затрагивало северные колонии, особенно Массачусетс. Действительно, правовая система Массачусетса представляет большой интерес. Она имеет ряд существенных отличий от системы английского права, применявшегося тогда в королевских судах Великобритании. На самом деле право Массачусетса настолько принципиально отличалось от права метрополии, что исследователи до сих пор ожесточённо спорят между собой о том, входит ли оно вообще в систему английского права. Однако, несмотря на определённые специфические черты в юридической терминологии и правоприменительной практике, мы можем с полной уверенностью полагать, что право Массачусетса имеет глубокие корни в английском праве и английской юридической практике. При более подробном изучении правовой системы данной колонии многие его особенности исчезают. Также нам следует помнить, что первые колонисты не были юристами, и право, которое они привезли в Северную Америку, не являлось правом, применяемым в королевском

суде. Оно представляло собой в первую очередь обычным правом их сообщества – некоторые исследователи называют его «народным законом». Естественно, это обычное право существенно отличалось от старого права и законодательства Великобритании. Тем не менее, основополагающими в нём являлись именно английские термины, понятия, институты: действительно, что ещё могли знать колонисты? Здесь можно провести аналогию с языком: право поселенцев представляло собой своеобразный диалект или пиджин-инглиш английского общего права.

Некоторые учёные сравнивают систему колониального права с правовой системой, созданной пассажирами корабля, потерпевшими кораблекрушение и выброшенными на необитаемый остров. Колониальное право включало в себя три ключевых структурных элемента: фрагменты и нормы старого законодательства; новые законы, принятые вследствие объективной потребности регулирования общественных отношений в новой стране; и правовые институты, созданные под влиянием религиозных воззрений колонистов (например, пуританизма в Массачусетсе). Так, при изучении одного из самых ранних юридических колониальных изданий «Право и свободы Массачусетса» (1648), можно обнаружить десятки примеров использования всех трёх ключевых элементов. Так, во-первых, в глаза бросаются многочисленные ссылки на судей, институты присяжных и частной собственности, документы (например, договоры и завещания) – словом, всё, что колонисты привезли из Англии и практически без изменений воспроизвели в новой стране. Во-вторых, новые жизненные условия обусловили появление правовых норм, существенно отличающихся от английских. Например, в колониях действовал запрет продажи и дарения «любому индейцу... любого... оружия или пороха, пуль или свинца... или любого военного оружия и снаряжения».¹ Разумеется, аналог данной нормы в праве Англии отсутствовал.

Немаловажную роль сыграла религия. Как мы уже отмечали в начале этого параграфа, поселенцы были глубоко религиозны. Это обусловило юридическое

¹ Цит. по: Фридмэн Л. Указ. соч. С. 37.

преследование и наказание иезуитов, еретиков, ведьм («любой мужчина или женщина... которые... имеют контакт с подобными духами, должны быть сурово наказаны»¹, «те, кто намеревается подрывать или разрушать христианскую Веру и Религию, принимая или поддерживая любую ересь»²).

В то же время право Массачусетса было гораздо проще общего права метрополии, поскольку лишалось старых юридических норм, институтов и конструкций. Следовательно, применять право Массачусетса на практике становилось легче. Действительно, английское право конца XVI – начала XVII вв. содержало немалое количество устаревших и фактически не используемых терминов и понятий, а также технических уловок. В результате крайне медленной эволюции право Великобритании превратилось в некий монолит, состоящий из многочисленных иррациональных норм, зачастую противоречащих друг другу. Подавляющее большинство английских юристов не могло с чистой совестью заявить о полном понимании всех правовых норм и институтов. Соответственно, колонисты даже при сильном желании не смогли бы воспроизвести такую сложную и громоздкую правовую систему.

Следовательно, фактически североамериканские колонии выбрали свой путь развития. Классическим примером тому является королевский закон Англии о первородстве, в соответствии с которым в случае смерти землевладельца, не оставившего завещания, его земли переходили по наследству к старшему сыну. Некоторые колонии (в т.ч. и Массачусетс) отказались от подобной практики наследования и приняли нормативные правовые акты, согласно которым все дети умершего имели право наследования (хотя, по законодательству ряда колоний, доля старшего сына удваивалась). Большинство других колоний вообще отменили закон о первородстве. Дольше всего этот закон действовал в южных колониях и был упразднён в них преимущественно во второй половине XVIII в. (в 1777 г. – в Джорджии, в 1784 г. – в Северной Каролине, в 1785 г. – в Вирджинии).

¹ Цит. по: Фридмэн Л. Указ. соч. С. 37.

² Цит. по: Там же.

Судебная система Англии также была чрезвычайно сложна. Лорд Эдвард Коук, описавший британскую судебную систему XVII в. в своём знаменитом труде «Правовые институты Англии», посвятил целый том перечислению десятков королевских, местных, специальных и прочих судов и объяснению различий между ними. Подобная сложная и громоздкая судебная система никоим образом не была нужна небольшим и небогатым североамериканским колониям. Именно поэтому Массачусетс создал предельно простую систему судопроизводства, его примеру последовали остальные колонии.

Судебные системы колоний были в целом похожи, но не одинаковы. Иногда, напротив, наблюдались принципиальные различия. Например, в Южной Каролине существовала разветвлённая система судов «права справедливости» (которые являлись характерной чертой английского права), а Массачусетс, напротив, отказался от них.

В XVIII в. правовые системы колоний (причём как северных, так и южных) постепенно начинают напоминать правовую систему метрополии. Данный процесс проходил неосознанно и безболезненно, в некоторой степени он обусловлен давлением Великобритании на свои колонии и попытками управлять ими. Это способствовало сближению колоний, которые к тому времени научились управлять собой сами. Введение Великобританией новых налогов, резкое увеличение гербового сбора, решение расквартировать в Америке английские войска численностью десять тысяч человек (с обязанностью колонистов предоставлять им жильё, мебель, галантерейные принадлежности и продукты питания) и прочие непопулярные меры воздействия на колонии привели к Войне за независимость, в результате которой Британская империя потеряла свои североамериканские территории.

Тем не менее, желание придерживаться традиций Англии было довольно естественным и имело весомые причины. Во-первых, несмотря на политические разногласия, колонии приобретали тесные торгово-промышленные отношения с Великобританией. В большей степени это коснулось торгового и морского права:

американские купцы, которые вели международную торговлю и имели собственные корабли, решительно требовали разработать современные правовые нормы, наподобие тех, которые применялись в Европе, в т.ч. и в Англии.

Во-вторых, с Англией поддерживались юридико-культурные связи. Юристы колоний были англичанами, многие из них получили образование и профессию именно в Англии. И все они пользовались английскими правовыми материалами.

В-третьих, в колониях не издавались никакие юридические труды либо работы, посвящённые проблемам права, – только сборники местных законов. Монографии на юридическую тематику публиковались только в Англии и принадлежали перу английских авторов. Вся юридическая терминология, дефиниции, понятийно-категориальный аппарат, сборники прецедентов и прочие материалы, используемые юристами в профессиональной деятельности, также были исключительно английскими. Всё это отражало английское, но никоим образом не американское понимание и восприятие права.

В 1756 г. в Великобритании вышел и моментально стал чрезвычайно популярным знаменитый труд Уильяма Блэкстона «Комментарии к законам Англии». Блэкстон написал не специализированную книгу для юристов – напротив, его работа была адресована английским обывателям, желавшим узнать что-то о законах своей страны. У американцев книга вызвала колоссальный интерес, поскольку легко и доступно рассказывала им о праве прародины. Американское издание «Комментариев к законам Англии» вышло в 1771-1772 гг. в Филадельфии.

В целом, на этом мы можем завершить рассмотрение колониального периода истории США. Данный период имеет ключевое значение для понимания американского права в целом и обычая как формы права США в частности: действительно, во-первых, рассмотренный этап развития Штатов интересен сам по себе, а во-вторых, он наглядно показывает, каким именно образом социальные условия способствуют формированию правовой системы государства.

В 1776 г. началась Война за независимость, и это повлекло разрыв установившихся связей между Великобританией и её североамериканскими

колониями. Несмотря на успех войны для уже бывших колоний, они вынуждены были искать способы восстановления этих связей. Проблема заключалась в том, что колонии хотели сформировать нечто вроде федерации, но некоторые из них стремились сохранить самостоятельность. Противоречий между тринадцатью штатами существовало чрезвычайно много. Тем не менее, после первого фальстарта (Статей конфедерации, которые подвергались такой яростной критике, что Джордж Вашингтон назвал их «верёвкой из песка», неспособной объединить штаты) колонии в 1787 г. приняли Конституцию, которая поныне является главным законом страны.

Конституция предоставляла федеральному правительству гораздо больший объём властных полномочий, нежели Статьи конфедерации; однако власть правительства была реально ограничена в рамках федеральной системы. Суверенитет каждого штата сохранялся на его собственной территории.

Соединённые Штаты вскоре избрали президента (первым президентом США стал Джордж Вашингтон, позже будет построена столица, названная в его честь Вашингтоном). Произошло разделение властей по горизонтали, выделилось два уровня власти: федеральный уровень и уровень штатов. Так, федеральное правительство определяло основные направления внутренней и внешней политики, руководило армией и флотом, организовывало и контролировало работу почтовой службы, управляло столицей. Штаты управляли большинством других дел.

Федеральное правительство столкнулось с важнейшим практическим вопросом: проблемой запретных земель. Соединённые Штаты обладали огромными незаселёнными территориями. Общественные угодья представляли собой сотни миль лесов, тянувшихся к Миссисипи – сейчас это территории пограничных штатов и Среднего Запада. Некоторые колонии (особенно Вирджиния) требовали отдать им эти земли, но в итоге в 1781-1802 гг. права на данные территории были переданы федеральному правительству.

Возникал вопрос: что делать с этими землями? Соединённые Штаты отказались от мысли управлять ими как своими колониями. Из западных земель нарезались территории, и когда их население достигало «5 тысяч свободного

мужского населения дееспособного возраста», территория формировала «генеральную ассамблею», которая назначала губернатора и помогала ему управлять. Численность населения выросло до «60 тысяч свободных лиц», Конгресс принимал территорию в состав США в качестве нового штата «на равных правах с прежними штатами во всех мыслимых отношениях» (в частности, так образовались Висконсин, Иллинойс, Индиана). Именно благодаря данной схеме количество штатов увеличилось до пятидесяти. Разумеется, были исключения: так, Техас изначально являлся независимым государством. Пуэрто-Рико и Филиппины, принадлежавшие Испании, были захвачены в результате испано-американской войны 1898 г. Это был первый прецедент, когда Конституция не «следовала своему флагу» и когда Соединённые Штаты в чисто империалистическом духе стали владельцами колоний.¹

Американское право постепенно распространялось с Востока на Запад преимущественно путём влияния «старых» штатов на «новые». «Новые» штаты на самом деле перенимали многое из законодательства «старых» штатов. Этому есть объяснения: во-первых, новые земли заселяли бывшие жители «старых штатов» (за исключением небольшого количества иностранных иммигрантов). Зачастую можно определить характерные черты правовых систем новых штатов, зная, откуда родом их жители. Так, на старом Северо-Западе американцы быстро ассимилировали немногочисленных франкоязычных крестьян и охотников из Иллинойса, следовавших французскому обычному праву.

Когда новые территории оформлялись в штаты, старая северо-западная территория делилась, и правовая система делилась вместе с ней. Американские поселенцы пытались уничтожить местное обычное право как систему, и им это удалось, однако его отдельные нормы и элементы сохранились и продолжают существовать в настоящее время. Так, испанское и мексиканское обычное право оказало существенное влияние на правовые системы Калифорнии, Нью-Мексико, Техаса и прочих штатов, ранее принадлежавших Мексике. В качестве примера

¹ См.: Фридман Л. Указ. соч. С. 39.

можно привести систему собственности группы лиц. Она означает, что половина любой собственности, заработанной или приобретённой одним из супругов, автоматически переходит в собственность другого супруга. Однако в случае развода супруги не являются равноправными владельцами совместно нажитого имущества, поскольку муж получает исключительное право управления им. Данная юридическая практика, имеющая глубокие корни в испанском и мексиканском праве, совершенно привычна для правовых систем ряда западных штатов и совершенно неизвестна и не применима в правовой системе Нью-Йорка, Аляски или, скажем, Айовы.

Необходимо понимать, что влияние на право западных штатов конкретных социально-экономических условий всегда было гораздо сильнее, чем влияние местного обычного права. Это означает, что сохранившиеся и ныне действующие обычаи действительно конкурентоспособны и эффективны по сравнению с нормами общего права.

Наглядным примером права, созданного под воздействием определённых условий, является право рабовладения. Оно создавалось преимущественно в южных штатах, представляло собой колоссальный массив законодательства и включало множество правил и норм. Мы уже говорили о том, что рабство имело место и в северных штатах, однако после окончания Войны за независимость они рабство отменили. Первым был Вермонт (1777 г.), и к 1800 г. к нему присоединились остальные штаты Севера. Это послужило своеобразным водоразделом между Севером и Югом, отныне Юг считался и являлся аграрным и рабовладельческим, а Север – промышленным и «свободным». Каждый штат принадлежал либо к Северу, либо к Югу.

В 1860-1865 гг. в США проходит кровопролитная Гражданская война. К ней привело множество причин, главным образом – неразрешённый вопрос о том, кто же станет следующим президентом США, северянин или южанин. Тем не менее, проблема рабства играла здесь важнейшую роль, и не только из-за своей сложной моральной оценки и эмоциональности. Дело в том, что именно на рабстве

основывался общественный строй Юга. Рабы являлись главной производительной силой и основным капиталом своих хозяев. Как правило, в южных штатах большинство населения было представлено чернокожими рабами, над которыми находился белый человек – их полноправный владелец, судья и законодатель. Соответственно, рабство являлось жизненно важным экономическим, социальным и правовым институтом Юга, и его требовалось регулировать на законодательном уровне. Во всех южных штатах действовали специально созданные кодексы, содержащие нормы, с помощью которых происходило управление рабами и самим институтом рабством. Разумеется, данные кодексы предоставляли чернокожим крайне ограниченный объём прав.

Фактически хозяин полностью контролировал жизнь своих рабов, поскольку они являлись его собственностью. Их можно было открыто купить, продать, заложить, оставить по завещанию, забрать в уплату долга. Арканзас, Мэриленд и Флорида создали специальные кодексы и сборники прецедентов для работорговцев, призванные облегчить заключение сделок, предметов которых выступали бесправные чернокожие.

Рабы не имели права жениться в соответствии с требованиями действовавшего тогда законодательства, не могли иметь собственность, полностью лишались права на свободу передвижения: так, раб не мог «уходить с плантации без специального разрешения ее покинуть, написанного хозяином».¹ Данная норма взята из кодекса Северной Каролины 1854 г., она является типичной для соответствующих нормативных правовых актов рабовладельческих штатов.

Следует помнить, что рабовладельческое законодательство было также расовым законодательством, согласно которому права любого чернокожего (как раба, так и свободного) были существенно ограничены по сравнению с представителями белого населения. Расовое законодательство (законодательство о расовой сегрегации) получило неофициальное название «Законов Джима Кроу»

¹ Цит. по: Фридмэн Л. Указ. соч. С. 41.

(«Jim Crow laws»), которое – уже после официальной отмены рабства – фактически действовало в Соединённых Штатах Америки более полувека, с 1890 по 1964 гг.

На Севере ситуация обстояла совершенно иначе: там отсутствовало тщательно разработанное рабовладельческое законодательство, а само рабство рассматривалось в первую очередь с моральной и политической точки зрения, а также с позиции взаимоотношений с южными штатами. Так, Юг и Север долго спорили о том, должен ли Север выдавать беглых чернокожих рабов своим хозяевам-южанам. Многие экономические проблемы аграрных рабовладельческих штатов Юга были непонятны жителям Севера, поскольку последние пытались преодолеть собственные экономические трудности (преимущественно торгового и промышленного характера), в свою очередь непонятные южанам. Это оказало колоссальное влияние на право Севера: например, в начале XIX в. суды Нью-Йорка рассматривали большое количество дел о морском и торговом страховании. Южным штатам, разумеется, такие проблемы были неведомы.

Различия между правовыми системами штатов велики и в настоящее время. Они обусловлены климатическими условиями, основным способом производства, главным родом деятельности населения, его национальным и религиозным составом, уровнем политического и экономического развития штата, существующим там общественным строем и многими другими факторами. Так, в западных штатах население преимущественно заинтересовано вопросами управления и использования общественных земель, а также регулированием добычи полезных ископаемых. В Неваде главной отраслью индустрии являются азартные игры, а на Гавайях (бывшее королевство Полинезия) это туризм и курортный отдых. Несмотря на эти и другие принципиальные различия, правовые системы всех штатов (за исключением Луизианы) основываются на американском варианте английского общего права. Тем не менее, во многом американское право является сугубо американским – данный факт бесспорен и естественен.

По этому поводу профессор Л. Фридман пишет: разумеется, каждое государство имеет своё уникальное место в пространстве, свою собственную

историю, свой животный и растительный мир, свои праздники и свой день независимости. Любой аспект общественной жизни неизменно оказывает некоторое влияние на право, применяющееся в данном обществе. Следовательно, в мире не существует и не может существовать двух одинаковых правовых систем. Американское право является уникальным и неповторимым. В то же время оно обладает общими чертами с правом некоторых других государств. Так, американское право заимствовало и до сих пор сохраняет многие черты права Англии. Однако, несмотря на некоторые общие моменты, английская и американская правовые системы существенно различаются. Действительно, если бы американский юрист начал практиковать в Англии без специальной подготовки или хотя бы предпринял попытку читать и понимать решения высших британских судов, он неизбежно столкнулся бы с существенными трудностями. В то же время ему наверняка удалось бы довольно быстро изучить английское право; по сравнению с этим, изучение французского права потребовало бы от него гораздо больших усилий. Разница в законодательстве между отдельными американскими штатами, как ни велика она бывает, всё же гораздо меньшего порядка.¹

На самом деле неудивительно, что правовые системы США и отдельных штатов имеют много общего с правовыми системами других государств. Например, в праве США (как и в праве Швеции) существует подоходный налог. Однако американская правовая система уникальна, и обычай, будучи её формой, занимает в ней определённое место.

Прежде всего, следует отметить, что в американском праве (в отличие от английского права) обычай довольно часто имеет письменную форму. Знаменитый английский юрист Генрих Брэктон, живший в XIII в., оказался прав, отметив в своём трактате «О законах и обычаях Англии» следующий факт: в то время как практически во всех государствах применяются законы и писаное право в целом, в Англии общественные отношения регулируют обычаи и вообще неписаное право. Именно в Англии право сформировалось на основе обычая, который в результате

¹ Фридмэн Л. Указ. соч. С. 42.

применения получил всеобщее признание и одобрение.¹ Несмотря на время, данная мысль вполне применима по отношению к обычаю как форме права США.

Обычай в американском праве зачастую имея письменную форму, и, как следствие, довольно легко трансформируется в статутные или прецедентные нормы. В частности, именно этим объясняется наличие в США так называемых «foolish laws», «stupid laws», «damn laws», «silly laws» («глупых законов»), т.е. нормативных правовых актов, представляющихся глупыми и странными в современных условиях. За каждым из этих статутов стоит определённый прецедент или обычай, зачастую утративший свою актуальность. Так, например, во многих американских штатах (в т.ч. в Западной Вирджинии) животных, погибших в результате аварии на дороге, разрешается забирать домой и употреблять их мясо в пищу. В этих штатах на проезжую часть нередко выбегают олени, их мясо съедобно, а норма данного закона взята из обычного права колонистов. Во многих американских штатах (особенно на Юге) предусмотрена смертная казнь за кражу скота. В Южной Дакоте трое или более индейцев, идущие по улице, могут рассматриваться как военный отряд и могут быть обстреляны или арестованы. Также житель Южной Дакоты, обнаружив пять или более индейцев на территории, находящейся в его собственности, имеет право открыть огонь на поражение. В Пенсильвании на свадьбах запрещается стрелять из ружей, пушек, револьверов и другого огнестрельного оружия, а в Огайо – применять взрывчатые вещества во время рыбалки.² Эти и многие другие нормы статутного права происходят из обычного права и легко объясняются конкретными историческими условиями и элементарными соображениями безопасности.

Также интересен вопрос о том, в каких отраслях американского права применяются обычаи. Разумеется, в первую очередь это конституционное (государственное) право. Сразу оговоримся, что здесь роль обычая не так велика, как в английском праве – это объясняется главным образом тем, что в США, в

¹ Цит. по: Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы. Государство древних франков, англо-саксонское государство, Англия, Германия, Испания, Италия, Франция, Албания, Болгария, Венгрия, Польша, Румыния, Чехия, Югославия. / Под ред. акад. В.М. Корецкого. М., Госюриздат, 1961. С. 143.

² См.: Кромби Д. Самые глупые законы стран мира. М.: «ОАО Издательский дом «Городец», 2008. С. 91-118.

отличие от Англии, существует писаная Конституция и конституционное законодательство, тем не менее, обычай является одной из форм государственного права США. Сейчас значение обычая велико в области функционирования институтов государственной власти. Действительно, многие важные институты конституционного права просто не предусмотрены прецедентным или статутным правом (в т.ч. и Конституцией США) и, соответственно, не могут формироваться и функционировать на его основе. Порядок формирования, сфера властных полномочий, деятельность и многие другие аспекты существования таких институтов государственной власти регулируются обычаями. В качестве примера можно привести политические партии и их парламентские фракции, постоянные комитеты палат Конгресса, кабинет министров и даже администрацию Президента США, наличие которых Конституция вообще не предусматривает. Также действуют обычаи, касающиеся непосредственно Президента США и определяющие его особый статус. Один из них выражается в знаменитой юридической формуле: «Никто не может навязывать Президенту своих людей» («No one can force the President of his people»)¹.

Также обычай является одной из форм уголовного права США. Это обусловлено проживанием в США большого количества представителей разнообразных наций, их обычное право нельзя игнорировать, поэтому в США их обычное право (в т.ч. право эскимосов и индейских племён) признаётся (пусть и в весьма ограниченных пределах, например, на территории резерваций) формой уголовного права.

Итак, мы завершили изучение обычая как формы англосаксонского права. Обычай в семье англосаксонского права представляется нам настоящим юридическим феноменом, который имеет ряд особенных черт, позволяющих отличить его от обычая в романо-германском праве. Также обычай в системе английского и американского права имеет некоторые различия, что позволяет нам

¹ См: Lawrence M. American Law. New York, 1984. P. 172-184; Redlich K., Schwartz B., Attanasio J. Constitutional Law. New York, 1989. P. 227-334; Sauveplanne J. Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislation. New York, 1994. P. 184-232; Glik H. Courts Politics and Justice. New York, 1998. P. 350-379.

говорить о его гибкости и высокой приспособляемости к изменяющимся общественным отношениям.

На основании проведённого исследования обычая как формы англосаксонского права мы предлагаем классификацию обычаев права англосаксонской правовой семьи по следующим общетеоретическим классификационным критериям:

- 1) территории действия – на общенациональные и локальные обычаи;
- 2) сфере применения – на торговые обычаи, трудовые обычаи, наградные обычаи, морские обычаи, судебные обычаи и др.;
- 3) способам правового регулирования – на обычаи-запреты, обычаи-дозволения и обычаи – позитивные обязывания.

Общенациональные обычаи применяются на всей территории того или иного государства, локальные – на территории определённого штата, региона, графства либо иной ограниченной территории (например, индейской резервации). Об англосаксонских обычаях права, классифицируемых по сфере применения, в данной работе уже было сказано довольно много. В качестве примера обычая-запрета можно привести непоявление британского монарха в парламенте; обычая-дозволения – возможность выбора одной из нескольких систем измерения ценных товаров в портах Великобритании и США (староанглийской, староголландской либо староиспанской систем); обычая – позитивного обязывания – процедуру погрузки-выгрузки товаров, регламент работы парламента Великобритании и кабинета министров США, формирование и деятельность политических партий и т.д.

Тем не менее, наше исследование было бы неполным без анализа обычая как формы англосаксонского права в правовых системах основных доминионов и бывших колоний Британской империи. Великобритания создала крупнейшую в мировой истории колониальную империю, следовательно, английское право проникло на все обитаемые континенты, к нему приобщилось огромное количество людей по всему миру. Обычай как форма англосаксонского права также применялся в регионах, весьма отдалённых от Великобритании и сильно отличавшихся от неё.

Он взаимодействовал с местным обычным правом, и взаимное воздействие представляет большой исследовательский интерес и подлежит внимательному изучению. Именно этим мы займёмся в следующем параграфе.

§ 4. Генезис обычая как формы англосаксонского права в правовых системах основных доминионов и бывших колоний Британской империи

Во втором параграфе мы приводили список всех территорий, некогда входивших в состав Британской империи и находившихся от неё в колониальной или иной зависимости. В настоящее время Британской империи не существует, но есть Содружество (Commonwealth; до 1946 г. оно называлось Британское Содружество наций (British Commonwealth of Nations)), представляющее собой добровольное межгосударственное объединение суверенных государств. Сейчас в его состав входят Великобритания и практически все её бывшие колонии, доминионы и протектораты.

16 государств-членов Содружества имеют статус королевств Содружества (Commonwealth realms) и считают королеву Елизавету II своим монархом. При этом Елизавета II является главой каждого из этих государств и носит соответствующий титул. Например, на Фиджи данный титул звучит как «традиционная королева и верховный вождь Фиджи», в Барбадосе – «Её Величество королева Елизавета II, королева Барбадоса» и т.д.

За пределами Великобритании королева по представлению премьер-министра каждого государства-члена Содружества назначает генерал-губернатора, который исполняет роль полномочного представителя монаршей на территории соответствующего государства. Помимо того, королеву также представляют

лейтенант-губернаторы в каждой из провинций Канады и губернаторы каждого из штатов Австралии. Генерал-губернаторы, лейтенант-губернаторы губернаторы являются должностными лицами и обладают фактически всей полнотой власти конституционного монарха и имеют особые королевские прерогативы. Однако на самом деле они осуществляют сугубо церемониальные функции.

Из 16 государств-членов Содружества 14 королевств – бывшие британские колонии, получившие независимость. 3 из 14 королевств (Австралия, Канада и Новая Зеландия) получили независимость в результате ратификации декларации Бальфура в 1926 г. на Имперской конференции и Вестминстерского статута в 1931 г. Канада, Южно-Африканский Союз и Свободное государство Ирландия немедленно получили независимость законодательной власти от Соединённого Королевства, а Австралия и Новая Зеландия ратифицировали статут в 1942 и 1947 гг. соответственно. Статут также затрагивал Ньюфаундленд, но там он ратифицирован не был, и доминион был присоединён к Канаде в 1949 г. Ирландия формально стала республикой в 1949 г., а Южная Африка – в 1961 г.

Другие королевства получили независимость в результате окончания британского правления в Индии, т.н. «ветров перемен» в Африке в 1960-х гг., падения Вест-Индской федерации в 1961 г. и позднее. Последним Королевством Содружества стал Сент-Китс и Невис, получивший независимость в 1983 г.

Ситуация в Папуа – Новой Гвинее перед обретением независимости была несколько сложнее. Папуа – Новая Гвинея была образована в 1975 г. как союз Германской Новой Гвинее, управлявшейся Австралией как мандатная территория, и Британской Новой Гвинеей, заморской территории Великобритании, хотя и управлявшейся из Австралии по поручению Великобритании, которая переименовала её в Папуа в 1905 г. Единственным из Королевств Содружества, не бывшим колонией Великобритании, является, конечно же, сама Великобритания.

Внутри Содружества отсутствует разница в статусе между королевствами и прочими членами, многие из которых являются королевствами со своими

собственными монархами (например, Бруней, Лесото, Малайзия, Свазиленд и Тонга).

На данный момент Содружество насчитывает 16 государств-членов, их полный список приводится ниже:

- 1) Антигуа и Барбуда, с получения независимости в 1981 г.;
- 2) Австралия, с принятия Вестминстерского статута в 1939 г.;
- 3) Багамские Острова, с получения независимости в 1973 г.;
- 4) Барбадос, с получения независимости в 1966 г.;
- 5) Белиз, с получения независимости в 1981 г.;
- 6) Великобритания;
- 7) Гренада, с получения независимости в 1974 г.;
- 8) Канада, с принятия Вестминстерского статута в 1931 г.;
- 9) Новая Зеландия, с принятия Вестминстерского статута в 1947 г.:
 - Острова Кука, самоуправляемое государственное образование в свободной ассоциации с Новой Зеландией,
 - Ниуэ, самоуправляемое государственное образование в свободной ассоциации с Новой Зеландией;
- 10) Папуа — Новая Гвинея, с получения независимости в 1975 г.;
- 11) Сент-Винсент и Гренадины, с получения независимости в 1979 г.;
- 12) Сент-Китс и Невис, с получения независимости в 1983 г.;
- 13) Сент-Люсия, с получения независимости в 1979 г.;
- 14) Соломоновы Острова, с получения независимости в 1978 г.;
- 15) Тувалу, с получения независимости в 1978 г.;
- 16) Ямайка, с получения независимости в 1962 г.¹

Итак, мы видим, на какой огромной территории получило распространение англосаксонское право, в т.ч. и обычай как его неотъемлемая форма. Вопрос о существовании обычая именно как формы англосаксонского права в современном

¹ Королевства Содружества [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Королевства_Содружества (дата обращения: 1.02.2013).

мире и его взаимодействие с национальными обычаями соответствующих государств представляет большой интерес. Однако следует оговориться, что в рамках данного диссертационного исследования не представляется возможным подробно рассмотреть возникновение, развитие и существование обычая как формы англосаксонского права на всех вышеуказанных территориях, поэтому мы вынуждены ограничиться некоторыми из них (в частности – некоторыми государствами Азии, Африки и Ближнего Востока).

Также нельзя забывать о том, что на территориях, куда приходили британские колонизаторы, уже существовали некоторые социальные регуляторы, в т.ч. и обычное право. Поэтому мы непременно исследуем особенности коренного обычного права соответствующих регионов и выясним, насколько оно отличается от обычая как формы англосаксонского права и какое влияние они оказали друг на друга и на общественные отношения в соответствующих государствах.

Начнём с Индии – подлинной жемчужины в короне Британской империи. Индусское обычное право представляет собой одну из наиболее древних правовых систем в истории человечества. До XVI в. оно прекрасно функционировало и успешно регулировало многообразные общественные отношения. Однако в XVI-XVIII вв. в результате мусульманского завоевания Индии местное обычное право значительно ограничивалось и потеряло поддержку государства. Это обусловлено тем, что теперь в государственных судах начали применять мусульманское право.

Тем не менее, мусульманское господство в Индии не было вечным. В конце XVIII в. на смену мусульманским завоевателям пришли британские колонизаторы, которые официально признали индусское обычное право. Для управления колониями англичане разработали и применяли модель «косвенного управления», при которой традиционные местные правовые и властные институты не уничтожались, а приспособлялись к новым условиям и к политике колонизаторов. Р. Давид отмечает, что в колониальной политике Великобритании господствовал принцип, в соответствии с которым английские колонизаторы Индии не пытались распространить на население колоний действие своего национального права.

Британская колониальная администрация охотно разрешала применять по отношению к индусам (особенно в частноправовой сфере) обычное право, знакомого местному населению. Тем не менее, сам факт английского господства сыграл огромную роль в развитии индусского права. В первую очередь отметим, что, в отличие от периода мусульманского господства, в период английского колониального господства индусское право было официально признано, и его авторитет значительно возрос. Когда английские колониальные суды получили право рассматривать споры, затрагивающие интересы местного населения, британцы провозгласили равное значение индусского и мусульманского и права.¹

В то же время британцы ограничили применение индусского обычного права – теперь оно применялось исключительно в частноправовой сфере. В колониальных судах работали пандиты (специалисты в области индусского права), зачастую приговоры либо решения по делу выносились на основе их мнения, базировавшегося на знании местного обычного права. В 1797 и 1833 гг. индусское право кодифицировалось, однако вплоть до 1864 г. колониальные суды применяли индусское право по инерции, приравнивая мнение пандитов к закону. Постепенно в некоторых регионах Индии (в первую очередь на севере и востоке страны) суды при рассмотрении дел стали использовать дескашары – местные обычаи, имевшие сугубо локальный, территориальный характер. Разумеется, правоприменители сталкивались со многими проблемами, существенно усложнявшими юридическую практику, в первую очередь – с некачественными переводами. Зачастую судьи не были согласны с нормами местного обычного права и потому самостоятельно вносили в них изменения. Всё это не могло не отразиться на индусском обычном праве: так, его понятийно-категориальный аппарат был полностью заменён английской юридической терминологией. Также колонизаторы ввели английское доказательственное право (главным образом оно использовалось при регулировании семейно-брачных отношений и института собственности, а также институтов преступления и наказания в уголовном праве).

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 335.

Согласно индусской юридической традиции, обычаи, которые соблюдаются в конкретной семье, клане, касте или даже регионе, являются формой права. Вследствие этого после разрушение колониальной системы и обретения Индией независимости произошёл настоящий ренессанс индусского обычного права. Например, несмотря на официальную отмену касто-варновой системы, в парламенте Индии заседают кшатрии, они же занимают ключевые должности в вооружённых силах и органах исполнительной власти. Президент Индии непременно происходит из касты брахманов – наиболее яркими примерами тому являются Сарвепалли Радхакришнан и Шанкар Даял Шарма. Для рядовых индусов подобное положение дел является абсолютно естественным и нормальным, тем более, что многие из них проживают в сельской местности, до сих пор ведут традиционный образ жизни, занимаются земледелием и скотоводством и ничего не знают об официальной отмене варн и каст.

Другой крупнейшей колонией Британской империей является Австралия. Здесь наибольший интерес для нас представляет обычное право аборигенов, причём наиболее развитым является обычное уголовное право.

Прежде чем анализировать сущность обычного уголовного права австралийских аборигенов, мы должны уяснить следующие важные проблемы:

- 1) проблема классификации конфликтов и преступлений;
- 2) определение способов разрешения конфликтов;
- 3) проблема классификации наказаний.

В традиционном австралийском обществе выделяют два основных вида конфликтов: внешний (характеризующийся открытым столкновением противоборствующих сторон) и внутренний (при котором принятый общественный порядок сохраняется). Внешние конфликты также называются межплеменными преступлениями, к ним относятся следующие деяния: убийство, колдовство, похищение женщин, недозволенное пересечение границ территории другого племени, оскорбление тотемических животных, осквернение священных мест, порча и кража ритуальных предметов и др.

Внутриплеменные преступления также бывают нескольких видов. В первую очередь, по степени тяжести содеянного следует назвать проступки в форме греха, представляющие из себя нарушения священных предписаний. Появление разнообразных сакральных предписаний и запретов обусловлено мифологией австралийских аборигенов. Так, героями австралийских мифов являются некие высшие существа, которые, согласно преданиям, создали мир, сформировали главные общественные институты и провозгласили основные правила поведения. После высших существ в легендах и преданиях аборигенов Австралии появляются тотемические герои, дух каждого из которых помогает конкретному племени или клану. Тотемические герои также принимали активное участие в создании традиционных социальных и правовых институтов, правил поведения и законов аборигенов. Именно по указанным причинам места рождения и последнего отдыха тотемических героев считаются важными священными центрами.¹ К подобным местам, отмечает Т.Г.Х. Штрелов, могут приближаться только посвященные и лишь для отправления специальных церемоний. В любое другое время эти места необходимо избегать под страхом смерти, так как для членов данной тотемической группы они священны («дарагу») и табу («гунбу»)².

Итак, нарушение правил посещения священных мест и незнание мифологии в итоге выливаются в серьезные преступления религиозного характера. Помимо того, преступлением является нарушение правил обрядов, ритуалов и церемоний. Организация ритуальной деятельности аборигенов Австралии крайне сложна, конкретные группы, семьи, племена аборигенов отвечают за совершение отдельных ритуально значимых действий и выполняют обрядовые циклы. На ряд членов группы вообще налагается запрет на участие в какой-либо обрядовой церемонии или даже наблюдение за ней. Этот запрет подкрепляется угрозой наказания и обусловлен полом и возрастом лица, а также видом самого ритуала.

¹ См.: Трикоз Е.Н. Обычное уголовное право аборигенов Австралии (теоретические проблемы исследования) // Право и политика. 2001. № 4. С. 115-119.

² Цит. по: Элиаде М. Религии Австралии. СПб.: «Университетская книга», 1998. С. 93.

Также религиозными преступлениями являются нарушения сакральных предписаний, регулирующих семейно-брачные отношения. Например, если мужчина решился на инцест или похитил женщину из запретной для него брачной группы, наказанием ему была смертная казнь.¹ В данную категорию преступлений входят также насильственное похищение чужой жены (в том числе «похищение» с помощью колдовства и гипноза) и побег жены с другим мужчиной. Если же это всё-таки произошло, то беглецы, согласно требованиям обычного права австралийских племён, должны в первый же день после побега вернуться домой под страхом смерти. В противном случае они становятся преступниками, которым грозит преследование и месть племени.²

Помимо того, религиозными преступлениями являются насильственные или магические действия, направленные против главы племени либо знахаря, соблазнение жён руководителей священных обрядов и, наконец, убийство беременной женщины (данное преступление имеет религиозный характер, поскольку, по мнению аборигенов, в беременной поселяется дух-ребёнок).

Вторая группа внутриплеменных преступлений объединяет преступления в сфере имущественных и социальных отношений (так, к преступлениям в сфере социальных отношений относятся преимущественно проступки против отдельных лиц). Аборигены уделяют большое внимание материальным предметам в целом и, соответственно, институту собственности, особенно частной. Следует помнить, что в тотемических группах к общей собственности относятся только культовые предметы.³

Проступки могут быть «подсудны» совету племени, а могут разрешаться в частном порядке, и между ними наблюдаются некоторые различия. Так, преступлениями, наказуемыми путём общественного «судопроизводства» аборигенов, являются преступления против общественного порядка и органов управления племени. К ним относятся: убийство, колдовство, племенной разбой (то

¹ См.: Локвуд Д. Я – абориген / Пер. с англ.; Отв. ред. В.Р. Кабо. М., 1971. С. 105.

² См.: Берндт Р.М., Берндт К.Х. Мир первых австралийцев / Пер. с англ. М.: Наука, 1981. С. 263.

³ См.: Там же. С. 100.

есть вооружённое нападение на членов племени с целью ограбления либо причинения вреда здоровью), похищение женщин, нарушение правил распределения добычи, разглашение секретов совета племени, неподчинение приказам вождя, покушение на его жизнь и здоровье вождя, серьёзное нарушение норм морали и т.п.¹

В обычном уголовном праве австралийских аборигенов существует институт мести и институт наказания, причём первый имеет своей целью расплату за преступление, а второй – исправление преступления. Тем не менее, у австралийских аборигенов наблюдается различная степень контроля за данными институтами. Например, у ряда племён кровная месть принимает крайне масштабные формы и нередко перерастает в вооруженные групповые столкновения. В то же время в у племён, проживающих на полуострове Арнемленд и ранее соприкоснувшихся с мусульманской культурой, кровная месть не имеет стихийного характера и осуществляется в соответствии со строго установленными правилами.²

В отличие от обычного права аборигенов Австралии, обычное мусульманское право обладает рядом характерных особенностей.

В настоящее время в связи с широким распространением ислама и значительным ростом активности и числа его последователей изучение мусульманского права становится особенно актуальным. Сам процесс исламизации Европы, а также появление в европейских государствах большого количества мусульман, их традиции, модели поведения, духовные и религиозные ценности порождают неоднозначную реакцию и вызывают множество вопросов и со стороны специалистов (культурологов, социологов, юристов, политологов и др.), и со стороны рядовых граждан.

Одни воспринимают это как проявление процессов глобализации. Вторые считают сложившуюся ситуацию расплатой за европейскую колониальную политику. Третьи надеются приобщить мусульман к европейскому образу жизни и рекомендуют проявлять по отношению к ним политкорректность и толерантность.

¹ См.: Трикоз Е.Н. Указ. соч. С. 117.

² См.: Берндт Р.М., Берндт К.Х. Указ. соч. С. 264.

Четвёртые говорят о подлинном арабском завоевании с последующей деградацией (если не ликвидацией) европейской культуры. В то же время факт остаётся фактом: ранее европейские государства никогда не сталкивались с подобной ситуацией. Следовательно, изучение мусульманского права в свете этих событий приобретает особое теоретическое и практическое значение.

Семья мусульманского права весьма специфична и колоритна. Фактически она представляет из себя одну из крупнейших правовых семей на сегодняшней правовой карте мира. Помимо того, семья мусульманского права является единственной сугубо религиозной правовой семьёй, которая сохранилась в чистом виде до наших дней и продолжает успешно функционировать в современном обществе. Сторонники ислама – приверженцы теологической теории происхождения права, согласно которой Аллах даровал право пророку Мухаммеду через архангела Джабраила (в христианстве его зовут Гавриил). Соответственно, религиозный обычай на протяжении всей истории ислама играл и играет огромную роль в возникновении и развитии мусульманского права.

О теократическом характере государств, входящих в мусульманскую правовую семью, в первую очередь говорит система форм права, имеющая ярко выраженный религиозный характер.

Выделяют четыре формы («четыре корня»¹) мусульманского права, среди которых:

- 1) Коран (главная священная книга мусульман);
- 2) Сунна (жизнеописание пророка Мухаммеда);
- 3) иджма (мнения авторитетных исламских правоведов, т.е. юридическая доктрина);
- 4) кийяс (применение права по аналогии).²

Во многом ислам предполагает традиционный образ жизни. Изначально он получил распространение именно в традиционных обществах. Знаменитый

¹ Об учении «четырёх корней» см.: Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. Т. 1. Основы. / Пер. с нем. М.: Международ. отношения, 2010. С. 301-305.

² См.: Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986. С. 65-99.

специалист в сфере сравнительного правоведения А.Х. Саидов отличительной чертой мусульманского права считает «... его ... тесное взаимодействие с местными традициями и обычаями (нередко доисламскими и не совпадающими со строгими положениями шариата).¹ Следовательно, влияние обычая и на вышеуказанные формы права (особенно на иджму и кийяс), и на мусульманское право в целом действительно значительно. Это объясняется следующим:

- каждая мусульманская община и каждое племя, населявшие Аравийский полуостров, имели свои обычаи, которые регулировали порядок возмещения ущерба, наследования имущества, заключения браков, разрешения споров и д.р.;

- возникновение, развитие и существование Арабского халифата были невозможны без наличия и применения разных обычаев (особенно имеющих правовой характер) многочисленных этнических и религиозных общностей;

- исламские юридические школы – мазхабы (суннитские и шиитские) – во многом опирались на действовавшее в конкретный исторический период обычное право. Мнения авторитетных правоведов и богословов во многом основывались на практике применения обычного права.²

В мусульманском праве обычай называется адатом. В настоящее время адаты представляют собой обычаи доисламских правовых комплексов и реалии правовой жизни, не отражённые в шариате (официальной правовой системе ислама).

В соответствии с традициями мусульманских общин судопроизводство на основе норм адата осуществляли родовые старейшины. В современных исламских государствах нормы адатов в практической деятельности доступны для неограниченного применения исключительно хакяму – третейскому судье, главная задача которого – привести стороны к мировому соглашению. Правительственный же чиновник или кади (духовный судья) могут применять адаты крайне редко и только если нормы адаты не противоречат общему духу шариата.³

¹ Саидов А.Х. Указ. соч. С. 308-309.

² Кича М.В. Роль и значение обычая в мусульманской правовой семье. Юридическая наука. 2013. № 1. С. 8-10.

³ См.: Ислам. Энциклопедический словарь. М.: Наука, Главная редакция восточной литературы, 1991. С. 13.

Ряд исследователей склонен воспринимать адаты и шариат как неформальную и формальную системы норм и даже противопоставлять их друг другу. Однако необходимо учитывать, что адаты и шариат имеют некоторые схожие черты. Например, в ходе истории обычное право Мекки и Медины, а также их окрестностей существенно повлияло на появление и развитие шариатских норм.

Тем не менее, адаты и шариат имеют и принципиальные отличия. Адаты преимущественно регулировали многие важнейшие традиционные институты мусульманского права (среди которых кровная месть¹ и кража невест). Шариат же санкционировал общественные отношения в гражданско-правовой сфере, причём в основном в области вещного, договорного, наследственного и земельного права.² Приведённые выше факты свидетельствуют о том, что в ряде исламских государств нормы адатов и шариата существуют и применяются параллельно. При этом нормы адатов отнюдь не всегда соответствуют шариату, а в некоторых случаях противоречат ему.³ Данная ситуация обусловлена рядом факторов, в числе которых:

- поверхностная исламизация населения с последующим недостаточным авторитетом шариатских судов или его полным отсутствием⁴;
- неразвитость правовой системы, порождающая сохранение населением родоплеменных отношений и древних правовых представлений;
- сохранение населением привычных правовых норм после принятия ислама (при условии развитости правовой системы до принятия ислама⁵).

Примером выступают матриархальные обычаи туарегов (в том числе наследование по женской линии), семейно-брачное обычное право мусульман

¹ См.: Зюков А.М. Кровная месть: внеправовой обычай и государственно-правовая политика. Владимир: ИП Журавлёва, 2009. С. 8-60.

² См.: Ислам. Энциклопедический словарь. М.: Наука, Главная редакция восточной литературы, 1991. С. 13; Адат [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: <http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Адат> (дата обращения: 25.01.2013).

³ Подробнее о взаимодействии норм адатов и шариата см.: Абдуллаева П.А. Теоретико-исторические аспекты возникновения и развития обычного права народов Дагестана: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.01. Махачкала, 2006. С. 97-112.

⁴ См.: Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие: теоретические основы и практика // Отечественные записки: Правосудие в России. 2003. №2. С. 328-336.

⁵ См.: Ислам. Энциклопедический словарь. М.: Наука, Главная редакция восточной литературы, 1991. С. 13.

Центральной Африки¹, обычаи кровной мести и иных кровных обязательств у народов Северного Кавказа² и т.д.

Таким образом, адат – это совокупность обычаев и юридической практики в самых разных сферах семейно-брачных, договорных, имущественных и прочих отношений.³ Например, процедура развода (именуемая в мусульманском праве «трёхкратный талак»⁴) предельно проста и санкционирована нормами обычного права. Муж должен безо всяких объяснений три раза сказать жене: «Ты для меня не жена» или «Клянусь Аллахом, твоя спина для меня как спина моей матери», и развод считается состоявшимся.⁵ В гражданском праве причинённый материальный ущерб в соответствии с адатами подлежит возмещению не только деньгами, но и установленным количеством голов скота (верблюдами, лошадьми, быками, коровами, мулами, козами, овцами и др.). Заключение сделок и изменение их условий, исполнение и прекращение обязательств, размер приданого и наследства, раздел земельных участков также регулируются на основе адатов.

Также нормы адата часто применяются в сфере публичного, особенно – уголовного права. Яркий пример тому – уголовный кодекс Ирана или, как полностью звучит его название, Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской республики Иран.

Проведя анализ положений данного нормативного правового акта, мы заключаем, что нормы и требования обычая подлежат активному применению в современном уголовном законодательстве многих исламских государств и санкционируют большинство основополагающих положений и институтов

¹ См.: Муромцев Г.И. Мусульманское право и правовые системы государств Африки, избравших некапиталистический путь развития // Правоведение. 1968. № 3. С. 135-138.

² См.: Хашаев Х.М. Шарият, адат и преступления, составляющие пережитки родового быта в Дагестане: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 1949. 24 с.

³ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. - 2-е изд., перераб. и доп. - М., 2000. [Электронный ресурс] URL: <http://www.dic.academic.ru/dic.nsf/lower/12788> (дата обращения: 25.01.2013).

⁴ Али-заде А.А. Исламский энциклопедический словарь. [Электронный ресурс] URL: <http://islamicencyclopedia.narod.ru/articles/752.html> (дата обращения: 28.01.2013).

⁵ См.: Власов В.И., Власова Г.Б., Денисенко С.В. Основы сравнительного правоведения: учебное пособие для высших юридических учебных заведений и факультетов / отв. ред. проф. В.И. Власов. М.: Вузовская книга, 2012. С. 160.

уголовного права.¹ Среди них, в частности, институт наказания, который предполагает возмездие (кисас), т.е. наказание, назначаемое виновному лицу за преступление против жизни и здоровья и равноценное вреду, причинённому этим преступлением (ст. 12, 14).² На практике это означает отсечение либо повреждение соответствующего органа тела преступника. Таким образом, находит своё воплощение принцип талиона – «око за око, зуб за зуб». Например, в соответствии ст. 283, в случае причинения телесного повреждения в виде лишения способности зрения или органа зрения виновное лицо подвергается возмездию, даже если у него имеется только один глаз; при этом никакая материальная компенсация ему не предоставляется.³ Повреждение языка или губы подлежит наказанию в виде возмездия с соблюдением необходимых условий принципов соразмерности и равного местоположения (ст. 290).⁴

Помимо того, нормы адатов подробным образом регулируют процесс исполнения наказания. В ст. 100 говорится о том, что при исполнении нормированного наказания в виде бичевания наказуемое лицо мужского пола должно находиться в стоящем положении и из одежды иметь на себе только ту, что закрывает гениталии. Удары кнута наносятся с силой по всему телу за исключением головы, лица и гениталий. Наказуемое лицо женского пола при исполнении того же наказания должно находиться в сидячем положении и иметь на себе одежду, закрывающую всё тело.⁵ При исполнении наказания в виде побития камнями наказуемое лицо мужского пола должно быть закопано в землю по пояс, а наказуемое лицо женского пола – по грудь (ст. 102).⁶ Камни должны быть достаточно крупными, но не должны достигать таких размеров, при которых смерть

¹ См.: Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское уголовное право: Теоретические основы и современная практика // Современное уголовное право и криминология. Сборник научных трудов. М.: Изд-во ИНИОН РАН, 2007. С. 80-106.

² См.: Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской республики Иран / Научное редактирование А.И. Ахани. Предисловие заместителя Председателя Государственной Думы РФ Ю.Н. Волкова. Перевод с персидского М.С. Пелевина. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 43.

³ См.: Там же. С. 152.

⁴ См.: Там же. С. 154.

⁵ См.: Там же. С. 83.

⁶ См.: Там же. С. 84.

осуждённого лица может наступить в результате одного или двух ударов ими (ст. 104).¹

Нормы адатов закрепляют способы установления факта совершения преступления в суде. В первую очередь к ним относится признание лица. Например, для установления факта мужеложства (ст. 114)² либо прелюбодеяния (ст. 68)³ необходимо четырёхкратное признание, для установления факта сводничества (ст. 136) – двукратное.⁴ Кроме того, факт совершения преступления устанавливается с помощью свидетельских показаний. Для разных составов преступлений необходимы свидетельства разного количества людей. Так, для установления факта прелюбодеяния требуются свидетельства четырёх мужчин высокой репутации или трёх мужчин высокой репутации и двух женщин (ст. 74).⁵ Факт умышленного убийства устанавливается свидетельством двух мужчин высокой репутации, факт квазиумышленного или случайного убийства – свидетельством двух мужчин высокой репутации, или свидетельством одного мужчины высокой репутации и двух женщин высокой репутации, или свидетельством одного мужчины высокой репутации и клятвой истца (ст. 237).⁶

Индивидуальная и коллективная клятва является ещё одним институтом мусульманского уголовного права, который основан на обычно-правовой практике и широко применяется для установления и подтверждения тех или иных юридических фактов (в том числе факта совершения преступления, факта кровного родства и др.), подтверждения в процессе дачи свидетельских показаний, исследования доказательств и т.д. (ст. 239 – 256).⁷ Так, в соответствии со ст. 253, в случае квазиумышленного или случайного убийства коллективная клятва включает

¹ См.: Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской республики Иран / Научное редактирование А.И. Ахани. Предисловие заместителя Председателя Государственной Думы РФ Ю.Н. Волкова. Перевод с персидского М.С. Пелевина. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 84-85.

² См.: Там же. С. 88.

³ См.: Там же. С. 74.

⁴ См.: Там же. С. 93.

⁵ См.: Там же. С. 75.

⁶ См.: Там же. С. 133.

⁷ См.: Там же. С. 134-141.

двадцать пять индивидуальных клятв, которые приносятся в установленном уголовным законом порядке.¹

Помимо того, в кодексе закреплены нормы, в которых содержится прямая отсылка к обычно-правовой практике. Например, согласно ст. 49, устанавливающей пределы уголовной ответственности малолетних детей, при необходимости телесного наказания ребёнка, совершившего правонарушение, такое наказание должно быть заведомо целесообразным и не превышать обычных пределов.²

Итак, мы видим, что разнообразные и многочисленные адаты традиционно имеют большое значение в мусульманской правовой семье. Они занимают определённое место в основных отраслях частного и публичного права и, безусловно, оказывают влияние на основные формы мусульманского права, особенно на иджму и кийяс.

Описанное выше положение обычая в системе форм современного мусульманского права является примерно одинаковым в правовых системах большинства исламских государств, в т.ч. бывших колоний Великобритании.

По этому же принципу мы приступаем к исследованию обычая в африканских государствах – роль обычая в семье обычного права типична также для большинства бывших британских колоний в Африке.

Рассматривая значение обычая в семье обычного права, мы имеем в виду территории Африки к югу от Сахары, а также Мадагаскар. Проживающие на данных землях племена всегда соблюдали многочисленные и разнообразные обычно-правовые нормы. При этом национальный и этнический состав населения был далеко не однороден, например, во Французской Экваториальной Африке и Конго проживало около 1500 народностей. В одном Судане их было 579, в Английской Западной Африке – 200, на Мадагаскаре – 19.³ Здесь обычай представлял собой основной (а в некоторых случаях и единственный) регулятор общественных

¹ См.: Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской республики Иран / Научное редактирование А.И. Ахани. Предисловие заместителя Председателя Государственной Думы РФ Ю.Н. Волкова. Перевод с персидского М.С. Пелевина. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. С. 140.

² См.: Там же. С. 64.

³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 426.

отношений. Нормы обычного права соблюдались африканцами добровольно, что во многом объяснялось мифологическим сознанием местных жителей. Они верили, что мир населяют разные сверхъестественные создания и сущности, например, духи предков. Обычаи в рамках общины, этнической группы либо местности практически не отличались друг от друга, но зачастую имели существенно отличия от обычаев иного племени или региона. Поэтому учёные иногда размышляют над тем, можно ли вообще говорить о едином обычном праве Африки и Мадагаскара?¹

Английский исследователь, профессор Эллот отвечает на данный вопрос утвердительно. По его мнению, правовые системы Африки весьма схожи друг с другом, особенно в плане институтов, принципов, процесса и техники. Данное сходство позволяет предположить, что правовые системы Африки составляют одну правовую семью, при этом их общий предок неизвестен.²

Действительно, несмотря на различия между африканскими и мальгашскими обычаями, для них характерны некоторые общие черты. Например, одной из них является следующая: субъектами обычного права экваториальной Африки и Мадагаскара являются не отдельные индивиды, а их объединения – племена, семьи, трибы, общины, касты и др. Сам индивид не мыслится отдельно от них, он всегда является частью того или иного объединения и не может действовать либо принимать решения самостоятельно. Тем не менее, обязанностям индивида уделяется большое внимание, что и обуславливает привязку обязательственного и имущественного права к статусу личности, их неотделимость от личных прав индивида.³

Также нельзя забывать, что большинство европейских и североамериканских правовых норм, институтов и явлений противоречат традиционному образу жизни населения Экваториальной Африки и Мадагаскара или же приобретают здесь другой смысл. Например, приданое в Африке и на Мадагаскаре не имеет ничего

¹ См.: Allait A. African Law. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1968. P. 128-130; Derret J. An Introduction to Legal Systems. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1972. P. 124-127.

² Allait A. Op. cit. P. 131.

³ Derret J. Op. cit. P. 147.

общего с приданным как институтом римского права; брак рассматривается как союз двух деревень, племён либо семей, а не двух людей; индивид не мыслится собственником земли, которая принадлежит не только и не столько ему, сколько всему племени, а также прошлым и грядущим поколениям; к договорам купли-продажи недвижимости отношение крайне негативное; идея трудового договора, по которому одна сторона получает плату от другой стороны за выполненную работу, также немыслима, ибо труд является неотъемлемым элементом традиционного уклада жизни, и плата за него не предусмотрена, и т.д.

Само понимание права у народов Африки и Мадагаскара является предельно широким и кардинально отличается от европейского. Так, Г.В. Мальцев приводит следующий перечень значений, которые жители Экваториальной Африки и Мадагаскара вкладывают в понятие права:

- обычай, традиционное обращение, манера, привычка, внутреннее пристрастие или техническая форма ремесла;
- специально установленные правила и указания племенных или родовых советов;
- решения племенных или родовых советов, действующих в качестве судов по разбору частных споров;
- указания лиц, облечённых властью, своим подчинённым;
- традиционные нормы и институты, признаваемые многими племенами, так называемые законы племён (или наций);
- общие идеи о справедливости, праве и честности, равенстве и истинности, которые должны быть известны вождям и судьям и которые называются «законами человечества или бога»;
- определённые моральные послышки относительно приличных отношений между людьми, одни из них – общие для всех людей («законы человечества»), другие приняты в обращении со своими;

- законы человеческой природы «законы бога», имеющие моральное значение и нарушаемые не только аморальным действием, но и мыслью о таковом.¹

Оговоримся, что в африканском и мальгашском праве отсутствует деление на гражданское и уголовное, частное и публичное. Вследствие этого некоторые европейские авторы полагают, что в Экваториальной Африке и на Мадагаскаре право отсутствует как таковое, а обычное право должно изучаться антропологами, а не юристами.²

Вместе с тем, обычаев существует огромное количество, они крайне запутаны и не систематизированы, соответственно, западные юристы при их изучении столкнулись с многочисленными и труднопреодолимыми проблемами. Большинство из этих проблем было вызвано тем, что в Экваториальной Африке и на Мадагаскаре юридическая терминология как таковая отсутствовала, требуемого понятийно-категориального аппарата попросту не существовало. Предпринятые попытки исследовать и понять местные обычаи с использованием европейской и североамериканской юридической лексики привели к существенной деформации и потере смысла многих норм обычного права.

Помимо того, огромной проблемой стало даже выявление обычаев. Дело в том, что обычаи передавались из поколения в поколение в устной форме, поэтому проблематично было выяснить, каким именно образом, в каких конкретных ситуациях и как часто реально использовался какой-либо обычай. В связи с этим Р. Давид и К. Жоффре-Спинози отмечают, что у туземцев нет ни одного памятника письменного права, опираясь на который можно было бы сформулировать какие-либо общие принципы, да и вообще научиться ориентироваться в запутанном лабиринте обычаев. Обычай в Африке до сих пор остаётся устным. Законы и кодексы Мадагаскара не являются исключением; они имеют казуальный характер и

¹ См.: Проблемы теории права и государства: Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В.С. Нерсеянца. М.: Норма, 2004. С. 107.

² См.: Allait A. *Essays in African Law*. London, Sweet & Maxwell Ltd; 1960. P. 112-143; Gluckman M. *Politics, Law and Ritual in Tribae Society*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1965. P. 112; Gluckman M. *The Ideas in Barotse Jurisprudence*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1965. P. 94, 117.

закрепляют только некоторые простые правила и частные решения регламентарного характера.¹

В то же время в Экваториальной Африке и на Мадагаскаре действовали суды и судьи, их основной функцией была не правосстановительная или правоприменительная, а примирительная, медиативная. Английский учёный М. Глукмен объясняет это отсутствием действенного механизма исполнения решений, отмечая, что решение, основанное на властных началах, как правило, остаётся бездейственным.² Подобная ситуация характерна для слаборазвитых, закрытых, корпоративных обществ, влияние на которые извне сведено к минимуму либо вовсе отсутствует.³

Тем не менее, на Африку и Мадагаскар ещё до колонизации оказали существенное влияние две мировые религии – христианство и ислам. Например, Эфиопия стала христианской страной ещё в IV.⁴ Исламизация началась в XI в., но большинство жителей Западной Африки и Сомали приняли ислам в XIV-XV вв. Активное распространение христианства в Африке и на Мадагаскаре в XIX в. обусловлено с появлением колонизаторов.⁵

Разумеется, христианство и ислам в большой степени повлияли на африканское и мальгашское обычное право. Данное влияние преимущественно проявлялось в том, что «...обычай, даже если им и продолжали по-прежнему следовать, потеряли в глазах населения былую неразрывную связь со сверхъестественными силами. Вместо того, чтобы казаться данным миропорядком, они стали лишь признаком несовершенного общества. Люди продолжали жить так же, как и ранее; у них не имелось достаточно мужества для перестройки, но они знали отныне, что живут не по Божьим законам, не по «праву».⁶

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 429.

² См.: Gluckman M. *The Ideas in Barotse Jurisprudence*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1965. P. 137-152; Gluckman M. *Legal Aspects in Development in Africa*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1966. P. 59-73.

³ См.: Anderson J.N.D. *Changing Law in Developing Countries*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1965. P. 157-162.

⁴ См.: David R. *Civil Code for Ethiopia*. New York, 1964. P. 27-49.

⁵ См.: Anderson J.N.D. *Islamic Law in Africa*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1970. P. 18-47.

⁶ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 430-431.

Естественно, наибольшее влияние на обычное право Африки и Мадагаскара оказали европейские колонизаторы из Испании, Португалии, Великобритании, Франции. Они неоднократно предпринимали попытки по созданию сборников местного обычного права. Так, французской колониальной администрации удалось сформировать примерно 150 подобных сборников. Закрепленные в них нормы и требования обычного права стали объектом пристального изучения историков, антропологов, культурологов, этнографов и юристов.¹ В общем, работа колонизаторов с обычным правом Экваториальной Африки и Мадагаскара проводилась по следующим направлениям:

- новая интерпретация обычаев;
- запись обычаев;
- кодификация обычного права.²

Конечно, в таких условиях (и во многом благодаря вышеописанной деятельности европейских колонизаторов) местное обычное право неизбежно претерпевало серьёзные изменения. Большинство жестоких способов обращения и наказания, принятых в обычном праве, категорически запрещалось колонизаторами под угрозой применения санкций. Старые местные органы управления либо уничтожались либо подвергались реорганизации и непременно контролировались колониальной администрацией. Новые местные управленческие органы и структуры формировались исключительно в соответствии с европейским опытом и по европейским моделям. Именно так были реформированы старые африканские и мальгашские суды, выносящие приговоры и решения на основе обычного права. В колониях создавалась инфраструктура, организовывались многочисленные службы (медицинские, почтовые, образовательные, торговые, строительные, коммунальные, полицейские, финансовые), проводились общественные работы. Всё это не могло

¹ См.: Синицына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. История изучения. Кодексы обычного права. М.: Наука, 1989. 311 с.

² См.: Рулан Н. Юридическая антропология. Учебник для вузов. Перевод с франц. Ответственный редактор – член-корр. РАН, доктор юридических наук, профессор В.С. Нерсесянц. М.: Издательство НОРМА, 1999. С. 198-201.

регулироваться с помощью одного только обычного права. Таким образом, его сфера действия существенно ограничивалась.¹

Колонизаторы привезли в Африку и на Мадагаскар свои законы, правовые институты, различные модели управления, которые после распада колониальных империй были заимствованы руководителями получивших независимость туземных государств. Практически во всех отраслях права приходилось вводить европейское законодательство, обычное право здесь не могло предложить никаких норм, институтов или юридических конструкций. Прежде всего, это касается морского, торгового, трудового, патентного, акционерного права. Действия колониальной администрации во многом носили цивилизационный характер, их нормальным и ожидаемым результатом представлялась ассимиляция. Происходила рецепция современного западноевропейского права, обычное право рассматривалось колонизаторами как недостаточно развитое, примитивное и, следовательно, неэффективное. Однако искоренить обычное право полностью не удалось, оно претерпело значительные изменения, и произошло то, что учёные называют «эволюцией обычного права».²

После распада колониальных империй колонии получили независимость, и тогда получило распространение качественно новое отношение к традиционному праву. Деколонизацию сопровождали многочисленные декларации о необходимости сохранения обычного права и о его большой роли в регулировании общественных отношений. В принципе, это явилось предсказуемой реакцией на презрительное отношение к обычному праву в колониальный период.³ В частности, на Мадагаскаре в 1957 г. и в Танганьике в 1961 г. законодательные органы государственной власти вынесли решение о кодификации норм обычного права. В Нигерии местные представительные органы и специально созданные комиссии (получившие название

¹ Подробнее о возможных вариациях соотношения местного права с колонизаторским см.: Morse B.W. *Indigenous Law and State Legal Systems: Conflict and Compatibility*. Dordrecht, 1988. P. 101-120.

² См.: Allait A. *Essays in African Law*. London, Sweet & Maxwell Ltd; 1960. P. 279-284; Cotran E. *The Place and Future of Customary Law in East Africa*. Chicago, 1970. P. 77-80; Gluckman M. *Ideas and Procedures in African Customary Law*. London, Sweet & Maxwell Ltd, 1969. P. 164-182.

³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 440.

«региональных ассамблей») приступили к подготовке сборника обычного права, обеспечивавшего закреплённым в нём обычаям реализацию путём применения принудительной силы государства. Помимо того, Фонд Наффильда и Школа восточных и африканских исследований Лондонского университета активно поддерживали систематизацию обычного права некоторых африканских государств и издание соответствующих сборников, среди которых – сборники по наследственному праву Кении (1968-1969 гг.), наследственному, семейному, обязательственному и вещному праву Малави (1970-1971 гг.), семейному праву Ботсваны (1972 г.).

По мнению выдающегося французского юриста, специалиста в области юридической антропологии Норбера Рулана, право большинства африканских государств после распада колониальной системы подразделяется на следующие категории:

1) традиционное право, которое используется местным населением в доколониальный период. В послеколониальный период роль традиционного права постоянно уменьшается, однако оно всё ещё по-прежнему существует. Его применению препятствуют многие объективные факторы, в числе которых: налоги, обращение населения в другую религию, миграционные процессы, влияние более развитых правовых систем и др.;

2) обычное право, которое появляется в колониальный период и представляет собой результат изменения традиционного права колонизаторами. Генезис обычного права обусловлен появлением денег, развитием торговли, а также их существенным воздействием на общественные отношения. Резко возрастает количество участников торгового оборота, общественные отношения начинают быстро развиваться и становятся более сложными, появляются совершенно новые причины споров и конфликтов, которые не предусматривались старыми социальными регуляторами;

3) местное право, которое является разновидностью изменения традиционного права под воздействием законодательной и управленческой

деятельности государства (в частности, государства-колонизатора). Местное право имеет сугубо локальный характер и используется местными органами власти. Являясь по сути государственным, оно одновременно содействует восстановлению экзогенных правовых институтов в плоскости правопонимания и правовой жизни на местах;

4) народное право, которое довольно сложно определить, поскольку оно является достаточно размытым понятием. Народное право имеет неофициальный характер и потому плохо изучено. Оно складывается вне государственного аппарата – в городах и сельских общинах и объединяет в себе элементы различных правовых систем. В последней характеристике заключается принципиальное отличие народного права от традиционного права.¹

На практике влияние обычая на любой из вышеуказанных элементов правовой системы довольно велико. Однако отношение к обычаю как форме права в современных государствах Африки и Мадагаскара довольно спорно и неоднозначно. С одной стороны, экономическое, социальное и политическое развитие данных государств, провозглашение и обеспечение прав и свобод личности, рецепция многих западных правовых ценностей, принципов, институтов, конструкций, понятий и категорий означают ликвидацию многих обычаев и фактическое существенное ограничение сферы применения обычного права. Те же обычаи, которые могут осуществлять правовое регулирование в изменившихся условиях, должны быть изменены соответствующим образом.

С другой стороны, при осуществлении юридической практики обычаю по-прежнему отдаётся предпочтение перед всеми остальными формами права, которые воспринимаются как «навязанные» европейскими колонизаторами. Позиции обычая достаточно сильны, многие традиционные явления, например, полигамия, запрещены законом, но фактически существуют. Исследователи отмечают, что от 80 до 90 % населения продолжают жить, как жили их предки, вопреки процессам

¹ См.: Рулан Н. Указ. соч. С. 208-211; Супатаев М.А. Право в современной Африке (основные черты и тенденции развития): монография. М.: Наука, 1989. 175 с.

модернизации. Они попросту не воспринимают нововведения. Особенно это касается деревенских жителей, крестьян.¹

Таким образом, исследовав обычай как форму англосаксонского права в правовых системах бывших колоний Великобритании в Азии, Африке и на Ближнем Востоке, а также проанализировав его взаимодействие с национальным обычным правом, мы приходим к следующим выводам.

Британские колонизаторы сделали многое для изменения самой сущности права (в т.ч. обычного права) ряда современных независимых государств Азии, Африки и Ближнего Востока. Колониальная администрация запретила наиболее жестокие обычаи (например, запрет на неполучение женщиной наследства и закапывание жены во время похорон с телом умершего мужа в Индии; каннибализм, болезненные и унижающие человеческое достоинство обряды инициации в африканских колониях; смертную казнь путём побития камнями в колониях на Ближнем Востоке), некоторые из этих запретов действуют в настоящее время.

Будучи европейским, обычное право колонизаторов имело гуманистическую направленность, которая, в свою очередь, прививалась жителям колоний. Так, многие законодательные нормы, закрепляющие защиту коренного населения ряда бывших колоний Великобритании (в т.ч. североамериканских индейцев в Канаде, аборигенов в Австралии, малочисленных племён Новой Зеландии) напрямую происходят от обычаев колониального управления, широко применявшихся британской администрацией.

После обретения независимости бывшие колонии не пожелали отказаться от большинства правовых институтов, нормативных правовых актов и законодательных новелл, привнесённых колонизаторами, поэтому влияние обычая как формы англосаксонского права на внутригосударственное право бывших колоний и основных доминионов Великобритании до сих пор сохраняется.

¹ См.: Ollenu N.A. The Structure of African Judicial Authority and Problems of Evidence and Proof in Traditional Courts. London, 1969. P. 147-176.

Наибольшие изменения затронули национальное обычное право в сфере наследственного, деликтного, уголовного и уголовно-исполнительного права, а также государственного управления и административного устройства. Также большую роль сыграли привнесённые в ряд государств английские судебные обычаи: они так или иначе существуют и применяются в большинстве бывших колоний и обуславливают статус и полномочия судей, права и обязанности сторон судебного разбирательства, систему доказательств и доказывание, порядок формирования и участие в процессе присяжных заседателей, прочие процессуальные аспекты.

В соответствии с применением обычаев Англии предлагается разделить правовые системы бывших колоний на три группы:

- 1) правовые системы, в которых обычное право Англии применяется в публичном и частном праве (США, Ямайка, Мальта, Новая Зеландия, Австралия, Уганда);
- 2) правовые системы, в которых обычное право Англии применяется только в публичном праве (Индия, Палестина, Малайзия, Мьянма, Сингапур);
- 3) правовые системы, в которых обычное право Англии не применяется (Египет, Кувейт, Катар, Бахрейн, Афганистан, Оман, ОАЭ, Иордания, Ботсвана, Кения, Намибия).

Завершая исследование обычая как формы права в англосаксонской правовой семье, мы должны рассмотреть обычай как форму англосаксонского права в условиях смешанных правовых систем (в т.ч. Шотландии, ЮАР, Израиля, Квебека и Луизианы), а также его взаимодействие с местными обычаями этих государств и регионов. Об этом речь пойдёт в следующем параграфе.

§ 5. Обычай как форма англосаксонского права в смешанных правовых системах (на примере Квебека, Луизианы, Шотландии, Израиля, ЮАР)

Говоря о правовых системах Шотландии, ЮАР, Израиля, Квебека и Луизианы, необходимо понимать, что каждая из них тесным образом связана с англосаксонской правовой семьёй. Так, Шотландия является частью Великобритании, Южно-Африканская Республика – бывшая британская колония, Квебек – провинция Канады, Луизиана – штат США (Канада и колонии США также были колониями Великобритании), а Израиль намеренно заимствовал у ведущих правовых семей (в т.ч. и у англосаксонской) различные формы права. Смешанными же вышеназванные правовые системы называются, потому что, помимо англосаксонского, испытали на себе влияние ещё какого-либо права, в частности – французского, голландского и религиозного (особенно исламского и иудейского).

По сути, смешанные правовые системы (Mixed Legal Systems) представляют собой сочетание отдельных институтов и элементов романо-германского, англосаксонского (общего) права, религиозных правовых систем и обычного права.¹ Обычай прекрасно вписывается в систему форм права смешанных правовых систем и является одной из её существенных составляющих. Так, большинство норм гражданских кодексов государств, имеющих смешанную правовую систему, возникло именно из обычаев. Обычай как форма права необходим в тех регионах, где роль традиционных способов регулирования общественных отношений по-прежнему довольно велика. Это может быть обусловлено различными факторами: географическим расположением, сохранением традиционного уклада жизни, замедленным экономическим развитием, низкой степенью урбанизации и индустриализации, высоким уровнем религиозности населения, недоверием к

¹ О смешении элементов различных правовых систем см.: Рудоквас А.Д. Неопандектистика и европейское право (Вступительное слово к дискуссии) // Древнее право. *Ius antiquum*. 2005. №1 (15). С. 146-155.

органам и должностным лицам государственной власти (в том числе судебным), правовым нигилизмом, значительным преобладанием сельского населения над городским, культурными и историческими традициями, политическими событиями и др. Регулирование общественных отношений в подобных условиях невозможно эффективно осуществлять исключительно с помощью законодательства, необходимо применять те правовые механизмы, к которым население привыкло и которым доверяет. Поэтому в смешанных правовых системах обычай прочно занял своё место в иерархии форм права.

Правовые системы Шотландии¹, канадской провинции Квебек², американского штата Луизиана³, Южно-Африканской Республики (ЮАР)⁴ и Израиля⁵ являются, пожалуй, наиболее известными и показательными смешанными правовыми системами. В числе прочих смешанных правовых систем можно назвать правовые системы Индонезии, Филиппин, Танзании, Гамбии, Свазиленда, Зимбабве, Кипра, Гайаны, Сент-Люсии, Тринидада и Тобаго, Маврикия, Сейшельских островов и многие другие.

Некоторые исследователи относят к смешанным правовым системам также современные правовые системы Японии и Китая (поскольку роль обычая там до сих пор значительна, как следствие процесса вестернизации присутствуют элементы и институты романо-германского и социалистического права, но отношение к

¹ См.: Elgar E. *Encyclopedia of Comparative Law* / Ed. by Jan M. Smits. Library of Congress Cataloguing in Publication Data. Cheltenham, Northampton, 2006. P. 642-652; *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* / ed. R. Zimmermann, K. Reid, D. Visser. Oxford, 2005. P. 287-294; *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays* / ed. D.L.C. Miller, R. Zimmermann. Duncker & Humbolt. Berlin, 1997. P. 87-101; Zimmermann R. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*. Oxford, 2001. P. 104-114.

² См.: Саидов А.Х. Указ. соч. С. 347-348.

³ См.: Yiannopolus, A.N. *Jurisprudence and Doctrine in Louisiana and France* // *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions*. Louisiane, 1974. P. 129-172; Саидов А.Х. Указ. соч. С. 348-349;

⁴ См.: Elgar, E. *Op. cit.* P. 667-670; *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* / ed. R. Zimmermann, K. Reid, D. Visser. Oxford, 2005. P. 666-689; Zimmermann R. *Op. cit.* P. 129-137.

⁵ См.: Elgar, E. *Op. cit.* P. 348-351; Саидов А.Х. Указ. соч. С. 349-354; Элон М. *Еврейское право* / Под общ. ред. д.ю.н., проф. И.Ю. Козлихина; науч. ред. И. Менделевич, М. Левинов; пер. с иврита А. Белова (Элинсона), М. Китросской; науч. консультанты Я. Айзенштат, А. Стриковский. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. С. 30-34; *Правовая система Израиля* [Электронный ресурс]: ЕЖеВика – Еврейская Живая Вики-энциклопедия по еврейским и израильским темам. URL: http://www.ejwiki.org/wiki/Правовая_система_Израиля (дата обращения: 30.01.2013).

позитивному праву остаётся крайне негативным)¹, а также Индии (так как традиционное индусское право по-прежнему существует, однако его сфера действия существенно ограничена). Тем не менее, многие учёные-компаративисты относят правовую систему Японии к романо-германской правовой семье, а правовую систему Китая – к социалистической. Как мы видим, вопрос о принадлежности правовой системы того или иного государства к группе смешанных правовых систем остаётся дискуссионным, поэтому в рамках данного диссертационного исследования мы рассмотрим место обычая как формы англосаксонского права и его взаимодействие с местным обычным правом на примере лишь тех правовых систем, чей смешанный характер совершенно очевиден и не вызывает сомнений.

Так, правовая система Шотландии ещё в XIII-XV вв. подверглась мощному воздействию римского и французского права. Это неудивительно, поскольку Шотландия всегда тяготела не к англосаксонскому, а к континентальному праву, в частности, постепенно переняла большое количество юридически значимых терминов, институтов, норм и конструкций из правовой системы Франции. Так, в Шотландии нормы кутюмов (т.е. нормы французского обычного права) тесно переплелись с обычным правом многочисленных местных варварских племён, а также с нормами обычного римского права.

На данный момент главные отрасли шотландского права являются кодифицированными, это означает, что обычаи закреплены в гражданском, уголовном и прочих кодексах материального и процессуального права (в свою очередь кодексы являются отличительным признаком государств, относящихся к романо-германской правовой семье). Самостоятельность законодательной и судебной системы Шотландии, процесс правоприменения (в частности, отправления правосудия), сфера действия и сам факт существования некоторых органов и инстанций (например, Земельного суда Шотландии и шерифских судов) и некоторые другие государственно-правовые институты и практики также

¹ См.: Elgar, E. Op. cit. P. 357-371.

основываются на нормах обычного права и обусловлены обычно-правовой практикой.

В канадской провинции Квебек использование норм обычного права также обусловлено сильным влиянием Франции, и, помимо того, Великобритании. Территория Канады осваивалась в XVI-XVIII вв. английскими и французскими колонистами, которые привезли с собой законы и обычаи своих государств. В 1608-1664 гг. переселенцы в большей мере применяли французское обычное право – кутюмы. В 1664 г. Людовик XIV издал декрет об учреждении Вест-Индской компании, в ст. 33 которого говорилось, что главной формой права в Новой Франции является парижский кутюм (т.е. парижский обычай, *coutume de Paris*). Позднее ещё одной формой права в колониях стало французское право, которое включало в себя следующие части:

- королевские ордонансы (т.е. декреты и указы короля);
- каноническое право, регулировавшее брачно-семейные и наследственные отношения;
- римское обязательственное право (в том числе договорное и деликтное право).

Правосудие в Новой Франции отправлял королевский интендант, в сфере компетенции которого полностью находилась уголовная юрисдикция. Была запрещена частная юридическая практика. Большинство споров решались с участием местных нотариусов и приходских священников, которые старались привести противоборствующие стороны к мировому соглашению. В данных условиях вплоть до 1866 г. колонисты фактически лишались возможности самостоятельно осуществлять правоприменение и использовать парижский обычай как основную форму права.

В 1865 г. ситуация несколько изменилась – Законодательное собрание Провинции Канада приняло Гражданский кодекс Нижней Канады, который вступил в действие 1 июля 1866 г.

Гражданский кодекс Нижней Канады по своей структуре и содержанию во многом копировал Гражданский кодекс Наполеона Бонапарта 1804 г., в основу которого, помимо «Дигестов» Юстиниана, легли многочисленные адаптированные к новому укладу общественных отношений кутюмы. Помимо того, Гражданский кодекс 1866 г. включал некоторые элементы французского права в целом (и обычного французского права в частности) конца XVIII в. Рассматриваемый ГК действовал до принятия в 1996 г. нового Гражданского кодекса Квебека.¹

В современном гражданском праве Квебека обычай играет немаловажную роль. Особенно велико его значение в регулировании заключения сделок, определении порядка доставки товаров, выполнения работ, оказания услуг, исполнения обязательств имущественного и личного неимущественного характера. В торговом и предпринимательском праве большое внимание уделяется многочисленным торговым обычаям, деловым обыкновениям, обычаям делового оборота.

Обычай также регламентирует некоторые аспекты гражданского и арбитражного процессуального права, например, церемониал судебного заседания, процедуру разбирательства дел и правила оценки доказательств.

Однако это не значит, что обычай отсутствует в публичном праве Квебека. На самом деле многие британские обычаи, действовавшие в 1867 г., до сих пор входят в правовую систему Квебека и представляются её неотъемлемыми элементами. Так, многие современные квебекские институты государственной и политической власти основаны на старых обычаях (в том числе знаменитых конституционных соглашениях) Великобритании. К ним относятся, например, правила взаимоотношений политических партий, регламент Национального собрания Квебека (до 1968 г. – Законодательного собрания Квебека), должность и полномочия премьер-министра и т.д. Изрядное количество обычаев наблюдается также в муниципальном праве.

¹ См. Гражданский кодекс Квебека [Электронный ресурс]: Public source for decisions of the Supreme Court of Canada. URL: <http://www.ccq.lexum.com/ccq/home.do?lang=en> (дата обращения: 31.01.2013).

Положение обычая как формы правовой системы Квебека схоже с его положением в правовой системе Луизианы за исключением того, что в ходе становления и развития последней определённую роль сыграло обычное право народов Африки и Карибских островов – именно оттуда в Северную Америку привозили чернокожих рабов. В конце XIX-начале XX вв. Новый Орлеан (столица Луизианы) являлся самым многонациональным городом и крупнейшим морским портом Нового света. Соответственно, здесь широко применялись торговые и морские обычаи, а также обычаи портов и обычаи делового оборота. До сих пор в праве Луизианы обычай применяется для регулирования порядка разгрузки, погрузки и отправки судов, заключения сделок, измерения определённых категорий грузов и товаров и исчисления сроков их доставки и т.д. Помимо того, понятия добросовестности, предусмотрительности, благоразумия, небрежности и пр. также определяются в соответствии с нормами обычного права.¹

Ещё большее значение обычай как форма приобретает в правовой системе Южно-Африканской Республики. Правовая система ЮАР сочетает понятия, категории, институты и конструкции, заимствованные из римского, голландского и английского права. Обычное право также существует – оно действует среди чёрнокожих африканцев.

Утвердившись на юге Африки, англичане остались верны разработанной ими модели управления колониями и потому не препятствовали применению здесь ни римско-голландского права, ни местного обычного права. В конституционном Акте об образовании Южно-Африканского Союза (1909) говорилось, что право колоний, применявшееся к моменту создания Союза, действует до тех пор, пока не возникнет необходимость его пересмотра Парламентом Союза или местными законодательными органами – провинциальными советами. В XIX-XX вв. южноафриканское право развивалось, изменялось и адаптировалось к новому общественному строю. Данный процесс проходил под сильным воздействием со

¹ Подробнее о правовых системах Квебека и Луизианы см.: Boudoin J.L. The Impact of Common Law on Civilian Legal Systems of Louisiana and Quebec // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Louisiana, 2004. P. 54-67; Yiannopolus A.N. Op. cit. P. 129-154.

стороны правовой культуры Великобритании. В соответствии с требованиями английского права кардинально перерабатывалось как материальное (конституционное, административное, уголовное, торговое) так и процессуальное (уголовно-процессуальное и гражданско-процессуальное) право. Английские юридические традиции сыграли ключевую роль в реорганизации судебной системы, определении статуса судьи, регламентировании деятельности юристов. Также произошла рецепция английских законов, регулирующих морскую торговлю, процедуру банкротства, страхование, оборот ценных бумаг, правовое положение торговых товариществ. Данная рецепция была обусловлена не только высоким уровнем указанных нормативных правовых актов Великобритании, но и отсутствием современных эффективных норм в римском и голландском праве.

В.Я. Сухарев справедливо замечает, что в Южную Африку английское право проникало не только прямым, но и косвенным путём. Действительно, возникало множество ситуаций, когда судьям при рассмотрении спора приходилось иметь дело с непонятными либо устаревшими нормами римско-голландского права. Тогда судьи обращались к английскому прецедентному праву. Это было обусловлено тем, что большинство судей получили юридическое образование в Лондоне и гораздо лучше разбирались в английском прецедентном праве, нежели в трудах голландских юристов.¹

В настоящее время правовая система ЮАР имеет гибридный характер. Это хорошо видно на примере частного права: например, в вещном, наследственном и семейном праве господствуют римские и голландские юридические концепции. В договорном и деликтном праве (несмотря на наличие здесь терминологии, заимствованной из римского права), напротив, ясно прослеживается сильное влияние англосаксонского права. Гражданский процесс организован в соответствии с англосаксонской моделью, многие нормы и институты торгового права также имеют глубокие английские корни.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 922.

Влияние британских юридических традиций прослеживается и в уголовном праве ЮАР. Прежде всего, уголовное законодательство Южно-Африканской Республики до сих пор не кодифицировано (точно так же уголовный кодекс отсутствует в Англии и ряде штатов Австралии). Тем не менее, в ЮАР принято большое количество уголовно-правовых актов, в том числе: о мятежных собраниях (1956 г.), о сексуальных преступлениях (1957 г.), о наркотиках и обороте наркотиков (1992 г.), о коррупции (1992 г.) и др. Также ЮАР заимствовала у Великобритании состязательную систему уголовного судопроизводства.

Нынешняя правовая система ЮАР состоит из следующих элементов:

- африканское обычное право;
- нормы романо-голландского права (в том числе римское и французское обычное право, а также голландские обычно-правовые нормы);
- нормы английского общего права (включая правовые обычаи Англии).¹

Обычай выступает незаменимым регулятором семейных, наследственных, земельных отношений. Оборота ценных бумаг, процедура банкротства, морская торговля, страхование, заключение сделок, перевозка грузов и правовое положение торговых товариществ также во многом определяются нормами голландского и английского обычного права.

В Южно-Африканской Республике, где наблюдается довольно низкий уровень правовой культуры и правосознания, и большинство населения проживает в сельской местности, придерживаясь традиционного образа жизни, отказ от обычая как формы права не представляется возможным. Несмотря на то, что действующее законодательство переняло многие черты и институты римского и англосаксонского (общего) права, а также на повышенный интерес к политико-правовому наследию выдающихся европейских авторов (особенно старых голландских юристов – Гуго

¹ См.: Саидов А.Х. Указ. соч. С. 354; подробнее о структуре современной правовой системы ЮАР см.: *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* / ed. R. Zimmermann, K. Reid, D. Visser. Oxford, 2005. P. 666-689; Zimmermann R. *Op. cit.* P. 149-150.

Гроция, Арнольда Ванния, Иоганна Вёта, Дионисия Вандера Кесселя и др.¹), большинство общественных отношений фактически регулируется обычно-правовыми нормами. Такая ситуация складывается как в сфере частного, так и публичного права. Особенно это характерно для конституционного, муниципального, административного и процессуального права.

Однако самой многообразной представляется правовая система Израиля, недаром исследователи называют её подлинной лабораторией сравнительного правоведения.² Многообразие форм израильского права, их чрезвычайная гибкость, динамичность и уникальная способность к взаимодействию друг с другом во многом объясняются объективными историко-политическими, культурными и религиозными причинами. Знаменитый израильский юрист Менахем Элон выделяет шесть форм еврейского права:

- 1) **Каббала** – Устное Учение;
- 2) **мидраш (Interpretation)** – толкование и комментирование Каббалы и Галахи;
- 3) **такана и гзера (Legislation)** – законодательство галахических авторитетов, а также декреты и постановления национальных институтов власти (не галахических);
- 4) **обычай (Custom)** во всех его формах и проявлениях, включая установленный порядок и процедуру;
- 5) **дело (Case)** – судебные решения, а также поведение и образ действий знатока Галахи в конкретной ситуации;
- 6) **понимание (Legal Logic)** – правовая и общечеловеческая логика мудрецов Галахи.³

Как мы видим, обычай признаётся формой еврейского права. Учитывая то, что еврейское право является одной из древнейших правовых формаций, а обычай в

¹ См.: Голландская правовая культура. / Отв. ред. В.В. Бойцова и Л.В. Бойцова. М.: Изд-во «Легат», 1998. С. 462-470.

² См.: Саидов А.Х. Указ. соч. С. 349.

³ См.: Элон М. Указ. соч. С. 230-231.

принципе представляет собой исторически первую форму права, можно предположить, что первые обычно-правовые нормы появились у евреев буквально в ветхозаветные времена. Так, Менахем Элон говорит о четырёх древнейших видах обычаев:

1) заповеди сынов Ноя – определённые правила, традиции, обычаи (в том числе правовые), считавшиеся естественными и универсальными и существовавшие ещё до Синайского Откровения, например, запрет кровосмешения;

2) правовые обычаи, применявшиеся до получения Моисеем Торы на горе Синай и впоследствии узаконенные Торой. Некоторые из них закреплены в книге Бытия, например, когда описывается покупка Авраамом пещеры Махпела (обычно-правовые нормы заключения сделок, купли и продажи) или спор между Лаваном и Яковом об ответственности платного сторожа (обычно-правовые нормы, регулирующие порядок возмещения убытка и устанавливающие основания освобождения от ответственности вследствие непреодолимой силы);

3) правовые обычаи, аннулированные или изменённые Торой. В качестве аннулированного Торой обычая можно назвать освобождение убийцы от наказания за совершённое преступление вследствие его пребывания в храме или ещё каком-либо сакральном месте. К изменённым обычаям относится левиратный брак;

4) правовые обычаи, получившие объяснение и толкование в Торе. Здесь речь идёт о так называемом «праве дочерей», процедуре развода, телесных наказаниях преступника и др. Все эти и многие другие обычно-правовые нормы передавались изустно на протяжении долгого времени, были общеизвестны и активно применялись. Тора только дополнила их, прокомментировала и окончательно утвердила.¹

Одним из наиболее интересных источников древнееврейского права является Галаха – сборник обычно-правовых норм, правил и законов иудаизма, регулирующих общественную, религиозную и семейную жизнь иудеев. В более узком смысле под Галахой понимается совокупность законов и норм обычного

¹ См.: Элон М. Указ. соч. С. 200-207.

права, закреплённых в Торе, Талмуде и более поздней раввинистической литературе. Все обычаи, входящие в Галаху, можно условно разделить на следующие группы:

- 1) общепринятая форма, модель поведения, согласно которой решается вопрос в тех случаях, когда галахическая норма неясна либо недостаточно точна;
- 2) заведённый порядок, которому следуют на практике в тех случаях, когда мнения по поводу применения какой-либо галахической нормы расходятся;
- 3) обычай, противоречащий Галахе, но привычный и общепринятый в обиходе людей, известных своим благонравием и благочестием;
- 4) обычай, введённый определённой группой законоучителей, признанных знатоков еврейского права в тех или иных сферах религиозной, общественной или правовой практики в дополнение к действующей Галахе.¹

Обычно-правовые нормы еврейского права зачастую имеют специализированный характер и предназначены для применения определённой категорией лиц. Такие нормы получили название «минхаг». Издревле существовал минхаг женщин, минхаг моряков, минхаг путешественников с караваном и пр. Это способствовало расширению сферы действия обычая, приданию ему способности регулировать специфические, зачастую узкопрофессиональные общественные отношения.

Как мы видим, будучи древнейшей формой еврейского права, обычай имеет богатую историю, и современная правовая система Израиля совершенно немыслима без него. Роль обычая в семейном, наследственном, земельном, договорном, торговом, судебном и военном праве сложно переоценить. Более того, без норм обычного права невозможно осуществление в полной мере местного самоуправления, особенно самоуправления еврейских общин, поскольку многие институты муниципального права также имеют обычно-правовую основу.

¹ См.: Галаха [Электронный ресурс]: Еврейская энциклопедия Брокгауза и Ефрона.URL: <http://www.ru.wikisource.org/wiki/ЕЭБЕ/Галаха> (дата обращения: 1.02.2013).

Исследование обычая как формы англосаксонского права в смешанных правовых системах позволило установить, что влияние англосаксонского обычая в смешанных правовых системах на местное обычное право отсутствует. Обычай как форма англосаксонского права применяется в сфере публичных правоотношений, область же частного права регулируется романо-германскими обычаями. Это обусловлено историко-политической ситуацией (Шотландия), влиянием религии (Израиль) либо связано с тем, что романо-германские обычное право появилось и прижилось в рассматриваемых смешанных правовых системах раньше, нежели англосаксонское (ЮАР, Квебек, Луизиана).

Обычай как форма англосаксонского права представляется нам правовым феноменом, присущим в первую очередь именно системе общего права. Это означает, что он имеет собственные характерные признаки, позволяющие отличить его от обычая в романо-германском праве. Обычай как форма романо-германского права, соответственно, также обладает определёнными существенными отличиями. Для установления этих признаков и отличий мы должны провести исследование обычая как формы романо-германского права и осуществить компаративный анализ обычая в англосаксонском праве и обычая в романо-германском праве – речь об этом пойдёт в следующей главе.

ГЛАВА 2. ОБЫЧАЙ КАК ФОРМА РОМАНО-ГЕРМАНСКОГО ПРАВА

§ 1. Теория обычая в романо-германской правовой доктрине

Начнём исследование обычая как формы романо-германской правовой семьи с рассмотрения его теории в романо-германской юридической доктрине. Для этого необходимо осознать, что само по себе обычное право государств, относящихся к данной правовой семье, неоднозначно, и на него оказали существенное влияние следующие пласты европейского права:

- 1) римское право (в том числе римские обычаи);
- 2) обычное право варварских племён;
- 3) городское (магдебургское) право (в том числе разнообразные обычаи средневековых городов);
- 4) каноническое право (включая канонические обычаи).

Развитие обычного права в государствах, входящих в романо-германскую правовую семью, было связано с непрерывными изменениями политических, экономических, социальных, культурных условий, поэтому обычай тоже должен был меняться и быстро адаптироваться к новому укладу жизни. С другой стороны, существование и применение обычного права способствовало стабилизации определённых видов общественных отношений, например, позволяло закрепить правила торгового оборота, мореходства, заключения договоров, исполнения обязательств, вступления в брак и др. Взаимоотношения государственных деятелей, церковных иерархов, горожан и вообще членов всех социальных слоёв в эпоху европейского Средневековья регламентировались обычным правом. Помимо того, в Средние века общественная (а в немалой мере и частная) жизнь проходила в

соответствии с определёнными правилами, проистекавшими из обычного права, а также содержала большое количество разнообразных ритуалов, также имевших обычно-правовое происхождение и регулировавшихся нормами обычного права. К таким ритуалам относились богослужения и церковные празднества, клятва на верность сюзерену, обряды возрастной и профессиональной инициации и многое другое. Люди воспринимали это как привычный, обыденный ход вещей, нарушение которого означало определённые проблемы. Привычный уклад жизни позволял жителям средневековой Европы чувствовать себя в некой мере защищёнными. Соответственно, население соглашалось с требованиями обычного права и исполняло их добровольно.

Говоря о теории обычая в романо-германской юридической доктрине, невозможно обойти вниманием теории обычая в различных типах правопонимания, существующих в рамках данной правовой семьи.

Так, по мнению ряда представителей романо-германской юридической доктрины (в том числе и сторонников исторической школы права) обычай представлял собой порождение и воплощение народного духа и в некотором роде позволял судить об условиях обитания людей, их ментальных особенностях, национальных приоритетах и т.д.

На самом деле подобное отношение к обычаю и обычному праву проистекает ещё из римского права – там обычай, наряду с законом, считался волей народа. Римские юристы полагали, что закон и обычай обладают одинаковой юридической силой (поскольку их источник един – народная воля). По их мнению, обычай также мог изменять и даже отменять закон. Это происходило в следующих случаях:

1) если обычай продолжал применяться, несмотря на принятие соответствующего закона, причём нормы обычая и закона различались по существу (однако это не распространялось на те случаи, когда закон запрещал применять ту или иную норму обычного права);

2) если закон был принят, но фактически не применялся. Тогда речь шла уже об обычно-правовой практике неприменения той или иной законодательной нормы,

соответственно, она доказывала свою неэффективность и подлежала существенному изменению либо отмене.

В юснатурализме вырабатывается подход, согласно которому «...веления государственной власти, равно как и веления обычая, могут иметь значения и силу права только до тех пор, пока в обществе есть убеждение в необходимости подчиняться власти, пока обычай служит выражением убеждения».¹ Сторонники юснатурализма утверждали, что обычай представляет собой исторически первую форму права и существовал ещё до образования государства. Действовавшие в первобытном обществе моонормы, по мнению последователей естественно-правовой теории, являлись нормами обычного права, и их соблюдение обеспечивалось родом, племенем либо иной человеческой общностью, следовательно, государственное санкционирование обычаев не требовалось.

Данное положение развили создатели исторической школы права Г. Гуго, Г.Ф. Пухта и Ф.К. Савиньи. Так, Г.Ф. Пухта в своём фундаментальном труде «Обычное право» пишет, что обычай является самостоятельной формой права и обязателен независимо от того, признаётся или не признаётся он законодателем. Вообще представители немецкой исторической школы права утверждают, что обычай как форма права возникает стихийно, в самой в гуще народной жизни и обусловлен воззрениями народа. Именно это делает его самодостаточной формой права и объясняет отсутствие необходимости его государственного санкционирования. Таким образом, последователи исторической школы права подчёркивают социальную сущность обычая как важного регулятора правоотношений.

Акцент на социальной сущности обычая делают также сторонники социологического типа правопонимания. Они склонны всемерно преувеличивать значение обычая в системе форм права: так, по их мнению, именно обычай является основой права, определяет способы его применения и развития законодателем, судьями, доктриной. Критикуя социологическую концепцию, Р. Давид и К.

¹ Трубецкой Е.Н. Лекции по энциклопедии права. СПб.: Юрид. ин-т, 1998. С. 8.

Жоффре-Спинози отмечают, что «обычай не является тем основным и первичным элементом права, как того хочет социологическая школа».¹

Легисты, напротив, противопоставляют обычай закону и указывают на его минимальную роль в правовом регулировании общественных отношений. Однако для легизма «характерно отсутствие реализма», ибо на самом деле роль обычая далеко «не так незначительна, как полагает юридический позитивизм».² Помимо того, из самой природы легизма исходит необходимость государственного санкционирования обычая как формы права.

Ряд представителей романо-германской правовой доктрины выступает за примат обычного права перед законом, однако, с некими оговорками (т.н. требование рациональности обычного права).³ Большинство исследователей романо-германского права полагает, что обычное право не может применяться в случаях противоречия его «божественным законам, добрым нравам и высшим принципам права»⁴ либо «противоречия с основаниями государственного и нравственного порядка».⁵

Определённый интерес представляет проблематика соотношения обычая и обычного права в юридической доктрине романо-германской правовой семьи. Здесь следует отметить, что в рассматриваемой правовой семье понятие обычного права наделяется широким смысловым значением, то есть под обычным правом понимается совокупность обычаев. Романо-германская юридическая доктрина изначально не даёт обычаю как форме права ни положительной, ни отрицательной оценки, не считает его по определению архаичным и неразвитым. Она просто принимает сам факт существования обычного права и изучает его во всём его многообразии. В некоторой степени отсутствие оценочных суждений в определении обычного права, принятого учёными-юристами романо-германской правовой семьи,

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 108.

² Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. М.: Проспект, 2009. С. 484.

³ См.: Kammerhofer J. Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems // *European Journal of International Law*. 2004. Vol. 15. № 3. P. 524.

⁴ См.: Foster N. *German Law and Legal System*. Mayfield, 1993. P. 37-38.

⁵ См.: Calabresi S., Dotson S. *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*. Northwestern University Press, Boston, 2012. P. 117-121.

объясняется тем, что они зачастую не считали правом социальные регуляторы в менее развитых обществах, с которыми столкнулись в процессе колонизации Африки, Азии и Ближнего Востока.

Также весьма любопытны сугубо теоретические вопросы об основных проблемах применения обычая и его соотношении с другими формами романо-германского права. Представители романо-германской юридической доктрины не считают, что все формы права обладают равной юридической силой. Исследователи создали определённую иерархию, систему форм романо-германского права, в рамках которой у каждой формы права (в т.ч. и у обычая) имеется определённое место, которое обуславливает особенности её практического применения. Действительно, в семье романо-германского права обычай (в первую очередь в соответствии с теоретическими обоснованиями учёных-юристов) применяется в случае пробелов в иных формах права. Во многом это объясняется тщательно контролируемым в романо-германской правовой семье соответствием между требованиями обычая и нормативного правового акта, при этом нормы писаного права зачастую обладают верховенством по сравнению с нормами обычного права, и последние не могут им противоречить.

Изучая соотношение обычая с другими формами романо-германского права, мы приходим к выводу, что, согласно принятой в романо-германской правовой семье точке зрения, обычай находится на нижней ступени системы форм романо-германского права – после принципов права, нормативных правовых актов, содержащих нормы права, и нормативных правовых договоров, содержащих нормы права.¹ Как мы видим, теоретические аспекты применения обычая, существующие в рамках теорий обычая двух ведущих правовых семей современности, равно как и его место в системе форм англосаксонского и романо-германского права, весьма схожи.

Итак, в современной юридической науке романо-германской правовой семьи, в которой доминирует юридический позитивизм, обычаи права обладают целым

¹ См.: Calabresi S., Dotson S. Op. cit. P. 209-212.

рядом особенностей. Во-первых, в основе обычаев права находится признание их таковыми общественным правосознанием. Во-вторых, обычай права признаётся обязательным в определённой социальной группе большинством. В-третьих, обычаи применяются в сфере частного права.

Принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права, делает вывод автор, имеют субсидиарный характер и применяются в случае пробелов в иных формах романо-германского права. В системе форм романо-германского права обычаи права занимают место после основополагающих (общих) принципов права, нормативных правовых актов и нормативных правовых договоров.

Завершив анализ теоретических воззрений на обычай и обычное право в романо-германской юридической доктрине, перейдём к исследованию обычая как формы права в материнских подгруппах романо-германской правовой семьи. Начнём с правовых систем романской подгруппы.

§ 2. Обычай в правовых системах романской подгруппы романо-германской правовой семьи

Романо-германская правовая семья унаследовала богатейший теоретический и практический материал в области юриспруденции, созданный, накопленный и систематизированный классическим римским правом. К нему относятся, в частности, знаменитые Законы XII таблиц, во многом представлявшие собой сборник санкционированных государством обычаев, и Свод законов императора Юстиниана (*Corpus Juris Civilis*), где, среди прочего, содержались высказывания авторитетных римских юристов относительно обычая.

Так, Юлиан писал: «Если мы не имеем писаных законов для каких-либо дел, то следует соблюдать установленные нравами и обычаями... Прежний укоренившийся обычай заслуженно применяется как закон, и это право называется правом, установленным нравами. Ибо если сами законы связывают нас в силу лишь того, что они приняты по решению народа, то заслуженно и то, что народ одобрил, не записав, связывает всех. Ибо, какое имеет значение, объявил ли народ свою волю путем голосования или путём дел и действий». По мнению Ульпиана, «долго применявшийся обычай следует как право и закон в тех случаях, когда не имеется писаного». Гермогениан утверждает: «Но и то, что одобрено долговременным обычаем и соблюдалось в течение многих лет, должно быть соблюдаемо как молчаливое соглашение граждан не менее, чем записанное право».¹

Подобное колоссальное наследие не могло не сказаться на системе форм права романо-германской правовой семьи и на место в ней обычая. Так, в дальнейшем для государств, входящих в данную правовую семью, характерны древнейшие памятники законодательства, представляющие собой сборники обычаев. Эти сборники – официальные и неофициальные – создавались для фиксации обычаев и приобретали силу закона в среднем через 100 лет после создания. К ним относятся:

1) сборники обычаев средневекового графства Геннегау во Фландрии IX – XV вв.;

2) «Обычаи Барселоны» 1053 – 1071 гг., «Королевские фуэросы» («Fuero Real») 1252 – 1255 гг. и «Семь партий» («Siete Partidas») 1256 – 1263 гг. в Испании. В 1265 г. были составлены «Книги судей», которые вступили в законную силу на основании ордонанса Алькала в 1348 г. Их влияние вышло за пределы Кастилии и распространилось на территорию всей Испании и Португалии;

3) «Законы гулатинга» 1150 г. и «Законы фростатинга» 1190 г. в Норвегии;

4) «Ютландское право» («Ютский закон») – первая официальная компиляция норм канонического и скандинавского обычного права, проведённая виборгским

¹ Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. М.: Зерцало, 1997. С. 168.

епископом Гуннером по приказу короля Дании Вальдемара II Победоносного и принятая в 1241 г. на собрании знати в Вордингборге. Со временем «Ютландское право» вытеснило более ранние сборники обычаев (например, «Зеландское право Вальдемара» и «Зеландское право Эрика» и действовало на всей территории Датского королевства вплоть до принятия в 1683 г. Кодекса короля Христиана V. В Шлезвиге, перешедшем в 1864 – 1866 г. к Пруссии, «Ютландское право» применялось до вступления в законную силу в 1900 г. Германского гражданского уложения;

5) многочисленные «варварские правды» («законы варваров»), «Саксонское зеркало» в Германии 1274-1275 гг., «Швабское зеркало» в южной Германии – сборники немецкого средневекового права, народного права германских земель (в частности, Баварии), а также императорского и канонического права;

6) различные французские кутюмы (т.е. записи французских обычаев, от фр. *coutume* – обычай), в том числе Великие кутюмы Нормандии и кутюмы Бовези (бовезские кутюмы). Последние представляли собой компиляцию обычного права средневековой Франции, осуществлённую французским юристом Филиппом де Бомануаром в 1282 г. Кроме того, в соответствии с ордонансом Карла VII 1454 г. во Франции регулярно производилась официальная унификация обычного права, постоянно составлялись очередные сборники обычаев. Так, в 1866 г. были собраны парижские обычаи купли-продажи, действовавшие до этого времени как нормы обычного права;

7) сборники неписаного обычного права, «основные нормы которого оглашались городскими и сельскими старейшинами накануне судебных заседаний, со временем стали записываться и приобретать кодифицированный характер».¹ На их основе в катонах Швейцарии были записаны «Правила судебной процедуры» 1387 г. и «Земский кодекс» 1448 г.;

¹ Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 755.

8) «Трипартитум» (лат. *Tripartitum opus juris consuetudinarii incluti regni Hungariae* – Свод обычного права славного Венгерского королевства и присоединённых к нему земель в трёх частях), составленный в 1498 г. королевским протонотарием Иштваном Вербёци и утверждённый королём Владиславом II Ягеллоном в 1514 г. До 1848 г. «Трипартитум» был главным сборником норм венгерского обычного права и сохранил своё значение до начала XX в.

В целом, в романо-германской правовой семье существование обычая обусловлено, с одной стороны, необходимостью определения того, что у той или иной нации считается справедливым, с другой стороны, – необходимостью объяснения применяемых законодателем понятий и категорий. Весьма распространено мнение, согласно которому рассматриваемая правовая семья придаёт закону огромное значение, тем самым значительно ограничивая сферу действия обычая как самостоятельной формы права, и «сводит на нет роль обычая, который мог бы действовать против закона. Обычай применяется лишь тогда, когда закон прямо отсылает к нему».¹

Однако всё не так просто. Большое количество государств, входящих в романо-германскую правовую семью, их культурные и юридические традиции, национальные правовые системы, юридическая практика, исследования теоретиков государства и права – всё это обусловило неоднозначные отношения к обычаю как самостоятельной форме права, его месту и эффективности в регулировании многообразных правоотношений.

Помимо того, «сложность и противоречивость вопроса о понятии и содержании обычая» как формы права проявляется в том, что «данный вопрос в силу целого ряда объективных и субъективных причин в течение весьма длительного времени не столько разрешался, сколько в огромном количестве опубликованных по данному вопросу работ произвольно затушёвывался».²

¹ Черноков А.Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие: изд. 2-е, стер. СПб., 2007. С. 38.

² Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. М.: Проспект, 2009. С. 48б.

В частности, многих исследователей романо-германского права приводило в замешательство вопрос о соотношении огромного количества научных публикаций, посвящённых обычаю в системе романо-германского права, с одной стороны, и относительно небольшая значимость, которая придаётся в реальной действительности обычаю как форме права в некоторых государствах романо-германской правовой семьи – с другой.¹

По мнению М.Н. Марченко, одна из причин данной диспропорции заключается в том, что, уделяя повышенное внимание обычаю как форме права, западноевропейские юристы – учёные и практики – хотят этим показать, что право создаётся не только законодательной властью государства, но и творится самим обществом,² что право не ограничивается законом. Оно шире, глубже и гибче закона.³

Другая причина повышенного внимания к обычаю заключается в том, что сейчас в романо-германском праве существует и оказывает влияние на правовое воззрение исследователей старейшая традиция, согласно которой обычаю как важнейшей и основополагающей форме романо-германского права в период его возникновения и развития придавалось решающее значение.⁴

На данный момент существует два основных подхода к пониманию обычая как формы романо-германского права, причём эти подходы прямо противоположны друг другу. Сторонники первого из них – социологического («социологической концепции») – склонны всемерно преувеличивать значение обычая в системе форм романо-германской правовой семьи. По их мнению, «именно обычай является основой права, определяет способы его применения и развития законодателем, судьями, доктриной».⁵ Критикуя социологическую концепцию, Р. Давид и К.

¹ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 486; Merryman J.H. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2nd ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 1985. P. 23.

² Merryman J.H. *Op. cit.* P. 23.

³ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 486-487.

⁴ См.: Mehren A., Gordley J. *The Civil Law System*. 2 ed. 1977. New York, 1997. P. 32-48; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 486-487;.

⁵ См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 108.

Жоффре-Спинози отмечают, что «обычай не является тем основным и первичным элементом права, как того хочет социологическая школа».¹

Сторонники второго подхода – позитивистского – противопоставляют обычай закону и указывают на его минимальную роль в правовом регулировании общественных отношений. Однако для данного подхода «характерно отсутствие реализма», ибо на самом деле роль обычая в государствах романо-германской правовой семьи далеко «не так незначительна, как полагает юридический позитивизм».²

Итак, мы видим, что понимание обычая как одной из форм права романо-германской правовой семьи далеко не единообразно. Аналогичный плюрализм в подходах к сущности и значению обычая проявляется и в различных государствах, принадлежащих к рассматриваемой правовой семье. Профессор М.Н. Марченко указывает на наиболее распространённую ошибку многих исследований – ничем не оправданную «унификацию» значимости обычая в пределах рассматриваемой правовой семьи,³ хотя очевидно, что в национальных правовых системах, принадлежащих к романо-германской правовой семье, обычай играет далеко не одинаковую роль.⁴ Ярким примером национальных правовых систем, где обычай широко распространён и активно используется в практической юридической деятельности, могут служить государства Северной Европы (Дания, Швеция, Норвегия, Исландия, Финляндия) и Испания. Менее значительна роль обычая в Португалии, а для некоторых государств романо-германского мира, в частности, для Франции и Германии, и вовсе характерно весьма скептическое отношение к обычаю как форме права.

Исследуя роль обычая как формы романо-германского права, следует принимать во внимание структуру романо-германской этой правовой семьи (наше

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 108.

² Там же.

³ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 484.

⁴ См.: International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 3. P. 98-100.

исследование во многом базируется на данной структуре). Как известно, в составе романо-германской правовой семьи выделяется ряд подгрупп:

- 1) романская (правовые системы Франции, Испании, Португалии, Италии);
- 2) германская (правовые системы Германии, Австрии, Швейцарии, Венгрии);
- 3) скандинавская (правовые системы Норвегии, Дании, Швеции, Финляндии, Исландии);
- 4) латиноамериканская (правовые системы Мексики, Аргентины, Бразилии, Колумбии, Уругвая, Чили и других государств Латинской Америки, за исключением Ямайки и Кубы);
- 5) африканская (правовые системы Алжира, Мали, Кот-д'Ивуар);
- 6) дальневосточная (правовые системы Японии, Южной Кореи).¹

Следует отметить, что мы не ставим целью рассмотреть правовые системы всех государств, входящих в романо-германскую правовую семью, более того, в рамках нашего диссертационного исследования это невозможно. Мы изучим лишь некоторые правовые системы, наиболее ярко и точно иллюстрирующие положение дел в той или иной подгруппе, позволяющие сделать выводы о системе форм права в соответствующей подгруппе и, соответственно, об обычае как форме романо-германского права. В данном параграфе мы проанализируем обычай как форму права в романской подгруппе – и сделаем это на примере правовых систем Италии, Испании, Португалии и Франции.

Говоря о роли обычая в правовой системе Италии, нельзя забывать о том, что процесс объединения Италии подошёл к концу только в 1860-е гг., следовательно, её многочисленные регионы могут похвастаться своим богатым историческим и юридическим наследием, в т.ч. огромным количеством самых разных гражданских, административных, морских и торговых обычаев. В настоящее время в состав Итальянской Республики входят 20 регионов (областей):

- 1) Абруццо (столица Л'Аквила);

¹ См.: Кича М.В. Обычай в романо-германской правовой семье // Известия высших учебных заведений. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. 2014. № 6. С. 109-113.

- 2) Валле-д'Аоста (столица Аоста);
- 3) Апулия (столица Бари);
- 4) Базиликата (столица Потенца);
- 5) Калабрия (столица Катандзаро);
- 6) Кампания (столица Неаполь);
- 7) Эмилия-Романья (столица Болонья);
- 8) Фриули-Венеция-Джулия (столица Триест);
- 9) Лацио (столица Рим);
- 10) Лигурия (столица Генуя);
- 11) Ломбардия (столица Милан);
- 12) Марке (столица Анкона);
- 13) Молизе (столица Кампобассо);
- 14) Пьемонт (столица Турин);
- 15) Сардиния (столица Кальяри);
- 16) Сицилия (столица Палеро);
- 17) Трентино – Альто-Адидже (столица Тренто и Больцано);
- 18) Тоскана (столица Флоренция);
- 19) Умбрия (столица Перуджа);
- 20) Венето (столица Венеция).

Каждая из данных областей является автономией. Итальянская Республика представляет из себя регионалистское государство. Следовательно, каждая из 20 названных выше автономий имеет свои обычаи.

Начнём с рассмотрения обычаев в публичном праве Италии. Чаще всего обычаи находят применение в морском и навигационном праве, несколько реже – в административном, конституционном и муниципальном праве. Например, обычное право санкционирует деятельность политических партий, посольств и консульств, а также определяет регламент парламента и ряда министерств (в том числе министерства иностранных дел). В морском и навигационном праве широко применяются обычаи морских портов, а также установленные исключительно

обычным правом правила взвешивания, упаковки и транспортировки грузов (особенно ценных и скоропортящихся). Морские и навигационные обычаи современной Италии основаны на обычаях Генуэзской, Флорентийской, Венецианской и Пизанской республик. Статусы и функции многочисленных сотрудников органов местного самоуправления также урегулированы обычаями магистратур ещё эпохи Возрождения. Данные обычаи до сих пор санкционируют многие муниципальные процедуры, а также определяют порядок управления муниципальными образованиями.

В исполнительном и судебном праве также широко применяются разнообразные обычаи. Они регламентируют статус судьи и участников процесса, судебные процедуры, функции присяжных заседателей, а также исполнение решений и приговоров суда и содержание преступников.

Роль же обычая в уголовном праве минимальна, поскольку многие обычаи (в первую очередь – в сфере квалификации преступлений, назначения и исполнения наказаний) постепенно были интегрированы в тексты действующего законодательства и превратились в статьи нормативных правовых актов. Исключением являются обычаи, применяемые среди полицейских и карабинёров.

В частноправовой сфере роль обычая довольно значительна, особенно в семейном, трудовом, торговом, земельном и, конечно же, гражданском праве. Так, в торговом праве перевозка товаров, порядок заключение сделок, и исполнение торговых обязательств урегулированы с помощью обычаев. В семейном праве обычаи определяют принципы раздела имущества при разводе и статус внебрачных детей; в земельном праве – правила межевания земли; в трудовом праве – время и место выплаты заработной платы, срок предупреждения об увольнении по инициативе работника, а также отношения между работником и работодателем в целом. Однако главную роль обычай играет в регулировании гражданско-правовых отношений – это хорошо видно на примере Гражданского кодекса Республики Италия.

Итальянский гражданский кодекс состоит из шести книг, первая из них называется «Лица и семья» включает 14 разделов: «Физические лица», «Юридические лица», «Домицилий и местожительство», «Безвестное отсутствие и объявление лица умершим», «Родство и свойство», «Брак», «Установление происхождения детей», «Усыновление совершеннолетних», «Родительская власть», «Опека и эмансипация», «Попечительство», «Слабоумие, ограничение и лишение дееспособности», «Обязательства по предоставлению содержания», «Регистрация актов гражданского состояния».

Книга вторая «Наследование» имеет 5 разделов: «Общие положения о наследовании», «Наследование по закону», «Наследование по завещанию», «Раздел наследства», «Дарение».

Книга третья «Вещное право» включает 9 разделов: «Имущество», «Право собственности», «Суперфиций», «Эмфитевзис», «Узуфрукт, право пользования и право проживания», «Земельные сервитуты», «Общая собственность», «Владение», «Возражения против производства работ и заявление о вероятном причинении вреда».

Книга четвертая «Обязательства» также состоит из 9 разделов: «Общие положения об обязательствах», «Общие положения о договорах», «Отдельные виды договоров», «Односторонние обязательства», «Ценные бумаги», «Ведение чужих дел без поручения», «Уплата недолжного», «Неосновательное обогащение», «Обязательства из причинения вреда».

Книга пятая «Труд» насчитывает 11 разделов: «Правила, регулирующие трудовую деятельность», «Труд на предприятии», «Самостоятельный труд», «Отдельные виды подчиненного труда», «Товарищества», «Кооперативные предприятия и общества взаимного страхования», «Негласное товарищество», «Предприятие как имущественный комплекс», «Права на результаты интеллектуальной деятельности и промышленные изобретения», «Регулирование конкуренции и синдикатов», «Уголовная ответственность за преступления, связанные с компаниями и синдикатами».

Книга шестая «Защита прав» состоит из 5 разделов: «Регистрация сделок», «Доказывание», «Обращение взыскания на имущество, очередность удовлетворения требования и защита ожидания кредитора получить удовлетворение из имущества должника», «Судебная защита прав», «Погасительная давность и прекращение прав».¹

Многие гражданско-правовые нормы так или иначе основаны на обычаях. Также обычаи регулируют гражданские правоотношения, которые недостаточно урегулированы законодательством. Наиболее часто это встречается в договорном, вещном, наследственном и обязательственном праве, а также при судебной защите прав и в процессе доказывания. Наглядным подтверждением тому является следующий факт: основной принцип договорного и обязательственного права выражается с помощью древнеримской формулировки « *Pactum sunt servanda Pactum sunt servanda*» («договоры должны соблюдаться»), которая представляет собой обычай.

Роль обычая как формы права также достаточно велика в современной Испании. Испания, как и Италия, является регионалистским государством и состоит из двух городов, имеющих статус автономии – Сеуты и Мелильи, и 50 провинций, в числе которых: Авила, Алава, Аликанте, Альбасете, Альмерии, Астурия, Бадахос, Балеарские острова, Барселона, Бискайя, Бургос, Валенсия, Вальядолид, Гвадалахара, Гипускоа, Гранада, Кадис, Кантабрия, Касерес, Кастельон, Кордова, Куэнка, Ла-Корунья, Ла-Риоха, Лас-Пальмас, Леон, Лерида, Луго, Мадрид, Малага, Мурсия, Наварра, Оренсе, Паленсия, Понтеведра, Саламанка, Самора, Санта-Крус-де-Тенерифе, Сарагоса, Севилья, Сеговия, Сория, Сьюдад-Реаль, Таррагона, Теруэль, Толедо, Хаэн, Херона, Уэльва, Уэска.

52 провинции составляют 17 регионов, имеющих статус автономных сообществ:

- 1) Андалусия (столица Севилья);

¹ См.: Гражданский кодекс Италии [Электронный ресурс]: Cardozo Electronic Law Bulletin URL: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm (дата обращения: 29.10.2014).

- 2) Арагон (столица Сарагоса);
- 3) Астурия (столица Овьедо);
- 4) Балеарские острова (столица Пальма-де-Мальорка);
- 5) Валенсия (столица Валенсия);
- 6) Галисия (столица Сантьяго-де-Компостела);
- 7) Канарские острова (столицы Лас-Пальмас-де-Гран-Канария и Санта-Крус-де-Тенерифе);
- 8) Кантабрия (столица Сантандер);
- 9) Кастилия – Ла-Манча (столица Толедо);
- 10) Кастилия и Леон (столица Вальядолид);
- 11) Каталония (столица Барселона);
- 12) Мадрид (столица Мадрид);
- 13) Мурсия (столица Мурсия);
- 14) Наварра (столица Памплона);
- 15) Риоха (Ла-Риоха) (столица Логроньо);
- 16) Страна Басков (столица Витория);
- 17) Эстремадура (столица Мерида).

В ст. 149 Конституции королевства Испании от 27 декабря 1978 г. установлена сфера исключительной компетенции государства, причём ограничиваются полномочия государства в определении форм права на территории автономных сообществ – провинций, которые к 1978 г. имели своды местных обычаев. В качестве примера можно привести свод Бискайи и Алавы (1961 г.), Галисии (1963 г.), Арагона (1967 г.), Наварры (1973 г.). Разумеется, это оказало существенное влияние на испанскую правовую систему в целом и на реализацию права в частности. Так, в некоторых провинциях, особенно в Каталонии, обычное право, сложившееся на основе местных обычаев, фактически заменяет «национальное гражданское право» (т.е. систему норм, содержащихся в *Codigo Civil* – Гражданском кодексе Испании).

Справедливости ради следует отметить, что в Гражданском кодексе Испании обычай признаётся самостоятельной формой права, но ему уделяется небольшая роль. Так, согласно п.1 ст.1, формами испанского законодательства являются статуты, обычные права и общие правовые принципы, а п. 3 ст. 1 указывает, что «обычные права могут применяться только в отсутствии соответствующих статутов, при условии, что они не противоречат морали или государственной политике и этому имеются доказательства».¹ Тем не менее, с учётом фактической роли обычая в испанской правовой системе, в подобных случаях он считается не только чрезвычайно важной, но и фактически первичной формой права.

Также значительна роль обычая в испанском трудовом праве. Как отмечает профессор Е.А. Ершова, трудовые обычаи в Испании являются формой трудового права. Ссылки на трудовые обычаи содержатся во многих нормативных правовых актах, которые регламентируют срок предупреждения об увольнении по инициативе работника, а также время и место выплаты заработной платы. Однако обычаи трудового права обладают целым рядом ограничений: в первую очередь, они носят субсидиарный характер, т.е. применяются в случае пробела в трудовом праве. Также обычаи трудового права Испании не должны противоречить морали и публичному порядку. Наконец, создаются и подлежат применению исключительно обычаи профессии и локальные обычаи («обычаи места»)².

Несколько иначе обстоит дело в Португалии. Испытав сильное влияние как римского права, так и испанского законодательства (в частности, испанских сборников законов «Королевские фуэросы» 1252-1255 гг., «Семь партий» 1256-1263 гг. и др.), португальская правовая система признаёт обычай одной из форм права, однако объём регулируемых им правоотношений не так велик, как в испанской правовой системе, и относится преимущественно к частноправовой сфере. Так, Гражданский кодекс Португалии в ст. 3 закрепляет обычай в качестве одной из

¹ Гражданский кодекс Испании [Электронный ресурс]: Puerto de España. Новости Испании. URL: http://www.spain4you.es/zakon_spain/item/442-codigo_civil_cap%C3%ADtulo_1 (дата обращения: 10.10.2012).

² Ершова Е.А. Обычаи, содержащие нормы российского трудового права // Трудовое право. 2008. № 3. С. 24.

форм гражданского права и определяет его юридическую силу. Согласно п.4, «обычаи, не противоречащие добрым нравам, имеют правовое значение в случаях, определяемых законом», а п.5. устанавливает, что обычаи имеют меньшую силу, нежели корпоративные нормы.¹ В трудовом праве Португалии обычаи применяются при наличии ряда обстоятельств. Они не должны противоречить законам, коллективным договорам и добрым нравам. Также обычаи применяются при условии, что иное не предусмотрено соглашением сторон.²

Совершенно иначе обстоит дело с местом и значением обычая как формы права в ряде других государств, входящих в романо-германскую правовую семью. Типичный пример – Франция, поскольку роль обычая в её современной правовой системе признаётся весьма несущественной. Сегодня французские юристы воспринимают обычай как устаревшую форму права, и истоки такого отношения коренятся в начале XIX в., когда после принятия Гражданского кодекса Наполеона Бонапарта юристы Франции признали бесспорное верховенство закона.

Тем не менее, история Франции наглядно свидетельствует о том, что изначально обычай играл существенную роль в правовом регулировании отношений во французском обществе. Несмотря на рецепцию римского права, его тщательное изучение и преподавание в институтах Монпелье и Тулузы, не произошло вытеснения франкского обычного права.³

Так, на юге страны (где римское право имело наиболее глубокие исторические корни) применялось галло-римское право, которое основывалось не на византийской кодификации Юстиниана, а на упрощённой версии законодательства Феодосия и на варваризованной компиляции римского права, составленной вестготским королём Аларихом II и названной Бревиарией Алариха, или «Римским

¹ Гражданский кодекс Португалии [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/1534> (дата обращения: 13.11.2012).

² Ершова Е.А. Международные обычаи, содержащие нормы трудового права // Российское правосудие, 2008. № 1. С. 50.

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. Том 1. Основы. / Пер. с нем. М.: Международ. отношения, 2010. С. 84.

правом вестготов» (*Breviarium Alaricianum*, или *Lex Romana Visigothorum*). Галло-римское право тесно переплеталось с многочисленными местными обычаями.¹

На севере Франции протекали схожие процессы – рецепированное римское право начинало взаимодействовать с разнообразными местными обычаями (кутюмами). Франки имели хорошо развитое обычное право, которое в дальнейшем закреплялось в ряде законов. Самым важным из них была знаменитая «Салическая правда». Северную Францию называли «страной кутюмов», «страной обычного права», поскольку кутюмы были здесь основной формой права², хотя прочие формы римского права также не отвергались. Постепенно на севере Франции сложилось мнение, в соответствии с которым к римскому праву «как к писаной мудрости следует обращаться с позиции его субсидиарного применения и в том случае, если в кутюмах нет ответа на поставленный вопрос».³

Вообще во Франции (в отличие, например, от Германии) рецепция римского права не отрицалась и не оспаривалась. Учитывая характерные особенности формирования правовой системы на севере и юге Франции, некоторые исследователи полагают, что правовое пространство государства практически делилось на две примерно равные части: северные регионы с господством кутюмов и южные области с галло-римским правом. Условная граница между этими частями проходила по устью Жиронды параллельно Луаре на восток к Женевскому озеру.⁴

Известные немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кётц указывают, что «на $\frac{3}{5}$ территории современной Франции, прилегающей к её северным границам, господствовало право кутюмов, а на $\frac{2}{5}$ – писаное право. Такой территориальный раздел между кутюмами и писанным правом не следует понимать буквально. Даже на

¹ См.: David R., Vries H. *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems*. New York: Oceana, 1958. P. 92; История государства и права зарубежных стран. В 2-х ч. Ч. 1 / Под ред. Крашенинниковой Н.А. и Жидкова О.А. М.: НОРМА, 2003. С. 303; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 488; Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 84.

² См.: David R., Vries H. *Op. cit.* P. 96-125.

³ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 84-85.

⁴ См.: David R., Vries H. *Op. cit.* P. 125-132.

юге страны в таких городах, как Бордо и Тулуза, и прилегающих к ним регионах действовали кутюмы, зафиксированные письменно».¹

В X в. практикующие юристы начинают создавать сборники имевшихся тогда кутюмов, а также толковать их, комментировать и дополнять нормами римского и канонического права. Отчасти это обусловлено тем, что к тому времени многочисленные сборники варварских обычаев – так называемые «варварские правды», в том числе и знаменитая «Салическая правда» - фактически прекратили своё действие. Началась эпоха феодальной раздробленности, и варварские обычаи сменились кутюмами различных регионов и феодальных владений. Наиболее важные сборники кутюмов появляются в XIII в. К ним относятся:

1) Великие кутюмы Нормандии (*Grand Coutumes de la Normandie*, ок. 1255 г.), многие нормы которых до сих пор применяются на Нормандских островах;

2) кутюмы Орлеана, Оверни и Анжу, получившие название «Учреждения св. Людовика» (1273 г.). В частности, описанием кутюмов Орлеана занимались знаменитые французские юристы того времени Жостис и Пле;

3) кутюмы Бовези (*Coutumes de Beauvaisis*) 1282 г., собранные и описанные крупным средневековым юристом, сенешалем Филиппом де Бомануаром.²

В то же время на севере Франции продолжало использоваться устное, а не писаное обычное право. Если судья не знал нормы применяемого кутюма, он проводил «поголовный опрос» населения, при котором определённое число местных жителей должно было по памяти воспроизвести содержание кутюма. В 1389 г. на основе многочисленных кутюмов был составлен «Большой сборник обычаев Франции», но это не ликвидировало существовавшую в стране правовую нестабильность, вызванную бессистемностью кутюмов и проблематичностью определения их сущности.

С 1454 г., согласно королевскому ордонансу Карла VII, местные органы власти, работая с комиссией королевских экспертов, должны были записать все

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 84.

² См. Damon J. *The Oracle of the Law*. Sweet & Waxwell: London, 1968. P. 115-122; David R., Vries H. *Op. cit.* P. 130-142; Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 85.

местные кутюмы, а затем проанализировать их и переработать либо отменить. Данная перепись кутюмов сыграла большую роль в формировании общепанцузского обычного права, способствовала слиянию устного и писаного права, а также появлению Гражданского кодекса Наполеона Бонапарта (1804 г.), принятие которого, как известно, ознаменовало начало создания единого права Франции. Колоссальную роль в выявлении, систематизации, переработке и закреплении кутюмов сыграли знаменитые французские юристы XVI-XVII в.: Дюмулен, Д'Аржантре, Кокий и др. Именно им принадлежит идея единой национальной правовой мысли, пронизывающей всю систему законодательства и деятельность практикующих юристов – адвокатов, экспертов, королевских чиновников и судей. Последние также внесли свою лепту в редактирование кутюмов – особенно это относится к деятельности суда города Парижа.¹

К концу XVI в. основные кутюмы были переписаны и переработаны в соответствии с ордонансом 1454 г. В результате оказалось, что накануне Великой французской революции одновременно действовало 60 общих кутюмов, частично повторявших друг друга на территории нескольких провинций, и 300 кутюмов – чисто местного значения.²

В XVII и XVIII вв. было издано несколько трудов, принадлежавших перу выдающихся французских юристов того времени – Дома («Гражданские законы и естественное право» 1689 г.), Буржона («Общепанцузское право и парижский кутюм» 1720 г.) и, конечно, Потье, глубокого знатока римского права и кутюмов, автора множества работ об обязательственном праве, различных видах договоров (договоре купли-продажи, мены, дарения) и др. Потье оказал наибольшее влияние на авторов Гражданского кодекса 1804 г. Помимо авторитета Потье, для написания Гражданского кодекса понадобились также политический импульс Великой Французской революции и решительность Наполеона. Остановить сам процесс правовой унификации уже не представлялось возможным – идея создания единого

¹ См.: Damon J. Op. cit. P. 123-139; David R., Vries H. Op. cit. P. 144-147; Martin O. La Coutume de Paris. Paris, 1925. P. 13-22; Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 85-87.

² См. Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 86.

французского права в течение 150 лет была лейтмотивом французской юриспруденции.¹

Поскольку создание Гражданского кодекса подразумевало опору на уже существовавшее право, источниками ГК должны были стать кутюмы, адаптированные к изменившимся общественным отношениям. Сбор и применение кутюмов выявили серьёзные проблемы. Так, кутюмы были не просто многочисленны и разнообразны, три четверти из них отменялись королевскими ордонансами и революционными законами.² Не менее трудным было согласование противоречий между кутюмами. Рассуждая об этом, Г.Ф. Шершеневич задаётся вопросом: «... насколько нормы кодекса, основанные на обычном праве, воспроизводят то старое право, которым определялась жизнь населения всей Франции».³ Именно вследствие изложенных причин после принятия Гражданского кодекса в 1804 г. юридическая наука Франции категорически отрицает существование обычного права в каком бы то ни было виде.

Комментируя вышесказанное, М.Н. Марченко пишет, что данный подход к обычаю и обычному праву воистину парадоксален и внутренне противоречив, поскольку обычай и обычное право во Франции не были ни отменены, ни даже кардинально изменены. Одна часть обычаев продолжала существовать и применяться, вторая просто подлежала интеграции в кодифицированное законодательство.⁴

Подобная ситуация наблюдается и сейчас. В современной правовой системе Франции роль обычая как формы права минимальна. В целом, применение обычая допускается, когда отсутствуют соответствующие нормы права.

¹ См.: Damon J. Op. cit. P. 140-143; David R. Vries H. Op. cit. P. 149-157; International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. II. Ch. 3. P. 157-170; Mehren A., Gordley J. Op. cit. P. 77-82; Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 87-88.

² См.: Тараборин Р.С. Кодекс Наполеона 1804 года: историко-правовая характеристика / Научный вестник уральской академии государственной службы. 2009. № 4. С. 121.

³ Шершеневич Г.Ф. Очерки по истории кодификации гражданского права. Часть 1, Франция. Казань: Типо-литография Императорского Университета, 1897. С. 51.

⁴ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 492.

Тем не менее, в действующем Гражданском кодексе обычай упоминается несколько раз. Например, ст. 1135 закрепляет следующее положение: «Соглашения обязывают не только к тому, что в них выражено, но и ко всем последствиям, выполнения которых в соответствии с характером этого обязательства требуют справедливость, обычай или закон».¹

В публичном праве Франции также можно обнаружить некоторые обычаи. Так, во Франции существует конституционный обычай, в соответствии с которым премьер-министр наделён правом выступать арбитром во взаимоотношениях министров.² По мнению М.М. Вильдановой, в данном случае «... обычай носит дополнительный характер, так как не противоречит положениям конституции и способствует её воплощению в жизнь».³

Итак, исследовав обычай как форму романской подгруппы романо-германской правовой семьи на примере правовых систем Италии, Испании, Португалии и Франции, мы приходим к выводу, что невозможно выявить какие-либо закономерности возникновения и существования обычая в правовых системах данной подгруппы (за исключением того, что многие обычаи соответствующих государств унаследованы из римского права либо обусловлены их историко-правовым развитием). Соответственно, какие-либо отличительные признаки обычая как формы права в романской подгруппе отсутствуют.

Рассмотрев роль обычая как формы права в романской подгруппе, мы переходим к изучению обычая как формы права в германской подгруппе романо-германской правовой семьи.

¹ Гражданский кодекс Франции [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/416/17> (дата обращения: 13.11.2012).

² См.: Малова О.В. Правовой обычай как источник права: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Екатеринбург, 2002. С. 126.

³ Вильданова М.М. Источники права Франции: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. М., 1987. С. 133.

§ 3. Обычай в правовых системах германской подгруппы романо-германской правовой семьи

Начать исследование обычая как формы права в германской подгруппе романо-германской правовой семьи было бы логично с изучения правовой системы Германии. Переходя к рассмотрению обычая как формы права Германии, необходимо сделать ряд замечаний.

Во-первых, в Германии влияние римского права было гораздо сильнее, нежели в иных европейских государствах. «Это проявлялось в том, что ни в одной западноевропейской стране процесс рецепции не только институтов и понятий римского права, но и древнеримской юридической мысли не получил столь широкого распространения, как в Германии».¹ В частности, это способствовало рецепции большого количества римских правовых обычаев, а также обусловило место обычая в системе форм немецкого права.

Во-вторых, Германии в эпоху Средневековья присуще усиление отдельных земель и княжеств и ослабление власти императора. Германия большую часть своей истории была раздроблена – так, до наполеоновских походов она насчитывала около 200 мелких королевств, герцогств, княжеств, курфюршеств и свободных земель. Наполеон Бонапарт объединил Германию, но после его свержения она снова распалась – на этот раз уже на 16 административно-территориальных и протогосударственных единиц. Процесс объединения страны удалось завершить только «железному» канцлеру Отто фон Бисмарку, в результате выдающейся управленческой и военной деятельности которого был создан Второй рейх. Иными словами, немецкие земли издревле привыкли к определённой самостоятельности – это учитывается и в настоящее время, федеральные земли имеют своеобразную автономию. В рассматриваемый же нами средневековый период до процессов

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 141.

объединения Германии было очень далеко. По свидетельству К. Цвайгерта и Х. Кётца, «...императорская власть всё более хиреет на фоне растущей мощи удельных князей».¹ Кроме того, в стране «... отсутствовала централизованная политическая и судебная власть, с помощью которых можно было бы преодолеть раздробленность права многочисленных народов, населявших Германию, немецких племён и свободных городов...»² Однако в торговле и обязательственном праве, при заключении договоров и осуществлении иных юридически значимых действий широко применялись разнообразные местные обычаи. Подобная ситуация обусловила формирование обычного права различных германских городов, княжеств, земель и даже племён. Поэтому мы должны обратить особое внимание на варварские правды и обычное право древних германцев.

Германские племена жили в основном на Одере, Рейне и его притоках (в том числе Майне), а также в северных регионах Европы – Скандинавии и Ютландии. На рубеже нашей эры они жили на Рейне и Майне (приток Рейна) и на нижнем Одере.

В III в. в низовьях Рейна поселились франки: салические франки обитали ближе к морю, а рипуарские франки остановились в районе современных Кельна, Майнца и Трира, то есть на среднем Рейне. До франков здесь жили бруктеры, хаттуары, тенктеры, хамавы, хазуарии, тубанты, узипии и прочие малочисленные местные племена, которые сначала заключили с франками военно-политические союзы, а в дальнейшем были поглощены и ассимилированы ими. Собственно, тогда и появляется слово «франк» («свободный», «отважный»), которое служило для обозначения полноправного члена племени, участвующего в общественном управлении, а в случае необходимости вступающего в состав войска либо народного ополчения. В IV в. франки расселились на территории Галлии, причём разделение франков на западных и восточных произошло в зависимости от того, на каком из берегов Эльбы они проживали. Чуть позже в верховьях Рейна и Майна обосновались алеманны.

¹ Цвайгерт К., Кётц Х. Указ. соч. С. 141.

² Там же.

Перечисленные племена и народности не были единственными на территории современной Германии. Так, в I в. н.э в устье Эльбы появляются саксы, которые со временем ассимилировали энгров, ангривариев, хавков и ряд других германских племён. После этого одна часть саксов начала движение к берегам Германского моря, где объединялась с англами и совершала набеги на Британию. Другая же часть саксов осталась жить в устье Эльбы, здесь их территории граничили с землями, населёнными лангобардами.

Лангобарды («длиннобородые») получили своё название благодаря отличительному внешнему признаку – длинной бороде. (Иногда данное слово переводится иначе как «вооружённые длинными копьями»). Согласно древнегерманскому эпосу, лангобардам оказывала покровительство богиня Фрейя, а своё название они получили благодаря богу Водану, решившему даровать им победу в битве с вандалами. Со временем лангобарды заселили юго-восток современной Германии, дошли до Моравы и обосновались в Паннонии и на землях ругов. Сами руги обитали на берегах Одера, к началу III в. они перешли в долину Тиссы.

О местах проживания и перемещениях варварских племён по Европе можно говорить и писать чрезвычайно много. Падение Римской империи и Великое переселение народов способствовали расселению варваров по всему европейскому континенту, выделению из крупных племён более мелких, их дроблению в соответствии с изменением места обитания, заключению межплеменных союзов, наконец, смешению и ассимиляции ряда племён, поглощению их более развитыми, воинственными и многочисленными соседями. В результате этих процессов появился ряд новых этносов, например, бавары. Помимо названных выше племён и народностей, в истории Европы того периода остались скиры (проживавшие на Нижней Висле и в Галиции), вандалы (асдинги, населявшие юг Паннонии, и силинги, осевшие на побережье Майна и в Богемском лесу), тюринги (занявшие территории от Рейна до Дуная), квады и маркоманны (жившие на берегах Дуная).

Дунай стал главной рекой Европы, многие маршруты завоеваний и Великого переселения народов проходили именно через него. Так, в IV в. по Дунаю проходил

путь гуннов и аваров. Помимо того, Дунай представлял собой естественную границу между римским и варварским миром. Вдоль берегов Дуная и его притоков селились многочисленные племена и народности, наиболее значимыми из которых были германцы (в состав которых к тому времени уже входили племена лангобардов, готов и герулов), а также кельты, сарматы и славяне.

На севере Европы также обитало множество варварских племён. Так, в Голштинии и Ютландии жили англ, даны и юты, в Скандинавии – норвеги и шведы.¹

Такова «варварская» карта Европы. Разнообразные и многочисленные германские племена активно взаимодействовали с прочими варварскими племенами. На территории Европы германские, кельтские и славянские народы имели между собой тесные этнокультурные отношения и были крепко связаны с романским населением.

К III-IV вв. германцы достигли высокого уровня земледелия, металлообработки других ремёсел. Они перешли к плужному земледелию, что коренным образом изменило общественную структуру германских племён. Благодаря единому хозяйственному распорядку отдельные домохозяйства в пределах одной территории объединялись, соответственно, на всей этой территории создавалось и применялось единое право. Соседская община (получившая название «марка») состояла из отдельных крестьянских дворов и имела земельные угодья (как освоенные, так и невозделанные), а также конкретные границы. Изначально община строилась на основе кровнородственных отношений, со временем они были заменены соседскими. Вследствие частых миграций кровнородственные отношения ослабевали и разрывались, индивидуальное хозяйство свободного общинника, напротив, укреплялось, ведение индивидуального хозяйства стимулировалось появлением частной собственности и увеличением её размеров. Большинство

¹ См.: Дворецкая И.А., Залюбовина Г.Т., Шервуд Е.А. Кровная месть у древних греков и германцев. М.: Прометей, 1995. С. 45-50.

германцев были лично свободными общинниками, которые при необходимости формировали войско.

Войско представляло собой социальную организацию полноправных свободных общинников не только в военное, но и в мирное время, так, оно осуществляло публичную власть, являя собой фактически народное собрание. Оно решало самые главные проблемы: объявляло войну, принимало послов, заключало договоры, утверждало нормы обычного права и даже избирало королей.

Каждое индивидуальное хозяйство, входившее в состав соседской общины, могло пользоваться находившимися в её собственности дорогами, лугами, полями, лесами и водоёмами. Запрещалось использовать эти угодья исключительно в личных целях, мешая другим общинникам: так, нельзя было построить на реке мельницу или сделать запруду, не получив разрешения остальных членов общины. Также существовали аллоды – неотчуждаемые земельные наделы, принадлежавшие членам общины на правах наследственного владения. Постепенно объём прав на аллод увеличивается, его передают по наследству не только сыновьям, но и дочерям, и общинники устанавливают между аллодами прочные изгороди, огораживая свою собственность.¹

Вообще для обычного права германских племён характерно подробное регламентирование имущественных отношений и института собственности. Собственность – как частная, так и общинная – тщательно охранялась от неправомерных посягательств. Так, согласно древнегерманскому обычному праву, преступными являлись, например, следующие деяния: кража (особенно кража скота), порча или уничтожение чужого имущества, своевольный перенос или разрушение изгороди, запашка, жатва и сбор урожая на чужом поле, а также захоронение на чужой земле и разрывание могил с целью грабежа. Указанные деликты карались весьма серьёзными санкциями: крупными штрафами, требованием починить преступно разрушенную постройку или снести незаконно возведённое сооружение и даже смертной казнью. Более того, результаты активной

¹ См.: Дворецкая И.А., Залюбовина Г.Т., Шервуд Е.А. Указ. соч. С. 53-56.

защиты общинниками своей собственности зачастую оставались безнаказанными в соответствии с нормами обычного права: так, у баваров убийство вора, застигнутого с поличным либо на месте преступления, не наказывалось вплоть до VIII в.

Ещё одним важным направлением действия обычного права являлась защита личности, прав и свобод общинника. Данное направление получает активное развитие после распада родового строя, когда род более не мог защищать своих членов и мстить за причинение им вреда. Наиболее тяжёлыми преступлениями являлись убийство, членовредительство, оскорбление словом или действием, преграждение пути, покушение на жизнь и свободу общинника, осквернение могил. Нормы обычного права имели казуальный характер и закрепляли санкции за применение или попытку применения по отношению к свободному общиннику различных видов насилия.

Большой интерес представляет военное обычное право. Король в первую очередь был военачальником и возглавлял войско либо дружину во время войны с другими племенами или набегов на чужие территории. Распределение военной добычи также способствовало усилению королевской власти, увеличению численности и укреплению дружины, выделению из неё наиболее способных, сильных, опытных, преданных королю воинов, из которых постепенно формируется высший слой служилой знати. Дружинников объединяла не только служба и беспрекословное подчинение вождю, но и клятва верности. Принесение клятвы, как и избрание короля, регламентировалось нормами обычного права и представляло особый торжественный ритуал.

У древних германцев существовал культ оружия. Часто дружинники давали своим мечам имена. По свидетельству Аммиана Марцеллина, квады приносили клятву верности на мечах и почитали их как богов. Во главе дружины мог стоять не только мужчина, но и женщина. Так, дочь лангобардского короля Татона Руметруда

с помощью дружинников убила брата герульского короля, отомстив ему самостоятельно, без ведома отца.¹

Возможность женщины иметь и возглавлять дружину, а также занимать высокое общественное положение у германцев обусловлена языческими верованиями, мифологией и, конечно же, обычным правом. Ключевое место в религии всех германских племён занимали культы богини Фрейи, жены главного бога Одина. В германских женских именах находят отражение особые качества, которыми германцы наделяли своих женщин: Аделина – благоухающая, Алина – благородная, Амелия – трудолюбивая, Берта – светлая, Генриетта – могущественная, Изольда – красивая, Ирма – справедливая, Линда – нежная, Свинда – быстрая, Хильда – сражающаяся, Эрнестина – строгая и т.д.

В соответствии с древнегерманским обычным правом женщина имела право приносить клятву, давать свидетельские показания, выступать в суде, наследовать имущество. Преступления против женщин наказывались большими штрафами (это объяснялось тем, что женщина физически слабее мужчины и не может защищать себя с оружием в руках), при этом львиная доля штрафа отдавалась потерпевшей. После заключения брака часть имущества (в том числе брачный дар жениха) являлась собственностью жены. Например, по обычному праву вестготов женщина могла свободно владеть и распоряжаться пятой долей общесемейного имущества.²

В соответствии с требованиями обычного права женщина должна находиться под мундиумом мужчины (отца, мужа, кого-либо из родственников или даже короля). Согласно лангобардскому эдикту Ротари женщина не может быть «под властью собственного решения». Бургундские и вестготские законы, напротив, признавали правоспособность женщин. Муж и жена обладали отдельными имущественными правами, штрафы, один из супругов не оплачивал штрафы, присуждённые другому; тем не менее, любое отчуждение имущества осуществлялось исключительно с согласия мужа. Помимо законодательства,

¹ См.: Дворецкая И.А., Залюбовина Г.Т., Шервуд Е.А. Указ. соч. С. 62.

² См.: Там же. С. 59.

имущественные права жены часто закреплялись в договоре, который составлялся на случай смерти мужа. Если муж умирал, то в течение года после этого вдова не могла вступить во второй брак под угрозой потери доли имущества умершего мужа.¹ Здесь мы наблюдаем применение известной нормы римского обычного права – соблюдение так называемого «вдовьего года», в течение которого решались имущественные и наследственные вопросы.

Роль родственников также регулировалась древнегерманским обычным правом. Так, родственники обязаны были заботиться о женщинах и несовершеннолетних, участвовать в заключении союзов и договоров (в том числе брачных) между родами, преследовать и задерживать находившихся на территории общины преступников, а также применять по отношению к ним установленные обычным правом санкции. Также родственники имели взаимные права и обязательства при взыскании и уплате вергельда – уголовного штрафа за убийство лично свободного члена общины. Так, у англосаксов в случае бегства убийцы его родственники выплачивали половину вергельда. Согласно Алеманнской правде, вергельд могли получить любые родственники убитого, Салическая правда ввела для этого три степени родства, а лангобардские законы позволяли получать вергельд только ближайшим родственникам, а именно – братьям убитого.

Судопроизводство имело публичный характер и также основывалось на нормах обычного права, которые обусловили существование и применение таких обычно-правовых норм и институтов, как традиционная система свидетельских показаний и доказательств, очистительная присяга, судебные поединки и ордалии («божий суд»). Так, любое, даже несущественное отступление от сакрального текста присяги свидетельствовало о виновности произносившего её лица и приводило к проигрышу дела. Судебный поединок чётко регламентировался, по его итогам выносилось соответствующее судебное решение. Нарушение правил судебного поединка являлось преступлением и сурово каралось: по лангобардским законам – смертной казнью, по алеманнским – половиной вергельда.

¹ См.: Дворецкая И.А., Залюбовина Г.Т., Шервуд Е.А. Указ. соч. С. 64.

Ордалии были также строго регламентированы нормами обычного права и представляли собой испытания железом и водой. При испытании железом обвиняемый должен был взять раскалённый кусок железа (или железный предмет) и пронести его на расстоянии трёх шагов, после чего руку смазывали лечебной мазью и накладывали повязку; если ожог заживал быстро, это говорило о невиновности. При испытании водой обвиняемого связывали и опускали в воду. Если он всплывал, это служило доказательством вины, поскольку вода, как чистая стихия, отвергала его. Погружение в воду и даже утопление расценивались как доказательство невиновности. (Позже данное испытание будет применяться в средневековой Европе для выявления еретиков и ведьм).

Безусловно, древнегерманское обычное право сохраняло многие институты старого родового строя. Многие обычно-правовые нормы и практики (в том числе замена кровной мести штрафами, соприсяжничество, сонаследование и др.) только усугубляли имущественное неравенство. Вместе с тем создавались новые нормы, которые способствовали усилению позиций частных собственников, стимулировали их к единоличному владению земельными наделами и вообще регулировали имущественные отношения. О разрушении старых родовых отношений свидетельствует, например, запрет кровной мести и замена её выкупом, получить который могут сначала все родственники, а потом – только ближайшие из них. Тем не менее, на практике продолжали прибегать к проверенной системе отщипления, замена её штрафами проходила крайне трудно, обычное право оказалось сильнее требований закона.¹

До VI в. древнегерманские племена не имели писаного права. Обычное право, регламентировавшее их жизнь и общественные отношения, было неписанным и существовало в моральном сознании племён. Роль знатоков и хранителей обычного права принадлежала старейшинам. Обычное право не ведало адвокатуры, прокуратуры, полиции, бюрократии, системы пенитенциарных учреждений, нотариата. Обвинение было представлено истцом, защита – ответчиком; истец

¹ См.: Дворецкая И.А., Залюбовина Г.Т., Шервуд Е.А. Указ. соч. С. 60.

обеспечивал явку ответчика в судебный процесс. Суд был открытым, гласным, публичным, состязательным. Принуждение применялось непосредственно общиной: так, лицо, объявленное вне закона, могло быть убито любым соплеменником и т.д.

Первые варварские законодательные акты записывались по инициативе германских королей, чьи народы в итоге Великого переселения прибыли на территорию Римской империи. Это объяснялось рядом факторов:

- 1) сильнейшим воздействием письменной античной культуры;
- 2) желанием иметь писаное право и придать нормам германского права одинаковый с нормами римского права юридический уровень;
- 3) необходимостью оформления этнического и культурного единства малочисленных по сравнению с местным населением германских племён;
- 4) определением взаимоотношений между германскими племенами и римлянами;
- 5) организацией управления на новых территориях и в новых условиях;
- 6) усилением власти короля;
- 7) принятием христианства.

Вышеназванные факторы определили сложное содержание варварских законов, состоящих из норм римского права и германского обычного права. Большую часть текстов варварских законов занимают перечни штрафов за различные правонарушения, но также присутствуют процессуальные, гражданско-правовые и государственно-правовые положения.

Примерно в XIII в. начинают создаваться компиляции обычного права. Наиболее известной из них стало составленное судьёй Эйке фон Репковым в 1221-1225 гг. «Саксонское зеркало», куда вошли преимущественно нормы обычного права Саксонии и некоторые нормы канонического права. Изначально «Саксонское зеркало» действовало на севере и востоке Германии и послужило образцом для последующих сборников права, например, для «Немецкого зеркала», «Швабского зеркала» и «Герлицкого судебника». Также оно легло в основу городского права

Магдебурга, а затем получило распространение в Польше, Лифляндии и Голландии. В Тюрингии «Саксонское зеркало» применялось до конца XIX в.

Во второй половине XIX в. наиболее значительные обычаи были кодифицированы и вошли в состав сначала Саксонского гражданского уложения (1863 г.), а затем и Германского гражданского уложения (1896 г.). Одновременно с Германским гражданским уложением в силу вступил Торговый кодекс, в который были включены разнообразные торговые обычаи германских земель и городов.

Помимо того, на немецкую юридическую мысль заметное влияние оказала историческая школа права.¹ Один из главных её постулатов формулировался следующим образом: само по себе право не ограничивается системой предписаний и норм, которые исходят от государственных органов и должностных лиц и навязываются обществу сверху. По мнению основоположника исторической школы Густава Гуго и его последователей Георга Фридриха Пухты и Карла Фридриха фон Савиньи, право создаётся не столько благодаря усилиям законодателя, сколько стихийным образом. Профессор Г.Ф. Пухта называл основой обычного права естественную общность убеждения целого народа. По его мнению, данное народное убеждение находит выражение в нравах (*Sitte*). Осуществление же его в нравах представляет собой проявление обычного права. Нравы и обычаи являются первоначальными формами обычного права, при этом система воспринимается в качестве формы права юристов, а слово – в качестве формы права законодательного. Иными словами, обычное право тесно и необходимо связано с естественным понятием народа и олицетворяет собой результат его непосредственной деятельности по отношению к праву. Но обладает ли в таком случае обычное право силой? И если да, то на каком основании? Единственный логичный ответ выглядит следующим образом: обычное право существует и применяется на том же основании, на каком и право в целом. Оно зиждется на народном убеждении и уходит своими корнями в сам факт существования народа. Действительно, если народ признаётся действительно существующим, то это подразумевает наличие деятельности его

¹ См.: Kelsen, H. *General Theory of Law and State*. New York, 1991. P. 126-130.

народного духа и, соответственно, некоего общего убеждения о правовой и моральной свободе. А поскольку обычное право и является данным убеждением, то сам факт существования народа неразрывно связан с существованием обычного права.¹

Взаимодействие обычного права с иными формами права Г.Ф. Пухта объясняет следующим образом. Поскольку есть посредственное правотворчество («правовозникновение») – через юридическую деятельность и закон, следовательно, есть и непосредственное правотворчество («правовозникновение»). Действительно, в случае отсутствия непосредственного народного сознания и самого народа не появились бы ни юристы, ни государство. Значит, не было бы ни законов, ни права как такового. Таким образом, сам факт существования закона как формы права ни в какой мере не опровергает силу обычного права, а, напротив, свидетельствует о ней.²

Итак, по мнению представителей исторической школы, право складывается произвольно, как язык, самой гуще народной жизни, и государству необходимо только выделить его и закрепить в законодательных актах. Следовательно, позитивное право является производным от обычного права, а обычное право, в свою очередь, производно от общественного сознания или так называемого «народного духа».³ Таким образом, историческая школа «...учила, что юридические нормы находятся в готовом виде в глубине народного духа», причём они «проявляются вовне посредством обычаев, фактического их соблюдения».⁴ Помимо того, она фактически утверждала приоритет обычного права над позитивным правом.

В наши дни роль обычая в правовой системе Германии не так велика, как раньше. Тем не менее, допускается применение обычного права как вообще, так и в случаях, прямо указанных в законодательстве. Например, в § 157 Гражданского

¹ Пухта Г.Ф. Энциклопедия права. / Под ред.: Карасевич П.; Пер.: Линденбратен Ярославль: Тип. Г. Фальк, 1872. С. 33.

² Там же. С. 33.

³ См.: Марченко М.Н. Указ. соч. С. 492; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 108; Foster N. Op. cit. P. 27-33.

⁴ Михайловский И.В. Очерки философии права. Т.1. Томск: Издание книжного магазина В.М. Посохина, 1914. С. 270.

уложения закреплено, что при толковании договора необходимо принимать во внимание обычаи гражданского оборота.¹ Согласно § 346 Торгового уложения, «среди коммерсантов, с точки зрения значения и последствий действий и упущений, принимаются во внимание действующие в торговом обороте обыкновения и обычаи».² В трудовом праве обычаи также применяются – Федеральный трудовой суд неоднократно ссылался на них в своей практике и придавал им правовой характер.³

Также нельзя забывать о роли обычая как формы муниципального права ФРГ. В настоящее время в состав Германии входят 16 земель:

1) земля Баден – Вюртемберг, образованная 25 апреля 1952 г. в ходе объединения трёх земель. Находится на юге Германии. Столица – Штутгарт;

2) свободное государство Бавария – самая большая земля Германия и одновременно одно из самых древних образований на территории Германии, расположена на юге и юго-востоке. Столица – Мюнхен;

3) Берлин – земля Германии и её столица. Расположен на берегах рек Шпрее и Хафель, так же находится в центре земли Бранденбург, частью которой он не является с 1920 г.;

4) Бранденбург – земля, расположенная на северо-востоке Германии. Столица – Потсдам;

5) свободный ганзейский город Бремен – самая маленькая земля Германии. Состоит из двух городов – Бремена и Бремерхафена, которые разделены территорией другой земли – Нижней Саксонии. Наряду с Баварией, считается одним из самых древних образований в Германии. Расположена на севере Германии, столица – Бремен;

¹ Гражданское уложение Федеративной Республики Германия. [Электронный ресурс] Сайт министерства юстиции Федеративной республики Германия. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0432 (дата обращения: 19.12.2012).

² Торговое уложение Федеративной Республики Германия. [Электронный ресурс] Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/1626/7> (дата обращения: 19.12.2012).

³ См.: Шумилов В.М. Введение в правовую систему ФРГ. М., Бремен: Дека, 2000. С. 101.

6) свободный ганзейский город Гамбург – является самым большим портовым городом Европы и расположен у места впадения реки Эльба в Северное море, на севере Германии. Столица – Гамбург;

7) Гессен – земля, которая находится в самом центре Германии, название которой происходит от древнегерманского племени хаттов. Столица – Висбаден;

8) Мекленбург – Передняя Померания – земля на побережье Балтийского моря, на самом севере Германии. Столица – Шверин;

9) Нижняя Саксония – земля по площади вторая после Баварии. Находится на северо-востоке Германии. Столица – Ганновер;

10) Северный Рейн – Вестфалия – земля расположена на западе Германии, образована 1946 г. Столица – Дюссельдорф;

11) Рейнланд-Пфальц – земля на юго-западе Германии. На территории этой земли находится самый древний город Германии – Трир. Столица – Майнц;

12) Саар – одна из самых небольших земель Германии, расположена на юго-западе. Столица – Саарбрюккен;

13) свободное государство Саксония – земля расположена на востоке Германии. Столица – Дрезден;

14) Саксония – Анхальт – земля расположена в центре Германии. Столица – Магдебург;

15) Шлезвиг-Гольштейн – расположена на севере Германии, на побережье Балтийского моря и Северного моря. Столица – Киль;

16) свободное государство Тюрингия – находится в самом центре Германии. Столица – Эрфурт.

Разумеется, каждая из вышеназванных земель имеет большое количество обычаев в сфере муниципального права, которые существуют по настоящее время. В частности, с их помощью регулируется статус и полномочия глав муниципальных образований и статус муниципальных служащих, система муниципального налогообложения, деятельность городских магистратур и т.д.

Однако германская подгруппа романо-германской правовой семьи не ограничивается правовой системой Германии, следовательно, для изучения роли обычая в данной подгруппе нам нужно исследовать его значение в правовых системах ряда других государств, в т.ч. Швейцарии.

В 1291 г. крестьяне трёх кантонов (а именно Швица, Ури и Унтервальдена) заключили между собой договор об образовании Швейцарского Союза, в котором содержатся первые в истории нормы собственно швейцарского права. Данный договор ознаменовал начало швейцарской государственности и в то же время зафиксировал принцип суверенитета судебных органов и правовых систем каждого из трёх кантонов. Исключений насчитывалось только два: единообразии уголовного наказания за тяжкие преступления (например, убийство и разбой), а также вопросы совместной вооружённой борьбы с Габсбургами. В течение следующей многовековой истории существования Швейцарского Союза в отдельных его регионах применялись местные нормы и компиляции обычного права. В целом, обычное право имело устный характер и передавалось из поколения в поколение: так, городские и сельские старейшины публично оглашали обычно-правовые нормы накануне судебных разбирательств. Тем не менее, с течением времени обычное право начали записывать, и постепенно оно приобрело кодифицированный характер. Например, в кантоне Гларус в 1387 г. были записаны конституция и правила судебной процедуры, а в 1448 г. издан земский кодекс.¹ Кантоны часто заимствовали такие правила и кодексы друг у друга и у соседних регионов Франции, Италии и Германии.

С начала XIX в. в Швейцарии законодательные акты, способные эффективно регулировать складывающиеся в государстве капиталистические отношения, начали постепенно вытеснять средневековые нормы обычного права, которые совершенно устарели и не отвечали требованиям времени. Необходимо заметить, что роль первой скрипки в вопросах совершенствования законодательства играли не

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 871.

федеральные органы власти, а отдельные кантоны. На швейцарское законодательство оказало большое влияние право наполеоновской Франции (в частности, Гражданский кодекс Наполеона Бонапарта, принятый в 1804 г. Это объясняется тем, что до 1814 г. Швейцария пребывала в зависимости от Франции). Данное влияние проявилось, например, в создании гражданских кодексов для франкоязычных кантонов по образу и подобию вышеупомянутого ГК. Немецкоговорящие же кантоны взяли за основу Гражданский кодекс Австрии 1811 г. – именно так создавались гражданские кодексы Берна (1824 г.) и Цюриха (1853 г.), которые затем стали образцом для кодексов некоторых иных кантонов. Однако в нескольких кантонах в течение всего XIX в. обычаи представляли собой главную форму права, особенно в области гражданских и торговых правоотношений.¹

В настоящее время законодательство Швейцарии чётко закрепляет, что в области гражданского, торгового и навигационного права обычай является второй по значимости (после закона) формой права. Так, в соответствии с Гражданским кодексом Швейцарии, «закон имеет применение ко всем правовым вопросам, к которым он относился по букве или по смыслу какого-либо своего предписания. При отсутствии в законе соответствующего предписания судья должен вынести решение согласно обычному праву». Тем не менее, в праве Швейцарии есть ряд обычаев, которые, несмотря на время, не были включены в текст нормативно-правовых актов. Разумеется, здесь речь идёт прежде всего об обычаях делового оборота и банковских обычаях Швейцарии (в том числе обычаях, связанных с сохранением банковской тайны), а также дипломатическом и корпоративном обычном праве. Также не следует забывать о местных обычаях и обычаях в сфере муниципального управления – они также существуют и применяются в современной Швейцарии.

Несколько иначе ситуация складывается в Австрии – здесь обычай практически не применяется. Муниципальное, конституционное, навигационное и

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 872-873.

торговое право не являются исключениями. Дело в том, что в правовой системе Австрии обычаи активно записывались, включались в текст нормативно-правовых актов и превращались в нормы закона. При этом многие нормы обычного права вообще переставали существовать. Ярким подтверждением тому являются изменения в области уголовного и уголовно-исполнительного права – так, в 1867 г. в рамках подготовки Уголовного кодекса были отменены следующие предусмотренные обычным правом меры наказания и принуждения: телесные наказания, заключение в кандалы, выставление у позорного столба, лишение гражданских прав.

Австрийское писаное право во многом опирается на немецкое законодательство (особенно на Германское гражданское уложение и Торговое уложение) и зачастую является некодифицированным (например, в сфере уголовного и гражданского судопроизводства, судоустройства, охраны и защиты окружающей среды и др.). Более того, даже Конституция Австрии не представляет собой единый нормативно-правовой акт. «По подсчётам австрийских юристов, Конституция Австрии на конец 1990 г. состояла из более чем 500 различных элементов, включая международные акты. Так, силой норм конституционного права в стране наделена Европейская конвенция по правам человека 1950 г.»¹ Тем не менее, несмотря на возможные сложности применения подобных законодательных актов, нормы обычного права фактически не используются в австрийской юридической практике.

Определённый интерес для нас представляет правовая система Венгрии – преимущественно потому, что Венгрия в 1686-1918 гг. находилась под властью австрийских Габсбургов, но её правовая система развивалась автономно. Рецепция сперва римского, а потом австро-германского права происходила не непосредственно, а через правоприменение (судебную практику) и теоретическое осмысление (на доктринальном уровне).

¹ Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 15.

В 1498 г. юрист Иштван Вербёци составил сборник феодального венгерского обычного права и назвал его «Обработка правовых обычаев славного Венгерского королевства и присоединенных земель в трёх частях» («Трипартитум»), который в 1514 г. был утверждён королём Владиславом II Ягеллоном. В «Трипартитуме» излагались нормы обычного права: публичного и частного, материального и процессуального, гражданского и уголовного. Данный колоссальный труд объединил следующие элементы:

- 1) все существовавшие на тот момент достижения юридической науки;
- 2) наиболее известные и широко применяемые концепции римского права;
- 3) основополагающие нормы и институты канонического права;
- 4) вспомогательную литературу.

По ряду причин официально «Трипартитум» не вступил в силу, однако он быстро приобрёл авторитет закона и являлся основной формой права Венгерского королевства вплоть до 1848 г. и даже позднее.

К XVIII в. соседи Венгрии – Австрия и Чехия – уже заменили старое обычное право новым писаным, но в самой Венгрии продолжало действовать средневековое обычное право. Оно по-прежнему отражало интересы консервативного дворянства, поскольку не подвергалось изменениям и коррективам. Более того, венгерское право не знает кодификации – и это в XVIII в., когда во второй, австрийской части государства – империи Габсбургов – осуществляется активная деятельность по кодификации законодательства.

Тем не менее, нельзя сказать, что в правовой жизни Венгрии не происходит вообще ничего – здесь юристы в частном порядке ещё с конца XVI в. регулярно выпускают так называемые «*Collectio decretorum*» – компиляции нормативных правовых актов королевской власти. Впервые подобный сборник увидел свет в 1696 г. – он назывался «*Corpus iuris Hungarici*». Кроме того, в XVII в. подобным образом опубликовали компиляции городских обычаев и даже «Трипартитум». В XVIII в. к ним добавился «*Planum Tabulare*» (компиляция решений высших судебных инстанций), который сыграл большую роль в правоприменительной и судебной

практике.

В 1861 г. Венгрия в составе Австро-Венгерской империи получила некоторую самостоятельность, в результате чего на её территории отменялось действие Общего гражданского уложения Австрии 1811 г. Соответственно, судебная практика снова осуществляется в соответствии с феодальным обычным правом Венгрии. В то же время возрастает роль принципов прав Австрии и норм германского права. Нормы и институты гражданского процессуального и торгового права, столь необходимые венгерской правовой системе, реципируются именно из соответствующих отраслей права Германии. Венгерские юристы создали великое множество проектов Гражданского кодекса (разумеется, все они основывались на Германском гражданском уложении), ни один из которых в итоге не был принят. Однако данные модели активно применялись при вынесении судебных решений.

Итак, мы видим, что в течение нескольких столетий в сфере основной формой венгерского частного права являлся именно обычай. Главными причинами, обусловившими невозможность распространить на Венгрию действие Общего гражданского уложения Австрии 1811 г., стали: автономный статус государства в составе Австрийской (с 1867 г. – Австро-Венгерской) империи и национализм консервативно настроенной венгерской аристократии.¹

Это означает, что к моменту крушения империи Габсбургов и обретению Венгрией независимости в 1918 г. в основе её частного (в первую очередь гражданского) права лежали старое обычное и прецедентное право и несколько законодательных актов, например, Закон о браке 1894 г. Первый в истории Венгрии Гражданский кодекс был принят только в 1959 г., с некоторыми изменениями он действует и поныне. По мнению исследователей, «... принятие ГК означало завершение более чем столетних усилий по замене обычного права, господствовавшего в области имущественных отношений на протяжении десяти

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 155-159.

веков».¹

В современной правовой системе Венгрии обычай регулирует некоторые отношения в сфере гражданского и земельного права, а также в области муниципального и торгового права.

По итогам исследования обычаев права романо-германской правовой семьи на примере обеих материнских подгрупп нами разработана классификация обычаев права романо-германской правовой семьи по следующим общетеоретическим классификационным критериям:

- 1) территории действия – на общенациональные и локальные обычаи;
- 2) сфере применения – на торговые обычаи, трудовые обычаи, наградные обычаи, морские обычаи, судебные обычаи и др.;
- 3) способам правового регулирования – на обычаи-запреты, обычаи-дозволения и обычаи – позитивные обязывания;
- 4) отраслевой принадлежности – на обычаи гражданского права, торгового права, семейного права и др.

Осуществив исследование обычая как формы романо-германского права в рамках романской и германской подгрупп данной правовой семьи, мы приступаем к изучению обычая как формы романо-германского права в скандинавской, латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгруппах. Это обусловлено тем, что, во-первых, без этого наше исследование было бы неполным, а, во-вторых, это позволит нам изучить влияние романо-германского обычая на местное обычное право целого ряда современных независимых государств, большинство из которых некогда являлись колониями Франции, Германии, Испании и Португалии либо подверглись вестернизации.

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 159.

§ 4. Обычай в правовых системах скандинавской, латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп романо-германской правовой семьи

Начиная рассматривать иные, помимо романской и германской, подгруппы романо-германской правовой семьи, логично было бы начать с государств скандинавской подгруппы, поскольку они никогда не являлись колониями европейских государств и обладают определёнными особенностями. Правовые системы Норвегии, Дании, Швеции, Финляндии, Исландии уникальны, и обычай занимает в системе их форм права отнюдь не последнее место.

В скандинавских государствах существенная роль обычая имеет чёткую историческую обусловленность. Скандинавы являлись лично свободными, в Северной Европе не было крепостного права. Самоуправление, правосудие и законотворчество осуществлялись тингами – народными собраниями. Первые сборники обычаев («Законы гулатинга» 1150 г., «Законы фростатинга» 1190 г.) датируются началом XII в., они дошли до нас и прекрасно сохранились. Данные сборники регулярно дополнялись королевскими постановлениями и вообще редактировались. Такие меры способствовали гибкости и адекватности обычаев, их высокой приспособляемости к меняющимся социальным отношениям, а также их соблюдению и принятию большей частью населения. В скандинавских государствах сборники обычаев составлялись гораздо дольше, чем где-либо в Европе, – вплоть до XVIII в. Так, компиляция норм обычного права осуществлялась в Норвегии до 1683 г., в Дании – до 1687 г., в Швеции и Финляндии – до 1734 г.¹

Помимо того, в Скандинавии обычай исторически был формой не только материального, но и процессуального права. Так, в соответствии с Общим уложением 1734 г. (действовавшим на территории современной Швеции и

¹ См.: Gomard B. Civil Law, Common Law and Scandinavian Law // Scandinavian Studies of Law. 1961. Vol. 5. P. 23-38.

Финляндии), судьи наделялись правом применять процессуальные обычаи (при условии, что в законе отсутствовала необходимая регламентация).

Также следует обратить внимание на то, что в Скандинавии (особенно в Швеции) весьма значительную роль играли лагманы – толкователи обычаев. Первоначально каждое племя избирало лагманов на собрании, затем эта должность стала передаваться по наследству. Лагманы должны были знать обычаи наизусть, выступать на собраниях племени с их изложением и комментированием и при необходимости редактировать действующие обычаи либо создавать новые. Созданные лагманами обычаи одобрялись членами племени на общем собрании. Должность лагмана существовала довольно долго, вплоть до Средневековья.¹

Перечисленные выше особенности политико-правового и исторического развития государств Северной Европы обуславливают не только значительную роль обычая в формировании их правовых систем, но также его особенное значение и широкое применение, в том числе и в настоящее время.

В наши дни в скандинавских государствах обычай признаётся важной формой права наряду с законом. Обычай традиционно подлежит применению во многих сферах деятельности, особенно в местном самоуправлении, торговле, мореплавании и при заключении различных договоров. Здесь обычай часто обладает приоритетом по отношению к закону. Например, в Норвегии обычаям «... в сфере торговли... нередко принадлежит определяющая роль в правовом регулировании».²

Не следует недооценивать значение обычая в частном праве. В государствах Северной Европы сформировалась исторически длительная и богатая практика применения обычая в данной области. Так, в Дании обычаи трудового права подлежат применению, если они недвусмысленны, ясны и действуют в течение долгого времени. В Швеции обычаи трудового права применяются в установленных

¹ См.: Danish Law: A General Survey / Ed. Gammeltoft-Hansen H. Copenhagen, 1982. P. 40-47.

² Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 566.

законом случаях и в соответствии со сложившейся практикой, например, при установлении срока предупреждения об увольнении.¹

Помимо того, в Скандинавии получили широкое распространение неофициальные и официальные систематизации обычаев. Например, местные торговые палаты Швеции регулярно осуществляют обобщение обычно-правовой практики в конкретном порту либо населённом пункте или порту, и данная деятельность значительно упрощает применение обычаев. Обычаи, включённые в такие обобщения практики, считаются действующими, если не будет доказано обратное.

В целом, в государствах Северной Европы «обычаи часто служат существенными дополнениями к действующим законам ... а при отсутствии соответствующих законов могут самостоятельно регулировать правовые отношения».²

Приступая к исследованию правовых систем латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп, мы должны учесть некоторые важные моменты.

Во-первых, зарубежные исследователи всегда особенно интересовались эффективностью правового регулирования. Вопрос о названии самих регуляторов они считали второстепенным. Действительно, в отличие от отечественной научной литературы, в трудах западных учёных не имеют места жаркие дискуссии о соотношении категорий «форма права» и «источник права», их юридической природе и иерархии. В то же время вопросы, связанные с изучением непосредственного содержания нормативных правовых актов, нормативных договоров, обычаев, юридической доктрины и т.д., подлежат всестороннему подробному обсуждению и подкрепляются теоретическими обоснованиями и практическими доказательствами. При этом в зарубежной юридической доктрине

¹ Ершова Е.А. Международные обычаи, содержащие нормы трудового права // Российское правосудие. 2008. № 1. С. 50.

² Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 567.

практически отсутствует описание источника права в формальном, материальном и идеологическом смыслах. Английский юрист Роберт Циммерман так объясняет подобное восприятие обозначенных проблем: «Право должно работать. Какая разница, что называется источником, а что – формой права, если оно регулирует отношения между субъектами? Эффективность – вот что действительно важно, и она всегда подтверждается либо опровергается эмпирическим путём»¹.

Также следует помнить, что во многих зарубежных юридических вузах отсутствует такая учебная дисциплина как теория государства и права. Соответственно, профессорско-преподавательский состав и студенты данных вузов заняты выработкой конкретных юридических навыков (особенно тех, которые касаются процессуального права и участия в судебных заседаниях), а не изучением проблемных теоретико-правовых вопросов.

Во-вторых, необходимо принять во внимание, что западные учёные-юристы накопили грандиозный практический материал, так или иначе связанный с различными способами социального (в том числе правового) регулирования. Здесь большое значение имели масштабные исследования, которые проводились на территориях колониальных владений Франции, Германии, Великобритании и иных государств Европы. Собранный в колониях уникальный и богатый материал нередко обладал ярко выраженным этнографическим и антропологическим характером. Однако исследователи из метрополии всё же писали и публиковали научные труды, посвящённые местному религиозному и обычному праву, а также писаному праву колоний.

В-третьих, исследователи стремились к решению конкретной практической задачи. На основе собранного и обработанного материала они пытались создать систему административно-хозяйственного управления колониями, включающую в себя новое колониальное право. Это право должно было, с одной стороны, отвечать интересам метрополии, а с другой – пользоваться поддержкой местного населения,

¹ Zimmermann R. Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today. Oxford, 2001. P. 23-24.

вызывать его уважение, соблюдаться им и быть ему понятным. Такая задача представлялась трудноразрешимой, причём не только по причине экономических и политических факторов, культурных и национальных различий, и т.д., но и вследствие того, то социальные отношения местного населения в ряде регионов (в первую очередь в Экваториальной Африке) находились на первобытном уровне. Данное законодательство в полной мере продемонстрировало свою эффективность и жизнеспособность после распада колониальных империй и обретения колониями независимости. Современные суверенные государства Азии, Африки, Океании и Южной Америки не стали ни отказываться от колониального законодательства, ни принципиально изменять его и по настоящее время используют всевозможные государственно-правовые институты своих бывших колонизаторов.

В-четвёртых, большинство государств, которые в настоящее время входят в латиноамериканскую, дальневосточную и африканскую подгруппу романо-германской правовой семьи, некогда являлись колониями Франции, Германии, Испании, Португалии или других государств романо-германского права. Некоторые государства, например, Япония и Турция, по политическим, военным и иным причинам подверглись вестернизации.¹ Поэтому для наглядности ниже приводится список всех территорий, когда-либо бывших колониями соответствующих крупных империй. Так, в разное время **колониями Португалии** являлись:

в Северной Атлантике:

- Азорские острова;
- Гренландия (ныне автономия Дании);
- Мадейра;
- земля Корте-Реал (ныне часть Канады):
 - Лабрадор;
 - Терра Нова (Ньюфаундленд);

¹ См.: Кича М.В. Обычай в правовых системах латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп романо-германской правовой семьи // Евразийский юридический журнал. 2015. № 1(80). С. 135-137.

- Новая Шотландия;

в Латинской Америке:

- Французская Гвиана;
- Бразилия;
- Барбадос;
- поселения в Уругвае (Сисплатина и Колония-дель-Сакраменто);

в Западной Африке:

- эксклавы в Марокко:
 - Танжер;
 - Сеута;
 - Мазаган (Эль-Джадида);
 - Агуш (Суира-Гедима);
 - Сафин (Сафи);
 - Азамор (Аземмур);
 - Арзила (Асила);
 - Уадан;
 - Крепость Святого Креста мыса Ге (Агадир);
 - Алказер-Кебир (Эль-Ксар-эль-Кебир);
 - Могадор (Эс-Сувейра);
- Португальский Золотой Берег (Гана):
 - Аккра;
 - Эльмина;
- Португальская Гвинея (современная Гвинея-Бисау):
 - Кашеу;
 - Бисау;
- Аргуин (часть Мавритании);

- Зигиншор (находится в Сенегале);
- острова Зелёного мыса (ныне Кабо-Верде);
- Крепость Иоанна Крестителя Ажуда (сейчас часть города Уида, Бенин);

в Экваториальной и Восточной Африке:

- Португальское Конго (Кабинда) – ныне эксклав Анголы;
- Португальская Западная Африка (Ангола);
- Португальская Восточная Африка (Мозамбик);
- Сан-Томе и Принсипи;
- остров Св. Елены;
- острова Св. Лаврентия;
- Фернандо-По и Аннобон (части нынешней Экваториальной Гвинеи);
- форпост на Маскаренских островах;
- юг Мадагаскара;
- поселения в Кении:
 - Малинди;
 - Момбаса;
- поселения в нынешней Танзании:
 - Занзибар;
 - Килоа (сейчас Килва-Кисивани, Танзания);

в Азии:

- Тарут;
- Аден и Сокотра (части современного Йемена);
- Либедиа (Бидья);
- Бахрейн;
- Калба (ныне эксклав Шарджи, ОАЭ);
- Жулфар (Рас эль-Хайма, ныне часть ОАЭ);

- Дибба-Аль-Хисн (ныне эксклав Шарджи, ОАЭ);
- Хор Факкан (ныне эксклав Шарджи, ОАЭ);
- Аль-Катиф (ныне часть Саудовской Аравии);
- Курийят;
- Оман:
 - Маскат;
 - Сохар;
- опорные пункты в Персии:
 - Ормуз;
 - Кешм;
- Португальская Индия:
 - Бомбей/Мумбаи;
 - Гоа;
 - Каликут/Кожикодде;
 - Диу;
 - Даман;
 - Лаккадивские острова;
 - Кочин;
- Малакка (часть современной Малайзии);
- Цейлон (ныне Шри-Ланка);
- Мальдивские острова;
- Португальская Индонезия (ныне части Индонезии):
 - Макаassar (остров Целебес);
 - остров Флорес;
 - острова Банда;
 - Молуккские острова;
 - Западный Тимор;
- Восточный Тимор (сейчас Тимор-Лешти):

- поселения в Китае:
 - Макао;
 - острова возле Нинбо;
- Децима/Дэдзима (сейчас часть Нагасаки, Япония).¹

В состав **Испанской империи** входили следующие территории:

в Северной и Южной Америке:

- Новая Испания;
- Новая Гранада;
- Гватемала;
- Флорида;
- Вице-королевство Перу;
- Рио-де-ла-Плата;
- Венесуэла;
- Юкатан;
- Санто Доминго;
- Пуэрто-Рико;
- Куба;
- Чили;

в Азии:

- Филиппины;

в Океании:

- Гуам;
- Испанская Ост-Индия;

¹ См.: Колонии Португалии [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Колонии_Португалии (дата обращения: 1.02.2013).

в Африке:

- Испанская Гвинея:
 - Рио-Муни (ныне континентальная часть Экваториальной Гвинеи);
 - Фернандо-По (ныне островная часть Экваториальной Гвинеи);
- Испанское Марокко:
 - Ифни;
 - Испанская Северная Африка (Сеута, Мелилья и др.);
 - Испанское Южное Марокко (современный марокканский город Тарфая);
- Испанская Сахара (ныне Западная Сахара):
 - Рио-де-Оро;
 - Сегиет-эль-Хамра;
- Канарские острова;

в Европе:

- на территории нынешней Италии:
 - Ломбардия;
 - Президи;
 - Сицилия;
 - Сардиния;
 - Неаполитанское королевство;
 - Парма;
- на территории нынешней Франции:
 - Руссильон;
 - Франш-Конте;
- Португалия, включая Португальскую колониальную империю;
- герцогство Афинское (ныне Греция);
- Люксембург;

- Нидерланды (включая территорию современной Бельгии);
- Мальта;
- Дураццо (современный албанский город Дуррес);
- Балеарские острова;
- на территории нынешней Италии:
 - Сардиния;
 - Сицилия;
 - Неаполитанское королевство;
- на территории нынешней Франции:
 - Прованс;
 - Монпелье;
 - Руссильон;
 - Корсика.¹

Колонии Германской империи:

в Африке:

- Германская Восточная Африка:
 - Танганьика (ныне часть Танзании);
 - Руанда-Урунди (ныне Бурунди и Руанда);
 - сектор Кионга (ныне часть Мозамбика);
 - Витуланд (ныне часть Кении);
- Германская Юго-Западная Африка (современная Намибия);
- Германское Того (сейчас Того и часть Ганы);
- Германский Камерун, включая Новый Камерун (нынешний Камерун, часть присоединена к Нигерии)

¹ См.: Испанская империя [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Испанская_империя (дата обращения: 1.02.2013).

в Азии и Океании:

- Германская Новая Гвинея (ныне часть Папуа – Новой Гвинеи):
 - остров Бугенвиль и другие северные Соломоновы острова (ныне часть Папуа – Новой Гвинеи);
 - архипелаг Бисмарка (ныне часть Папуа – Новой Гвинеи);
 - земля кайзера Вильгельма (находится на острове Новая Гвинея);
 - Науру;
- Палау;
- Германское Самоа (ныне Самоа);
- Маршалловы острова;
- Каролинские острова;
- Марианские острова;
- концессии в Китае:
 - Циндао (она же Цзяо-Чжоу, Кайтчоу, или Киаучоу, ныне часть КНР);
 - Тяньцзинь;
 - сфера влияния в провинции Шаньдун;

в Латинской Америке:

- Новая Германия в Парагвае;
- германские поселения в Южной Бразилии;
- германские поселения в Южном Чили;
- Германская Аргентина.¹

Наконец, список территорий, находившихся в колониальной или иной зависимости от **Франции**, выглядит следующим образом:

в Азии:

- Французский Индокитай (современный Вьетнам, Лаос и Камбоджа);

¹ См.: Колонии Германии [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Колонии_Германии (дата обращения: 1.02.2013).

- французские поселения в Индии (ныне часть Индии);
- Гуанчжоу (ныне часть КНР);
- Ливан;
- Сирия;

в Северной и Южной Америке:

- Новая Франция:
 - Луизиана (Иллинойс, Нижняя Луизиана);
 - Акадия (Нью-Брансуик, Новая Шотландия и остров Святого Иоанна);
 - Новая Земля (Ньюфаундленд);
 - Канада (Квебек, Трехречье, Монреаль, территория Великих озёр);
 - Гудзонов залив;
- Сен-Пьер и Микелон;
- Французская Гвиана;
- Гваделупа (включая Сен-Бартелеми и север острова Святого Мартина);
- Мартиника;
- Гаити;

в Африке:

- Марокко;
- Тунис;
- Алжир;
- Французская Западная Африка:
 - Французский Судан (ныне Мали);
 - Берег Слоновой Кости (ныне Кот-д'Ивуар);
 - Французская Гвинея (современная Гвинея);
 - Мавритания;
 - Сенегал;

- Дагомея (современный Бенин);
- Того;
- Верхняя Вольта (ныне Буркина-Фасо);
- Нигер;
- Французская Экваториальная Африка:
- Среднее Конго (нынешняя Республика Конго);
- Габон;
- Чад;
- Убанги-Шари (современная Центральноафриканская республика);
- Коморские острова (в том числе Майотта);
- Мадагаскар;
- острова Эпарсе;
- Французский Берег Сомали (ныне Джибути);
- Камерун;
- французские южные и антарктические территории (Кергелен и др.);

в Океании:

- Французская Полинезия (включая остров Клиппертон);
- Уоллис и Футуна;
- Новая Каледония;
- Новые Гебриды (кондоминиум с Великобританией, сейчас Вануату);

в Европе:

- Батавская республика (нынешняя Голландия);
- Бельгия;
- герцогство Варшавское;
- Италия (Пьемонт, Тоскана, Неаполитанское королевство и др.);
- Иллирия (Далмация);

- западная часть Германии (Рейнский союз);
- Испания (кроме Галисии и Гранады);
- Швейцария.¹

Таким образом, африканская подгруппа романо-германской правовой семьи в настоящее время насчитывает три правовые системы – Алжира, Мали и Кот-д’Ивуар. Обычай как форма романо-германского права имеет место быть во всех трёх правовых системах и активно взаимодействует с местным обычным правом. Так, в праве Алжира многие отрасли законодательства (особенно гражданское, земельное, судебное, уголовное право) основаны на французском обычном праве в частности и на французской правовой традиции в целом. С помощью мусульманского права (в том числе адатов) регламентированы только вопросы личного статуса.

До 1830 г. в Алжире применялось исключительно мусульманское право. Французское законодательство фактически накладывалось на алжирскую правовую систему, при этом в одних случаях оно заменяло мусульманское религиозное право, а в других применялось параллельно с ним в качестве персонального права, предназначенного для регулирования отношений между европейцами. В 1834 г. в Алжире принимают созданные по французской модели Гражданский и Торговый кодексы.

В 1962 г. Алжир обретает независимость, но французское право в целом продолжает действовать 31 декабря 1962 г. издаётся специальный нормативный правовой акт, согласно которому в Алжире закрепляется возможность применения законодательства, принятого в колониальную эпоху. Разумеется, не подлежат применению откровенно дискриминационные акты и акты, противоречащие государственному суверенитету Алжира. В ряде вопросов, относящихся к частноправовой сфере, сохранялся дуализм обеих правовых систем (мусульманской и французской), и это порождало серьёзные трудности в применении права.

¹ См.: Колонии Франции [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Колонии_Франции (дата обращения: 1.02.2013).

В 1960-1970 гг. в Алжире активно разрабатывается и принимается непосредственно внутригосударственное законодательство (постепенно оно заменит старые нормативные правовые акты Франции). В 1966 г. принято три кодекса: уголовный, уголовно-процессуальный и гражданско-процессуальный. В 1975 г. увидел свет гражданский кодекс и новая редакция уголовного кодекса. С июля 1975 г. в Алжире официально запрещено применять колониальное законодательство. Тем не менее, вновь созданное алжирское законодательство основывалось на французских нормативных правовых актах. Мусульманское право продолжает регулировать брачно-семейные правоотношения, а также вопросы личного статуса граждан. Логичным продолжением стало принятие в 1984 г. Кодекса о семье, который был основан на принципах ислама.¹

Аналогичная ситуация складывается в Мали и Кот-д'Ивуар, где все основные отрасли права имеют глубокие корни во французском (в том числе французском обычном) праве. Тем не менее, население, особенно в сельской местности, по-прежнему активно применяет местное обычное право, нормы которого были включены в ряд важнейших нормативных правовых актов, среди которых Семейный кодекс Мали 1962 г., Гражданский кодекс Кот-д'Ивуар 1970 г. и др.

Итак, в африканской подгруппе романо-германской правовой семьи и бывших африканских колониях европейских государств местное обычное право и обычай как форма романо-германского права санкционируют общественные отношения в самых разных правовых отраслях. При этом обычное право применяется в сфере частного права, а обычай как форма романо-германского права – в сфере публичного права

Продолжая наше исследование, мы переходим к изучению обычного права в латиноамериканской подгруппе романо-германской правовой семьи. Необходимо учитывать тот факт, что данная подгруппа обладает некоторыми особенностями, обусловленными её историческим развитием. В частности, в 1537 г. испанская

¹ См.: Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 34-37.

Америка попала под действие законодательства наиболее крупной испанской области – Кастилии. Данное законодательство состояло из множества компиляций, большинство из которых было основано на законодательстве вестготов и, конечно же, римском праве. В число самых известных из вышеназванных сборников входят, в частности:

- 1) «Фуэро хузго», VII в.,
- 2) «Фуэро реаль», 1225 г.,
- 3) «Семь партид», 1263 г.,
- 4) законы Торо, 1505 г. и др.

В 1567 г. юристы закончили подготовку собрания законов. Оно состояло из девяти томов и получило название «Новый свод» (*Nueva Recopilacion*). Всё законодательство, по каким-либо причинам не включённое в «Новый свод», было отменено. В то же время «Фуэро реаль» и «Семь партид» теоретически подлежали применению в качестве дополнительных источников. Тем не менее, в юридической практике «Партиды» продолжали оставаться главным источником права.

Помимо того, имело место специальное законодательство для колоний. Оно создавалось и издавалось как в метрополии, так и в самих колониях (примерами такого законодательства являются многочисленные декреты, конституции, ордонансы, статуты и др.). В 1680 г. был издан «Свод законов королевств Индий» (*Recopilacion de las leyes do los Reynos de las Indias*). Он стал результатом грандиозной систематизации колониального права. Также следует учитывать, что в колониях (впрочем, как и в самой Испании) судебные решения зачастую включали в себя ссылки на концепции и доктрины римского и канонического права. Данные концепции и доктрины фактически представляли из себя такой же неотъемлемый элемент правовой системы, как и законодательные акты.

В латиноамериканской подгруппе романо-германской правовой семьи необходимо особо выделить правовую систему Бразилии, которая долгое время являлась единственной в Латинской Америке колонией Португалии. В колониальный период в Бразилии широко применялись компиляции актов

португальских королей и португальского обычного права (например, Ордонансы королей Альфонсов III и IV (Ordенаoes Alfonsinas) конца XIV-начала XV в., Ордонансы Филиппа 1603 г. (Ordенаoes Filipinas)), основанных на большом количестве норм римского и канонического права.

Разумеется, юридическая культура Португалии, своими корнями уходящая в традиции римского права, сыграла важнейшую роль в становлении и развитии правовой системы Бразилии. Кодификация бразильского гражданского права осуществлялась под образ и подобие Германского Гражданского уложения. На уголовное право Бразилии также оказали большое влияние законодательства Италии и Франции.

Португальское наследие проявилось и в отношении к обычаю как форме права. В правовой системе Бразилии роль обычая весьма ограничена. Он является лишь дополнением к закону и не считается самостоятельной формой права.

Подобное восприятие обычая характерно практически для всех латиноамериканских государств. В Аргентине, Венесуэле, Уругвае, Чили и др. обычай применяется исключительно в случаях, специально оговоренных законом, и только в качестве субсидиарной формы права. Этому имеется объяснение: в государствах Латинской Америки, которые пережили вторжение испанских и португальских колонизаторов, уничтожение коренного населения и массовый ввоз чёрнокожих рабов, местные обычаи попросту не сохранились. Имея в качестве главной формы права делегированное законодательство (т.е. акты органов исполнительной власти, подзаконные нормативно-правовые акты), правовые системы вышеназванных латиноамериканских государств в принципе не смогли сохранить обычай как форму права. Испанские и португальские обычаи были записаны и превращены в нормы законов, а местное обычное право фактически стёрли с лица земли, как правило – вкуче с его носителем, коренным населением. Также следует помнить, что обычное право ацтеков, майя, инков и других индейских племён, не отвечало, да и не могло отвечать требованиям колонизаторов. Следовательно, в правовом регулировании оно было признано весьма

неэффективным. Наконец, многочисленные диктаторские режимы, которые в течение десятилетий существовали в государствах Латинской Америки (именно благодаря чему она и получила название «заповедника диктаторских режимов»), никоим образом не способствовали рецепции и развитию обычного права. Напротив, в условиях диктатуры применение обычного права сводилось на нет, и правовое регулирование осуществлялось исключительно с помощью актов органов исполнительной власти.

Мы переходим к исследованию дальневосточной подгруппы романо-германской правовой семьи, для чего проведём анализ правовых систем Японии и Республики Корея (Южной Кореи).

История японского обычного права довольно богата и специфична. В число обычаев Древней Японии входили многие распространённые табу, в числе которых:

- запрет убийства члена своей общины;
- запрет нанесения телесных повреждений членам своей общины;
- запрет обмана членов своей общины;
- запрет инцеста;
- запрет зоофилии;
- запрет колдовства, нацеленного на причинение вреда членам своей общины;
- запрет нарушения полового и возрастного разделения функций между

мужчинами и женщинами, взрослыми и детьми и др.

Соблюдение вышеназванных запретов и норм обычного права обеспечивала вся община. В ранний период развития японского общества особые органы принуждения отсутствовали. Нарушение обычно-правовых норм влекло за собой наказание. Наказания были разных видов, к основным относились смерть, изгнание из общины, телесные наказания, общественное порицание.

В течение долгого времени обычаи представляли собой единственную форму права Древней Японии. По сути они являлись правилами поведения, которые

сформировались в результате повторяемости. Государство признавало обычаи общеобязательными и обеспечивало их силой своего принуждения.

Исследователи права Древней Японии сталкиваются со следующей проблемой: поскольку обычаи существовали и применялись в устной форме, они не записывались, и это значительно затрудняет процесс изучения их содержания. Однако в многочисленных древних легендах, преданиях и прочих нарративных источниках нашли отражение обычаи гражданского оборота и правоприменительная практика. Именно на их основе представляется возможным выявить древнеяпонское обычное право.¹

Выделяют четыре вида обычаев:

- 1) обычаи из жизни предков;
- 2) обычаи из жизни жрецов.

К первым двум видам обычаев относятся обычаи, закреплённые в норито. Норито представляет собой молитву или её текст в синтоизме. Именно норито формируют самый древний пласт свидетельств об архаической культуре Японии;

3) обычаи из жизни ныне живущих людей («обычная практика»). К ним относятся разнообразные семейно-брачные, наследственные, земельные, сельскохозяйственные обычаи. Кроме того, в данную группу входят торговые обычаи и обычаи из сферы оказания услуг, например, обычай, закрепляющий процедуру найма услуг по содержанию лошадей;

4) обычаи из жизни должностных лиц. К ним относятся обычаи в сфере налогообложения, государственного управления, уголовного права и процесса.

В современной Японии обычай не входит в число форм уголовного права. Вообще праву в Японии (да и вообще в конфуцианской Азии) относятся весьма негативные. В данном регионе право воспринимается только как международное (для общения с иностранцами, коих считают «варварами») и уголовное (для наказания преступников). Главный социальный регулятор – гири, являющиеся

¹ См.: Суровень Д.А. Возникновение права и источники права древней Японии // Проблемы курса истории государства и права. Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 2004. С. 198-226.

морально-этическими нормами, а также предписаниями и моделями поведения в какой-либо конкретной ситуации. Гири регулируют отношения в семье и корпорации, определяют механизмы оказания услуг и возврата долга, закрепляют статусы и полномочия членов общества и многое другое. Фактически гири – это современное японское обычное право, имеющее в качестве главной функции примирение сторон. При этом обычай как форма романо-германского права в правовой системе Японии фактически отсутствует, тем более что немногочисленные нормы романо-германского обычного права со временем включались в тексты нормативных правовых актов.

В правовой системе Южной Кореи сложилась аналогичная ситуация. В.Я. Сухарев справедливо замечает, что, будучи в составе романо-германской правовой семьи, правовая система современной Южной Кореи включает в себя существенные заимствования из правовой системы США. Несмотря на это, правосознание и правовая культура корейцев определяются общими для восточноазиатских народов ценностями конфуцианства, в первую очередь – коллективизмом, патернализмом, предпочтением примирительных процедур судебному разбирательству, приоритетом обязанностей над правами и господством моральных норм над правовыми нормами.¹ Действительно, в течение ряда столетий Корея испытывала сильное влияние китайской (конфуцианской) юридической культуры. Следовательно, сугубо правовые предписания ограничивались в основном нормами уголовного права, в то время как основной объём общественных отношений регулировался с помощью обычаев, традиций, а также норм этики и морали.

Рецепция романо-германского права в Корею явилась следствием введения и активного применения японских законов в конце XIX в. и колониального господства Японии в первой половине XX в. (1910-1945 гг.). Несмотря на это, во время японской оккупации Кореи местное обычное право продолжало выступать в качестве основной формы частного (особенно договорного, наследственного и

¹ Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А.Я. Сухарев. М.: Норма, 2003. С. 399.

семейного) права.

После обретения Кореей независимости все японские нормативные правовые акты были заменены корейскими. В частности, был принят корейский Уголовный кодекс (1953 г.), Уголовно-процессуальный кодекс (1954 г.), Гражданский кодекс (1958 г.), Гражданский процессуальный кодекс (1960 г.) и Торговый кодекс (1962 г.). Помимо них, разработано и принято ещё несколько кодифицированных актов, при разработке которых законодатель демонстративно отходил от требований прежнего законодательства Японии и её юридической культуры. Тем не менее в некоторых важнейших юридических институтах и отраслях правовая система Южной Кореи осталась верна основополагающим принципам романо-германского права, причём именно в той форме, в котором они были некогда реципированы через нормативные правовые акты Японии.

В результате работы американской военной администрации в 1945-1948 гг. после Второй мировой войны правовая система Кореи переняла многие элементы права США, особенно в сфере административного, торгового, трудового, уголовно-процессуального права.

В настоящее время основной формой права в Республике Корея является нормативный правовой акт. Система законодательства включает в себя следующие акты: Конституцию, законы Национального собрания, декреты Президента, ордонансы премьер-министра.

Обычай (причём как форма романо-германского права) признаётся вспомогательной формой права для некоторых отраслей (преимущественно для гражданского, торгового, трудового права), при этом он не должен противоречить законодательству.

Единственной отраслью южнокорейского права, где местный обычай является основной формой права, является семейное право Республики Кореи. От обычая как формы романо-германского семейного права его в первую очередь отличает понятие семьи. Согласно корейской традиции, семья означает совокупность всех лиц с общими предками, объединённых родовой фамилией. Следовательно, браки между

однофамильцами запрещены. Когда женщина выходит замуж, она никогда не меняет свою девичью фамилию на фамилию мужа.

Согласно обычному праву Кореи, брак заключается путём проведения особой церемонии. Однако гражданское законодательство предусматривает, что брак становится юридически действительным с момента его регистрации. Фактические браки можно «узаконить» на основании решения Семейного суда, располагающегося в Сеуле.

Таким образом, в правовых системах, входящих в дальневосточную подгруппу романо-германской правовой семьи, обычай как форма романо-германского права применяется – и весьма ограниченно – в публичном праве. В частноправовой же сфере предпочтение отдаётся местному обычному праву, причём зачастую целью его использования является примирение сторон. Таким образом, в дальневосточной подгруппе романо-германской правовой семьи наибольшее внимание уделяется именно медиативной сущности обычая как формы права.

Завершив исследование обычая как формы права в романо-германской правовой семье, мы можем выделить следующие общие признаки обычаев права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях:

- 1) соответствие принципам и нормам права, содержащимся в иных формах национального права;
- 2) многократность применения;
- 3) непрерывность действия;
- 4) обязательность исполнения для неопределённого круга лиц.

В результате проведённого исследования обычая как формы романо-германской правовой семьи нами выявлено и доказано (в т.ч. путём анализа специализированной литературы и действующего законодательства соответствующих государств), что фактическое значение обычая далеко не одинаково и имеет определённые различия в рамках данной правовой семьи. В соответствии с этим, в зависимости от фактической роли обычая в правовом

регулировании, предлагается деление правовых систем романо-германской правовой семьи на:

1) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют публичные и частные отношения (Испания и государства Северной Европы);

2) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют только публичные отношения (Португалия);

3) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют только частные отношения (Республика Корея);

4) правовые системы, в которых обычаи права регулируют отношения только в случаях, установленных в нормативных правовых актах (Франция, Германия, государства Латинской Америки).

Заключение

Тщательно изученный теоретико-правовой и сравнительно-исторический материал, изложенные в работе позиции отечественных и зарубежных исследователей, представленные теоретические аргументы, выработанные автором положения, проведённый детальный анализ специализированной научной литературы и иностранного законодательства позволяют подвести определённые итоги данного диссертационного исследования.

Изучение обычая приобретает особое значение в современных условиях. Глобализация, международная торговля, миграции населения и многие другие объективные факторы способствуют сближению государств, их объединению для осуществления совместной политической, экономической, культурной и прочей деятельности а, следовательно, и развитию обычного права. Негативное отношение к обычаю, восприятие его как консервативной, архаичной и неэффективной формы права уходит в прошлое. Обычай действительно способен регулировать общественные отношения – это подтверждается проведённым нами анализом специальной научной литературы, а также тщательным изучением зарубежных законодательных актов.

Для отечественной юридической науки изучение обычая как формы права имеет особое значение. В первую очередь это связано с господствовавшей в течение долгого времени советской правовой доктриной, представители которой всячески умаляли роль и значение обычая и обычного права. За указанный период времени зарубежные исследователи накопили и обработали огромное количество научного материала, посвящённого интересующей нас проблематике. За границей было опубликовано поистине колоссальное число монографий и статей, посвящённых многочисленным и разноплановым аспектам описания, изучения, анализа и применения обычая как формы права. При этом следует учитывать, что в

государствах Европы и Соединённых Штатах Америки большинство изданных научных трудов со временем редактируется и переиздается, таким образом, в последних изданиях всегда представлена наиболее свежая и актуальная информация, затрагивающая какую-либо научную проблематику, в т.ч. проблематику исследования обычая как формы права. Помимо того, в данном исследовании существует преемственность, учёные систематически собирают новый материал, анализируют накопленные данные, разрабатывают концепции и теории понимания обычая как регулятора международных и внутригосударственных правовых отношений.

К сожалению, отечественная юридическая наука преимущественно лишена подобной зарубежной научной информации. Тем не менее, её необходимость не вызывает сомнений. Поэтому в данном диссертационном исследовании автор вводит в научный оборот иностранные материалы.

Также, несмотря на значительное количество принадлежащих отечественным учёным трудов, посвящённых проблематике обычая, среди них вряд ли отыщется комплексное исследование обычая как формы права и тем более - компаративный анализ обычая как формы англосаксонского и романо-германского права. Большинство работ посвящено общетеоретическому рассмотрению обычая в системе форм права, определению его места исключительно во внутригосударственном либо исключительно в международном правовом регулировании, изучению обычая как формы права определённой правовой семьи или правовой системы (в том числе российской), описанию многочисленных обычаев в традиционных обществах и т.д. Выбранная тема данного диссертационного исследования является довольно узкой – и поэтому представляет собой своеобразную *terra incognita* как для отечественной, так и для зарубежной юридической науки.

Наконец, следует помнить, что для нашей страны изучение обычая как формы права имеет принципиальное теоретическое и практическое значение. В настоящее время обычай постепенно становится неотъемлемым элементом правовой системы

России. Со временем он может сыграть значительную роль в регулировании и стабилизации общественных отношений, а, следовательно, способствовать формированию в нашей стране гражданского общества и последующему построению правового государства.

Данное исследование осуществлено на тему, обладающую абсолютной научной новизной – в отечественной юридической науке никто не уделял большого внимания обычаю как форме англосаксонского либо романо-германского права, тем более их компаративному анализу. На Западе монографических работ теоретико-правового, посвящённых данной теме, также не существует, имеющиеся монографии представляют собой исторические исследования либо непосредственно сборники различных обычаев.

Помимо того, говоря о соотношении источников и форм права, отечественные учёные, как правило, не анализируют концепции своих зарубежных коллег. Между тем, последним намного интереснее говорить о практическом применении тех или иных социальных регуляторов, а не вести оживлённые дискуссии о том, что является формой права, а что – его источником. Тем не менее, подходы к пониманию терминов «источник права» и «форма права» в зарубежной юридической литературе отличаются неоднозначностью и многообразием. Некоторые положения схожи с идеями, имеющими место в отечественной теории права, другие же кардинально от них отличаются и порождают множество вопросов. Однако нельзя забывать, что для иностранных учёных-юристов на первом месте стоит не проблематика понятийно-категориального аппарата, а практическая значимость правовых феноменов, процессов и явлений, их эффективность в правовом регулировании, а также общий дух и смысл законодательства. Четырнадцатый председатель Верховного Суда США, губернатор Калифорнии Эрл Уоррен любил повторять: «Право делает живым его дух, а не формы». Непосредственная жизнь права и юридическая практика иногда довольно далеки от теоретических проблем и дискуссий – это не хорошо и не плохо, это ещё один взгляд на правовую действительность. Очевидно, он менее теоретизированный и

имеет большую эмпирическую направленность. Однако его представители прекрасно осознают ценность права как общегуманитарного и сугубо юридического феномена и нацелены на практическое применение права, его источников и форм во всём их многообразии.

Общая теория источников и форм права, а также теория обычая в российской теоретико-правовой науке разработана гораздо лучше, нежели в иностранной. Тем не менее, зарубежные юристы накопили богатейший эмпирический материал относительно возникновения, развития, распространения и функционирования различных форм права.

Разумеется, общетеоретического рассмотрения обычая как формы англосаксонского и романо-германского права не достаточно для определения его фактической роли и действительного значения в регулировании правоотношений. В соответствии с этим, диссертантом было проанализировано место обычая в системе форм англосаксонской и романо-германской правовой семьи, в правовых системах бывших колоний и основных доминионов Великобритании и государств континентальной Европы, а также в ряде смешанных правовых систем, неразрывно связанных с англосаксонским правом. При этом особое внимание уделялось возникновению и генезису англосаксонского и романо-германского обычного права, его юридической природе, а также отличиями между обычаем как формой романо-германского права и обычаем как формой англосаксонского права, обычаями в английской и американской подгруппах англосаксонской правовой семьи.

Диссертантом установлено, что в современной юридической науке англосаксонской правовой семьи господствует социологическая юриспруденция, в которой обычай понимается как традиционная форма права, обладающая следующими особенностями:

- 1) ограниченностью определённой сферой деятельности либо территорией;
- 2) признанием большинством профессионального сообщества данной сферы деятельности либо большинством населения территории, на которой он действует как форма права;

3) применением в сфере публичного права.

Также выявлено, что принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права в англосаксонской правовой семье, применяются в случаях пробелов в иных формах англосаксонского права. В системе форм англосаксонского права обычаи права занимают место после основополагающих (общих) принципов англосаксонского права, статутов, нормативных правовых договоров и судебных прецедентов права.

Нами доказано, что роль обычая как формы права в Англии определена и весьма существенна, особенно в конституционном (государственном) праве. Действительно, в английском праве обычай регулирует множество правоотношений в сфере судоустройства и судопроизводства, избирательного права, деятельности политических партий и парламента, системе дворянских титулов, компетенции высших должностных лиц государства (в том числе премьер-министра), статуса монарха и т.д. Более того, есть все основания предполагать, что без обычаев Англия была бы не парламентарной, а абсолютной монархией.

По итогам исследования обычаев права англосаксонской правовой семьи на примере обеих материнских подгрупп (английской и американской) автором разработана классификация обычаев права англосаксонской правовой семьи по следующим общетеоретическим классификационным критериям:

- 1) территории действия – на общенациональные и локальные обычаи;
- 2) сфере применения – на торговые обычаи, трудовые обычаи, наградные обычаи, морские обычаи, судебные обычаи и др.;
- 3) способам правового регулирования – на обычаи-запреты, обычаи-дозволения и обычаи – позитивные обязывания.

Завершив изучение обычая как формы права двух основных подгрупп семьи англосаксонского права – английской и американской, мы приходим к выводу, что обычай в семье англосаксонского права является настоящим юридическим феноменом, который имеет ряд особенных черт, позволяющих отличить его от обычая в романо-германском праве. Помимо того, обычай в системе английского и

американского права имеет некоторые различия, что позволяет нам говорить о его гибкости и высокой приспособляемости к изменяющимся общественным отношениям.

Тем не менее, наше исследование было бы неполным без анализа обычая как формы англосаксонского права в правовых системах основных доминионов и бывших колоний Британской империи. Британские колонизаторы сделали многое для изменения обычного права ряда современных независимых государств Азии, Африки и Ближнего Востока. Колониальная администрация запретила наиболее жестокие обычаи (например, неполучение женщиной наследства и закапывание жены во время похорон с телом умершего мужа в Индии; каннибализм, болезненные и унижающие человеческое достоинство обряды инициации в африканских колониях; смертную казнь путём побития камнями в колониях на Ближнем Востоке), некоторые из этих запретов действуют в настоящее время.

Будучи европейским, обычное право колонизаторов имело гуманистическую направленность, которая, в свою очередь, прививалась жителям колоний. Так, многие законодательные нормы, закрепляющие защиту коренного населения ряда бывших колоний Великобритании (в т.ч. североамериканских индейцев в Канаде, аборигенов в Австралии, малочисленных племён Новой Зеландии) напрямую происходят от обычаев колониального управления, широко применявшихся британской администрацией.

Наибольшие изменения затронули национальное обычное право в сфере наследственного, деликтного, уголовного и уголовно-исполнительного права, а также государственного управления и административного устройства. Также большую роль сыграли привнесённые в ряд государств английские судебные обычаи: они так или иначе существуют и применяются в большинстве бывших колоний и обуславливают статус и полномочия судей, права и обязанности сторон судебного разбирательства, систему доказательств и доказывание, порядок формирования и участие в процессе присяжных заседателей, прочие процессуальные аспекты.

Правовые системы бывших колоний Англии по степени влияния и сферам применения обычного права диссертантом классифицированы на три группы:

1) правовые системы, в которых обычаи Англии применяются в публичном и частном праве (США, Ямайка, Мальта, Новая Зеландия, Австралия, Уганда);

2) правовые системы, в которых обычаи Англии применяются только в публичном праве (Индия, Палестина, Малайзия, Мьянма, Сингапур);

3) правовые системы, в которых обычаи Англии не применяются (Египет, Кувейт, Катар, Бахрейн, Афганистан, Оман, ОАЭ, Иордания, Ботсвана, Кения, Намибия).

Наконец, мы рассмотрели обычай как форму англосаксонского права в условиях смешанных правовых систем (в т.ч. Шотландии, ЮАР, Израиля, Квебека и Луизианы), а также его взаимодействие с местными обычаями этих государств и регионов. Исследование обычая как формы англосаксонского права в смешанных правовых системах позволило установить, что влияние англосаксонского обычая в смешанных правовых системах на местное обычное право отсутствует. Обычаи англосаксонского права применяются в сфере публичных правоотношений. Романо-германские обычаи права применяются в сфере частного права.

В современной юридической науке романо-германской правовой семьи, в которой доминирует юридический позитивизм, обычаи права обладают целым рядом особенностей: 1) в основе обычаев права находится признание их таковыми общественным правосознанием; 2) обычай права признаётся обязательным в определённой социальной группе большинством; 3) обычаи применяются в сфере частного права.

Принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права, делает вывод автор, имеют субсидиарный характер и применяются в случае пробелов в иных формах романо-германского права. В системе форм романо-германского права обычаи права занимают место после основополагающих (общих) принципов права, нормативных правовых актов и нормативных правовых договоров.

По итогам исследования обычаев права романо-германской правовой семьи на примере обеих материнских подгрупп автором разработана классификация обычаев права романо-германской правовой семьи по следующим общетеоретическим классификационным критериям:

- 1) территории действия – на общенациональные и локальные обычаи;
- 2) сфере применения – на торговые обычаи, трудовые обычаи, наградные обычаи, морские обычаи, судебные обычаи и др.;
- 3) способам правового регулирования – на обычаи-запреты, обычаи-дозволения и обычаи – позитивные обязывания;
- 4) отраслевой принадлежности – на обычаи конституционного права, обычаи гражданского права, обычаи семейного права и др.

Завершив исследование обычая как формы права в романо-германской правовой семье, мы можем выделить следующие общие признаки обычаев права в англосаксонской и романо-германской правовых семьях: 1) соответствие принципам и нормам права, содержащимся в иных формах национального права; 2) многократность применения; 3) непрерывность действия; 4) обязательность исполнения для неопределённого круга лиц.

В соответствии с результатами анализа нормативных правовых актов и правоприменительной практики автором выработано предложение о разграничении правовых систем романо-германской правовой семьи на:

- 1) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют публичные и частные отношения (Испания и государства Северной Европы);
- 2) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют только публичные отношения (Португалия);
- 3) правовые системы, в которых обычаи права самостоятельно регулируют только частные отношения (Республика Корея);
- 4) правовые системы, в которых обычаи права регулируют отношения только в случаях, установленных в нормативных правовых актах (Франция, Германия, государства Латинской Америки).

Исследование же обычая как формы романо-германского права в правовых системах бывших колоний Португалии, Испании, Германии и Франции в пределах латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп выявляет неоднозначность применения романо-германского обычного права за пределами континентальной Европы и его губительную роль для местного обычного права. Тем не менее, в целом, обычное право применяется здесь в оговоренных законодательством случаях и имеет ярко выраженную медиативную направленность.

Обращая особое внимание на современные социальные и политические процессы, происходящие в мире в целом и отдельных его регионах и государствах (в т.ч. в РФ), диссертант считает необходимым и перспективным исследование обычая как формы мусульманского права. Изучение обычая в системе форм семьи обычного права представляется весьма интересным, поскольку позволяет пронаблюдать процесс возникновения и применения обычая в обществах, достигших разной степени развития, в том числе и находящихся на первой его ступени. Анализ же обычая в системе форм права смешанных правовых систем Шотландии, Квебека, Луизианы, ЮАР и Израиля позволяет наиболее полно оценить гибкость исследуемой формы права, её способность быстро приспосабливаться к изменяющимся социально-политическим условиям, а также эффективно взаимодействовать с иными формами внутригосударственного и международного права. Благодаря этим качествам, обычай имеет определённый потенциал и играет немалую роль в современном правовом регулировании, в т.ч. и в англосаксонском праве.

Подводя итог проведённому компаративному исследованию обычая как формы англосаксонского и романо-германского права, мы приходим к выводу, что его значение для различных национальных правовых систем далеко не одинаково. Тем не менее, существование и функционирование обычая как формы англосаксонского и романо-германского права в любом случае исторически обусловлено многочисленными объективными и субъективными факторами, как-то:

влиянием римского права, сложившейся обычной практикой тех или иных народов и племён, населявших определённые территории, произведениями авторитетных юристов, силой или слабостью центральной власти, господствующей политической и религиозной идеологией и прочими историческими, экономическими, социальными и культурными условиями. Следовательно, умаление роли обычая, отрицание его реального значения как формы современного англосаксонского и романо-германского права представляется необоснованным и неправомерным.

Список использованных источников и литературы

Нормативные правовые акты Российской Федерации

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.). С учётом поправок, внесённых Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ // СЗ РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 13 июля 2015 г.). С изм. и доп., вступающими в силу с 01.09.2015 // СЗ РФ. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ (ред. от 05 мая 2014 г.) // СЗ РФ. 03.12.2001. № 49. Ст. 4552.
4. Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ (ред. от 13 июля 2015 г.). С изм. и доп., вступ. в силу с 24.07.2015 // СЗ РФ. 03.05.1999. № 18. Ст. 2207.
5. Федеральный закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ (ред. от 4 марта 2013 г.) «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 31.12.2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7627.
6. Федеральный закон от 8 ноября 2007 г. № 261-ФЗ (ред. от 13 июля 2015 г.) «О морских портах в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 12.11.2007. № 46. Ст. 5557.
7. Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 13 июля 2015 г.) // СЗ РФ. 01.01.1996. № 1. Ст. 16

Нормативные правовые акты зарубежных государств

8. Конституция Австралийского союза [Электронный ресурс]: Конституции государств (стран) мира. Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=23> (дата обращения: 1.05.2015).

9. Конституция Греции [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/249> (дата обращения: 1.04.2013).

10. Конституция Италии [Электронный ресурс]: Италия по-русски. URL: <http://www.italia-ru.com/page/konstitutsiya-italyanskoj-respubliki> (дата обращения: 1.04.2013).

11. Конституция Республики Индия [Электронный ресурс]: Конституционный Суд Республики Армения http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/india/india-r.htm (дата обращения: 1.05.2015).

12. Конституция Соединённых Штатов Америки. [Электронный ресурс]: Псевдология. URL: http://www.pseudology.org/state/Cons_usa.html (дата обращения: 1.04.2013).

13. Конституция Федеративной Республики Германия [Электронный ресурс]: Торгово-экономическое бюро. Посольство Российской Федерации в Федеративной республике Германия. URL: http://www.rfhwb.de/Pravo/Pravo_ru/pravo_ru1.htm (дата обращения: 1.04.2013).

14. Конституция Федерации Малайзии. [Электронный ресурс]: Конституции государств (стран) мира. Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=655> (дата обращения: 1.05.2015).

15. Органический закон Палестины [Электронный ресурс]: Конституции государств (стран) мира. Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=1079> (дата обращения: 1.05.2015).

16. Акт о браке Уганды [Электронный ресурс]: Legislation Uganda (Lexadin). URL: http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweuga_marriage_act.html (дата обращения: 1.05.2015).

17. Акт о земле Уганды [Электронный ресурс]: Legislation Uganda (Lexadin). URL: http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweuga_land_act.html (дата обращения: 1.05.2015).

18. Акт о продаже товаров Уганды [Электронный ресурс]: Legislation Uganda (Lexadin). URL: http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/oeur/lxweuga_the_sale_of_goods_act.html (дата обращения: 1.05.2015).

19. Гражданский кодекс Арабской Республики Египет [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_13.html (дата обращения: 5.05.2015).

20. Гражданский кодекс Ботсваны [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/1874> (дата обращения: 13.12.2013).

21. Гражданский кодекс Венгрии [Электронный ресурс]: Адвокат Чернов Сергей Витальевич. URL: <http://www.advokat-chernov.ru/hungary.html> (дата обращения: 1.05.2015).

22. Гражданский кодекс Иорданского Хашимитского Королевства [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_272.html (дата обращения: 6.05.2015).

23. Гражданский кодекс Исламской Республики Афганистан [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_92.html (дата обращения: 5.05.2015).

24. Гражданский кодекс Испании [Электронный ресурс]: Puerto de España. Новости Испании. URL: http://www.spain4you.es/zakon_spain/item/442-codigo_civil_cap%C3%ADtulo_1 (дата обращения: 10.10.2012).

25. Гражданский кодекс Италии [Электронный ресурс]: Cardozo Electronic Law Bulletin. URL: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_dictum/codciv/Codciv.htm (дата обращения: 29.10.2014).
26. Гражданский кодекс Катара [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_25.html (дата обращения: 5.05.2015).
27. Гражданский кодекс Квебека. [Электронный ресурс]: Public source for decisions of the Supreme Court of Canada. URL: <http://www.ccq.lexum.com/ccq/home.do?lang=en> (дата обращения: 31.01.2013).
28. Гражданский кодекс Кении [Электронный ресурс]: The Institution of Engineers of Kenya. URL: <http://www.iekenya.org/download/Civil%20for%20code.pdf> (дата обращения: 31.01.2013).
29. Гражданский кодекс Королевства Бахрейн [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_74.html (дата обращения: 5.05.2015).
30. Гражданский кодекс Кувейта. [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_18.html (дата обращения: 5.05.2015).
31. Гражданский кодекс Мальты [Электронный ресурс]: Justice Services. URL: <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8580> (дата обращения: 11.05.2015).
32. Гражданский кодекс Новой Зеландии [Электронный ресурс]: East Asia Forum. URL: <http://www.eastasiaforum.org/2012/02/16/the-new-zealandian-civil-code> (дата обращения: 11.05.2015).
33. Гражданский кодекс Норвегии [Электронный ресурс]: Ebooks for All. URL: <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf> (дата обращения: 11.05.2015).

34. Гражданский кодекс Объединённых Арабских Эмиратов [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_111.html (дата обращения: 6.05.2015).
35. Гражданский кодекс Омана [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_103.html (дата обращения: 5.05.2015).
36. Гражданский кодекс Португалии [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/1534> (дата обращения: 13.11.2012).
37. Гражданский кодекс Сингапура [Электронный ресурс]: East Asia Forum. URL: <http://www.eastasiaforum.org/2012/02/16/the-singaporean-civil-code> (дата обращения: 11.05.2015).
38. Гражданский кодекс Франции [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/416/17> (дата обращения: 13.11.2012).
39. Гражданский кодекс Швейцарии [Электронный ресурс]: The Portal of Swiss Government. URL: <https://www.admin.ch/ch/e/rs/210/index.html> (дата обращения: 1.05.2015).
40. Гражданский кодекс Швеции [Электронный ресурс]: PreventionWeb.Net. URL: <http://www.preventionweb.net/english/professional/contacts/v.php?id=4466> (дата обращения: 10.05.2015).
41. Гражданский кодекс Южно-Африканской Республики [Электронный ресурс]: Republic of South Africa. URL: <http://government5.org/republic-of-south-africa-united-nations-w6568/> (дата обращения: 10.05.2015).

42. Гражданский кодекс Японии [Электронный ресурс]: Всемирная организация интеллектуальной собственности. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=334727 (дата обращения: 8.05.2015).

43. Гражданский процессуальный кодекс Китайской Народной Республики [Электронный ресурс]: Полноценная информационно-консультационная база данных законодательства КНР на русском языке. Законодательство Китая. URL: http://chinalawinfo.ru/procedural_law/law_civil_procedure (дата обращения: 8.05.2015).

44. Гражданский процессуальный кодекс Японии [Электронный ресурс]: Всемирная организация интеллектуальной собственности. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=334723 (дата обращения: 8.05.2015).

45. Гражданское законодательство Израиля. Перевод с иврита / Науч. ред.: Лившиц Н.Э.; Сост., предисл. и пер.: Хейфец М.С. - СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. - 633 с.

46. Гражданское уложение Федеративной Республики Германия [Электронный ресурс]: Сайт министерства юстиции Федеративной республики Германия. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0432 (дата обращения: 19.12.2012).

47. Закон об исламских уголовных наказаниях Исламской республики Иран / Научное редактирование А.И. Ахани. Предисловие заместителя Председателя Государственной Думы РФ Ю.Н. Волкова. Перевод с персидского М.С. Пелевина. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. - 343 с.

48. Кодекс корпоративного управления Швеции [Электронный ресурс]: Government Offices of Sweden. URL: <http://www.government.se/content/1/c6/02/62/96/f8334504.pdf> (дата обращения: 1.05.2015).

49. Кодекс о труде Иорданского Хашимитского Королевства [Электронный ресурс]: Библиотека восточной исторической литературы. URL: http://www.eastlib.narod.ru/modern/pravo_274.html (дата обращения: 6.05.2015).

50. Коммерческий кодекс Республики Корея [Электронный ресурс]: Сайт переводчика корейского языка Андрея Волкогонова. URL: http://robinnex.com/ruko/ru/blog/commercial_act_contents.html (дата обращения: 5.05.2015).

51. Общее гражданское уложение Австрийской Республики: Пер. с нем / Под ред. Л. Шарингера и Л. Шпехта. - М.: Статут, 2013. – 584 с.

52. Общие положения гражданского права Китайской Народной Республики [Электронный ресурс]: Полноценная информационно-консультационная база данных законодательства КНР на русском языке. Законодательство Китая. URL: http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law (дата обращения: 8.05.2015).

53. Торговое уложение Федеративной Республики Германия [Электронный ресурс]: Российский правовой портал: Библиотека Пашкова. Публичная бесплатная политико-правовая интернет-библиотека Пашкова Романа. URL: <http://www.constitutions.ru/archives/1626/7> (дата обращения: 19.12.2012).

54. Уголовный кодекс Дании / Науч. ред.: Беляев С.С. (Пер.); Пер.: Рычев А. - М.: Изд-во Моск. ун-та, 2001. - 171 с.

55. Уголовный кодекс Швеции / Науч. ред.: Беляев С.С., Кузнецова Н.Ф. - С.-Пб.: Изд-во «Юрид. центр Пресс», Изд-во Моск. гос. ун-та, 2001. - 320 с.

Монографии, учебники, учебные пособия

56. Алексеев, С. С. Восхождение к праву. Поиски и решения / С. С. Алексеев. - М.: Издательство НОРМА, 2001. - 752 с.

57. Алексеев, С. С. Общая теория права. Курс в 2-х томах. Т.2. / С. С. Алексеев. - М.: Изд. Юридическая литература, 1982. - 360 с.

58. Алексеев, С. С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития: надежда и драма современной эпохи / С. С. Алексеев. - М.: Статут, 2000. - 254 с.
59. Алимжан, К. А. Вопросы теории обычного права: монография / К. А. Алимжан. - Алматы, 2003. - 277 с.
60. Аннерс, Э. История европейского права / Пер. со швед. Р. Л. Валинского и др. / Э. Аннерс. - М.: Наука, 1999. - 477 с.
61. Бейтуганов, А. З. Обычное право народов Северного Кавказа: учебное пособие / А. З. Бейтуганов. - Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2001. - 52 с.
62. Берндт, Р. М., Берндт, К. Х. Мир первых австралийцев / Р. М. Берндт, К. Х. Берндт. / Пер. с англ. - М.: Наука, 1981. - 447 с.
63. Бондырева, С. К., Колесов, Д. В. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества. Учебное пособие. (Серия «Библиотека студента») / С. К. Бондырева, Д. В. Колесов. - М.: Издательство Московского психолого-социального института; Воронеж: Издательство НПО «МОДЭК», - 2004. - 280 с.
64. Венгеров, А. Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов / А. Б. Венгеров. - 6-е изд., стереот. - М.: Издательство «Омега-Л», 2009. - 607 с.
65. Виноградов, П. Г. Очерки по теории права / П. Г. Виноградов. - М.: Скл. изд.-во А. А. Левенсон, 1915. - 155 с.
66. Владимирский-Буданов, М. Ф. Обзор истории русского права / М. Ф. Владимирский-Буданов. - Ростов-на-Дону, 1995. - 425 с.
67. Власов, В. И., Власова, Г. Б. Теория государства и права: учебное пособие / В. И. Власов, Г. Б. Власова. - Изд. 2-е. - Ростов-на-Дону: Феникс, 2012. - 331 с.
68. Власов, В. И., Власова, Г. Б., Денисенко, С. В. Основы сравнительного правоведения: учебное пособие для высших юридических учебных заведений и

факультетов / В. И. Власов, Г. Б. Власова, С. В. Денисенко; отв. ред. проф. В. И. Власов. - М.: Вузовская книга, 2012. - 256 с.

69. Вуд, Дж., Серре, Ж. Дипломатический церемониал и протокол: Принципы, процедура и практика / Дж. Вуд, Ж. Серре: Пер. с англ. Фомин Г. И., Пастоев В. В., Клюкин Ю. П. - М.: Международные отношения, 2011. - 416 с.

70. Вундт, В. Этика: Принципы нравственности. Области нравственной жизни / В. Вундт. - Изд.2. - М.: Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2011. - 264 с.

71. Гандарова, Л. Б. Исследование обычного права ингушей / Л. Б. Гандарова. - Назрань: Пилигрим, 2009. - 137 с.

72. Голландская правовая культура. / Отв. ред. В. В. Бойцова и Л. В. Бойцова. - М.: Изд-во «Легат», 1998. - 592 с.

73. Голунский, С. А., Строгович, М. С. Теория государства и права / С. А. Голунский, М. С. Строгович. - М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. - 304 с.

74. Давид, Р., Жоффре-Спинози, К. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози / Пер. с фр. В.А. Туманова. - М.: Международные отношения, 2009. - 456 с.

75. Далгат, Б. К. Родовой быт и обычное право чеченцев и ингушей: Исследование и материалы 1892-1894 гг. / Б. К. Далгат. - М.: Международные отношения, 2009. - 456 с.

76. Дворецкая, И. А., Залюбовина, Г. Т., Шервуд, Е. А. Кровная месть у древних греков и германцев / И. А. Дворецкая, Г. Т. Залюбовина, Е. А. Шервуд. - М.: Прометей, 1995. - 131 с.

77. Добренъков, В. И., Кравченко, А. И. Социальная антропология / В. И. Добренъков, А. И. Кравченко. - М.: ИНФРА-М, 2005. - 688 с.

78. Ершов, В. В. Основополагающие общетеоретические и гражданско-правовые принципы права: монография / В. В. Ершов. - М.: Изд-во ГОУ ВПО «Российская академия правосудия», 2010. - 224 с.

79. Зивс, С. Л. Источники права / С. Л. Зивс. - М.: Наука, 1981. - 239 с.

80. Зумбулидзе, Р.-М. З. Обычай в праве: сборник / Р.-М. З. Зумбулидзе, А. И. Портиков. - СПб.: Изд-во: «Юридический центр Пресс», 2004. - 382 с.
81. Зюков, А. М. Кровная месть: внеправовой обычай и государственно-правовая политика / А. М. Зюков. - Владимир: ИП Журавлёва, 2009. - 160 с.
82. Зыкин, И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле / И. С. Зыкин. - М.: Международные отношения, 1983. - 160 с.
83. Исмаилов, М. А. Обычное право: Курс лекций / М. А. Исмаилов. - Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2004. - 434 с.
84. История государства и права зарубежных стран. В 2-х ч. Ч. 1 / Под ред. Крашенинниковой Н. А. и Жидкова О. А. - М.: НОРМА, 2003. - 720 стр.
85. Каминка, А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. - М.: Центр ЮрИнфор, 2002. - 546 с.
86. Кашанина, Т. В. Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы: учебное пособие / Т. В. Кашанина. - М.: Юрист, 1999. - 335 с.
87. Керимов, Д. А. Философские проблемы права / Д. А. Керимов. - М.: Мысль, 1972. - 472 с.
88. Комаров, А. В. Адагы и судопроизводство по ним / А. В. Комаров. - Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2009. - 208 с.
89. Коркунов, Н. М. Лекции по общей теории права / Н. М. Коркунов / Авт. предисл. И. Ю. Козлихин. - науч. изд., [репринтное]. - М.: Юридический центр Пресс, 2003. - 430 с.
90. Кросс, Р. Прецедент в английском праве / Р. Кросс; пер. с англ.; под общ. ред.: Решетников Ф. М. (Предисл.); пер. предисл.: Апарова Т. В. - М.: Юрид. лит., 1985. - 238 с.
91. Куббель, Л. Е. Очерки потестарно-политической этнографии / Л. Е. Куббель. - М.: Главная редакция восточной литературы издательства «Наука», 1988 г. - 174 с.

92. Кук, М. Шестой столп ислама. Запрещение осуждаемого / М. Кук / Пер. с англ. - СПб.: Диля, 2008. - 352 с.
93. Ладыженский, А. М. Адаты горцев Северного Кавказа / А. М. Ладыженский; под общ. ред. А. С. Зайналабидова, В. В. Черноуса. - Ростов-на-Дону: 2003. - 219 с.
94. Леже, Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Р. Леже. - М.: Волтерес Клувер, 2009. - 584 с.
95. Леонтович, Ф. И. Адаты кавказских горцев. Материалы по обычному праву Северного и Восточного Кавказа. Вып. 1-2. / Ф. И. Леонтович. - Одесса: Типография. П. А. Зелёного, 1882. - 850 с.
96. Лихачёв, В. Н. Установление пробелов в современном международном праве. / В. Н. Лихачёв; науч. ред.: Фельдман Д. И. - Казань: изд-во Казан. ун-та, 1989. - 136 с.
97. Локвуд, Д. Я – абориген / Д. Локвуд; пер. с англ.; отв. ред. В. Р. Кабо. - М., 1971. - 408 с.
98. Ломакина, И. Б. Обычное право: институциональный аспект (Теоретико-правовой анализ) / И. Б. Ломакина. - СПб.: Астерион, 2005. - 284 с.
99. Ломакина, И. Б., Дашин, А. В. Обычное право и правовой обычай: от социальной мононорматики к правовой нормативности / И. Б. Ломакина, А. В. Дашин. - СПб.: Астерион, 2005. - 146 с.
100. Лопуха, А. Д., Зельцер, И. М. Обычное право: вопросы теории и современная практика / А. Д. Лопуха, И. М. Зельцер. - Новосибирск: Новосибирский государственный университет, 2002. - 250 с.
101. Малова, О. В. Правовой обычай как источник права основных правовых систем современности: монография / О. В. Малова. - Иркутск: Иркутский университет, 2006. - 182 с.
102. Мальцев, Г. В. Нравственные основания права / Г. В. Мальцев. - М.: Изд-во СГУ, 2008. - 552 с.

103. Мальцев, Г. В. Социальные основания права / Г. В. Мальцев. - М.: Норма, 2007. - 800 с.
104. Марченко, М. Н. Источники права: учебное пособие / М. Н. Марченко. - М.: Проспект, 2009. - 768 с.
105. Марченко, М. Н. Источники российского права. Вопросы теории и истории / М. Н. Марченко. - М.: Норма, 2009. - 336 с.
106. Марченко, М. Н. Сравнительное правоведение: Учебник для вузов. Общая часть / М. Н. Марченко. - М.: Зерцало, 2001. - 560 с.
107. Мейер, Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). Ч.1. По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902 / Д. И. Мейер; под ред. В. С. Ем; авт. вступ. ст. А. Гольмстен. - Изд. 3-е, исп. - М.: Статут, 1999. - 831 с.
108. Мисроков, З. Х. Адат и шариат в российской правовой системе Северного Кавказа / З. Х. Мисроков. - М.: Изд-во МГУ, 2002. - 256 с.
109. Михайловский, И. В. Очерки философии права. Т.1. / И. В. Михайловский. - Томск: Издание книжного магазина В. М. Посохина, 1914. - 606 с.
110. Муромцев, С. Л. Избранные труды по римскому и гражданскому праву / С. Л. Муромцев. - М.: Центр ЮрИнфор, 2004. - 764 с.
111. Мэйн, Г. Древнее право: его связь с древней историей общества и отношение к новейшим идеям / Г. Мэйн; пер. с англ. Изд. 3-е. - М.: КРАСАНД, 2012. - 320 с.
112. Небрятенко, Г. Г. Обычно-правовая система традиционного общества: монография / Г.Г. Небрятенко. - М.: Вузовская книга, 2011. - 480 с.
113. Небрятенко, Г. Г. Судебно-процессуальные отношения в традиционном обществе донских казаков: монография / Г. Г. Небрятенко; под ред. Баранова П. П. - Ростов-на-Дону: Изд-во ЮФУ, 2009. - 144 с.
114. Нерсисянц, В. С. Общая теория права и государства: учебник для юридических вузов и факультетов / В. С. Нерсисянц. - М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА М, 1999. - 552 с.

115. Новгородцев, П. И. Историческая школа юристов / П. И. Новгородцев; вступ. ст. Ю. Я. Баскина; МВД России. С.-Петерб. ун-т. - СПб.: Лань, 1999. - 188 с.
116. Новицкий, И. Б. Источники советского гражданского права / И. Б. Новицкий. - М.: Госюриздат, 1959. - 157 с.
117. Новицкий, И. Б. Римское право / И. Б. Новицкий. - М.: Гуманитарное знание, 1994. - 245 с.
118. Обычай и закон: исследования по юридической антропологии / Отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. - М.: Стратегия, 2002. - 398 с.
119. Оертманн, П. Обычай и закон / П. Оертманн; пер. с нем. В. Розенберга. - СПб.: Издание юридического книжного магазина Н.К. Мартынова, 1899. - 30 с.
120. Покровский, И. А. История римского права / И. А. Покровский. - СПб.: Издательско-торговый дом «Летний Сад», 1998. - 560 с.
121. Правотворчество в СССР / Под ред. А. В. Мицкевича. - М.: Юридическая литература, 1974. - 313 с.
122. Проблемы общей теории права и государства. Учебник для вузов / Под общ. ред. академика РАН, д.ю.н., проф. В. С. Нерсесянца. - М.: Норма, 2004. - 832 с.
123. Пухта, Г. Ф. Энциклопедия права / Г. Ф. Пухта; под ред.: Карасевич П.; пер.: Линденбрaten - Ярославль: Тип. Г. Фальк, 1872. - 99 с.
124. Регельсбергер, Ф. Общее учение о праве / Ф. Регельсбергер; пер. И. А. Базанова / под ред. проф. Ю. С. Гамбарова. - М.: Типография Высочайше утверждённого т-ва И. Д. Сытина, 1897. - 296 с.
125. Рейснер, М. А. Право. Наше право. Чужое право. Общее право / М. А. Рейснер. - Л.; М.: ГИЗ; Тип. им. Е. Соколовой, 1925. - 275 с.
126. Романов, А. К. Правовая система Англии: учебное пособие / А. К. Романов. - М.: Дело, 2000. - 344 с.

127. Рулан, Н. Юридическая антропология: учебник для вузов / Н. Рулан; пер. с франц.; отв. ред. – член-корр. РАН, доктор юридических наук, профессор В. С. Нерсисянц. - М.: Норма, 1999. - 310 с.
128. Саидов, А. Х. Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): учебник / А. Х. Саидов; под ред. В. А. Туманова - М.: Юристъ, 2005. - 448 с.
129. Семёнов, И. Н. Российский дипломатический протокол. История и современность / И. Н. Семёнов. - М.: Белый город, 2011. - 240 с.
130. Синайский, В. И. Русское гражданское право / В. И. Синайский. - М.: Статут, 2002. - 754 с.
131. Сеницына, И. Е. В мире обычая / И. Е. Сеницына. - М.: Издательская фирма «Восточная литература» РАН, 1997. - 144 с.
132. Сеницына, И. Е. Обычай и обычное право в современной Африке. История изучения. Кодексы обычного права / И. Е. Сеницына. - М.: Наука, 1989. - 311 с.
133. Сорокин, П. А. Элементарный учебник общей теории права в связи с теорий государства / П. А. Сорокин. - Ярославль: Изд-во Ярославского кредитного союза кооперативов, 1919. - 236 с.
134. Супатаев, М. А. Культурология и право: на материалах стран Тропической Африки / М. А. Супатаев. - М.: Форум-Инфра-М, 1998. - 158 с.
135. Супатаев, М. А. Обычное право в странах Восточной Африки: монография / М. А. Супатаев. - М.: Наука, 1984. - 118 с.
136. Супатаев, М. А. Право в современной Африке (основные черты и тенденции развития): монография / М. А. Супатаев. - М.: Наука, 1989. - 175 с.
137. Сюкияйнен, Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики / Л. Р. Сюкияйнен. - М.: Наука, 1986. - 142 с.
138. Талалаев, А. Н. Юридическая природа международного договора / А. Н. Талалаев. - М.: Изд. ИМО, 1963. - 263 с.

139. Темирбулатов, И. И. Обычно-правовая система балкарцев и карачаевцев: монография / И. И. Темирбулатов. - Кисловодск: Изд-во Кисловодского гум.-тех. ин-та, 2007. - 146 с.
140. Трубецкой, Е. Н. Лекции по энциклопедии права / Е. Н. Трубецкой. - СПб.: Юрид. ин-т, 1998. - 183 с.
141. Трубецкой, Е. Н. Энциклопедия права / Е. Н. Трубецкой. - М.: Товарищество скоропечатни А. А. Левенсон, 1908. - 224 с.
142. Фридмэн, Л. Введение в американское право / Л. Фридмэн. - М.: Издательская группа «Прогресс Универс», 1993. - 286 с.
143. Хвостов, В. М. Общая теория права. Элементарный очерк / В. М. Хвостов. - 3-е изд., испр. и доп. - М.: Склад изд. в кн. магазинах Н. П. Карбасникова, 1906. - 136 с.
144. Цвайгерт, К., Кётц, Х. Сравнительное частное право: В 2-х тт. - Том 1. Основы. / К. Цвайгерт, Х. Кётц; пер. с нем. - М.: Международ. отношения, 2010. - 728 с.
145. Черноков, А. Э. Введение в сравнительное правоведение: учебное пособие / А. Э. Черноков. - изд. 2-е, стер.- СПб., 2007. - 207 с.
146. Шапсугов, Д. Ю., Свечникова, Л. Г., Исмаилов, М. А. Обычное право, мусульманское право и акты Российского государства на Северном Кавказе (вторая половина XVIII - первая треть XX вв.): хрестоматия / Д. Ю. Шапсугов, Л. Г. Свечникова, М. А. Исмаилов. - Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2008. - 496 с.
147. Шебанов, А. Ф. Форма советского права / А. Ф. Шебанов. - М.: Изд. Юридическая литература, 1968. - 216 с.
148. Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права. Т.1. Введение. Торговые деятели / Г. Ф. Шершеневич. - М.: Статут, 2003. - 480 с.
149. Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права. Часть теоретическая. Философия права. Т.1: Вып. 1-4. / Г. Ф. Шершеневич. - М.: Издание Бр. Башмаковых, 1910. - 839 с.

150. Шершеневич, Г. Ф. Очерки по истории кодификации гражданского права. Часть 1, Франция / Г. Ф. Шершеневич. - Казань: Типо-литография Императорского Университета, 1897. - 784 с.
151. Шершеневич, Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.) / Г. Ф. Шершеневич. - М.: СПАРК, 1995. - 556 с.
152. Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. - М.: Спарк, 1994. - 335 с.
153. Шумилов, В. М. Введение в правовую систему ФРГ / В. М. Шумилов. - М. - Бремен: Дека, 2000. - 139 с.
154. Элиаде, М. Религии Австралии / М. Элиаде. - СПб.: Университетская книга, 1998. - 319 с.
155. Элон, М. Еврейское право / М. Элон; под общ. ред. д.ю.н., проф. И. Ю. Козлихина; науч. ред. И. Менделевич, М. Левинов; пер. с иврита А. Белова (Элинсона), М. Китросской; науч. консультанты Я. Айзенштат, А. Стриковский. - СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. - 611 с.
156. Юзефович, Л. А. Как в посольских обычаях ведётся... Русский посольский обычай конца XV - начала XVI в. / Л. А. Юзефович. - М.: Международные отношения, 1988. - 216 с.
157. Явич, Л. С. Общая теория права / Л. С. Явич. - Л.: Издательство ЛГУ, 1976. - 287 с.

Статьи

158. Авакьян, С. А. Государственно-правовые нормы и обычаи: соотношение в регулировании деятельности Советов / С. А. Авакьян // Советское государство и право. - 1978. - № 8. - С. 12-21.
159. Анисимов, А. П. О правовых обычаях / А. П. Анисимов. // Законы России: опыт, анализ, практика. - 2009. - № 11. - С. 105-110.

160. Белкин, А. А. Обычаи и обыкновения в государственном праве / А. А. Белкин // Правоведение. - 1998. - № 1. - С. 34-39.
161. Бобровников, В. О. Обычай как юридическая фикция: «традиционный ислам» в религиозном законодательстве постсоветского Дагестана / В. О. Бобровников // Гуманитарная мысль Юга России. - 2006. - № 1. - С. 4-18.
162. Богдановская, И. Ю. Понятие источника права в правовой доктрине стран «общего права» / И. Ю. Богдановская // Право и политика. - 2007. - № 1. - С. 68-74.
163. Богдановская, И. Ю. Правовые системы Канады, Австралии и Новой Зеландии: особенности развития / И. Ю. Богдановская // Право и политика. - 2002. - № 8. - С. 22.
164. Богдановская, И. Ю. Правовой обычай в странах общего права / И. Ю. Богдановская // Современное право. - 2012. - № 5. - С. 33-37.
165. Боронбеков, С. Основные ценности ислама – объекты охраны шариата / С. Боронбеков // Государство и право. - 2003. - № 2. - С. 92-100.
166. Бошно, С. В. Правовой обычай в контексте современного учения о формах права / С. В. Бошно // Современное право. - 2004. - № 9. - С. 47-53.
167. Бочаров, В. В. Закон и обычное право / В. В. Бочаров // Нева. - 2007. - № 9. - С. 132-148.
168. Ватлин, А. Ю. Граф Фридрих Вернер фон дер Шуленбург и эпоха массовых репрессий в СССР / А. Ю. Ватлин // Вопросы истории, 2012. - № 2-12. [Электронный ресурс] Уроки истории. XX век. URL: <http://www.urokiistorii.ru/history/people/51615> (дата обращения: 18.12.2012).
169. Голунский, С. А. Обычай и право / С. А. Голунский // Советское государство и право. - 1939. - № 3. - С. 46-55.
170. Гофман, А. Б., Левкович, В. П. Обычай как форма социальной регуляции / А. Б. Гофман, В. П. Левкович // Советская этнография. - 1973. - № 1. - С. 14-24.

171. Гранат, Н. Л. Источники права / Н. Л. Гранат // Юрист. - 1998. - № 9. - С. 6-9.
172. Думанов, Х. М., Смирнова, Я. С. Правовое сознание. К уточнению понятия «обычное право» / Х. М. Думанов, Я. С. Смирнова // Восток. Афро-азиатские общества: история и современность. - 2000. - № 1. - С. 32-39.
173. Ершов, В. В. Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 8. - 2011. - С. 5-26.
174. Ершов, В. В. Правопонимание, правотворчество, правоприменение / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 5 (28). - 2008. - С. 7-17.
175. Ершов, В. В. Правосудие, правопонимание и правотворчество в условиях глобализации с позиций легизма и «широкого» понимания права / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 12. - 2011. - С. 5-16.
176. Ершов, В.В. Российское право с позиций легизма и интегративного правопонимания / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 10 (66). - 2011. - С. 5-22.
177. Ершов, В. В. Тенденции развития права и неправа / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 7 (75). - 2012. - С. 5-15.
178. Ершов, В. В. Теоретические и практические проблемы правотворчества, правопонимания и правоприменения / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 7. - 2008. - С. 4-15.
179. Ершов, В. В. Юридическая природа принципов российского права с позиций легистского и интегративного правопонимания / В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 1. - 2010. - С. 12-23.
180. Ершов, В. В., Ершов, В. В. Система форм права в Российской Федерации / В. В. Ершов, В. В. Ершов // Российское правосудие. - № 1 (33). - 2009. - С. 7-15.
181. Ершов, В. В., Ершов, В. В. Спор между Г. Хартом и Р. Дворкиным: анализ концептуальных положений и связанных с ними актуальных дискуссионных

проблем современной теории права / В. В. Ершов, В. В. Ершов // Российское правосудие. - №3. - 2009. - С. 4-22.

182. Ершов, В. В., Ершов, В. В., Ершова, Е. А. Федеральный закон «О формах российского права» (проект) / В. В. Ершов, В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Российское правосудие. - 2008. - Специальный выпуск к VII Всероссийскому съезду судей. - С. 103-115.

183. Ершов, В. В., Ершова, Е.А. Обычаи трудового права: актуальные общетеоретические и практические проблемы / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Российское правосудие. - № 5. - 2013. - С. 67-77.

184. Ершов, В. В., Ершова, Е.А. Современные проблемы международного права / В. В. Ершов, Е. А. Ершова // Российское правосудие. - № 2. - 2006. - С. 17-28.

185. Ершова, Е. А. Международные обычаи, содержащие нормы трудового права / Е. А. Ершова // Российское правосудие. - 2008. - № 1. - С. 46-56.

186. Ершова, Е. А. Обычаи, содержащие нормы российского трудового права / Е. А. Ершова // Трудовое право. - 2008. - №3. - С. 23-29.

187. Ершова, Е. А. Система и классификация форм трудового права в России / Е. А. Ершова // Трудовое право. - 2007. - №10. - С. 30-36.

188. Зыкин, И. С. Обычай в советской правовой доктрине / И. С. Зыкин // Советское государство и право. - 1982. - № 3. - С. 127-131.

189. Камкия, Ф. Г. О структуре обычного права / Ф. Г. Камкия // Обычное право народов Северного Кавказа: итоги и перспективы исследования. - Ростов-на-Дону. - 2006. - С. 142-162.

190. Кича, М. В. Обычай в правовых системах латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп романо-германской правовой семьи / М. В. Кича // Евразийский юридический журнал. - 2015. - № 1(80). - С. 135-137.

191. Кича, М. В. Обычай в романо-германской правовой семье / М. В. Кича // Известия высших учебных заведений. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. - 2014. - № 6. - С. 109-113.

192. Кича, М. В. К вопросу о практическом значении форм и источников права при оказании бесплатной юридической помощи (зарубежный и российский опыт) / М. В. Кича // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. - 2014. - № 10. - С. 62-66.
193. Кича, М.В. Обычай как форма современного международного права / М. В. Кича // Российское правосудие. - 2014. - № 5 (97). - С. 57-69.
194. Кича, М. В. Роль и значение обычая в мусульманской правовой семье / М. В. Кича // Юридическая наука. - 2013. - № 1. - С. 8-10.
195. Кобзарева, Д. А., Борисов, Г. А. Проблемы классификации национальных правовых систем: теоретико-правовой аспект / Д. А. Кобзарева, Г. А. Борисов // Наука и образование в XXI веке сборник научных трудов по материалам Международной научно-практической конференции: в 34 частях. - 2013. - С. 76-77.
196. Колесников, Е. В. Обычай как источник советского государственного права / Е. В. Колесников // Правоведение. - 1989. - № 4. - С. 19-26.
197. Корнев, В. Н. Проблемы теории правосознания в современной отечественной юриспруденции / В. Н. Корнев // История государства и права. - 2009. - № 20. - С. 38-41.
198. Корнев, В. Н. Философские и правовые основания понимания и применения международного и внутригосударственного права / В. Н. Корнев // Российское правосудие. - 2011. - № 4. - С. 29-38.
199. Крюкова, С. С. История науки. Обычное право в научном наследии ранней исторической школы права в Германии / С. С. Крюкова // Этнографическое обозрение. - 2000. - № 3. - С. 135-149.
200. Крюкова, С. С. Обычное право в российском законодательстве: к вопросу о термине и его содержании / С. С. Крюкова // Юридическая антропология. Закон и жизнь. - М., 2000. - С. 75-94.
201. Лисицын, В. В. «Правила игры» – деловые обыкновения современной России? / В. В. Лисицын // Российский судья. - 2006. - № 4. - С. 30-32.

202. Лисицын, Н. В. Обычай как элемент системы источников и форм российского права / Н. В. Лисицын [Электронный ресурс] Электронная юридическая библиотека «ЮристЛиб». URL: http://www.juristlib.ru/book_9585.html (дата обращения: 2.12.2012).
203. Малова, О. В. Правовой обычай, обыкновение и общепризнанные принципы и нормы международного права / О. В. Малова // Сибирский юридический вестник. - 2001. - № 4. - С. 9-13.
204. Малова, О. В. Правовой обычай и его виды [Электронный ресурс] / О. В. Малова // Сибирский юридический вестник. - 2001. - № 1. URL: <http://uristy.ucoz.ru/publ/2-1-0-512> (дата обращения: 8.09.2012).
205. Михайленко, Н. М. Теория обычного права: современный аспект / Н. М. Михайленко // Философия права. - 2008. - № 2. - С.28-33.
206. Муромцев, Г. И. Источники права (теоретические аспекты проблемы) / Г. И. Муромцев // Правоведение. - 1992. - № 2. - С. 23-30.
207. Муромцев, Г. И. Мусульманское право и правовые системы государств Африки, избравших некапиталистический путь развития / Г. И. Муромцев // Правоведение. - 1968. - № 3. - С. 135-138.
208. Муромцев, Г. И. О некоторых особенностях традиционного права в развивающихся странах Азии и Африки / Г. И. Муромцев // Советское государство и право. - 1989. - № 6. - С. 95-102.
209. Муромцев, Г. И. Обычное право в культурно-историческом аспекте / Г. И. Муромцев // История государства и права. - 2010. - № 13. - С. 13-16.
210. Небрятенко, Г. Г. Институционализация обычно-правовой системы в традиционном обществе / Г. Г. Небрятенко // Юристъ-Правоведъ. - 2009. - № 2. - С. 113-116.
211. Небрятенко, Г. Г. Обычно-правовая система в традиционном обществе: методология научного исследования / Г. Г. Небрятенко // Право и современность: Сборник научно-практических статей. - Саратов: СЮИ МВД России, 2009. - Вып.4. Ч.2. - С. 43-54.

212. Небрятенко, Г. Г. Обычное право донских казаков: вчера, сегодня, завтра / Г. Г. Небрятенко // Обычное право народов Северного Кавказа: итоги и перспективы исследования. Сборник статей. - Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2006. - Вып.2. - С. 55-73.
213. Небрятенко, Г. Г. Реализация судебно-процессуальных отношений в традиционном обществе донских казаков / Г. Г. Небрятенко // Юристъ-Правоведъ. - 2009. - № 3. - С. 86-89.
214. Обычай в праве: Сборник: (Зумбулидзе Р.-М. 3. Обычное право как источник гражданского права; Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте). - СПб., 2004. - 269 с.
215. Обычное право и правовой плюрализм: Материалы XI международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму / Отв. ред. Н. И. Новикова, В. А. Тишков. - М.: Институт этнологии и антропологии РАН, 1999. - 251 с.
216. Обычное право народов Северного Кавказа: итоги и перспективы исследования. Сборник статей. Вып.2 / Под ред. Шапсугова Д. Ю. - Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2006. - 164 с.
217. Право в средневековом мире. Вып. 2- 3 / Сборник статей. - СПб.: Алетейя, 2001. - 346 с.
218. Проблемы генезиса и эволюции обычного права: Сборник статей. Вып. 1. - Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2008. - 512 с.
219. Разумович, Н. Н. Источники и форма права / Н. Н. Разумович // Советское государство и право. - 1988. - № 3. - С. 20-27.
220. Рамишвили, Т. О. Принципы международного права и права человека / Т. О. Рамишвили // Права человека в истории человечества и в современном мире. - М., 1989. - С. 123-130.
221. Рудоквас, А. Д. Неопандектистика и европейское право (Вступительное слово к дискуссии) / А. Д. Рудоквас// Древнее право. *Ius antiquum*. – 2005. - № 1 (15). - С. 146-155.

222. Рябко, А. И., Василенко, О. Н. Актуальные проблемы онтологии форм права / А. И. Рябко, О. Н. Василенко // *Философия права*. - 2000. - № 2. - С. 60-69.
223. Семёнов, Ю. П. Основные понятия обычного права: возникновение и развитие / Ю. П. Семёнов // *Юридическая антропология. Закон и жизнь*. - М., 2000. - С. 15-32.
224. Супатаев, М. А. Правовой обычай как источник права в развивающихся странах / М. А. Супатаев // *Источники права / Отв. ред. выпуска С. А. Сосна. Серия: «Государство и право в развивающихся странах»*. - М.: Наука, 1985. - С. 47-64.
225. Суровень, Д. А. Возникновение права и источники права древней Японии / Д. А. Суровень // *Проблемы курса истории государства и права*. - Екатеринбург: Изд-во УрГЮА, 2004. - С. 198-226.
226. Супатаев, М. А. Роль обычного права в независимых странах Африки / М. А. Супатаев // *Правоведение*. - 1974. - № 5. - С. 81-90.
227. Сюкияйнен, Л. Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству / Л. Р. Сюкияйнен // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. - 1999. - № 2. - С. 97-109.
228. Сюкияйнен, Л. Р. Мусульманское уголовное право: Теоретические основы и современная практика / Л. Р. Сюкияйнен // *Современное уголовное право и криминология. Сборник научных трудов*. - М.: Изд-во ИНИОН РАН, 2007. - С. 80-106.
229. Сюкияйнен, Л. Р. Шариат и обычай: проблемы взаимодействия / Л. Р. Сюкияйнен [Электронный ресурс] Сайт Хаджи Мурата Доного. URL: <http://www.gazavat.ru/history3.php?rub=14&art=110> (дата обращения: 10.01.2013).
230. Сюкияйнен, Л. Р. Шариатское правосудие: теоретические основы и практика / Л. Р. Сюкияйнен // *Отечественные записки: Правосудие в России*. - 2003. - № 2. - С. 328-336.

231. Тараборин, Р. С. Кодекс Наполеона 1804 года: историко-правовая характеристика / Р. С. Тараборин // Научный вестник уральской академии государственной службы. - 2009. - № 4. - С. 119-121.

232. Трикоз, Е. Н. Обычное уголовное право аборигенов Австралии (теоретические проблемы исследования) / Е. Н. Трикоз // Право и политика. - 2001. - № 4. - С. 115-119.

233. Тухтаметов, Ф. Т. Обычное право: проблемы развития / Ф. Т. Тухтаметов // Вестник ВЭГУ. - 2001. - № 16. - С. 32-36.

234. Туэн, Т. Обычное право и право саами в Норвегии / Т. Туэн // Олень всегда прав. Исследования по юридической антропологии. - М., 2003. - С. 103-125.

235. Халифаева, А. К., Джалилов, Ш. Н. Кровная месть как институт обычного права Дагестана / А. К. Халифаева, Ш. Н. Джалилов // Юристъ-Правоведъ. - 2010. - № 1. - С. 69-72.

236. Честнов, И. Л., Ломакина, И. Б. Обычное право: институциональный аспект / И. Л. Честнов, И. Б. Ломакина // Государство и право. - 2007. - № 11. - С. 123-125.

237. Шапсугов, Д. Ю. Обычное право и его роль в правовом развитии общества / Д. Ю. Шапсугов // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. - Ростов-на-Дону, 1999. - С. 250-253.

238. Шапсугов, Д. Ю. Современные проблемы исследования обычного права народов Северного Кавказа / Д. Ю. Шапсугов // Обычное право народов Северного Кавказа: итоги и перспективы исследования. - Ростов-на-Дону, 2006. - С. 4-7.

Диссертации и авторефераты диссертаций

239. Абдуллаева, П. А. Теоретико-исторические аспекты возникновения и развития обычного права народов Дагестана: дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.01 / Абдуллаева Патимат Абдугамидовна. - Махачкала, 2006. - 175 с.

240. Бабич, И. Л. Правовая культура адыгов: дисс. ... д-ра истор. наук: 07.00.07 / Бабич Ирина Леонидовна. - М., 2000. - 235 с.
241. Бейтуганов, А. З. Обычное право кабардинцев: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Бейтуганов Арсен Замагширович. - Ростов-на-Дону, 2001. - 163 с.
242. Богдановская, И. Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / Богдановская Ирина Юрьевна. - М., 2007. - 338 с.
243. Бошно, С. В. Форма права: теоретико-правовое исследование: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / Бошно Светлана Владимировна. - М., 2005. - 443 с.
244. Вильданова, М. М. Источники права Франции: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Вильданова Марина Михайловна. - М., 1987. - 195 с.
245. Волгина, А. П. Обычное право народов Северного Кавказа в системе российского права в XIX – XX вв.: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Волгина Антонина Петровна. - Краснодар, 2004. - 188 с.
246. Гандарова, Л. Б. Обычное право ингушей: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Гандарова Лилия Берснакоевна. - СПб., 2004. - 177 с.
247. Дашин, А. В. Обычное право как структурно-функциональный элемент национальной правовой системы: историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Дашин Алексей Викторович. - СПб., 2006. - 431 с.
248. Ершов, В. В. Судебная власть в правовом государстве: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.01 / Ершов Валентин Валентинович. - М., 1992. - 319 с.
249. Ершов, В. В. Юридическая природа общих и гражданско-правовых принципов: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01, 12.00.03 / Ершов Валентин Валентинович. - М., 2009. - 22 с.
250. Ершов, В. В. Юридическая природа общих и гражданско-правовых принципов: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01, 12.00.03 / Ершов Валентин Валентинович. - М., 2009. - 229 с.

251. Ершова, Е. А. Источники и формы трудового права в России: дисс. ... докт. юрид. наук: 12.00.05 / Ершова Елена Александровна. - М., 2008. - 493 с.
252. Захарова, М. В. Правовой обычай и модернизация в праве (на материалах франкофонной Африки и Мадагаскара): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Захарова Мария Владимировна. - М., 2005. - 245 с.
253. Зумбулидзе, Р.-М. З. Обычное право как источник (форма) гражданского права: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Зумбулидзе Роз-Мари Зурабовна. - Волгоград, 2003. - 198 с.
254. Камкия, Ф. Г. Правовой статус субъектов обычного права Абхазии в первой половине XIX в.: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Камкия Фатима Гурамовна. - Ростов-на-Дону, 2000. - 177 с.
255. Керимов, Д. А. Источники советского социалистического права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Керимов Джангир Аббасович. - Л., 1950. - 381 с.
256. Климатова, В. В. Правовое воспитание северокавказских горцев в системе обычного права: дисс. ... канд. пед. наук: 13.00.01 / Климатова Валерия Викторовна. - Владикавказ, 2005. - 139 с.
257. Коновалова, А. С. Обычное право в российской правовой жизни: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Коновалова Алевтина Сергеевна. - М., 2005. - 173 с.
258. Кочетыгова, Н. И. Правовой обычай как источник права России (на примере этнического правового обычая): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Кочетыгова Надежда Ивановна. - М., 2007. - 226 с.
259. Лисицын, Н. В. Обычаи российского права: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Лисицын Николай Валерьевич. - М., 2010. - 214 с.
260. Ломакина, И. Б. Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ломакина Ирина Борисовна. - СПб., 2005. - 368 с.
261. Малова, О. В. Правовой обычай как источник права: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Малова Ольга Владиславовна. - Екатеринбург, 2002. - 187 с.

262. Миронова, И. Н. Правовой обычай как источник современного российского публичного права: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Миронова Ирина Николаевна. - М., 2009. - 198 с.
263. Мисроков, З. Х. Адатское и мусульманское право народов Северного Кавказа в российских правовых системах (XIX-XX вв.): дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Мисроков Замир Хасанович. - М., 2003. - 328 с.
264. Михайленко, Н. М. Правовой обычай в системе источников права: опыт комплексного исследования: на примере правовой традиции народов Северного Кавказа: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Михайленко Нафисет Мурадиновна. - Краснодар, 2009. - 34 с.
265. Муромцев, Г. И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки (теоретико-правовые проблемы): автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Муромцев Геннадий Илларионович. - М., 1990. - 31 с.
266. Небрятенко, Г. Г. Обычно-правовая система традиционного общества: автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Небрятенко Геннадий Геннадиевич. - Махачкала, 2011. - 52 с.
267. Некрасов, М. А. Правовой обычай в современном российском праве: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Некрасов Михаил Александрович. - Рязань, 2010. - 199 с.
268. Пагаева, И. Л. Обычное право осетин: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Пагаева Инна Львовна. - Ростов-на-Дону, 2006. - 155 с.
269. Плеханов, А. А. Обычное право как социокультурный фактор общественного развития: дисс. ... канд. филос. наук: 09.00.11 / Плеханов Андрей Александрович. - Саранск, 2006. - 107 с.
270. Поротиков, А. И. Обычай в гражданском праве Российской Федерации: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Поротиков Александр Иванович. - М., 2003. - 220 с.

271. Прохачёв, А. В. Обычай в системе форм права: вопросы теории: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Прохачёв Алексей Викторович. - Ростов-на-Дону, 2002. - 149 с.
272. Сафронова, Е. И. Обычай как форма права (сравнительно-правовой анализ): дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Сафронова Екатерина Ивановна. - СПб., 2007. - 149 с.
273. Сеницына, И. Е. Обычное право в современной Африке: дисс. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Сеницына Ирина Евгеньевна. - Саратов, 1995. - 421 с.
274. Сртлян, С. В. Право и традиционный образ жизни: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Сртлян Сергей Владимирович. - Владимир, 2008. - 227 с.
275. Хашаев, Х.-М. О. Шариат, адат и преступления, составляющие пережитки родового быта в Дагестане: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Хашаев Хаджи-Мурад Омарович. - М., 1949. - 24 с.

Памятники права и сборники обычного права

276. Антология памятников права народов Кавказа. Ч. 1: Памятники права народов Северного Кавказа. - Т. 7: Памятники донского казачества. - Ростов-на-Дону: Изд-во СКАГС, 2010. - 580 с.
277. Ефименко, П. С. Сборник народных юридических обычаев Архангельской губернии / П. С. Ефименко. - Архангельск: Губернская типография, 1869. - 20 с.
278. Кромби, Д. Самые глупые законы стран мира / Д. Кромби. - М.: «ОАО Издательский дом «Городец», 2008. - 128 с.
279. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. - М.: Зерцало, 1997. - 608 с.
280. Хрестоматия памятников феодального государства и права стран Европы. Государство древних франков, англо-саксонское государство, Англия, Германия, Испания, Италия, Франция, Албания, Болгария, Венгрия, Польша,

Румыния, Чехия, Югославия. / Под ред. акад. В. М. Корецкого. - М., Госюриздат, 1961. - 960 с.

Энциклопедическая и справочная литература

281. Адат [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: <http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Адат> (дата обращения: 25.01.2013).

282. Али-заде, А. А. Исламский энциклопедический словарь / А. А. Али-заде [Электронный ресурс] URL: <http://islamicencyclopedia.narod.ru/articles/752.html> (дата обращения: 28.01.2013).

283. Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. - 2-е изд., перераб. и доп. - М., 2000. [Электронный ресурс] URL: <http://www.dic.academic.ru/dic.nsf/lower/12788> (дата обращения: 25.01.2013).

284. Галаха [Электронный ресурс]: Еврейская энциклопедия Брокгауза и Ефрона. URL: <http://www.ru.wikisource.org/wiki/ЕЭБЕ/Галаха> (дата обращения: 1.02.2013).

285. Ислам. Энциклопедический словарь. - М.: Наука, Главная редакция восточной литературы, 1991. - 315 с.

286. Испанская империя [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Испанская_империя (дата обращения: 1.02.2013).

287. Колонии Германии [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Колонии_Германии (дата обращения: 1.02.2013).

288. Колонии Португалии [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия. URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Колонии_Португалии (дата обращения: 1.02.2013).

289. Колонии Франции [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Колонии_Франции (дата обращения: 1.02.2013).

290. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой. Постатейный. - 3-е издание, испр., перераб. и доп. / Под ред. О. Н. Садикова. КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2005. - 912 с.

291. Королевства Содружества [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Королевства_Содружества (дата обращения: 1.02.2013).

292. Правовая система Израиля [Электронный ресурс]: ЕЖеВика – Еврейская Живая Вики-энциклопедия по еврейским и израильским темам. URL: http://www.ejwiki.org/wiki/Правовая_система_Израиля (дата обращения: 30.01.2013).

293. Правовые системы стран мира: Энциклопедический справочник. - 3-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. докт. юрид. наук, проф. А. Я. Сухарев. - М.: Норма, 2003. - 976 с.

294. Территории Британской империи [Электронный ресурс]: Википедия – свободная энциклопедия URL: http://www.ru.wikipedia.org/wiki/Территории_Британской_Империи (дата обращения: 27.01.2013).

Публикации на иностранных языках

295. Allait, A. African Law / A. Allait. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1968. - 510 p.

296. Allait, A. / A. Allait. - Essays in African Law. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1960. - 439 p.

297. Anderson, J. N. D. Changing Law in Developing Countries / J. N. D. Anderson. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1965. - 312 p.

298. Anderson, J. N. D. *Islamic Law in Africa* / J. N. D. Anderson. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1970. - 410 p.
299. Arechaga, J. *de Custom and Treaties* / J. de Arechaga // *Change and Stability in International Law-Making*. 1988. - P. 2-30.
300. Baker, J. *An Introduction to English Legal History*. / J. Baker. - London, 1990. - 279 p.
301. Ber-Hashim, G. *Customs and Law: the Way of Interaction* / G. Ber-Hashim. - Manchester, 1982. - 204 p.
302. Blackstone, W. *Commentaries on the Laws of England* / W. Blackstone. - London, 1869. - 680 p.
303. Blake, J. W. *Jurisprudence*. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1992 / J.W. Blake. - 375 p.
304. Boudoin, J. L. *The Impact of Common Law on Civilian Legal Systems of Louisiana and Quebec* / J. L. Boudoin // *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions*. Louisiane, 2004. - P. 54-67.
305. Calabresi, S., Dotson, S. *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision* / S. Calabresi, S. Dotson. - Northwestern University Press, Boston, 2012. - 314 p.
306. Cotran, E. *The Place and Future of Customary Law in East Africa*. / E. Cotran. - Chicago, 1970. - 218 p.
307. *Danish Law: A General Survey* / Ed. Gammeltoft-Hansen H. - Copenhagen, 1982. - 354 p.
308. Dadomo, Ch., Farran, S. *The French Legal System* / Ch. Dadomo, S. Farran. - London, Sweet & Maxwell Ltd, 1996. - 429 p.
309. Damon, J. *The Oracle of the Law* / J. Damon - London, Sweet & Maxwell Ltd, 1968. - 218 p.
310. David, R. *Civil Code for Ethiopia*. / R. David. - New York, 1964. - 248 p.
311. David, R., Vries, H. *The French Legal System: An Introduction to Civil Law Systems* / R. David, H. Vries. - New York: Oceana, 1958. - 334 p.

312. Dawson, J.A. History of Law Judges / J.A. Dawson. - Cambridge, Cambridge University Press, 1960. - 318 p.
313. Derret, J. An Introduction to Legal Systems / J. Derret. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1972. - 372 p.
314. Eddey, K. English Legal System / K. Eddey. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1987. - 421 p.
315. Elgar, E. Encyclopedia of Comparative Law / E. Elgar. -ed. by Jan M. Smits. Library of Congress Cataloguing in Publication Data. Cheltenham, Northampton, 2006. - 840 p.
316. Foster, N. German Law and Legal System / N. Foster. - Mayfield, 1993. - 374 p.
317. Glahn, G. Law Among Nations: An Introduction to Public International Law / G. Glahn. - 7th ed., Allyn and Bacon, Boston, 1996. - 734 p.
318. Glendom, M., Gordon, M., Osakwe, Ch. Comparative Legal Traditions in a Nutshell / M. Glendom, M. Gordon, Ch. Osakwe. - St. Paul. Minn.: West Publishing, 1982. - 402 p.
319. Glik, H. Courts Politics and Justice. / H. Glik. - New York, 1998. - 461 p.
320. Gluckman, M. Ideas and Procedures in African Customary Law / M. Gluckman. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1969. - 287 p.
321. Gluckman, M. Legal Aspects in Development in Africa / M. Gluckman. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1966. - 373 p.
322. Gluckman, M. Politics, Law and Ritual in Tribae Society / M. Gluckman. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1965. - 274 p.
323. Gluckman, M. The Ideas in Barotse Jurisprudence / M. Gluckman. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1965. - 304 p.
324. Gomard, B. Civil Law, Common Law and Scandinavian Law / B. Gomard // Scandinavian Studies of Law. 1961. - Vol. 5. - P. 20-39.
325. Hart, H. L. A. The Concept of Law / H. L. A. Hart. - Oxford, Oxford University Press, 1994. - 307 p.

326. Hutchins, F. *The Illusion of Permanence. British Imperialism* / F. Hutchins. - Princeton; New Jersey, 1967. - 834 p.
327. James, Ph. *Introduction to English Law*. / Ph. James. - London, 1989. - 374 p.
328. Kammerhofer, J. *Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and Some of Its Problems* / J. Kammerhofer // *European Journal of International Law*. 2004. - Vol. 15. - №3. - P. 523-553.
329. Kelsen, H. *General Theory of Law and State*. / H. Kelsen. - New York, 1991. - 682 p.
330. Keneth, S., Keenan, D. *English Law*. / S. Keneth, D. Keenan. - London, 1998. - 834 p.
331. Kurosawa, O. *Introduction to Customary Law* / O. Kurosawa. - UNESCO ed., Tokyo, 2008. - 283 p.
332. Lawrence, M. *American Law*. / M. Lawrence. - New York, 1984. - 293 p.
333. Leoni, B. *Legal Positivism*. / B. Leoni. - Milano/ Boston, 1961. - 218 p.
334. Martin, O. *La Coutume de Paris*. - Paris, 1925. - 327 p.
335. Mehren, A., Gordley, J. *The Civil Law System* / A. Mehren, J. Gordley. - 2 ed. - 1977. - New York, 1997. - 329 p.
336. Merryman, J. H. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* / J. H. Merryman. - 2nd ed. - Stanford, CA: Stanford University Press, 1985. - 173 p.
337. Miller, F. P., Vandome, A. F., McBrewster, J. *Legal Practice* / F. P. Miller, A. F. Vandome, J. McBrewster. - Alphascript Publishing. - New York, 2009. - 327 p.
338. *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa* / ed. R. Zimmermann, K. Reid, D. Visser. - Oxford, 2005. - 954 p.
339. Morse, B. W. *Indigenous Law and State Legal Systems: Conflict and Compatibility* / B. W. Morse. - Dordrecht, 1988. - 629 p.

340. Ollenu, N. A. *The Structure of African Judicial Authority and Problems of Evidence and Proof in Traditional Courts.* / N. A. Ollenu. - London, 1969. - 246 p.
341. Pajero, J. *Modern Legal Systems.* / J. Pajero. - Madrid, 2007. - 937 p.
342. Potter, J. *Historical Introduction to English Law and its Institutions* / J. Potter. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 2009. - 626 p.
343. Ramirez, S. *Introduction to Post-Soviet Law System.* / S. Ramirez. - Detroit, 1997. - 348 p.
344. Rao, T. S. *International Custom* / T. S. Rao // *Indian Journal of International Law*, 1979, Vol. 19. - P. 504-527.
345. Redlich, K., Schwartz, B., Attanasio, J. *Constitutional Law.* / K. Redlich, B. Schwartz, J. Attanasio. - New York, 1989. - 472 p.
346. Salmond, N. *Jurisprudence* / N. Salmond. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1982. - 422 p.
347. Sauveplanne, J. *Codified and Judge Made Law. The Role of Courts and Legislation.* / J. Sauveplanne. - New York, 1994. - 318 p.
348. Schmidt, H. *Legal Systems of Post-Soviet States.* / H. Schmidt. - Berlin, 2001. - 354 p.
349. Segal, Z. *Parliament in the Era of Judicial Review* / Z. Segal // *The book «Developments in European, Italian and Israeli Law»* / ed. A. M. Rabello, A. Zanotti. - A. Giuffré, 2001. - 268 p.
350. Sim R., Pace, P. *A Level English Law* / R. Sim, P. Pace. - London, Sweet & Maxwell Ltd; 1991. - 213 p.
351. Smith, B. *Legal Systems: Yesterday, Today and Tomorrow.* / B. Smith. - New York, 1985. - 654 p.
352. Smith P., Barley S. *The Modern English Legal System* / P. Smith, S. Barley. - Oxford, Oxford University Press, 1984. - 274 p.
353. Stern, B. *Custom at the Heart of International Law* / B. Stern // *Duke Journal of Comparative and International Law.* - 2001. - Vol. 1. - №1 - P. 17-22.

354. The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays / ed. D. L. C. Miller, R. Zimmermann. Duncker & Humbolt. Berlin, 1997. - 494 p.
355. Yiannopulus, A. N. Jurisprudence and Doctrine in Louisiana and France / A. N. Yiannopulus // The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil Law and Mixed Jurisdictions. Louisiane, 1974. - P. 129-172.
356. Zimmermann, R. Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today / R. Zimmermann. - Oxford, 2001. - 297 p.