

На правах рукописи

Кича Мария Вячеславовна

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

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

Автореферат диссертации на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Москва – 2015

Диссертация выполнена на кафедре теории права, государства и судебной власти в Федеральном государственном бюджетном образовательном учреждении высшего образования «Российский государственный университет правосудия»

Научный руководитель	доктор юридических наук, профессор Корнев Виктор Николаевич
Официальные оппоненты	Богдановская Ирина Юрьевна доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории права факультета права ФГАОУ ВПО «Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» Борисов Геннадий Александрович Заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Юридического института ФГАОУ ВПО «Белгородский государственный национальный исследовательский университет»
Ведущая организация	ФГБОУ ВПО «Московский государственный юридический университет имени О.Е.Кутафина (МГЮА)»

Защита состоится 16 февраля 2016 года в 12.00 часов на заседании диссертационного совета Д 170.003.02, созданного на базе Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» по адресу: 117418, г. Москва, ул. Новочеремушкинская, д. 69, ауд. 910.

С диссертацией можно ознакомиться в библиотеке и на сайте Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия».

Диссертация и автореферат размещены на официальном сайте Федерального государственного бюджетного образовательного учреждения высшего образования «Российский государственный университет правосудия» по адресу <http://www.rgup.ru>

Автореферат разослан «___» _____ 2015 г.

Ученый секретарь
диссертационного совета

С.П. Ломтев

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА РАБОТЫ

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. Нерсисянца, 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.

ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ РАБОТЫ

Во **введении** обосновывается актуальность темы диссертации, степень научной разработанности, определяются объект, предмет, цели и задачи исследования. Определены методологическая основа, а также теоретическая и эмпирическая база исследования. Сформулированы положения, выносимые на защиту, обоснованы научная новизна, теоретическая и практическая значимость.

В первой главе **«Обычай как форма англосаксонского права»** анализируется концепция обычая как формы права в англосаксонской юридической доктрине, рассматривается фактическая роль обычая в правовой системе Англии и США, предлагается классификация обычаев англосаксонского права по ряду общетеоретических классификационных критериев. Также проводится исследование генезиса обычая как формы англосаксонского права в правовых системах основных доминионов и бывших колоний Британской империи. Помимо того, изучается обычай как форма англосаксонского права в ряде смешанных правовых систем современности (на примере Квебека, Луизианы, Шотландии, Израиля, ЮАР) и его взаимодействие с местным обычным правом.

В первом параграфе *«Теория обычая в англосаксонской правовой доктрине»* автор анализирует особенности теории обычая как формы права представителями англосаксонской юридической науки.

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.

Помимо того, 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.

Во втором параграфе «*Обычай в правовой системе Англии*» диссертант исследует процесс возникновения и развития английского обычного права, а также его современное состояние.

Обычай как форму английского права не следует недооценивать. В Англии он по-прежнему сохраняет своё значение, поскольку отличается многовековой стабильностью и общественным признанием. Обычай продолжает эффективно использоваться в различных сферах деятельности, например, в торговле и мореплавании. Помимо того, большое значение имеют обычаи, действующие в крупных регионах страны или на всей территории Англии. К ним относятся обычаи торгового мореплавания, обычаи портов и т.д.

Важную роль играет обычай и как форма 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, и т.д. При этом в законодательстве отсутствуют 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.

Пост премьер-министра возник в результате конституционного соглашения. С момента возникновения и по настоящее время должность и полномочия премьер-министра основаны на конституционных соглашениях, т.е. на обычае. В соответствии с обычаем, премьер-министр может 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, Стэнли Болдуин, Невилл Чемберлен, Уинстон Черчилль, Гарольд Вильсон, Маргарет Тэтчер – все эти выдающиеся 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. Можно только догадываться о том, насколько велик объём общественных отношений, существующих в сфере организации и проведения выборов самого разного уровня и деятельности политических партий – и при этом

данные отношения в течение нескольких веков успешно регламентируются конституционными обычаями и соглашениями.

Можно привести ещё несколько примеров конституционных обычаев Англии. Именно конституционными обычаями объясняется то, что министры рассматриваются как слуги короля (королевы), различные награды, титулы, пожалования, пенсии и т.п. даются от имени правящего монарха и др. Одним из наиболее древних и известных обычаев является дарование монархом рыцарского титула подданным, внёсшим большой вклад в политическое, экономическое, социальное, культурное развитие Великобритании. Вообще вся сложная система английского дворянства, аристократических, государственных и военных титулов, статусов, чинов и званий полностью основана на обычаях и регулируется исключительно английским обычным правом.

Помимо того, судопроизводство Англии также основывается 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 немыслимы без обычного права.

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.

В третьем параграфе «*Обычай в правовой системе США*» диссертантом исследован процесс возникновения и развития обычая как формы права США. Правовые системы США и отдельных штатов имеют много общего с правовыми системами других государств, однако американская правовая система уникальна, и обычай, будучи её формой, занимает в ней определённое место.

Возникает вопрос о том, в каких отраслях американского права применяются обычаи. Разумеется, в первую очередь это конституционное (государственное)

право. Здесь роль обычая не так велика, как в английском праве (это объясняется главным образом тем, что в США, в отличие от Англии, существует писаная Конституция и конституционное законодательство).

Тем не менее, значение обычая велико в области функционирования институтов государственной власти, поскольку многие важные институты конституционного права просто не предусмотрены прецедентным или статутным правом 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. Действуют обычаи, касающиеся непосредственно Президента США и определяющие его особый статус.

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 формой уголовного права.

По итогам исследования обычаев права англосаксонской правовой семьи 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.

В четвёртом параграфе *«Генезис обычая как формы англосаксонского права в правовых системах основных доминионов и бывших колоний Британской империи»*

отмечается, что англичане изменили обычное право ряда современных независимых государств Азии, Африки и Ближнего Востока. Колониальная администрация запретила наиболее жестокие обычаи (например, 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, в пятом параграфе *«Обычай как форма англосаксонского права в смешанных правовых системах (на примере Квебека, Луизианы, Шотландии, Израиля, ЮАР)»* диссертант рассмотрел обычай как форму англосаксонского права в условиях вышеназванных смешанных правовых систем, а также его взаимодействие с местными обычаями этих государств и регионов. Установлено, что влияние англосаксонских обычаев на местное обычное право отсутствует. Обычаи англосаксонского права применяются в сфере публичных правоотношений. Романо-германские обычаи права применяются в сфере частного права.

Обычай как форма англосаксонского права представляется нам неким 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 также уникален и применяется во многих правовых системах современности. Поэтому диссертант исследовал обычай как форму романо-германского права и осуществил компаративный анализ обычая в англосаксонском праве и обычая в романо-германском праве – речь об этом идёт во второй главе **«Обычай как форма романо-германского права»**. В этой главе рассматривается обычай как форма права романо-германской правовой семьи в её подгруппах: романской, германской, скандинавской. Роль обычая как формы романо-германского права также изучена в правовых системах бывших колоний Португалии, Испании, Италии и Франции – в пределах африканской, латиноамериканской и дальневосточной подгрупп. Помимо того, проведено исследование соотношения обычая как формы романо-германского права с местным

обычным правом – на примере бывших колоний Португалии, Испании, Италии и Франции в пределах указанных подгрупп.

В первом параграфе *«Теория обычая в романо-германской правовой доктрине»* диссертантом доказано, что 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.

Принципы и нормы права, содержащиеся в обычаях права, 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.

Во втором параграфе *«Обычай в правовых системах романской подгруппы романо-германской правовой семьи»* рассматривается обычай как форма права романской подгруппы романо-германской правовой семьи на примере правовых систем Италии, Испании, Португалии и Франции. Роль обычая в правовых системах вышеуказанной подгруппы неодинакова, что лишает нас возможности выявить характерные черты обычая как формы права романской подгруппы (за исключением того, что многие обычаи соответствующих государств унаследованы из римского права).

В третьем параграфе *«Обычай как формы права в германской подгруппе романо-германской правовой семьи»* исследована роль обычая как формы романо-германского права в правовых системах ФРГ, Австрии, Швейцарии и Венгрии. Выявлено, что роль обычая в правовых системах германской подгруппы также зависит от конкретной правовой системы. В целом, в данной подгруппе обычай имеет субсидиарный характер и применяется только в случаях, установленных

законодательством, однако в некоторых правовых системах (например, в правовой системе Венгрии) роль обычая достаточно велика, особенно в сфере частного права.

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.

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. В четвёртом параграфе *«Обычай в правовых системах скандинавской, латиноамериканской, африканской и дальневосточной подгрупп романо-германской правовой семьи»* прежде всего изучается роль обычая как формы романо-германского права в правовых системах государств Северной Европы. Широкое применение обычая как формы частного и публичного права здесь обусловлено отсутствием крепостного права, развитым местным самоуправлением и прочими конкретными историко-политическими особенностями Скандинавии.

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.

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).

В **заключении** диссертационного исследования подводятся основные итоги проведённой работы.

Основные положения диссертации опубликованы:

В рецензируемых научных изданиях, рекомендованных

Высшей аттестационной комиссией при

Министерстве образования и науки Российской Федерации:

1. Кича, М.В. Обычай в англосаксонской и романо-германской правовых семьях / М.В. Кича // Российское правосудие. – 2015. – № 2 (106). – С. 80 – 84 (0,5 п.л.).
2. 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. 133 – 135 (0,5 п.л.).
3. 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 (0,4 п.л.).
4. Кича, М.В. Актуальные проблемы применения обычая как формы права в практической деятельности юридических клиник на Юге России / М.В. Кича // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление – 2013 – № 4(35). – С. 74 – 79 (0,4 п.л.).
5. Кича, М.В. Обычай как форма права: актуальные проблемы сущностной характеристики / М.В. Кича // Философия права. – 2013. – № 1. – С. 96 – 100 (0,4 п.л.).
6. Кича, М.В. Обычай в правовой системе России / М.В. Кича // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. – 2012. – № 4(23). – С 173 – 175 (0,25 п.л.).

В иных научных изданиях

7. Кича, М.В. Концепция обычая в англосаксонской и романо-германской правовых доктринах / М.В. Кича // Судебная власть: её роль и значение в истории

России (к 150-летию судебной реформы 1864 г.): сборник научных статей по итогам Региональной очно-заочной научно-практической конференции (13 ноября 2014 г.). – Ростов-на-Дону, 2015. – С. 29 – 34 (0,5 п.л.).

8. Кича, М.В. Обычай в правовых системах романской подгруппы романо-германской правовой семьи / М.В. Кича // Фестиваль права: сборник трудов II Международной научной молодежной конференции / Под ред. кандидата юридических наук, доцента М.С. Трофимова (г. Ставрополь, Северо-Кавказский федеральный университет, 12-13 декабря 2014 г.). Ч. 1. – Ставрополь: Изд-во СКФУ, 2014. – С. 21 – 24 (0,4 п.л.).

9. Кича, М.В. Обычай в правовой системе США / М.В. Кича // Юридическая наука и практика: традиции и новации: сборник тезисов Международной научно-практической конференции, посвящённой 150-летию Судебной реформы 1864 года. Т. 1. – Ростов-на-Дону: Изд-во Южного федерального университета, 2014. – С. 56 – 60 (0,4 п.л.).

10. Кича, М.В. Обычай в современной юридической науке и практике: актуальные проблемы понимания и применения / М.В. Кича // ЛОМОНОСОВ-2014: Материалы Международного молодежного научного форума (Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, 7-11 апреля 2014 г.) / Отв. ред. А.И. Андреев, А.В. Андриянов, Е.А. Антипов. – М.: МАКС Пресс. – 1 эл. опт. диск (CD-ROM) (0,3 п.л.).

11. Кича, М.В. Соотношение форм и источников права с позиции интегративного правопонимания / М.В. Кича // Юридическая наука. – 2014. – № 2. – С. 25 – 31 (0,5 п.л.).

12. Кича, М.В. Роль и значение обычая как формы современного национального и международного права / М.В. Кича // Традиции и новации в системе современного российского права: сборник тезисов Международной научно-практической конференции (Московский государственный юридический

университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 5-6 апреля 2013 г.). – М., 2013. – С. 24-25. (0,2 п.л.).

13. Кича, М.В. Роль и значение обычая в правовой системе Израиля / М.В. Кича // Достижения вузовской науки: сборник материалов II Международной научно-практической конференции (Новосибирск, 28 февраля 2013 г.) / Под общ. ред. кандидата экономических наук С.С. Чернова. – Новосибирск: Издательство НГТУ, 2013. – С. 128-130. (0,25 п.л.).

14. Кича, М.В. Роль и значение обычая в смешанных правовых системах / М.В. Кича // Юрист Юга России. – 2013. – № 1 – 2. – С. 129 – 132 (0,28 п.л.).

15. Кича, М.В. Роль и значение обычая в мусульманской правовой семье / М.В. Кича // Юридическая наука. – 2013. – № 1. – С. 8 – 10. (0,25 п.л.).

16. Кича, М.В. Роль и значение обычая в семье обычного права / М.В. Кича // Учёные записки Донского юридического института. Т.39. – Ростов-на-Дону: Изд-во ДЮИ. – 2012. – С. 178 – 184 (0,25 п.л.).

17. Кича, М.В. Роль и значение обычая в англо-саксонской правовой семье / М.В. Кича // Учёные записки Донского юридического института. Т.39. – Ростов-на-Дону: Изд-во ДЮИ. – 2012. – С. 171 – 178 (0,25 п.л.).