



УДК 340.141
ББК 67.022

ПОНЯТИЕ «ОБЫЧНОЕ ПРАВО»: СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ, ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ В ЦИВИЛИСТИЧЕСКОЙ И ДРУГИХ ЮРИДИЧЕСКИХ НАУКАХ

Я.В. Трофимов, С.Ю. Краснов

В данной статье авторы проводят общий и детальный анализ современных научных разработок теории правового обычая и обычного права в цивилистической, теоретико-правовой, историко-правовой и других юридических науках с позиций конструктивной, позитивной критики. Кроме того, выявлены и проанализированы основные тенденции и перспективы развития правового обычая и обычного права, связанные с понятием указанных источников права Российской Федерации, и сделаны научно обоснованные выводы о неприемлемости и неприменимости на практике большинства из указанных научных теоретических разработок.

Ключевые слова: *обычное право, правовой обычай, концепции, гражданское право, теория и история права и государства, Россия.*

Разработчики Концепции совершенствования общих положений ГК РФ [9, с. 13] предлагают внести в ст. 5 ГК РФ существенные изменения, которые позволили бы признать источником гражданского права России не только обычаи делового оборота, но и общегражданские обычаи, которые существуют и регулируют общественные отношения не в сфере осуществления предпринимательской деятельности, а в сфере осуществления некоммерческой деятельности и в быту. Признание в качестве источника гражданского права России правового обычая и его определенных разновидностей (обычай делового оборота, торговый обычай и т. п.), на наш взгляд, открывает путь к формированию и укреплению в различных сферах деятельности именно обычного права как самостоятельной системы права, а не отдельных разрозненных правовых обычаев, вполне безобидных для современного официального законодательства.

О движении в этом направлении свидетельствует и развитие законодательства о саморегулируемых организациях, о медиации и т. д.

Разрабатываемые в настоящее время отдельными специалистами концепции само-

регулирования в РФ [8, с. 243] не дают и не могут дать ответ на вопрос о том, к каким юридическим последствиям в будущем может привести подобная «общинизация» (то есть создание организаций, основанных на членстве) всей страны и фактическая легализация обычного права в России.

Например, разработчики Концепции совершенствования общих положений ГК РФ прямо указывают на широкое применение правовых обычаев в регулировании отношений, связанных с определением гражданами порядка пользования общим имуществом.

Кто просчитывает последствия неизбежно возникающей при этом конкуренции между обычным и официальным правом?

Не случится ли то же самое, что произошло при отмене в России монополии на вино-водочную продукцию? Выпустив джина из бутылки, его очень трудно будет загнать туда снова. Для того чтобы этого не произошло, законодателю необходимо, на наш взгляд, прежде всего опираться на серьезные научные теоретические разработки проблем правового обычая и обычного права, которые бы ясно, подробно и достоверно раскрывали правовую сущность и механизм действия норм обычного права в современных условиях развития России.

Проведенный анализ современных научных теоретических исследований правового

обычая и обычного права в цивилистической и других юридических науках (теория и история права, юридическая антропология, юридическая социология и др.) позволяет нам сделать неутешительный вывод о том, что в силу ряда субъективных и объективных причин специалисты в разных областях юриспруденции, занимающиеся данной проблематикой, на сегодняшний день практически ничего не могут предложить для совершенствования действующего гражданского законодательства.

Общий анализ современных публикаций в юридических изданиях свидетельствует о том, что на сегодняшний день научные теории правового обычая и обычного права в цивилистической и других юридической науках проводятся независимо друг от друга, причем в каждой из этих наук сложился свой понятийный аппарат, представлен обширный спектр подходов, точек зрения по различным аспектам изучения правового обычая и обычного права и практического применения полученных знаний.

В то же время в большинстве случаев законодатель не сможет воспользоваться данными научными теоретическими разработками правового обычая и обычного права из-за несоответствия их понятийного аппарата понятиям и конструкциям, принятым в юриспруденции и законодательстве РФ.

В работах современных авторов поднимаются такие вопросы, как: становление правовых норм в доклассовом обществе и их дальнейшая эволюция; соотношение права, морали и иных социальных норм; соотношение понятий «обычай», «правовой обычай» и «обычное право» с понятиями «предправо», «начальное право», «общинное право», «теневое право», «фактическое право», «параравно»; взаимодействие обычного права и официального законодательства в различные исторические периоды и в современных условиях; общественное или государственное санкционирование обычаев и его способы, выражающие природу обязательности правового обычая; особенности формирования обычного права, классификация обычно-правовых норм по отраслевым критериям; разграничение понятий «обычай», «неправовой обычай», «деловой обычай», «обыкновение», «деловое обыкновение», «обычай имущественного обо-

рота», «заведенный порядок» и «обычай делового оборота» и отнесение их к нормативным и ненормативным источникам права; место, роль и значение правового обычая и обычного права в регулировании гражданско-правовых, конституционных, государственных, муниципальных и иных отношений; проблема доказывания существования общегражданских обычаев и обычаев делового оборота, а также источники доказывания правового обычая в судах общей юрисдикции и арбитражных судах РФ и др.

Широкий круг рассматриваемых специалистами научных проблем не должен вводить в заблуждение, поскольку в их разработке, по нашему мнению, наблюдается застой и топтание на месте. В основном все сводится к исследованию следующих вопросов: определение признаков и свойств правового обычая и обычного права, отграничение правового обычая от деловых обыкновений и иных обычных правил и требований, классификация правовых обычаев, определение способов санкционирования обычаев и форм фиксации обычаев. При этом негативную роль в развитии современных научных разработок теории правового обычая и обычного права РФ играют, как ни странно, научные подходы, концепции и теории, созданные в XIX – начале XX в., многие из которых давно стали классическими и которые необходимо в обязательном порядке учитывать при проведении указанных исследований.

Однако следует сказать о том, что в тот период времени, когда создавались эти теории и концепции, только началось научное изучение правовых обычаев и обычного права, которое было в большей степени направлено на собирание и описание правовых обычаев различных народов, то есть на накопление эмпирического материала.

Таким образом, большинство из указанных теорий не опирались на эмпирический материал функционирования правового обычая и обычного права во второй половине XIX – начале XX в., а носили умозрительный, во многом надуманный характер.

Из-за «давления авторитетов» отмеченные недостатки характерны и для большинства проводимых в России современных научных исследований правового обычая и

обычного права. В них полностью, или почти полностью, отсутствует эмпирический материал, то есть текстуальное воспроизведение самих правовых обычаев или норм обычного права, регулирующих те или иные общественные отношения. В лучшем случае упоминаются только названия сводов, сборников и других письменных записей обычаев. При этом в нарушение принципа историзма и в противоречии с самой правовой природой и сущностью правовых обычаев и обычного права говорится об обычаях, действовавших в разные эпохи, в разных странах и у разных народов. Тем самым фактически отрицается системный и этнический характер обычного права, не говоря уже об отрицании изменчивости правовых обычаев и норм обычного права, приобретающих исключительно статичный и консервативный характер.

О каких серьезных научных разработках данной проблемы можно говорить, если изучение явления проводится без самого явления. Это равносильно, например, проведению анализа крови без самой крови. Абсурдность ситуации в данном примере очевидна. Почему же в случае с изучением правовых обычаев и обычного права абсурдность ситуации не замечается, а полученные в результате проведения таких «исследований» результаты воспринимаются как научно обоснованные и достоверные.

На наш взгляд, построение подобных умозрительных, надуманных, искусственных, не имеющих ничего общего с действительной реальностью теорий, концепций, гипотез и подходов при отсутствии примеров реального действия правовых обычаев и норм обычного права в конкретной социальной общности, местности, сфере деятельности создает неправильные, искаженные представления об указанных социальных регуляторах и механизме их действия.

Отсутствие содержания прикрывается построением сложноструктурных теорий и концепций, «словесной эквилибристикой», то есть неуместным, некорректным и неправильным применением в юридических исследованиях терминов и понятий, используемых в других конкретных общественных науках, прежде всего в философии, психологии и т. д. Научообразность изложения материала и постро-

ение сложноструктурных конструкций противоречат все тому же принципу историзма. Если понять смысл этих концепций и теорий, разобраться в сложной структуре обычного права (делении его на системы, подсистемы, отрасли, подотрасли, формы, виды, институты, подинституты и т. п.) не может даже современный высокообразованный юрист, то подобная «конструкция» не имеет никакого отношения к субъектам обычного права прежних эпох и современности, которые применяли раньше и применяют в настоящее время нормы обычного права.

Анализ содержания современных исследований правовых обычаев и обычного права позволяет нам обратить внимание на существование целого ряда прямо противоположных тенденций, отражающих современное состояние научной разработки проблемы. Приведем только некоторые подходы специалистов, занимающихся данной проблематикой:

1. Правовые обычаи и их разновидности (обычай делового оборота, торговый обычай) отождествляются с обычным правом.

Обычное право как источник гражданского права – это совокупность правовых норм, сложившихся и ставших обязательными в определенной сфере человеческой деятельности, общественной группе или местности в результате многократного и единообразного повторения известного поведения, обеспеченных социальным принуждением (авторитетом) и используемых для регулирования конкретных гражданско-правовых отношений в установленном порядке с санкции государства.

Правовым обычаем признается правовая норма, не предусмотренная законодательством, сложившаяся и ставшая обязательной в определенной сфере деятельности в результате многократного и единообразного повторения известного поведения, обеспеченная социальным принуждением (авторитетом) и используемая для регулирования конкретных гражданско-правовых отношений в установленном порядке с санкции государства.

Обычаем делового оборота признается правовая норма, являющаяся разновидностью правового обычая, сложившаяся и ставшая обязательной в какой-либо области предпринимательской деятельности в результате многократного и единообразного повторения из-

вестного поведения, обеспеченная корпоративным авторитетом и используемая для регулирования конкретных предпринимательских отношений с санкции государства.

Правовые обычаи, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются.

При этом авторы признают нормами обычного права и неправовые обычаи (пословицы, поговорки, предания), а также указывают, что всеобщая информатизация и мощное развитие средств коммуникации в наше время привели к возникновению принципиально нового типа обычного права, особенностью которого является чрезвычайно ускоренное формирование и распространение обычных норм [6, с. 7, 14, 18, 24].

2. Правовые обычаи только частично отождествляются с обычным правом.

Обычное право – это совокупность норм общественного происхождения, которые закреплены в коллективном и индивидуальном сознании социальной группы, применяются вследствие убежденности людей в обязательности их соблюдения и обеспечиваются применением мер общественного принуждения в отношении нарушителя данных норм.

Правовой обычай – это проявившееся в действиях людей правило, соблюдаемое вследствие осознания его обществом как необходимого и обеспеченное общественной санкцией.

Обычное право делится на две основные части. Первая включает в себя все существующие в обществе обычаи, которые санкционированы государством и обеспечены его принудительной силой. Вторую часть составляют правила общественного происхождения, не обладающие санкцией государства. В содержании второй части обычного права автор выделяет четыре элемента. К ним относятся: религиозные нормы; утратившие силу нормы (правила) позитивного права, которые по-прежнему применяются населением; вошедшие в законодательство нормы общественного происхождения; не санкционированные государством социальные нормы, которые созданы обществом, но не являются обычаями (правовыми), например обычаи делового оборота.

По мнению авторов, сегодня обычно-правовые нормы входят в систему источников права, но сами отдельной системы не образуют [3, с. 9–11, 14].

В.В. Наумкина говорит о том, что «обычное» включает в себя обычное правило и обычное поведение. Категория «обычное» объединяет различные регуляторы (правовые, социальные, религиозные и т. д.). Понятие «обычное» шире понятия «обычное право». Обычное право включает в себя обычные регуляторы, которые носят правовой характер (санкционированные, например правовой обычай) или имеют правовое значение (их использование допускается законодательством в качестве необязательных регуляторов, например: обычные условия, обычаи делового оборота).

Таким образом, обычное право – это совокупность правовых обычаев и других регуляторов, имеющих общественное происхождение и правовое значение [15, с. 42].

Сходную позицию занимает А.С. Коновалова. Сущность и природа обычного права определяется ею не только как совокупность правовых обычаев или особая система права ряда народов, населяющих Россию (в основном малых, так называемых коренных народов), но прежде всего как социально-духовный феномен особого свойства, связывающий воедино все основные регуляторы общественной жизни.

Обычное право – такая форма правовой жизни общества, основанная на нормативно-ценностной системе регуляции поведения людей, действенность которой определена многократностью и стабильностью стихийно складывающихся моделей поведения, которая опирается на убежденность в справедливости и оптимальности (в силу очевидной практической пользы) предписываемого поведения; оно является доминирующим фактором, определяющим характер и эффективность неофициального правопорядка.

Авторы предлагают рассматривать понятие обычного права в единстве трех его смысловых контекстов: как совокупность правовых обычаев, функционирующих в рамках позитивного права; как устоявшееся неофициальное право локальных общностей (в частности, малых народов) и как обыкновенное право, спонтанное массовое воспроизводство

правоотношений в их широком понимании. В своей совокупности они выступают важнейшим компонентом массовой (обыденной) российской правовой жизни.

В условиях российской правовой жизни обычное право не носит системного характера по отношению к нравственности и государством установленному праву [7, с. 8, 9].

3. Обычное право связывается либо только с догосударственным периодом развития общества, либо его действие характерно для всех периодов развития общества, включая и современный.

С.А. Зинченко и С.Н. Мрыхин обращают внимание на то, что в Российской Федерации в сфере экономической жизни регуляторами признаются право и правовые обычаи, именуемые по общему положению обычаями делового оборота. Здесь отсутствует обычное право. При оценке правового обычая (в том числе и обычая делового оборота) они исходят из того, что правовой обычай становится таковым в результате санкционирования его государством. Без такого санкционирования он признается только обычаем. Но правовой обычай рассматривается не как норма права, а лишь как один из его источников. Санкционированный обычай делового оборота является нормой права, которая имеет определенные особенности. Она не ориентирует участников отношений на конкретную модель поведения, потому что носит относительно абстрактный характер. Конкретизация нормы права имеет место в процессе правоприменения. О наличии подобных абстрактных норм свидетельствует само российское законодательство, где прописываются нормы-принципы, нормы-декларации, общее начало и смысл законодательства (при аналогии права и т. п.). В этом ряду находятся и правовые обычаи [5, с. 297–298].

Х.М. Думанов и А.И. Першиц задаются следующим вопросом: почему обычаи крестьянских общин и части горожан следует считать обычным правом? В них в равной мере сосуществуют и правовые, и этические, и этикетные нормы. Они считают, что не следует акцентировать внимание на их правовом аспекте и более уместно называть их мононорматикой.

В результате делается вывод о мононорматике – первобытной и послепервобыт-

ной. Одно из главных различий между ними заключается в том, что первая существовала в эпоху нормативного монизма, а вторая – в эпоху нормативного плюрализма.

Чем же тогда является обычное право? В «чистом», отдифференцированном виде сфера его была уже, чем это принято считать. В традиционном обществе это явление часто было лишь одним из аспектов мононорматики, в индустриальном обществе существуют обычаи, но нет обычного права [4, с. 82].

И.Б. Ломакина вводит в научный оборот термин «этническое обычное право» с целью различения современного обычного права (термин достаточно условный), представленного обычаями делового оборота, прочими обыкновениями, и этнического традиционного обычного права как первоосновы формирования национального государственно-организованного права. Этническое обычное право в функциональном аспекте представляет собой определенную систему общественных отношений, в которых обнаруживают себя права и обязанности субъектов этих отношений; в институциональном аспекте обычное право – это сложное intersубъективное, нормативное, социально значимое и общественно полезное явление. Представленное специфическими формализованными структурами (правовыми обычаями), содержащими соответствующие (обычно-правовые) нормы, оно имеет прямые и обратные связи с социальной (традиционной) системой.

Этнические правовые обычаи – это типизированные правила поведения (институты), которые имеют intersубъективную природу. Intersубъективность правовых обычаев определяется тем, что они, с одной стороны, отражают индивидуальные психические адаптации живущих в обществе людей с целью выработки правовых средств для искоренения отдельных видов инадаптаций; поэтому приспособление людей к социальной среде определяется стереотипизированными установками, отвечающими конкретным условиям их жизни. С другой стороны, правовые обычаи объективны, ибо в режиме реификации условно отчуждаются от человека и существуют в относительно автономном режиме, так что люди находят их уже существующими. Выступая одновременно частью психической де-

тельности и атрибутом внешней действительности, правовые обычаи являются внутренним руководством к определенной социально выверенной, общественно полезной деятельности субъекта и одновременно источником побудительных влияний на него внешней среды [12, с. 11–12].

Н.И. Кочетыгова утверждает, что наряду с этническим обычным правом существуют этнические правовые обычаи и позитивные правовые обычаи. Обосновывается различие природы этнического правового обычая (как части традиционной правовой системы), который может быть инкорпорирован в позитивную правовую систему путем его государственного санкционирования, и правового обычая, изначально сложившегося в позитивном праве (например, обычай делового оборота и т. п.). Вследствие этого указанные правовые обычаи по-разному соотносятся с иными источниками права: первые (этнические правовые обычаи), как правило, выступают наравне с законом (альтернативный, сопутствующий регулятор), и для их применения не важно существование либо отсутствие законодательного порядка урегулирования соответствующего отношения; вторые же (позитивные правовые обычаи) являются дополнительным (субсидиарным) регулятором и применяются в случае, если отношение не урегулировано законодательно.

Кроме того, позитивные правовые обычаи в своей совокупности не создают обычного права, они существуют в рамках позитивной системы права во взаимосвязи с иными его источниками, регулируемыми общественные отношения в определенной сфере (например, в области торговли, финансов и т. п.); между собой они не складываются в какую-либо подсистему позитивного права. Этнические правовые обычаи, выступающие в виде параллельно действующей системы по отношению к позитивному праву, в своей совокупности образуют традиционное обычное право; таких систем в многоэтничном государстве может быть несколько.

Под этническим обычным правом понимаются практикуемые нормы, обеспечивающие регулирование отношений внутри определенной социально-культурной группы, являющиеся частью национальной культуры, национального самосознания и основанные на правовых обычаях, сложившихся внутри этой группы, нали-

чие которых подтверждается реальным осуществлением и не зависит от отношения к ним государства [10, с. 6].

4. Наблюдается отказ от использования самого понятия «обычное право». Разрабатываются концепции «жизненного права», «фольклорного права», «теневого права», «реального (актуального) права», «фактического права», «программного права» и др.

Н.В. Лисицын выдвигает гипотезу о существовании обычаев российского права, не отождествляя их с обычным правом.

По его мнению, обычай российского права представляет собой стихийно формируемую, общественно значимую форму российского права, обладающую постоянством и определенностью содержания, многократно применяемую на практике на протяжении продолжительного периода времени, действующую непрерывно, содержащую нормы права. Она возникает при наличии пробелов в иных формах международного и российского права, не противореча им, и обеспечивается принуждением со стороны органов государственной власти, органов местного самоуправления, юридических и физических лиц.

Н.В. Лисицыным аргументировано предложение о необходимости выработки и реализации обычаев российского права лишь в случае пробелов в иных формах международного или национального права.

В сравнительном аспекте ученым исследованы понятия «обычай» и «обычай российского права»; выделены общие признаки обычаев: 1) стихийное образование; 2) продолжительность существования; 3) многократность применения; 4) непрерывность действия; 5) определенность содержания; 6) обязательность исполнения; 7) непротиворечие нормам нравственности.

Определены специфические признаки обычаев российского права: 1) признание и обеспечение исполнения как органами государственной власти или органами местного самоуправления, так и юридическими либо физическими лицами; 2) непротиворечие иным формам международного и национального права; 3) реализация только в случае пробелов в иных формах международного и российского права.

Теоретически обоснована необходимость рассмотрения феномена обычаев российско-

го права как двухсоставного, то есть содержащего в себе признаки обычая как такового (применительно к различным областям научного знания), так и собственно обычая российского права как элемента системы форм международного и российского права.

Речь идет исключительно о подсистеме национального российского права. Этими факторами предопределен и сам термин – «обычай российского права» [11, с. 8–9, 18–20].

В.А. Муравский различает между собой формальное право, то есть официальное, и реальное (актуальное) право. Изучение реального, фактически действующего, а не формально действительного права показывает, что в его рамках создается специфическое правовое явление, которое выступает в качестве социологического аспекта права, – актуальное право. Излагаемое понимание актуального права носит позитивистский характер, поскольку оно имеет в виду систему правовых норм, фактически регулирующих общественные отношения и выражающих волю индивидов.

Актуальное право следует определять, выделяя как общие, так и специфические признаки. С другими сторонами права его объединяют общепризнанные свойства последнего. Это касается в первую очередь нормативности. К реальному праву не относятся феномены, связанные с реализацией права (юридические факты, судебные решения, правоотношения, правосознание, мотивация правового поведения), а только правила поведения. Нормативность актуального права имеет особый характер, поскольку она возникает только при реализации права.

Нормы актуального права есть правовые обычаи, которые создаются на основе индивидуальных норм, регулирующих данные отношения, в качестве доминирующих моделей поведения, возникающих благодаря всему массиву индивидуальных норм. По В.А. Муравскому, данные модели либо являются интерпретацией нормы закона, на основе которой возникают как правила поведения, дополняющие, изменяющие или отменяющие норму закона.

Специфические признаки актуального права – его реальный характер и особое волевое содержание. Актуальное право как стихийное выражение всей массы правоотношений обще-

ства на определенном, конкретно-историческом этапе его развития (здесь и сейчас) может выражать только волю участников правоотношений, какими являются индивиды. Об актуальном праве нельзя рассуждать, применяя понятие «общая воля» [14, с. 10].

Давая характеристику теневого права, В.М. Баранов выделил несколько признаков: проявление юридического плюрализма, когда государство не обладает исключительной монополией на право; специфическая форма неправа; разновидность негативного неофициального права, которое первично; своеобразный свод обязательных предписаний; конгломерат устных суждений, ритуалов, письменных установок; специфические средства защиты. Преобладание стратегии противоборства не исключает некоторой согласованности норм формального и теневого права [1].

Ю.А. Тихомиров считает, что неформальные институты обладают такими признаками, которые отличают их от формальных институтов: во-первых, доминанты частного, группового и корпоративного интереса перед признанным публичным интересом; во-вторых, саморегулирование с использованием неправовых социальных норм; в-третьих, создание альтернативных способов решения вопросов; в-четвертых, квазиправовое поведение при использовании дозволенных институтов; в-пятых, неправомерное поведение.

В конечном счете теневое право либо обессиливает формальное право и его институты, либо противодействует им, либо порождает полезные социальные регуляторы (разрешено все, что не запрещено законом), либо способствует формированию новых правовых регуляторов. Последнее явление требует особого внимания ввиду необходимости чутко улавливать и поддерживать зарождающиеся новые неправовые институты, а также, если понадобится, переводить их в правовые (таковы некоторые досудебные процедуры разрешения споров, корпоративные институты). Как видно, спектр влияния не исчерпывается сугубо негативными характеристиками, как считают многие исследователи данной проблемы [16, с. 81–82].

Е.Н. Трикоз приходит к выводу, что параллельно с официальным правом существует неправо. Право и неправо нередко разде-

лены настолько, что могут существовать и развиваться относительно самостоятельно, но они постоянно образуют известное единство: в официальном праве как некоей данности всегда присутствует в скрытом виде неправое, и наоборот.

Для обозначения различных проявлений неправы используются такие понятия, как «теневое право», «негативное право», «фактическое право», «неофициальное право», «антиправо», «предправо», «псевдоправо», «параправо», «переходное право», «бесправие» и др. [18, с. 56].

В итоге Ю.А. Тихомиров и Е.Н. Триков останавливаются только на одном собирательном понятии – «теневое право».

Теневое право – понятие, обобщающее разные специфические виды «неправовой» действительности: негативное право, фактическое право, неофициальное право, антиправо, предправо, паракправо, переходное право, бесправие и т. д. Эти понятия взаимосвязаны, так как обозначают соответствующие пласты бытия неправы и различные формы его проявления [17, с. 27–28].

Г.В. Мальцев выделяет четыре параллельно действующие нормативные системы теневого права: совокупность синкретических поведенческих норм, которые содержат в себе зачатки и моральных, и правовых норм; совокупность норм, с помощью которой теневое право искусно маскируется под право; область произвола, произвольных решений, действий и поступков (правонарушения, в том числе преступления); традиционная нормативная система, которая не вполне вписывается в круг современных правовых систем (семей права), может быть частично или полностью отнесена к теневому праву.

А ведь Г.В. Мальцев на сегодняшний день является одним из ведущих специалистов, занимающихся разработкой современной теории правового обычая и обычного права [13, с. 12–19].

Возникает вопрос: является ли отнесение Г.В. Мальцевым традиционной правовой системы (системы обычного права) к теневому праву отказом от самого понятия «обычное право»?

О.М. Олейник по рассматриваемому вопросу занимает более ясную позицию. Она отметила в гражданском праве и международном частном праве особую роль обычаев де-

лового оборота, которые не следуют путать с проявлениями теневого права [17, с. 28]. Понятие «обычное право» применительно к современному этапу развития России предлагается заменить на совсем экзотическое понятие – «реликтовое право», которое, на наш взгляд, уже само по себе является внутренне противоречивым.

Н.Н. Федотов утверждает, что пока Интернет был «ничейной территорией», здесь уже успели сложиться некоторые правила и обычаи. В какой-то части они регулируют отношения, не упорядоченные местным законодательством, но иногда входят в противоречие с законодательными нормами.

В части, не противоречащей законодательству, исторически сложившиеся нормы и правила, а также органов саморегулирования Интернета, очевидно, должны рассматриваться как обычаи делового оборота (ст. 5 ГК РФ).

Стихийно сложившиеся нормы и правила в Интернете формировались тем же путем, что и правовые нормы на Земле. То есть, начиная от «по праву сильного», далее – к «праву, данному свыше», потом – к обычному праву (адату) и затем – к современной парадигме «права в интересах большинства с учетом интересов меньшинства». Впрочем, до последней ступени эволюции нормы «дикого» Интернета развиваться не успели.

Под нормами саморегулирования Интернета (далее – НСР) следует понимать сложившийся де-факто в Интернете комплекс обычаев, представлений, практики взаимоотношений, типичных договорных норм, который используется как при отсутствии законодательного регулирования специфических сетевых взаимоотношений, так и вопреки законодательству. В понятие НСР не включаются чисто технические нормы, обеспечивающие функционирование и совместимость сетевой аппаратуры и программного обеспечения.

В результате к настоящему моменту в Сети существует довольно развитое «дикорастущее» или «реликтовое право», которое во многом противоречит действующему праву [19, с. 18–19].

Не менее странной является и попытка ввести в научный оборот «новое» понятие – «программное право», концепция которого разрабатывается на основе психологической кон-

цепции Л.И. Петражицкого. «Интуитивное (программное право)», по мнению Л.Ю. Головиной, следует считать одной из форм нетрадиционного права [2, с. 6–8].

К основным отмеченным нами тенденциям можно добавить еще ряд прямо противоположных подходов, объясняющих правовую сущность, природу правовых обычаев и такой их разновидности, как обычаи делового оборота.

Одни специалисты считают правовые обычаи традиционными источниками (формами) права, другие – нетрадиционными; одни – нормативными (правовыми), другие – ненормативными источниками права; одни считают правовые обычаи (обычное право) таким же позитивным правом, как и официальное право, другие относят его к естественному праву и т. д.

Подводя итог всему вышесказанному, можно сделать вывод о том, что на сегодняшний день следует говорить не о перспективном развитии научных разработок правового обычая и обычного права в цивилистической и других юридических науках, направленных на практическую реализацию полученных результатов, а, скорее, о развитии науки для науки.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Баранов, В. М. Теневое право / В. М. Баранов. – Н. Новгород, 2002.
2. Головина, Л. Ю. «Программное право» как нетрадиционная форма права / Л. Ю. Головина // Новая правовая мысль. – 2007. – № 2. – С. 6–8.
3. Грязнов, Д. Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридических науках : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. Г. Грязнов. – М., 2001. – 21 с.
4. Думанов, Х. М. К уточнению понятия «обычное право» / Х. М. Думанов, А.И. Першиц // Государство и право. – 2005. – № 3. – С. 77–82.
5. Зинченко, С. А. Право и обычай в экономической жизни общества: соотношение, тенденции развития / С. А. Зинченко, С. Н. Мрыхин // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов-н/Д : Изд-во СКАГС, 1999.
6. Зумбулидзе, Р.-М. З. Обычное право как источник (форма) гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р.-М. З. Зумбулидзе. – Волгоград, 2003. – 25 с.
7. Коновалова, А. С. Обычное право в российской правовой жизни : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А. С. Коновалова. – М., 2005. – 23 с.
8. Концепция саморегулирования в РФ // Закон. – 2010. – № 2. – С. 242–246.
9. Концепция совершенствования общих положений ГК РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. – 2009. – № 4. – С. 6–101.
10. Кочетыгова, Н. И. Правовой обычай как источник права России: на примере этнического правового обычая : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. И. Кочетыгова. – М., 2007. – 25 с.
11. Лисицын, Н. В. Обычаи российского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Н. В. Лисицын. – М., 2010. – 23 с.
12. Ломакина, И. Б. Этническое обычное право: теоретико-правовой аспект : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / И. Б. Ломакина. – СПб., 2005. – 43 с.
13. Мальцев, Г. В. Очерк теории обычая и обычного права / Г. В. Мальцев // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. – Ростов н/Д : Изд-во СКАГС, 1999.
14. Муравский, В. А. Право формальное и право реальное / В. А. Муравский // Российский юридический журнал. – 2009. – № 2. – С. 9–16.
15. Наумкина, В. В. Обычные регуляторы / В. В. Наумкина // Современное право. – 2006. – № 5. – С. 40–42.
16. Тихомиров, Ю. А. Право официальное и неформальное / Ю. А. Тихомиров // Журнал российского права. – 2005. – № 5. – С. 80–87.
17. Трикоз, Е. Н. «Теневое право»: как его оценивать? / Е. Н. Трикоз // Законодательство и экономика. – 2005. – № 6. – С. 27–29.
18. Трикоз, Е. Н. «Теневое право»: миф или реальность / Е. Н. Трикоз // Законодательство и экономика. – 2005. – № 1. – С. 56–60.
19. Федотов, Н. Н. Реликтовое право / Н. Н. Федотов // Закон и право. – 2007. – № 4. – С. 18–20.

**CONCEPTION OF “ORDINARY LAW”:
CURRENT TENDENCIES, FURTHER DEVELOPMENTS
IN CIVIL LAW AND OTHER LEGAL SCIENCES**

Ya. V. Trofimov, S. Yu. Krasnov

The authors of the article focus on general and detailed analysis of modern researches in the field of the theory of the legal practice and the customary law in civil law, the theory of law, the history of the theory of law and other juridical studies viewed from constructive and fruitful criticism. In addition, the authors distinguish and analyze the basic tendencies and perspectives in the development of the legal practice and the customary law connected with the notion of the mentioned sources of law of the Russian Federation, the authors also substantiate the research conclusions about inadmissibility and inapplicability in practice of the majority among the above mentioned theoretical investigations.

Key words: *customary law, legal custom, concepts, civil law, theory and history of law and state, Russia.*