

УДК 343.1

Н.А.Фомина (4 курс), А.Ю.Рапопорт, асс.

ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА В СТРАНАХ РОМАНО-ГЕРМАНСКОЙ ПРАВОВОЙ СЕМЬИ

Под обычаем принято понимать общепринятый порядок и традиционно установившиеся правила общественного поведения. Вопрос о понятии и содержании обычая как источника права, а также его месте и роли среди других источников романо-германского права довольно сложный и противоречивый.

Это проявляется в том, что в рамках романо-германской правовой семьи издавна сложились и продолжают существовать два взаимно исключаящих друг друга взгляда и подхода к обычаю как источнику права, к определению его места и роли в системе других источников права. С одной стороны, это социологическая концепция, которая преобладающую роль среди источников права отводит обычаю, считая, что именно обычай является основой права, определяет способы его применения и развития законодателем, судьями. В противоположность этому, позитивистская школа сводит роль обычая на нет, представляя, что он играет лишь самую малую роль в праве, всесторонне кодифицированном.

Существующая позиция «унификации» различных представлений об обычае в рамках романо-германского права, а также о его роли и значении в системе источников права как «первичного источника» является весьма спорной и проблематичной. Нельзя механически переносить сильные или слабые стороны обычаев как источников права одних стран на другие страны, а тем более, неправомерно придавая им общий или всеобщий характер, переводя на всю романо-германскую правовую семью в целом. Тот факт, что обычаи в теоретическом и практическом плане являются первичными источниками права в одних странах романо-германского права, вовсе не означает, что они воспринимаются в качестве таковых и в других.

Обычай сохраняется и сохраняется на протяжении всей истории становления и развития романо-германского права, причем в самых различных формах и проявлениях. Речь идет об обычаях устных и письменных, упорядоченных, т.е. компилированных и неупорядоченных, местных, на уровне отдельных общин или сообществ и региональных, общих, и локальных, правовых и не правовых. Вместе с обычаями во многом «сохранились», хотя и в измененном виде, непосредственно связанные с ними и до конца нерешенные проблемы. Среди них такие, например, которые касаются их отличительных черт и особенностей, их общего и особенного как источников континентального права по сравнению с другими источниками права, в частности с прецедентом и нормативным актом.

В западной юридической литературе традиционно обсуждается и не находит однозначного ответа вопрос о сходстве и различии применяемого судом нормативного акта и используемого им же обычая. Довольно распространенным является мнение, высказанное Кельзенем, о том, что «нет никакой разницы между нормами, содержащимися в обычаях, и нормами, содержащимися в законодательных актах при рассмотрении их под углом зрения их «взаимоотношения» с правоприменительными органами».

Наряду с данной точкой зрения по данному вопросу существуют и иные воззрения. Согласно им ни закон, ни какой-либо иной нормативный акт не могут ни при каких обстоятельствах приравниваться к обычаю. Так как они уже с самого начала своего существования в силу того, что исходят от государства и обеспечиваются государством, приобретают характер правовых актов, в то время как обычай становится таковым лишь

после того, как он интегрируется путем использования его судом или другим государственным органом в право.

Сравнивая позиции исследователей по одному и тому же вопросу, а именно – о соотношении обычаев с законами и другими нормативно-правовыми актами – можно заметить, что существуют диаметрально противоположные позиции авторов. Причем не только в отношении формально-определенных черт и особенностей обычая и закона как источников романо-германского права, а в отношении истоков и природы их юридической силы. Так, в первом случае, когда обычай приравнивается к закону в правоприменительном аспекте, это означает, что за обычаем признается юридическая сила ввиду самого факта его возникновения и существования. При таком подходе обычай и закон рассматриваются как источники права независимо от использования их судами. Основное различие между обычаем и законом проводится не по характеру их юридической силы и способу ее приобретения, а по внешним, весьма важным признакам.

Существуют разные виды обычаев. Во-первых, это обычаи, которые выступают «в дополнение к закону». Они являются одной из наиболее распространенных разновидностей обычаев во всех странах романо-германского права. По мнению Р.Давида, закон в ряде случаев для своего понимания «нуждается в дополнении обычаем». Понятия, которые использует законодатель, «также зачастую нуждаются в объяснении с точки зрения обычая». Все попытки устранить в подобных случаях роль обычая неизбежно приведут «к излишнему концептуализму или же к казуистике, противоречащим духу романо-германского права».

Во-вторых, это обычаи, которые действуют «кроме закона». Они рассматриваются как вполне самостоятельные источники права по отношению к законам и другим источникам права. Область применения таких обычаев ограничена кодифицированным и иным, в том числе некодифицированным законодательством, а также общей традицией романо-германской правовой семьи, отдающей в системе источников права приоритет закону. Широко признанным считается тот факт, что обычай является более распространенным в сфере публичного права, где даже институт делегирования законодательных функций от парламента к правительству в своей изначальной природе приписывается обычаю.

В-третьих, это обычаи, которые по своей природе и содержанию являются обычаями «против закона». По справедливому замечанию Р.Давида, эти обычаи, хотя в принципе и признаются правовой доктриной, действующей в пределах романо-германской правовой семьи, но в то же время в практическом плане весьма существенно ограничиваются. Одна из причин такого ограничения заключается в том, что ни в одной стране «суды не любят выступать против законодательной власти», пытаясь применить при этом противоречащие закону обычаи.

Таким образом, правовой обычай в романо-германской правовой семье является одним из источников права, причем в некоторых государствах его роль очень значительна. Наличие исторической тенденции снижения роли обычаев за счет усиления роли законов и других нормативных актов не значит, что данный источник романо-германского права себя полностью исчерпал и уступил место другим источникам права. Практика правоприменительной деятельности в странах континентального права показывает, что обычай в данной правовой семье продолжает по-прежнему существовать и действовать как один из основных источников права, который на современном этапе его развития наиболее активно себя проявляет в системе других источников права.