

## ПОНЯТИЕ ОБЫЧНОГО ПРАВА (ФУНКЦИОНАЛЬНЫЙ ПОДХОД)

**Аннотация.** В статье отстаивается идея определения понятия обычного права с позиций разграничения форм правообразования, а его функций — исходя из разграничения публичного и частного права. Функции права как регулятора общественных отношений с закономерностью рожают и две формы права — обычное право как претворение статической функции права и законодательство как выражение динамической функции права. Исторический и сравнительно-правовой методы исследования права свидетельствуют, что в сфере частного права законодательные полномочия государства носили ограниченный характер и были обусловлены запретом выходить за рамки границ, очерченных достигнутой самим обществом мерой социальной свободы. Правотворческие функции в этой сфере сводились к фиксации государством лишь тех норм, которые отображали выработанные практикой общественные отношения. При сопоставлении признаков выявляется неопределенность во времени нормы обычного права, которая порождена присутствием в целом праву внутренним противоречием, разрешаемым совокупностью специальных правил и приемов, — юридической техникой, определяющей своеобразие правовых систем. Противоречия между старым и новым в англосаксонском праве разрешаются судебным прецедентом, в романо-германском праве — кодификацией, а в мусульманском праве — институтом киас. Принципиальное отличие нормы закона от нормы обычного права заключается в разных механизмах реализации той и другой нормы в правовом поведении индивида. Норма права, будучи реализована в поведении конкретного участника общественных отношений, выступает как наглядная модель. В свою очередь, для других участников общественных отношений этот акт реализации будет примером реализованной правовой нормы, несет информацию двойственного характера: во-первых, о содержании правовой нормы и, во-вторых, о ее оценке — правомерная или неправомерная. В обыденной жизни люди чаще всего руководствуются наглядным примером правомерного поведения и обращаются к письменному документу только в случае, если нет очевидного своего или чужого опыта реализации правовой нормы. А законодательная норма выступает в чистом виде как абстрактная модель.

**Ключевые слова:** правообразование, обычай, обычное право, закон, частное право, публичное право, дерогация.

**DOI:** 10.17803/1729-5920.2017.132.11.009-023

**И**зучение диалектики общественного развития, его неизбежных противоречий между старым и новым, выраженных в содержании права, показывает сложность и многоплановость определения понятия обычного права.

Право как универсальный регулятор общественных отношений имеет два важнейших способа образования: законодательное введение в действие норм, направленных на изменение, дополнение, преобразование об-

© Тумурова А. Т., 2017

\* Тумурова Анна Тимофеевна, доктор юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства юридического факультета Бурятского государственного университета  
atumurov09@rambler.ru  
670000, Россия, Республика Бурятия, г. Улан-Удэ, ул. Сухэ-Батора, д. 6

щественных отношений (т.е. нововведений в социальную практику); признание, санкционирование в широком смысле слова норм, выработанных социальной практикой<sup>1</sup>. И сегодня эти два типа правотворчества сосуществуют в сфере права. Общество, по словам германского юриста Г. Радбуха, предписывает в форме обычного права, государство предписывает в форме закона; и то и другое предписание — действующее право становится правилом жизни<sup>2</sup>. Эти два важнейших способа правообразования выражают диалектическое единство и системную взаимосвязь двух важнейших форм права — закона и обычного права. Их системная совокупность есть основа беспробельного правового регулирования. В западной юридической литературе подчеркивается, что обычай сохранялся 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 (компилированных) и неупорядоченных, местных (на уровне отдельных общин или сообществ) и региональных, общих (на уровне нации, народа) и локальных, правовых и неправовых и др.<sup>3</sup> Соответственно, понятие обычного права тесно взаимосвязано с пониманием закона как главного источника в системе романо-германского права.

Социальное назначение закона многопланово и частично состоит в том, что государство, опираясь на особый механизм реализации нормативного правового акта, устанавливает новые общественные отношения, преобразовывает или дополняет существующие общественные отношения. Через закон выражается главным образом рациональное начало в праве. Закон видится тем инструментом, социальным механизмом, технологией, при помощи которых осуществляется преобразовательная миссия политической элиты, специфическим средством социальной инженерии. А через обычное право государство объективирует

и тем самым упорядочивает уже сложившиеся в общественной практике отношения. Способы правообразования составляют правовые институты, посредством которых создается нормативная основа правового регулирования. «Признание обычного правила можно условно считать пассивным правотворчеством государства, в отличие от активного законотворчества. Государство лишь соглашается с уже существующим положением вещей»<sup>4</sup>. Проще говоря, они сводятся к установлению правил с целью создания новых форм общественных отношений, к их видоизменению либо к формальному закреплению уже сложившихся форм с целью создания их институциональной основы. Естественная по своему происхождению природа такого единства определяется двуединством динамической и статической функций права. Следовательно, функция права как регулятора общественных отношений с закономерностью рождает и две формы права — обычное право как претворение статической функции права и законодательство как выражение динамической функции права. При этом динамическая функция в виде закона выступает прерогативой политической элиты, ее преобразовательной миссии в обществе. Современная политическая система через политическую борьбу стремится рационализировать социальный процесс, достичь прогрессивного, позитивного развития. В этом стремлении важнейшим средством и инструментарием выступает именно закон — продукт, выражаясь языком М. Вебера, целерациональной деятельности<sup>5</sup>. С другой стороны, политическая элита ограничена в своих устремлениях преобразовать общественные отношения социальной обязанностью признавать и санкционировать нормы, уже выработанные общественной практикой в «порядке народного творчества, стихийно и эмпирически»<sup>6</sup>, в силу их общественного признания. В этом смысле общеобязательность является признанием их правовой природы.

<sup>1</sup> Венгеров А. Б. Теория государства и права: учебник для вузов. М., 1999.

<sup>2</sup> Радбух Г. С. Философия права. М., 2004. С. 16—17.

<sup>3</sup> См.: Ориу М. Основы публичного права. М., 1929. С. 138—139.

<sup>4</sup> Поротиков А. И. Обычай в гражданском обороте // Зумбулидзе Р.-М. З., Поротиков А. И. Обычай в праве. СПб., 2004. С. 219.

<sup>5</sup> Вебер М. Хозяйственная этика мировых религий // Избранное. Образ общества. М., 1994.

<sup>6</sup> Мальцев Г. В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 11.

Таким образом, общественное развитие формирует в правовом поле две самостоятельные, выполняющие собственные функции формы права, которые находятся в диалектическом единстве и диалектическом противоречии. Некогда закрепленное как нововведение правило формирует правопорядок и как всеобщее подчинение этому правопорядку рождает привычное поведение в правовой сфере, представляющее собой следование сложившимся в сфере права общественным стереотипам в социальной практике. Любые новые правила со временем утрачивают характер новизны и постепенно приобретают значение привычного поведения. В последующем они приходят в противоречие с новыми требованиями социального развития и преобразуются посредством введения нового правила. Старое правило, будучи уже неофициальным, нелегитимным, не утрачивает сразу свои регулятивные качества, а под воздействием правового дозволения сохраняет их либо при наличии запрета вступает в фактическое противодействие<sup>7</sup>.

Взаимодействие основных источников права подчиняется всеобщему диалектическому закону социального развития и внутренне присуще праву. Диалектика социального развития заключается не только в политической борьбе, но и в содержании внутреннего противоречия между двумя основными формами права: обычным правом и законом. В этой политической борьбе побеждает закон, который опять же, подчиняясь аналогичной логике, стремится закрепить свою гегемонию, свое единоличное верховенство. Утвердившись в социальной практике, со временем он превращается в правовой обычай, который рано или поздно будет вытеснен новым законом, более соответствующим изменившимся условиям. Так в борьбе двух важнейших тенденций социального развития рождается правовой порядок, который, устанавливая единовластие закона, и определяет особое теневое значение обыч-

ного права как конкурирующего с законом элемента правовой системы. Обращение к неписаной обычно-правовой норме осуществляется исключительно в разрешительном порядке<sup>8</sup>, с целью восполнения пробела в праве. Именно поэтому в современных исследованиях ученые полагают, что оно должно быть «ограничено узкой сферой второстепенных вопросов и носить временный характер. Его следует рассматривать не как альтернативу, а как вынужденную замену закона»<sup>9</sup>.

Современный правопорядок, базирующийся на разветвленной, многоуровневой, специализированной законодательной системе, выражающей торжество закона, определяет сложную природу обычного права и его фактического соотношения с законом. Абсолютизация внешнего выражения правовых норм позволяет выделять обычное право как совокупность выработанных социальной практикой норм в самостоятельное правовое явление только абстрактно, с целью выявить некоторые особенности системных связей внутри права, закономерности, выражающие преемственность правовых норм и принципов. Этот научный прием позволяет более обстоятельно рассмотреть социальный феномен, определить его назначение в функционировании права как универсального регулятора общественных отношений. Такая абстракция позволяет также раскрыть ряд специфических явлений в праве, природу которых нельзя постигнуть в рамках современного правопонимания. К такого рода феноменам относится характеристика основного социального регулятора в странах Востока.

Большинство европоцентристских по своему характеру современных правовых доктрин рассматривает восточные правовые системы как религиозные<sup>10</sup>, традиционные<sup>11</sup> или смешанные<sup>12</sup>. Исследователи отмечают, что для правовых систем стран Азии спецификой регулятивной системы является их синкретичность, слабая дифференциация на религиозные, тра-

<sup>7</sup> О проблеме дерогации см., например: *Грязнов Д. Г.* Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке. М., Ставрополь, 2003. С. 93—94 ; *Марченко М. Н.* Источники права : учеб. пособие. М., 2005. С. 500—503.

<sup>8</sup> *Грязнов Д. Г.* Указ. соч. С. 72—73.

<sup>9</sup> *Поротиков А. И.* Указ. соч. С. 219.

<sup>10</sup> *Давид Р.* Правовые системы современности. М., 2001. С. 8.

<sup>11</sup> *Туманов В. А.* Правовые системы современности. М., 2002.

<sup>12</sup> Например, см.: *Правовые системы стран мира : энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2003.*

диционные и собственно правовые нормы<sup>13</sup>. Вследствие таких общих для европейской правовой мысли взглядов на природу восточного права наблюдаются значительное упрощение, схематичность суждений при анализе государственно-правовых явлений, одновременно широкое распространение получило мнение о сугубо сложных для постижения философско-религиозных представлениях, господствующих в Азии. Однако в рамках вышеприведенной научной абстракции анализ правовых систем древности и азиатских стран позволяет выявить некоторые закономерности, общие для права в целом, и выработать теоретический инструментарий для более глубокого сравнительного постижения восточной цивилизации. Как выяснилось, применение такой абстракции имеет ключевое значение для характеристики традиционных форм социального регулирования народов Сибири, Дальнего Востока и Крайнего Севера нашей страны, а также народов Центральной Азии.

Итак, под обычным правом следует понимать совокупность выработанных социальной практикой норм, признанных и санкционированных государством и выражающих статическую функцию права в регулировании общественных отношений. Обычное право как составная часть права преимущественно «спрятано» внутри позитивного права. Однако такое положение было характерно для права не всегда. Как уже отмечалось выше, на более ранних эволюционных стадиях развития до момента кодификации эта часть права выделялась более конкретно и выступала как обычное право, как основная и универсальная форма права. Устоявшийся характер социальной нормы и ее преобладание выражались в санкционировании государством, а их совокупность формировалась как обычное право. И в противовес этому каждое нововведение в общественную практику формировалось как закон, в значении волеизъявления высшего органа государственной власти, носителя суверенной власти,

т.е. монарха. В государственном управлении монарх использовал закон со всеми присущими ему атрибутами, исключительно с целью преобразования общества, с целью изменить, дополнить нормативную систему. С утверждениями некоторых современных ученых о характере раннего права как об обычном праве, которое «существовало независимо от приказов властей», и о том, что «суверен не был уполномочен ни создавать, ни изменять право»<sup>14</sup>, можно согласиться только с целым рядом специальных оговорок. Монарх мог вносить коррективы, и именно в этом и выражалось его властное верховенство. «Государство, когда оно появляется, активно формирует систему позитивного права, установленного в виде законов, административных распоряжений, судебных прецедентов...»<sup>15</sup>. В то же время он признавал для себя, для судебной системы, которую возглавлял, обязательность совокупности норм, составляющих основу правопорядка.

Для определения характера взаимосвязи обычного права с государством в лице монарха более приемлемо определение: «опираясь на обычное право», раскрывающее двойственный характер обычного права — оно могло быть писаным и неписаным правом. Писаное право как публичная форма обычного права становилось необходимостью в силу разных факторов<sup>16</sup>. В ряде случаев это было вызвано необходимостью реорганизации судебной системы<sup>17</sup>. Писаное (компилированное) обычное право использовалось как механизм контроля за судебной деятельностью, унификации судебной процедуры, централизации судебных полномочий. В других случаях писаное обычное право было следствием активных миграционных процессов в обществе, возникшей необходимости большей определенности для все большего круга лиц, в том числе и вследствие распространения системы на новые присоединенные территории<sup>18</sup>. Заметим, что такая фиксация (компиляция) норм обычного права в письменном документе понималась как упо-

<sup>13</sup> Крашенинникова Н. А. История государства и права зарубежных стран : учебник для вузов. М., 2004. Т. 1.

<sup>14</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 1999. С. 33.

<sup>15</sup> Мальцев Г. В. Указ. соч. С. 98.

<sup>16</sup> Зумбулидзе Р.-М. З. Обычное право как источник гражданского права // Зумбулидзе Р.-М. З., Пороти-ков А. И. Указ. соч.

<sup>17</sup> Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб., 1910.

<sup>18</sup> Мэн Г. С. Древний закон и обычай. Исследования по истории древнего мира. М., 1884.



рядочение норм действующего обычного права и определялась иначе, чем закон: свод, собрание, кодекс, уложение, правда и т.д.<sup>19</sup>

Таким образом, закон и обычное право как единая система исторически определялись как право, составные части которого выражали двуединство функций права как регулятора общественных отношений и существовали отдельно как собственно закон и собственно обычное право. Такое двуединство можно обнаружить во всех правовых системах прошлого. «Есть два вида законов — частный и общий. Частным я называю написанный закон, согласно которому люди живут в обществе, общим — тот закон, который признается всеми людьми, хотя он не написан», — писал в своей знаменитой «Риторике» древнегреческий ученый Аристотель<sup>20</sup>. Такое двуединство определенно выражалось и в древнерусских документах: «Имяху бо обычаи свои и законы отец своих, предания, каждо свой нрав...», и «Мы кляхомся по закону и по покону языка нашего»<sup>21</sup>. Многими исследователями истории русского права признается, что независимо от контекста, в котором термины «закон» и «обычай» употребляются в правовых документах, они свидетельствуют и о близости двух терминов по своему значению, и в равной степени о существовании различия в смысловых нюансах<sup>22</sup>. Причиной такой стойкой парности терминов в языке, возможно, и являлось двуединство источников права — закона и обычного права, наблюдаемого в ранних правовых системах.

Обычное право является социальным институтом, который находится в сложных взаимосвязях с государством. Обычное право имеет двойственную природу, будучи продуктом общественного развития и государственного признания, санкционирования в широком значении этого слова. Оно реализует социальную

потребность в гармоничности взаимосвязи и одновременно автономности государства и общества. Самой государственной природой права и общественной природой государства предопределено его значение быть особым социально-государственным институтом, что приобретает значимую актуальность в свете теории правового государства и гражданского общества.

Проблема санкционирования государством норм обычного права имеет ключевое значение в теории обычного права. По этому вопросу нет единства среди его исследователей. «Причем проблема касается как самой необходимости санкционирования, так и способов его осуществления»<sup>23</sup>.

Санкционирование государством правовой нормы не всегда выступает в виде исключительно определения санкции правовой нормы, меры юридической ответственности за нарушение нормы права<sup>24</sup>. В российской правовой теории под санкционированием в широком смысле понятия подразумевается признание государством правовой нормы, признание обязательности для исполнения всеми субъектами права<sup>25</sup>. Некоторые авторы полагают необходимым употреблять «в исключительно расхожем смысле, как разрешение на применение»<sup>26</sup>. Важно осознать, что все перечисленные формы санкционирования были характерны для разных периодов функционирования обычного права, определялись официальным отношением к нормам обычного права и доктринально существуют как специфический компонент, формирующий особенности национальной правовой системы.

Как составная часть и внутренне присущий правовой системе элемент обычное право имеет собственную социально обусловленную функцию: выступает социальным институтом,

<sup>19</sup> Греков Б. Д. Киевская Русь. М., 1930.

<sup>20</sup> Цит. по: Свечникова Л. Г. Понятие обычая в современной науке: подходы традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук) // Государство и право. 1998. № 9. С. 98.

<sup>21</sup> Цит. по: Золотухина Н. М. Обычай, закон, правда и право в русской средневековой юридической культуре // Российское правосудие. 2007. № 4. С. 13—15.

<sup>22</sup> Рогов В. А. «Закон» и «обычай» в древнерусской правовой терминологии // Ежегодник истории права и правоведения. М., 2001. Вып. 2. С. 77—102.

<sup>23</sup> Зумбулидзе Р.-М. З. Указ. соч. С. 116.

<sup>24</sup> Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. М., 2001. Кн. 1 : Общие положения. С. 63.

<sup>25</sup> Общая теория права / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1995. С. 164.

<sup>26</sup> Многоаспектность проблемы нашла широкое отражение в литературе. См. подробно: Грязнов Д. Г. Указ. соч. С. 170—187.

призванным ограничивать государство как публичный орган в его компетенции диктовать исключительно свою волю в социальном регулировании. При этом ограничение обычное право устанавливает де факто<sup>27</sup>. Древность такого соотношения права, государства и общества доказывает существование в позитивном праве юридической техники, идущей из римского права. Аналогия закона и аналогия права прямо указывают на то, что правовой доктриной признается существование правовых норм неписаного характера, лежащих за пределами исключительно позитивного права. Институт аналогии выступает дополнительной и обязательной для судебной системы, а значит для государства, юридической обязанностью защищать право (читай: обычное право), лежащее за пределами позитивного права и прямо не связанное с волеизъявлением государства. А характерное для ряда правовых систем отсутствие судебной практики реализации данного положения является косвенным подтверждением факта доктринального отрицания обычного права.

Если существует в самом праве ограничение правотворческой юрисдикции государства, то должны быть в праве указания на ее пределы. Думается, что таким ограничением является деление права на публичное и частное. В классовом обществе, там, где государство формулирует общественный интерес, в рамках публичных отношений оно не было связано никакими формальными, юридически оформленными пределами. Оно руководствовалось собственными представлениями о целесообразности и потребности социального развития. Подобные представления вырабатывались в ходе политического противоборства и были ограничены рамками соотношения классовых сил в обществе.

Таким образом, государство устанавливало в интересах экономически и политически господствующего класса при помощи закона новую структуру государственного и политического властвования, систему публичных наказаний, административной иерархии, материальной и социальной основы функционирования классового государства. Однако в сфере частного права законотворческие полномочия государства носили ограниченный

характер и были обусловлены запретом выходить за рамки границ, очерченных достигнутой самим обществом мерой социальной свободы. Правотворческие функции в этой сфере сводились к фиксации государством лишь тех норм, которые отображали выработанные практикой общественные отношения. Упорядочивающая функция государства сводилась лишь к фиксации (творческой и с научных позиций) наиболее значимых, важных, типичных и т.д. общественных отношений, приданию им правовой формы в сфере имущественных и тесно с ними связанных отношений. Общество же, сообразуясь со множеством социальных факторов и режимом политического благоприятствования, свободно вырабатывает в праве, исходя из коллективного представления целесообразности и разумности, собственные нормативы социальных связей. Именно коллективные представления о справедливости, разумности и целесообразности дополняются и правовым притязанием, т.е. правомочием на требование защиты субъективного права государством.

Представление о делении права на публичное и частное, заложенное еще в эпоху римских юристов, возможно, преследовало достаточно утилитарную для римлян цель: ограничить всевластие римского цезаря. Для российских юристов проблема деления права на публичное и частное часто рассматривается лишь с точки зрения чистоты межотраслевого деления<sup>28</sup>. В аспекте его первоначального критерия разграничения юрисдикции закона и обычного права даются четкие правовые основы для действия и других связанных с ним правовых институтов. Так, аналогия закона и аналогия права, как известно, действуют только в частном праве. В области публичного права существует правовой запрет на использование этого правового института. Следовательно, публичное право может быть только правом позитивным. И напротив, частное право, не отрицая значения позитивного, органично включает и нормы неписанные, но действующие в сфере права.

Нельзя не заметить очевидную двойственность механизма объективации правовой нормы. Давность этого института позволяет предположить, что, с одной стороны, обычное право выступает средством связующим, а с другой —

<sup>27</sup> О таком характере обычного права см.: Зумбулидзе Р.-М. 3. Указ. соч.

<sup>28</sup> См., например: Общая теория права и государства : учебник для вузов. М., 2002. С. 115.

обеспечивает автономность в определенной степени общества от государства, тем самым ограждает общество от диктата государства в частной сфере. Одновременно само государство ограждено от своеволия общества в виде стихийного правотворчества в сфере исключительной юрисдикции государства.

Таким образом, государство и гражданское общество имели механизм разграничения своих полномочий в сфере правового регулирования, разделяя закон и обычное право. А с деградацией этого механизма утрачивают свое практическое значение и институт аналогии, и институт деления права на частное и публичное. Если быть более точным, то эти институты в современном праве формально присутствуют, но их реализация — настолько редкий случай, что говорить об их практическом значении не представляется возможным<sup>29</sup>. Является ли такое положение в праве результатом эволюции самого права или особенностью развития национальной правовой системы?

В англосаксонской системе общего права исследователи современных правовых систем (L. Rutherford, I. Todd, M. Woodly) называют «три основных источника права. Это прежде всего “статутное право”, возникающее в результате законодательной деятельности парламента; “делегированное законодательство”, исходящее “от всех государственных органов”, которым частично делегируется законодательная власть со стороны парламента, и “обычное право”, которое появляется в результате “правотворческой деятельности различных судебных инстанций”»<sup>30</sup>. Вместе с тем англосаксонскую правовую систему называют системой прецедентного права. Так как же соотносятся обычное право и законодательство Великобритании? Правовая доктрина устанавливает техническое правило (фикцию), что обычное право носит неписанный характер. Неопределенность правовой нормы разрешается через судебный прецедент. Другими словами, судебный прецедент необходим для объективации неписаного правового обычая. Но есть и другая сторона проблемы: писаное английское

статутное право не имеет сроков давности; принятые с 1189 г., со времени восхождения на престол короля Англии Ричарда I, акты юридически сохраняют свое действие. Такое положение, очевидно, порождает конкуренцию старых и новых норм в правовом регулировании и неопределенность в правоприменительной практике. Отдавая приоритет судебному прецеденту как основной форме права, английское право выработало свой собственный механизм, который позволяет при неопределенности правовой нормы формулировать ее так, чтобы максимально приблизить ее к задаче защиты государством частного интереса.

Публичный интерес в английском праве выражается в решениях парламента. Однако силе и авторитету самого древнего законодательного органа противопоставлена судебная система, которая через исковое производство призвана защищать частный интерес. Таким образом, баланс между публичным и частным интересами, между статутом и обычным правом в английском праве устанавливается посредством судебного решения. В сложных судебных правилах, регламентирующих порядок принятия решения и содержащих такой судебный прецедент, объективируется совокупность правил, по которым этот баланс вырабатывается. Именно эти составляющие судебной процедуры англичане и называют правом, тем самым подчеркивая значимость для правового регулирования процедурных правил, в которых выражена квинтэссенция общественного представления о социальной справедливости.

Мусульманское право, основанное на религиозной правовой доктрине, несет, ко всему прочему, идею ограничения воли правителей в социальном переустройстве<sup>31</sup>. А само обычное по своему характеру мусульманское право снабжено механизмом киас — институтом аналогии права, используемым богословами — толкователями права как способ легитимации новелл в правовом регулировании. Следовательно, в мусульманском праве соотношение нового и старого в правовом регулировании определяется собственным механизмом, фор-

<sup>29</sup> В дискуссии начала прошлого века о публичном и частном праве говорилось о том, что размывание границ публичного и частного в праве носит характер общей тенденции правового развития буржуазного права. См., например: *Черепяхин Б. Б.* К вопросу о публичном и частном праве // Труды профессоров и преподавателей Иркутского университета. Иркутск, 1925.

<sup>30</sup> Цит. по: *Марченко М. Н.* Источники права. С. 4.

<sup>31</sup> *Саидов А. Х.* Мусульманское право. М., 1982.

мирующим, в частности, иное содержание понятия закона. Последнее являет иное, чем в европейских системах, соотношение между обычным правом и нововведениями. С европоцентристских позиций такое соотношение видится обратной пропорцией.

Доктринальное по своему характеру существенное ограничение нового в праве — особенность нормативной системы. Не случайно с европоцентристских позиций правовые системы Востока видятся косными, застывшими, с элементами архаики<sup>32</sup> и т.п. Механизм правотворчества, значительно ограничивающий возможность главным образом для политических структур внести новеллы в социальное регулирование, сознательно меняет характер социальных отношений и их динамику, свидетельствует о существенной недооценке такого регулятора общественных отношений, как закон. Не затрагивая классовые, политические и экономические причины явления, выделим одно важное следствие положения: основным источником права выступает обычное право, совокупность норм, выработанных обществом в незапамятные времена и передаваемых из поколения в поколение практически в неизменном виде, своего рода «обычно-правовой монизм».

Из всего вышеизложенного вытекает, что доктринальное отрицание обычного права есть национальный концепт, формирующий особенность российской правовой системы, национального права и правосознания. Господствующее правопонимание обуславливает динамику развития общественных отношений, определяет социальную активность политической элиты и выступает мощной идеологической подпиткой представлений о ее преобразовательной миссии в обществе.

Таким образом, обычное право есть составная часть правовой системы, совокупность выработанных общественной практикой и обеспеченных государством социальных норм,

выражающих преемственность во взаимосвязях правовых норм, отражающих организационное единство динамической и статической функций права.

Обычное право есть совокупность санкционированных государством социальных норм, выработанных общественной практикой и выражающих формальное равенство участников общественных отношений<sup>33</sup>.

Вопрос о понятии и содержании обычного права как источника права, а также о его месте и роли среди других источников в романо-германской правовой системе довольно сложный и противоречивый<sup>34</sup>. Не менее сложно определить соотношение и место обычного права как составной части права и правовой системы.

Отечественная теория государства и права традиционно определяет обычное право как систему санкционированных обычаев. Такое понимание обычного права имеет давнюю историю в юриспруденции. Заложено еще в эпоху римских глоссаторов представление разделялось учеными в XIX в. и нашло своих сторонников среди современных российских ученых<sup>35</sup>. Вместе с тем следует признать, что понятийное содержание традиционного определения, определение признаков, а также вопросы социального назначения обычного права продолжают оставаться одними из самых сложных, относятся к фундаментальным проблемам правоведения.

В теории государства и права нормативность обычного права как регулятора общественных отношений подчеркивается практически всеми его исследователями. Под нормативностью понимается свойство социального регулятора воздействовать на взаимное поведение участников общественных отношений через информацию, содержащую абстрактное, без детализации, общее правило<sup>36</sup>. При нормативном регулировании субъект регулирования и адресат такой нормы действуют опосредованно через норму, которая формулирует пра-

<sup>32</sup> Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. М., 1984.

<sup>33</sup> В литературе правильно отмечается, что приведенное определение может по объему совпадать с определением обычного права как совокупности санкционированных обычаев. См., например: Грязнов Д. Г. Указ. соч. С. 77.

<sup>34</sup> Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. М., 2004. С. 269 ; Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. М., 2001. С. 334.

<sup>35</sup> О преемственности взглядов подробно см.: Зумбулидзе Р.-М. З. Указ. соч. С. 40—86.

<sup>36</sup> Нижечек В. И. Советское право в системе регулирования социалистических общественных отношений. Иркутск, 1973. С. 415.



вило не для конкретного случая, на все случаи типичного характера. Нормативное регулирование надо отличать от прямого веления, которое идет от субъекта к конкретному человеку. В этом смысле нормативность обычного права носит ярко выраженный характер и наряду с другими нормативными регуляторами, такими как обычай, религиозные нормы, мораль, устанавливает модели общественного поведения, его наиболее общие черты, абстрагируясь от частностей.

Как нормативный регулятор обычное право имеет общую ценность с другими социальными регуляторами, такими как форма выражения свободы индивида, его отрыв от необходимости. Нормативное регулирование, свойственное только человеческому обществу, определяет социальную сущность человека, личность как некую сумму его социальных связей. Нормативность — свойство, которое включает в себя информацию как суммарное выражение социального опыта человечества, это способ упорядочения общественных связей более высокого порядка, чем просто обязательное веление-приказ.

С нормативностью тесно связан признак интеллектуально-волевого характера регулирования. Норма права воплощается в поведении через сознание и свободную волю человека. Не будет признано правонарушением противоправное деяние, совершенное вследствие несвободы воли. Привычное поведение, лежащее в основе обычного права, есть разновидность волевого поведения.

Следование чужому или собственному опыту в сфере действия права ориентировано на оценочное значение права — правомерное или неправомерное поведение. В этом случае воля и сознание выражены в правовой установке. Нормативная сила привычки, как отмечал гений русской философии права Н. Н. Алексеев, вытекает «из автоматической способности следовать раз данному образцу, из простой косности или же из соображений наименьшей траты сил, удобства, пользы»<sup>37</sup>. Такое поведение, где

сознательный волевой выбор варианта поведения опосредован временем и опытом, проявляется в правовой установке<sup>38</sup>.

Обычное право связано с государством. Этот краеугольный в правопонимании камень определяет существование взаимоисключающих подходов. Есть исследователи, утверждающие, что обычное право должно быть только устным: «Фиксация нормы в тексте нормативно-правового акта автоматически придает ему значение закона», — и с этим трудно не согласиться. Логично поддержать и тех, кто полагает, что «социальная норма, регулирующая фактические общественные отношения, к которой прибегают в случае обнаружения пробела в праве, и признается обычным правом — феномен, не имеющий формального выражения, иное, чем поведение конкретных участников общественных отношений»<sup>39</sup>. Другие, напротив, считают, что нормы обычного права должны быть зафиксированы, отказ законодателя в фиксации нормы, выработанной обществом, признается формой выражения произвола<sup>40</sup>.

По нашему глубокому убеждению, форма права как внешнее выражение правовых норм подчиняется требованиям юридической правоустанавливающей техники, разработанной еще в римском праве. В сфере публичного права закон и обычное право существуют только как писаное, формально определенное государственно-властное веление. Это требование рождено из приоритета государственной воли в публично-правовой сфере и воплощено в правовом режиме: разрешено только то, что прямо указано в нормативном правовом акте. Следовательно, норма в публичном праве — всегда позитивное правило, независимо от того, согласно ли общество на такое нововведение. Участники правоотношений обязаны соблюдать ее до тех пор, пока она не будет отменена официально. Общественная практика в публично-правовой сфере может установить социальную норму, однако государство не несет обязанность защищать правомочия, рожденные ее реализацией<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Алексеев Н. Н. Основы философии права. СПб., 1998. С. 153.

<sup>38</sup> Механизм преступного поведения : сб. науч. ст. / отв. ред. В. Н. Кудрявцев. М., 1981.

<sup>39</sup> Такой подход превагирует в современной литературе. См., например: Поротиков А. И. Указ. соч.

<sup>40</sup> Такое понимание феномена свойственно большинству социологических исследований. См., например: Плахов В. Д. Традиции и общество. М., 1982.

<sup>41</sup> См., например: Белкин А. А. Обычаи и обыкновения в государственно-правовой сфере // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1998. № 1.

Диаметрально противоположное правило действует в частноправовой сфере. Правовой принцип «разрешено все, что прямо не запрещено законом» устанавливает обязательную письменную форму только для запретов. Предоставленная правовым принципом свобода открывает возможность для субъектов права вырабатывать в своей практике различные варианты поведения, многократно повторяясь, они приобретают общие черты. Г. Кельзен, например, усматривает основное, «реальное различие» между обычным правом, формируемым с помощью обычаев, и статутным правом, состоящим из норм, содержащихся в законах и других нормативных актах, в уровне их централизации или децентрализации. Статутное право гораздо более централизовано во всех отношениях (в процессе формирования, обеспечения и правоприменения), нежели обычное право<sup>42</sup>. Институциональная основа таких отношений и есть обычное право — совокупность выработанных общественной практикой правил. Однако если в государственно-правовой сфере такие нормы могут быть формализованы в государственно-правовом велении, то в частноправовой сфере государство выработанные практикой социальные нормы обязано фиксировать, и отсутствие определенности не освобождает государство от необходимости защищать субъективное право, рожденное такой нормой. Следовательно, логика правового принципа раскрывается в существовании обязанности государства на признание такой правовой нормы. Правовой режим «разрешено все, что прямо не запрещено» в частном праве есть выражение санкционирования в общей абстрактной форме таких норм обычно-правового характера в строгой иерархии соподчиненности правовому принципу.

Таким образом, в сфере частного права связь государства и социальной нормы опосредована обязанностью государства признать и санкционировать такую норму. И отсутствие такой определенности не исключает обязанности государства, в частности судебных органов, обеспечить правомочия, рожденные реализа-

цией такой нормы. Государственно-правовая защита такого права обеспечивается судебным решением, восполняющим пробел в праве. Такая неопределенность не всегда трактуется как абсолютное зло<sup>43</sup>. Более того, исследователи полагают, что в отсутствие такой неопределенности правовая система заостеневает, что, в свою очередь, усугубляет противоречие между постоянной формой и изменчивым содержанием права.

Нельзя не отметить, что неопределенность нормы обычного права иногда имеет и другую природу. Норма права имеет неопределенный во времени характер, а значит, она может сохранять свое регулятивное значение так долго, насколько долго сохраняются в обществе социально-экономические, политические, культурологические и другие факторы, вызвавшие ее появление. «Если допустить, что закон является отражением социальной потребности, тогда есть основания полагать, что он останавливает свое действие после того, как прекращают действовать породившие его причины»<sup>44</sup>.

Как правило, на норму права фактически не влияют изменения в политической сфере — правовая норма становится фактом правового быта, уклада. Ее замечают лишь при обнаружении фактической конкуренции правовых норм. В англосаксонской правовой системе такая конкуренция, как известно, разрешается судебным решением. В романо-германской правовой системе, где издание новой нормы отменяет старое правило, предпочтение автоматически отдается нововведению, чего нельзя сказать о мусульманском праве, где старая норма, освященная древностью, имеет силу, исключаящую дерогацию.

Таким образом, неопределенность нормы обычного права не является ее признаком, а присущее в целом праву внутреннее противоречие, которое разрешается совокупностью специальных правил и приемов — юридической техникой, которая определяет своеобразие правовых систем.

Общеобязательность как признак права в современной теории государства и права уже не имеет вульгарной привязанности к исклю-

<sup>42</sup> Чистое учение о праве / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. 2-е изд. СПб., 2015. С. 128.

<sup>43</sup> В. Н. Кудрявцев, в частности, отмечал, что абсолютизация требования формальной определенности правовой нормы значительно обедняет правовую систему, приводит ее к заостренности и излишнему формализму. См.: Кудрявцев В. Н. Право и поведение. М., 1982.

<sup>44</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр.; под общ. ред. В. И. Даниленко. М., 2000. С. 215.

чительно обеспечивающей силе государства, стоящей за нормой права. Общеобязательность трактуется и как авторитет государства, и как подчинение правовой норме вследствие авторитета демократического государства, и, следовательно, права как выражения общественной воли. Критики обычного права часто, отрицая значение обычного права в современной жизни, критикуют обычное право за то, что оно черпает свою силу в привычке, неодолимости инерции, косности и архаичности. Для подобных теорий характерно определение обычного права как недоразвитое, архаичное, подчеркивание значимости законодательства как позитивного быстрого и эффективного проводника новых форм общественных отношений. Со всем этим можно согласиться только условно, если осознаются и существенные недостатки закона как единственного источника права. И эти недостатки заключаются в том, что активизация законодательной практики часто вызвана исключительными обстоятельствами, в ситуации социального экстрима. Такое законодательство содержит властные веления государства, целью которых является преобразование социальных отношений, при достижении своей цели они исчерпывают свое содержание. В ситуации социальной стабильности оно оказывается практически неприемлемым регулятором, универсальность его ограничена. Такие нововведения при системном характере права вызывают необходимость все новых и новых уточнений. Лавинообразное законодательное регулирование не всегда бывает способно адекватно реализовать сущее, определяя приоритет должного. Поэтому неэффективное, несоразмерно объемное и в силу этого во многом декларативное по своему значению законодательство во многом ограничивает универсальный характер права. Стремление опираться исключительно на закон чаще всего ведет к централизации государственной власти, узурпации политической элитой и как оборотная сторона проблемы ведет к гипертрофированному развитию патернализма, правового нигилизма и другим социальным порокам.

Однако абсолютизация норм обычного права чревата не менее опасным социальным злом. Общество лишается эффективного социального механизма преобразования обще-

ственных отношений. Общество погружается в вековечный застой и стагнацию. В условиях современного интегрированного мирового сообщества, где постоянно действует экономическая и политическая конкуренция, такое общество не способно обеспечить собственную экономическую самостоятельность, политический суверенитет.

Есть и одна достаточно принципиальная разница между нормой закона и нормой обычного права. Отличие заключается в разных механизмах реализации той и другой нормы в правовом поведении индивида. Норма права, будучи реализована в поведении конкретного участника общественных отношений, выступает как модель. В свою очередь, для других участников общественных отношений этот акт реализации будет примером реализованной правовой нормы. В отличие от самой нормы, акт правомерного поведения несет информацию двойственного характера: во-первых, о содержании правовой нормы и, во-вторых, о ее оценке — правомерная или неправомерная. Чаще всего люди руководствуются наглядным примером правомерного поведения и обращаются к письменному документу только в случае, если нет очевидного своего или чужого опыта реализации правовой нормы. А законодательная норма выступает в чистом виде как абстрактная модель<sup>45</sup>. Норма права может действовать непосредственно с листа либо через моделирование примера для всех людей. Такая двоякость есть особенность писаного права.

Подобный анализ приобретает теоретическое значение в случае необходимости характеризовать неписаное право — существовали в древности и, предполагается, существуют и сейчас правовые системы, не имеющие письменной традиции. Речь идет о типологических особенностях некоторых культур и их системы социального регулирования.

Конкретное правовое поведение, реализующее правовую норму, при повторениях в поведении других людей и в своем собственном поведении уже существует как образ, знаковая система, информирующая как о своем юридическом содержании, так и о социальной оценке.

Подчеркнем, что обычное право в этом смысле отражает выработанный социальной эволюцией психологический приспособительный ме-

<sup>45</sup> См., например феноменологический анализ правового текста: Поротиков А. И. Указ. соч. С. 22—29.

ханизм, адаптирующий индивида к жизненной ситуации в условиях постоянного повторения ситуации. Изменение привычной ситуации всегда настораживает человека, и оценка ситуации как необычной или экстремальной требует концентрации внимания и волевого и сознательного выбора варианта поведения. Таким образом, поведение человека, привычное и в ситуации выбора варианта поведения, свойственно социальному нормативному поведению. Эта разница является относительной и условной в той мере, в какой можно разграничить обычное право и законодательство.

Строго говоря, обычное право следует характеризовать как совокупность формально определенных норм. А противоречивость такого утверждения обусловлено исторической стороной дела, особым отношением к обычному праву со стороны государства. Обычное право может и не признаваться государством, тогда оно носит преимущественно нелегитимный и непризнанный характер. Однако если социальная норма де-факто регулирует общественные отношения, формулируя взаимные права и обязанности, то ее нелегитимность выражается в определенных политических причинах такого положения.

Правовой обычай, будучи зафиксирован в позитивном праве, не перестает быть нормой обычного права, взятой из общественной практики. Возникает проблема в том случае, если норма обычного права не зафиксирована и не защищается в судебном порядке. Тогда обычное право выполняет свою регулятивную функцию и в неофициальной форме. Социологические исследования подтверждают факт реального существования и функционирования неофициального обычного права. Что же касается неофициальных норм в сфере действия публичного права, то они также свидетельствуют о государственном произволе.

Вне юридической фикции право как институциональное явление теряет свои важные качества — быть особым регулятором общественных отношений, мерой свободы, мерой, определяемой условиями жизни общества, которая не есть простое отражение экономических отношений, а является инструментом социального регулирования. То есть это то, посредством чего вносятся изменения в общественные отношения. То, что вносится целенаправленно, это всегда определено, в том числе выражено вовне. А обычное право может быть определенным, зафиксированным

и быть только выражением уже сложившихся отношений. И потому требования права к таким нормам не столь строги.

Обычное право в самом праве выражает ту часть, которая складывается помимо воли политической элиты и вследствие объективно складывающихся отношений. И то и другое в праве является ценным, поскольку, дополняя друг друга, они позволяют праву быть синкретичным явлением, производным от этих сочетающихся начал в праве. Игнорирование двух данных факторов в конкретных правовых системах ведет к определенным особенностям в функционировании права. Можно предположить, что в целом, как всякая мутация, оно вызывает явления негативные, хотя это только предположение, а не научный факт.

Не повторяясь, просто перечислю ценность обычного права. Обычное право как выражение преемственности в праве играет очень важную роль. Обычное право и его выраженность в праве экономят режим силового воздействия на общество с целью законопослушного поведения. Обычно-правовое регулирование только в случае действительно назревшей ситуации позволяет вмешиваться в общественные отношения, создавая там новые модели, с целью реформирования. Необходимость постоянно прибегать к закону как способу регулирования делает право в большей степени зависимым от силового его обеспечения.

Обычное право, будучи формой общественного по своей природе явления, имеющее с государством только опосредованные его признанием отношения, является условием социальной солидарности, выступает социальной ценностью, которая объединяет членов общества, людей многих поколений в пространстве и во времени. В отсутствие такой преемственности наступает социальная дезорганизация. Обычное право есть форма передачи опыта правового регулирования от одного поколения к другому. Уважение к прошлому создает благоприятную в целом атмосферу, способствующую в большей степени сознательному объединению людей. Обычное право полнее выражает интересы народа, в отличие от политической элиты, полнее выражает повседневные нужды. Обычное право выражает традиционные отношения, ценность которых также в большей степени сплачивает и консолидирует народ. Оно выражает национальные интересы и право народов, которые заключаются в естественном праве следовать



в повседневной жизни образу жизни, выработанному обществом историческим развитием, а не навязанному сверху, без учета временных, природно-климатических и других условий жизни. Обычное право, будучи эволюционной нормой, способно быть естественным ограничением произвола государства в его стремлении диктовать свои условия, вмешиваться в частный интерес. Поэтому обычное

право есть критерий объективности права, его адекватного выражения в общественных отношениях.

Таким образом, обычное право имеет самостоятельную социальную ценность в праве, что позволяет сделать вывод об особом значении обычного права как источника права. Необходимость научного познания обычного права — актуальная и важная функция правоведения.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев Н. Н. Основы философии права. — СПб., 1998. — 542 с.
2. Белкин А. А. Обычай и обыкновения в государственно-правовой сфере // Известия высших учебных заведений. — Правоведение. — 1998. — № 1.
3. Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. ; под общ. ред. В. И. Даниленко. — М., 2000. — 576 с.
4. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. — М., 2001. — Кн. 1 : Общие положения. — 847 с.
5. Вебер М. Хозяйственная этика мировых религий // Вебер М. Избранное. Образ общества. — М., 1994. — 714 с.
6. Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник для вузов. — М., 1999. — 528 с.
7. Греков Б. Д. Киевская Русь. — М.-Л., 1944. — 347 с.
8. Грязнов Д. Г. Соотношение категорий обычного права и правового обычая в юридической науке. — М., Ставрополь, 2003. — 207 с.
9. Давид Р. Правовые системы современности. — М., 2001. — 386 с.
10. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. — М., 1999. — 279 с.
11. Золотухина Н. М. Обычай, закон, правда и право в русской средневековой юридической культуре // Российское правосудие. — 2007. — № 4. — С. 13—15.
12. Зумбулидзе Р.-М. З., Поротиков А. И. Обычай в праве. — СПб., 2004. — 382 с.
13. Кельзен Г. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М. В. Антонова и С. В. Лёзова. — СПб., 2015. — С. 128.
14. Крашенинникова Н. А. История государства и права зарубежных стран : учебник для вузов. — М., 2004. — Т. 1. — 624 с.
15. Кудрявцев В. Н. Право и поведение. — М. : Наука, 1982. — 287 с.
16. Мальцев Г. В. Происхождение и ранние формы права и государства // Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — М., 2002. — 813 с.
17. Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие. — М., 2005. — 760 с.
18. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. — М., 2001. — 560 с.
19. Механизм преступного поведения : сб. науч. ст. / отв. ред. В. Н. Кудрявцев. — М., 1981.
20. Мэн Г. С. Древний закон и обычай : Исследования по истории древнего мира. — М., 1884.
21. Нижечек В. И. Советское право в системе регулирования социалистических общественных отношений. — Иркутск, 1973. — 415 с.
22. Общая теория права / под ред. А. С. Пиголкина. — М., 1995. — 384 с.
23. Ориу М. Основы публичного права. — М., 1929. — С. 138—139.
24. Плахов В. Д. Традиции и общество. — М., 1982. — 220 с.
25. Правовые системы стран мира : энциклопедич. справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2003. — 976 с.
27. Проблемы общей теории права и государства : учебник для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — М., 2004. — 832 с.
28. Рогов В. А. «Закон» и «обычай» в древнерусской правовой терминологии // Ежегодник истории права и правоведения. — Вып. 2. — М., 2001. — С. 77—102.
29. Саидов А. Х. Мусульманское право. — М., 1982.

30. Свечникова Л. Г. Понятие обычая в современной науке: подходы, традиции, проблемы (на материалах юридической и этнологической наук) // Государство и право. — 1998. — № 9.
31. Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. — СПб., 1910. — 674 с.
32. Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право : Вопросы теории и практики / отв. ред. В. А. Туманов. — М., 1984. — 276 с.
33. Черепашин Б. Б. К вопросу о публичном и частном праве // Труды профессоров и преподавателей Иркутского университета. — Иркутск, 1927. — 27 с.

*Материал поступил в редакцию 2 марта 2017 г.*

### THE CONCEPT OF CUSTOMARY LAW (A FUNCTIONAL APPROACH)

**TUMUROVA Anna Timofeevna** – Doctor of Law, Associate Professor of the Department of the Theory and History of Law and the State at the Buryat State University  
 atumurov09@rambler.ru  
 670000, Russia, Republic of Buryatia, Ulan-Ude, ul. Sukheh-Batora, 6

**Abstract.** *The article advocates the idea of defining customary law in the context of differentiating the forms of law-making and its functions by means of distinguishing between public and private law. Functions of law as a regulator of public relations have the effect of creating two forms of law — customary law as an implementation of a static function of law and legislation as an implementation of a dynamic function of law. Historical and comparative legal methods of the law study show that, in the sphere of private law law-making powers of the State were limited and were motivated by the prohibition to go beyond the boundaries of social freedom determined by the society itself. Legislative functions in this sphere were limited to the State fixing only those norms that reflected the public relations developed in practice. When characteristics are compared, uncertainty of a rule of customary law concerning time is revealed. Such uncertainty is the result of a contradiction inherent to law in general that is resolved by means of the complex of special rules and techniques, i.e. legal methodology, that pre-determines the legal systems diversity. Contradictions between the old and the new in Anglo-Saxon law are resolved by a judicial precedent, in Romano-German law they are resolved by codification, and in Islamic Law by kiyas (analogy-based rules). The fundamental difference between the rule of the law and the rule of common law amounts to differences in implementation of different rules in the legal conduct of an individual. The rule of law, being implemented in the conduct of a particular actor in public relations, acts as a visual illustration. In turn, for other actors of public relations, this act of implementation will be an example of an implemented legal norm, carries information of a dual nature: firstly, concerning the content of the law and, secondly, its evaluation, whether it is legitimate or illegitimate. In everyday life, people are most often guided by an example of lawful behavior, and they turn to a written instrument only if there is no any obvious example of the legal rule implementation, whereas a legislative norm is purely an abstract model.*

**Keywords:** law-creating, custom, customary law, law, private law, public law, derogation.

### REFERENCES

1. Alexeev, N. N. Fundamentals of Philosophy of Law. St. Petersburg, 1998. — 542 p.
2. Belkin, A. A. Custom and usage in the State Law Sphere // Pravovedeniye. Bulletin of Higher Schools. 1998. № 1.
3. Bergel, Jean-Louis. General Theory of Law: tr. from French / ed. by V. I. Danilenko. M., 2000. — 576 p.
4. Braginskiy, M. I., Vitryanskiy, V. V. Contract Law. Book 1: General Provisions. M., 2001. — 847 p.
5. Weber, M. Business Ethics of the World Religions / Selected Works. Image of the Society. M., 1994. — 714 P.
6. Vengerov, A. B. The Theory of the State and Law: A Textbook for Higher Schools. M., 2000. — 576 P.
7. Grekov, B. D. Kievan Rus. M.-L., 1944. — 347 p.
8. Gryaznov, D. G. The Balance between the category of common law and usage in the legal science. M., Stavropol, 2003. — 207 p.
9. David R. Modern Legal Systems. M., 2001. — 386 p.
10. David R., Geoffrey-Spinozi, K. The main legal systems of the modern world: Translation from French. V. A. Tumanova. M., 1999. — 279 p.

11. *Zolotukhina, N. M.* Custom, Statute, Truth and Law in Russian Medieval Legal Culture // Russian Justice. 2007. № 4. — P. 13-15.
12. *Zumbulidze, R.-M. Z.* Common Law as a Source of Civil Law // Custom in Law. — 382 p.
13. *Kelzen, G.* Pure Doctrine of Law. 2nd ed. / tr. from Germ. M. V. Antonova and S.V. Ljozova. St. Petersburg, 2015. — P. 128.
14. *Krashennnikov, N. A.* History of the State and Law of Foreign Countries: Textbook for Higher Schools. Vol. 1. M., 2000. — 624 p.
15. *Kudryavtsev, V. N.* Law and Behavior. M.: Nauka, 1982. — 287 p.
16. *Maltsev, G. V.* Origins and Early Forms of Law and the State / Problems of General Theory of Law and the State: A textbook for higher schools / Ed. by RAS Academician, PhD in Law, Prof. V. S. Nersesyants. M., 2002. — 813 p.
17. *Marchenko, M. N.* Sources of Law: Tutorial. M., 2005. — 760 p.
18. *Marchenko, M.N.* Comparative Jurisprudence. M., 2001. — 560 p.
19. The Mechanism of Criminal Conduct: Collection of Scientific Papers / Ed. by V.N.Kudryavtsev. M., 1981.
20. *Maine, G. S.* Ancient Law and Custom. Ancient World History Studies. M., 1884.
21. *Nizhechek, N. I.* Soviet Law in the System of Socialist Social Relations Regulation. Irkutsk, 1973. — 415 p.
22. The General Theory of Law / Ed. by A. S. Pigolkina. M., 1995. — 384p.
23. *Oriu, M.* The Foundations of Public Law. M., 1929. P. 138-139.
24. *Plakhov, V. D.* Traditions and a Society. M., 1982. — 220 p.
25. *Porotikov, A. I.* Custom in Civil Transactions // Custom in Law. St. Petersburg, 2004. — P. 219.
26. Legal Systems of the Countries of the World: Encyclopedic Reference Book / Ed. by A. Ya. Sukharev. 3rd ed., revised. M., 2003. — 976 p.
27. Problems of the General Theory of Law and the State: Textbook for Higher Schools / Ed. by V. S. Nersesyants. M., 2004. — 832 p.
28. *Rogov, V. A.* "The Law" and "Custom" in the Ancient Russian legal terminology // Yearbook of the History of Law and Jurisprudence. M., 2001. Issue 2. P. 77-102.
29. *Saidov, A. H.* Muslim Law. M., 1982.
30. *Svechnikova, L. G.* The concept of custom in modern science: Approaches, Traditions, Problems (on materials of legal and ethnological sciences) // The State and Law. 1998. № 9. — P. 98.
31. *Sergeevich, V. I.* Lectures and Studies on the Ancient History of Russian Law. St. Petersburg, 1910. — 674 P.
32. Muslim Law. Issues of Theory and Practice / Syukiyaynen L. R. Ed. by V. A. Tumanov. M., 1984. — 276 p.
33. *Cherepakhin, B. B.* To the Question of Public and Private Law. / Papers written by Professors and Lecturers of the Irkutsk University. Irkutsk, 1927. — 27 p.