

Научная статья

Научная специальность

12.00.01 «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве»

УДК 340.12

DOI <https://doi.org/10.26516/2071-8136.2022.2.9>

ПРАВОВОЙ ОБЫЧАЙ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ИНФОРМАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ

© **Шабаета О. А., 2022**

Иркутский государственный университет, г. Иркутск, Россия

Рассматриваются отдельные подходы к пониманию правового обычая. Отмечается проблема понятийного аппарата данной сферы. Определено понятие правового обычая, под которым понимается сложившееся вследствие фактического применения в течение длительного времени правило поведения, признанное государством в качестве общеобязательного. Проглядывается прямая связь правового обычая, общества и государства. Делается вывод о том, что с возникновением и развитием законодательства правовой обычай не утратил своей актуальности и значимости. Отмечается, что правовой обычай в системе российского права находит отражение в сферах гражданского, семейного, торгового, земельного, муниципального права. Утверждается, что правовой обычай не перестает терять значение со временем, о его применении можно говорить как на ранних ступенях развития общества, так и в современном российском законодательстве. Помимо этого, обычай по-прежнему сохраняется в нормативных правовых актах Российской Федерации и оказывает существенное влияние на правоприменительную деятельность участников гражданского оборота. Делается вывод о том, что в условиях интенсивной информатизации происходит метаморфоза сферы правового регулирования, системы источников права. Информационные технологии влияют на сферу правового регулирования, в которую входят общественные отношения, ранее не существовавшие или не требующие регулирования. Резюмируется, что правовой обычай занимает определенную нишу среди источников российского права и является действующим в правоприменительной практике.

Ключевые слова: обычай, правовой обычай, санкционированный обычай, правовое регулирование, информационное пространство, информатизация.

LEGAL CUSTOM: THEORETICAL AND INFORMATIONAL-LEGAL ASPECTS

© **Shabaeva O. A., 2022**

Irkutsk State University, Irkutsk, Russian Federation

Separate approaches to understanding legal custom are considered. The problem of the conceptual apparatus of this sphere is noted. The concept of legal custom is defined, which is understood as a rule of conduct that has developed as a result of the actual application for a long time, recognized by the state as generally binding. There is a direct link between legal custom, society and the state. It is concluded that with the emergence and development of legislation, the legal custom has not lost its relevance and significance. It is noted that the legal custom in the system of Russian law is reflected in the areas of civil, family, commercial, land, municipal law. It is noted that the legal custom does not cease to lose importance over time, its application can be discussed both at the early stages of the development of society and in modern Russian legislation. In addition, the custom is still preserved in the regulatory legal acts of the Russian Federation and has a significant impact on the law enforcement activities of participants in civil turnover. It is concluded that in the conditions of intensive informatization there is a metamorphosis of the sphere of legal regulation, the system of sources of law. Information technologies affect the sphere of legal regulation, which includes public relations that did not exist before or do not require regulation. It is summarized that the legal custom occupies a certain niche among the sources of Russian law and is valid in law enforcement practice.

Keywords: custom, legal custom, sanctioned custom, legal regulation, information space, informatization.

Обычай является самый древним из временных источников права. Правовой обычай – это не вестье прошлого, а неизменный стрессор правового развития общества. Он существенно модернизируется вместе с изменением общества как неотделимый элемент жизни людей. Особенно это проявляется сегодня, когда в интенсивно развивающихся процессах информатизации общества правовой обычай «возрождает» свою роль в системе источников российского права. В со-

временных условиях возникает реальная необходимость в новом анализе роли правового обычая в системе права.

Именно правовой обычай был первым основным инструментом, регулирующим общественную жизнь социума, до появления признаков государственности. Обычное право вытекает из правосознания народа, определенного представления о справедливости, добре и зле, а также обрядов, обычаев рода или племени, традиций, опыта членов родоплеменных поселений.

По мнению некоторых теоретиков, объективные условия жизни, многовековой опыт и исторические пути развития общества нашли свое отражение в правовом обычае. Он на протяжении долгих лет закреплял обыденный уклад жизни общества. Формирование обычного права произошло в дописьменный период, так как устный обычай стал прямой формой выражения обычного права (предания, легенды, пословицы и поговорки). Развитие государственности и общества в целом предопределило письменное закрепление норм обычного права. Когда потребность в закреплении дозволенных границ поведения ярко отразилась в обществе, письменное фиксирование обычного права стало определенным социальным регулятором общественных отношений. Как иллюстрацию этого можно привести своды законов казуистического характера, например Русскую Правду. Так, в ней содержатся примеры письменного фиксирования правовых обычаев.

Резюмируя вышесказанное, можно сделать вывод о том, что в правовом обычае находят свое отражение жизненный путь народа в правовом поле, его нравы и быт. Порядки и нравы также играют немаловажную роль в становлении правовых обычаев. Признаками правового обычая выступают: ограниченный характер, тесная связь с религиозными и иными социальными нормами, гибкость, подстраивание под текущую обстановку в обществе.

Таким образом, правовой обычай формируется в процессе сложного и единообразного соблюдения правил поведения, имеющих определенное значение в обществе в целом или в определенных группах людей (например, предприниматели, малочисленные народы). Именно черта «регулятора» превращала неписанные нормы в действующее право, регулирующее достаточно широкий круг отношений, связанных с любой деятельностью, подразумевающей под собой отношения между людьми (например, имущественные, семейные).

Правовой обычай не только является вспомогательным рычагом разрешения человеческих вопросов, но и формирует культуру правового поведения общества и (или) отдельного индивидуума, при этом сохраняя определенную самобытность народа. Это отражает отличительные черты обычного права – неделимость с народом, «привязку» к жизни, быту людей.

Рассмотрев и проанализировав множество мнений научных деятелей в вопросе интерпретации термина «правовой обычай», мы пришли к мнению, что наилучшим образом юридиче-

ская природа правового обычая все же отражена в определении, предлагаемом Н. И. Матузовым и А. В. Малько. Данные авторы под правовым обычаем предлагают понимать исторически сложившееся, многократно повторяемое правило поведения, содержащееся в сознании людей и вошедшее в привычку в результате многократного применения, приводящее к правовым последствиям [4, с. 79].

Правовой (санкционированный) обычай – это такой обычай, который государство признало в качестве общеобязательного правила поведения, т. е. нормы права. Обычай и правовой обычай – понятия не тождественные. Обычай как таковой сам по себе формой и источником права не является. Таковым он становится лишь тогда, когда государство признает его в качестве общеобязательного правила поведения и тем самым берет его под свою защиту.

Думается, заслуживают внимания достаточно оригинальные рассуждения В. Н. Жукова, полагающего, что правовой обычай, бывший главным источником права на протяжении большей части истории человечества, возникает вследствие длительной коллективной деятельности людей в какой-либо сфере. При этом подчеркивается, что правовой обычай аккумулирует в себе представления данной социальной группы о том или ином сегменте общественных отношений, выражает ее правосознание. Обычное право – пример доминирования среды над индивидом в деле создания права [1, с. 32].

Таким образом, правовой обычай можно определить как правило поведения, сложившееся вследствие фактического применения в течение длительного времени, признанное государством в качестве общеобязательного. Проглядывается прямая связь правового обычая и государства. Обычай, исходя из устройства жизни общества и неся с собой его ценности, привычки и формы социального общения, не может игнорироваться государством. Представляется, что обычай складывается помимо участия государства и лишь на конечной стадии признается им в качестве нормы права. Правовой обычай вытекает из правосознания народа, а также опыта членов общества. Таким образом, государство сталкивается с обычаем как с фактом, который приходится учитывать, признавать как данность [Там же, с. 47].

Существует множество способов признания обычаев в качестве норм позитивного права. Во-первых, это фактическое признание органами государственной власти обычаев, которыми они руководствуются в своей деятельности

и считают их нормами действующего права. Другой способ заключается в вынесении государственными органами (например, судами) решений на основании существующих обычаев. Помимо этого, признание обычаев в качестве норм позитивного права может осуществляться и путем закрепления в законе отсылок к обычаям. Например, в действующих в Российской Федерации Гражданском кодексе¹, Семейном кодексе² содержится целый ряд отсылок к обычаям делового оборота, национальным и некоторым другим обычаям

Несмотря на свою природу, правовой обычай как источник права не утратил актуальности и продолжает регулировать общественные отношения, о чем свидетельствует действующее законодательство, имеющее правовые нормы, содержащие отсылки к такому обычаю. Однако, чтобы предметно разобраться с местом правового обычая в современном мире, необходимо рассмотреть этот источник применительно к отраслям современного российского права. Не требует особых доказательств то, что правовой обычай за многие столетия прочно обосновался исключительно в частном праве, т. е. там, где господствует диспозитивный метод правового регулирования. Если конкретизировать еще более, то это гражданское право с учетом его взаимосвязи и проникновения в другие частноправовые отношения [5].

Гражданское право является отраслью российского права, законодательство которой закрепляет возможность использовать обычаи, а государство тем самым санкционирует их. Так, согласно ст. 5 ГК РФ обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе³. Ярким примером реализации правового обычая является и ст. 848 ГК РФ⁴. Согласно данной норме банк обязан совершать для клиента операции, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленные в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового

оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное.

Обычное право относительно права позитивистского является его источником. В то же время возможен и обратный процесс: утративший свою необходимость для государства и замененный нормами более востребованными, закон еще остается в памяти людей, может использоваться ими в силу привычки. Тогда он становится правовым обычаем. Так, в современном обычном праве кавказских народностей мы можем увидеть нормы, пришедшие из шариата, греческих законов и прочих [2, с. 20].

С возникновением и развитием законодательства обычное право не утратило своей актуальности. Оно продолжает действовать в качестве самостоятельного источника права, имеющего порой веское значение. Именно обычное право по сей день восполняет недостающие элементы регулирования общественных отношений. Можно утверждать, что содержание обычного права с точки зрения его реальных правовых компонентов оказывается более богатым, чем то содержание права, которое оно имеет в рамках сугубо нормативного понимания [9, с. 250].

Правовой обычай встречается в различных отраслях права: гражданском, семейном, муниципальном, торговом праве. В СК РФ лишь один раз упоминается обычай: в п. 2 ст. 58, который гласит, что присвоение отчества ребенку осуществляется по имени отца, если иное не предусмотрено законами субъектов Российской Федерации или не основано на национальном обычае. Однако на практике возникают случаи, когда обычаи и традиции привносятся в законодательство свои особенности.

Правовой обычай также широко используется в присвоении имен, фамилий, отчества, установлении брачного возраста. Думается, что правовой обычай должен находиться под особым «присмотром» со стороны государства. Государство должно следить за развитием обычаев в обществе, совершенствовать их, придавая им правовую форму. Следует отметить, что, как правило, общество стремится сохранить свои прогрессивные обычаи, прежде всего путем их нормативного закрепления. В данном случае правовой обычай выражает народное представление о справедливости, праве и правовом регулировании в целом.

Таким образом, правовой обычай по-прежнему находит отражение в нормативных правовых актах Российской Федерации и оказывает существенное влияние на правоприменитель-

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. I) : федер. закон от 30 нояб. 1994 г. № 51-ФЗ // КонсультантПлюс : справочная правовая система.

² Семейный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 29 дек. 1995 г. № 223-ФЗ (ред. от 02.07.2021) // КонсультантПлюс : справочная правовая система.

³ Там же.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации (ч. II) : федер. закон от 26 янв. 1996 г. № 14-ФЗ // КонсультантПлюс : справочная правовая система.

ную деятельность участников общественных отношений (например, в сфере торговых правоотношений).

Информационное пространство устанавливает совершенно иные рамки правовому регулированию. Право становится не только средством и инструментом, способным обеспечить адаптацию экономики, управления и других сегментов современного общества к новым условиям, но и объектом воздействия цифровизации, под влиянием которого оно меняет свои формы, содержание, действия и механизм образования [6, с. 3].

Примером колоссального влияния цифровой экономики на правовые отношения является появление новых общественных отношений, ранее не существовавших вовсе либо не требовавших регулирования со стороны государственных органов, международных организаций. В продолжение исследования, приведенного ранее примером, можно привести отношения, при которых ключевым вопросом становятся пути идентификации личности в электронном пространстве (т. е. отношения, требующие защиты электронных, не представленных на физическом носителе данных); информационную составляющую электронной торговли и др. [7, с. 11]. На данной стадии начинает формироваться обычай, который впоследствии часто преобразуется в правовую.

Соответствие требованиям защиты данных, интеллектуальной собственности и других нематериальных активов становится ключевым элементом как корпоративных, так и государственных актов [3, с. 22]. Особенность регулирования отношений в области цифровой экономики заключается в том, что ее основу составляют как типичные для общества элементы, так и нетипичные общественные отношения, субъекты, объекты и среда существования. Зачастую такая среда практически исключает вовлечение людей.

Видится, что для развития правового регулирования правоотношений в сфере информатизации необходимо развитие цифровых технологий. На государственном уровне необходимо принятие конкретных экономически выверенных действий для развития цифровой экономики. Многие обычаи в этой сфере уже сложились и активно применяются для регулирования отношений. Национальные цифровые программы имеют межотраслевой характер и во многих случаях разработаны с целью стимулирования конкурентоспособности страны, экономического роста и социального благополучия, что

крайне актуально и для Российской Федерации в настоящее время.

Что касается правового обычая и его места в современном мире, то актуальным примером является и сложившаяся эпидемиологическая ситуация, связанная с распространением COVID-19, при которой население до сих пор носит маски и перчатки. В самом начале пандемии данное правило не было закреплено ни в каком нормативном правовом акте, но тем не менее оно сложилось и приобрело широкое применение. Следовательно, мы можем сделать вывод, что «правило ношения масок и перчаток» являлось самым настоящим обычаем, который применялся в социальной сфере деятельности. Позже данное правило (обычай) было закреплено Постановлением Главного государственного санитарного врача РФ от 22 мая 2020 г. № 15 «Об утверждении санитарно-эпидемиологических правил СП 3.1.3597-20 «Профилактика новой коронавирусной инфекции (COVID-19)»¹. Следовательно, обычай приобрел характер правового, так как подкреплялся со стороны государства определенными мерами принуждения.

Рассмотрение права в условиях цифровой реальности было предпринято ранее в рамках научной статьи [8]. Данное исследование является развитием идеи рассмотрения правового обычая как источника права в условиях информатизации. Цифровизация влияет на сферу правового регулирования, в которую входят ранее не существовавшие или не требующие регулирования общественные отношения, например:

- складывающиеся по поводу информации, цифровых технологий;
- субъектами которых являются цифровые «личности»;
- возникающие в результате реализации прав человека в виртуальном пространстве;
- ориентированные на применение робототехники и др.

Здесь мы имеем возможность наблюдать формирование правового обычая.

Формирование правового обычая как «неизбежный процесс» играет положительную роль в сфере права хотя бы потому, что не дает ему принять статичное состояние. Правовой обычай подстраивается под современное течение времени. Как мы выяснили ранее, правовой обычай не отвергает информатизацию, что при-

¹ Об утверждении санитарно-эпидемиологических правил СП 3.1.3597-20 «Профилактика новой коронавирусной инфекции (COVID-19)» : постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 22 мая 2020 г. № 15 // КонсультантПлюс : справочная правовая система.

водит к огромному «росту» в плане ресурса экономического и физического [8].

При взаимодействии информации и общества происходит изменение социально-нормативного регулирования (морали, нравственности, религии). Последствия этих изменений влекут структурные изменения всего общества. Повсеместное внедрение информационных технологий и основанных на них информационных телекоммуникационных сетей приводит к формированию единого информационного пространства [Там же].

Общественные отношения, связанные с искусственным интеллектом, уже давно вошли в нашу жизнь, при этом получили правовое регулирование сравнительно недавно. В 2020 г. был принят Федеральный закон «О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона “О персональных данных”», согласно которому с 1 июля 2020 г. в Москве начал действовать специальный правовой режим для более эффективного использования искусственного интеллекта¹. Данный закон содержит определение искусственного интеллекта и технологий искусственного интеллекта, чего ранее в российском законодательстве не было. Вводимый им режим регулятивной песочницы позволяет игнорировать некоторые законодательные ограничения в целях развития новых технологий.

Думается, что принятие данного закона не является инновационным. Нормативно-правовое регулирование, как правило, не успевает за темпами развития высоких технологий, поэтому отношения в этой области долгое время находятся вне правового поля. Между тем общественные отношения в данной сфере активно развиваются, формируя обычаи делового оборота. Представляется, со временем многие из этих обычаев перейдут в правовое поле.

Технологический прорыв, которым так вдохновлен мир, является значимым фактором развития современного общества. Очевидно, что происходит становление новой ре-

альности – «цифровой», не имеющей аналогов в истории человечества. Существенные изменения претерпевают различные сферы общественной жизни, а также социальные институты и регуляторы. Право становится не только средством, инструментом, обеспечивающим адаптацию экономики, управления и других сегментов социального бытия к новым условиям, но и объектом воздействия цифровизации, в результате которого оно меняет свои формы, содержание, механизм образования и действия. Государство по-разному реагирует на вызовы цифровой реальности, пытаясь управлять происходящими трансформациями и регулировать новые, а также видоизменяющиеся общественные отношения.

Таким образом, правовой обычай и в настоящее время активно применяется как источник права. Предстоящее активное развитие рыночных отношений в нашей стране в свете принятых в отношении России санкций позволит занять правовому обычаю значимые позиции. Думается, в ряде случаев обычай будет не только опережать законодателя, но и создавать необходимые предпосылки для создания новых норм права с целью регулирования общественных отношений в различных сферах деятельности. 

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Жуков В. Н. *Философия права* : учебник. М. : Мир философии ; Алгоритм, 2019. 559 с.
2. Ковалевский М. М. *Закон и обычаи на Кавказе*. М. : Кучково поле, 2012. 432 с.
3. Кучерявый М. М. К осознанию информационного суверенитета в тенденциях глобального информационного пространства // *Наука, новые технологии и инновации Кыргызстана*. 2015. № 12. С. 22–27.
4. Матузов Н. И., Малько А. В. *Теория государства и права* : курс лекций. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Юристъ, 2001. 260 с.
5. Печников А. П. *Юридическая природа правового обычая* // *Гуманитарные и юридические исследования*. 2013. № 3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskaya-priroda-pravovogo-obychaya> (дата обращения: 20.03.2022).
6. Хабриева Т. Я. *Право перед вызовами цифровой реальности* // *Журнал российского права*. 2018. № 9 (261). URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravo-pered-vyzovami-tsifrovoy-realnosti> (дата обращения: 20.03.2022).
7. Шабаева О. А., Тирских М. Г. *Теоретико-правовые аспекты общественных отношений в информационном пространстве* : учебное пособие. Иркутск : Изд-во ИГУ, 2019. 109 с.
8. Шабаева О. А. *Право в условиях цифровой реальности: постановка проблемы* // *Сибирский юридический вестник*. 2019. № 1 (84). С. 16–20.
9. Шапсугов Д. Ю. *Обычное право и его роль в правовом развитии общества. Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики*. Ростов на/Д. : СКАГС, 1999. 376 с.

REFERENCES

1. Zhukov V.N. *Filosofiya prava: uchebnik* [Philosophy of law: textbook]. Moscow, The World of philosophy Publ., Algorithm Publ., 2019, 559 p. (in Russian)

¹ О проведении эксперимента по установлению специального регулирования в целях создания необходимых условий для разработки и внедрения технологий искусственного интеллекта в субъекте Российской Федерации – городе федерального значения Москве и внесении изменений в статьи 6 и 10 Федерального закона «О персональных данных» : федер. закон от 24 апр. 2020 г. № 12-ФЗ // КонсультантПлюс: справочная правовая система.

2. Kovalevskii M.M. *Zakon i obychai na Kavkaze* [Law and customs in the Caucasus]. Moscow, Kuchkovo field Publ., 2012, 432 p. (in Russian)

3. Kucheryavii M.M. К осознанию информационного суверенитета в тенденциях глобального информационного пространства [Towards awareness of information sovereignty in the trends of the global information space]. *Nauka, novye tekhnologii i innovatsii Kyrgyzstana* [Science, new technologies and innovations of Kyrgyzstan], 2015, no. 12, pp. 22-27. (in Russian)

4. Matuzov N.I., Mal'ko A.V. *Teoriya gosudarstva i prava. Kurs lektsii* [Theory of State and law. Course of lectures]. Moscow, Jurist Publ., 2001, 260 p. (in Russian)

5. Pechnikov A.P. Yuridicheskaya priroda pravovogo obychnaya [The legal nature of the legal custom]. *Gumanitarnye i yuridicheskie issledovaniya* [Humanitarian and legal studies], 2013, no. 3. Available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/yuridicheskaya-priroda-pravovogo-obychnaya> (date of access: 20.03.2022). (in Russian)

6. Khabrieva T.Ya. Pravo pered vyzovami tsifrovoy real'nosti [Law before the challenges of digital reality]. *Zhurnal rossiiskogo prava* [Journal of Russian Law], 2018, no. 9 (261). Available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/pravo-pered-vyzovami-tsifrovoy-realnosti> (date of access: 20.03.2022). (in Russian)

7. Shabaeva O.A., Tirsikh M.G. *Teoretiko-pravovye aspekty obshchestvennykh otnoshenii v informatsionnom prostranstve: ucheb. Posobie* [Theoretical and legal aspects of public relations in the information space: studies. manual]. Irkutsk, Publishing House of IGU, 2019, 109 p. (in Russian)

8. Shabaeva O.A. Pravo v usloviyakh tsifrovoy real'nosti: postanovka problem [Law in the conditions of digital reality: statement of the problem]. *Sibirskii yuridicheskii vestnik* [Siberian Law Herald], 2019, no. 1 (84), pp. 16-20. (in Russian)

9. Shapsugov D.Yu. *Obychnoe pravo i ego rol' v pravovom razvitiy obshchestva. Obychnoe pravo v Rossii: problemy teorii, istorii i praktiki* [Customary law and its role in the legal development of society. Customary law in Russia: problems of theory, history and practice]. Rostov-on-Don, SKAGGS Publ., 1999, 376 p. (in Russian)

Статья поступила в редакцию 12.04.2022; одобрена после рецензирования 02.05.2022; принята к публикации 13.05.2022

Received on 12.04.2022; approved on 02.05.2022; accepted for publication on 13.05.2022

Шабаета Ольга Александровна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и финансового права, Юридический институт, Иркутский государственный университет (Россия, 664003, г. Иркутск, ул. К. Маркса, 1), ORCID: 0000-0001-9973-3033, ResearcherID: AGT-6031-2022, e-mail: Shabaevaolya@mail.ru

Shabaeva Olga Alexandrovna – Candidate of Juridical Sciences, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Administrative and Financial Law, Law Institute, Irkutsk State University (1, K. Marx st., Irkutsk, 664003, Russian Federation), ORCID: 0000-0001-9973-3033, ResearcherID: AGT-6031-2022, e-mail: Shabaevaolya@mail.ru