

## ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

DOI: 10.55000/MCU.LegTh.2023.6.1.001

### ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ЧАСТНОГО ИСПАНСКОГО ПРАВА В ИСТОРИЧЕСКОЙ РЕТРОСПЕКТИВЕ И В СОВРЕМЕННОМ ПОНИМАНИИ

*Лясович Татьяна Георгиевна*

*кандидат юридических наук, доцент*

*Ленинградский областной филиал*

*Санкт-Петербургского университета МВД России,*

*Ленинградская область, Россия*

*vyaznikova@mail.ru*

*Леонова Елена Владимировна*

*кандидат юридических наук, доцент*

*Санкт-Петербургский университет МВД России,*

*г. Санкт-Петербург, Россия*

*lvelena@mail.ru*

В статье анализируется место и роль обычаев в испанском социуме как регуляторов гражданско-правовых отношений. Авторы приходят к выводу, что обычаи традиционно занимали особое место среди источников гражданского права и впоследствии легли в основу кодифицированного современного права королевства Испании. В современных условиях обычай сохранил свою регулятивную способность и выступает факультативным средством восполнения пробелов.

**Ключевые слова:** романо-германская правовая семья, источник права, кодифицированное право, обычаи и обычкновения, система дурных обычаев, общие начала права, провинциальные нормативы («фуэрос»), законы о гармонизации, личный закон, римское право, интересы автономных территорий.

### CUSTOM AS A SOURCE OF PRIVATE SPANISH LAW IN HISTORICAL RETROSPECT AND IN THE MODERN SENSE

*Tatiana Georgievna Liasovich*

*PhD (Law), Associate Professor*

*Leningrad Regional Branch of St. Petersburg University*

*of Ministry of Internal Affairs of Russia*

*Leningrad Region, Russian Federation*

*vyaznikova@mail.ru*

**Elena Vladimirovna Leonova**

*PhD (Law), Associate Professor*

*St. Petersburg University of Ministry of Internal Affairs of Russia,*

*St. Petersburg, Russian Federation*

*lvelena@mail.ru*

The article is devoted to the analysis of the place and role of customs in Spanish society as regulators of civil law relations. The authors conclude that customs traditionally occupied a special place among the sources of civil law and subsequently formed the basis of the codified modern law of the Spanish Kingdom. In modern conditions, custom has retained its regulatory capacity and acts as an optional means of filling gaps.

**Keywords:** Romano-Germanic legal family, source of law, codified law, customs and usages, system of bad customs, general principles of law, provincial regulations (fueros), laws on harmonization, personal law, Roman law, interests of autonomous territories.

В рамках современного учения об источниках права место обычая в системе источников права определяется типом правовой семьи (романо-германской, общего права, традиционной и др.), к которой принадлежит правовая система конкретного государства. Правовая система современного Королевства Испания отличается особой аутентичностью и относится к романо-германской правовой семье, в которой исторически органично сочетаются нормы римского права, местные обычаи и правовые нормы, а также нормы современного кодифицированного права<sup>1</sup>.

Согласно действующему гражданскому законодательству Королевства Испания в качестве источников частного права рассматриваются закон, обычай и общие начала права<sup>2</sup>. При этом по общему правилу обычай применяется только в случае отсутствия соответствующего закона, а также «если такой обычай проверен временем, не противоречит морали и публичному порядку»<sup>3</sup>. Таким образом, в сложившейся системе источников испанского частного права обычай как правовой регулятор общественных отношений играет значимую, но не первостепенную роль, т. е. является субсидиарным источником права.

Анализируя роль обычая как источника права в Испании, отметим, что он признается источником права согласно Основному закону страны. Так, в испанской Конституции содержатся положения об обычаях, относящихся к органам власти (титулы монарха и наследного принца, сохраняются в силу традиции – п. 2 ст. 56 и п. 2 ст. 57

---

<sup>1</sup> Дашин А. В. Обычное право, как структурно-функциональный элемент национальной правовой системы: историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ: дис. ... доктора юрид. наук, СПб., 2006.

<sup>2</sup> Основными источниками правового регулирования в современной Испании являются: 1) законы (leyes): региональные, национальные, Европейского союза); 2) обычаи («costumbres»); 3) общие принципы права («principios generales del derecho»). См. Присяжнюк Н. А. Частное право Испании: общая характеристика источников // Внешнеэкономический бюллетень. 2005. № 3. С. 68–69.

<sup>3</sup> По общему правилу обычай («la costumbre») (исп.) применяется только в случае отсутствия закона и его содержание не должно противоречить морали, публичному порядку и может быть доказано. Это правило содержится в п. 3 ст. 1 Гражданского кодекса Королевства Испания (Codigo Civil. Edicion preparada por Jose Carlos Erdozan Lopez, Bajo la direction de Rodrigo Bercovitz Rodriguez-Cano. Vigesima Quinta Edicion. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.). 2006).

Конституции); судебные органы наделены соответствующими полномочиями и действуют на основе обычаев и традиций (ст. 125); так же отдельные области страны наделены историческими правами согласно сложившимся обычаям («фуэрос» как первое дополнительное положение к закону). В ст. 1 Гражданского кодекса Испании обычай указан одновременно с законом и общими правовыми принципами как источник права.

Особая роль обычая как регулятора общественных отношений особенно заметна в испанском частном праве, что определяется спецификой формирования правовой системы Испании в исторической ретроспективе.

На ранней стадии развития испанского общества обычаи играли приоритетную роль и являлись прообразом писаного права. История завоеваний испанских территорий привела к формированию аутентичной правовой системы Испании, в рамках которой обычай сохранил свое значение и упрочил свою роль регулятора общественных отношений, выступая в качестве основного в некоторых испанских провинциях. К примеру, в Кастилии традиционно существовало собственное законодательство, состоящее из множества сборников, восходящих к римскому праву и законодательству вестготов, в котором существенную роль играли обычаи<sup>4</sup>.

Система кастильского обычного права стала продуктом формирования особого типа правосознания населения, связанного с отказом от писаного права и триумфом «права свободного», т. е. основанного на местных обычаях и традициях. Судьи принимали решения, основываясь на собственной интерпретации местных правовых обычаев<sup>5</sup>.

В средневековых королевствах Пиренейского полуострова в конце X в. появились первые «фуэрос», которые включали в себя записи норм местного обычного права, составляемые от имени верховной, местной или религиозной власти в целях упорядочения правового регулирования различных групп общественных отношений или закрепления статуса конкретной социальной группы или статуса жителей конкретного населенного пункта. К примеру, каждый город Испании имел собственные фуэрос – своды установлений обычного права, которые регулировали деятельность органов городского самоуправления и местной милиции, а также закрепляли привилегии для некоторых категорий жителей города. Часто фуэрос конкретного города становились образцами для аналогичных сводов в других городах (фуэрос города Теруэль (1178 г.), фуэрос города Куэнки (1189 г.) и др.). Существовавшие фуэрос дополнялись распоряжениями муниципалитетов и рядом писанных обычаев, применение которых в местной правовой практике было более удобным, чем обращение к римским текстам. Так, опираясь на обычаи или наблюдая их применение, кастильские судьи конструировали новое право<sup>6</sup>. Впоследствии нормы выступали основой

---

<sup>4</sup> Кича М. В. Обычай в романо-германской правовой семье // Известия вузов. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. 2014. № 6. С. 112.

<sup>5</sup> Калинина Е. Ю. Развитие испанской системы права в рамках средневекового «правового возрождения» (рецепции римского права) внутри романо-германской правовой семьи // Вестник МГЛУ. Образование и педагогические науки. 2018. Вып. 6 (814). С. 279–280.

<sup>6</sup> Там же. С. 279.

для создания общекоролевских сводов – «Королевское фуэрос», «Фуэрос Арагона» и др. По мере развития испанской государственности обычное право уступало дорогу систематической нормотворческой деятельности, сохраняя своё влияние там, где отсутствовал достаточный материал для законодательных обобщений. Фуэрос как основная форма законодательства просуществовали вплоть до XVI в. и с усилением централизации государства постепенно утратили свое регулятивное значение<sup>7</sup>.

В Средневековье политическая и территориальная разобщенность испанских земель определяла и специфику восприятия различных источников права как регуляторов общественных отношений, в том числе и обычаев. Территории, находившиеся под властью мусульман, в большей степени тяготели к религиозным канонам ислама и обычному праву (в качестве которого воспринималась Сунна)<sup>8</sup>, северные и северо-восточные территории не восприняли римское право, полностью сохранив свою правовую аутентичность. Здесь процветало и развивалось местное обычное право. На восточных территориях Испании (современная Каталония и Валенсия) господствовало римское право. Даже сборники местных обычаев («фуэрос») здесь оказались в значительной степени романизованы<sup>9</sup>.

Интересна с теоретической и практической точек зрения существовавшая в Каталонии и других провинциях Испании в Средние века (XIII–XV вв.) система «дурных обычаев». К ним относились сложившиеся с течением времени «обычные» выплаты феодальных повинностей, на которых основывалась система феодальной сеньориальной власти над крестьянами, а именно: «ременса» (выкуп, который крестьянин выплачивал при переходе к другому сеньору); «интенсия» (передача сеньору лучшей головы скота наследниками умершего в случае, если последний не оставил завещания); «кугусиа» (право сеньора на часть имущества крестьянина в случае подтвержденной измены супруги последнего); «экзоркиа» (право сеньора наследовать имущество умершего крестьянина, не имевшего прямых наследников); «арсиа» (выплата, который крестьянин выплачивал сеньору в случае пожара в своем доме); «фирма де эсполи форсада» (брачный взнос, который выплачивался крестьянином в пользу сеньора при вступлении в брак. По мнению ряда исследователей, он может отождествляться с «правом первой брачной ночи» с невестой крестьянина)<sup>10</sup>. Этимология наименований этих выплат свидетельствует об их широкой распространенности в повседневной жизни каталонцев и роли «дурных обычаев» как значимых регуляторов отношений между сеньорами-феодалами и зависимым крестьянством. С одной стороны, эти обычаи не были официально зафиксированы в феодальном праве, однако с другой стороны, впоследствии потребовалось принятие специальных норм для фиксации их отмены (ввиду усилившейся социальной напряженности в провин-

<sup>7</sup> Загруддинов А. Р. Основные источники испанского права VII–XIII вв. // Вестник государственного и муниципального управления. 2013. № 1. С. 62.

<sup>8</sup> Калинина Е. Ю. Развитие испанской системы права в рамках средневекового «правового возрождения» (рецепции римского права) внутри романо-германской правовой семьи // Вестник МГЛУ. Образование и педагогические науки. 2018. Вып. 6 (814). С. 279–280.

<sup>9</sup> Там же. С. 279.

<sup>10</sup> Пискорский В. К. Вопрос о значении и происхождении шести «дурных обычаев» в Каталонии (с прил. неизд. документов) // [Соч.] В. К. Пискорского. Киев, 1899.

ции, выразившейся в крестьянских волнениях и восстаниях)<sup>11</sup>. «Дурные обычаи» Каталонии опосредованно регулировали широкий круг общественных отношений: земельных, семейно-брачных, наследственных, следовательно, они претендовали на значимую роль в жизни феодальной Каталонии и вмешательство в частноправовую сферу жизни людей.

Неоднозначности восприятия обычаев и их регулирующей роли общественных отношений способствовала и специфика формирования правовой системы Испании: наряду с общегосударственной системой права существовали и автономные системы права таких областей, как Андалусия, Каталония, Галисия, Страна Басков и др.<sup>12</sup>, в рамках которых, как видно из приведённых выше примеров, отношение к обычаям было специфичным. Именно в таких условиях и была принята ныне действующая Конституция Испании 1978 г., которая фактически провозгласила обычай в качестве субсидиарного источника испанского права<sup>13</sup>:

Таким образом, можно заключить, что обычай как древнейшее средство правового регулирования общественных отношений с течением времени значительно эволюционировал и стал частью правовой системы современной Испании. В то же время место обычая как средства регулирования общественных отношений определяется типом правовой семьи, к которой принадлежит правовая система конкретного государства, а также историческими особенностями её формирования. История создания правовой системы Испании красноречиво подтверждает специфическую роль обычая в системе источников испанского частного права.

Следует отметить, что правовая система современной формировалась постепенно, путём объединения нормативных положений различных правовых систем, в основе которых лежало римское и каноническое право. Вместе с тем испанское право образовывалось путём объединения ряда средневековых региональных правовых систем, которые медленно трансформировались, образуя особые «провинциальные

<sup>11</sup> Крестьянские восстания, вспыхнувшие в Каталонии в 1462 и 1484 гг., побудили верховную власть принять специальный акт, направленный на отмену «дурных обычаев», получивший название «Гуадалупская сентенция» (1486). Однако его принятие не оказало ожидаемого воздействия на социально-политическую обстановку в Каталонии: социальная напряженность не спала, крестьянские восстания продолжались, поэтому в 1492 г. король Испании Фердинанд Католик издал еще один акт, направленный на окончательную отмену «дурных обычаев» – «Достоверное толкование Гуадалупской сентенции». Обычаи были отменены, однако их пережитки еще долго сохранялись в каталонской провинции // Гуадалупская сентенция от 21 апреля 1486 г. / Проект «Хронос». URL: <http://www.hrono.ru/dokum/1400dok/14860421gvadel.php?ysclid=ljvz5h6q3g875466982> (дата обращения: 07.03.2023).

<sup>12</sup> Присяжнюк Н. А. Частное право Испании: общая характеристика источников // Внешнеэкономический бюллетень. 2005. № 3. С. 68.

<sup>13</sup> В Основном законе Испанского королевства содержится тезис о том, что обычай, наряду с другими правовыми инструментариями, является эффективным регулятором общественных отношений, а также критерием отправления правосудия. Так, согласно ст. 125 Конституции Испании, «граждане могут участвовать в отправлении правосудия... также на основе традиционного и обычного права» // Испанская Конституция / перевод Пере Романа; Посольство Королевства Испании в Российской Федерации, 1995. Одобрена Генеральными кортесами на пленарных заседаниях Конгресса депутатов и Сената 31 октября 19178 г. Утверждена испанским народом на референдуме 6 декабря 1978 г. Подписана Е. В. Королем перед Генеральными кортесами 27 декабря 1978 г. («Boletin Oficial del Estado», № 311, от 29 декабря 1978 года). URL: <http://vivovoco.astronet.ru/VV/LAW/SPAIN.HTM#60> (дата обращения: 09.03.2023).

нормативы» («фуэрос»), которые затем сливались в единый сложный правовой комплекс. Примечательно, что существование и применение этих исторически сложившихся «правовых нормативов», с одной стороны, закреплено в нормах Конституции Испании<sup>14</sup>, однако с другой стороны, право их регулирования и применения передано автономным сообществам. Так, все автономные области современной Испании имеют собственный законотворческий потенциал, т. е. обладают уникальной возможностью по созданию собственного законодательства в сфере частного права (в том числе, и базирующегося на обычаях конкретной местности), нормы которого имеют приоритет над общегосударственными законами. К примеру, в испанской провинции Каталония обычное право, сформированное на базе местных обычаев, почти полностью заменяет собой «национальное гражданское право», и в силу этого вполне обоснованно рассматривается применительно к подобным случаям не только как «весьма важный, но и как фактически первичный источник права»<sup>15</sup>.

Подведем итоги сказанному.

Во-первых, обычай как древнейшее средство правового регулирования общественных отношений с течением времени значительно эволюционировал<sup>16</sup> и стал частью правовых систем подавляющего большинства стран России, Европы и США<sup>17</sup>. В то же время роль обычая как источника права определяется типом правовой семьи, к которой принадлежит правовая система конкретного государства, а также историческими особенностями ее формирования. История формирования правовой системы Испании подтверждает это и определяет особую роль обычая в системе источников испанского частного права.

Во-вторых, на ранней стадии развития испанского общества обычаи играли приоритетную роль и являлись прообразом писаного права. По мере развития испанской государственности обычное право уступало дорогу систематической нормотворческой деятельности, сохраняя своё влияние там, где отсутствовал достаточный материал для законодательных обобщений.

В-третьих, пёстрая история завоеваний (арабского (мусульманского), римского и др.) испанских территорий привела к формированию аутентичной правовой систе-

<sup>14</sup> Испанская Конституция / перевод Пере Романа; Посольство Королевства Испании в Российской Федерации, 1995. Одобрена Генеральными кортесами на пленарных заседаниях Конгресса депутатов и Сената 31 октября 19178 г. Утверждена испанским народом на референдуме 6 декабря 1978 г. Подписана Е. В. Королем перед Генеральными кортесами 27 декабря 1978 г. («Boletín Oficial del Estado», № 311, от 29 декабря 1978 года). URL: <http://vivovoco.astronet.ru/VV/LAW/SPAIN.HTM#60> (дата обращения: 09.03.2023).

<sup>15</sup> Марченко М. Н. Источники права: учебное пособие. М., 2005.

<sup>16</sup> Холодкова М. О. Обычай как источник права. URL: <https://ep.mrsu.ru/journal/9/Cholodkova.html> (дата обращения: 08.03.2023).

<sup>17</sup> В ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации закрепляется роль правового обычая как источника права («обычай делового оборота») и подчеркивается его субсидиарный характер. «Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности, не предусмотренное законодательством правило поведения, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычаи, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются» (Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.1994 № 51-ФЗ, принят Государственной Думой 21.10.1994. Доступ из СПС «Гарант»).

мы Испании, в рамках которой обычай сохранил своё значение и упрочил свою роль регулятора общественных отношениях, выступая в качестве основного в некоторых испанских провинциях<sup>18</sup>.

### *Литература / References*

1. *Дашин А. В.* Обычное право, как структурно-функциональный элемент национальной правовой системы: историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ: дис. ... докт. юрид. наук. СПб., 2006. 431 с.
2. *Загруддинов А. Р.* Основные источники испанского права VII–XIII вв. // Вестник государственного и муниципального управления. 2013. № 1. С. 61–64.
3. Испанская Конституция / перевод Пере Романа; Посольство Королевства Испании в Российской Федерации, 1995. Одобрена Генеральными кортесами на пленарных заседаниях Конгресса депутатов и Сената 31 октября 19178 г. Утверждена испанским народом на референдуме 6 декабря 1978 г. Подписана Е.В. Королем перед Генеральными кортесами 27 декабря 1978 г. («Boletin Oficial del Estado». № 311 от 29 декабря 1978 года) // <http://vivovoco.astronet.ru/VV/LAW/SPAIN.HTM#60> (дата обращения: 09.03.2023).
4. *Калинина Е. Ю.* Развитие испанской системы права в рамках средневекового «правового возрождения» (рецепции римского права) внутри романо-германской правовой семьи // Вестник МГЛУ. Образование и педагогические науки. 2018. Вып. 6 (814). С. 275–283.
5. *Кича М. В.* Обычай в романо-германской правовой семье // Известия вузов. Северо-Кавказский регион. Общественные науки. 2014. № 6. С. 109–113.
6. *Марченко М. Н.* Источники права: учебное пособие. М.: ТК Велби; Проспект, 2005. 760 с.
7. *Пискорский В. К.* Вопрос о значении и происхождении шести «дурных обычаев» в Каталонии: (с прил. неизд. документов) / [Соч.] В. К. Пискорского. Киев: Тип. Ун-та Св. Владимира Н. Т. Корчак-Новицкого, 1899. 87 с.
8. *Попова Г. А.* Фуэро // Большая российская энциклопедия, 2017. Актуализировано в 2023 г. URL: <https://bigenc.ru/c/fuero-855055?ysclid=lny5162mt3994959165> (дата обращения: 09.02.2023).

---

<sup>18</sup> В Средние века политическая и территориальная разобщенность испанских земель определяла и специфику восприятия различных источников права как регуляторов общественных отношений. Территории, находившиеся под властью мусульман, в большей степени тяготели к религиозным канонам ислама и обычному праву, северные и северо-восточные территории не восприняли римское право, полностью сохранив свою правовую аутентичность. Здесь процветало и развивалось местное обычное право. На восточных территориях Испании (современная Каталония и Валенсия) господствовало римское право. Даже сборники местных обычаев («фуэрос») здесь оказались романизированы (Калинина Е. Ю. Развитие испанской системы права в рамках средневекового «правового возрождения» (рецепции римского права) внутри романо-германской правовой семьи // Вестник МГЛУ. Образование и педагогические науки. 2018. Вып. 6 (814). С. 279–280).

9. *Присяжнюк Н. А.* Частное право Испании: общая характеристика источников // Внешнеэкономический бюллетень. 2005. № 3. С. 68–76.
10. *Холодкова М. О.* Обычай как источник права. URL: <https://ep.mrsu.ru/journal/9/Cholodkova.html> (дата обращения: 08.03.2023).
11. *Шорников Д. В.* Первый взгляд на Испанский гражданский кодекс // Сибирский юридический вестник. 2010. № 2 (49). С. 90–95.