

# Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве

УДК 340.1

doi: 10.35750/2071-8284-2021-3-10-16

**Ирина Борисовна Ломакина**

доктор юридических наук, доктор исторических наук, профессор  
ORCID: 0000-0002-9232-949X, lomakina7311@gmail.com

*Университет прокуратуры РФ (СПб юридический институт)  
Российская Федерация, 191104, Санкт-Петербург, Литейный пр., д. 44*

## **Обычай и правопорядок в антрополого-правовой перспективе**

**Аннотация:** В данной статье автор ставит проблему понимания правовых обычаев в контексте существования правопорядка, не сводимого только к совокупности юридических норм и формам их объективации. Автор показывает, что новая методологическая ситуация требует более адекватного видения правовых феноменов, в том числе и правовых обычаев. Для этого предлагается антрополого-правовой подход как новая исследовательская программа, выступающая альтернативой классическим подходам – позитивизму и юснатурализму. Как утверждается в статье, использование антрополого-правового подхода – разновидности неклассического типа научной рациональности, акцентирующей внимание на интересубъективности правовых феноменов, формирующих правопорядок через социальные практики, включающие деятельностный, ценностный, формально-догматический аспекты существования права, является более конструктивной стратегией в исследовании правовых обычаев в частности и правопорядка в целом. В статье выявляется различная природа правовых и юридических обычаев. Доказывается, что с позиций антрополого-правового подхода правовые обычаи не сводимы к юридическим. Юридические обычаи выступают по отношению к правовым как часть и не покрывают всего понятия правового обычая. Отмечается, что санкционированные юрисдикционными органами правовые обычаи приобретают статус юридических. Правовые же обычаи, как утверждается в статье, выступают разновидностью социального права и именно они конституируют традиционный правопорядок наряду с традиционными ценностями, принципами и институционализированной деятельностью в социально-значимой сфере. В статье актуализируется идея о том, что правовые обычаи существовали, существуют и будут существовать в социально-значимой сфере и подобно «тени» всегда будут сопровождать человеческое общество на протяжении всего его жизненного пути от начала и до конца.

**Ключевые слова:** правовой обычай, юридический обычай, правопорядок, источники права, право, нормативная-регулятивная система

**Для цитирования:** Ломакина И. Б. Обычай и правопорядок в антрополого-правовой перспективе // Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России. – 2021. – № 3 (91). – С. 10–16; doi: 10.35750/2071-8284-2021-3-10-16.

**Irina B. Lomakina**

Dr. Sci. (Jurid.), Dr. Sci. (Hist.), Professor  
ORCID: 0000-0002-9232-949X, lomakina7311@gmail.com

*University of the Prosecutor's office of the Russian Federation (Saint Petersburg law Institute)  
44, Liteyny pr., Saint Petersburg, 191104, Russian Federation*

## **Custom and law and order in the anthropological and legal perspective**

**Abstract:** In this article, the author raises the problem of understanding legal customs in the context of the existence of the rule of law, which is not limited only to a set of legal norms and forms of their objectification. The author reveals that the new methodological situation requires a more adequate vision of legal phenomena, including legal customs. For this purpose, the anthropological and legal approach is proposed as a new research program that acts as an alternative to such classical approaches as positivism and natural law. Therefore, the author states that the use of the anthropological and legal approach as a kind of a non-classical type of scientific rationality, focusing on the intersubjectivity of legal phenomena that form the rule of law through social practices with the activity orientated, value-based, formal-dogmatic aspects of the existence of law, is a more constructive strategy in the study of legal customs in particular, and the rule of law in general. The article highlights the different nature of legal and juridical customs. The author proves that legal customs cannot be reducible to juridical ones from the standpoint of the anthropological and legal approach. Juridical customs fall under legal ones and do not reflect the full concept of legal customs. It is noted that legal customs sanctioned by the jurisdictional authorities acquire the status of juridical ones. Legal customs, in turn, are a kind of social law; they constitute the traditional legal order, along with traditional values, principles and institutionalized activities in a socially significant sphere. The author actualizes the idea that legal customs existed, exist and will exist in a socially significant sphere, and sees them as a «shadow» accompanying human society throughout its entire lifetime.

**Keywords:** legal custom, juridical custom, law and order, sources of law, law, legal and regulatory system

**For citation:** Lomakina I. B. Custom and law and order in the anthropological and legal perspective// Vestnik of St. Petersburg University of the Ministry of Internal Affairs of Russia. – 2021. – № 3 (91). – P. 10–16; doi: 10.35750/2071-8284-2021-3-10-16.

Правовой обычай вопреки распространённой точке зрения, укоренившийся в теоретической юридической науке, занимает весьма существенную роль в регуляции общественных отношений. По сути, правовой обычай (обычное право) – это разновидность социального права, а вернее, одна из форм его существования. В отличие от государственно организованного права обычное право связано не с условиями возникновения государства, а с условиями становления человеческой социальности (в индивидуальном и коллективном аспектах), через формирование телесной, экономической и духовной природы человека.

Обычное право можно считать социальным в широком смысле (не в смысле права социального обеспечения). Первичными источниками обычного права выступают материальные условия и ментальность конкретного народа, детерминируя вторичные источники, то есть формализованные правовые обычаи. Они определяли характер и обнаруживали социокультурную канву их формирования.

Однако далеко не все признают регулятивный потенциал правовых обычаев, преимущественно сводя их только к юридическим формам существования. Мне представляется это не совсем верным, поскольку правовые обычаи и юридические обычаи не тождественны друг другу.

Рассматривая правовую деятельность как источник правового обычая (в социологическом смысле), стоит отметить, что в отличие от юридической правовая деятельность предполагает более широкое поле для реализации субъектами своих правомочий. Эта деятельность включает диалогическую взаимосвязь между всеми субъектами, вступающими в правовую коммуникацию. Юридическая же деятельность связана с формально-официальной стороной права, т. е. с таким видом деятельности, который наделяется со стороны власти юридической значимостью и реализуется обществом в культурных практиках с учётом первичных источников (детерминант развития) – материальных условий жизни и ментальности.

Постклассическая феноменологическая традиция, я имею в виду современные неклассические подходы понимания права (антрополого-правовой, феноменолого-коммуникативный, диалогический и др.), расширительно трактуют правовые феномены, которые обнаруживают себя в социальных практиках, реализуемых в социально-значимых сферах общественных отношений. Так, И. Л. Честнов, рассматривая правовую деятельность, отмечает, что «она, являя собой многомерный феномен, включающий: субъектов взаимодействия, их знаково-ментальное, ценностное опосредование через систему значений

и личностных смыслов, образующих картину мира, результат и его оценку, контекст» [11, с. 15].

Рассматривая правовые обычаи в таком ключе, т. е. не отрывая искусственно их от жизненного мира человека – его природы (не в юнатуристической интерпретации), а в контексте формирования его телесной, экономической и духовной природы в индивидуальном и коллективном аспектах существования, т. е. как индивида, как статусной группы и общества в целом, стоит иметь в виду, что правовая реальность, конструируемая человеком (творцом права) не сводима сугубо к деятельностному аспекту. Правовая реальность включает и формальную сторону права (юридическую догматику). Правовая догматика никоим образом при таком подходе не снимается со счетов.

Понимание правовой деятельности по конструированию правопорядка зависит от типа правопонимания. Так, например, юридический позитивизм в правовой деятельности видит только деятельность сугубо юридическую, опосредованную нормами объективированного права. Отсюда правовая (юридическая) деятельность – это профессиональная, трудовая, государственно-властная деятельность по вынесению юридических решений компетентных на то органов, которая нацелена на выполнение общественных функций и задач: создание законов, юридизацию социальной практики (наделение правовых обычаев юридическими свойствами: санкционирование существующих правовых обычаев, включая «пресловутое молчаливое согласие»), осуществление правосудия только на основании существующего закона или юридизированного обычая, конкретизацию права и т. д.

В традиции этатистского позитивизма Нового времени проблема понимания источников права, как правило, нивелировалась, поскольку источники права совпадали с устанавливаемыми государством формами права, преимущественно – закона. Поэтому классический позитивизм видел исключительно только в государстве единственную правообразующую силу. Между тем, как утверждает А. А. Краевский, и не без основания, ссылаясь на творчество И. Бентама: «Бентам различает два значения английского слова “law”, абстрактное и конкретное. В других европейских языках этому различию соответствуют два термина: в латинском – “jus” и “lex”, в немецком – “Recht” и “Gesetz”, во французском – “droit” и “loi” и т. д., в русском языке они должны соответствовать терминам “право” и “закон”. Право (“law” в абстрактном смысле) понимается им как совокупность законов (“law” в конкретном смысле), при этом сами законы понимаются как содержание источника права (статута или обычая)»<sup>1</sup>. И далее, цитируя И. Бентама, А. А. Краевский отмечает, что И. Бентам будучи основоположником «командной теории

права» всё же различает право и закон. «Закон представляет собой содержание источника права: “под словом «закон» разумеется идеальный предмет”. Закон является принудительным либо непринудительным. Принудительный закон представляет собой поведение, а непринудительный – полную или частичную отмену этого поведения. Так называемый “декларативный закон” (содержащий только извещение о некотором факте) не является законом. Всякий принудительный закон, создающий преступления, и закон, устанавливающий наказание за него, это два разных закона»<sup>2</sup>.

Таким образом, вопреки устоявшейся в теоретическом правоведении точке зрения на юридический позитивизм как отрицающий дуализм в праве и отождествляющий право и закон, всё же он был не так категоричен в понимании источников права, как его представляют преимущественно в учебной и в большинстве случаев научной литературе.

Конечно, классический юридический позитивизм, как впрочем, и классическая теория естественного права, «грешили» своей безапелляционностью и прямолинейностью в желании упаковать право в «красивую», желательно непротиворечивую обёртку. Всё же вполне уместно здесь привести слова известного в своих кругах философа логика Уилларда ван Ормана Куайна: «Существует множество логически безупречных истолкований и теорий, которые опираются на одни и те же данные. Иными словами, если объяснение небесмысленно, оно ещё не обязательно верно» [9, с. 13].

Спор между юридическим позитивизмом и естественно-правовой традицией понимания источников права разгорался не одно десятилетие. В рамках естественно-правового направления зародилась современная концепция прав человека как первоосновы права и главного правообразующего фактора. Ко второй половине XX в. эта концепция приобрела почти универсальное значение и была закреплена на международно-правовом уровне.

Классические естественно-правовые доктрины, исходили из дуализма существования права. Дуализм предполагал существование естественного и позитивного права. При этом естественное право выступало критерием «правильности» позитивного права (классическая версия, взятая за основу либертариизмом). В рамках естественно-правовой традиции источники права, несмотря на некоторую неопределённость в смысловом плане (т. е. возможного наполнения разным содержанием в зависимости от социокультурного контекста, места и времени), на что в своё время указывал ещё И. Бентам. Дословно цитируем И. Бентама: «Неудачи состоят в том, что вместо определённости конкретных законов здесь предлагаются тёмные и неясные положения, которые могут пониматься людьми по-разному, иными словами: “оставьте букву, и они [законы] выразили бы нечто иное,

<sup>1</sup> Краевский А. А. Чистое учение о праве Ганса Кельзена и современный юридический позитивизм : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Краевский Арсений Александрович. – Санкт-Петербург, 2014. – С. 33–34.

<sup>2</sup> Там же. – С. 34.

как если бы каждый человек сказал: «Ваши законы сделаются пустыми *ipso facto*, как скоро они заключают в себе что-нибудь не по моему вкусу»» [1, с. 392].

В целом, признавая за классическим юснатурализмом существование «слабых мест», унаследованных им от античной философии права, всё же необходимо отметить, что основные концепты юснатурализма, как «свобода» и «справедливость», должны были иметь вполне определённую форму объективации, с учётом привязки к другим концептам, например, к принципу реализации неотъемлемых прав личности. В данном случае речь идёт об определённой формализованности как обоснованности, оправданности поведения индивида, границ свободы (возможности) такого поведения и последствий несоблюдения правовых обязанностей. Именно наличие определённых знаний позволяло человеку быть человеком и нормально осуществлять свою самость (индивидуальность) и чётко понимать, где заканчиваются пределы его свободы и начинается свобода другого. Таким образом, границы свободы – это и была определённая, которая конституировала право как эталон свободы и справедливости.

Возвращаясь к правовой деятельности, стоит отметить, что юснатурализм усматривает в ней прежде всего реализацию субъективных прав человека, включая их судебную защиту. В этой связи небезынтересна интерпретационная теория Рональда Дворкина. При таком подходе судьи, как и теоретики права, призваны, по его мнению, так интерпретировать на основании принципов права законодательные и судебные материалы, чтобы обеспечить их наилучшее моральное оправдание [3, с. 178].

Таким образом, краткий анализ двух классических подходов (позитивизма и юснатурализма) показывает необходимость разработки иного, более взвешенного и более адекватного современным реалиям подхода, учитывающим то, что право – это не просто априорная данность, а сложный многогранный феномен общественной жизни, обнаруживающий себя в сфере социально-значимых отношений.

Итак, рассмотрим правовую реальность во всём многообразии форм её существования генетически, т. е. в контексте тех условий, в которых правовые феномены возникали и развивались, усложняясь по мере усложнения самой социальной структуры (общества), породившей их. Как отмечалось ранее, правовые обязанности возникают в результате того, что человек конструирует социальный порядок. Конструируемый человеком порядок – порядок, в котором человек выступает как актер, реализующий свои базовые потребности в контексте той культуры, продуктом которой он сам является. Формирование безопасной устойчивой среды является доминантой любого правового порядка, будь то правового порядка, основанного на традиционных нормах, будь то на нормах государственно организованного права. Без стабильной, предска-

зуемой, «замиренной» (по М. М. Ковалевскому) среды, социум рискует превратиться в «дикую орду», или, как писал в своё время, Т. Гоббс, описывая догосударственное состояние человечества – «войну всех против всех». Правопорядок – это общественный порядок, в основе которого лежит идея соразмерности поведения, подчинённого определённым правилам, имманентно содержащего в себе права и обязанности, свободу и ответственность за себя, своих ближних и общество в целом. Истоками правового порядка выступали социально значимые отношения, порождающие стереотипизированные модели поведения, подкреплённые общественным поощрением или общественным принуждением. Источниками правового порядка выступали объективированные обычно-правовые обязанности, реализуемые в социальных практиках, обеспечивающие устойчивость и стабильность социальной системы.

На основании изложенного можно утверждать, что правового порядка – это не данность, а процесс конструирования нормативно-правовой системы и её реализация в повседневной практике людей. Поэтому правового порядка как разновидности общественного порядка содержит в себе определённые институционализированные обязанности, ценности, конституирующие социальную систему принципы, социальный контроль, принуждение и проч.

И. Л. Честнов, рассматривая правового порядка, справедливо полагает, что «институционализацию правового порядка образует диалог как взаимобусловленность его образа, правового социального представления и массового юридически значимого поведения» [3, с. 44]. Источники правового порядка, с точки зрения антрополого-правового подхода, следует выводить из бытия самого человека, в том числе в контексте всех форм его существования как индивида, статусной группы и сообщества в целом. Все факторы его существования, включая материальные условия и ментальность, обуславливают специфику бытования права, а значит, и являются его первичными источниками. Именно ментальность аккумулирует и передаёт определённые культурные ценности, этнические стереотипы, жизненный опыт, накопленный на протяжении жизни предыдущих поколений, и каждый представитель того или иного этноса является носителем определённой ментальности, которая отражается на всех уровнях институциональной структуры [5, с. 115]. Данное видение проблемы показывает правового порядка как интересубъективный порядок, в котором человек реализует свои потребности, исходя из тех реальных условий существования, в которых он находился.

По нашему мнению, все социальные и правовые институты не являются исключения – это некий процесс, в котором так или иначе всегда присутствует человек. Пьер Тейяр де Шарден прозорливо замечал, что «...волей-неволей человек опять приходит к самому себе и во всем, что он видит, рассматривает самого себя. Центр перспективы – человек, одновременно центр

конструирования универсума. Поэтому к нему следует в конечном итоге сводить науку. И это столь же необходимо, сколь и выгодно. Если поистине видеть это существование полнее, то давайте рассматривать человека – и мы будем жить полнее» [9, с. 38]. В том же ключе излагает свои идеи Стивен Пинкер. В своей замечательной работе, разошедшейся по миру миллионным тиражом и переведённой на несколько десятков языков, Пинкер полагает, что природа человека лежит в основе всех социальных феноменов, а её теория, т. е. теория природы человека, накладывает свой отпечаток на всю нашу жизнь. «Мы сверяемся с ней (*речь идёт о природе человека – И. Л.*), когда нам нужно убедить или пригрозить, сказать правду или обмануть. Она советует нам, как жить в браке, воспитывать детей, контролировать наше собственное поведение. Представления о том, как человек осваивает знания, влияют на нашу образовательную стратегию, представления о мотивации оказывают влияние на экономическую политику, преступность и законодательную систему. Эта теория определяет, чего люди могут добиваться с лёгкостью, чего добьются только через боль и жертвы и чего они не смогут достичь вообще. Таким образом, она затрагивает и наши ценности: нашу веру в то, за что нам – отдельным людям и обществу в целом – стоит бороться. Конкурирующие концепции человеческой природы различными способами вплетены в ткань жизни, являются частью самых разных политических систем и на протяжении истории становились причиной множества конфликтов» [7, с. 13].

С точки зрения антрополого-правового подхода истоками правопорядка выступают социально-значимые отношения и институционализированные связи человека по поводу решения своих насущных, жизненно важных потребностей. Первичными источниками были материальные условия жизни и ментальность народа. Все правовые долженствования были контекстуально обусловлены и воспроизводились только в рамках культуры, породившей их.

Первыми социальными институтами в социально-значимой сфере отмечены обычаи, в том числе табуирующие определённые действия. Как мне представляется, социально-значимой сферой выступала сфера производства общественного продукта (в расширительной трактовке). Она включала в себя производство, потребление и обмен. Социально значимой сферой была и сфера воспроизводства человеком самого себя (в данном случае, речь идёт о некотором табуировании половых отношений, сюда же входит и передача «правильных» способов размножения и передача социальных навыков выживания). Под определённую регуляцию подпадала и сфера коммуникации, в которой реализовывались духовные (конечно, примитивные, но всё же...) потребности первобытных людей (тотемизм, анимизм, различные языческие ритуалы и культы). К социально значимой сфере можно отнести сферу управления, включающую вертикальную коммуникацию, в

которой властные полномочия сочетаются с системой легального принуждения. Все правовые долженствования легимитимировались в режиме реификации (дегуманизации) и мифологизировались в максимы.

Вышеизложенное даёт основание полагать, что истоками правопорядка выступают социально значимые сферы, ставшие ойкуменой правовых долженствований. В этнологической и исторической, как, впрочем, и юридической литературе, первым регулятором общественных отношений называют табу. Правовой статус табуированные обычаи приобретали в силу их общезначимости (в рамках определённого социума, в нашем случае – родового коллектива); общеобязательности (опять же в рамках отдельно взятого коллектива); общественной полезности (любой, даже не очень гуманный обычай с точки зрения современной культуры имел рациональные основания и выполнял регулятивную функцию, направленную на поддержание целого и прежде всего выживания); общественной защищённости (потенциально содержалась возможность понуждения и принуждения); нормативности (корреспондирующие права и обязанности, проистекающие из нормоустанавливающего факта – Л. И. Петражицкий) [6, с. 442]; целесообразности (соизмерение выгоды и наказания), а также легитимности и эффективности, без которых ни один правовой обычай воспроизводиться в социальной практике не может.

Перечисленные свойства правовых долженствований не содержат в себе даже намёка на свободу. Однако свобода как онтологическое свойство права (в либертарианской интерпретации «право – мерило свободы», а «свобода – мерило права») проявляет себя через совокупность всех онтологических свойств правовых долженствований, реализуемых в сфере социально-значимых отношений. Свобода не может возникнуть ниоткуда, она не может исчезнуть в никуда. Права и обязанности, свобода и несвобода имманентны друг другу и находятся в диалектической связи.

Правопорядок с точки зрения антрополого-правового подхода представляет собой аутентичный социальной системе порядок, обусловленный спецификой её истоков и источников, выраженных в формально объективированных моделях стереотипизированных долженствований. Это положение даёт основание утверждать, что каждое общество порождает свой особый правопорядок в соответствии с материальными условиями жизни и ментальностью его акторов, носителей правового статуса (творцов).

Таким образом, социально значимая сфера была и остаётся ойкуменой правовых долженствований, которые первоначально выступали в форме табу. В этнологической, исторической и юридической литературе табу увязывают только с запретами. Однако этот запрет был ничем иным, как обычаем, проявляющим себя в социально значимой сфере. И этот обычай содержал в самом себе онтологические свойства правовых

долженствований, обнаруживающих себя подобно лакмусовой бумаге в жизненно важных практиках людей.

Итак, как говорилось в начале статьи, правовые обычаи и юридизированные обычаи не выступают как тождественные явления. Правовые обычаи шире и включают в себя юридизированные обычаи. Юридизированные обычаи – это санкционированные государством обычаи, которые в правовом поле выступают либо в дополнение к закону, либо принимают форму закона. В качестве примера можно привести исторические памятники права (Законы XII таблиц, варварские Правды – «Законы Кнута», «Салическая правда» и т. д.).

Современный российский законодатель также допускает использование и соблюдение юридизированных обычаев, например, в природопользовании существуют этнические юридизированные обычаи в сфере брачно-семейных отношений, однако главным условием называет их непротиворечие федеральному законодательству.

Правовые обычаи, в отличие от юридизированных (получивших санкцию государства), могут вступать в оппозицию и даже выводить за рамки официального правового поля нелегитимные законы (в широком смысле), создавая тем самым полуофициальные и неофициальные правовые поля (или другими словами – правовые системы). В качестве примера можно привести этническую правовую регуляцию горцев, живущих в отдалённой сельской местности и разрешающих житейские вопросы обычно-правовым способом, не прибегая ни к судам, ни к полиции, ни ещё к каким-либо официальным структурам публичной власти.

Сегодня ни для кого не секрет, что в ряде случаев на Кавказе, преимущественно, конечно, в отдалённых аулах, практически не прибегают к услугам государственных учреждений при заключении брачного договора. Сохраняется и калымный брак. Обычай кровной мести, умыкание невест (в Чечне этот обычай практически искоренён, зато в дагестанских селах по-прежнему имеет место) также красноречиво показывают существование иной регуляции, основанной отнюдь не на государственно организованном законе. О высокой степени интериоризации обычного права и его автономном существовании параллельно государственно организованному праву писали в своё время А. Б. Гофман и В. П. Левкович: «Для традиционного обычного права, – пишут авторы, – является фактором, минимизирующим случаи его нарушения и соответственно судебной защиты. Действенность такого рода обычаев, в особенности в этнических группах, сохраняющих высокую степень социальной солидарности, оказывается настолько высокой, что практически исключает их судебное применение, так как споры здесь либо не возникают, либо не доходят до государственных судов, – не только потому, что существуют альтернативные традиционные способы их разрешения, но и потому,

что такие обычаи зачастую действуют *contra legem*» [2, с. 28].

М. Н. Марченко в своём фундаментальном труде «Источники права» предлагает классифицировать правовые обычаи на основании их соотношения с законом. Он называет правовые обычаи в дополнение к закону; до принятия закона и обычая, выступающего против закона<sup>3</sup>. Вполне резонно назвать ещё одну группу правовых обычаев – параллельно существующие по отношению к закону обычаи, вызывающие коллизию правовых норм.

Сегодня сфера социально значимых отношений, безусловно, расширяется. И если раньше под правовую регуляцию подпадала сфера производства, воспроизводства человеком самого себя, управления, сфера, в которой реализовывались духовные потребности человека (о чём говорилось выше), то сегодня под правовое регулирование подпадает сфера предпринимательской деятельности и информационных технологий. Так, например, А. А. Краевский, Е. В. Тимошина, исследуя судебную практику, отмечают, что примерно половина (52,8 %) рассмотренных судом обычаев – это относящиеся к современному праву обычаи делового оборота. Они практикуются в предпринимательской или иной специальной деятельности, предполагающей совершение шаблонных действий, например, регулярное совершение однородных сделок. Частота совершения действий, из которых складывается обычай делового оборота, значительно выше, чем частота действий в традиционном обычном праве, поэтому деловые обычаи быстрее складываются и быстрее изменяются [5, с. 94]. Весьма примечательна в плане обычно-правовой регуляции сфера интернет-коммуникации. Здесь проблема регуляции стоит особенно остро в контексте существования трудностей с государственно-правовым регулированием. Так, например, интернет как «глобальная паутина» окутал практически все страны, континенты, и правительства отдельно взятых стран не способны эффективно регулировать эту сферу общественных отношений. Однако как любая социальная система интернет не может быть абсолютно неурегулированным, иначе он рискует превратиться в «дурную бесконечность» (по Гегелю).

Глобальная сеть формирует свои стандарты поведения, которые имеют обычно-правовую природу. Так, например, в зарубежной литературе П. Полански полагает, что интернет сам формирует правовые обычаи. К этим правовым долженствованиям, имеющим обычную природу, он относит: свободу соединения без разрешения; право копировать определённые материалы онлайн без разрешения; право исследовать поведение пользователя; обязательство онлайн-бизнеса, направленное на поддержание нетривиального имени пользователя и установление подлинности пароля; обязательство

<sup>3</sup> Марченко М. Н. Источники права : учебное пособие. – Москва: Проспект, ТК Велби, 2005. – С. 157.

онлайн-бизнеса, направленное на поддержание шифрования всех сделок, заключаемых в сети, и др. [12, с. 32].

Таким образом, правопорядок с точки зрения антрополого-правового подхода представляет собой гармоничный социальной системе порядок, обусловленный спецификой её истоков и источников, выраженных в формально объективированных моделях стереотипизированных долженствований. Каждое общество порождает свой особый правопорядок в соответствии с материальными условиями жизни и ментально-

стью его акторов, носителей правового статуса (творцов). Правовые обычаи – отнюдь не архаические долженствования. Их регулятивный потенциал велик. Поэтому, вопреки предсказаниям позитивистов о скорой кончине обычного права, оно «живее всех живых» и, судя по всему, подобно тени всегда будет обнаруживать себя в сфере социально значимых общественных отношений, иногда строя гримасы, иногда подменяя собой официальные нормы, а иногда органично их дополняя, наполняя новым более адекватным духу времени содержанием.

### Список литературы

1. Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. – Москва: РОССПЭН, 1998. – 415 с.
2. Гофман А. Б., Левкович В. П. Обычай как форма социальной регуляции // Советская этнография. – 1973. – № 1. – С. 25–37.
3. Дворкин Р. О правах всерьез. – Москва: РОССПЭН, 2004. – 389 с.
4. Краевский А. А., Тимошина Е. В. Jus non scriptum: о действенности правовых обычаев и их применении российскими судами // Социологические исследования. – 2020. – № 12. – С. 87–97.
5. Ломакина И. Б. Институционализация правопорядка в постклассической теории права / Проблемы укрепления законности и правопорядка: наука, практика, тенденции : сб. науч. тр., спец. темат. изд. – Вып. 12. – Минск: Изд-во центр БГУ, 2019. – С. 146–152.
6. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. – Санкт-Петербург: Лань, 2000. – 608 с.
7. Пинкер С. Чистый лист: Природа человека. Кто и почему отказывается признавать её сегодня. – Москва: Альпина Диджитал, 2002. – 477 с.
8. Социокультурная антропология права : коллективная монография / под ред. Н. А. Исаева, И. Л. Честнова. – Санкт-Петербург: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. – 840 с.
9. Талей Н. Н. Черный лебедь. Под знаком непредсказуемости. – 2-е изд., доп. – Москва: Колibri, Азбука-Аттикус, 2020. – 736 с.
10. Тейяр де Шарден П. Феномен человека. – Москва: Наука, 1987. – 239 с.
11. Честнов И. Л. Институционализация правопорядка: постклассическая интерпретация / Правопорядок: элементы общей теории : монография / под общ. ред. М. А. Беляева, В. В. Денисенко, А. И. Клименко. – Москва: Проспект, 2020. – С. 45–64.
12. Polanski P. P. Customary law of the Internet. – Hague, 2007. – 437 p.

### References

1. Bentam I. Vvedeniye v osnovaniya npravstvennosti i zakonodatel'stva. – Moskva: ROSSPEN, 1998. – 415 s.
2. Gofman A. B., Levkovich V. P. Obychay kak forma sotsial'noy regulyatsii // Sovetskaya etnografiya. – 1973. – № 1. – S. 25–37.
3. Dvorkin R. O pravakh vser'yez. – Moskva: ROSSPEN, 2004. – 389 s.
4. Krayevskiy A. A., Timoshina Ye. V. Jus non scriptum: o deystvennosti pravovykh oby chayev i ikh primenenii rossiyskimi sudami // Sotsiologicheskiye issledovaniya. – 2020. – № 12. – S. 87–97.
5. Lomakina I. B. Institutsionalizatsiya pravoporyadka v postklassicheskoy teorii prava / Problemy ukrepleniya zakonnosti i pravoporyadka: nauka, praktika, tendentsii: sb. nauch. tr., spets. temat. izd. – Minsk: Izd-vo tsentr BGU, 2019. – Vyp. 12. – S. 146–152.
6. Petrazhitskiy L. I. Teoriya prava i gosudarstva v svyazi s teoriyey npravstvennosti. – Sankt-Peterburg: «Lan'», 2000. – 608 s.
7. Pinker S. Chistyy list: Priroda cheloveka. Kto i pochemu otkazyvayetsya priznavat' yeye segodnya. – Moskva: «Al'pina Didzhital», 2002. – 477 s.
8. Sotsiokul'turnaya antropologiya prava. Kollektivnaya monografiya / pod red. N. A. Isayeva, I. L. Chestnova. – Sankt-Peterburg: Izdatel'skiy Dom «Alef-Press», 2015. – 840 s.
9. Taleb N. N. Chernyy lebed'. Pod znakom nepredskazuyemosti. – 2-ye izd., dop. – Moskva: KoLibri, Azbuka-Attikus, 2020. – 736 s.
10. Teyyar de Sharden P. Fenomen cheloveka. – Moskva: Nauka, 1987. – 239 s.
11. Chestnov I. L. Institutsionalizatsiya pravoporyadka: postklassicheskaya interpretatsiya / Pravoporyadok: elementy obshchey teorii: monografiya / pod obshch. red. M. A. Belyayeva, V. V. Denisenko, A. I. Klimenko. – Moskva: Prospekt, 2020. – S. 45–64.
12. Polanski P. P. Customary law of the Internet. – Hague, 2007. – 437 p.

Статья поступила в редакцию 21.06.2021; одобрена после рецензирования 10.08.2021; принята к публикации 03.09.2021.