

Жаасынбек кызы А.

«АДАТ УКУГУНУН» УКУК БУЛАГЫ КАТАРЫ САЛЫШТЫРМАЛУУ
УКУКТУК ИЗИЛДӨӨСҮ

Жаасынбек кызы А.

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ «ОБЫЧНОГО ПРАВА»
КАК ИСТОЧНИКА ПРАВА

Zhaasynbek kyzy A.

COMPARATIVE LEGAL RESEARCH «CUSTOMARY LAW» AS A SOURCE OF LAW

УДК: 247.24(56.2)

Макалада салыштырма укук, тарыхый укуктардын кадимки укуктардын изилдөөсүнүн негизинде улуттук укуктук түзүлүштөрдүн өнүгүшү каралган.

Негизги сөздөр: улуттук, өнүгүү, укуктук система, эл өнөрү.

В статье проводится историко-правовое и сравнительно-правовое исследование феномена «обычное право» как источника изучения и развития национальных правовых систем.

Ключевые слова: национальный, развитие, правовые системы, народное творчество.

In article is conducted historian-legal and relatively-legal study of the phenomenon "common law" as the source of the study and developments of the national legal systems.

Key words: national development, legal systems, folk art.

Обычное право функционирует наряду и вместе с официальным правом; оно занимает особое место в системе правовых отношений. Подлинно демократическое государство, сосуществуя с институтами гражданского общества, не обладает монополией на право. В обществе всегда имеют место ситуации, когда юридическое право вступает в противоречие с местной традицией, то есть с действием обычного права. Все чаще и чаще высшие органы государственной власти сталкиваются с дилеммой: сохранить ли сложившийся паритет, правопорядок либо соблюсти принцип верховенства закона, как условия правового государства, модель которого достаточно неоднозначно и болезненно приживается в Кыргызстане последние годы.

Эффективное эволюционирование кыргызской правовой жизни должно происходить за счет реального отражения обычного права в законодательстве и правоприменении. В свою очередь, сущность обычного права определяется характером личностных отношений в конкретной социальной системе. Наиболее распространенные и устоявшиеся «теоретические предрассудки» в отношении феномена правовой жизни и обычного права связаны, на наш взгляд, с абсолютизацией сознательного тотального контроля жизни социума, единства правовых культур различных его слоев, а также с недооценкой значимости института прав человека в жизни государства и общества[1].

Своеобразной попыткой повысить авторитет фактически действующих обычаев стала историческая школа права. Историческая школа права (Г.Гуго, Ф.К. Савиньи, Г.Ф. Пухта, Б. Нибур, К.Эйхгорн и Я. Гримм) достигла значительных успехов в области изучения обычного права. Впервые был выдвинут тезис о культурной и национальной детерминированности права.

Представители исторической школы права признавали за обычным правом проявление «народного творчества», отражающего народные потребности. Поэтому обычное право провозглашалось ими наиболее эффективным средством воздействия на общественные отношения как непосредственно отражающего народную жизнь.

Противопоставляя право и закон, представители исторической школы провозглашали идею о том, что право возникает раньше, чем закон и оно более эффективное средство регуляции общественных отношений, поэтому закон должен учитывать обычаи и нравы народа. В том же случае, когда правовая система состоит из разнообразных источников, в том числе и законов, законодатель должен придерживаться обычно-правовых принципов и установок. Первостепенная задача законодателя состоит в том, чтобы систематизировать уже сложившиеся обычно-правовые нормы и институты в действующее законодательство, только при таких условиях законодательство может быть полезным народу[2].

Идеи немецкой исторической школы права оказали большое влияние на формирование европейской теоретической юриспруденции. Наследие исторической школы оказало позитивное влияние на развитие теоретико-правовой мысли, на отношение к обычаю в законодательной и судебной практике.

Представителями исторической школы права были подвергнуты критическому анализу космополитические идеи о всемогуществе законодателя, о возможности переустройства на началах разума всего существующего правового порядка. Историческая школа противопоставляла этим воззрениям уважение к старине, к духовному наследию, сохранившемуся в вековых преданиях и обычаях, унаследованных от предков.

Наряду с исторической школой права, серьезное внимание изучению обычного права уделялось в рамках психологического подхода к правопонима-

нию. В частности Л. И. Петражицкий предложил альтернативный исторической школе права взгляд на правообразовательный процесс. По Петражицкому, субъективное право - разновидность эмоций, имеющих обязательно-притязательный характер. На этой сугубо психологической основе базируется юридическая норма, некое мысленное содержание, в котором выражается реальная психологическая связь обязанности и правомочия.

Обычное право – субъективная реальность, которая включает все императивно-атрибутивные эмоции (индивида) субъекта. Л.И. Петражицкий считал, что характерными чертами и особенностями обычного права являются консервативность, косность, отсталость[3].

На психологических позициях выстроены концепции П. А. Сорокина и М. А. Рейснера.

Противоположные взгляды исторической и психологической школе права на природу обычного права высказывали представители позитивистского направления, восходящего к идеям утилитаризма И. Бентама. Обычное право с позитивистских позиций вовсе и не право. Поэтому без государственного санкционирования обычное право не может претендовать на место среди формальных источников. Лишь норма права, а вернее, норма закона, санкционированная органами государственной власти, провозглашалась основой права. Н.К. Ренненкампф, П.Г. Виноградов подчеркивали, что все явления правовой жизни занимали по отношению к норме права подчиненное положение [4].

Позитивистские идеи нашли сочувствие и в российской юридической науке. Так, И.В. Михайловский, не будучи приверженцем позитивистской доктрины все же полагал, что обычай приобретает юридический характер только после его одобрения государственной властью. Г.Ф. Шершеневич, идеализируя государственно организованное право, утверждал, что ни международное, ни каноническое, ни обычное и даже конституционное право не может быть признано правом, так как их нормы не могут иметь принудительного характера со стороны органов государственной власти. Обычай приобретал правовой характер, по мнению Г. Ф. Шершеневича, только вследствие предоставления ему защиты со стороны государства[5].

Социологическое направление поставило в центр внимания судебную практику и обычное право. Е.Эрлих утверждал, что право представляет собой определенный аспект человеческого бытия, и потому право берет начало в таких фактах общественной жизни, или фактах права, как обыкновение, господство, владение, волеизъявление. Нормой права становится только то, что входит в жизнь. Закон приобретает силу только вследствие своего применения на практике, то есть вследствие того, что он становится обычаем общества. В данной трактовке обычай предстает в качестве материального источника права. Таким образом, социологическое понятие права включает в себя совокупность осуществ-

ляющихся в жизни правовых отношений, в которых вырабатываются и кристаллизуются правовые нормы. Такое понимание права охватывает государственное, международное и обычное право во всем их объеме.

Н. М. Коркунов, исследуя содержательную сторону юридических обычаев, считал, что обычное право имеет материальную и психологическую природу. Обычай становится юридическим тогда, когда он становится общеобязательным[6].

М.М. Ковалевский признавал, что каждый народ проходит одни и те же стадии культурного развития. Поэтому, опираясь на знание единых закономерностей общественного развития, можно прогнозировать, какие нормы будут устранены, а какие подвергнутся трансформации, так как все народы мира имеют универсальные социальные, правовые и экономические основы. Обычное право – это не только совокупность долженствований, закрепленных общественным сознанием, а исторический феномен, являющийся элементом материальной и духовной культуры людей. Обычное право, по М.М. Ковалевскому, – это этнокультурное явление общественной жизни, которое обусловлено местными условиями жизни народа.

Исторически право предстает в нескольких разновидностях своей внешней фиксации (источники права) или областей регулирования (отрасли права). Источник права можно понимать и как способ возникновения (формообразования) права, и как совокупность требований правового характера, обнаруживаемых в текстах законов или в правилах и процедурах, отвечающих требованиям давней общепризнанной традиции.

Источники права – это способы возникновения и фиксации правил и требований правового назначения. Самыми распространенными и типичными среди них на протяжении всего периода существования государственной организации общества были и остаются правовые обычаи и законы, принятые от имени государства и поддерживаемые при помощи государственного принуждения.

Обычай как результат и способ внешнего выражения и закрепления правил юридически значимого поведения определяет специфику роли обычного права в национальной правовой системе, особенности места обычного права среди источников права.

«Обычное право» в классовых обществах имеет специфическую процедурную сторону. Первоначально в нем сильны древние формы (этнически окрашены ритуалы судопроизводства и их конкретная символика; сценарии судопроизводства не освобождены от религиозных, нравственных начал и фольклора). Со временем «обычное право», особенно в государствах, управляемых правителями с неограниченной властью, приобретает прецедентный характер. При этом правовой прецедент, как правило, достаточно полно учитывает местную конкре-

тику, классовые и этнокультурные особенности населения, содержание значимых обычаев;

«Обычное право» современности действует в динамичных социальных группах, а также в сфере международных отношений. Данный этап эволюции обусловлен усиливающимся динамизмом современной общественной жизни, мощным развитием средств коммуникации, всеобщей информатизацией и другими позитивными факторами, влияющими на характер и способы общения, которые в совокупности имеют своим последствием значительное ускорение формирования и распространения обычных норм.

В современном мире в различных национальных правовых системах обычай различное место в числе социальных регуляторов:

- как основа правовой системы,
- как элемент биюридической системы,
- как самостоятельный источник права.

В Англии в рамках англосаксонского права обычаи стали одним из наиболее активных регуляторов общественных отношений.

Выступая в качестве самостоятельного источника права обычай органически сочетает в себе моральные требования, предъявляемые обществом и государством к поведению отдельных лиц и их объединений, с правовыми. Правовые обычаи имеют те же характерные черты и особенности, что и не правовые обычаи, только первые, будучи санкционированы государством, приобретают юридическую силу и обеспечиваются в случае их нарушения государственным принуждением, а вторые – не обладая юридической силой и не будучи источниками права, обеспечиваются лишь общественным мнением.

Правовые обычаи в процессе регулирования общественных отношений весьма тесно взаимодействуют с правовыми традициями, обыкновениями, а также с политическими установлениями, которые нередко именуют конституционными установлениями, обыкновениями или конвенциями.

В странах романо-германской правовой системы европейское право до XIII в. представляло систему «обычного права». С VI в. большинство германских племен уже имело свои «варварские» законы. Они не всегда фиксировались письменно. Впервые попытки сделать это были в Италии (Эдикт Теодориха, 500 г.) и Испании (Фуэро Ююзо, 654–694 г.). Причиной отсутствия высокой значимости писаного права в это время было «кулачное право», когда все споры разрешались по произволу вождя и «закону сильнейшего».

Неоднозначность оценки обычаев, существующих в странах романо-германского права, и их роли среди других источников права проявляется, прежде

всего, из-за «унификации» их значимости в пределах рассматриваемой правовой семьи, хотя в конкретных национальных правовых системах их роль и значение далеко не одинаковы.

Серьезное влияние на процесс исторической девальвации обычаев в системе романо-германского права оказали проводившаяся в XV–XVII вв. во Франции и в других европейских странах компиляция обычаев и последовавшая за ней кодификация.

Практика правоприменительной деятельности в странах континентального права свидетельствует, что обычай в данной правовой семье продолжает по-прежнему существовать и действовать как один из значительных источников права, который на современном этапе его развития в романо-германском праве наиболее активно себя проявляет в системе других источников права.

В странах традиционной правовой семьи обычаи многочисленны и являются основным источником права. В странах Черной Африки (к Югу от Сахары) и в ряде стран Юго-Восточной Азии население веками живет по нормам обычая, подчинение которому является добровольным. Его исполнение обеспечивается силой привычки (люди считают себя обязанными жить, как жили предки), боязнью сверхъестественного или общественным воздействием [7].

Становление отечественной правовой системы относится к древней эпохе. Основное место среди источников права принадлежало обычаю. После установления Советской власти судьбы обычаев в Кыргызстане были predeterminedены: создание «нового мира» означало разрушение привычного уклада жизни. До начала коллективизации «обычное право» не подвергалось прямому ограничению или запрету. В дальнейшем процессе развития Социалистического государства «обычное право» подлежало уничтожению.

Литература:

1. Коновалова А.С. Обычное право в российской правовой жизни [Текст]: Дис. ... Канд. юрид. наук. 12.00.01 /А.С. Коновалова. Москва, 2005. - 173 с.
2. Дашин, А.В. Обычное право как структурно-функциональный элемент национальной правовой системы : историко-теоретический и сравнительно-правовой анализ [Текст]: Дис. ... докт. юрид. наук. 12.00.01 /А. В. Дашин. Санкт-Петербург, 2006. - 431 с.
3. Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000.
4. Виноградов П. Г. Очерки по теории права. СПб., 1915.
5. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1912.
6. Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб., 2003.
7. Ломакина И. Б. Обычное право: Историко-теоретический аспект. СПб., 2005.

Рецензент: кандидат юридических наук Мазитов Р.Я.