

Жаасынбек кызы А.

**КЫРГЫЗ РЕСПУБЛИКАСЫНЫН УКУК ТУТУМУНДАГЫ ҮРП-АДАТТЫН ОРДУ
ЖАНА РОЛУ**

Жаасынбек кызы А.

**МЕСТО И РОЛЬ ОБЫЧАЯ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ КЫРГЫЗСКОЙ
РЕСПУБЛИКИ**

Zhaasynbek kyzy A.

**THE PLACE AND ROLE OF CUSTOM IN THE LEGAL SYSTEM OF THE KYRGYZ
REPUBLIC**

УДК: 347.47(575.12)

Бул макалада адам баласынын турмушундагы кадимки укуктардын маани-мазмуну жана алардын улуттук булактардын негизиндеги орду анализге алынган.

Негизги сөздөр: *жөнөкөй укук, булак, коомдук тартип, салт.*

Статьей освещаются проблемные вопросы, касающиеся понимания сущности и содержания понятия «обычное право», становления юридического обычая и определения его места в системе источников национального права.

Ключевые слова: *обычное право, источники, общественный порядок, обычай.*

This article is illuminated by problem-solving questions, concerning understanding to essence and contents of the notion "Common law", formations of the legal custom and determinations of its place in system of the sources of the national right.

Key words: *customary law, sources, public order, customize.*

Обычное право представляет собой одно из древнейших явлений в истории человечества. Причем проблемы возникновения, формирования и развития обычного права носят многоплановый характер, поскольку его нормы являются элементами национальной культуры. Изучение обычаев, их соотношения с другими источниками права важно для понимания исторического процесса возникновения права, а также преемственности в развитии правовых норм. В правовой науке, как отечественной, так и зарубежной, обычное право изучалось и изучается в историческом аспекте и в плане сравнения обычной нормы с другими социальными нормами.

Следует также обратить внимание и на неписанное право Европейского сообщества, которое состоит из «общих принципов права» (основные права человека, юридическая определенность, пропорциональность, равенство, право быть заслушанным, юридическая профессиональная привилегия, субсидиарность). Это «общее» право Европейского сообщества принято Судом ЕС. Юристы не без оснований полагают, что это важный действенный источник права ЕС, роль которого постоянно возрастает.[1]

В отечественной юридической науке рассмотрение обычая, как правило, осуществляется в контексте исследований историко-правового и срав-

нительно-правового характера. Говоря об обычае как о поведенческом стереотипе, сложившемся в результате многократного повторения той или иной социально значимой ситуации, воспринимаемой большинством членов общества в качестве закономерной и в силу этого приобретающей свойства нормативности, исследователи акцентируют внимание на детерминантах, характеризующих процессы возникновения обычаев, их внедрения в общественные отношения, а также на регулятивно-охранительное воздействие обычаев на поведение индивидов и социальных групп. Анализ правовых обычаев, сложившихся в локальных социумах на определенных этапах их исторического развития, является эффективным методом познания, позволяющим создавать представления о состоянии общественного и правового порядка, существовавшего в данном социуме, а также использовать полученные конструкции для моделирования вероятностных гипотез социального развития.

Являясь наиболее ранней из известных на сегодняшний день форм права, обычай, по сути, не претерпел сколько-нибудь значимых изменений ни с точки зрения механизма нормотворчества, ни с точки зрения средств выражения и обеспечения правовых норм. Подобная устойчивость объясняется неразрывной связью обычая как формы права с индивидуальным и коллективным правосознанием и правовым поведением. В отличие от нормативно-правовых актов, юридических прецедентов и договоров, возникающих в результате целенаправленной правотворческой деятельности наделенных соответствующей компетенцией субъектов права, обычай является результатом и следствием самих общественных отношений. Изучение видов и содержания правовых обычаев, с одной стороны, позволяет говорить о специфике социальной и политико-правовой организации, складывающейся в рамках той или иной общности, а с другой – дает возможность показать общие закономерности развития различных национальных правовых систем.

Вплоть до настоящего времени в отечественной юридической науке не выработано общих дефиниций и не определены критерии разграничения таких понятий, как «обычное право», «юридический обычай», «правовая традиция». Также отсутствует единство во взглядах на проблему соотношения юри-

дического обычая с другими источниками национального и международного права. Хотя обычай впервые стал объектом изучения еще у римских юристов [2].

Наука XX–XXI вв., расширив источниковую базу изучения обычного права и создав необходимые предпосылки для специального исследования юридических аспектов обычая и «обычного права», осветила ряд новых по сравнению с дореволюционной историографией вопросов. Работы по истории общественных отношений продвинули вперед изучение нормативного характера обычая и проблем перерастания его в правовую норму, исследование государственной роли в процессе становления обычая как источника права. Выявление и публикация архивных источников, расширение круга историко-правовых и правовых исследований, развитие этнографии, археологии и других отраслей исторических знаний, а также философии, юридической антропологии, юридической социологии создают предпосылки для проникновения в глубинные слои архаического общества и исследования характера социальных регуляторов на различных этапах государственно-правовой эволюции, для выявления специфики роли обычного права как основы, как полноправного элемента биюридической системы и как полноценного источника права правовых систем современности.

Таким образом, несмотря на устойчивый интерес к вопросам становления и развития обычного права, комплексный анализ проблем его генезиса и эволюции в контексте государственно-правовых трансформаций до сих пор не нашел должного отражения в научной юридической литературе [3].

В современных исследованиях определение обычного права авторами работ часто не дается. Основная причина этого – презюмирование того, что категория «обычное право» – это набор очевидных любому человеку истин. Поэтому описание обычного права как явления сводится к признанию его устаревшим, примитивным и достойным только неразвитых в культурном и экономическом плане народов. Отдельные авторы отмечают, что обычное право составляет те разрозненные, немногочисленные и редко применяемые правовые обычаи, которые существуют на данный момент благодаря санкции законодателя; вхождение в обычное право иных элементов не оговаривается. Обычное право рассматривают как санкционированные государством нормы, сложившиеся в процессе практики жизни; как сложившуюся общественную практику; как совокупность норм, которые не устанавливаются органами государственной власти, а вырабатываются в течение длительного времени в какой-нибудь общественной среде.

Имеет место и констатация того, что обычное право не может быть правом без санкции государства. В данном случае получается, что, хотя нормы, послужившие основой для обычного права, вполне могли зародиться до появления государства, обычное право как правовой феномен возникает лишь после того, как появившееся государство обеспечивает это обычное право своей санкцией.

Рассматривать такие умозаключения следует только в контексте политико-правовой эволюции кыргызского государства: исследователи советского периода в своих рассуждениях не могли противоречить идеологическому постулату, предписывавшему считать право неперменным продуктом государства, и хотя сегодня официальная идеология исчезла, а идеологические постулаты зачастую продолжают довлеть над сознанием ученых, приводя к заметным противоречиям в научных исследованиях. Так, в современной отечественной юридической науке рассмотрение дефиниции «обычное право», сводится большинством исследователей к определению его как совокупности норм, которые появились в обществе (его части) в результате долговременного однообразного применения, чье соблюдение впоследствии было обеспечено принудительной силой государства. Иногда данное определение, вкладывая то же содержание, формулируют более кратко: обычное право – это совокупность всех имеющихся в наличии правовых обычаев, санкционированных государством [4].

При Советской власти во многие традиционные понятия теории права стало вкладываться новое содержание. 1920-е годы рассматривались как переходный период от дореволюционного права к новому праву, основанному на иных принципах. Обширный перечень источников права со всей его неупорядоченностью и многозначностью толкований стал рассматриваться в качестве источника не права, а правоведения. Единственной формой права ближайшего будущего был признан нормативный акт (так называемый революционный декрет), издаваемый новыми органами власти. Пока же это будущее не настало, допускалось ограниченное использование права прежней империи. В отдельных случаях революционные власти позволяли применять старые обычаи и признавали их в качестве формы права, но подобное применение носило мозаичный характер.

В 1938 г. было закреплено определение А.Я.Вышинского: «Право – это совокупность правил поведения, выражающих волю господствующего класса, установленных в законодательном порядке, а также обычаев и правил общежития, санкционированных государственной властью, применение которых обеспечивается принудительной силой государства в целях охраны, закрепления и развития общественных отношений и порядков, выгодных и удобных господствующему классу». Таким образом, «закат обычного права» не подвергался сомнению. Обычное право без государственного санкционирования – вовсе не право [5].

Однако, поскольку в законодательстве оставались пробелы, требующие устранения посредством других источников, законодатель в некоторых вопросах все же ссылался на обычаи. При этом соблюдалось подчиненное положение обычая по отношению к закону и договору (если речь шла о гражданско-правовых отношениях). В научной литературе постепенно стали появляться выводы о том, что приоритет закона как основного источника права не исключает обычного права.

Нормы революционного позитивного права признавались безусловно главенствующими, однако жизненные реалии Советского государства не исключали применения обычаев в качестве правовых норм (в том числе и тех обычаев, которые не были прямо одобрены государством).

Современная кыргызская наука еще сохраняет приверженность прежней теоретической конструкции, устанавливающей принципы существования обычая как формы права. Отдельные авторы единодушны во мнении, что обычай может стать формой права (то есть правовым обычаем) только при наличии санкции государства. Возможность применения несанкционированных государством норм общественного происхождения сводится к признанию «обыкновения», или приравненных к ним «обычаев делового оборота», средством, восполняющим волю сторон, если это «обыкновение» не противоречит закону, договору, принципам права, охраняемым правам, интересам и т.д. Значительное количество ограничений низводит ценность обыкновения до роли некоего информатора судьи, который вынужден прибегать к нему для объяснения мотивации сторон в тех случаях, когда имеющаяся нормативная база исчерпана.

В то же время, все более активную поддержку получают позиции ученых, в рамках которых утверждается относительная автономность обычного права.

В современной теоретико-правовой науке формируется новый раздел в теоретическом правоведении - теория обычного права. Многие проблемы, связанные с обычным правом, требуют переосмысления. Однако до сих пор в теоретической юриспруденции остаются не изученными в достаточной степени вопросы о том, что следует понимать под обычным правом, как соотносятся между собой обычное право и юридические обычаи, какие механизмы лежат в основе формирования обычного права, как связано обычное право с правовой системой и обществом в целом, каков характер этих связей, каковы механизмы трансформации обычного права.

Обычное право, являясь многоаспектным явлением общественной жизни, привлекало и привлекает внимание представителей различных научных направлений и школ.

В кыргызском обществе сегодня роль обычаев постепенно возрастает в ряде сфер правового регулирования. Современное кыргызское государство, контролируя многие процессы и институты в правовой сфере, занимает в ней ведущее место, при этом продолжают сохраняться отдельные альтернативные государству процедуры и нормы, регулирующие общественные отношения вне контроля государству. Возникновение и существование обычая имеет в своей основе длящееся, регулярное повторение действий и убеждение в его необхо-

димости. Особенность правового обычая в том, что он не исходит от государства, он формируется и развивается вне государственного пространства.

Роль и место обычаев в системе социальных регуляторов в различных областях неодинаково. В некоторых районах «обычное право» продолжает играть ведущую роль наряду с правилами поведения, санкционированными государством.

Проблему обычного права как структурно-функциональный элемент национальной системы права, необходимо отметить, что восприятие права как системы общезначимых правил поведения, обеспечиваемых средствами публичного принуждения, позволяет рассматривать обычное право и как собственное право и как квазиправовую (по сути – корпоративную) систему социального регулирования [6]. В собственно правовом смысле обычное право выступает в периоды догосударственного и раннегосударственного развития социума. В эти периоды обычаи являются практически единственными средствами регулятивно-охранительного воздействия и действительно носят публичный, обеспечиваемый общественным (позднее – государственным) принуждением характер. Появление законодательства обуславливает утрату обычным правом значения права в собственном смысле, поскольку в формально-юридическом смысле общезначимость правила начинает определяться его законодательным закреплением.

В современных условиях правовые нормы, получившие законодательное закрепление, и нормы правовых обычаев должны сосуществовать и взаимодополнять друг друга как компоненты единого целого - системы национального права. При этом представляется недопустимой абсолютизация данных компонентов и их противопоставление. В современных условиях нормы обычного права подлежат применению в сферах диспозитивного (общедозволительного) правового регулирования и являются действенным средством восполнения пробелов законодательства и разрешения юридических коллизий.

Литература:

1. Основы права Европейского сообщества. М., 1998. С.100.
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. 00.2001. /А.В. Дашин. Санкт-Петербург, 2006. - 431 с.
3. Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия: Некоторые тенденции мирового правового развития надежда и драма современной эпохи. М., 2000.
4. Гревцов Ю.И. Муромцев С.А. «Определение и основное разделение права» СПб., 2004.
5. Вышинский А.Я. Основные задачи науки советского социалистического права. М., 1949.
6. Супатаев М.А. Культура, право и квази-правовые явления в обществе.//Обыч.право и правовой плюрализм. М., 1997.

Рецензент: кандидат юридических наук Мазитов Р.Я.