

Эрматова А.К.

**КЫРГЫЗ РЕСПУБЛИКАСЫНДАГЫ УКУКТУК САЛТТАРДЫН УКУКТУК
БУЛАКТАРЫНЫН СИСТЕМАСЫНЫН РОЛУ**

Эрматова А.К.

**РОЛЬ ПРАВОВЫХ ОБЫЧАЕВ В СИСТЕМЕ ИСТОЧНИКОВ ПРАВА КЫРГЫЗСКОЙ
РЕСПУБЛИКИ**

A.K. Ermatova

**THE ROLE OF LEGAL CUSTOM IN SYSTEM OF SOURCES OF LAW OF THE
KYRGYZ REPUBLIC**

УДК: 340.131.2; 340.130

Бул макалада укуктук салттын пайда болуусунун негиздери каралат.

Негизги сөздөр: укук, укуктук салт, санкциялоо, санкция, социалдык салт

В данной статье рассматривается правовой обычай причины возникновения.

Ключевые слова: право, правовой обычай, санкционирование, санкция, социальный обычай.

This article discusses the legal custom of the causes of.

Key words: law, legal custom, authorization, sanction, social custom.

Правовой обычай является одним из древнейших источников права, то есть формой, в которой выражено правило поведения сообщающее ему качество правовой нормы. Следовательно, под правовым обычаем как источником права следует понимать специфическую форму, в которой выражается правило поведения, созданное самим обществом, вошедшее в привычку людей и которому придано значение общеобязательной нормы.

Само понятие и явление источник права, по нашему убеждению, сложилось с появлением такого феномена как государство. Именно государство своей деятельностью породило множественность источников права, таких как: закон, деятельность юристов, прецедент, санкционированный обычай и многие другие. И с этой точки зрения оправдано считать, что правовую форму нормам обычаев придает именно государство путем их санкционирования.

Поскольку правовой обычай формируется на базе обычая как социальной нормы, необходимо, прежде всего, определить, что же такое обычай?

Обычай – это социальная норма, сложившаяся в результате неоднократного, постоянного повторения определенного правила поведения в обществе. Как правило, обычай – это нигде не зафиксированная норма поведения, передающаяся из поколения в поколение и соблюдаемая в силу привычки.

Обычай сам по себе обладает следующими признаками: нормативность (правило поведения, образец поведения в обществе); повторяемость (неоднократность применения, постоянная повторяемость); стереотипность (соблюдение в силу привычки).

Следовательно, говоря о правовом обычае, следует иметь в виду, что это, прежде всего, обычай

с присущими ему характеристиками. Поэтому ему вполне присущи все вышеперечисленные признаки. Однако для того, чтобы обычай стал правовым, необходим качественно новый признак, позволяющий отделить правовой обычай от обычая вообще.

Первоначально четкого разделения обычая как социальной нормы и обычая как источника права не было. Поэтому данные дефиниции отождествлялись, и обычай сам по себе являлся источником права. Тем не менее, в науке существуют определения правового обычая. По мнению М.Н. Марченко, «правовой обычай – это санкционированное государством правило поведения, сложившееся в обществе в результате его многократного и длительного применения» [i,c.528]. Уровень развитости государственности на стыке столетий все более доказывает, что осуществление права в любой его форме, в том числе и обычно правовой, связано с деятельностью органов государства по правотворчеству, праву применению и правоохране. Правовой обычай, наряду со свойствами обычая как социальной нормы, обладает также юридическим качеством. Оно выражается в позитивности правового обычая, его позитивации со стороны государства.

Обычай, как социальная норма, исторически сложившийся социальный норматив поведения людей, социальное правило поведения, приобретает качество правового обычая после его официального правового закрепления или санкционирования государством. Благодаря этому качеству правовой обычай становится юридическим источником права, приобретает юридически значимое, прежде всего – правоприменительное – значение. В то же время правовой обычай, как источник права, приобретает качество общеобязательности.

На основе таких представлений в литературе стала широко использоваться категория «санкционированный обычай». Имеется в виду обычай, которому придана правовая форма посредством санкции государства. Эта санкция может быть придана различными способами: законом, судебной практикой, постановлением местных органов.

Санкционированный обычай становится официальной формой выражения позитивного права. Благодаря такому качеству, правовой обычай, как и иные формы права, обеспечивается юридическими

средствами. Однако он при этом не теряет своего характера обычая.

Поэтому положение о том, что «правовой обычай – это санкционированный государством обычай» требует уточнения. Наглядный пример с обычаями делового оборота показывает, что государство (точнее, законодательство) «санкционирует» не сами обычаи делового оборота, а лишь указывает (ссылается) на них. В тексте Гражданского кодекса нет самих обычаев делового оборота.

В литературе указывается также на нормативность правового обычая. По словам В.И. Нижечка, «...при определении обычая предается забвению главное, наиболее существенное, что его характеризует - нормативность природы обычая, который представляет собой правило поведения человека при известных ситуациях» [ii, с.425].

Таким образом, по нашему мнению правовой обычай – это получивший официальную позитивацию социальный обычай. Социальный (неюридический) обычай – это объективно сложившееся, многократно используемое правило поведения. В случае законодательного выражения социальный обычай приобретает правовое качество и становится источником позитивного права.

Современная теоретико-правовая литература выделяет четыре основных формы реализации права, и лишь одна из них связана с деятельностью государства. Единственное, с чем спорить бессмысленно, так это с тем, что только государство является институтом, который обладает эксклюзивным правом на применение совершенного принуждения. Таким образом, санкционирование норм обычного права - гарантия со стороны государства в их общеобязательности.

Существует несколько форм санкционирования государством обычных норм. Одной из самых ранних форм выступает собрание и фиксирование этих норм в писаных правовых источниках. К ним относятся древнейшие памятники права в Индии, Греции, Франции, Германии, Древней Руси и так далее. Как уже упоминалось, ранее все эти государства трансформировали обычное право в законы. Этот процесс продолжается и сейчас, в основном в международном праве и в государствах традиционной правовой системы. Значит ли это, что обычай, превратившись таким образом в право (в норму закона), перестал быть обычаем?

Данный вид санкционирования имеет тенденцию права - как закона приходить на смену обычаям. Замена обычаев государственно-правовыми нормами может производиться по-разному. В одном случае - это санкционирование обычая, при котором правило остается прежним, но становится юридическим. В других случаях государственно-правовая норма, приходя на смену обычаю, вносит определенные уточнения (без изменения сути и содержания), делающая конкретное правило более четким. И еще один вариант, когда правовая норма появляется как синтез нескольких обычаев. Таким образом,

последовательная замена обычаев превращает их в положительное право.

В современный период это самый распространенный вид придания норме государственно-правового характера. Очень важно, что при такой санкции обычай превращается в элемент национального права, не утрачивая при этом характер обычая.

1. Санкционирование может носить достаточно общий характер, когда в Конституциях государств есть ссылка на обычай как источник права;

2. Когда в специальных нормативных актах имеются разрешения законодателя в определенных правоотношениях руководствоваться местными обычаями;

3. А также, когда диспозитивная норма допускает использование правовых обычаев в случаях, если нет соответствующего законодательства, то есть обычай носит субсидиарный характер.

ГК КР 1996 года содержит массу статей, в которых есть ссылки на дополнительное применение норм правовых обычаев.

Наряду с санкционированием норм обычного права, государство в случае необходимости и целесообразности может предоставить защиту тех обычаев, которые лежат в не правовой сфере. В данном случае обычай превращают в закон и обеспечивают его применение соответствующей санкцией. Семейный кодекс 1998 года тоже содержит данную норму. Намного шире роль таких обычаев в Конституционном праве Кыргызстана, законодательные акты которого узаконили обычаи о государственной или национальной символике, праздничных знаменательных и памятных днях, обычай воинской и врачебной присяги.

Подводя некоторые итоги, можно заключить, что конституционные соглашения выступают в качестве разновидности правовых обычаев и, следовательно, являются источником права.

Особой формой (видом) правового обычая является международная обычно-правовая норма. Поскольку эта разновидность правовых обычаев наиболее детально разработана в отрасли международного права, мы не будем на ней останавливаться подробно. Заметим лишь, что данный род правовых обычаев содержит ряд особенностей, требующих самостоятельного рассмотрения.

В заключении обратим внимание на то, что несправедливо игнорировать такой источник права как правовой (санкционированный) обычай. Все его формы применяются в различных правовых системах мира и занимают там свое особое место.

Литература:

1. [1, с.528]. Марченко М.Н Теория государства и права. Текст 2-е изд. М.Н.Марченко М.2006. 800с.
2. [2, с.425]. Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений. Текст. Нижечек В.И. Иркутск. Вост-Сиб.кн. изд-во. 1973.455с.

Рецензент: к.ю.н, доцент Арстанбеков М.С.