

*Ибрагимов Ж.И.*

## НОВЫЕ ПОДХОДЫ В ИЗУЧЕНИИ ОБЫЧНОГО ПРАВА

*Zh.I. Ibragimov*

### NEW APPROACH IN THE STUDY OF CONVENTIONAL

УДК: 340.1(04)

*В статье уделено внимание некоторым аспектам изучения обычного права, а также развитию новых подходов в изучении обычного права.*

*The paper paid attention to some aspects of customary law, as well as the development of new innovative approaches in this field.*

Традиционная система права в науке истории государства и права определяется как стержневой базис и составной компонент жизнедеятельности человека и оттого, насколько эффективно в современных условиях будет обеспечена ее сохранение и разумная возможность ее использования, будет зависеть степень сбалансированности взаимовлияния политико-правовых систем.

Академик С.З. Зиманов писал, что если исходить из традиционного понимания обычного права как норм обычаев, санкционированных государством, то пришлось бы сильно сузить значение и сферы применения обычно-правовых норм в условиях дореволюционного Казахстана.

Исходя из этого, он определил, что "обычно-правовая система, характерная для средневекового кочевого и полукочевого казахского общества, включала нормы обычаев, санкционированные ханской властью в форме её установлений и решений и получивших признание в процессе деятельности бийских судов"<sup>1</sup>.

В данном случае в обычное право включаются нормы обычаев, санкционированные государственной (ханской) властью, и нормы обычаев, признанные решениями суда биев. Поскольку автор полагает, что правовыми становятся лишь обычаи, которые санкционированы политической властью<sup>2</sup>, надо думать, это понятие охватывает и власть суда биев. По существу дефиниция С.З. Зиманова уточняет определение Т.М. Култелеева, который также включал обычные нормы, признанные судебными решениями биев, как и сами решения, в обычное право этнических казахов<sup>3</sup>.

Таким образом, согласно определению С.З. Зиманова, в обычное право входят нормы, как санкционированные государственной властью, так и получившие поддержку суда биев. Здесь также прослеживается попытка более широкой трактовки обычного права.

О том, что попытки поиска новых подходов, а вернее, отхода от традиционного юрико-позитивистского подхода складываются в устойчивую тенденцию, свидетельствуют новейшие исследования, в том числе в правовой науке Казахстана. Например, С.Узбекулы поставил вопрос о необходимости изучения аксиологической основы и духовно-мировоззренческого содержания обычного права (казахов) в контексте народной культуры<sup>4</sup>.

З.Ж. Кенжалиев, говоря об обычном праве казахского этноса в первые годы Советской власти в Казахстане, писал, что это "внутренне организованная, относительно самостоятельная система традиционных норм и институтов, уходящая своими корнями в глубь веков"<sup>5</sup>.

Интересно, что обычное право определяется через структуру (нормы + институты), хотя, в принципе, институты права-тоже определённая совокупность норм, так что получается некоторая тавтология.

В постсоветской России ситуация с обычным правом в правовой науке также неопределённая. Наиболее авторитетным сторонником юрико-позитивистского подхода остаётся С.С. Алексеев. По его мнению, обычное право повсеместно являлось исторически первоначальной формой позитивного права<sup>6</sup>.

Обычное право есть совокупность правовых обычаев, т.е. обычаев, которые были признаны и санкционированы государством. Обычай-это общее правило, которое в результате длительного действия становится привычкой, непрекаемым обыкновением<sup>7</sup>.

В настоящее время, по мнению учёного, источниками права являются "правовые обыкновения деловые, судебные, правовые традиции". Негативно оценивая марксистский взгляд на право, учёный трактует обычное право, исходя из юрико-позитивистского правопонимания. Итак, обычное право, согласно С.С. Алексееву,

<sup>1</sup> Проблемы казахского обычного права / Отв. ред. С.З. Зиманов. Алма-Ата. 1989.

<sup>2</sup> Проблемы казахского обычного права / Отв. ред. С.З. Зиманов. Алма-Ата. 1989.

<sup>3</sup> Култелеев Т.М. Уголовное обычное право казахов. Алма-Ата. 1955.

<sup>4</sup> Созакбаев С. Социально-нормативное содержание обычного права казахов // ПКОП. С. 43-55. Алма-Ата. 1989.

<sup>5</sup> Кенжалиев З.Ж., Даулетова С.О. Казахское обычное право в условиях Советской власти (1917-1937 гг.). Алматы. 1993.

<sup>6</sup> Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. М, 1994. С. 57; он же. Теория права. М, 1994.

<sup>7</sup> Алексеев С.С. Государство и право. Начальный курс. М, 1994. С. 57; он же. Теория права. М. 1994.

составляя совокупность санкционированных государственными органами обычаев, является результатом правотворческой деятельности государства.

Должно быть, до сей поры подобный подход к изучению обычного права был преобладающим в правовой науке России. Новейшие исследования в России и других странах СНГ в целом продолжают традицию юрико-позитивистской трактовки обычного права

Тем не менее поиски нового взгляда на обычай как источник права, на обычное право в целом<sup>8</sup> свидетельствуют как о наличии иных подходов, так, может статься, и о складывающейся тенденции к смене приоритетов в российской правовой науке.

Заслуживает внимания подход Ф.Т. Селюкова, который считает наиболее продуктивным изучение обычного права в общем историко-культурном контексте. На основании исследования обычного права русского народа он пишет: "под обычным правом... понимаются правила действия, сложившиеся на групповой основе среди лиц, объединённых по разным основаниям (на основе совместного труда, быта, соседства, родства, общего этнического происхождения, воспитания и т.п.)<sup>9</sup>.

Эти правила вырабатываются совместно на основе соглашения и убеждения в их необходимости. Исполнение обычных норм членами общества осуществляется добровольно, тщательно соблюдается и контролируется группой с применением промежуточных и основных санкций в качестве репрессивных мер в случае нарушений. Промежуточные санкции могут варьировать по различным основаниям, а как основная санкция за "несоблюдение определённых условий взаимодействия" применяется "отторжение" нарушителя, исключение его из общины, что неизбежно влечёт утрату им преимуществ, связанных с принадлежностью к группе.

Признавая трудность разработки проблемы обычного права автор пишет о необходимости не только расширения и углубления таких исследований, но и обобщения их результатов для формирования целостной концепции, подобной "той, которая сложилась в процессе создания общего права" в Англии<sup>10</sup>.

О том, что такая широкая постановка традиционной проблемы вписывается в общемировую тенденцию поиска новых подходов к изучению обычного права, свидетельствуют последние исследования других иностранных учёных.

На наш взгляд, нет необходимости отказываться от устоявшегося термина "обычное право". Кроме того, что этот термин достаточно прочно вошёл в понятийный аппарат теории права, важным аргументом против замены является то, что практически не применявшийся в российской и казахстанской правовой науке термин "фольклорное право" известен, по нашим данным, сравнительно недавно, причём из иностранных (иноязычных) источников. Например, французский правовед Ж. Карбонье относит "фольклорное право" к сфере "инфраюридического", т.е. близких к праву, сходных с ним явлений, но не являющихся правовыми по природе<sup>11</sup>.

Исходя из такой трактовки, "фольклорное право", имея некоторое сходство и связь с обычным правом, всё-таки отличается от последнего.

Р.А. Тузмухамедов отмечал, что, вопреки аргументации в пользу применения "фольклорного права", многие участники проекта употребляют термин "обычное право" и говорят об обычном праве<sup>12</sup>.

Обратимся к сути исследования. Особенностью его является то, что рассматриваются как практический, так и теоретический аспекты проблемы "неписанного" права. С определения понятия фольклорного права и начинается работа: "Фольклорное право - это традиционная совокупность обязательств и запретов, устно передаваемая общественно-определённой группой людей, санкционированные или востребованные ею, и обязывающая индивидов или их объединения (семьи, кланы) под угрозой наказания<sup>13</sup>.

Основным носителем этого права выступает, по мнению авторов, "фольк" (народ). Современные фольклористы определяют "фольк" как любую группу людей, объединённых общим связующим фактором. "Фольклорное право" возникает в древности в бесписьменных обществах. Оно определяется как устное право и изучается в различении писанного (цивилизованного) и неписанного права. "Фольклорное право" функционирует в устной форме в современных обществах, порождая правовой дуализм (писанного и неписанного права), выливающийся в крайних случаях в правовые конфликты. Это право действует на всех уровнях от местного до международного.

<sup>8</sup> Муромцев Г.И. Источники права в развивающихся странах Азии и Африки: Система и влияние традиции. М, 1987; Разумович Н.Н. Источники и форма права // СГП. 1988. №3. С. 24-27; Селюков Ф.Т. Обычное право: Основные понятия, структуры, функции, методы изучения. М., 1991; Селюков Ф.Т. Отечественный опыт -экологии культуры в обычном праве // ГиП. 1992. № 10. С. 113-122; Теория права и государства / Под ред. проф. Г.Н. Манова. М., 1996. С. 165-171; Кенжалиев З.Ж. Кешпел! казак когамындады дустурл кукуктык мэдениет (теориялык. мэселелер тарихи тагылымы). Алматы, 1997; Лукашук И.И. Нормы международного права в международной нормативной системе. М, 1997; и др..

<sup>9</sup> Селюков Ф.Т. Отечественный опыт -экологии культуры в обычном праве И ГиП. 1992. № 10.С. 113-122;

<sup>10</sup> Селюков Ф.Т. Отечественный опыт -экологии культуры в обычном праве // ГиП. 1992. № 10. С. 113-122

<sup>11</sup> Карбонье Ж. Юридическая социология М., 1986. С. 187-190.

<sup>12</sup> ГиП. 1995. № 11. С. 159.

<sup>13</sup> ГиП. 1995. №11. С. 159.

Рецензент: д.ю.н. Абдрасулов Е.Б.