

УДК 340.141

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К ИЗУЧЕНИЮ ОБЫЧНОГО ПРАВА

К.М. Матеева

Рассматриваются теоретические подходы к изучению обычного права.

Ключевые слова: обычное право; бий-судья; старшина; аксакал кыргызских родов.

THEORETICAL APPROACHES TO THE STUDY OF CUSTOMARY LAW

К.М. Матеева

The article is about theoretical approaches to the study of customary law.

Key words: customary law; biy-judge; foreman; Aqsaqal of the Kyrgyz clans.

Обычное право является одним из древнейших социальных явлений в истории человечества. Еще в эпоху античности «эллыны оперируют таким термином, как «темис» (законы предков) [1], который ученые нашего времени склонны толковать, как обычай, обычное право [2]. В Древнем Риме обычай считался явлением права, так как в римском праве мы встречаем такие термины, как «*mores majorum*» (обычаи предков), *jus gentilitium* (родовое право). Обычное право кыргызов основывалось на устных традициях, которые передавались из поколения в поколение в виде кратких изречений и пословиц. На сегодняшний день единого правового определения обычного права не существует. Однако в юридической литературе имеются различные интерпретации и подходы изучения понятия обычного права.

Начнем с представителей исторической школы права, которые изучали понятие и сущность обычного права в XIX в. Ф.К. Савиньи – представитель исторической школы права, отмечал: «Всякий период творит свой мир не для себя одного и произвольно, но устанавливает его в неразрывной связи со всем прошедшим» [3]. Г.Ф. Пухта писал, что «...основа обычного права есть естественная общность убеждения целого народа» [4]. По его мнению, обычное право содержится в народном правосознании. Г.Ф. Шершеневич считал, что обычное право формируется автономно и становится общеобязательным без участия государства. Таким образом, можно сделать вывод, что право есть результат деятельности нескольких поколе-

ний одного народа. Обычное право закреплялось в народном сознании, являясь выражением общих правовых убеждений. Более того, многие представители данной школы, отмечали, что обычное право формируется автономно и *становится общеобязательным без участия государства*. Таким образом, «под обычным правом понимали юридические нормы, которые сложились силою бытовых отношений, независимо от верховной власти, и приобрели в сознании общества обязательное значение» [5]. После революции 1917 г., с наступлением советского времени, ученые стали трактовать обычное право в юридико-позитивистском духе, где за основу брали марксистско-ленинскую правовую доктрину, строившуюся на основе политического и историко-философского учения К. Маркса, Ф. Энгельса и В.И. Ленина. В этой концепции под обычным правом понимали «...совокупность правил поведения, санкционированных государственной властью» [6]. Однако данное определение подлежало обоснованной критике в 1974 г., когда Д.Ж. Валеев усомнился в правильности традиционной трактовки обычного права советскими учеными. Согласно Д.Ж. Валееву, «обычное право не охватывается полностью официальной правом; [иначе говоря], в то время, как определенный круг норм обычного права санкционируется государством, остаются нормы, которые не подпадают под круг этих норм, таким образом сфера действия обычного права оказывается шире закрепленных государством обычаев» [7]. Критика Валеева была воспринята достаточно серьез-

но, однако большинство ученых придерживались марксистско-ленинского подхода. Так, например, М.А. Супатаев писал, что “большинство марксистских исследователей справедливо определяют обычное право, как совокупность санкционированных государством общеобязательных обычаев” [8]. Тем не менее, историческая практика функционирования обычного права отражает иную картину, где обычное право не охватывается рамками права официального. К примеру, если взять обычное право кочевого и полукочевого кыргызского общества, то можно отметить, что обычное право включало не только нормы обычаев, санкционированные властью манапов, но и те нормы, которые имели признание в процессе принятия судебных решений судами биев. Источником данных норм было “собрание устных наставлений и изречений, которые должен был знать каждый бий-судья, страшина и аксакал кыргызский родов, отделений и аулов” [9]. Обычное право, регулирующее отношения кочевого народа кыргызов (до Октябрьской революции), составляло нормы обычного права, а также санкционированные государственной манапской властью нормы, которые имели поддержку со стороны судов биев. Таким образом, можно сделать вывод, сфера действия обычного права была шире закрепленных государственной властью обычаев.

В постсоветское время, ситуация с обычным правом в юриспруденции была не совсем определена. С.С. Алексеев, наиболее авторитетный сторонник юридико-позитивистского подхода, отмечает: “Обычай – это общее правило, которое в результате длительного действия становится привычкой, непрерываемым обыкновением. (При этом, обычное право является совокупностью правовых обычаев, санкционированных государством.)” [10]. Данный подход остается юридико-позитивистским, более того новейшие исследования и в России, и в других странах СНГ в целом продолжают традицию юридико-позитивистской трактовки обычного права [11].

Очень часто понятие “обычай” приравнивают к норме права (к правилу поведения), однако же не всегда это верно, так как обычай не настолько простое явление. Некоторые обычаи имеют сложную форму и их очень сложно приравнять к обыденному правилу или норме. Например, в кыргызском обществе достаточно долгое время существовал обычай “кун”. В данном случае этот обычай скорее всего является институтом, нежели нормой права.

Хотелось бы остановиться в качестве примера на обычном праве кыргызов. Согласно Конституции Кыргызской Республики, “народные обычаи и традиции, не ущемляющие права и свободы человека, поддерживаются государством” [12]. На-

ше законодательство идет по пути признания норм обычного права как неотъемлемой части правовой системы Кыргызской Республики, так как нормы обычного права кыргызов имели и имеют место быть в повседневной жизни нашего общества. До Октябрьской революции общественные отношения кыргызов регулировались источниками обычного права. В советское время источники обычного права не были санкционированы государственной властью, соответственно, не были признаны частью правовой системы того государства.

Обычное право кыргызов основывалось на устных традициях, которые передавались из поколения в поколение в виде кратких изречений и пословиц. Правовые обычаи кыргызов представляли собой собрание устных наставлений и изречений, которые должны были знать каждый бий-судья, старшина, аксакал кыргызских родов и аулов. Правовые обычаи кыргызов не были закреплены в конкретных документах. По своему содержанию обычаи варьировались регионально из-за различий в социально-экономических, бытовых и культурных условиях проживания. Очень интересен тот факт, что каждое племя и даже родовые общины могли иметь отличные друг от друга обычаи, которые только в самых общих чертах имели сходное значение. Обычно-правовые нормы кыргызов имели общие характерные черты, такие как публичность, конкретность, соответствие религиозным предписаниям (на юге Кыргызстана) и внимание родственным связям сторон.

Нормы права кыргызов содержались в завершенном виде в народном сознании, являясь выражением общих правовых убеждений, и вытекали из него первоначально в форме обычаев. Обычное право «адат», было основным регулятором общественных отношений у кыргызов в XIX в., которое регулировало все сферы их деятельности. Основным толкователем норм обычного права в данный период являлись судьи-бии. Уровень правосознания и правовой культуры личности выражался в уважении и подчинении нормам обычного права.

Основными хранителями, знатоками и толкователями обычного права являлись родовые старейшины, которые избирались в качестве судей-биев и вершили суд. «До тех пор пока кыргызским населением управляли сильные родовичи, исключалась возможность какого-либо постороннего влияния на кыргызское правосознание» [13].

Формирование норм обычного права складывалось на протяжении достаточно длительного времени, и в силу их неоднократного применения данные нормы входили в привычку. Возникали обычаи, которые передавались из поколения в поколение и соблюдались подавляющим большинством

добровольно, причем контролирующей силой являлось общественное мнение. Более того, необходимо отметить тот факт, что авторитет правовых обычаев, которые создавались на протяжении столетий, формировался исключительно на неизменном их применении испокон веков. «Ими руководствовались прадеды, деды и отцы живущего поколения, и поступать вопреки ним значило бы оскорбить память усопших», – отмечал исследователь К. Пален [13]. Унаследованные обычаи постепенно формировали институты обычного права, которые регулировали имущественные, обязательственные, наследственные, семейные отношения и т. д.

Санкционирование обычаев органами государственной власти (преобразование его в правовой) происходит в процессе судебной, административной и законодательской деятельности, т. е. обычаи толковались и применялись судами биев. «Мананы, управляя обществом, принимали административные решения, основываясь на обычаях» [14]. По поводу содержания адата у судей очень часто возникали разногласия. В результате таких разногласий было принято решение создать кодекс адата – Эреже [15]. Прежде чем рассматривать дело на съездах кыргызские народные судьи определяли основные положения адата. Они составляли для себя Эреже (постановление), в которое заносили все подходящие правила и наставления обычного права.

Таким образом, элементы законодательства присутствовали при инкорпорировании норм обычного права в «Эреже» (во второй половине XIX в.). К. Нурбеков отмечает, что источниками обычного права кыргызов в XIX веке являлись үрп-адат (неписанное обычное право), «судебный прецедент, договор нормативного содержания, религиозные запреты и дозволения» (имеющие место на юге Кыргызстана), а также положения съездов биев – эреже [16]. В целом можно отметить, что основными источниками обычного права кыргызов являлись: «а) обычай («адат» или «зан»); б) практика суда биев; в) положение или руководящее постановление съезда биев («эреже»)». Было принято понимать под обычаем правила поведения, сложившееся в силу установившейся традиции или привычки. Решения суда всегда основывались и выносились согласно толкованию обычая, однако имели и устную форму. Эреже был единственным письменным источником обычного права, который составлялся биями на специальных съездах [17].

В кыргызском обычном праве очень трудно отличить позднейшие его нормы от древних. Почти невозможно установить точно время появления тех или иных обычаев. Формирование норм обычного права складывалось на протяжении достаточно

длительного времени, и в силу их неоднократного применения данные нормы входили в привычку. Возникали обычаи, которые передавались из поколения в поколение и соблюдались подавляющим большинством добровольно, причем контролирующей силой являлось общественное мнение.

Становление и развитие обычного права кыргызов имело многоплановый характер, так как его нормы содержали элементы национальной культуры и ее особенности. Кыргызское общество традиционно функционировало на основе обычно-правовых норм, которые обеспечивали стабильность и устойчивость общественных отношений. Обычай был основным источником права общественных отношений у кыргызов, регулирующим всю совокупность отношений кыргызского общества.

Исходя из вышеприведенных трактовок и учений, можно сделать следующий вывод: обычное право происходит от обычая, обычай в свое время признается явлением права. У многих народов и во многих сообществах обычай входит в сферу правовой материи. Как пример можно привести обычное право кыргызов. В заключение хотелось бы отметить, что понятие и соответственно определение обычного права изменялось с течением времени, что было связано непосредственно с изменениями, которые имели место как в обществе, так и в государстве.

Литература

1. Исследования по общей этнографии. М., 1979. С. 223.
2. *Нерсесянц В.С.* Право и закон. Из истории правовых учений / В.С. Нерсесянц. М., 1983. С. 84.
3. *Шершеневич Г.Ф.* История философии права / Г.Ф. Шершеневич. СПб., 1907. С. 556.
4. *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права / Н.М. Коркунов. 4-е изд. СПб., 1897. С. 290.
5. *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. М., 1911. С. 41.
6. Малая советская энциклопедия: в 10 т. / гл. ред. Б.А. Введенский. 3-е изд. М., 1959. Т. 6. С. 808.
7. *Валеев Д.Ж.* Обычное право и начальные этапы его генезиса / Д.Ж. Валеев // Правоведение. 1974. № 6. С. 72.
8. *Супатаев М.А.* Обычное право в странах Восточной Африки / М.А. Супатаев. М., 1984. С. 15.
9. *Борубашов Б.И.* Государственно-правовое регулирование общественных отношений кыргызов в составе Российского государства (1855–1917 гг.) / Б.И. Борубашов. Бишкек, 2009. С. 94.
10. *Алексеев С.С.* Государство и Право: начальный курс / С.С. Алексеев. М., 1994. С. 57.
11. *Алимжан К.А.* Вопросы теории обычного права / К.А. Алимжан. Алматы, 2003. С. 45.

12. Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 года, ст. 37.
13. *Пален К.К.* Обычное право кочевников. 1910 / К.К. Пален // Древний мир права казахов: материалы, документы и исследования: в 10 т. Алматы, 2005. Т. 6. С. 441.
14. *Кушнер П.* (Кнышев). Горная Киргизия (социологическая разведка) / П. Кушнер (Кнышев). М., 1929. С. 107.
15. *Гродеков Н.И.* Киргизы и кара-киргизы Сыр-Дарьинской области / Н.И. Гродеков. Ташкент: Типо-лит. С.И. Лахтина, 1889. С. 23.
16. *Нурбеков К.* История государства и права Киргизской ССР / К. Нурбеков. Бишкек, 1999. С. 64.
17. *Культелеев Т.М.* Уголовное обычное право казахов / Т.М. Культелеев. Алма-Ата, 1955. С. 85–86.