



## РАЗЛИЧИЕ И СИНКРЕТИЗМ ОБЫЧАЕВ И ОБЫЧНОГО ПРАВА, ПРАВОВОГО ОБЫЧАЯ

## DISTINCTION AND SYNCRETISM OF CUSTOMS AND CUSTOMARY LAW, LEGAL CUSTOM

*Кыргызстанда позитивдүү укуктун социалдык норма катары келип чыгышына, анын этностук таандыгы, укук мамилелерин канчалык натыйжалуу жөнгө салаары боюнча көп суроолор туулат. Жалпы түшүнүк үчүн кыргыздардын алгачкы укуктук формаларынын генезисин байкоо, алардын тарыхый ретроспективада айырмачылыгын жана синкретизимин аныктоо зарыл.*

**Чечүүчү сөздөр:** үрп адат, кадимки укук, укуктук адат, позитивдүү укугу, коомдук мамилелер, укуктук мамилелер, адеп ахлак, укук.

*Возникает много вопросов по происхождению позитивного права в Кыргызстане, его этнической принадлежности, насколько оно эффективно регулирует правовые отношения, от чего зависит коэффициент полезного действия, как социальной нормы. Для понимания общей картины, необходимо проследить генезис образования начальных форм права кыргызов, их различия и синкретизм в исторической ретроспективе.*

**Ключевые слова:** обычай, обычное право, правовой обычай, позитивное право, общественные отношения, правовые отношения, нравственность, право.

*There are many questions about the origin of positive law in Kyrgyzstan, its ethnicity, how effectively it regulates legal relations, on which the coefficient of usefulness depends, as a social norm. To understand the general picture, it is necessary to trace the genesis of the formation of the initial forms of Kyrgyz law, their differences and syncretism in a historical retrospective.*

**Key words:** custom, customary law, legal custom, positive law, social relations, legal relations, morality, law.

Обычай, обычное право и правовой обычай имеют сходство, синкретизм и различия, являясь протоформами кыргызского права нуждаются в анализе, для понимания в каком направлении улучшать существующее право. Обычай имеет свои сходные черты и отличия от права, правового обычая и обычного права: Во -первых- обычай, обычное право унаследованы от предшествующих поколений, они не созданы специально и не является переосмысленным способом поведения. Во-вторых- обычай и обычное право обладают императивным свойством. В обществе обычай и обычное право выполняют сходные функции. Первая-трансляция культуры. Вторая функция -обычай и обычное право выполняют социальный контроль. В- третьих способствует социальной интеграции. Общая функция для обычая, правового обычая и обычного права состоит в социальном контроле, так как они - унаследованные способы регуляции поведения, а не переосмысленные. Если проанализировать основные отличия обычаев от права, мы можем сказать, во- первых: в основе обычаев лежат чувства и вера, а не размышления, которые не были присущи первобытному обществу, роду, племени. Во- вторых: право развивается на более поздних этапах общества, во временном отношении к обычаем всегда вторично. В- третьих: право социальная норма созданная государством, В- четвертых: оно имеет особый порядок принятия, существует как письменно оформленная социальная норма. Сходство заключается в том, что право и обычай, обычное право, традиции регулируют



общественные отношения, то есть являются социальными нормами, имеют нравственную содержательность, но с разной наполненностью, и по-разному изменяются во времени. Обычай и обычное право схожи тем, что оба феномена подвержены влиянию общественного мнения, обычай и обычное право существуют, в локальной замкнутости, и в сложной интеграции культурной системы определенного этноса. Обычай и обычное право существуют в устной форме, одобряемы обществом, определяют порядок поведения человека, в конечном итоге послужили основой некоторых норм позитивного права. Обычное право существует как система норм, опирающаяся на обычай, то есть является следующей эволюционной формой. Обычай и обычное право основаны на природно-естественной необходимости, цель которой поддержание кровно-родственной семьи. Обычай и обычное право это моно-нормы, характерной чертой которых является синкретизм, так как в них переплелись элементы морали, мифологии, религии, и прообразы правовых начал. Обычай и обычное право закрепляли «первобытное равенство». Нормы обычаев и обычного права были отображены в пословицах и поговорках. С развитием общественных отношений и образованием прообразов государственной власти обычное право развиваясь разделяется на правовой обычай и просто обычное право. В правовом обычае различаются дозволения и позитивные обязательства, формирование которых послужило источником образования права. Правовой обычай в последующем закрепляется в некоторых нормах права (семейном, земельном, международном), а обычное право остается существовать как общегражданское. Механизм перехода обычного права в правовой обычай заключается в санкционировании обычного права официальной властью государства, примером служат законы Ману, Салическая правда, Русская правда. Царская Россия невольно дала толчок для обретения кыргызами прообраза государственного объединения. Поэтому существуя как колония в составе Российской империи, кыргызское общество которое ранее опиралось на обычай и обычное право, толкая их в пользу господствующего класса, после признания обычного права правящей верхушкой произошло формирование из обычного права -правового обычая, которое становится главным источником в законодательных кодексах феодально-патриархального общества. Обычное право представляет собой совокупность норм, которые вырабатываются в течении длительного времени в общественной сфере и становятся юридическим законом, получив закрепление тем или иным способом со стороны органов государственной власти, обеспечивающей своей принудительной силой их соблюдение.[1]<sup>1</sup> Почему закон опирается на обычай и правовой обычай? По словам Н. Маккиавелли политика и правовая сфера для закона нечто единое «поэтому они решают общие задачи. Так необходима взаимная поддержка «добрых» законов и обычаев, взаимосвязь и взаимная обусловленность государственных учреждений и законно обуздывающих пороки граждан» [2]<sup>2</sup>. Отличие правового обычая от неписанных законов следующее: под неписанным законом понимают обычаи, обряды и традиции, которые регулируют поведение индивидов, а так- же семейно-брачные отношения, общности опираясь на силу и действия общественного мнения группы, народности, нации. Во-вторых, правовой обычай отличается от обычаев и от обрядов тем, что оно защищает те права, которые защищают интересы богатых людей, их авторитет, а именно бийев, манапов, датки с помощью всего этого, происходило внедрение в кыргызскую общность- диктатура господствующего класса. Так качественное отличие правового обычая было и до вхождения в Российскую империю, потому что обычное право уже начинало оформляться как правовой обычай получая признание со стороны кокандских правителей, а после присоединения к царской России приобрело законную силу с помощью государства. В-третьих, взаимоотношения между племенами и родами, до вхождения в состав России, решались в добровольном порядке установлением обычая, существовавшего из поколения в поколение, а затем стало определяться

<sup>1</sup> Юридический словарь 1962 «Обычное право»

<sup>2</sup> Маккиавели Н. Государь Изд-во А-А «Жети жарчы» 2004 с.58



договорившимися эксплуататорскими классами кыргызов и судебными представителями Российской империи. В кыргызском обществе после вхождения в состав империи изменились общественные структуры. В основном в производительном отношении, в производстве материальных богатств, так называемые букара подчинялись тому или иному баю, манану, феодалу. Исследователь обычного права и гражданского права в Кыргызской ССР К.Нурбеков, определял обычное право, как совокупность прав веками переходящих в жизненные правила и традиции, нарушения которых среди кыргызов считалось проступком. В какой бы отрасли права они не относились, регулирование взаимоотношений, поведения людей.[3]<sup>3</sup> До вхождения кыргызов в состав России судебные функции исполняли мананпы и биы, они разбирали уголовные и гражданские дела, брачные отношения и крупные долги, по обычаям и обычному праву рассматривались все выше перечисленные дела на собраниях старейшин. Решения по преступлениям и проступкам людей принимались на основе обычного права, а наказание по обычаям. В обычном праве преступления и проступки были тождественны, не различали их значение, и содержание их одинаково считались противобожественными поступками, отчужденными от религиозных верований. Кыргызское обычное право не обозначало точного определенного возраста привлечения к ответственности. Оскорбления, побои и другие действия не считались преступлениями, если только они совершались не по отношению к феодальному классу. По обычному праву, совершенное преступление мужей по отношению к своим женам преступлением не считались. Женщины всегда были не правы, отголоски таких пережитков прошлого достались и новому поколению. Отделившийся в отдельную форму от обычного права правовой обычай так же не разделял право на гражданское и уголовное, и не определяло срок давности для уголовного наказания. Эту мысль подтверждает и Гродеков И.И. другой исследователь, Кожоналиев пишет, что основные понятия о преступлении и наказании в правовом обычае кыргызов, были сформулированы в начале второй половины 19 века. Преступление у кыргызов в правовом обычае имело свою градацию «кылмыш» проступок, «жазык» обида, «изза»- существовали различия и в наказании-за убийство взыскивался «кун», а «аип» за все остальные виды преступления. Таким образом мы видим сходные черты сформировавшегося правового обычая кыргызов с позитивным правом. Правовой обычай еще можно обозначить как право привилегированных, что тоже роднит его с правом которое всегда представляло интересы определенных групп. «Под так называемыми обычаями привилегированных, подразумевали обычаи, противоречащие праву».[4]<sup>4</sup> Когда возникает неравенство, закрепленное в законах, мировая история требует таких прав, которые выражают эту несвободу. Обычное право, благородно по своему содержанию, так как восстает против формы всеобщего закона, но правовой обычай признает права привилегированных. Противоречия по- своему содержанию в форме закона- всеобщности и необходимости, - это правовой обычай, которые тем самым показывают, что они являются обычным бесправием, поэтому их нельзя отстаивать в противовес закону, а напротив они как нечто противоположное закону должны быть отменены и пользование ими должно повлечь за собой то или иное наказание.[5]<sup>5</sup> « При господстве всеобщих законов разумное обычное право есть нечто иное, как обычай установленного законом права так как право не перестало быть обычаем оттого, что конституировалось как закон, оно перестало быть только обычаем ... право не зависит больше от случайности- от того разумен или не разумен обычай; обычай, наоборот, становится разумным, потому что право превратилось в закон, потому что обычай стал государственным обычаем»[6]<sup>6</sup> .

<sup>3</sup> Нурбеков К. История государства Кыргызской ССР Изд-во «Мектеп» 1965 с.67

<sup>4</sup> Маркс К Энгельс Ф. соч.т.1с.125

<sup>5</sup> Маркс К. Энгельс Ф. соч.т.1 с. 126-127

<sup>6</sup> Там же



Обычное право, поэтому разумно только там, где это право существует наряду с законом и кроме него, где обычай есть предвосхищение установленного законом права. Привилегированное сословие настаивает на правовом обычае только как на источнике мелкого удовольствия, ведь в правовом обычае есть широкий простор для причуд и притязаний, выходящих за разумные границы. Обычай является более благородным, чем разумное право. Право и правовой обычай, обычное право взаимодействуют друг с другом, но в каких-то отношениях они противоречат друг другу. Правовой обычай в общественных отношениях устраивало привилегированные классы, таких как бийев, манапов и т.д. а обычное право их не устраивало, так как трактовало с позиций нравственности и законодательство по обычному праву не было односторонним.

Как мы говорили ранее развитие правового обычая и права получает импульс после вхождения кыргызов в состав царской России, так как образовывается узаконенное поле для реализации правового обычая в нескольких видах общих судов: царские и кыргызские, также были образованы военно-судные комиссии, судебно-административная охрана, которые судили за измену, сопротивление правительству, за нападение на почту, на военный транспорт, убийство христиан и т.д. Судебные органы были образованы на общих законах империи, делились на областные правления и уездные суды. Были и народные суды- это были суды бийев, которые разбирали все мелкие уголовные дела. Между правом и правовыми обычаями в судебных делах существовала разница в российском и кыргызском судопроизводстве. Преследование виновного по кыргызскому правовому обычаю и судопроизводству не имело срока давности, истец в любом случае получал ответ. Так как не смотря на сроки давности «кун» переходил от отца к сыну и даже преследовались до 7 колена. На юге Кыргызстана правовой обычай функционировал в существовавших судах казыев наряду с судами бийев. Суды казыев находились в оседлых и полuosедлых районах южного Кыргызстана. В рапорте Колпаковского от 1873 года есть упоминание о том, что «Кудояр хан стремится силой подчинить жизнь кыргызов шариату и заменить нормы обычного права кыргызов, мусульманским правом шариата при помощи судов казыев.» Суд казыев в южном Кыргызстане существовал с конца 18 до начала 19 века вплоть до начала Октябрьской революции. По отчетам капитана Давлетшина, кочевые и полукочевые кыргызы отказывались от судов казыев и судебные дела решались по адату в суде бийев по обычному праву.<sup>7</sup> «... несмотря, на усиление религии, в дореволюционной Киргизии свои споры решались на основе обычного права предков и съезда бийев»<sup>8</sup> Таким образом мы считаем, что на территории кыргызов наряду с существовавшими обычным право, правовым обычаем, существовало российское позитивное право и мусульманское право.

Наказания по обычному праву и правовому обычаю в отличие от российского права отличались строгостью и неотвратимостью в плане того, что наказание ложилось на весь род. До вхождения Кыргызстана в состав России уголовное обычное право допускало кровную месть «кровь за кровь», но в большинстве случаев, родственники убитого получали за него «кун», выплачиваемое скотом, деньгам, рабами, девушками. По правовому обычаю, кыргызы за все обиды, кражи вещей, скота, оценивалось материально и если преступник был не в состоянии оплатить принесенный вред, то его выплачивали его родственники, или платил аил, потом власть, а иногда общество. Обычаи и обычное право, правовой обычай благодаря синкретизму и несмотря на их различия играли и играют важную роль в регуляции общественных отношений у кыргызов, так как во все времена общественное мнение имело значительное влияние на становление и сохранение обычаев и нравственности. Сравнивая генезис права в других странах мы считаем, что в Кыргызстане правовой обычай во временном отрезке сформировавшись не завершил свой

<sup>7</sup> Давлетшин. Отчет капитана Давлетшина «По командировке в Туркменский край и степные области для ознакомления с деятельностью народных судов»СПБ., 1901, с.40

<sup>8</sup> Усенбаев К. Общественно-экономические отношения кыргызов в период господства Коккандского ханства Фрунзе 1961 с.129



эволюционный путь развития, чтобы логически образовать национальное позитивное право, а в результате присоединения сначала к царской России, потом Советскому Союзу оно становится атавизмом и сохраняется только в обычаях и традициях. В западных странах эволюция правового обычая логически завершалась образованием позитивного права. Поэтому мы считаем, что одной из причин неэффективности существующей современной системы позитивного права является ее заимствованный, чужеродный для кыргызской ментальности характер.

### Список литературы

1. Юридический словарь [Текст] / Обычное право. – М.: 1962.
2. Маккиавели Н. Государь [Текст] / Н.Маккиавели. – Алматы: Жеты жаргы, 2004 - с.58.
3. Нарбеков К. История государства Кыргызской ССР [Текст] / К.Нарбеков. – Фрунзе: Мектеп, 1965. - с.67.
4. Маркс К. [Текст] / К.Маркс, Ф.Энгельс. - Собр.соч.т.1 - с.125.
5. Маркс К. [Текст] / К.Маркс, Ф.Энгельс. – Собр. соч.т.1 - с. 126-127.
6. Давлетшин. По командировке в Туркменский край и степные области для ознакомления с деятельностью народных судов [Текст] / Двлетшин. - СПб.: 1901. - с.40.
7. Усенбаев К. Общественно-экономические отношения кыргызов в период господства Коккандского ханства [Текст] / К.Усенбаев. – Фрунзе: 1961. - с.129.