

ОБЫЧАЙ КАК ИСТОЧНИК ПРАВА

Кыргызское право дореволюционного периода сформировалось из следующих источников: обычаи, практика суда биев, положения съезда биев, нормы мусульманского права, нормы царского (российского) законодательства.

Основное место среди этих источников занимает обычай.

В правовой теории существует концепция социологического плана, которая преобладающую роль среди источников права отводит обычаю, считает, что именно обычай является основой права, определяет способы его применения и развития законодателем, судьями, доктриной.

Обычай по природе своей носит консервативный характер. Он закрепляет то, что сложилось в результате длительной общественной практики. Государство к различным обычаям относится по-разному: одни запрещает, другие одобряет и развивает. Последние, в свою очередь, приобретают характер правового обычая.

Государство санкционирует лишь те обычаи, которые не противоречат, согласуются с его политикой, с нравственными основами сложившегося образа жизни. Обычаи, противоречащие государственной политике, общечеловеческой морали, как правило, запрещаются законом. Например, в Уголовном кодексе КР статья 155 предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок до 5 лет за похищение женщины для вступления в брак против ее воли [1. - С. 66].

Правовой обычай - это обычай, применение которого обеспечивается санкцией государства. Его следует отличать от обычая, представляющего собой моральную норму, религиозное правило, нравы. Санкционирование обычая может осуществляться путем восприятия его судебной, арбитражной или административной практикой. Решение государственного органа, в котором применен обычай, признается соответствующим государством и может быть принудительно исполнено.

Природа правового обычая характеризуется следующими особенностями. Он, как правило, носит локальный характер, т.е. применяется в рамках сравнительно небольших общественных групп людей. Юридические обычаи часто тесно связаны с религией. В Индии, например, обычное право, входит в структуру индусского права. Позитивное индусское право является обычным правом, в котором в той или иной мере доминирует религиозная доктрина - индуизм.

Правовой обычай отличается определенностью правила, непрерывным и единообразным характером его соблюдения. Нормы правового обычая нередко выражаются в пословицах, поговорках, афоризмах.

Не следует полагать, что правовые обычаи – архаичное явление, потерявшее в настоящее время всякое значение. Как свидетельствуют новейшие исследования, правовые обычаи широко применяются при регулировании общественных отношений (особенно, земельных, наследственных, семейно-брачных) в государствах Африки, Азии, Латинской Америки. Отдельные обычаи, вошедшие в древние законы той или иной страны, действуют без изменений до сих пор. Например, в Таиланде по сей день бытует закон, определяющий условия развода супругов, выработанные еще в процессе формирования обычаев. Муж и жена в присутствии свидетелей одновременно зажигают по свече одинаковых размеров. Тот из супругов, чья свеча догорит первой, должен покинуть дом, не взяв с собой ничего из имущества. В то же время в Кении в настоящее время параллельно существуют нормы английского права в семейно-брачной сфере, оставшиеся со времён колонии, и древние родоплеменные обычаи, действующие в этой же сфере правовых отношений. И, если возникают конфликты между этими двумя правовыми системами, какие нормы применить, а какие нет, решает суд. На Мадагаскаре в 1957 году представительная Ассамблея приняла решение о кодификации обычаев. В Танганьике в 1961 году было сделано то же самое.

Развитие права Кыргызстана вряд ли должно идти по пути официально-силового исключения из системы источников обычаев. Видимо, вскоре следует ожидать появления новых рыночных обычаев, которые будут регулировать отношения вместе с юридическими нормами.

Кроме того, сходство и идентичность между нормами обычного права у различных народов еще раз свидетельствует о действии общих закономерностей в историческом развитии. Однако общие параллели и сходство норм обычного права у различных народов не отменяют их особенностей, присущих тем или иным обществам, специфики их социальных условий и исторического развития.

В международном праве обычай представляет собой не только форму выражения традиционных норм, но и важный способ создания новых юридически обязательных правил поведения государств, в тех вновь появляющихся областях межгосударственных отношений, которые требуют правового регулирования. Он является современным и активно функционирующим источником права. Поэтому следует иметь в виду, что концепция обычая в том виде, как она применяется в международной практике и рассматривается в доктрине международного права, имеет мало общего с представлениями об обычае, основанными на особенностях этого источника во внутренних, национальных системах права[2. - С. 80-103]

Существуют обычаи, получившие специальное признание в международных отношениях, например, дипломатический этикет.

В V-XI вв. в Европе обычай играл большую роль, так как был признан королевскими и церковными судами, и заменял денежными возмещениями за причиненный ущерб имевшие ранее место кровавые поединки, испытания огнём или водой, клятвы.

Также необходимо сказать, что значимость и распространенность обычного права в средневековой Европе и послужили основой для формирования исторической школы права. Вот откуда ведёт своё происхождение высказанная ранним Марксом идея о том, что законодатель как естествоиспытатель лишь открывает и формулирует правовые положения, а не создаёт их[3.- С. 136].

В современном обществе обычай далеко не всегда имеет первостепенное значение по отношению к законодательству. Область применения обычая очень ограничена прогрессом кодификации и призванным первенством закона в демократических режимах современного политического общества. В этой связи обычай обречен на весьма второстепенную роль. Но вместе с тем, как отмечает Мукамбаева Г.А.: «Многие обычаи сохранились у современных наций как вид социальных регуляторов (норм). Нормы обычаев выполняются как должное. Вследствие этого обычаи обладают силой действия по привычке, как ни одно другое поведенческое правило».[4.- С. 111, 116].

Для истории кыргызского народа - обычай является неотъемлемым элементом жизни общества, которое в течение многих веков жило по нормам обычая. Каждый считал жить так, как жили его предки; чаще всего было достаточно боязни сверхъестественных сил, чтобы заставить уважать традиционный образ жизни.

Обычаи кыргызов многочисленны. Различия между обычаями одного района или племенной общины были незначительными, а иногда носили просто ничтожный характер. В целом, именно через обычаи раскрывается единство истории и духовной жизни народа.

«Нормы обычного права – неотъемлемая часть, органический элемент правовой системы дореволюционного кыргызского общества. Регулируя общественные отношения, обычное право не только служило их потребностям, но и отражало особенности кыргызского общества. По содержанию, структуре, по институтам и нормам обычного права, по их внутренним и внешним связям можно судить во многом и о социально-экономической и политической природе и организации кыргызского общества»[4. - С. 115].

Одним из источников кыргызского обычного права является “Эреже”. Этот письменный источник ценен тем, что является систематизированной формой совокупности обычаев, получивших санкции судьи.

Впервые в республике “Эреже” чрезвычайных судов биев Токмакского уезда и “Эреже” Чрезвычайного съезда биев 9 волостей Ат-Башинского горного участка 21 мая 1896 года были изучены и проанализированы С.К. Кожоналиевым“[5].

“Эреже” не свод законов и не кодекс, а фиксированный перечень судебных прецедентов, созданных на основе норм обычного права. Наибольшее число из них посвящено преступлениям против личности и имущества. Видимо в кыргызском обществе было немало случаев убийств, краж, похищения скота и умыкания женщин. “Эреже” предусматривают довольно суровые наказания – большие штрафы, кун за убийство, телесные наказания. При этом, следуя древнейшим обычаям “Эреже” предусматривают мирные способы решения конфликтов, придавая при этом большое значение авторитету рода и его влиятельных лиц. В отличие от народов Запада восточные люди, в том числе и кыргызы, не были склонны верить в право как в средство обеспечения социального порядка и справедливости. В суды здесь обращались, когда исчерпывали все другие способы разрешить конфликт и восстановить порядок. Здесь исходили из того, что социальный порядок должен охраняться по преимуществу методами убеждения, техникой посредничества, самокритичными оценками поведения, духом согласия.

Следует отметить также, что выводы о классовой сущности “Эреже” не состоятельны, к судам биев мог обратиться любой член общества, независимо от его социального статуса и материального положения. Бии обязаны были выносить справедливые решения, потому как в глазах рода они признавались не только обыкновенными судьями, а почетными, авторитетнейшими аксакалами и покровителями всех членов рода. Они олицетворяли собой образ отца.

Изучение обычая никогда не было проведено должным образом, поскольку наука придавала первостепенное значение закону и обычай потерял в наших глазах характер самостоятельного источника права. Тем более, что в советском праве обычаю отводилась весьма ограниченная роль. Полная перестройка общества и человека, которая предполагалась при построении коммунизма, была не совместима с обычаями прошлой эпохи. Советская официальная идеология сделала невозможным широкое и объективное изучение памятников обычного права. Все исследования советского периода носят однобокий характер и не раскрывают сущности обычного права кыргызов. Думается, что в связи с ростом национального самосознания и возрождением традиционных культурных ценностей народа интерес к обычному праву кыргызов возрастет и учеными-юристами будут развернуты широкие исследования в данной области.

Сегодня мы, подобно нашим предкам в XIX и начале XX веков, принявшим некоторые процессуальные нормы российского права, выразили свою волю трансформировать свою структуру в романо-германскую семью. Современные модификации привели к тому, что мы предали забвению многие положительные стороны традиции. Хотя есть смысл признать, что некоторые институты западного типа, введенные у нас, в большинстве случаев остаются простым фасадом, за которым регламентация общественных отношений строится как правило, в соответствии с традиционными моделями (в частности, наследственные, брачно-семейные отношения и др., особенно в сельской местности). Очевидно, что необходимо считаться с установками, укоренившимися в сознании населения. Кыргызы всегда верили в то, что воспитание и убеждение должны находиться на переднем плане. Человек должен стремиться к согласию и забывать о себе в интересах всех.

Изучение истории своего народа через обычное право, может содействовать возрождению в сознании людей стремления к справедливости, уважения к праву, имеет, на наш взгляд, большое воспитательное значение.

В практическом плане опыт бийских судов может быть использован судами аксакалов, в регулировании некоторых явлений в современном кыргызском обществе, имеющих традиционные корни и особую живучесть, таких, например, как уплата калыма, умыкание невесты, многоженство и др., нормы обычного права должны учитываться и использоваться законодателем.

Изучение права дореволюционного Кыргызстана с позиций современной методологии, сегодня является крайне важным и необходимым для научного и объективного осмысления пройденного народом исторического пути и выбора правильных ориентиров будущего. Тем более, что эта тема изучена мало.

Литература

1. См: Уголовный кодекс Кыргызской Республики. – Бишкек, 1997. - С.66
2. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. - М., 1988. – С. 80-103.
3. Венгеров А.Б. Теория государства и права. - Ч. 2: Теория права. - С. 136.
4. Мукамбаева Г.А. Государство и право Кыргызстана. - Б., 1998.- С. 111, 115, 116.
5. См.: Кожоналиев С.К. Обычное право кыргызов. – Бишкек, 2000