

МЕМЛЕКЕТТІК ЖӘНЕ ҚҰҚЫҚТЫҚ ИНСТИТУТТАРДЫ МОДЕРНИЗАЦИЯЛАУ ЖАҒДАЙЫНДА САЛАЛЫҚ ЗАҢНАМАНЫ РЕФОРМАЛАУ МӘСЕЛЕЛЕРІ ПРОБЛЕМЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ ОТРАСЛЕВОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННЫХ И ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ ISSUES OF REFORM OF SECTORAL LEGISLATION IN THE MODERNIZATION OF THE STATE AND LEGAL INSTITUTIONS

УДК 342

Е. М. Абайдельдинов,
профессор, заведующий кафедрой
международного права Евразийского
национального университета им. Л. Н. Гумилева,
доктор юридических наук

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ ТИПОЛОГИИ КАЗАХСКОГО ОБЫЧНОГО ПРАВА И МЕЖДУНАРОДНОГО ОБЫЧАЯ

Право в жизни каждого современного государства играет роль одного из важнейших регуляторов общественных отношений. При этом понимание, реальное наполнение и значение внутригосударственного права в каждой стране имеет определенные особенности, обусловленные различными объективными и субъективными обстоятельствами, что во многом составляет специфику национального права. Отсюда знание и понимание истории формирования права может многое объяснить в специфике современных национальных правовых систем, выявить особенности взаимосвязи национального и международного права.

В данной статье мы ставим вопрос о типологии, о параллельных путях и взаимовлиянии национального обычного права (на примере казахского обычного права) и обычного международного права на этапе их раннего становления. Считаем нужным уточнить, что мы опираемся на мнение Г. И. Тункина, который пишет о том, что «термин «обычай» употребляется в двух значениях: в смысле обычного правила, не являющегося правовой нормой, и в смысле обычной нормы международного права» [1]. В рассматриваемый нами древний период развития казахского обычного права и международного обычая под словом «обычай» мы подразумеваем скорее первое значение.

Обращение к данной теме обусловлено пониманием того, что общечеловеческое не может быть унифицировано-единообразным, оно существует в многочисленных проявлениях этнического, которое является наиболее оптимальной формой сохранения общечеловеческих ценностей. По замечанию Л. Н. Гумилева, отдельные этносы не изолированы друг от друга, «антропосфера мозаична, и правильнее ее назвать этносферой» [2]. Термином «многоединство» характеризует человеческую историю философ и историк Л. П. Карсавин. В трудах Н. А. Бердяева встречается эквивалентный термин – «моноплюрализм». Г. Н. Манов в середине 1990-х годов, обращая внимание на цивилизационные признаки государства, на национальные особенности права, писал о том, что наряду с аппаратом публичной власти государство предстает и как страна. Причем страна в развитом состоянии – это всегда определенная цивилизация [3]. Член Международного суда и его бывший председатель Т. О. Элайас поясняет, что выражение «цивилизация» и «правовая система» означает представительство различных образов политического мышления и социальных действий, как и разнообразие юридических идей в современном мире. По его мнению, эти термины следовало бы заменить словом «культуры» [4].

Национальные правовые культуры являются органичной частью общечеловеческой культуры, ментальной, этической и правовой моделью мира для определенного народа. В

то же время необходимо иметь в виду непрерывно происходящие процессы расширения взаимосвязей народов и ранее нередко изолированных цивилизаций, которые тяготеют друг к другу, в результате постепенно формируя единую глобальную цивилизацию при сохранении специфических признаков национальных культур. Страны СНГ, при всем разнообразии своего исторического, экономического, социального развития, имеют в своей основе опыт многовекового сосуществования народов на общем евразийском пространстве, что обусловило определенную схожесть экономических, социальных, политических структур, быта, культур и традиций, среди которых особое место занимает правовой обычай.

Правовой обычай, по устоявшемуся в науке определению – это правило поведения, сложившееся вследствие фактического его применения в течение длительного времени, не оформленное в виде нормативных правовых актов, но признаваемое государством. Обычай очень консервативен и соотносится не столько с перспективой развития общества, сколько с его прошлым. Обычай закрепляет и то, что складывалось в результате длительного общественного развития, и может отражать как практику делового общения, общие моральные, духовные ценности народа, так и в значительной мере предрассудки, например неравноправие полов и т.д. Поэтому государство по мере своего развития к различным обычаям относится по-разному: одни запрещает, другим разрешает действовать, третьи реализует в позитивном праве.

Международно-правовой обычай, по определению ряда ученых – это результат длительной, непрерывно повторяющейся практики государств, которая выражается со стороны субъектов международного права в действии или воздержании от действий и, как подчеркивает А. Н. Талалаев, «не представляется возможным установить точный срок вступления его в юридическую силу» [5].

Мысль о том, что истоки международного права обнаруживаются в правилах, которыми регулировались межродовые и межплеменные отношения, встречается еще в советской юридической научной литературе. Как отмечает В. А. Василенко, дошедшие до нас и ставшие достоянием науки сведения об этих отношениях свидетельствуют, что задолго до образования государства различные роды и племена вели между собой войны, отправляли друг к другу посольства, вступали в переговоры, заключали договоры, осуществляли торговый обмен и т.п. в соответствии с определенными правилами. В качестве социального инструмента организации внутри- и межродовых отношений выступали правила древних обычаев и договоров, представлявшие собой источники древнего «права» (протоправа или предправа). Естественно, оно не было правом в современном смысле. В связи с тем, что различные роды и племена довольно часто вступали в контакт друг с другом, древнему «праву» были известны как нормы, обеспечивающие внутриродовую (внутриплеменную) организацию, так и нормы, регламентирующие межродовые и межплеменные связи [6].

Другой исследователь, В. Э. Грабарь, на основе скрупулезных многолетних исследований догосударственной общественной организации предков древних римлян пришел к выводу о том, что на низших ступенях развития производительных сил существовало соответствующее их уровню межобщественное или межплеменное право. «Все первоначальное «право», – писал он, – было междуродовым; в междуродовом договоре заключались нормы взаимного поведения родов [7]. Правила поведения, выработанные между родами (так сказать, протомеждународного права) культивировались и внутри данных объединений родственников, т.к. в случае их нарушения целому роду грозила самая распространенная для того времени санкция со стороны соседей – война. Нормы поведения членов рода формировались в значительной степени и в первую очередь как реакция на внешние факторы: соседство с другими родами, географические, природно-климатические условия и др. Лишь в процессе слияния родов в племена и затем в племенные объединения создаются на наш взгляд, все условия для развития протонационального права, которое по своей сути является также «междуродовым».

Как нам представляется, первой крупной самодостаточной единицей общества и доминирующим субъектом формирующегося права в древности было наиболее крепкое объединение людей – род, затем племя, с патриархальной формой управления. В результате отделения (объединения) части родственников в самостоятельное хозяйственное родовое или племенное образование образовывался конкурирующий род (племя). Причем конкуренция не только между чужими, но и родственными родами (племена-

ми) шла буквально не на жизнь, а на смерть. Поэтому данные роды либо вырабатывали общие правила межродового поведения, либо были обречены на бесконечную кровопролитную борьбу. Таким образом, можно со значительной степенью уверенности предполагать, что право формировалось в первую очередь как межродовое, межплеменное, то есть как протомеждународное.

С этой точки зрения представляется интересным обращение к проблеме появления и развития казахского народа, его своеобразной правовой культуры, которая поднималась многими казахскими и российскими учеными: в статьях Чокана Валиханова середины XIX века, в «Исследовании о касимовских царях и царевичах» В. В. Вельяминова-Зернова 1864 года, в работах Ш. Кудайбердыева, М. Тынышпаева, А. П. Чулошникова, Т. М. Культелева, В. В. Вострова и М. С. Муканова, ряде современных исследований и многих других. На наш взгляд, образование в XV–XIX веках казахского народа является примером уникального объединения этноса, жившего на огромной территории и имевшего больше возможностей потерять связь друг с другом, чем обрести единство. Уникальность объединения соседних, не всегда родственных племен в единый народ обусловлена во многом сложившимися нормами казахского обычного права, направленными на упорядочение внутренних и межплеменных отношений, на объединение народа, на укрепление мирного сосуществования различных по происхождению родов, племен и этносов региона. Это во многом то же «согласование волей», что и в международном праве, но «межродовое» или «межплеменное». Рассматривая соотносительность казахского обычного права с современным международным обычным правом, стоит отметить, что казахское обычное право – это путь к общему согласию, к гармонии в обществе; это путь, который основан не только на зафиксированных (в том числе и в письменном виде) нормах права, но и в общем назначении и смысле права, созданного многими поколениями народа. Поэтому представляется возможным сопоставление некоторых элементов национального обычного права и международного обычая с целью выяснения роли национального обычного права в развитии современного внутригосударственного права и международного обычая.

В глубокой древности формирование права многих народов, в том числе и на территории Казахстана, началось еще на стадии межродовых контактов. Например, современный казахский народ образовался от смешения автохтонного тюркского населения с рядом других тюркских, а также монгольских, персидских, арабских, финно-угорских, славянских и других этносов. На территории Казахстана наблюдалась постоянная смена и смешение некоторых аспектов и целых пластов норм права различных этносов и цивилизаций. А. И. Левшин, анализируя Уложение (свод законодательства) казахского хана Тауке начала XVIII столетия, отмечает, что «нельзя не заметить разительного сходства вычисленных нами узаконений с уставами большей части европейских народов во времена младенчества их» [8], и называет греков, римлян, арабов, германцев, евреев, скандинавов, славян. Это является весомым научным обоснованием существования древних международных контактов в регионе Казахстана, оказавших определенное влияние и на становление казахского права. Известно, что в IX–XII веках на народы Центральной Азии и Европы стала оказывать мощное влияние арабская цивилизация. Со времени провозглашения Ислама в VII веке нашей эры новая религия в VIII–X веках распространилась в Средней Азии. Влияние мусульманской морали и права было достаточно устойчивым. Наряду с собственными древними верованиями и исламом в VI–IX веках н.э. среди тюркского населения Центральной Азии, и вслед за тем, Средней Азии и Казахстана, получили распространение религиозные системы, созданные иными цивилизациями: буддизм, манихейство, христианство, иудаизм.

Идеологическое, культурное и правовое смешение наблюдалось практически на всем центральноевразийском пространстве, ядром которого были, по мнению Л. Н. Гумилева, Древняя Русь и Великая Степь. Как утверждает Л. Н. Гумилев, в XII–XIII веках Половецкая земля и Киевская Русь составляли одно полицентрическое государство. Это было выгодно обоим этносам [9], которые дополняли друг друга и формировали нередко схожие правовые обычаи. Так, в конце X века греческие епископы советовали завести на новокрещенной Руси карательную юстицию по римско-византийскому образцу: «Достоит тебе, княже, казнить разбойники». Князь Владимир не принял их совета, а продолжал наказывать преступления

денежными штрафами – вирами [10]. Казахское обычное право с древности до начала XX века содержало норму откупа за убийство и другие, менее тяжкие виды преступлений и проступки. Причем материальная компенсация преступления существовала параллельно с законом возмездия, сохранившимся с древнейших времен, но со временем уступавшим свои позиции. Закрепление в праве возможности материальной компенсации за преступление (кун, штраф), было продиктовано древней национальной традицией, сущностью которой было прекращение кровопролития и оказание существенной материальной поддержки пострадавшей стороне. Вероятно, на его закрепление в обычном праве в более позднее время оказал влияние и Коран, где в стихе 173 (178) сказано: «О те, которые уверовали! Предписано вам возмездие за убитых: свободный – за свободного, и раб – за раба, и женщина – за женщину. А кому будет прощено что-нибудь его братом, то – следование по обычаю и возмещение ему во благо». Причем Коран предусматривал одно наказание за преступление: «Это – облегчение от Господа Вашего милость; а кто преступит после этого, для него – наказание болезненное» (174 Стих, Сура 2). Древнее римское право также в процессе своего развития остановилось на требовании только одного наказания за проступок (преступление): «Nemo debet bis puniri, pro uno delicto».

Это лишь один из примеров, когда практически невозможно определить первоисточник нормы казахского обычного права, которое, как и вся культура казахского народа, формировалась в пространстве, связывавшем мощные цивилизации Запада и Востока. Данная норма могла быть выработана и независимо от какого-либо примера – как оптимальное решение справедливого наказания и вполне могла стать нормой, вошедшей в международное общение, т.е. древним международно-правовым обычаем.

Современное право каждой страны имеет уходящие в глубь времен истоки, структуру, традиции, преемственность, нередко имеющие общие корни, общее начало в далеком (и недалеком) прошлом. Поэтому в данной статье мы ставим вопрос об общих основах, определенной типологии формирования национального обычного права и международного обычая, о том, что становление правовых обычаев народов и международного обычая имеет нечто общее: они по своему происхождению являются «международными», т.е. протомеждународными; возникают в результате согласования жизненно важных интересов субъектов права – родов, племен, затем и государств, что и формировало на протяжении веков «многоединство» человеческой культуры.

ЛИТЕРАТУРА

- 1 Тункин Г. И. *Теория международного права*. – Под общ. ред. Л. Н. Шестакова. – Изд-во «Зерцало», – М., 2009. – С. 102.
- 2 Гумилев Л. Н. *Этносфера. История людей и история природы*. – М.: Экопрос, 1993. – 544 с.
- 3 Манов Г. Н. *Признаки государства: новое прочтение* // *Политические проблемы теории государства*. – М., 1993. – 96 с.
- 4 Шинкарецкая Г. Г. *Международная судебная процедура*. – М.: Наука, 1992. – С. 24.
- 5 Талалаев А. Н. *Юридическая природа международного договора*. – М.: Изд-во ИМО, 1963. – С. 172.
- 6 Василенко В. А. *Основы теории международного права*. – Киев: Высшая школа, 1988. – 288 с.
- 7 Грабарь В. Э. *Первоначальное значение римского термина *jus gentium** // *Ученые записки Тарт. ун-та*. – Тарту., 1964. – Вып. 148. – С. 39.
- 8 Левшин А. И. *Описание киргиз-казахских, или киргиз-кайсацких орд и степей*. – Алматы: Санат, 1996. – С.371.
- 9 Гумилев Л. Н. *Древняя Русь и Великая Степь (в 2-х книгах)*. – М.: ДИДИК, 1997. С.327.
- 10 Аверинцев С. *Византия и Русь: два типа духовности* // *Новый мир*. – 1988. – №7. – С. 210–220.

Дата поступления статьи в редакцию: 17 сентября 2013 г.