

УДК 346.5; 342.951:351.82

А.А. Орозалиева

Кыргызский национальный университет имени Ж. Баласагына, Кыргызстан, г. Бишкек
E-mail: aorozalieva@yahoo.com

Историко-правовые аспекты договорных отношений в обычном кыргызском праве

Аннотация. В данной статье рассмотрены историко-правовые аспекты договорных отношений в обычном кыргызском праве. Рассмотрены истоки формирования договорных отношений на примере римской договорной теории и вопросы рецепции в современном гражданском праве.

Ключевые слова: обычное право кыргызов, договор, договорные отношения.

Истоки формирования договорных отношений традиционно рассматриваются на примере римской договорной теории.

Теория договорных отношений в Древнем Риме в период 27 г. до н.э. – 284 г. н. э. создавалась на базе трех понятий: **contractus, pactum, convention**. Центральным институтом теории являлся **contractus**. Существительное **contractus** появилось в 1 веке до н.э. и приобрело юридическое значение в произведениях римских ораторов, прежде всего, Цицерона и Квинтилиана. Но у них **contractus** не имел значения договора.

Самое раннее высказывание юриста, в котором контракт употребляется в смысле договора, принадлежит Марку Антонию Лабеоу (ок. 45 г. до н.э. – 10 г. н.э.) – выдающемуся юрисконсульту эпохи Августа [1, с. 96]. Педий, юрист, современник Сальвия Юлиана, заметно расширил понимание контракта в связи с толкованием «общего слова» *conventio* (соглашение). Для Педия двусторонность контракта проявляется в соглашении (*conventio*) и трактуется как переплетение интересов сторон во взаимное согласие

(*consensus*). Согласие – важная составляющая контракта, и без него любой контракт ничтожен [2]. В то же время согласие лишь основа сделки, общий элемент, не всегда достаточный для возникновения обязательства. Наиболее широкое понимание контракта отражено в институциях Гая (11 в. н.э.). Гай подразделял обязательства на два вида – «из контракта или из деликта».

Контракт в данном делении приобрел значение любого правомерного действия, порождающего обязательство. Хотя надо полагать, что данная трактовка контракта, скорее всего, применялась лишь с дидактическими целями, поскольку нет никаких свидетельств того, что римские юристы использовали контракт в данном значении. К тому же сам Гай, рассматривая обязательства «из контракта», выделял только четыре рода – *re, verbis, letteris, consensus* (заключаемые вещью, словами, письмом, согласием). Кроме того, Гай отмечал необходимость наличия намерения заключить сделку.

Таким образом, для возникновения обязательства «из контракта» достаточно объективно

го факта; для возникновения обязательства «из договора» требуется также намерение (*animus*). Это, конечно же, являлось существенным сдвигом в римской договорной теории.

Во времена правления Северов (193-235 г.г. н.э.), когда римская юриспруденция достигла своего расцвета, центральным местом договора оставался его двухсторонний характер. Согласие между сторонами считалось тесно связанным с двусторонностью, так как в нем усматривалось важнейшее свидетельство эквивалентности сделки. Но главным для возникновения обязательства «из договора» считалось законное основание (*causa*) [3]: передача вещи (для реальных и *doutdes| faciás* контрактов, D. 19.4.1.2.), произнесение словесной формулы (стипуляция), совершенные записи (литтеральные контракты) или действие (*facioutdes| faciás*). Консенсуальные контракты составляли особые случаи (хранение, ссуда, залог). Они заключались простым согласием, но обязательство возврата полученной вещи не могло возникнуть без ее передачи.

В римской договорной теории широкое распространение имели понятия пакта (*pactum*) и соглашения (*conventio*). *Pactum* – второе по значимости после контракта понятие в римской договорной теории. В словосочетании *pactaconven* согласие сторон *ta* (заключенные пакты) указывают на связь пакта с соглашением *conventio*. Можно выделить два основных значения этого словосочетания: акт согласия (синоним пакта) и согласие сторон (*consensus*), лежащие в основе любой сделки. Вышеназванные понятия больше известны в трактовке юристов-классиков, в частности, Ульпиана [4], который употреблял слова *pactum*, *pactio*, *consensus*, *convention* как синонимы. Речь идет лишь о предпочтении обозначать отдельные соглашения термином *pactum*, а соглашение в смысле основы сделки – термином *conventio*.

Наибольший опыт в развитии теории договорных отношений имеется в юриспруденции Средних веков и Нового времени. Правовая школа глоссаторов (от *lat. glossa*, незнакомое слово, требующее пояснения), по преданию, была основана в конце XI в. в северо-итальянском городе Болонья с целью читать и толковать забытые к тому времени Дигесты Юстиниана. В области договорной теории глоссаторам принадлежит заслуга возрождения основных положений

закрепленной в Дигестах римской концепции договора.

Вместе с тем, в доктрине глоссаторов не имеется определения контракта. Можно предположить, что само понятие контракта не было обнаружено в Своде Юстиниана. Возможно, римские ученые не задавались целью дать общее определение контракта и ограничивались лишь пояснениями применительно к конкретным случаям. Нельзя не согласиться с предположением Д.Ю. Полдникова о том, что средневековые юристы рассматривали *contractus* как пакт с исковой защитой, или «одетый пакт» [5, с. 109], то есть пакт является родовым понятием для контракта, которому свойственны признаки пакта [6].

Обзор римских контрактов, пактов и соглашений показывает, что они фактически заложили основы договорной теории, при том, что характеристики абстрактности, единства и универсальности современного договора были неизвестны и чужды правопорядку.

Исследования трудов глоссаторов, использовавших диалектический метод толкования Дигест, продемонстрировали немалые усилия в уяснении понятия пакта как соглашения в целом и настойчиво классифицировали его разновидности, в числе которых оказались контракты. Однако преклонение перед текстом Свода гражданского права не позволило ученым преодолеть дуализм контрактов и пактов, выработать единое понятие договора, которое позволило бы охватить все правомерные соглашения, направленные на достижение юридически значимого результата.

Особая заслуга ученых Нового времени в том, что ими выработано единое и универсальное понятие «договор». Разработанная характеристика единства и универсальности договора связана, главным образом, с принятием исковой защиты за всеми правомерными соглашениями частных лиц, что означает отказ от фундаментального римского принципа «из голого пакта иск не возникает». А поскольку нет существенных юридических различий между соглашениями-контрактами, значит, речь идет об одном понятии, которое нет необходимости обозначать разными терминами. Признание исковой защиты всех соглашений – достижение естественной школы права. Так, французский правовед Жан Дома (1625-1696) в Трактате «О граждан-

ских законах в их естественном порядке» сформулировал положение о том, что соглашение (*laconvention*) есть единое основание добровольных и взаимных обязательств, а консенсуальный способ является достаточным для заключения всех соглашений [7, с. 111].

Наиболее близким к современному понятие «договор» стало в XIX в. благодаря немецкому правоведу Фридриху Карлу Савиньи (1779-1861), подвергнутому критике концепцию договора как соглашения, суть которого состоит в принятии данного обещания, и предложившему ряд принципиально новых идей, которые определили место договора в цивилистической доктрине минувшего столетия. В их числе: расширенное применение конструкции договора в различных отраслях права; выведение договора из понятия юридического факта, т.е. обстоятельств, вследствие которых происходит возникновение либо прекращение правоотношений.

Современному гражданскому праву Кыргызской Республики свойственна преемственность определенных «классических» элементов гражданско-правового характера, существовавших в предшествующие периоды его истории. Следует отметить термин «рецепция», который происходит от латинского слова «*receptio*» (т.е. прием, принятие), применяется в науке для обозначения процесса заимствования каким-либо обществом элементов культуры другого общества. «Под рецепцией обычно понимают заимствование, ассимиляцию каким-либо определенным обществом чужих культурных моделей», – пишет польский ученый Бардах Ю. [8]. Многие ученые также отмечают, что основные положения современного гражданского законодательства восходят к истокам римского права. Косарев А.И. считает, что гражданское право, современное и дореволюционное, реципировало основные положения римского права. Он утверждает, что из частного римского права в романо-германскую правовую семью пришли основные элементы обязательственного права, в том числе и договорного. Заимствована была не только институционализация гражданского права, но и правовая конструкция и содержание многих гражданско-правовых договоров [9, с. 121-127].

В настоящее время в современном кыргызском гражданском законодательстве используются ряд понятий и терминов, сложившихся в

классический период римской юриспруденции: контракт, деликт, деление договоров на реальные и консенсуальные и др. Однако о влиянии римского права на обычное право кыргызов нет никаких достаточно веских аргументов, поскольку римское частное право было идеально приспособлено к товарно-денежным отношениям, в основе которых лежало общественное разделение труда и частная собственность. Ни разделения труда, ни частной собственности кыргызская община не знала.

Обзор исторических источников тюркских договоров и соглашений продемонстрировал наличие основы договорной теории у древних тюрков. Определения договора содержатся в адатском тюркском праве. В тюркском языке несколько слов выражали понятие «договор, соглашение», это такие, как «багич» [10, с. 281] и «биджгас» [11, с. 382]. Поскольку не сохранились сведения о том, как заключались договоры у тюрков в государствах, которые были созданы в VI-VIII вв. можно предположить, что у них при заключении важных договоров обычным было произнесение клятвы [12].

Адатскому праву тюркских народов СНГ посвящена работа СадриМаксуди (Арсала) «Тюркская история и право» [13]. В своей монографии «Тюркская история и право» СадриМаксуди (Арсал) анализирует происхождение и миграцию адатского права тюркских народов СНГ. СадриМаксудиАрсал, используя диалектический метод толкования, продемонстрировал немалые усилия в уяснении понятия, как соглашение в целом, и настойчиво классифицировали его разновидности, в числе которых оказались договоры. Однако ученому не удалось преодолеть дуализм договоров, выработать единое понятие договора, которое позволило бы охватить все правомерные соглашения, направленные на достижение юридически значимого результата.

По мнению учёного, адатское право тюркских народов подверглось большому влиянию со стороны исламского права.

Договор в мусульманской правовой доктрине занимает ключевое место, выступая в качестве формы гражданско-правовых сделок.

Мусульманское обязательственное право не формулирует общей концепции обязательств, но договорное право, опосредовавшее торгово-денежный оборот, разработано довольно подробно.

Наиболее употребляемый термин для обозначения договора в мусульманском праве – агд (синонимы: *иджаб, кабул, кубул, сигэ*) – юридическая сделка, согласно Корану, скрепленная клятвой.

Договоры делятся на возмездные и безвозмездные, двусторонние и многосторонние, срочные и бессрочные. Формы договоров и их условия выражаются в любом виде: в документе, в неофициальном письме, устно. Заключение договора считается незыблемым, а обязанность соблюдать «свои договоры» рассматривается в Коране как священная, где говорится: «счастливы верующие, которые соблюдают свои доверенности и договоры» [14]. Недействительными считаются договоры, заключенные с безнравственными целями или с использованием «нечистых» или изъятых из оборота вещей. Шариат подробно регламентирует такие виды договоров, как купля-продажа, заем, дарение, ссуда, хранение, товарищество, союз и др. Договор купли – продажи может быть заключен только в отношении реально существующих вещей. Однако в ханифитском мазхабе признается продажа вещей, которые могут быть произведены в будущем. Широко распространены договоры союза и товарищества, особенно для совместной обработки и орошения земли, снаряжения и сопровождения караванов. Итак, договор в мусульманском праве, в соответствии с Кораном, рассматривается как правовая и божественная связь, возникающая из взаимного соглашения сторон, поэтому для мусульманина нарушение договора – не только проступок, но и грех, нарушение воли Аллаха.

Таким образом, институт договора формируется как социальная и экономическая взаимосвязь, основанная на согласии, что, в свою очередь, предполагает достижение общественного консенсуса.

Договор в мусульманской политико-правовой доктрине рассматривается: а) как «общественный договор»; б) в качестве формы гражданско-правовых сделок.

Несмотря на столь неоднозначное воплощение, можно выделить общие черты института договора. Он выступает в качестве идеального способа организации жизни, дает представление о справедливом устройстве мира, является формирующей мировоззрение культурно-нормативной установкой, выходит за пределы локального использования, образуя сбалансированную со-

циальную систему, его соблюдение обеспечивается многообразными социальными регуляторами. Отличие в содержании. Таким образом, эволюция института договора – переход от простых форм к сложным системным образованиям. Это значительно расширяет границы его использования в различных сферах человеческой деятельности – экономической, правовой и др.

Исторические аспекты договора в (законодательный и доктринальный) освещается также в монографическом труде А.И. Мякутина «Обязательственное право» [15], посвященном договорным отношениям кыргызов в начале XIX века. Автор указывает на наличие в обычном кыргызском праве договорного права, основанного на кыргызском адате, который четко определял не только понятие сделки, обязательства и договора, но и механизм регулирования договорных отношений [16].

В 1882 г. в городе Омске публикуется в «Памятной книжке Западной Сибири» статья «Обычное право киргизов», автором которой был коллежский асессор, младший чиновник особых поручений при Акмолинском управлении Западной Сибири И.А. Козлов. Главная ценность работы И.А. Козлова в том, что она составлена на основании изучения им судебной практики бийских судов, в том числе, рассмотрения хозяйственных споров, возникших из договорных отношений [17].

С.К. Кожоналиев оставил исследователям интересную работу по судопроизводству и обычному праву киргизов дореволюционной поры, в которых фрагментарно затрагиваются вопросы договорных отношений. (С.К. Кожоналиев. «Обычное право киргизов». 1963). Следует отдельно выделить работы Н.П. Дыренковой (20-е годы XXв.) и А. Джумагулова (50-60-е годы XX в.), посвященные северным группам киргизов Нарынской и Чуйской областей. Весьма интересен описательный материал хозяйственного быта и организации экономических отношений кыргызов. Однако их работы не содержат теоретического анализа собранного материала по договорным отношениям как специфической системы отношений, обладающими важными социальными функциями. В ряду указанных трудов особо выделяется работа Н. Гродекова о нормах обычного и мусульманского права «Материалы для изучения юридических обычаев киргизов»,

который представляют из себя ценный источник по обычному праву казахов и киргизов в сфере экономической деятельности.

Договорные отношения в обычном праве кыргызов, казахов до присоединения Киргизии и Казахстана к России являются предметом изучения современного казахского учёного А.А. Карандашёвой [18]. По мнению А.А. Карандашовой, кыргызское, казахское обычное право оказалось наиболее живучим и перешагнуло эпоху, его породившую, и дошло вплоть до наших дней. Этот факт она объясняет следующим. Во-первых, достаточно длительным применением правовых обычаев родоплеменной общинной цивилизации в условиях патриархально феодальных отношений. Во-вторых, особенностью кочевого образа жизни, влияющего на формирование хозяйственно-бытового мировоззрения, максимально приближенного к самому народу. В-третьих, определенной духовностью кочевого народа, его стремлением к равенству внутри социума, гуманизму, демократизму, что в какой-то степени отражалось в обычном праве кыргызов, казахов, но не встречалось в других правовых системах. Договорные начала присутствовали в брачно-семейных отношениях кыргызов, казахов. Здесь договоры присутствовали при заключении браков при уплате калыма, поскольку основной формой брака был калымный брак. В устных договорах, кроме размера калыма, решался вопрос о сумме, которую планировалось потратить на свадьбу.

Договорные отношения присутствовали и при другом виде брака – безкалымном. Данный брак встречался в беднейших слоях кочевого общества. Жених заключал договор с отцом невесты о том, что отработает у него стоимость калыма и приданного за невесту. Присутствовали договорные отношения и в уголовном праве кыргызов, казахов. Так, например, в результате убийства или нанесения телесных повреждений предусматривался кун – выкуп имуществом, зависевший от социального статуса потерпевшего и тяжести совершенного преступления.

Таким образом, имеется исторический опыт организации договорных отношений в хозяйственной сфере, который непременно можно использовать как в современной цивилистической науке, так и в законодательной практике. Современный законодатель еще не в должной степени

обращается к истокам обычного права, он еще сравнительно мало ввел в его юридическую конструкцию обычных правил и норм.

Литература

1 Полдников Ю.Д. Истоки современного понятия гражданско-правового договора // Вестник Моск. ун-та Серия11. Право. – 2006. № 5. – С.96.

2 То же. См. Ульпиан, 4 aded. D. 2.14.1 .3.

3 Ульпиан (D. 2.14.7.2.: «Но если данное не включается в какой-либо контракт, но остается его основание, согласно правильному ответу Аристона Цельсу, обязательство имеется. Например, я дал тебе вещь, чтобы ты дал мне другую, я дал, чтобы ты что-нибудь сделал; это является синаллагмой, и отсюда рождается цивильное обязательство).

4 Пакты D.2.14.pr.-1

5 Полдников Ю.Д. Истоки современного понятия гражданско-правового договора // Вестник Моск. ун-та Серия11. Право. – 2006. – № 5. – С.109.

6 Деление пактов на «голые» и «одетые» впервые применил Плацентин, а термин *pastavestita* как логическая оппозиция термину *pacanuda* закрепился в произведениях Ацо, Аккурсия.

7 «Соглашения достигаются посредством дачи согласия друг другу...» Цитата по *Dilcher h/ Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht* || ZRG RA.1960 N 77.S.303; Полдников Ю.Д. Истоки современного понятия гражданско-правового договора // Вестник Моск. ун-та Серия11. – Право. – 2006. – № 5. – С.111.

8 Bardach J. Lareception dans l'histoire de l'etat et du droit // *Ledroit romain et sa reception en Europe*. Varsovie, 1978, P.27, /141, 27.

9 Косарев А.И. Этапы рецепции римского права // Советское государство и право. – 1983. – № 7. – С.121-127.

10 Mahmud Kasgari, 1,3,310. Al-Misaki vaalahdu; Садри Максуди Арсал. Тюркская история и прав. – Казань: Изд-во «Фэн», 2002. – С. 281.

11 Там же. – С.382.

12 Садри Максуди Арсал. Тюркская история и прав. – Казань. Изд-во «Фэн». 2002. - С. 28

13 Там же.

14 Примак Т.К. Институт договора: Теоретико-правовые вопросы: автореф. на соискание уч. ст. док.юрид.наук. – М., 2009.

15 Мякутин А.И. Обязательственное право. Изд. Тип. Тургай. обл. правл. – Оренбург, 1910.

16 Там же.

17 Елфимов В.О. Истрия изучения адатного права мусульманских народов стран СНГ (с начала XIX века до наших дней): историографические проблемы. Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского Серия «Юридические науки». Том 20 (59). – № 1. – 2007.

18 Карандашева А.А. Рецепция отдельных положений обычного права казахов в современном гражданском законодательстве. Вестник КАСУ. – № 3. – 2007.

References

1 Yd Postmeridiem tea. Nova ratione contractus civilis initia // Vestnik Mosk. University. – Seriya 11. Pravo. – 2006. – Number V. – P.96.

2 Idem. Videre Ulpianum IV aded. D. 2.14.1 .3.

3 Ulpian (D 2.14.7.2.: «Quod si in contractu non est, sed basi Ariston ad bene dicendum Celsus obligatio est. Praesent quod dedisti mihi dedi alteri dedi vobis facere, tenetur facere quod negotiis est hic sinallagmoy tunica).

4. Testamentis D.2.14.pr.-I

5 YU.D. Snack origines modern conceptum a civili contractu // Vestnik Mosk. University. Seriya 11. Pravo. – 2006. – Number V. – P.109.

6 Delenie pacta on «nudus» et «vestitus» Platsentin primo impositum, terminus autem pastavestita, sicut logicum oppositionem ad terminum fixam in opera pactanuda Aco, Akkursiya

7 «Pacta pervenit per consensum ad invicem ...» Quote by Dilcher h / Der Typenzwangimmittelal terlichen Vertragsrecht || ZRG RA.1960 N 77.S.303; GUSTULUM yd Nova ratione contractus civilis initia // Vestnik Mosk. University. Seriya 11. Rectus. MMVI. – Number V. – C.111.

8 Bardach J. Lareception dans l'histoire de l'etat et du droit / / Ledroit romain et sa reception en Europe. Varsovie, MCMLXXVIII, R.27, / CXLI, XXVII.

9 EHEU Kosarev periodi receptionem iuris Romani / / Soviet rem publicam et legis, MCMLXXXIII, № VII. – P.121-CXXVII.

10 Mahmud Kasgari, 1,3,310. Al-Misaki Vaal-ahdu; Sadri Maksudi Arsal. Turkic historia et legem. Kazan. Publishing domus «Feng» .2002. S.281.

11 Tam idem. – C.382.

12 Sadri Maksudi Arsal. Turkic historia et legem. Kazan. Publishing domus «Feng.» MMII. -P.28

13 Ibid.

14 TK Primack Instituti contractus: Cognitionis et legalis proventus. Auctorem. uch in competition. Art. dok.yurid.nauk. - M., 2009.

15 Myakutin A.I. contractuum rectus. Ed. Typus. Turgay.obl. Management elit. – Оренбург, 1910.

16 Tam idem.

17 Elfimov V.O. Histriae studium adatnogo iura Muslim populis Cis regiones (diluculo I century ad praesens): historiographical problems. Uchenye University. Vernadsky Series «Jurisprudentia». Volume XX (LIX). Number I. MMVII.

18 Karandasheva A.A. Retseptsiya quaedam consuetum leges Kazakhs in modernis lege civili. Praeco KASU. – Number III. – MMVII.

А.А. Орозалиева

Қырғыздардың әдеттегі құқығындағы қатынастардың тарихи құқық аспектілері

Шаруашылық шеңберіндегі келісімшарт қатынастары ұйымдарының тарихи тәжірибесін қазіргі цевилистік ғылымда және Қырғызстанның қазіргі заңнамасының тәжірибесінде қолдануға болады.

Түйін сөздер: келісімшарт, келісімшарт қатынастары, қырғыздардың әдеттегі құқығы.

A.A.Orozaliev

Historical – legal aspects of contractual relationships in the ordinary Kyrgyz law

The historical experience of contractual relations in the economic sphere can be used in modern tsivilisticheskoy science, and in the legislative practice of modern Kyrgyzstan.

Keywords: contract, contractual relations, common law Kyrgyz.